

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ANONİM ORTAKLIKLARIN (ŞİRKETLERİN) BİRLEŞME,
BÖLÜNME, NEVİ DEĞİŞTİRME (TÜR DEĞİŞTİRME) YOLUYLA
YENİDEN YAPILANMASINDA ALACAKLININ KORUNMASI**

DOKTORA TEZİ

HÜLYA ÇOŞTAN

ANKARA 2007

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ANONİM ORTAKLIKLARIN (ŞİRKETLERİN) BİRLEŞME,
BÖLÜNME, NEVİ DEĞİŞTİRME (TÜR DEĞİŞTİRME) YOLUYLA
YENİDEN YAPILANMASINDA ALACAKLININ KORUNMASI**

DOKTORA TEZİ

HÜLYA ÇOŞTAN

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. CELAL GÖLE**

ANKARA 2007

İÇİNDEKİLER

ANONİM ŞİRKETLERİN BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRME YOLUYLA YENİDEN YAPILANMASINDA ALACAKLININ KORUNMASI

KISALTMALAR	XVI
BİBLİYOGRAFYA	XIX

GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II. İNCELEME YÖNTEMİ	3

BİRİNCİ BÖLÜM ALACAKLININ KORUNMASI

I. ALACAKLININ KORUNMASININ ZORUNLU OLMASI	6
1. Borçlar Hukukunda.....	6
2. Şirketler Hukukunda	6
A. Alacaklının Şahsen Sorumlu Olması	6
B. Emredici Hükümler ve Doğrudan Tanınan Haklar Vasıtasıyla Koruma.....	7
II. HUKUKİ PRENSİP OLARAK ALACAKLININ KORUNMASI	8
III. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA ALACAKLININ KORUNMASI.....	8
1. Alacaklının Korunmasının Dayandığı Esaslar	8
A. Şirket Alacaklılarının Eşitliği	9
B. Şirketin Alacaklısının Ortaklar Karşısında Öncelikli Olması.....	9
C. Sınırlı Sayı İlkesi ve Şekil Zorunluluğu	10
D. Temsil Yetkisi	11
a) Kanuni Temsil Yetkisi.....	11
b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Ultra Vires Kuralının Kaldırılmış Olması...	12
E. Sermayenin Muhafazası	13
a) Sermayenin Muhafazası ve Alacaklının Korunması Arasındaki İlişki	13
b) Hukuki Prensip Niteliği.....	14
c) Tarihi Temelleri	15
F. Aleniyet	16

a) Sorumluluk ve Aleniyeti Düzenleyen Hükümler Arasındaki İlişki	16
b) Kavram ve Fonksiyon	17
c) Ticaret Sicili Vasıtasıyla Aleniyet	17
d) Bilançonun Aleniyeti	19
2. Alacaklının Korunmasına İlişkin Düzenlemeler	19
IV. BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ BİREYSEL ve KURUMSAL OLARAK KORUNMASI	20
1. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeyi Düzenleyen Kurallarda Alacaklının Korunması	20
2. Bireysel Korunma	22
A. Tanım	22
B. Korunma Araçları	22
3. Kurumsal Korunma	23
A. Şekli Kurumsal Korunma	24
a) Tanım	24
b) Korunma Araçları	24
B. Maddi Kurumsal Korunma	25
a) Tanım	25
b) Korunma Araçları	25
V. TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE BİRLEŞME ve TÜR (NEVİ) DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ KORUNMASI	25
1. Birleşmede	26
A. Genel Hüküm Niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu m.146 vd.'da	26
B. Özel Hükümlerde	28
a) Türk Ticaret Kanunu m.451 ve m.452'de	28
b) Türk Ticaret Kanunu m.453'de	31
c) Genel ve Özel Hükümler Arasındaki İlişki	31
2. Tür (Nevi) Değiştirmede	32
A. Genel Hüküm Niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu m.152'de	32
B. Özel Hüküm Niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu m.553 vd.'da	33
3. Değerlendirme	34

İKİNCİ BÖLÜM
BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ KURUMSAL
OLARAK KORUNMASI

I. BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMENİN SINIRLI SAYI İLKESİNE TABİ OLMASI	36
1. Yeniden Yapılanma Türlerinin ve Yeniden Yapılanmaya Taraf Olarak Katılabileceklerin Sınırlı Sayı İlkesine Göre Belirlenmesi	36
2. Sınırlı Sayı İlkesi Uyarınca Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeye Taraf Olarak Katılabilecekler	38
A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında.....	38
a. Birleşmede	39
b. Bölünmede.....	39
c. Tür Değiştirmede.....	39
d. Ticari İşletmenin Birleşmeye Katılması ve Tür Değiştirmesi	40
da) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Mümkün Olması	40
db) Mevzuat Birleşme Kanununda	40
dba) Birleşme Kanununa Göre Ticari İşletmenin Birleşme ve Tür Değiştirmeye Katılmasının Mümkün Olmaması.....	40
dbb) Öğretideki Eleştiriler	41
B. Alman Hukukunda.....	42
C. Değerlendirme	42
II. TÜR DEĞİŞTİRMEDE AYNİYET PRENSİBİ VASITASIYLA KURUMSAL KORUNMA ve TEMİNAT VASITASIYLA BİREYSEL KORUNMA ARASINDAKİ İLİŞKİ44	
1. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ve Mevzuat Birleşme Kanununda	44
A. Tür Değiştirmede Ayniyet Prensibinin Geçerli Olması	44
B. Tür Değiştirmede Teminat Talebinin Mümkün Olmaması	45
2. Alman Hukukunda Ayniyet Prensibi ve Teminatın Birlikte Uygulanması	46
3. Değerlendirme	46
III. KURULUŞ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI	47
1. Kuruluşta Alacaklının Korunması	47
2. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Kuruluş Hükümlerine Atıf Yapan Düzenlemeler	48

3. Atıflardaki İstisnalar	49
A. Kurucuların Sayısına İlişkin İstisna	49
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında	49
b) Mevzuat Birleşme Kanunu ve Birleşme Kanunu Öntasarısında	49
c) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.143'ün Değiştirilmesi Önerisi	51
B. Aynı Sermaye Hükümlerine İlişkin İstisna.....	52
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında	52
aa) Birleşmede	52
ab) Bölünmede	52
ac) Tür Değiştirmede	53
b) Mevzuat Birleşme Kanununda	53
c) Uygulanmaması Gereken Aynı Sermaye Hükümleri	54
ca) Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesine Göre	54
cb) Mevzuat Birleşme Kanunu'nun Gerekçesine Göre	55
IV. KURUCULAR BEYANI, YENİDEN YAPILANMA RAPORU ve DENETİM	
RAPORLARI	57
1. Kurucular Beyanı ve İşlem Denetçisi Raporu	57
A. Kurucular Beyanı ve İşlem Denetçisi Raporunun Amacı	58
B. Kurucular Beyanı.....	59
C. İşlem Denetçisi Raporu.....	59
2. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Rapor ve Denetim Yükümlülükleri.....	60
A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Mevzuat Birleşme Kanununda.....	60
a) Yeniden Yapılanmada Rapor ve Denetim Yükümlülüklerinin Amacı	60
b) Yeniden Yapılanma Raporu	65
c) Yeniden Yapılanmada Denetimin Konusu	66
d) Yeniden Yapılanmada Denetimin İçeriği.....	68
da) Denetim Konuları İle Denetim Raporunun İçeriğinin Paralellik Arz	
Etmemesi	68
db) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.148/f.3'e Tekabül Eden Mevzuat Birleşme	
Kanunu m.15/f.4'e İlişkin Olarak Öğretide İleri Sürülen Farklı Görüşler .	70
dba) Birleşme Kanunu m.15/f.4'ün Denetimin İçeriğini Düzenlediği	
Görüşü.	70
dbb) Denetimin İçeriğinin Birleşme Kanunu m.15/f.4 ile Sınırlı Olmadığı	
Görüşü	70

B. Birleşme Yönergesinde.....	73
a) Ayni Sermayenin Denetiminin Genel Hükümlere Dayanması.....	73
b) Birleşme Raporu ve Birleşmenin Denetiminin Amacının Ortakların Korunması Olması	73
C. Alman Hukukunda.....	73
a) Birleşme Raporu ve Birleşmenin Denetiminin Amacının Ortakların Korunması Olması	74
b) Birleşmede Ayni Sermayenin Denetimi.....	75
ba) Kuruluş Hükümlerinin Uygulanması.....	75
bb) Sermaye Şirketlerinin Devreden Olarak Katıldığı Birleşmelerde Kuruluş Raporu Düzenlenmesinden ve Kuruluşun Denetlenmesinden Muafiyet....	75
bc) Şahıs Şirketlerinin Devreden Sermaye Şirketlerinin Devralan Olarak Katıldığı Birleşmelerde Kuruluş Raporu Düzenlenmesi ve Kuruluşun Denetlenmesinin Zorunlu Olması.....	76
D. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Mevzuat Birleşme Kanununa İlişkin Görüş ve Öneriler	78
a) Denetimde Kapsam Sorunu	78
aa) Birleşmede.....	78
ab) Tür Değiştirmede	79
b) Yeniden Yapılanmada Ayni Sermayenin Denetlenmesi.....	80
3. Yeniden Yapılanma Raporu ve Yeniden Yapılanmanın Denetiminden Muafiyet.....	81
A. Küçük Ölçekli Şirketlerde	81
a) Yeniden Yapılanma Raporundan ve Yeniden Yapılanmanın Denetiminden Oybirliği ile Vazgeçilebilmesi	81
b) Vazgeçme Halinde Ayni Sermayeye İlişkin Genel Hükümlerin Uygulanmasının Gerekli Olmaması.....	82
B. Sermaye Şirketlerinin Kolaylaştırılmış Usulde Birleşmesinde.....	84
a) Kolaylaştırılmış Usulde Birleşmenin Şartları.....	84
b) Ayni Sermayeye İlişkin Genel Hükümlerin Uygulanmasının Gerekli Olmaması.....	85
V. DEVRALMA YOLUYLA BİRLEŞME ve BÖLÜNME HÜKÜMLERİNE GÖRE ARTIRILABİLECEK SERMAYE MİKTARININ BELİRLENMESİ	86
1. Genel Hükümlere Göre Sermaye Artırımında Alacaklının Korunması.....	86
2. Birleşme ve Bölünmede Devrolunan Şirketin Ortaklarının Haklarının Korunması Amacıyla Sermayenin Artırılmasının Zorunlu Olması.....	87

3. Birleşme ve Bölünmede Artırım Miktarı ve Aynı Sermayeye İlişkin Hükümler	
Arasındaki İlişki	88
A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Mevzuat Birleşme Kanununun Gerekçelerinde.....	88
B. Öğretideki Görüşler	89
VI. KISMİ BÖLÜNMEDE DEVREDEN ORTAKLIĞIN SERMAYESİNİN	
AZALTILMASI	91
1. Genel Hükümlere Göre Esas Sermayenin Azaltılması	91
A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında.....	91
B. İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısında.....	93
2. Bölünme Nedeniyle Sermayenin Azaltılması	95
A. Azaltım Miktarı.....	96
B. Uygulanmaması Gereken Genel Hükümler	96
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.162'ye Göre.....	96
b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.162'nin Değiştirilmesi Gerekliliği	97
VII. TASFİYE HALİNDEKİ ŞİRKETLERİN BİRLEŞMEYE KATILMASI.....	97
1. Malvarlığının Dağıtımına Başlanmamış Olması Koşulu	98
2. Fesih Kararının Geriye Alınması ve Federal Mahkemenin BGE 123 473 Sayılı Kararı	98
VIII. SERMAYENİN KAYBI veya BORCA BATIKLIK HALLERİNDE BİRLEŞME	99
1. Genel Hükümlere Göre Sermayenin Kaybı ve Borca Batıklığın Belirlenmesi.....	99
A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.376'ya Göre	99
B. İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısı m.725'e Göre	100
2. Sermayenin Kaybı ve Borca Batıklık Durumunda Birleşmenin Tabi Olduğu Şartlar..	102
A. Önleyici Koruma İçin Özel Düzenlemenin Gerekli Olması.....	102
B. Birleşmeye Katılan Diğer Şirketin Sermaye Kaybı veya Borca Batıklığı	
Karşılacak Tutarda Özvarlığa Sahip Olması.....	103
C. Sermayenin Kaybı ve Borca Batıklığın Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.376'ya	
Göre Belirlenmesi	104
D. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre m.376/f.3 ile m.139 Arasındaki İlişki.....	105
E. İşlem Denetçisi Tarafından Rapor Hazırlanması.....	106
3. Sermayenin Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Bölünme ve Tür Değiştirmenin	
Düzenlenmemiş Olması	106

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ BİREYSEL
OLARAK KORUNMASI BAKIMINDAN ÖZEL HAK SAHİBİ VE ALACAKLI
AYRIMI

I. ÖZEL HAK İLE İMTİYAZLI PAYDAKİ İMTİYAZIN FARKLI ANLAM TAŞIMASI...	107
1. Özel Hakların Alacak Hakları ve Ortaklık Haklarından Farklı Şekilde Korunması	107
2. Özel Hakların Belirlenmesi Gerekliği	107
3. Özel Hakların Kapsamı	108
A. Türk Hukukunda	108
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında	108
b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesinde	110
B. İsviçre Hukukunda.....	110
a) Mevzuat Birleşme Kanununda.....	110
aa) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.140/f.4'e Tekabül Eden Birleşme Kanunu	
m.7/f.5'de	110
ab) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.146/f.1/b.c'ye Tekabül Eden Birleşme	
Kanunu m.13/f.1/b.c'de	112
b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.140/f.4 ve Birleşme Kanunu m.7/f.5'e Tekabül	
Eden Birleşme Kanunu Öntasarısı m.7/f.5'de	112
c) Öğretideki Görüşler.....	112
d) Birleşme Yönergesi m.15'in Farklı Uyarlanmış Olması.....	113
C. Birleşme Yönergesinde	114
a) Birleşme Yönergesi m.15'de	114
b) Birleşme Yönergesi m.5/f.2'de.....	114
D. Alman Hukukunda	115
a) UmwG m.23'de.....	115
b) Öğretideki Görüşler	116
E. Fransız Hukukunda	116
F. Avusturya Hukukunda	117
G. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesindeki Açıklamaların ve Karşılaştırmalı	
Hukuktaki Düzenlemelerin Işığında Özel Hakların Sınıflandırılması	117
II. ÖZEL HAKLARIN KORUNMASI	119
1. Menkul Kıymete Bağlı Özel Haklarda	119

A. Oydan Yoksun Hisse Senetlerinde	119
B. Paylara Bağlı İmtiyazlarda.....	119
C. İntifa Senetlerinde	119
D. Özel Hak İçeren Tahvillerde	121
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.158/f.3'ün Metinden Çıkarılması Gerekliliği	121
b) Korunma Yöntemleri	122
E. Özel Hakların Korunmasında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.191'e Göre Dava Açılmasının Mümkün Olmaması.....	124
2. Menkul Kıymete Bağlı Olmayan Özel Haklarda	124
A. Özel Hakkın Ortağın veya Üçüncü Kişinin Şahsına Tanınması	124
B. Şahsa Tanınan Özel Hakların Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Korunması.	125
3. Olması Gereken Hukuk Bakımından Çözüm Önerisi.....	126

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİRLEŞME ve BÖLÜNMEDE ALACAKLININ TEMİNAT VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI m.157'NİN AMACI	128
II. HAK SAHİBİ ALACAKLILAR	129
1. Birleşmeye Katılan Şirketlerin Alacaklıları	129
2. Alacağın Türü	131
A. Kanundan veya Sözleşmeden Doğan Alacaklar	131
B. Ayni Talepler.....	131
3. Talebin Hukuki Sebebinin Birleşmeden Önce Gerçekleşmiş Olması	134
A. Talebin Doğmuş Olmasının Yeterli Sayılması	134
B. Erteleyici veya Bozucu Şartın Teminat İstemine Engel Olmaması	136
C. Sözleşmeden Doğan Taleplerde	138
a) Edim Yükümlerinde	138
b) Yan Yükümlerde.....	139
c) İcabin Birleşme Öncesinde Yapılmış Olması.....	139
D. Sürekli Borç İlişkilerinden Doğan Kısmi Taleplerde.....	139
E. Kanundan Doğan Taleplerde	141
F. Ayrılma ve Denkleştirme Akçeleri İçin Teminat İstenememesi	142

G. Birleşmeye Katılan Şirketin Borcu İçin Teminat Göstermiş Üçüncü Kişinin Rücu Talebi	143
4. Birleşmenin Tescili ve İlanı Arasında Doğan Alacaklar İçin Teminat Talep Edilebilmesi	145
5. İfası Talep Edilebilir Alacaklar İçin Teminat İstenememesi	147
A. Teminat Konusu Alacağın Muacceliyeti	147
a) Muacceliyetin Seçim Hakkının Konusu Olması.....	148
b) Alacağın Birleşmeden İtibaren 3 Ay İçerisinde Muacceliyetinin Teminat Talebine Etkisi	148
B. Defi Yüklü Alacaklar.....	150
C. Müteselsil Borç ve Kefalette Alacağa Karşılık Diğer Taleplerin Muacceliyeti	150
6. Çekişmeli Alacaklar İçin Teminat İstenebilmesi.....	152
III. DEVRALAN ŞİRKETİN ALACAĞIN TEHLİKEYE DÜŞMEDİĞİNİ İSPAT EDEMEMİŞ OLMASI.....	
1. Birleşmede	152
A. Teminat Yükünün Doğduğu An.....	152
B. İspat Yükünün Şirkete Düşmesi	153
C. İfanın Tehlikeye Düşmesi Koşulunun Açıklanmamış Olması.....	154
D. İşlem Denetçisi Raporu İle İspat	155
2. Bölünmede	156
IV. ALACAĞIN İFASININ BİRLEŞME NEDENİYLE TEHLİKEYE DÜŞMESİ KOŞULU	
1. Birleşmede	157
A. Tehlike Sebeplerinin Belirlenmesi Gerekliliği	157
B. İfanın Tehlikeye Düşmesi	158
a) Sermaye Azaltımında Soyut Tehlikenin Geçerli Olması	158
b) Birleşmede Somut Tehlikenin Belirleyici Olması	158
C. Tehlikenin Belirlenmesi	161
a) Borçlunun İfa Gücü.....	161
aa) İfa Gücünün Tespiti	161
ab) Nakdi Edimlerin İfasının Tehlikeye Düşmesi	163
ac) Ayni Edim ve Hizmet Edimlerinin İfasının Tehlikeye Düşmesi.....	164
b) Borçlunun İfa Arzusu.....	164
D. Birleşmeden Kaynaklanan Tehlikeler	165

a) Mali Açıldan Zayıf Bir Şirketin Birleşmeye Katılması.....	165
b) Alacaklı Çevresinin Genişlemesi.....	167
c) Şirketin Türünün Değişmesi	167
d) Sermaye Azaltımı Nedeniyle Tehlikeye Düşme.....	169
e) Ayrılma Akçesi, Denkleştirme Akçesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.157'ye Göre Teminatlar	170
ea) Ayrılma Akçesi	171
eaa) Seçme Hakkı Niteliğinde Ayrılma Akçesi (TTKT m.141/f.1)	171
eab) Zorunlu Ayrılma Akçesi (TTKT m.141/f.2.....	175
eac) Ayrılma Akçesine İlişkin Belirsizliklerin Birleşme Öncesinde Giderilmesi Gerekliliği	175
eb) Denkleştirme Akçesi	176
ec) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.157'ye Göre Gösterilmesi Gereken Teminatlar	178
f) Faaliyet Gösterilen Piyasanın Değişmesi	180
E. Borç İlişkisinden Kaynaklanan Tehlikeler.....	181
a) Alacağın Şirket İçin Önemli Sayılmasının Somut Tehlike Teşkil Etmemesi	181
b) Vadesi Aynı Olan Alacakların İfasının Tehlikeye Düşmesi	181
F. Birleşme ve İfanın Tehlikeye Düşmesi Arasındaki Nedensellik Bağı.....	181
2. Bölünmede	183
V. ALACAKLININ İNCELEME HAKKI	185
1. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel Hükümlerinde	185
2. Birleşmede	186
A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında.....	186
a) İnceleme Hakkının Konusu	186
b) İnceleme Hakkının Önemi.....	187
c) Küçük Ölçekli Şirketlerde İnceleme Hakkının Kapsamının Sınırlandırılması veya Engellenmesi	189
B. Mevzuat Birleşme Kanunu ve Birleşme Kanunu Öntasarısında	189
3. Bölünme ve Tür Değiştirme Öncesinde Alacaklılara İnceleme Hakkı Tanınmamış Olması	190
A. Bölünmede	190
B. Tür Değiştirmede.....	191
VI. TEMİNAT TALEP ETME HAKKININ KULLANILMASI	191

1. Birleşmede	191
A. Ön Sorun Olarak Birleşmenin Hukuki Geçerlilik Kazandığı Anın Tespiti.....	191
B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.154'e Göre Birleşme Kararının İlanının Anlamı	192
C. Teminat Talep Etme Hakkının İlanı	194
a) İlanların Ne Zaman Yapılacağı.....	194
aa) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ve Mevzuat Birleşme Kanununda Hüküm Bulunmaması	194
ab) Öğretideki Görüşler	194
aba) İlanın Birleşmenin Hukuki Geçerlilik Kazanmasından Sonra Yapılması Görüşü	194
abb) İlanın Birleşmenin Hukuki Geçerlilik Kazanmasından Önce Yapılması Görüşü	196
ac) Mevzuat Birleşme Kanunu Öntasarısındaki ve Alman Hukukundaki Düzenlemeler	197
ad) TTKT m.152/f.2 Uyarınca İlanların Ne Zaman Yapılacağına İlişkin Öneri	198
b) İlanın Şekli ve İçeriği.....	199
c) İlan Yükümlüğünün Kalkması.....	200
D. Teminat İsteminin İleri Sürülmesi.....	202
a) İstemin 3 Aylık Hak Düşürücü Süre İçerisinde İleri Sürülmesi	202
b) Teminat İsteminin Şekli ve İçeriği.....	204
E. Teminat Verilmesi Yerine Borcun İfası.....	205
2. Bölünmede	205
VII. ALACAKLARIN TEMİNATA BAĞLANMASI	207
1. Teminat Borçlusu.....	207
A. Birleşmede	207
B. Bölünmede	208
2. Teminatın Türü	208
3. Teminat Miktarı	210
A. BGH'nin 18 Mart 1996 tarih ve II ZR 299/94 sayılı Kararı ve Öğretideki Görüşler	210
B. Teminat Menfaatinin Belirleyici Olması	214
a) Teminat Menfaatinin Dayandığı Esaslar	214
b) Teminat Menfaatinin Üst Sınırının Alacaklının İfa Menfaatine Göre Belirlenmesi	216

c) Gerçek İfa Menfaatinin Kapsamı.....	216
ca) Alacağın Miktar ve Niteliği ile Karşı Edimin Değeri	217
cb) Borcun Zamanında İfası.....	218
cc) Birleşme Öncesinde Alacağın Teminata Bağlanmış Olması.....	219
cca) Mevcut Teminatların Dikkate Alınması Gerekliliği	219
ccb) Teminatın Ayni veya Şahsi Nitelikte Olmasının Etkisi	220
cd) İtiraz ve Defilerin Etkisi.....	221
d) Sürekli Borç İlişkilerinde Teminat Menfaati Vasıtasıyla Sınırlama	221
da) Sorumluluğun Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.264'e Kıyasla	
Sınırlandırılmaması	224
db) Tehlike Artışının Teminat Miktarının Tespitinde Belirleyici Olmaması ..	224
dc) Fesih Hakkına Dayanılarak Sınırlandırmanın Mümkün Olup Olmadığı ..	225
dca) İsviçre Öğretisindeki Görüşler.....	225
dcb) Alman Öğretisindeki Görüşler	225
e) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.175 (karş. m.157)'ye Tekabül Eden Birleşme	
Kanunu m.46'nın Sınırlı Yorumunun Mümkün Olmaması	226
C. Bölünmede Teminatın Miktarı ve Teminat Menfaati	228
VIII. BORÇLUNUN TEMİNAT GÖSTERMEKTEN KAÇINMASI	228
IX. TEMİNATIN İADESİ.....	229
X. SÖZLEŞMELERİN ÖNEMLİ SEBEBLE FESHİ.....	229
XI. TEMİNAT TALEP ETME HAKKINDAN FERAGAT	231

BEŞİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ ORTAKLARIN DEVAM EDEN ŞAHSİ SORUMLULUĞU VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. ORTAKLARIN ŞAHSİ SORUMLULUKLARININ DEVAMI.....	232
1. Sorumluluk	232
A. Amaç	232
B. Uygulama Alanı	233
a) Sorumluluğu Devam Eden Ortaklar.....	233
b) Sorumluluğun Tabi Olduğu Şartlar.....	233
C. Sorumluluğun Kapsamı	234

a) Yükümlülüğün Hukuki Sebebinin Birleşmenin İlanından Önce Gerçekleşmiş Olması	234
b) Kişisel Taahhütlerin Hükümün Uygulama Alanı Dışında Olması	235
2. Zamanaşımı	235
A. Yasal Düzenleme ve Amaç	235
B. Sürenin 3 Yıl İle Sınırlandırılmış Olması	236
a) Amaç ve Değerlendirme	236
b) Sürenin Başlangıcı ve Hükümün Sürekli Borç İlişkilerinde Uygulanması	237
II. BÖLÜNMEDE ŞAHSEN SORUMLU ORTAKLARA BAŞVURUDA TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI m.176 ve m.177 ARASINDAKİ İLİŞKİ	238

ALTINCI BÖLÜM

BÖLÜNMEDE ALACAKLININ MÜTESELSİL SORUMLULUK VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA	239
1. Amaç	239
2. Uygulama Alanı	240
A. Bölünme Planı veya Sözleşmesi ile Tahsis Edilmiş Olan Yükümlülükler	240
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında	240
b) Mevzuat Birleşme Kanununda	240
c) Alman Hukukunda	241
B. Birinci ve İkinci Dereceden Sorumlu Şirketler	242
C. Sorumlu Şirketlere Başvuru	242
a) Kapsam	242
b) Sınır	243
ba) Zaman Bakımından	243
baa) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Sorumluluğun Sınırlandırılmamış Olması	243
bab) Amaçsal İndirgeme Yolu ile Sorumluluğun Sınırlandırılması Görüşü	243
bb) Miktar Bakımından	245
c) Başvuru Şartları	245
D. Rücu	246

II. BÖLÜNME YÖNERGESİNİN 12. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN KORUMA SİSTEMİ	246
1. Önerilen Üç Farklı Koruma Modelinin Genel Özellikleri	246
2. Teminat ve Dereceli Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Koruma	246
A. Teminat Vasıtasıyla Korunmada Devreden ve Devralan Şirketlerin Alacaklıları Arasında Ayrım Yapılmamış Olması	249
B. Dereceli Müteselsil Sorumluluğun Devralan Şirketin Eski Yükümlülükleri ve Devralanının Yükümlülükler İçin Geçerli Olması	249
3. Birinci Dereceden Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Korunma	250
4. Müteselsil Sorumluluğun Sınırlandırılması	250
III. DEĞERLENDİRME	251
IV. MÜTESELSİL SORUMLULUĞUNUN YATIRIMCILAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	252

YEDİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ SORUMLULUK DAVASI VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. SORUMLULUK DAVASI ile DİĞER HUKUKİ MÜRACAT YOLLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ	254
1. Anonim Şirketler Hukukuna Göre Sorumluluk Davaları	255
A. Mehaz İsviçre Hukukunda	255
B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında	256
a) Mehaz İsviçre Hukuku ile Karşılaştırma	256
b) Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme İşlemlerine Katılanlara Karşı Açılacak Davalar	256
ba) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193/f.1 ile m.549 Arasındaki İlişki.....	256
bb) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193/f.1 ile m.553 Arasındaki İlişki..	257
bc) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193'ün Değerlendirilmesi	258
c) Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeyi Denetlemiş Kişilere Karşı Açılacak Davalar	258
2. Geri Alım Davası	259
A. Genel Hükümlerde	259
a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.512'de	259
b) İsviçre Borçlar Kanununda ve Borçlar Kanunu Öntasarısında	259

B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193 ile Geri Alım Davası (m.512)??? Arasındaki İlişki	260
3. İptal Davası	260
4. Şirket Payının ve Haklarının İncelenmesine İlişkin Dava	261
II. DAVA SEBEPLERİ	262
1. Sorumluluk Türleri	262
A. Yeniden Yapılanma İşlemlerine Herhangi Bir Şekilde Katılmış Olanların Sorumluluğu	262
B. Yeniden Yapılanmayı Denetlemiş Kişilerin Sorumluluğu	264
C. Kurucuların Sorumluluğunun Saklı Tutulmuş Olması	265
2. Sorumluluğun Unsurları.....	265
A. Zarar	265
B. Hukuka Aykırılık.....	266
a) Yeniden Yapılanmadan Doğan Yükümlülüklerin İhlali	266
b) Denetimden Doğan Yükümlülüklerin İhlali.....	268
C. Nedensellik	268
D. Kusur	269
III. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI m.193/f.3'deki ATIFLAR	269
1. Mevaz Birleşme Kanunu m.108/f.3'de Anonim Şirketler Hukukunun Genel Hükümlerine Yapılan Atıflar	269
2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193/f.3'ün Değiştirilmesi Önerisi.....	270
IV. YARGILAMA	270
1. Görev ve Yetki	271
A. İsviçre Hukukunda	272
C. Türk Hukuku Bakımından Öneri.....	272
2. Zamanaşımı	272
3. Taraflar	272
A. Davacı	272
a) Şirket	272
b) Ortaklar	273
c) Alacaklılar	273
B. Davalı	274
a) Yeniden Yapılanmaya Katılan Tüm Kişiler	274
b) Danışmanlık Hizmeti Verenlerin Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı.....	275

c) Denetimden Dolayı Sorumlu Olanlar.....	276
d) Diğer Şirketler Adına Yeniden Yapılanmaya Katılanlara ve Yeniden Yapılanmayı Denetleyenlere Karşı Dava Açılıp Açılamayacağı.....	277
SONUÇ	278
CONCLUSION	281

KISALTMALAR

Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
age	Adı geçen eser
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Art	Artikel
B	Band
b	Bent
BB	Betriebs- Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BglbbrchtV-FusG	Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die
	Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern
BglbbrchtV-OR	Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, 2. December 2005
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
Blm	Bölüm
Blm.	Bölüm
BSK-OR	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht-Obligationenrecht
Btschft1983	Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983
BtschftFusG	Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13.Juni 2000
BtschftR-OR	Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19 Dezember 2001 (BBI 3148).

C	Cilt
c	Cümle
DB	Der Betrieb
DiskE	Diskussionsentwurf
Esader	Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
f	Fıkra
FS	Festschrift
FusG	Fusionsgesetz
Gerekçe	T.C. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara-2005.
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHHR	GmbH Rundschau
HGB	Handelsgesetzbuch
HRegV	Handelsregisterverordnung
Hrsg	Herausgeber; herausgeben
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemleri Kanunu
İİK	İcra ve İflas Kanunu
InsO	Insolvenzordnung
karş	Karşılaştırınız
KoopK	Kooperatifler Kanunu
m	Madde
MK	Medeni Kanun
N	Numara-No
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911, SR 220
RefE	Referentenentwurf
R-OR	Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) Änderung vom 16 Dezember 2005 (BBI 7289) Bununla ilgili ayrıca BtschftR-OR, ve Zusatzbotschaft des Bundesrates vom 23 Juni 2004
s	Sayfa
S	Sayı
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (1990 yılına kadar).

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TCMB	Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TST	Ticaret Sicili Tüzüğü
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TTKT	Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
UmwG	Umwandlungsgesetz
vd	ve devamı
V-FusG	Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern
V-OR	Vorentwurf zur Revision des Aktien und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht
WM	Wertpapiermitteilungen- Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BİBLİYOGRAFYA *

I- GENEL ESERLER

Altenburger, Peter R./Calderan, Massimo/Lederer Werner: Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich-Basel-Genf 2004.

Arslanlı, Halil: Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960.

Bärtschi, Harald: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001.

Beretta, Piera: Strukturanpassungen/Fusion- Spaltung- Umwandlung- Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Herausgeber: von Büren, Roland), Basel/Genf/ München 2006 (Strukturanpassungen).

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

Bozer, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 2004.

Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf 2004 (Aktienrecht).

Canaris, Claus-Wilhelm: Handelsrecht, München 2000 (Handelsrecht).

Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969 (Systembegriff).

Çoştan Hülya: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004.

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C I, Ankara 1990.

Domanıç, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 1988.

Emch, Daniel: System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz – Materiell –und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften, Bern 2006.

Engelmeyer, Cäcilie: Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht, Köln 1995.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2003.

Eugster, Karin: Die Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG, Zürich/St.Gallen 2006.

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde gösterilmiştir.

Şerhler, bibliyografyanın III başlığı altında alfabetik olarak gösterilmiştir Çalışmada atıf yapılan yazarlar ilgili şerhin altında verilmiştir

Fida, Stefan: Die Verschmelzung und Spaltung von Aktiengesellschaften in England und Österreich unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie, Diss. zur Erlangung des akademischen Grades Doctor Iuris, Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Wien 2005.

Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

Glanzmann, Lukas: Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006 (Umstrukturierungen).

Hasler, Daniel: Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Bern 2007.

Hemmerde, Wilhelm: Insolvenzrisiko und Gläubigerschutz, Frankfurt am Main 1985.

Hirsiger, Caroline: Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich-Basel-Genf 2006,

Karahan, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991.

Karayalçın, Yaşar: Bilanço Hukuku, Ankara 1979.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973.

Kölner Umwandlungsrechtstage – Verschmelzung /Spaltung /Formwechsel (Hrsg. Lutter), Köln 1995 (Umwandlungsrechtstage).

Kunz, Peter V.: Die Kalgen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997.

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku – Ders Kitabı, Ankara 2006.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: İcra İflas Hukuku – Ders Kitabı, Ankara 2006.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Heidelberg-New York 1975.

Locher Kurt: Die Rechtliche Stellung und der Schutz der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrechts, Bern 1941.

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, Köln-Berlin-Bonn-München 1984.

Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2004.

Meier-Schatz, Christian J.: Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000 (Fusionsgesetz).

Meier-Schatz, Christian: Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Zürich 1989 (Publizität).

Merkt, Hanno: Unternehmenspublizität, Tübingen 2001.

Mertens, Kai: Umwandlung und Universalsukzession: die Reform von Verschmelzung / Spaltung / Formwechsel; rechtsdogmatische Betrachtungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigungen des Umwandlungsrechts, Kiel 1992.

Müller, Thomas Friedrich: Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Bern 1997.

Ott, Walter: Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1972.

Petersen, Jens: Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, München 2001 (Gläubigerschutz).

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003 (Ortaklıklar).

Raiser, Ludwig: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (s.124-144), Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat- u. Wirtschaftsrecht aus 3 Jahrzehnten, Athenäum- Verlag 1977.

Ries, Christian: Die Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen nach § 22 Abs. 1 UmwG, Köln 2005.

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 2002 (Gesellschaftsrecht).

Schneller, Yves: Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion: Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, St. Gallen 2006.

Soldierer, Harald: Die Höhe der Sicherheitsleistung im Umwandlungsgesetz - § 22 UmwG - , Aachen 2004.

Spiro, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975.

Tauchert-Nosko, Martina: Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Frankreich, Frankfurt am Main; Berlin; New York; Paris; Wien; Lang, 1999.

Türk, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986 (Birleşme).

Türk, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde <<Nevilerin Aynı Olması Koşulu>>, Ankara 1986 (Nevilerin Aynı Olması Koşulu).

Veil, Rüdiger: Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin 1996.

von der Crone, Hans Caspar/Gersbach, Andreas/Kessler, Franz J./Dietrich, Martin/Berlinger, Katja: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.

von Salis, Ulysses: Fusionsgesetz Teil I-II-III-V, Zürich 08/2004.

Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht – Bd. 1 Grundlagen, München 1980.

Yasaman, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987.

Zürcher, Wolfgang: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Bern 1993.

II. MAKALELER

Bertschinger, Urs: Die Klagen gemäss Fusionsgesetz- ein Überblick, AJP/ PJA 7/2004, s. 839- 850 (Klagen).

Sönmez, Yusuf Ziyaeddin: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesinden Doğan Sorunlar, SPK Yeterlilik Etüdları 15. Dönem, Ankara 2004, s. 731-787.

Böckli, Peter: Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetz, Der Schweizer Treuhänder 11/04, s.899-914 (Rechtsfragen).

Dober, W.: Die Publizität der Unternehmen – Publizitätsempfänger und Publizitätsträger, SAG 1965, s. 105-119.

Eusani, Guido: Auswirkungen der Verschmelzung auf Bürgerschafts- Verpflichtungen für Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Mietbürgerschaft, WM 2004, s. 866- 873.

Gasser, Urs/ Eggenberger, Christian: Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz- Grungzüge und ausgewählte Einzelfragen, AJP/PJA/98, s. 457-481.

Grunewald, Barbara: Gläubigerschutz- Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, s.54 (Umwandlungsrechtstage).

Habersack, Mathias: Grundfragen der Spaltungshaftung nach § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG, Festschrift für Gerald Bezzenberger, Berlin 2000, s. 93- 109 (FS für Bezzenberger).

Honsell, Heinrich/ Harrer, Friedrich: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei Dauerschuldverhältnissen, ZIP 1986, s.341-346.

Hüffer, Uwe: Der Schutz besonderer Rechte in der Verschmelzung, FS für Marcus Lutter, Köln 2000, s.1227-1244.

Ihrig, Hans- Christoph: Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung bei Verschmelzung und Spaltung, GmbHR 9/1995, s.622- 643 (GmbHR 1995).

Ihrig, Hans-Christoph: Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile?, ZHR 160 (1996), s.317-342 (ZHR 1996).

Jaeger, Carsten: Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bei Kapitalherabsetzung, Verschmelzung und eines Unternehmensvertrages, DB 1996, s. 1069-1071.

- Kallmeyer, Harald:** Das neue Umwandlungsgesetz – Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel von Handelsgesellschaften, ZIP 1994, s. 1746- 1759.
- Kowalski, André:** Kapitalerhöhung bei horizontaler Verschmelzung, GmbHR 1996, s. 158-161.
- Kuru, Baki:** Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Batider 1976, C.VIII, s.34-40.
- Leffson, Ulrich:** Gläubigerschutz, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, s. 299-316.
- Luckan, Eberhard/ Schacht, Knut:** Gläubigerschutz, Publizität und Haftung, DB 1970. s. 1449-1457.
- Lutter, Marcus:** Zur Reform von Umwandlung und Fusion – Das Konzept und seine Verwirklichung im Diskussionsentwurf, ZGR 3/1990, s.392- 415.
- Maier-Reimer, Georg:** Vereinfachte Kapitalherabsetzung durch Verschmelzung? –Replik zu *Petersen* GmbHR 2004 728, GmbHR 2004, s. 1128-1132.
- Malacrida, Ralph:** Spaltung von Gesellschaften, ZSR/ 123/ Hb.I, s.39- 62.
- Meier-Schatz, Christian J.:** Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP/PJA 5/2002, s.514-529 (Einführung).
- Meier-Schatz, Christian J.:** Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, in *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – FS für Roger Zäch zum 60. Geburtstag* (Forstmoser/ Crone/ Weber Hrsg.), Zürich 1999 (FS-Zäch).
- Meier-Schatz, Christian J.:** Fusionsgesetz, Zürich 2000 (Fusionsgesetz).
- Mertens, Kai:** Zur Universalsukzession in einem neuen Umwandlungsrecht, AG 2/1994, s.66-78 (AG 1994).
- Murawo, Bernhard:** Anteilseigner und Gläubigerschutz bei Unternehmensspaltungen, Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, s. 431- 446.
- Naraschewski, Alexander:** Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von GmbH, GmbHR 1998, s. 356- 361.
- Neye, Hans Werner:** Überblick über die Gesetzänderungen, Umwandlungsrechtstage, s. 1-18. (Umwandlungsrechtstage).
- Öçal, Akar:** Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacaklıların İtirazı Sorunu, Esader, C.X, S.2, 1974, s.229-233.
- Petersen, Jens:** Der Gläubigerschutz im System des Umwandlungsrechts, *Der Konzern* 2004, s. 185- 191 (Der Konzern).
- Petersen, Jens:** Vereinfachte Kapitalherabsetzung durch Verschmelzung?, GmbHR 2004, s. 728-73(Kapitalherabsetzung).

Philipp, Wolfgang: Ist die Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht noch vertretbar?, AG 1998, s. 264- 272.

Priester, Hans Joachim: Das neue Verschmelzungsrecht, NJW 1983, s. 1459 – 1467 (NJW 1983).

Rieble, Volker: Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 1997, s.301-314.

Rittner, Fritz: Die Sicherheitsleistung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, Festschrift für Walter Oppenhoff- zum 80. Geburtstag, München 1985, s. 317- 334 (FS-Oppenhoff).

Rodewald, Jörg: Vereinfachte „Kapitalherabsetzung“ durch Verschmelzung von GmbH, GmbHR 1997, s. 19- 22.

Schenker, Urs: Die Fusion, AJP/ PJA 7/2004, s. 772- 789.

Schmidt, Karsten: Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen, ZGR 3/1993, s.366-395 (Gläubigerschutz).

Schröer, Thomas: Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensumwandlungen, DB 1999, s. 317- 324.

Seetzen, Uwe: Die Bestimmung des Verschmelzungswertverhältnisses im Spruchstellenverfahren, WM 1994, s. 45- 51.

Simon, Stefan: Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, Der Konzern 2004, s.191-194.

Tekinalp, Ünal: İmtiyazlı Paylar, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Ankara 1996, s.3-23 (İmtiyazlı Paylar). Tartışmalar için bkz. age s.24-36.

Vogt, Hans-Ueli: Fusion und Umwandlung nach dem neuen Fusionsgesetz, ZGBR 2004, s. 141 – 169.

Winter, Martin: Anteilsgewährung- zwingendes Prinzip des Verschmelzungsrecht?, Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, s. 1279- 1291.

III. ŞERHLER

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz (Hrsg.: Watter/ Vogt/ Tschäni/ Daeniker) Basel 2005 (BSK-FusG)

Bösch, René: BSK-FusG, m.62

Diem, Hans-Jakob: BSK-FusG, m.9, m.10, m.11.

Dubs, Dieter: BSK-FusG, m.105, m.106.

Ehrt, Felix R./Colombini, Marco: BSK-FusG, m.48, m.68.

Ehrat, Felix R./Widmer, Markus: BSK-FusG, m.46.

Gericke, Dieter: BSK-FusG, m.56, m.57.

Kühni, Beat: BSK-FusG, m.14, m.15, m.16.

Meinhardt, Mancel: BSK-FusG, m.6.

Morscher, Lukas: BSK-FusG, m.1, m.2.

Romerio, Flavio: BSK-FusG, m.53.

Staehelin, Daniel: BSK-OR II, m.576

Truffer, Roland: BSK-FusG, m.25, m.26.

Tschäni, Rudolf/ Roberta: BSK-FusG, m.7, m.8.

Watter, Rolf/Büchi, Raffael: BSK-FusG, m.32.

Wolf, Mathias: BSK-FusG, m.23.

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II- Art.530-1186 (Hrsg.: Honsel/ Vogt/ Watter) Basel 2002 (BSK-OR II)

Baudenbacher, Carl: BSK-OR II, m.620.

Eckert, Martin T.: BSK-OR II, m.927.

Hess, Beat: BSK-OR II, m.657.

Isler, Peter R/Zindel, Gaudenz G.: BSK-OR II, m.653d.

Kurer, Peter: BSK-OR II, m.680.

Neuhaus, Markus/Schönbächler, Bruno: BSK-OR II, m.671.

Schenker, Franz: BSK-OR II, m.635.

Von Planta, Andreas/ Lenz, Christian: BSK-OR II, m.659.

Kommentar zum Umwandlungsrecht (Hrsg. Goutier, Klaus), Heidelberg 1996 (Goutier-UmwG).

Bermel, Arno: Goutier-UmwG, m.22.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (§222- §277), B. 7, München 2003 (MüKo-AktG).

Oechsler, Jürgen: MüKo-AktG, m.225.

Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz (Hrsg.: Baker& Mckenzie), Bern 2003 (SHk).

Affentranger, Markus: SHk, m.25, 26.

Bommer, Florian: SHk, m.9, m.10, m.57.

Bürgi, Paul/Glazmann, Lukas: SHk, m.105.

Comboeuf, Albert: SHk, m.15,m 16, m.17.

Frey, Martin: SHk, m.6.

Glanzmann, Lukas: SHk, m.7.

Mathys, Beat: SHk, m.32, 33.

Maurenbrecher, Benedikt: BSK-FusG, m.108.

Rimble, Alois: SHk, m.57.

Schenker, Franz: SHk, m.108.

Umwandlungsgesetz – Kommentar (Hrsg.:Lutter/Winter), C.I-II, Köln 2004 (Lutter-UmwG)

Bork, Walter: Lutter-UmwG, m.15 m.17.

Grunewald, Barbara: Lutter-UmwG, m.22, m.23, 29.

Hommelhof, Peter/ Schwab, Martin: Lutter – UmwG, m.133.

Lutter, Markus/ Drygala, Tim: Lutter – UmwG, m.4, m.8.

Teichmann, Arndt: Lutter – UmwG, m.123, m.132.

Winter, Martin: Lutter-UmwG, m.55, m.58.

Umwandlungsgesetz (Hrsg.: Semler/ Stengel), München 2003 (Semler/Stengel).

Maier-Reimer, Georg: Semler/Stengel, m.22, m.23.

Reichert, Jochem: Semler/Stengel, m.55 N.5.

Semler, Johannes: Semler/Stengel, m.1.

Umwandlungsgesetz- Kommentar (Hrsg.: Kallmeyer, Harald) Köln 2006 (Kallmeyer-UmwG)

Kallmeyer, Harald: UmwG-Kallmeyer, m.133.

Marsch-Barner, Reinhard: UmwG-Kallmeyer, m.22.

Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz (Hrsg.: Schmidt/ Hörtnagl/ Stratz) ,
München 2006 (Schmitt/ Hörtnagl/ Stratz)

Stratz, Rolf-Christian: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22.

Umwandlungsrecht (Hrsg.:Widmann/ Mayer), Stand: Ocak 2004 (Widmann/Mayer)

Vossius, Oliver: Widmann/Mayer, m.22.

Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (Hrsg.: Vischer, Frank), Zürich 2004 (ZK-FusG).

Albrecht, Andreas C.: ZK-FusG, m.6 m.9, m.10, m.25.

Beretta, Piera: ZK-FusG, m.108.

Burckhardt -Bertossa, Jaqueline: ZK-FusG, m.32.

Burckhardt, Sebastian: ZK-FusG, m.8 m.24.

Gelzer, Thomas: ZK-FusG, m.14, m.15.

Meiter-Dieterle, Felix: ZK-FusG, vor -m.105-108.

Pfeifer, Michael: ZK-FusG, m.46, m.48.

IV. KANUN GEREKÇELERİ, TASARILAR, TASARI GEREKÇELERİ VE

Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und
Umwandlung von Rechtsträgern (BgltrchtV-FusG).

Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien und Rechnungslegungsrecht im
Obligationenrecht, 2 December 2005 (BgltrchtV-OR).

Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Btschft1983)

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und
Vermögensübertargung (BtschftFusG).

- Botschaft zur Revision Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelregister- und Firmenrecht) vom 19 December 2001 (BtschftR-OR).
- Die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 5.November.1971 (BR-Drucksache 595/71, s.82).
- Die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 15.Dezemberber.1977 (BR-Drucksache 8/1347, s.27).
- Entwurf - Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelregister- und Firmenrecht) vom 19 December 2001 (R-OR).
- Ganske, Joachim (Hrsg) : Umwandlungsrecht – Regierungsentwürfe des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts und des Gesetzes zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts – Texte mit amtlichen Begründungen, Düsseldorf 1994.
- Kropff, Bruno: Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965.
- T.C. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara-2005 (Gerekçe).
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı - Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Metin (Köksal Toptan Başkanlığındaki Adalet Komisyonu)
- Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (V-FusG).
- Vorentwurf zur Revision des Aktien und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht, 2.December 2005 (V-OR).

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin düzenlemelerde amaç bir taraftan yeniden yapılanmaların¹ kolaylaştırılması diğer taraftan ortakların, özel hak sahiplerinin, alacaklıların ve çalışanların korunmasıdır. Bu nedenle öngörülen düzenlemeler şirket ile anılan kişiler arasındaki ve bu kişiler arasındaki menfaat dengelerinin sağlanmasına yönelik tercihleri yansıtmaktadır.

Ticaret Hukuku, bilhassa şirketler hukuku alanında düzenleme getiren pek çok normun gerekçesi incelendiğinde, alacaklının korunması amacının vurgulandığı dikkati çekmektedir. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler kısmında yer alan pek çok maddenin gerekçesinde de bu husus açıkça görülmektedir. Özellikle mevzuatta alacaklının korunması başlığı altında yer almayan birçok maddenin temelde alacaklının korunması amacıyla şekillendirildiğinin belirtilmiş olması, alacaklının korunmasının ifade ettiği anlamın ve şirketler hukukundaki yerinin ortaya konulması ihtiyacını hissettirmiştir.

Anonim şirket alacaklısının alacağı, kurumsal ve bireysel korunma vasıtaları ile çift yönlü olarak güvence altına alınmıştır.

Anonim şirketin alacaklısı karşısında malvarlığı ile sorumlu olması, şirketin malvarlığının korunmasının alacaklı için arz ettiği önemi göstermektedir. Dolayısıyla şirketin malvarlığının korunması, daha ziyade alacaklının kurumsal olarak korunmasını ifade etmektedir. Malvarlığının korunmasının bu şekilde nitelendirilmesi ise alacaklı kavramının kapsamını genişletmektedir. Şöyle ki söz konusu korumanın muhatabı, hem halihazırda alacaklı olanlar hem de gelecekte alacaklı olması muhtemel kişidir. Daha açık bir ifadeyle şirketin malvarlığının korunması suretiyle korunan alacaklılar, şirketin mevcut ve potansiyel alacaklılarıdır. Bununla birlikte malvarlığının korunmasına yönelik bu hükümlerde, alacaklıya genellikle herhangi bir talep hakkı tanınmamaktadır. Bu yönüyle söz hükümler kurumsal olarak korunma vasıtaları olarak kendini göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında kuruluşta ve

¹ Çalışmamızda şirketler hukuku anlamında birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye karşılık olarak kısaca yeniden yapılanma ifadesi kullanılacaktır.

İsviçre hukukunda birleşme (die Fusion), bölünme (die Spaltung), tür değiştirme (die Umwandlung) ve malvarlığı devrini (die Vermögensübertragung) ifade etmek üzere öğretide *die Strukturanpassung*; Alman hukukunda ise, yasada ve öğretide birleşme (die Verschmelzung), bölünme (die Spaltung), tür değiştirme (der Formwechsel) ve malvarlığı devrine (die Vermögensübertragung) karşılık olarak *die Umwandlung* sözcükleri kullanılmaktadır.

sermaye artırımında yönetim kurulunun beyan yükümüne ve denetime ilişkin düzenlemeler de esasen kurumsal korunmanın araçları sayılmaktadır.

Buna karşılık yeniden yapılanmada bir taraftan kural olarak kuruluş hükümlerine atıf yapılmış diğer taraftan yeniden yapılanmada yönetim kurulunun beyan yükümü ve yeniden yapılanmanın denetimi ayrıca düzenlenmiştir. Bu durum yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetiminin işlevinin ne olduğu sorusunu doğurmaktadır. Bir başka ifadeyle yeniden yapılanma raporu hazırlanmasını ve yeniden yapılanmanın denetimini öngören hükümlerin malvarlığının dolayısıyla alacaklının korunması amacını taşıyıp taşımadığı sorgulanmalıdır. Bunun yanında yeniden yapılanma nedeniyle söz konusu olabilecek sermaye artırımı ve sermaye azaltımlarında şirketin malvarlığının ne şekilde korunacağı meselesinin de kurumsal korunma kapsamında irdelenmesi gerekmektedir.

Alacaklının kurumsal yolla korunması başlığı altında değerlendirilmesi gereken diğer konu ise, tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılmasını ve sermayenin kaybı veya borca batılık durumunda bulunan şirketlerin birleşmeye katılmasını düzenleyen kuralların malvarlığının korunmasına yönelik hükümleridir.

Yeniden yapılanmada, açıklanan kurumsal olarak korunma mekanizmaları yanında şirketin halihazırdaki alacaklılarına talepte bulunma hakkı tanıyan düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde asıl amaç mevcut alacaklının şirkete karşı haiz olduğu alacak hakkının korunmasıdır. Koruma kapsamının mevcut alacaklılarla sınırlandırıldığı bireysel korumanın en tipik özelliği, bu korumanın alacaklının talebine bağlı olarak işlerlik kazanmasıdır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı açısından bakıldığında, birleşme ve bölünmede teminat talep etme hakkı; birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortakların devam eden şahsi sorumluluğu vasıtasıyla koruma; bölünmede bölünmeye katılanların müteselsil sorumluluğu ve her üç yeniden yapılanma için işletilebilecek olan sorumluluk davası açma hakkı bireysel korunma araçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Alacaklının yeterli derecede korunup korunmadığı hakkında yargıya varılabilmesi için yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler çerçevesinde öngörülmüş olan kurumsal ve bireysel korunma mekanizmaları birlikte değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede dikkate alınması gereken önemli bir husus ise, yeniden yapılanmada alacaklının korunmasında yeniden yapılanmayı düzenleyen normların yeterli olup olmadığıdır. Daha açık bir ifadeyle anonim şirketin yeniden yapılanması nedeniyle alacaklının korunmasında anonim şirketler hukukunun genel hükümlerinin ne ölçüde etkili olduğu da göz önünde tutulmalıdır.

II. İNCELEME YÖNTEMİ

Çalışma konumuz anonim şirketin Ticaret Hukuku kurallarına göre birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinde, alacaklının korunması ile sınırlandırılmıştır. Türk Ticaret Hukukunda önemli bir kodifikasyonun gündemde olması nedeniyle tezimizde Türk Ticaret Kanunu Tasarısının konuyla ilgili hükümleri esas alınmıştır. İcra ve İflas Hukukunun şirketlerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin düzenlemeleri ile Vergi Hukukunun ilgili hükümleri inceleme dışında bırakılmıştır.

Çalışmamızda Türk Ticaret Kanununu Tasarısı yanında bu Tasarının yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerinin kaynağı olan İsviçre Birleşme Kanunu'nun ilgili maddeleri de değerlendirilecektir. Bu çerçevede Birleşme Kanununun yasalaşması sürecindeki tartışmalara ve bu Kanundaki düzenlemelere ilişkin olarak öğretide ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Böylelikle Tasarıdaki düzenlemelerin hangi ihtiyaçlara karşılık ortaya çıktığı belirlenerek bu düzenlemelerin amaca uygun olup olmadığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Birleşme Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısının söz konusu hükümlerinde esas itibariyle Avrupa Topluluğunun 78/855/EWG sayılı Birleşme ve 82/891/EWG sayılı Bölünme Yönergelerinin uyarlanması amacının güdülmesi nedeniyle gerekli hallerde bu Yönergelerin ilgili hükümleri daha yakından incelenecektir. Bu uyarlamanın ne ölçüde gerçekleştiğinin ve başka türlü bir düzenlemenin mümkün olup olmadığının değerlendirilebilmesi açısından özellikle Alman hukukundaki ve Birlik üyesi ülke hukuklarındaki düzenlemeler de gerekli olduğu ölçüde ele alınacaktır. Bu suretle Tasarıdaki hükümlerin başka bir şekilde ele alınmasının mümkün olup olmayacağının çalışma konumuz sınırları içinde değerlendirilmesi hedeflenmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde ilk olarak alacaklının korunmasının şirketler hukukundaki yeri incelenecektir. Yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlere ayrı bir kanun içerisinde değil de Ticaret Kanunu Tasarısı içerisinde yer verilmiş olması da bu tür bir yöntemi gerekli kılmaktadır. Bu yöntemle yeniden yapılanmada alacaklı korumasının sadece yeniden yapılanmaya özgü hükümler vasıtasıyla mı yoksa aynı zamanda genel hükümlerin geçerli olması yoluyla da mı gerçekleştiği araştırılacaktır. Birinci bölümde ele alınacak olan bir diğer başlık ise tezimizin dayanağı olan bireysel ve kurumsal olarak korunma ayrımıdır. Bu başlık altında söz konusu korunma mekanizmalarının dayandığı esaslar ve korunma vasıtaları tespit edilecektir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ortakların korunması ve alacaklıların korunması gibi konularda esas itibariyle birleşme başlığı altında düzenleme öngörülmüş, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerde ise farklılık arz eden hususlar dışında genellikle birleşme hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle tezimizde de birleşmede alacaklının korunmasına yönelik düzenlemeler esas alınacak, bölünme ve tür değiştirmede özel olarak hükme bağlanmış konularda ise ayrıca açıklama yapılacaktır. Bunun yanında birleşme, bölünme ve tür değiştirmede alacaklının korunmasına yönelik araçların aynı olmaması nedeniyle incelenen korunma vasıtasının hangi yeniden yapılanmalarda geçerli olduğu başlıklarda vurgulanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümü Türk Ticaret Kanunu Tasarısının yeniden yapılanmaya ilişkin kurallarında alacaklının korunması başlığı altında düzenlenmemiş olan, ancak gerekçede alacaklının korunması amacıyla da öngörüldüğü ifade edilen normların incelenmesine ayrılmıştır. Bu bağlamda yeniden yapılanmada kuruluşu, sermaye artırımını, sermaye azaltımını, borca batıklık ve sermaye kaybında birleşme ile tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılmasını düzenleyen hükümler değerlendirilecektir. Bir başka ifadeyle Türk Ticaret Kanunu Tasarısının söz konusu düzenlemeleri kurumsal alacaklı koruması ile kesiştikleri ölçüde mercek altına alınacaktır.

Üçüncü bölümde ise ilk olarak şirketler hukuku anlamında özel hak sahiplerinin kimler olduğu tartışılacaktır. Özel hak sahiplerinin, ortaklardan ve şirket alacaklılarından ayrı bir kategoriye ifade ettiği ortaya konulacaktır. Akabinde özel hakların ne şekilde korunması gerektiği araştırılacaktır. Özel hakların kapsamı ve bu hakların korunması konularında ulaşılabilecek sonuçlar, tezimizde bireysel alacaklı koruması başlıkları altında incelenecek olan koruma mekanizmalarından alacaklı statüsü ile yararlanabilecek hak sahiplerinin sınırının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Dördüncü bölümde birleşme ve bölünmede teminat vasıtasıyla korunma ele alınacaktır. Bireysel alacaklı korunması araçlarının ortak başlıkları olan alacak ve alacaklı gibi temel kavramlar bu bölümde incelenecektir. Dolayısıyla söz konusu hususlara yönelik açıklamalar her ne kadar dördüncü bölümün nispeten daha geniş incelenmesine yol açsa da kural olarak şahsi sorumluluğun devamı, müteselsil sorumluluk ve sorumluluk davasına ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından da belirleyici olacaktır.

Beşinci bölüm her üç yeniden yapılanma modelinde de geçerli olması öngörülen şahsen sorumlu ortakların sorumluluklarının devamına ilişkin düzenlemeye ayrılacaktır.

Altıncı bölümde ise bölünmenin diğer yeniden yapılanma modellerine nazaran taşıdığı ek risklerin telafisi amacını taşıyan bölünmeye katılanların müteselsil sorumluluğu vasıtasıyla bireysel korunma incelenecektir.

Son bölüm ise alacaklının hem bireysel hem de kurumsal anlamda korunmasında kendini gösteren sorumluluk davası ile başlıklandırılacaktır. Böylece alacaklının korunmasına ilişkin olarak önceki bölümlerde ulaştığımız sonuçların sorumluluk davası bakımından değerlendirilebilmesi de mümkün olabilecektir. Daha açık bir ifadeyle diğer koruma mekanizmalarının işleyiş sürecindeki aksaklıkların sorumluluk davası vasıtasıyla telafi edilip edilemeyeceği sorgulanacaktır.

Çalışmamızın sonuç kısmında ise Türk Ticaret Kanunu Tasarısının birleşme, bölünme ve tür değiştirmede alacaklının korunmasına yönelik olarak öngördüğü koruma mekanizmalarının amaçlarına uygun olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu kapsamda konuyla ilgili önerilerimiz sunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ KORUNMASI

I. ALACAKLININ KORUNMASININ ZORUNLU OLMASI

1. Borçlar Hukukunda

Borçlar hukukunda alacaklı, borçlu değişikliği karşısında kural olarak borcun naklini alacaklının rızasına tabi kılan BK m.174 vasıtasıyla korunmuştur¹. Zira alacaklının iradesi dışında, kendisinin seçmediği bir borçlu ile karşı karşıya bırakılması sözleşme özgürlüğüne aykırı düşmektedir.

Borçlunun malvarlığında meydana gelen ve borçlunun ifa gücünü etkileyen değişiklikler karşısında ise alacaklıya itiraz hakkı veya başka bir hak tanınmamıştır. Böyle bir durumda alacaklı ancak borçlunun ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde belli hukuki yollara başvurabilmektedir (MK m.952; İİK m.177; BK m.81).

2. Şirketler Hukukunda

A. Alacaklının Şahsen Sorumlu Olması

Şirketler hukukunda, alacaklının korunması amacını taşıyan kuralların neden ortaya çıktığının tesbit edilebilmesi alacaklı açısından risk oluşturan hallerin açıklanmasına bağlıdır². Bu çerçevede ilk olarak yürürlükteki düzenlemelerin irade özerkliği ilkesi uyarınca şirket alacaklısının şahsi sorumluluğu kuralını içerip içermediği açıklığa kavuşturulmalı, akabinde alacaklının şirketler hukuku kuralları vasıtasıyla korunmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir³.

Her borç ilişkisinde borçlunun yükümlülüğünü anlaşılmaya uygun olarak yerine getirmemesi ihtimali, alacaklı bakımından ifa zamanına kadar risk teşkil etmektedir⁴. Bu nedenle borçlunun malvarlığı ve özellikle de vadedeki ödeme gücü hakkında bilgi edinmekte alacaklının menfaati bulunmaktadır⁵. Bu bilgilenme borçlunun şahsi güvenilirliğinin ve

¹ BK m.179 ve m.180'de ise, BK m.174'den farklı olarak borçlu değişikliği için alacaklının rızası aranmamakla birlikte alacaklının korunmasına yönelik özel düzenlemeler öngörülmüştür.

² Zürcher, Wolfgang: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Bern 1993, s.4.

³ Zürcher, s.4.

⁴ Zürcher, s.4.

⁵ Zürcher, s.5.

ekonomik durumunun incelenmesi yoluyla gerçekleşmektedir⁶. Şahsi güvenilirliğe bağlı risklerin icra dairesindeki tutanakların⁷, vergi beyannamelerinin ve mesleki gelişim gibi hususların incelenmesi yoluyla önlenmesi mümkündür⁸. Borçlunun ekonomik durumu ise bilanço, yıllık kar, denetim raporu, yönetim organının yıllık faaliyet raporu ve faaliyet dalının gösterdiği gelişim gibi parametreler dikkate alınarak değerlendirilebilecektir⁹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca alacaklı kredi tahsis edeceği potansiyel borçlunun kredibilitesini araştırmakla yükümlü olduğundan kredi sözleşmesinde, alacaklının borçlunun ödeme gücüne güveni kural olarak korunmaya değer bir menfaat değildir¹⁰. Bir başka ifadeyle söz konusu güvenden dolayı şirket alacaklısının şahsen sorumlu olması, sözleşme özgürlüğünün tamamlayıcısı olarak kendini göstermektedir¹¹. Aksine bir tutum, alacaklara devlet garantisinin sağlanması ve aslında alacaklıya ait olan ferdi sorumluluğun toplumun üzerine yüklenmesi sonucuna yol açacağı için kabulü mümkün değildir¹².

Şirket alacaklısının şahsi sorumluluğu, icra iflas hukukuna göre yapılan takip sonucunda alacağın elde edilememesi halinde kendini göstermektedir¹³.

B. Emredici Hükümler ve Doğrudan Tanınan Haklar Vasıtasıyla Koruma

Borçlar hukuku düzenlemelerine ek olarak, şirketler hukukunda da alacaklıyı koruyan hükümlere yer verilmiştir. Şirketler hukukunda alacaklının ayrıca korunmasının nedeni, şirketler hukukunun dayandığı esasların farklı olması ve tüzel kişiliğin kullanılması suretiyle alacaklının haklarının ihlali riskinin önlenmesinin zorunlu olmasıdır.

Söz konusu koruma bir taraftan emredici hükümler diğer taraftan alacaklıya sağlanan haklar vasıtasıyla sağlanmaktadır.

Alacaklı, şirketin malvarlığında bilhassa keyfi davranışlar sonucunda meydana gelebilecek kötüleşmelere karşı, sermayeyi koruyan hükümler vasıtasıyla korunmaktadır¹⁴.

⁶ Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht – Bd. 1 Grundlagen, München 1980, s.519 ve 520; Aynı yönde Zürcher, s.5.

⁷ İcra iflas dairelerinin tutanak tutma yükümünü düzenleyen İİK m.8'in (SchKG m.8) icra tutanaklarının aleniyetine ilişkin 2. fıkrasında, ilgililerin bu tutanakları görebileceği ve örneğini alabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümdeki ilgililerin icra takibinin tarafları ile sınırlı olmadığı, icra tutanaklarını görmek ve bunların örneğini alma isteyenlerin, hukuken korunmaya değer, özel ve güncel bir yararı olduğunu ispat etmesi gerektiği yönünde bkz. Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: İcra İflas Hukuku – Ders Kitabı, Ankara 2006, s.58.

⁸ Wiedemann, s.520.

⁹ Wiedemann, s.520; Zürcher, s.5. Borçlu şirketin hukuki türünün borçlunun kredibilitesinin incelenmesinde büyük önem arz ettiği yönünde bkz. Zürcher, s.6. Kredi tahsisinde belirleyici ölçütün şirketin hukuki şeklinin değil, somut olayda muhtemel borçlunun ekonomik gücünün olduğu yönünde bkz. Wiedemann, s.519.

¹⁰ Hemmerde, Wilhelm: Insolvenzrisiko und Gläubigerschutz, Frankfurt am Main 1985, s.7-8.

¹¹ Zürcher, s.7.

¹² Hemmerde, s.7 ve 8.

¹³ Zürcher, s.7.

Anonim şirketler hukukunda sermayenin korunmasının diğer adı alacaklının korunmasıdır¹⁵. Dolayısıyla şirketler hukukunun emredici hükümleri, borçlunun malvarlığında meydana gelen değişikliklere karşı alacaklıyı koruyan vasıtalardan birisidir.

Muhatabının şirket olduğu emredici hükümler yanında, alacaklıya doğrudan tanınan hakların kullanılması suretiyle uygulanabilen kurallar ise, alacaklının korunması sisteminin diğer ayağını oluşturmaktadır. Sermaye azaltımında bu azaltımın şirketin malvarlığına etkisi nedeniyle alacaklıya tanınmış olan teminat talep hakkına veya davacı statüsünün alacaklıya da tanındığı sorumluluk davasına ilişkin düzenlemeler söz konusu korumanın tipik örnekleridir.

II. HUKUKİ PRENSİP OLARAK ALACAKLININ KORUNMASI

Hukuk ve ekonomi alanının temel kavramlarından birisi olan alacaklının korunması¹⁶, ticaret hukukunu düzenleyen kurallardan tümevarım yoluyla ulaşılan kanuna mündemiç bir hukuk prensibidir¹⁷. İçerikleri yargı ve öğreti tarafından tespit edilmek suretiyle sınırları belirlenen hukuk prensipleri, pozitif hukukun önünde yer alan değerlendirme ölçütleridir¹⁸. Söz konusu prensipler tümevarım için gerekli olan hareket noktasını değil, aksine somut durumda uygun bir menfaat dengesinin sağlanabilmesi için gerekli olan dayanağı teşkil etmektedir¹⁹.

Alacaklının korunmasına yüklenen anlam²⁰, alacaklının korunması prensibinin ne ölçüde geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu göstermektedir. Bu nedenle alacaklının korunması prensibi, şirketler hukukunun diğer prensipleri ile çatışabilmektedir²¹. Bu çatışmanın en tipik örneği, şirketin ortakları ile alacaklılarının menfaatleri arasında görülmektedir²².

III. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA ALACAKLININ KORUNMASI

1. Alacaklının Korunmasının Dayandığı Esaslar

Yeniden yapılanmada alacaklının korunması, bir taraftan özel düzenlemeler diğer taraftan genel hükümler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Yeniden yapılanmada alacaklının korunmasını sağlayan en önemli vasıtalardan birisi de şirketler hukukunun sermayenin

¹⁴ Truffer, Roland: BSK-FusG, m.25 N.1.

¹⁵ Malacrida, Ralph: Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd.123, s.53.

¹⁶ Wiedemann, Şirketler Hukuku adlı eserinin *Şirketler Hukukunun Prensipleri* başlıklı 3. bölümünde *Alacaklıların Menfaatleri* konusu alt başlık olarak ele alınmıştır (Wiedemann, s.513 vd.)

¹⁷ Wiedemann, s.518.

¹⁸ Zürcher, s.21; Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Heidelberg-New York 1975, s.458.

¹⁹ Zürcher, s.21.

²⁰ Alacaklının bireysel ve kurumsal olarak korunması ayrımı için bkz. 1.Blm./IV/2 ve 3.

²¹ Petersen, Jens: Der Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, München 2001, s.14.

²² Örnek için bkz. 4.Blm./IV/D/e/ea ve eb.

sağlanması ve korunmasını²³ düzenleyen genel kurallardır²⁴. Bu husus yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde, kuruluşu ve sermaye artırımını düzenleyen kurallara yapılan atıflardan açıkça anlaşılmaktadır.

Bu nedenle yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde alacaklıların korunması amacıyla öngörülmüş olan özel tedbirlerden önce, şirketler hukukunun aynı amaca yönelik temel ilkelerine kısaca göz atılmalıdır. Buradan hareketle anonim şirketler hukukunda alacaklıların korunması amacıyla öngörülmüş genel hükümler yeri geldikçe değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. Şirket Alacaklılarının Eşitliği

Ulusal hukukta ve uluslararası hukukta esas itibarıyla aynı yöntemlerle gerçekleştirilen şirket alacaklılarının korunmasında, alacaklıların eşitliği ilkesinden hareket edilmektedir²⁵. Buna göre şirketler hukuku bakımından kural olarak alacağın türü önemli değildir. Daha açık bir ifadeyle banka veya teslimatçı tarafından tahsis edilen kredinin, tüketici alacağının²⁶ veya sözleşme ya da haksız fiilden doğan alacağın söz konusu olması şirketler hukuku bakımından herhangi bir fark yaratmamaktadır²⁷.

Borçlunun iflasında alacaklıların sıralandırılması (İİK m.206) ise, şirketler hukukunun değil icra iflas hukukunun düzenleme konusudur.

B. Şirketin Alacaklısının Ortaklar Karşısında Öncelikli Olması

Alacaklının korumasını niteleyen bir diğer özellik, ortakların menfaatleri karşısında alacaklıların menfaatlerine öncelik tanınmasıdır²⁸. Bu öncelik ortakların iflas masasına katılmasına engel teşkil etmektedir²⁹.

Alacaklının önceliği ilkesinin hukuk etiksel temeli, zarar tehlikesine kimin ne ölçüde katlanacağını belirlenmesinde riski engelleme olanağına sahip olup olunmadığının

²³ Çalışmamızda sermayenin muhafazası kavramı, sermayenin sağlanması ve sağlanan sermayenin korunmasını kapsayan bir anlamı ifade etmek üzere kullanılacaktır.

²⁴ Petersen, Gläubigerschutz, s.11 ve 13. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılanma, Türk hukukunda Ticaret Kanunu Tasarısının şirketler hukuku kısmının genel hükümler bölümünde ele alınmakla birlikte Almanya ve İsviçre’de özel kanunlarda düzenlenmiştir. Dolayısıyla konu Türk hukukunda en azından şimdilik ayrı bir hukuk dalını değil şirketler hukukunun alt başlığını teşkil etmektedir. Konunun vergi boyutu ise vergi hukukunun düzenleme konusudur.

²⁵ Wiedemann, s.515; Zürcher, s.22–23.

²⁶ Çalışmamız şirketler hukuku düzenlemeleri ile sınırlandırıldığı için tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatta öngörülen koruma tedbirleri dikkate alınmamıştır.

²⁷ Şahıs şirketine yeni ortak alınması halinde, bu ortağın şirkete girme tarihinden önceki borçlardan da sorumlu tutulmasının (HGB m.130, m.173; TTKT m.236, m.317), eski ve yeni alacaklılar arasında ayırım yapılmadığını gösterdiği ve şirket alacaklılarının zaman itibarıyla sınıflandırılmasındaki farkı kaldırdığı yönünde bkz. Wiedemann, s.515.

²⁸ Wiedemann, s.515.

²⁹ Wiedemann, s.515.

belirleyici olmasıdır³⁰. Alacaklı ile ortak arasındaki bu ayrım, şirket işleri hakkında bilgi edinme ve şirketin kararlarına etki imkanını haiz ortakların bu nedenle sorumlu tutulması gerekliliği karşısında alacaklıların şirket işleri hakkında aynı ölçüde bilgi sahibi olma ve şirket işlerine etki etme olanağından yoksun olmasından kaynaklanmaktadır³¹. Alacaklının korunması prensibinin şirketler hukukundaki amacı ise, şirketin başarısızlığından ve piyasadaki belirsizliklerden kaynaklanabilecek risklerin ortaklar tarafından alacaklıların sırtına yüklenmesini engellemektir³².

Büyük şirketlerde nispeten az bir paya sahip ortakların şirket kararlarına etki etme olanağı ortadan kalkabilmektedir³³. Bunun yanında teminatın yeterli olmaması nedeniyle kredi sözleşmesine konulacak hükümlerde alacaklıya kapsamlı bir yönetime katılma hakkı tanınması da mümkündür³⁴. Bu gibi hallerde alacaklının önceliği prensibi, şirkete kredi tahsisinin koşullarını düzenleyen sözleşmeye dayanmaktadır³⁵. Zira şirketin karlarına ve değer artışlarına katılma hakkı olan ortakların bu beklentilerine bağlı zarar risklerinin, sadece belirli bir faizi talep edebilme hakkı olan alacaklıya yüklenmesi mümkün değildir³⁶.

C. Sınırlı Sayı İlkesi ve Şekil Zorunluluğu

Borçlar hukukunda geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ile karşılaştırıldığında, şirketler hukukunda şekillendirme özgürlüğünün sınırlandırıldığı görülmektedir³⁷. Bunun nedeni hukuki işlem güvenliğinin³⁸, alacaklının ve azınlığın korunmasıdır³⁹.

Kanun koyucu tüzel kişilik kazanabilecek şirket türlerini sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak düzenlediği için ticaret şirketi kurmak isteyenler kanunda öngörülmüş olan şirket türlerinden birisini seçmek zorundadır.

Şirketle hukuki ilişkiye giren kişiler, bu şirketin kendi türünün gerekli kıldığı, dolayısıyla ortaklar arasındaki iç anlaşmalar yoluyla değiştirilemeyecek niteliklere sahip olduğuna güvenmektedir⁴⁰. Ticaret şirketlerinin kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğunu hükme bağlayan TTKT m.124 alacaklının

³⁰ Zürcher, s.23.

³¹ Wiedemann, s.515.

³² Wiedemann, s.517.

³³ Zürcher, s.23.

³⁴ Alacaklılara sözleşme ile bu tür bir etki imkanı sağlansa bile, böyle bir sözleşmeden sadece zarar tazmin yükümünün doğabileceği ve şirketin bu sözleşmeye aykırı olarak üçüncü kişilerle yaptığı muamelelerin geçerli olacağı görüşü için bkz. s.515. Aynı yönde bkz. Zürcher, s.23.

³⁵ Zürcher, s.23.

³⁶ Wiedemann, s. 515; Hemmerde, s.9 ve 13.

³⁷ Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2004, § 11 N.6.

³⁸ Zürcher, s.24.

³⁹ Meier-Hayoz/ Forsmoser, § 11 N.6.

⁴⁰ Meier-Hayoz/ Forsmoser, § 11 N.5; Zürcher, s.24.

korunmasına yönelik bir düzenlemedir. Temsil yetkisini, malvarlığı yapısını ve sorumluluğu düzenleyen kurallar kanunen öngörölmüş bu şirket türlerini farklılaştırmaktadır⁴¹.

Borçlu şirketin hukuki ve fiili yapısı, alacaklının maruz kaldığı risk oranını önemli ölçüde etkilemektedir⁴². Hukuki güvenliğin sağlanması ve ortakların korunması amaçlarıyla kanun koyucu tarafından sınırlandırılmış olan şirket türleri, emredici kurallar vasıtasıyla belirli bir içeriğe kavuşturulmuştur. Şekil zorunluluğu ve şeklin değişmezliği ilkeleri, bilhassa ticari muamelelerde güveni sağlamak suretiyle alacaklıyı korumaktadır⁴³.

Uygulamada sözleşme özgürlüğüne dayanılarak kanuni tanımdan kısmen ayrılan atipik şirket örnekleri söz konusu olabilmektedir. Sınırlı sayı ilkesi karşısında söz konusu oluşumların yeni bir şirket türü olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Bununla birlikte söz konusu husus öğretide, uygulamada ortaya çıkan atipik anonim şirketlere kanundaki hükümlerin uygulanmasında tipten farklılaşmanın dikkate alınıp alınmayacağı bakımından tartışmalara neden olmuştur⁴⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu konuda objektif iyi niyet kuralı belirleyici olmalıdır⁴⁵. Zira şirket alacaklısının şahsen sorumlu tutulabilmesi, ancak borçlunun türünü bilmesi ve bu türün özelliklerine güvenmesi halinde söz konusu olabilecektir⁴⁶.

D. Temsil Yetkisi

a) Kanuni Temsil Yetkisi

Hukuki güvenlik, bir ticaret şirketi ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişinin kimlerin bu şirketi temsil yetkisine sahip olduğunu ve bu yetkinin kapsamını bilmesini gerekli kılmaktadır⁴⁷. Bu nedenle ticaret hukukunda düzenlenmiş olan temsil yetkisinin kapsam ve sınırı, borçlar hukukunun somut duruma göre şekil alan temsil yetkisinden (BK m.33) farklı olarak, kanunda soyut bir şekilde tanımlanmıştır⁴⁸. Böylelikle tercihini üçüncü kişinin güveninin korunması yönünde kullanan kanun koyucu, temsil yetkisinin güvenilirmez ya da özensiz yöneticiler tarafından kullanılmasının yol açabileceği sorunları, şirketin katlanması gereken riskler olarak değerlendirmiştir⁴⁹.

⁴¹ Meier-Hayoz/ Forsmoser, § 11 N.5.

⁴² Zürcher, s.28.

⁴³ Zürcher, s.29.

⁴⁴ Tartışmalar için bkz. Zürcher, s.30.

⁴⁵ Ott, Walter: Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargesetellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1972, s.103 ve 142.

⁴⁶ Zürcher, s.31.

⁴⁷ Zürcher, s.25.

⁴⁸ Zürcher, s.25.

⁴⁹ Wiedemann, s.525 ve 526.

Dolayısıyla TTKT'nin kollektif şirkette temsili düzenleyen 233, 234 ve 235. maddeleri; komandit şirkette temsile ilişkin 318. maddesi; anonim ortaklıkta temsili hükme bağlayan 371., 372. ve 373. maddeleri ile limited ortaklığın temsilde geçerli olan 629. maddesi temsil yetkisinin sınırlarını belirlemek suretiyle alacaklıyı koruyan normlardır⁵⁰.

b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Ultra Vires Kuralının Kaldırılmış Olması

Konu ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir mesele de *ultra vires doktrini*dir. TTK m.137'de şirketin esas sözleşmesinde yazılı işletme konusu içinde kalmak şartıyla hakları iktisap ve borçları iltizam edebileceği şeklinde ifade edilmiş olan bu ilke, üçüncü kişilerin şirketin işgal konusu ve şirket ile yapılacak hukuki muamelelerin bu konunun sınırları içinde yer alması hususunda gerekli özeni göstermelerini zorunlu kılmaktadır⁵¹.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının ticaret şirketlerinin ehliyetine ilişkin 125. maddesinin 2. fıkrasında ticaret şirketlerinin kanuni istisnalar dışında Medeni Kanunun 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği belirtilmiştir.

Anonim şirkette temsil yetkisinin kapsam ve sınırları ise TTKT m.371'de hükme bağlanmıştır. Bu maddenin 1. fıkrası uyarınca temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri şirket adına yapabilecek ve bunun için şirket unvanını kullanabilecektir⁵². Kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler bakımından şirketin rücu hakkı saklı tutulmuştur⁵³. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında ise üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde işletme konusu dışında yapılan işlemlerin de şirketi bağlaması öngörülmüştür. Dolayısıyla temsilcilerin işletme konusu dışında yaptıkları işlemler bakımından Tasarıda, 6372 sayılı Kanundan farklı olarak şirketin menfaatleri karşısında iyi niyetli alacaklının menfaatlerine üstünlük tanınmıştır⁵⁴.

İyiniyetli üçüncü kişilere karşı temsil yetkisinin sınırlanması ancak iki halde mümkündür. Temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülenmesi veya birlikte kullanım şartına bağlanmasına ilişkin olarak tescil ve ilan edilen sınırlamalar

⁵⁰ Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette uygulanacak temsil hükümleri için TTKT m.565'de anonim ve kollektif ortaklıkta temsili düzenleyen hükmelere atıf yapılmıştır. Kooperatiflerde temsil için bkz. KoopK m.55, m.58, m.59, m.60, m.61.

⁵¹ Wiedemann, s.527. Bu konuda ayrıca bkz. 1.Bİm/B/II/3/b/bbb.

⁵² İsviçre Borçlar Kanununda ise temsile yetkili kişilerin şirketin amacı ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek tüm hukuki işleri şirket adına yapabileceği hükme bağlanmıştır (m.718a/f.1).

⁵³ TTKT m.371/f.1 deki şirketin rücu hakkını "*kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlemler*" ile sınırlayan ifade kanaatimizce isabetli değildir. "*Kanuna veya esas sözleşmeye aykırı işlemler*" ifadesinin daha isabetli olduğu fikrindeyiz. Zira iki halde de temsilcinin bilmesi gereken bir durum söz konusudur. Bu nedenle her iki aykırılık birlikte aranmamalıdır.

⁵⁴ T.C. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara-2005, s.367 (Gerekçe).

geçerlidir (TTKT m. 371/ f.3)⁵⁵. Bu haller dışında da temsil yetkisi sınırlandırılabilirse de bu sınırlamalar iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Bir başka ifadeyle ticari temsil yetkisine ilişkin sınırlamaların geçerliliği işlem güvenliğini sağlamak amacıyla bilgilendirme yükümüne bağlanmıştır⁵⁶.

Avrupa Topluluğunun 68/151 sayılı 1. Yönergesinin 9. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde de şirket organlarının üçüncü kişilere karşı eylemlerinden dolayı bu eylemler işletme konusuna dahil olmasa bile şirketin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bu sorumluluğun doğumu için söz konusu eylemlerin organlara tanınan kanuni yetkiyi aşmaması gerektiği belirtilmiştir. Aynı fıkranın 2. cümlesinde ise üçüncü kişinin işletme konusunun aşıldığını bildiğinin veya bilmesinin gerekli olduğunun şirket tarafından ispatlanması halinde işletme konusunu aşan eylemler nedeniyle şirketin sorumlu olmamasını öngören düzenlemelere izin verilmiştir.

Ultra vires kuralının sistemden çıkarılmasının öngörülmüş olması gerek Avrupa Birliği hukukuna uygunluğun sağlanması gerekse üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması açısından olumlu bir değişikliktir.

E. Sermayenin Muhafazası

Şirketin sermayesinin başlıca fonksiyonu, alacaklara karşı sorumluluğun güvence altına alınmasıdır⁵⁷. Şirket alacaklılarına karşı sadece şirket malvarlığının sorumlu olduğu hallerde, kanun koyucu, şirketin kuruluşunda belirli miktarda bir malvarlığının tedarik edilmesini ve bu malvarlığının şirketin devamı süresince şirkette kalmasını sağlamak zorundadır⁵⁸. Alacaklı teminatının karşılığı olarak en azından esas sermayeye karşılık oluşturan malvarlığı korunmalıdır.

a) Sermayenin Muhafazası ve Alacaklının Korunması Arasındaki İlişki

Şirketin özvarlığı, hukuk ve ekonomi alanlarında şirketi, ortakları ve müstakbel alacaklıları koruyucu bir işlevi haizdir⁵⁹. Bunun nedeni, şirketin finansmanı ile ilgili hususların, anonim şirketin ödeme gücünü belirlemesidir. Uzun vadeli yatırımları mümkün

⁵⁵ Aynı yönde düzenleme için bkz. OR m. 718a/ f.2.

Bu tür bir sınırlamanın esas sözleşmeye dayandığı gerekçesi ile 68/151/EWG sayılı 1. Yönerge (bu Yönergenin 1, 2, 3, 4, 6. maddeleri 2003/58/EC sayılı ve 15 Temmuz 2003 tarihli Yönergeyle değiştirilmiştir) m.9/f.2'ye uygun düşmediği yönünde bkz. Zürcher, s.33-dn.143.

Söz konusu Yönerge hükmünde şirket organlarının yetkisinin esas sözleşmeyle ya da yetkili organ kararıyla sınırlanması halinde bu sınırlamaların ilan edilmiş olsalar bile üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği açıklanmıştır.

⁵⁶ Zürcher, s.35.

⁵⁷ Meier-Hayoz/ Forsmoser, § 16 N.52.

⁵⁸ Zürcher, s.25.

⁵⁹ Hemmerde, s.115; Wiedemann, s.556-557.

kılan özvarlık, para politikası yönünden şirketin piyasa dalgalanmalarını dikkate almasını gerekli kılmaktadır⁶⁰.

Şirketin malvarlığının şirketin borçlarına karşılık oluşturmayan kısmının büyüklüğü ile şirketin kendisine kredi tahsis edenlere sunabileceği teminat arasındaki doğru orantı⁶¹ ise özvarlığın sorumluluk ve garanti fonksiyonlarına işaret etmektedir⁶².

Özvarlık birçok hukuki düzenlemenin hareket noktasını oluşturmaktadır⁶³. Kuruluştaki belirli bir sermayenin temini ve kuruluş sonrasında sermayenin kaybı ve borca batıklık hallerinde yönetim kurulunu bildirimle yükümlü kılan normlarda olduğu gibi sermayenin korunmasına ilişkin düzenlemeler, özvarlığın açıklanan ekonomik nitelikli fonksiyonlarına işlerlik kazandırılmasını hedeflemektedir⁶⁴.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere anonim şirketler hukukunun büyük bir kısmını, alacaklının korunması amacını taşıyan normlar oluşturmaktadır⁶⁵. Şirketin alacaklılara karşı sorumluluğuna karşılık teşkil eden malvarlığının muhafazasını amaçlayan pek çok hüküm bulunmaktadır. Bunun nedeni anonim şirketin borçlarından dolayı ortakların alacaklılara karşı sorumlu olmamasıdır. Dolayısıyla anonim şirketler hukukunun alacaklıyı koruyan düzenlemeleri, malvarlığı ile sınırlı sorumluluk ilkesinin doğal ve zorunlu tamamlayıcısıdır⁶⁶.

Esas sermayenin alacaklının korunması amacını yerine getirebilmesi, kuruluştaki ve sermaye artırımında esas sermayeye karşılık oluşturan değerlerin gerçek anlamda şirkete getirilmesinin⁶⁷ ve şirkette kalmasının sağlanmasına bağlıdır⁶⁸. Anonim şirketler hukukunda alacaklının korunması, büyük ölçüde sermayenin muhafazasına ilişkin hükümler vasıtasıyla gerçekleşmekle birlikte korumanın kapsamı bu vasıtalarla sınırlı değildir.

b) Hukuki Prensip Niteliği

Sermayenin muhafazasının şirketler hukukunun sadece sermaye şirketleri kısmında geçerli olması nedeniyle bu korumanın şirketler hukuku prensibi olarak standartlaştırılması,

⁶⁰ Wiedemann, s.556; Zürcher, s.42.

⁶¹ Hemmerde, s.117.

⁶² Hemmerde, s.116; Locher, Kurt: Die Rechtliche Stellung und der Schutz der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrechts, Bern 1941, s. 51; Zürcher, s.51; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 16 N.53.

⁶³ Hemmerde, s.117.

⁶⁴ Hemmerde, s.117-118.

⁶⁵ Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf 2004, § 1 N 97.

⁶⁶ Binder, Andreas: Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes- (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005, s.18.

⁶⁷ Zürcher, s.45; Binder, s.18; Wiedemann, s.521.

⁶⁸ Wiedemann, s.518; Malacrida, s.53.

tereddüt uyandırabilecek niteliktedir⁶⁹. Ancak prensip niteliği bakımından tüm hukuk düzeni için mutlak olarak geçerlilik taşıma zorunlu sayılmamakta, aksine kısmi bir alanda etkili olma da yeterli addedilmektedir⁷⁰. Bu nedenle öğretide sermayenin mufazasının hukuki prensip niteliği taşıdığı kabul edilmektedir⁷¹. Dolayısıyla şirketler hukukunun sermaye şirketleri ile ilgili düzenlemelerinde merkezi bir işlevi haiz olan ve sermayenin temini ile sermayenin korunması ilkelerinde ifadesini bulan sermayenin muhafazası, sistemin kurucu ve destekleyici ögesi olarak hukuki prensip niteliği taşımaktadır⁷².

c) Tarihi Temelleri

Anonim şirketler hukuku alanında sermayenin muhafazası prensibinin kabulü, Alman hukukunda kısa süre sonra çöküşle sonuçlanan sahte kuruluşların etkisi altında 1870 ve 1884 yıllarında gerçekleştirilen yasa değişiklikleri ile yaratılan garanti sermaye sistemine dayanmaktadır⁷³. Bu yenilik birinci dünya savaşı sonrasında çıkarılan 1931 tarihli Kanun Hükmünde Kararnamenin, zorunlu denetimi ve daha katı bir bilanço hukukunu öngören düzenlemeleriyle tamamlanmıştır⁷⁴.

Konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer kaynak ise Almanya'da 1971 yılında hazırlanmış olan limited şirketler hakkındaki kanun tasarısının gerekçesidir. Söz konusu gerekçede şirketin kuruluşu aşamasında sağlanacak güçlü bir alacaklı koruması ile ekonomik açıdan yetersiz şirketlerin varlığının engelleneceği belirtilmiştir⁷⁵. Bunun yanında bilançonun aleniyetinin sağlanması yükümünün⁷⁶ ve şirketin kendi hisselerini edinmesi konusundaki sınırlamaların daha iyi bir alacaklı korunmasının sağlanmasına hizmet ettiği⁷⁷ ifade edilmiştir. Limited şirketler alanında alacaklının korunması prensibinin kabulü ile birlikte sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlere riayetsizliğin şahsen sorumluluk vasıtasıyla yaptırıma bağlanması, sistemin kurucu unsuru olarak kendini göstermiştir⁷⁸.

⁶⁹ Petersen, Gläubigerschutz, s.11.

⁷⁰ Canaris, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969, s.48.

⁷¹ Petersen, Gläubigerschutz, s.12.

⁷² Petersen, Gläubigerschutz, s.12.

⁷³ Wiedemann, s.517.

⁷⁴ Wiedemann, s.517.

⁷⁵ Die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 5.November.1971 (BR-Drucksache 595/71, s.82).

⁷⁶ Die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 5.November.1971, s.82.

⁷⁷ Die Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 15.Dezember.1977 (BR-Drucksache 8/1347, s.27).

⁷⁸ Petersen, Gläubigerschutz, s.10.

Böylelikle şirketler hukukunda alacaklının korunmasının araçları olarak ortakların şahsen sorumluluğuna ve sermayenin korunmasına odaklanılmıştır⁷⁹.

F. Aleniyet

Aleniyete ilişkin hükümler⁸⁰ ortaklar yanında kamunun güvenini⁸¹ ve hukuki işlem güvenliğini de korumaktadırlar⁸². İçerik bakımından aleniyet, Ticaret Sicilinin aleniyeti ve bilançonun aleniyeti şeklinde bölümlenmektedir⁸³.

a) Sorumluluk ve Aleniyeti Düzenleyen Hükümler Arasındaki İlişki

Şirketin alacaklısı, bir taraftan şirketin ifa gücünün korunması diğer taraftan eksik bilgiye bağlı risklerin azaltılması yoluyla korunmaktadır⁸⁴. Dolayısıyla şirketin sorumluluğunu düzenleyen kurallar ile şirketin bilgilendirme yükümü ve alacaklının bilgi alma hakkını hükme bağlayan kurallar arasında bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır⁸⁵. Bu bağımlılık ilişkisi anılan kuralların birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir⁸⁶.

Bu değerlendirmede söz konusu kurallar arasındaki nitelik farkı göz önünde bulundurulmalıdır. Zira malvarlığının muhafazası suretiyle şirketin ifa gücünün korunması amacını güden doğrudan kontrol aracı niteliğindeki normlar karşısında, bilgilendirme yükümüne ve bilgi edinme hakkına ilişkin düzenlemeler dolaylı yönlendirme aracı şeklinde kendini göstermektedir⁸⁷.

Alacaklının bilgilendirilmesine yönelik kurallar, borçlunun mali durumu hakkında bilgi verilmesini hedefledikleri için önleyicilik fonksiyonunu haiz somut korunma tedbirleri, bir başka ifadeyle bireysel tepki mekanizmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır⁸⁸.

Şirketin malvarlığına ve sorumluluğuna ilişkin kurallar, alacaklının korunması prensibi uyarınca alacaklının ifa edilmeme riskine kabul edilemez derecede maruz kalmasına yol açmayacak surette şekillendirilmelidir⁸⁹. Bununla birlikte alacaklının şahsen sorumlu ortağa veya şirketin malvarlığına başvuru olanağına sahip olması, hukuki işlemde doğan

⁷⁹ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, s.518; Petersen, Gläubigerschutz, s.10.

⁸⁰ TTKT m. 339, m. 349, m. 354, m. 355, m. 455, m. 471 vb.

⁸¹ Dober, W.: Die Publizität der Unternehmen – Publizitätsempfänger und Publizitätsträger, SAG 1965, s. 105 vd.; Wiedemann, s.576-577.

⁸² Meier-Hayoz/ Forstmoser, § 6 N.5.

⁸³ Wiedemann, s.579.

⁸⁴ Zürcher, s.26.

⁸⁵ Luckan, Eberhard/ Schacht, Knut: Gläubigerschutz, Publizität und Haftung, DB 1970. s.1451.

⁸⁶ Hemmerde, s.132.

⁸⁷ Zürcher, s.26.

⁸⁸ Meier-Schatz, Christian J.: Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Zürich 1989, s.252.

⁸⁹ Wiedemann, s.516.

alacakların kesin olarak ifa edileceği şeklinde anlaşılmamalıdır⁹⁰. Zira piyasa dalgalanmaları ve işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıklar gibi bazı faktörlerin, şirketin ekonomik yapısı dolayısıyla şirket borçlarının ifası üzerindeki olumsuz etkisine karşı, yeterli bir korumanın şirketler hukuku tarafından sağlanması mümkün değildir⁹¹.

b) Kavram ve Fonksiyon

Aleniyet, şirket tarafından kendi durumu hakkında bilgilendirme amacıyla açıklanmış olan verilerin yayınlanmasını ya da en azından genel itibariyle ulaşılabilirliğinin sağlanmasını ifade etmektedir⁹².

Alacaklının sözleşme yaptığı şirketin ödeme gücünü yeteri kadar incelenmemesinden doğabilecek zararlardan şahsen sorumlu olması, alacaklıya şirketin ekonomik ilişkileri hakkında yeterli bilgiyi edinebilme olanağının tanınmasını zorunlu kılmaktadır⁹³. Bir başka ifadeyle alacaklının korunması sermayenin muhafazası yanında, alacaklının şirketin mali durumu hakkında bilgilendirilmesine dayanmaktadır⁹⁴.

Potansiyel borçlunun malvarlığı ve sermaye yapısına ilişkin bilgiler, alacaklının riskleri değerlendirmek suretiyle tahsis edeceği kredinin kapsamı, teminat, sürenin uzatılması gibi konularda vereceği karara temel teşkil etmektedir⁹⁵.

Alacaklının aleniyet yoluyla korunmasında spesifik bir şirketler hukuku problemi söz konusu değildir⁹⁶. Hukuki şekilleri ne olursa olsun belli büyüklükteki tüm işletmeler aleniyeti sağlamakla yükümlü oldukları için aleniyet işletme hukukunun tipik düzenleme konularındandır⁹⁷. Nitekim yeniden yapılanmayı düzenleyen kurallarda da aleniyet yükümü, şahıs şirketleri ve ticari işletmeyi de kapsar şekilde geniş tutulmuştur.

c) Ticaret Sicili Vasıtasıyla Aleniyet

Ticaret Sicilinin amacı ticari işlemlerde güveni korumak ve işlem güvenliğini sağlamaktır⁹⁸. Ticaret Siciline tescil⁹⁹, Ticaret Sicili Gazetesinde ilan ve Ticaret Sicili

⁹⁰ Wiedemann, s.516.

⁹¹ Bu tür risklere karşı korumanın sigorta yoluyla sağlanabileceği yönünde bkz. Wiedemann, s.516.

⁹² Meier-Schatz, Publizität, s.150; Wiedemann, s.575.

⁹³ Zürcher, s.26.

⁹⁴ Luckan/ Schacht, s. 1450.

⁹⁵ Luckan/ Schacht, s.1450.

⁹⁶ Zürcher, s. 67.

⁹⁷ Meier-Schatz, Publizität, s.58; Wiedemann, s.576; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, s.76 (Btschft1983).

⁹⁸ Zürcher, s.68; Eckert, Martin T.: BSK-OR II, m.927 N.6.

⁹⁹ Ticaret Kanunu nun 35. maddesinde herkesin Ticaret Sicili nin içeriğini ve müdürlükte saklanan belgeleri inceleyebileceği ve bunların onaylı suretlerini alabileceği hükme bağlanmıştır (f.2). Bu hakkın kullanılabilmesi ilgi ispatı şartına bağlanmamıştır. İsviçre OR 930'da düzenlenmiş olan aleniyet, 2 Aralık 2005 tarihli Borçlar

dairesinde bulunan belgelerin aleniyeti, işletmelere ilişkin belli hukuki konular hakkında üçüncü kişileri bilgilendirilmesini amaçlamaktadır¹⁰⁰. Sicile tescil ve sicil gazetesinde ilan vasıtasıyla aleniyet asli, üçüncü kişilerin sicili inceleme ve suret alma hakkı vasıtasıyla aleniyet ise tali nitelik taşımaktadır¹⁰¹.

TTKT m.35/f.1'e göre tescil işlemine dayanak teşkil eden dilekçe, beyanname, senetler, belgeler ve ilanları içeren gazeteler sicil müdürlüğünce saklanmalıdır¹⁰². Bu maddenin 2. fıkrasında ise herkesin ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan belgeleri incelemesi ve bunların onaylı suretini alması öngörülmüştür.

Tescil yoluyla aleniyet yanında tescile dayanak teşkil eden belgeleri inceleme hakkı vasıtasıyla sağlanan aleniyet alacaklı korumasında ciddi bir öneme sahiptir. Tescil için hangi belgelerin gerekli olduğu ise Ticaret Sicili Tüzüğünde düzenlenmektedir. Bu nedenle Ticaret Sicili Tüzüğü'nün tescile dayanak belgeleri düzenleyen hükümleri gerek tescil öncesinde ayrıntılı bir inceleme yapılabilmesi gerekse inceleme hakkının kapsamı bakımından önemli bir işlevi haizdir.

Tescilin olumlu etkisi nedeniyle, kurallara uygun bir tescilin bilinmediği itirazı geçerli değildir. Tescili gerekirken tescil edilmemiş bir husus ise olumsuz aleniyet etkisi nedeniyle üçüncü kişinin bu hususu bildiği ispatlanmadıkça üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez.

Bilhassa kurucular beyanı ve işlem denetçisi raporunun Ticaret Sicili vasıtasıyla sağlanacak olan aleniyeti mevcut ve potansiyel alacaklıların korunmasında önemlidir¹⁰³.

Ticaret Siciline tescil esnasında, tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığı, tüzel kişilerin tescilinde özellikle şirket sözleşmesinde emredici hükümlere aykırılık bulunup bulunmadığı ve bu sözleşmenin kanunun zorunlu kıldığı hükümleri içerip içermediği incelemelidir (TTKT m.32/f.1-2). Tescil edilecek hususlar gerçeği tam olarak yansıtmama, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımama ve kamu düzenine aykırı olmama yönlerinden de denetlenmelidir (TTKT m.32/f.3).

Kanunu Öntasarısı (V-OR) m. 928'de elektronik araçlar vasıtasıyla aleniyeti de kapsar şekilde daha ayrıntılı düzenlenmiştir.

¹⁰⁰ Wiedemann, s.577-578; Zürcher, s.68.

¹⁰¹ Merkt, Hanno: Unternehmenspublizität, Tübingen 2001, s.133.

¹⁰² OR'nin aleniyet başlıklı 930. maddesinin Ticaret sicilinin aleniyetinin bildirim ve belgeleri kapsadığı yolundaki düzenlemesi aleniyet başlığını taşıyan V-OR m.928'de Ticaret sicilinin aleni olduğu ve aleniyetin tescilleri, bildirimleri ve belgeleri kapsadığı şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁰³ Kurucular beyanı ve işlem denetçisi raporu hakkında bkz. 2.Blm./IV/1/A,B,C. Tescile dayanak belgeler TTKT'nin kanunlaşmasından sonra yenilenmesi gereken olan Ticaret Sicili Tüzüğünde düzenlenmelidir. Bununla birlikte TTKT'nin gerekçesinde kurucular beyanının denetçinin incelemesinden sonra sicil dosyasında saklanacağı belirtilmek suretiyle bu beyanın tescil başvurusuna eklenmesinin zorunlu olduğu ifade olunmuştur (Gerekçe, s.495).

Ticaret sicilinin kontrol fonksiyonun yansıması olan hukuka uygunluk denetiminin¹⁰⁴ kapsamı açıkça düzenlenmemiştir. Bir başka ifadeyle Ticaret Sicili memurunun şekli bir denetim mi yoksa içeriğe ilişkin bir inceleme mi yapacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte kuruluşun denetiminden dolayı işlem denetçisinin sorumluluğu ile Sicil memurunun tescilden dolayı sorumluluğunun ayrı ayrı düzenlenmiş olması, Sicil memurunun içeriğe ilişkin inceleme yapmakla yükümlü olmadığına işaret etmektedir.

Buna göre sicil memuru kuruluşta sadece kuruluşun denetimine ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve denetim raporunun herhangi bir ihtirazi kayıt içerip içermediğini inceleyebilebileceği için denetim raporunun ihtirazi kayıt içermesi halinde tescil yapılmamalıdır¹⁰⁵.

d) Bilançonun Aleniyeti

Bilanço, alacaklılara ve kamuya, işletmedeki faaliyetler, özellikle işletmenin malvarlığı ve karı hakkında mümkün ölçüde güvenilir bilgi sağlamalıdır. Bu ise bilançonun aleniyetini gerektirmektedir. Alacaklının korunması açısından bakıldığında bilançonun aleniyeti; bilançonun açık ve anlaşılır olması, kamuya açıklanması ve uzman denetçiler tarafından denetlenmesi ile ilişkili olarak kendini göstermektedir¹⁰⁶.

Nitekim Avrupa Topuluğunun 4. Yönergesinde de yıllık bilançonun işletmenin durumuna ilişkin rapor ve denetim raporu ile birlikte yayınlanması öngörülmüştür (m.47/f.1). Aleniyete ilişkin bu düzenlemeler bir taraftan alacaklı bakımından araştırma ve analiz masraflarını azaltmakta, diğer taraftan alenileştirilen bilgilerin standartlığını sağlamak suretiyle işletmeler arası karşılaştırmayı mümkün kılmaktadır¹⁰⁷.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında şirketin açıklama yükümü ve alacaklının inceleme hakkı konusunda esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Bu konuya aşağıda alacaklının inceleme hakkı konusunda değinilecektir¹⁰⁸.

2. Alacaklının Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere anonim şirketlerle ilgili pek çok hükmün nihai amacı alacaklının korunmasıdır. Bu bağlamda asgari sermayeyi, esas sermayenin taahhüt edilmesini ve ödenmesini, kuruluşta yönetim kurulu tarafından düzenlenmesi gereken kurucular beyanı ile işlem denetçisi tarafından hazırlanması gereken

¹⁰⁴ Eckert, BSK-OR II, m.927 N.8.

¹⁰⁵ Btschft1983, s.115. Ayrıca bkz. 4.Bl.m./IV/I/C.

¹⁰⁶ Luckan/ Schacht, s. 1450.

¹⁰⁷ Meier-Schatz, Publizität, s. 214.

¹⁰⁸ Bkz. 4.Bl.m./V.

denetim raporunu, kuruluş eksikliklerinden dolayı fesih davasını, sorumluluk davasını, sermaye artırımında sermayenin ve ilgililerin korunmasını, taahhüt edilen payların geri ödenmesi yasağını, şirketin kendi paylarını edinmesi yasağı ile bu yasağın istisnalarını, yedek akçe ayrılması yükümünü, kar payının net dönem karından veya serbest yedek akçelerden dağıtılmasını, yıllık faaliyet raporu ve finansal tablo hazırlanmasını, sermayenin kaybı ve borca batıklıkta alınacak tedbirleri, sermaye azaltımında alacaklının teminat talebini düzenleyen kurallar örnek teşkil etmektedir¹⁰⁹.

Bu kurallardan bir kısmı, sorumluluk davası açma hakkı ve sermaye azaltımı nedeniyle teminat talep etme hakkında olduğu üzere, alacaklıya doğrudan başvuru olanağı sağlamaktadır. Diğer bir kısmı ise sermayenin muhafazasına yönelik emredici kurallar vasıtasıyla alacaklıyı korumaktadır.

IV. BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ BİREYSEL ve KURUMSAL OLARAK KORUNMASI

1. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeyi Düzenleyen Kurallarda Alacaklının Korunması

Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin kodifikasyonlarda dikkate alınan temel unsurlardan birisi de alacaklının korunmasıdır¹¹⁰. Bunun başlıca nedeni şirketin ekonomik ve hukuki yapısında meydana gelen değişikliklerin, alacaklıların korunması ve bu korumanın sınırının ne olacağı sorunun ele alınmasını zorunlu kılmasıdır¹¹¹.

TTKT'de şirket yapısında birleşme, bölünme ve tür değiştirme nedeniyle meydana gelecek niteliksel ve niceliksel değişikliklerin gerçekleşmesi, alacaklıların iznine bağlı tutulmadığı gibi bu değişikliklere karşı alacaklılara itiraz hakkı da tanınmamıştır. Bu husus alacaklıların mağduriyetini en başından önleyen teminat mekanizmalarının sağlanmasını zorunlu kılmaktadır¹¹². Bu zorunluluğun temel sebebi, söz konusu yapı değişikliğinin

¹⁰⁹ Alacaklının korunmasına yönelik bu düzenlemelere ilişkin olarak TTKT ile getirilen yenilikler, çalışmanın ilerleyen kısımlarında yeri geldikçe değerlendirilecektir.

¹¹⁰ Beretta, Piera: Strukturanpassungen / Fusion- Spaltung- Umwandlung- Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren, Roland), Basel/Genf/ München 2006, s.267.

Asıl amacın yeniden yapılanmaların kolaylaştırılması olduğu ve kısmi amaç niteliği taşıyan alacaklının korunmasının yeniden yapılanmaların olanaksız kınması şeklinde geniş anlaşılamayacağı yönünde Glanzmann, Lukas: Umstrukturierungen Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006, N.551.

Birleşme Kanununda temel amaç farklı yeniden yapılanma modellerinin mümkün kınlanması olduğunu savunan Hasler de hukuki güvenliğe, saydamlığa ve farklı kişi guruplarının korunmasına yönelik hükümlerin söz konusu temel amaca hizmet ettiği görüşündedir (Hasler, Daniel: Die Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften nach dem Fusionsgesetz, Bern 2007, s.44).

¹¹¹ Schmidt, Karsten: Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen, ZGR 3/1993, s.367.

¹¹² Petersen, Gläubigerschutz, s.10.

sorumluluk bakımından şirketin farklı kurallara tabi olmasına yol açabilecek olması, dolayısıyla alacaklının korunmasının yeni kuruluşa benzer şekilde sağlanması gerekliliğidir¹¹³.

Özel hukukta alacaklının korunmasına yönelik normlar iki farklı şekle bürünmüştür. Bu nedenle yeniden yapılanmada alacaklının korunması amacını taşıyan kuralların içeriğine ilişkin incelemeye geçilmeden önce bu kuralların şekli açıdan ayırma tabi tutulması, konunun anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Söz konusu kuralların farklı nitelikte olması, alacaklının korunması ihtiyacını karşılayan koruma tekniklerinin belirlenmesini ve bu bağlamda öncelikle bireysel ve kurumsal alacaklı korunması şeklinde bir sınıflandırmayı gerekli kılmaktadır¹¹⁴.

Öğretide *Schmidt*¹¹⁵ tarafından ileri sürülen alacaklının bireysel (individuelle) ve kurumsal (institutionelle) olarak korunması ayrımının temelleri *Raiser'e*¹¹⁶ dayanmaktadır. Bireysel ve kurumsal şeklindeki bu sınıflandırma; bireyleri hak ve fiil ehliyetine sahip, bunun karşılığında şahsen sorumlu olan hukuki değerler olarak ferdin koruyan özel hukukun, bu korumayı sosyoloji biliminin “kurum” olarak nitelendirdiği toplumsal hayatın tipik ilişki modellerini de kurallara bağlamak suretiyle tamamlamasından kaynaklanmaktadır¹¹⁷.

Çalışma konumuz açısından bakıldığında, şirketin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinin alacaklılara etkisinin farklı şekillerde olduğu görülmektedir. Mesela sözleşmeden doğan alacaklarda, alacaklının kaygısı yeniden yapılanmadan sonrasında şirketin ifa gücüne veya sözleşmenin içeriğinden doğan özellikler sebebiyle sözleşmenin devamına duyulan şüpheden kaynaklanabilir. Bu durumda korunması gereken şirketin mevcut (eski) alacaklılarıdır. Bununla birlikte eski alacaklılar yanında, yeniden yapılanan şirketin ödeme gücüne duyulan korunmaya değer nitelikteki güven şeklinde ortaya çıkan genel hukuki işlem güvenliği de teminat altına alınmalıdır. Diğer bir deyimle potansiyel (yeni) alacaklıların da korunması gerekmektedir¹¹⁸.

Mevcut ve potansiyel alacaklılar ayrımı, yeniden yapılanan şirketin sermayesinin muhafazasında eski alacaklıların menfaatinin bulunmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Özellikle yeniden yapılanmadan sonra muaccel olacak alacakların ifasının yeniden yapılanan

¹¹³ Schmidt, Gläubigerschutz, s.367.

¹¹⁴ Schmidt, Gläubigerschutz, s.367. Eski ve yeni alacaklılar ayrımı yerine bireysel ve kurumsal olarak korunma ayrımının, sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlerde olduğu gibi mevcut ve müstakbel alacaklıların korunmasına hizmet eden düzenlemeleri de kapsadığı için daha isabetli olduğu yönünde bkz. Petersen, Gläubigerschutz, s.21.

¹¹⁵ Schmidt, Gläubigerschutz, s.366 vd.

¹¹⁶ Raiser, Ludwig: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht (s.124-144), Die Aufgabe des Privatrechts: Aufsätze zum Privat- u. Wirtschaftsrecht aus 3 Jahrzehnten, Athenäum- Verlag 1977, s.124 ve 125. Bilanço hukuku kurallarının tasnifi çerçevesinde alacaklı menfaatlerinin korunmasında bireysel ve kurumsal olarak korunma ayrımı için bkz. Canaris, Claus Wilhelm: Handelsrecht, München 2000, 12 N.11.

¹¹⁷ Raiser, s.124 ve 125.

¹¹⁸ Petersen, Gläubigerschutz, s.16.

şirketin ifa gücüne bağlı olması, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır¹¹⁹. Dolayısıyla yeniden yapılanmada sermayenin muhafazası, hem önleyici alacaklı korunmasının hem de eski alacaklıların korunmasının gereği olarak ortaya çıkmaktadır¹²⁰.

Konuyla ilgili olarak gözden kaçırılmaması gereken bir husus da yeniden yapılanmada alacaklının korunmasının, şirketler hukukunun sermayenin muhafazasına yönelik genel kuralları¹²¹ ve yeniden yapılanmaya ilişkin düzenlemelerdeki özel hükümler vasıtasıyla gerçekleşmesidir. Bu nedenle yeniden yapılanmada alacaklı korunmasının yeterliliğinin belirlenebilmesi için söz konusu koruma araçları toplu olarak değerlendirilmelidir¹²². Zira ancak bu şekilde genel bir değerlendirme ile kanun koyucunun yeniden yapılanmaya ilişkin kuralları hangi temel anlayışa dayandırdığı, alacaklının esas sermaye vasıtasıyla korunması ile şahsi sorumluluk vasıtasıyla korunması arasındaki ilişkiyi ne şekilde takdir ettiği¹²³ ve ortaklar ile alacaklıların korunması arasında dengeyi nasıl sağladığı konularında yargıya varılması mümkün olabilecektir.

2. Bireysel Korunma

A. Tanım

Alacaklının bireysel olarak korunması (der individulle Schutz), şirketin mevcut alacaklılarına karşı sorumluluğunu düzenleyen hükümler vasıtasıyla sağlanmaktadır¹²⁴. Bireysel korunmanın karakteristik özelliği, hukuki başvuru yolunun ilgilinin tasarrufuna hazır bulundurulmasıdır. Burada amaç belli bir alacaklının menfaatlerinin korunmasıdır.

Yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde, bireysel alacaklı korunmasının kapsamını yeniden yapılanmanın hukuki geçerlilik kazandığı anda doğmuş olan alacaklar oluşturmaktadır¹²⁵. Yeniden yapılanmaya katılan şirketlerin alacaklılarının ferdileştirilmesi gerektiği için alacaklı korunmasının bu türü bireysel olarak adlandırılmaktadır¹²⁶.

B. Korunma Araçları

Bireysel korunmanın kapsamı ve araçları, yeniden yapılanmanın türüne göre farklılaşmaktadır.

¹¹⁹ Petersen, Gläubigerschutz, s.19.

¹²⁰ Petersen, Gläubigerschutz, s.19.

¹²¹ Birleşme Kanununun alacaklının korunmasına yönelik hükümlerinin sistematik yorum çerçevesinde anonim şirketler hukukuna göre alacaklının korunması ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Binder, s.23.

¹²² Petersen, Gläubigerschutz, s.13.

¹²³ Petersen, Gläubigerschutz, s.13.

¹²⁴ Schmidt, Gläubigerschutz, s.367.

¹²⁵ Schmidt, Gläubigerschutz, s.377.

¹²⁶ Petersen, Gläubigerschutz, s.17.

Yeniden yapılanmanın şahıs şirketinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesine yol açması halinde, yeniden yapılanma öncesinde şahsen sorumlu ortağın bu sorumluluğunun yeniden yapılanma sonrasında devamını ve sorumluluktan kurtulmasını düzenleyen kurallar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında her üç yeniden yapılanma modeli için de geçerli kılınmıştır. Alacaklının, yeniden yapılanma öncesinde şahsen sorumlu olan ortaklara yeniden yapılanma sonrasında da başvurabilmesi imkanı, bireysel korunmanın tipik örneklerindendir.

Bir diğer bireysel korunma vasıtası ise, birleşme ve bölünmede belli şartların gerçekleşmesi halinde, alacaklıların teminat talep etme hakkı tanıyan düzenlemelerdir.

Bölünmeye katılanların müteselsil sorumluluğunu hükme bağlayan normlar bireysel korunmanın bir diğer yanısımasıdır.

Şirket organlarının ve denetim görevini yerine getiren kişilerin, birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili işlemlerden doğan sorumlulukları özel olarak düzenlenmiştir. Yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlere dayanan bu sorumluluk davasında, alacaklılara da dava açma hakkı tanınmıştır. Böylelikle temelde kurumsal korunma başlığı altında yer alması gereken sorumluluk davası, bu yönüyle bireysel korunmanın aracı vasfını da kazanmıştır¹²⁷.

3. Kurumsal Korunma

Kurumsal korunma, bireysel korunmadan farklı olarak genel nitelikteki hukuk kurallarında ifadesini bulan ve genel itibariyle önleyiciliği sağlama amacı güden korunma şeklinde kendini göstermektedir¹²⁸. Özellikle sermaye şirketlerinde sermayenin temini, sermayenin korunması gibi konularda düzenleme öngören emredici hükümler kurumsal korumanın vasıtaları olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁹.

Yeniden yapılanmayı düzenleyen kurallar kapsamında öngörülen kurumsal korunmanın hedefi ise, yeniden yapılanan şirketin yeterli sermayeye sahip olmasının güvence altına alınmasıdır. Böylece yeniden yapılanan şirketin taraf olacağı hukuki işlemlere katılacak olan kişilerin, yeniden yapılanan şirketin ödeme gücüne güveninin korunması amaçlanmaktadır. Bir başka ifadeyle alacaklının kurumsal olarak korunmasının nedeni, yeniden yapılanmanın belli kanuni şartlara uygun olarak gerçekleştirilmesi suretiyle yeniden

¹²⁷ Bkz. 7.Blm./I- dn.2.

¹²⁸ Schmidt kurumsal korunmanın (saf objektif) hukuka (rein objektivem Recht) dayandığını, bireysel korunmanın ise (sübjektif) alacaklı haklarında (in subjektiven Gläubigerrechten) ifadesini bulduğu görüşündedir (Schmidt, Gläubigerschutz, s.367–368).

¹²⁹ Schmidt, Gläubigerschutz, s.368 vd.

yapılanmadan sonra sermaye ve sorumluluk bakımından yetersiz bir şirketle karşı karşıya kalınmasının önlenmesidir¹³⁰.

Kurumsal koruma, şekli kurumsal koruma ve maddi kurumsal koruma olarak ikiye ayrılmaktadır¹³¹.

A. Şekli Kurumsal Korunma

a) Tanım

Sadece alacaklılar açısından değil tüm ilgililer bakımından güvenliğin en geniş ölçüde sağlanabilmesi için, şekli yükümlülükleri hükme bağlayan kurallar şekli kurumsal korunma başlığı altında sınıflandırılmaktadır¹³².

b) Korunma Araçları

Şirketler hukukunda kuruluşta ve sermaye artırımında, yönetim organının beyan yükümüne ve sermayenin denetlenmesine ilişkin düzenlemeler şekli kurumsal korunmaya örnek teşkil etmektedir.

Alacaklıları koruyucu etkiyi haiz olduğu ölçüde şekli ihtiyati tedbirler ve alacaklıların bilgi alma hakkı, alacaklılara teminat sağlayan araçlar olarak şekillendirilmiştir¹³³. Bu bağlamda yeniden yapılanma çerçevesinde rapor hazırlanmasını ve denetimi düzenleyen kurallar dikkati çekmektedir. Esas itibarıyla ortakların menfaatlerinin korunması amacını güden söz konusu şekli kurumsal korunma vasıtalarının aynı zamanda kurumsal alacaklı korunmasının sağlanması amacını taşıyıp taşımadığı, bu vasıtaları düzenleyen hukuk kurallarına göre belirleneceğinden ayrıca incelenmelidir¹³⁴.

Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.149'da bölünme ve tür değiştirmeden farklı olarak, birleşmede inceleme hakkı ortaklar yanında alacaklılara da tanınmıştır. Bu nedenle birleşmede alacaklının inceleme hakkı, alacaklının bireysel olarak korunmasının aracı olarak şekillendirilmiştir. Zira alacaklıların bu hakkın gereği gibi sağlanması bakımından talep hakkı bulunmaktadır. Buradan hareketle bu hakkın konusunu oluşturan birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, denetleme raporu, son üç yılın finansal

¹³⁰ Petersen, Gläubigerschutz, s.17.

¹³¹ Bireysel alacaklı korunması başlığı altında taleplerin ileri sürülmesini sağlama amacı güden şekli hükümler bulunmakla birlikte bu hükümler bireysel korunmanın karakteristik unsurlarını oluşturduğu için bireysel korunmada maddi ve şekli açıdan ayırım yapılmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. Petersen, Gläubigerschutz s.20.

¹³² Petersen, Gläubigerschutz, s.20.

¹³³ Petersen, Gläubigerschutz s.13; Schneller, Yves: Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion: Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, St. Gallen 2006, s.233 dn.1423.

¹³⁴ Bkz. Blm.2/IV.

tabloları ile yıllık faaliyet raporları ve ara bilanço düzenlenmesini öngören düzenlemeler aynı zamanda alacaklının bireysel olarak korunmasına yönelik şekli yükümler niteliği taşımaktadır.

B. Maddi Kurumsal Korunma

a) Tanım

Yeniden yapılanan şirketin sermayesinin temini ve korunması dolayısıyla yeniden yapılanma sonrasında da yeterli miktarda sermayenin alacaklıların tasarrufuna hazır bulundurulması amacını güden düzenlemeler kurumsal korunmanın maddi boyutunu oluşturmaktadır¹³⁵.

b) Korunma Araçları

Yeniden yapılanmaya taraf olabilecekler alacaklıların korunması kaygısı ile sınırlı sayı ilkesine tabi kılınmış olması¹³⁶, maddi kurumsal korunmanın bir yansımasıdır. Yeniden yapılanan şirketin sermayesinin tespitinde esas alınacak bilançoya ilişkin düzenlemeler de maddi kurumsal korunmanın başta gelen örneklerindendir. Tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılması¹³⁷ ile sermayenin kaybı veya borca batıklık halinde bulunan şirketin birleşmeye katılmasını¹³⁸ düzenleyen kurallarda da, yeniden yapılanmada malvarlığının korunmasına yönelik tedbirlere yer verilmiştir. Ayrıca ayrılma akçesi ve denkleştirme akçesi ödemelerinin genel hükümler vasıtasıyla sınırlandırılması da maddi kurumsal korunma kapsamında değerlendirilmelidir¹³⁹.

Kurumsal korunmanın tam anlamıyla sağlanabilmesi, kurumsal korunmanın maddi ve şekli vasıtalarının bir arada bulunmasına bağlıdır¹⁴⁰. Mesela birleşmenin denetlettirilmesi yükümünü öngören şekli kurumsal korunma hükmünün bu denetimin içeriğini ve sermayenin korunması konularını düzenleyen maddi kurumsal hükümleri ile tamamlanması zorunludur¹⁴¹.

V. TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE BİRLEŞME ve TÜR (NEVİ) DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ KORUNMASI

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile kıyaslandığında Türk Ticaret Kanununda, yeniden yapılanma konusu çok daha az madde ile ve yetersiz bir şekilde düzenlenmiştir. Türk Ticaret

¹³⁵ Petersen, Gläubigerschutz, s.20.

¹³⁶ Beretta, Sturukturanpassungen, s.267; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.558; Schneller, s.233-dn.1423. Bkz. aşağıda Blm.2/I.

¹³⁷ Bkz. Blm.2/VII.

¹³⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertargung (BtschftFusG), s.4425; Beretta, Strukturanpassungen, s.268. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.558; Schneller, s.233 dn.1423. Bkz. Blm.2/VIII.

¹³⁹ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.11; Schneller, s.233-dn.1423.

¹⁴⁰ Petersen, Gläubigerschutz, s.21.

¹⁴¹ Petersen, Gläubigerschutz, s.21.

Kanunu Tasarısında konunun neden yeniden düzenlendiğine ışık tutması bakımından bu başlık altında Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri kısaca değerlendirilecektir.

Türk Ticaret Kanununda şirketlerin birleşmesinde, bireysel alacaklı korunması bakımından iki farklı sistem benimsenmiştir. Tür (nevi) değiştirmede teminat vasıtasıyla korunmaya ilişkin özel bir düzenleme mevcut değildir. Bölünme ise Türk Ticaret Kanununda düzenlenmemiş olduğu için bölünmede alacaklı korumasına ilişkin hüküm de bulunmamaktadır¹⁴².

1. Birleşmede

A. Genel Hüküm Niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu m.146 vd.'da

Türk Ticaret Kanununun “*Ticaret şirketleri*” başlıklı 2. kitabının “*Genel hükümler*” kısmında ticaret şirketlerinin birleşmesinin hükümlerini düzenleyen ve kaynağını 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanunundan alan¹⁴³ “*Alacaklıların itiraz hakkı*” başlıklı 150. maddesine göre kural olarak birleşme, birleşme kararının ilanı gününden itibaren 3 ay sonra hüküm ifade etmektedir (f.1/c.1).

Birleşmenin birleşme kararının ilanı gününden itibaren hüküm ifade etmesi ise birleşen şirketlerin ilandan önce borçlarını ifa etmiş veya borca tekabül eden parayı TCMB’ye yahut muteber diğer bir bankaya tevdi etmiş ya da alacaklıların şirketlerin birleşmesine razı olmuş olması koşuluna bağlanmıştır (TTK m.150/f.1/c.2).

Söz konusu maddenin 3. fıkrasında ise birleşen şirketlerin alacaklılarından her birine ilandan itibaren 3 ay içerisinde yetkili mahkemeye müracaat etmek suretiyle birleşmeye itiraz hakkı tanınmıştır. Buna göre itiraz hakkından vazgeçilmedikçe veya bu itirazın reddine dair mahkeme tarafından verilen karar kesinleşmedikçe ya da mahkeme tarafından takdir edilecek teminat şirket tarafından verilmedikçe birleşmenin hüküm ifade etmeyeceği belirtilmiştir.

Birleşmenin açıklanan hükümlere göre birleşme kararının ilanı ile birlikte hukuki geçerlilik kazanabilmesi için borç *birleşme kararının ilanından önce* ifa veya tevdi edilmeli ya da alacaklılar açık veya örtülü olarak rıza göstermelidir¹⁴⁴. Birleşmenin *birleşme kararının ilanından sonra* hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, alacaklılara tanınan üç aylık itiraz süresi

¹⁴² Kurumlar Vergisi Kanununun bölünmeyi düzenleyen hükümleri hakkındaki değerlendirmeler ve yürürlükteki düzenlemelere göre gerçekleştirilebilecek fiili bölünmelerde alacaklıların korunması sorunu için bkz. Çoştan, Hülya: Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004, s.133 vd., s.146 vd.

¹⁴³ Türk, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde <<Nevilerin Aynı Olması>> Koşulu, Ankara 1986, s.71, s.208.

¹⁴⁴ İlandan sonra fakat itirazdan önce ödemelerin birleşme gününe etkisi olmayacağı, birleşmenin hüküm ifade etmesi için 3 aylık sürenin dolması gerektiği yönünde bkz. Arslanlı, Halil: Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1960, s.571.

dolmalı, itirazın varlığı halinde ise mahkemenin itirazın reddine dair kararı kesinleşmeli veya mahkeme tarafından takdir edilen teminat şirket tarafından verilmelidir. Dolayısıyla 3 aylık süre geçse dahi itirazlar bir sonuca bağlanmadıkça, birleşme hukuki geçerlilik kazanamamaktadır¹⁴⁵.

Birleşmenin birleşme kararının ilanı ile birlikte hüküm ifade etmesi, başka bir ifadeyle 3 aylık bekleme süresinden kurtulunabilmesi için birleşmeye katılan şirketlere tanınmış söz konusu imkan, daha sonraki bir tarihte ihtilaflı alacakların ortaya çıkması halinde birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı tarihin tespiti bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir¹⁴⁶. Bu nedenle anılan maddede alacaklıların haklarını korunmasını sağlamak üzere kesin bir süre öngörülmemiş olması eleştiriye açıktır¹⁴⁷.

Eleştiriye açık olan bir başka mesele ise TTK m.148’de birleşme için birleşmeye katılan şirketlerin ayrı ayrı verecekleri birleşme kararının tescil ve ilanından, TTK m.149’da bilançonun ve borçların ödenmesine dair beyannamenin ilanından ve TTK m.150/f.1’de ise birleşme kararının ilanından söz edilmiş olmasıdır¹⁴⁸. Zira TTK m.150/f.1’de birleşme kararının ilan gününden itibaren hüküm ifade edeceği öngörülmüş olmakla birlikte aynı maddenin 3. fıkrasında alacaklılardan her birinin ilandan itibaren 3 ay içinde itiraz edebileceğinin belirtilmiş olması, itiraz hakkı süresinin hangi ilandan başlayacağı sorusunu akla getirmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre alacaklılara tanınmış olan itiraz hakkı, bilanço ve beyannamenin ilanı tarihinden itibaren¹⁴⁹ 3 aylık hak düşürücü¹⁵⁰ süre içinde kullanılmalıdır (TTK m.150/f.3). Bilanço ve beyannamenin farklı tarihlerde ilan edilmesi halinde ise öğretide sürenin beyannamenin ilan edildiği tarihten başlayacağı kabul edilmektedir¹⁵¹. Bu maddenin lafzından açıkça anlaşılmamakla birlikte öğretide itirazın alacaklının alacağını dava edebileceği yer Ticaret Mahkemesinde yapılması gerektiği de savunulmaktadır¹⁵².

TTK m.150 itiraz hakkını, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önceki süreçte birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına tanımıştır. TTK m.149’da ise birleşen şirketlerden her birinin aralarında tespit edilecek bir örneğe uygun olarak düzenleyecekleri

¹⁴⁵ Domanıç, Hayri: TTK Şerhi C I, İstanbul 1982, s. 483.

¹⁴⁶ Öçal, Akar: Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacaklıların İtirazı Sorunu, Esader, C.X, S.2, 1974, s. 231.

¹⁴⁷ Öçal, s.231; Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, Ankara 1973, s.223 dn. 44.

¹⁴⁸ Öçal, s.231. İlanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yapılması gerektiği yönünde bkz. Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C I, Ankara 1990, s.558. Bilançoların ve beyannamelerin de tescil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Arslanlı, s.575. Karşı görüş için bkz Doğanay, s.558.

¹⁴⁹ Öçal, s.231.

¹⁵⁰ Arslanlı, s.577.

¹⁵¹ Karayalçın, Ticaret Hukuku, s.223; Öçal, s.231–232.

¹⁵² Şirketlerin birleşme muameleleri nedeni ile yetkili mahkemeyi değiştirmek suretiyle üçüncü kişilerin durumunu ağırlaştırmamaları gerektiği yönünde bkz. Domanıç, C.I, s.482.

bilançoğu ilan edecekleri ve sona eren şirketlerin ayrıca kendilerine ait borçların ödeme şekil ve şartlarını gösteren bir beyanname hazırlayarak bunu da bilanço ile birlikte ilana mecbur oldukları hükme bağlanmıştır. Birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına itiraz hakkı tanınmış olması karşısında borçların ne şekilde ödeneceğinin açıklanması yükümünün sadece sona eren şirketler için öngörülmüş olması tutarsızlık yaratmaktadır¹⁵³. Zira bu husus itiraz haklarının kullanılabilmesi¹⁵⁴, alacaklılara eşit muamelde bulunulması ve alacaklıların bilgilendirilmesi konularında önem arz etmektedir.

TTK m.150’de alacaklıların teminat talep etme hakkı doğrudan düzenlenmemiş, mahkeme tarafından takdir edilecek teminattan söz edilmiştir. Bu maddenin lafzından mahkemenin itirazı reddeceği ya da teminata hükmedeceği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla alacaklılara mahkemeye başvurmak suretiyle teminat talep hakkının tanındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte itiraz hakkına yönelik yukarıdaki eleştiriler yanında itiraz hakkının hangi alacaklar için tanındığı, itirazın gerekçeli mi olacağı ya da alacaklılar tarafından kesin ispatı gereken olgulara mı dayanması gerektiği kısaca mahkeme tarafından hangi hallerde teminata hükmedilebileceği açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum alacaklının korunmasında elverişsiz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir.

B. Özel Hükümlerde¹⁵⁵

a) Türk Ticaret Kanunu m.451 ve m.452’de

Bir anonim şirketin diğer bir anonim şirket tarafından bütün aktif ve pasifleri ile devralınması, Türk Ticaret Kanununun kaynağını Alman/ İsviçre sisteminden alan¹⁵⁶ 451. maddesinde düzenlenmiştir¹⁵⁷. Bu maddede tescil ve ilanı takiben hüküm doğuran birleşmede

¹⁵³ Bunun nedeninin borçlu değişiminde aranması gerektiği görüşü için bkz. Öçal, s.230.

¹⁵⁴ Öçal, s.231–232.

¹⁵⁵ Türk Ticaret Kanununun, aksine hüküm bulunmadıkça sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete anonim şirket hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen 476. maddesinin 2.fıkrası ve Kooperatifler Kanununun kooperatifler bakımından paralel düzenlemeyi öngören 98. maddesi yukarıdaki başlık altında incelenen özel hükümlerin anılan şirket türleri için uygulanmasını sağlamak suretiyle dolaylı olarak alacaklıları korumaktadır.

¹⁵⁶ Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.59–60, s.266.

¹⁵⁷ Bu maddenin anonim şirketlerin yeni kuruluş yoluyla birleşmesinde geçerli olup olmayacağı meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Bir başka ifadeyle münhasıran anonim şirketlerin katıldığı yeni kuruluş yoluyla birleşmeyi düzenleyen TTK m.452’de, TTK m.451’e yapılan atfın alacaklıların korunmasını temin için malvarlığının ayrı yönetimini kapsayıp kapsamadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. *Karayalçın* kuruluş safasında bilirkişi incelemesinin yapılması ve belgelerin kanuna uygunluğunun tasdik edilmiş olması nedeniyle birleşen ortaklıkların hakları yeteri kadar korunduğu gerekçesi ile malvarlığının ayrı yönetime gerek olmadığı görüşündedir (Karayalçın, Yaşar: Bilanço Hukuku, Ankara 1979, s.116–117). *Yasaman* ise Karayalçın’ın görüşünün yerinde olmadığını, TTK m.452’de TTK m.451’e yapılan atfın genel nitelik taşıdığı için alacaklının korunmasına ilişkin TTK m.451/f.6’nın atfın dışında tutulamayacağını, bununla birlikte yeni kuruluş yoluyla birleşmede ayrı yönetimin pratik açıdan faydasının olmayacağını ileri sürmektedir. Buna gerekçe olarak ise, yeni kurulan şirket daha önce faaliyette bulunmadığı için alacaklı ve borçlusunun bulunmadığını, malvarlığının ayrı

alacaklıların korunmasını sağlamak amacıyla devreden şirketin malvarlığının bu şirketin borçları ödeninceye kadar devralan şirketin malvarlığından ayrı yönetilmesi esası kabul edilmiştir.

Söz konusu maddede devreden şirketin alacaklılarını koruyan ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre devreden şirketin alacaklılarının devralan şirketin yönetim kurulu tarafından tasfiye hakkındaki hükümlere göre¹⁵⁸ davet edilmeli (TTK m.451/b.1) ve bu davetten sonra borçlar ödeninceye veya teminat altına alınıncaya kadar infisah eden şirketin malları ayrı yönetilmelidir (b.2). Devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri söz konusu ayrı yönetimi sağlamak bakımından alacaklılara¹⁵⁹ karşı şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulmuş (b.3) ve malların ayrı idaresi süresince infisah eden şirkete açılacak davalarda yetkili mahkemenin yetkisinin devam edeceği hükme bağlanmıştır (b.4). İnfisah eden şirketin alacaklıları ile devralan şirketin alacaklıları arasındaki ilişkiler bakımından ayrı yönetilen malların ayrı yönetim süresince infisah eden şirketin malvarlığı sayılması, devralan şirketin iflası halinde bu malların ayrı bir masa teşkil etmesi ve gerekli olması halinde münhasıran infisah eden şirketin borçlarının ödenmesinde kullanılması¹⁶⁰ (b.5) öngörülmüştür. Birleşen şirketlerin malvarlıklarının infisah eden anonim şirketin mevcudunun pay sahiplerine dağıtılmasının uygun olduğu anda birleştirilebileceği (b.6) de ifade olunmuştur.

Bu düzenlemeler tasfiyesiz infisah suretiyle sona eren ve malvarlığı külli halefiyet yoluyla devralan şirkete intikal eden devreden şirketin varsayımsal bir tasfiyesine yol açmaktadır¹⁶¹.

Malvarlığının ayrı yönetimi süreci alacaklıların daveti ile başlamaktadır. TTK m.451’de yapılan atıf dolayısıyla uygulanan m.445’e göre şirket evraklarından anlaşılan ve

yönetimi usulü infisah eden şirketin alacaklılarını birleşilen şirketin alacaklılarına karşı koruma amacını taşıdığı için yeni kuruluş yoluyla birleşmede bu yöneme gerek olmadığını belirtmektedir (Yasaman, Hamdi: Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara 1987, s.100–101). Bu yönde bir başka görüş ise birleşmede alacaklıların korunmasına yönelik temel yaklaşımlar olan tasfiyesiz infisah ve alacaklı rızası olmadan borçlu değişiminin yeni kuruluş yoluyla birleşme için de geçerli olduğu, birleşen şirketlerin alacaklıları arasındaki yarışma nedeniyle yeni kuruluş yoluyla birleşmede de ayrı yönetim usulünün geçerli olacağı yönündedir (Sönmez, Yusuf Ziyaeddin: Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesinden Doğan Sorunlar, SPK Yeterlilik Etüdları 15. Dönem, Ankara 2004, s.756-757)

İsviçre hukukunda Birleşme Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, TTK’nin açıklanan hükümlerinin kaynağı olan Borçlar Kanunu’nda m.748’de devralma yoluyla birleşme, m.749’da ise yeni kuruluş yoluyla birleşme düzenlenmişti. Söz konusu Kanunun 749. maddesinde m.748’e yapılan atfın malvarlığının ayrı yönetimini de kapsadığı yönünde bkz. Forstmoser, Peter/ Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N.197, N.227.

¹⁵⁸ TTK m.445’e göre.

¹⁵⁹ Bu sorumluluk devreden şirketin alacaklılarına karşıdır.

¹⁶⁰ İnfisah eden şirketin alacaklılarının ifasından sonra kalan miktarın genel iflas masasına intikal edeceği, ayrı yönetilen malvarlığının infisah eden şirketin alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde ise bu alacaklıların birleşilen şirketin alacaklıları ile birlikte genel iflas masasına katılacağı görüşü için bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 57 N.208.

¹⁶¹ Yasaman, s.98.

yerleşim yerleri bilinen alacaklılar iadeli taahhütlü mektupla, diğer alacaklılar ise ilan yoluyla¹⁶² şirketin birleşme suretiyle sona erdiğinden haberdar ve alacaklarını beyana davet edilmelidir (m.445/f.1). Bu ilana şirket alacaklılarının bir yıl içerisinde belgeleri ile birlikte müracaat etmeleri gerektiği yazılmalıdır (TTK m.438). Bir yıllık sürenin başlangıcı üçüncü ilan tarihidir (TTK m.438).

Dikkat edilirse malvarlığının ne kadar süre ile ayrı yönetileceği konusunda TTK m.451'de çelişkili hükümlere yer verilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre ayrı yönetim, infisah eden şirketin borçları tediye veya temin edilinceye kadar sürmelidir. Aynı maddenin 6. fıkrasına göre ise iki şirketin malları ancak infisah eden bir anonim şirketin mevcudunun ortaklara dağıtılması caiz olduğu anda birleştirilebilecektir. İnfisah eden bir anonim şirketin malları ise TTK m.447 uyarınca kural olarak alacaklıların üçüncü defa davetinden itibaren bir yıl geçmedikçe dağıtılamaz. Bununla birlikte alacaklılar için tehlike mevcut olmadığı takdirde¹⁶³ mahkemenin bir yıl geçmeden dahi dağıtımına izin vermesi mümkündür. Sonuç olarak bu iki hüküm birlikte uygulanmalı ve alacaklar ifa veya temin edilmedikçe devreden şirketin infisahı tescil edilmemelidir¹⁶⁴.

Atfen uygulanacak olan TTK m.445/f.2'ye göre devreden ortaklığın vadesi gelmiş borçları ödenmeli, alacaklı olup da beyanda bulunmayan alacaklıların alacakları da notere tevdi olunmalıdır. TTK m.445/f.3'de vadesi gelmemiş alacaklar ile ihtilaflı alacakların tutarına tekabül eden bir miktarın da notere tevdi edilmesinin gerektiği ancak söz konusu borçlar için yeterli teminat gösterilmişse veya malların pay sahipleri arasında bölüşülmesi bu borçların ödenmesi şartına bağlanmışsa notere tevdi yükümünün kalkacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte TTK m.451/b.2'de devreden şirketin borçları ödeninceye veya teminat altına alınıncaya kadar malvarlığının ayrı yönetiminin devam edeceği esası kabul edilmiş olduğu için vadesi henüz gelmemiş alacaklar ile ihtilaflı alacakların notere tevdi gerekli değildir¹⁶⁵.

Bu bağlamda TTK m.451'de vadesi gelmemiş alacaklar ile ihtilaflı alacaklar bakımından devreden şirketin alacaklılarına teminat talep etme hakkının tanındığı kabul edilmelidir. Zira anılan maddede ödeme veya teminattan söz edilmiş olması ve ödemenin vadesi gelen borçlar için mümkün olması bu sonucu doğrulamaktadır. Alacaklıların tasfiye

¹⁶² Sona eren şirket tüm şirket alacaklılarının bilindiğini açıklasa dahi ilan zorunludur bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 57 N.196.

¹⁶³ OR m.745'de ise uzman bir denetçi tarafından borçların ödendiğinin ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin tehlikeye düşmediğinin onaylanması halinde erken dağıtımın mümkün olduğu hükme bağlanmıştır.

¹⁶⁴ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 57 N.201.

¹⁶⁵ Yasaman, s.101.

hükümlerine göre davet edilmiş olması, teminat talebi için TTK m.150'den farklı olarak mahkemeye değil şirkete başvurulmasını gerektirmektedir. Bunun yanında teminatın hangi hallerde gösterilmesinin gerekli olduğu, sadece teminat talebinin yeterli mi olduğu, ispat yükünün şirkete mi yoksa alacaklıya mı düştüğü, teminat talebinin reddi halinde birleşmenin hükümlerini doğurmaya başlayacağı mı yoksa bu hususun mahkemeye intikalinin mi gerekli olduğu gibi sorular cevapsız kalmaktadır. Ayrıca ciddiyetten yoksun istemlerin ayrı yönetim usulünün sona ermesini dolayısıyla devreden şirketin infisahının tescilini ve buna bağlı olarak infisah eden şirketin pay sahiplerine yapılacak dağıtımı (m.451/b.8) geciktirmesi söz konusu olabilecektir¹⁶⁶.

Birleşmeden olumsuz etkilenmesi imkan dahilinde olan devralan şirket alacaklıları için hiç bir korumanın öngörülmemiş olması ise eleştiriye açık bir diğer husustur. Devralan şirket alacaklıları için borçlu değişiminin gerçekleşmediği gerekçesi de bu duruma haklılık kazandırmamaktadır¹⁶⁷. Malvarlığının ayrı yönetimi, pratikte uygulanabilir olmadığı¹⁶⁸, külli halefiyet ilkesi ve birleşmenin doğuracağı sinerji etkisinin yaratacağı motivasyon ile bağdaşmadığı, tasfiye hükümlerine dayandığı için birleşmeye uygun düşmediği gerekçeleri ile eleştirilmektedir¹⁶⁹.

b) Türk Ticaret Kanunu m.453'de

TTK m.453'de bir anonim şirketin aktif ve pasifleri ile birlikte sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık tarafından devralınarak infisah etmesi halinde, devralan komandit şirketin komadite ortaklarının infisah eden anonim şirketin borçlarından dolayı şahsen ve müteselsilen borçlu olacakları, diğer konularda ise bir anonim şirketin diğer bir anonim şirket tarafından devralınması hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

c) Genel ve Özel Hükümler Arasındaki İlişki

TTK m.150 ve 151'e göre birleşmenin hukuken geçerlilik kazanması devreden ve devralan şirketlerin alacaklıların korunması sorunun çözülmesine bağlıdır. Bu sorunun çözülmesi de kural olarak asgari üç aylık bir sürenin geçmesini gerektirmektedir¹⁷⁰.

TTK m.451'de ise devreden şirketin alacaklılarının korunması birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından sonra çözülecek bir sorundur. Devreden şirketin külli halefiyet yoluyla devralan şirkete intikal eden malvarlığı bir süre özel malvarlığı olarak ayrı

¹⁶⁶ Ayrı yönetim usulünün uygulamada işlevsellik kazanamadığı yönünde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 57 N.203.

¹⁶⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 57 N.209.

¹⁶⁸ BtschftFusG, s.4425; Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.2.

¹⁶⁹ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.8.

¹⁷⁰ Süre engelinin teminat yatırılmak suretiyle aşılması mümkündür.

yönetilmektedir¹⁷¹. Hukuken geçerli olan birleşmenin fiilen sonuç doğurması, yerine göre kısalabilen veya uzayabilen bir yıllık sürenin dolmasına bağlıdır¹⁷².

Farklı hukuk sistemlerinden alınmış olan bu genel ve özel hükümlerin birlikte uygulanıp uygulanamayacağı sorusu öğretide farklı görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır¹⁷³. Kanaatimizce öngörülen koruma hükümlerinin birleşmenin hukuki geçerlilik anından önce veya sonrası için düzenleme getiriyor olması yanında korumadan yararlanacak olan alacaklıların kapsamının farklı olması da genel ve özel hükümlerin birlikte uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla anonim şirketlerin devreden ve devralan olarak katıldığı birleşmeler için TTK m.451 uygulanmalıdır.

TTK m.476'daki atıf nedeniyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin devreden ve devralan olarak katıldığı birleşmelere de m.451 uygulanmalıdır. Anonim şirketin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket tarafından devralınması halinde de TTK m.451 geçerli olmalıdır. Bununla birlikte sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin anonim şirket tarafından devralınması veya bu iki şirketin yeni ortaklık kurma yoluyla birleşmesi halinde kanunun lafzından TTK m.150'nin uygulanacağı sonucu çıkmakla birlikte bu sonuç benzer durumlarda alacaklı koruması bakımından çok farklı koruma sistemlerinin uygulanmasına yol açması nedeniyle mantıklı değildir¹⁷⁴.

2. Tür (Nevi) Değiştirmede

A. Genel Hüküm Niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu m.152'de

Türk hukukunda ticaret şirketlerinin tür değiştirmesi TTK m.152'de düzenlenmiştir. Konuya ilişkin tek genel düzenleme olan bu maddede alacaklıları koruyan herhangi bir hükme yer verilmemiş olması öğretide eleştirilmiştir¹⁷⁵. Gerçekten de aşağıda açıklanacak özel hükümde alacaklılara teminat talep etme hakkı tanındığı dikkate alındığında neden bu tür bir ayırım yapıldığı belirsiz kalmaktadır.

¹⁷¹ Türk, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s.77. Özel malvarlığı hukuki açıdan *“bir hukuk özneminin genel malvarlığı içerisinde sorumluluk, yönetim vb. bakımından özel bir hukuki rejime bağlı öğeler topluluğunu”* ifade etmektedir (Türk, Birleşme, s.77- dn.52.)

¹⁷² Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s.219.

¹⁷³ İki sistemin birlikte uygulanmasının mümkün olmadığı ve bunun gerekçeleri için bkz. Yasaman, s. 98-99; Türk, Nevilerin Aynı Olması Koşulu, s. 218 vd.; TTK m.150'nin TTK m.451 ve 452'deki birleşmeler için de geçerli olduğu yönünde bkz. Tekinalp, Ünal/(Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, Ortaklıklar, N.161.

¹⁷⁴ Öçal, s.233.

¹⁷⁵ Tekinalp(Poroy/Çamoğlu),Ortaklıklar, N.185.

B. Özel Hüküm Niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu m.553 vd.’da

Anonim şirketin limited şirket olarak tür değiştirmesi TTK m.553 vd. da düzenlenmiştir¹⁷⁶.

TTK m.553’deki limited şirketin sermayesinin anonim şirketin sermayesinden az olamayacağı koşulu alacaklıların korunması amacını taşımaktadır¹⁷⁷. Bunun yanında tamamen veya kısmen ayrılan ortağın payının ödenmesine ilişkin TTK m.554/f.1’de azınlık ortakların korunması için öngörülmüş olan *ayrılma hakkı* vasıtasıyla şirketin malvarlığının azaltabilecek olması alacaklıların korunmasına ilişkin düzenlemelerin de öngörülmesine yol açmıştır¹⁷⁸.

Bireysel alacaklı korunması niteliğindeki düzenleme ise TTK m.555’de yer almaktadır. Buna göre tür değiştirme nedeniyle infisah eden anonim şirketin veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin malvarlığı, limited şirketin Ticaret Siciline tescili ile kendiliğinden limited şirkete intikal etmektedir (TTK m.555/f.1). Tür değiştirmenin hukuki geçerlilik kazanması için alacaklıların onayı veya haklarının teminata bağlanması koşulu öngörülmemiştir. Ancak, limited şirketin Ticaret Siciline tescil edilmesiyle birlikte infisah eden anonim şirketin alacaklıları, limited şirketin esas sözleşmesinde yazılı şekilde ve üç defa yapılacak ilanla, üçüncü ilandan itibaren bir aydan az olmamak üzere tayin edilecek uygun bir müddet içinde haklarını bildirmeye davet edilmelidir. Ayrıca bu süre içinde noter protestosu ile itiraz edilmediği takdirde borçların limited şirkete intikal edeceği de ilanda açıkça belirtilmelidir (TTK m.555/f.2).

İtiraz halinde ise alacağın ödenmesi veya teminata bağlanması gerekmektedir (TTK m.555/f.3).

Alacaklıların hakları açıklanan şekilde teminat altına alınmadıkça infisah eden anonim şirketin mallarından ayrılan ortaklara¹⁷⁹ ödeme yapılması mümkün değildir (TTK m.555/f.4). Bunun yanında yukarıda açıklanan hükümlere aykırı hareket etmiş, kusursuz olduğunu ispat edememiş olan limited şirket müdürleri, kusursuz olduklarını ispat etmedikçe alacaklılara karşı şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TTK m.555/f.5).

¹⁷⁶ Bu düzenlemeler TTK m.152’de kabul edilmiş “biçim değiştirici tip değiştirme” sisteminin istisnası olan “yeni kuruluşlu tip değiştirme” niteliği taşımaktadır. Bu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi ve aralarındaki farklar için bkz. Tekinalp(Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.168 vd.

İsviçre hukukunda limited şirketler 1936 yılında düzenlenmiştir. Bu yeni şirket türünün uygulamada yaygınlık kazanmasını sağlamak için mevcut şirketlerin limited ortaklığa dönüşümünü özendirmek amacıyla anonim ortaklıkların kolaylaştırılmış şekilde limited şirket olarak tür değiştirmesi OR m.824-826’da hükme bağlanmıştır (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 56 N.9–10).

¹⁷⁷ Tekinalp(Poroy/Çamoğlu),Ortaklıklar, N.186.

¹⁷⁸ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 58 N.12.

¹⁷⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 56 N.21.

Türk Ticaret Kanununun 555. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında çelişik ifadeler yer almaktadır. Birinci fıkra limited şirketin tescili ile anonim şirketin mallarının kendiliğinden limited şirkete intikal edeceği, daha açık bir ifadeyle tasfiyesiz sona eren anonim ortaklığın malvarlığının limited ortaklığın tescili ile birlikte *ipso iure* – külli halefiyet hükümleri çerçevesinde limited ortaklığa geçeceği¹⁸⁰ ifade edilmiştir. İkinci fıkra ise süresinde itiraz edilmemesi halinde borçların limited şirkete intikal edeceğinin ilanda belirtileceğinin düzenlenmiş olması, borçların intikalinin alacaklıların rızasına bağlanmış olduğu fikrine yol açabilecek niteliktedir. Bu çelişkinin giderilmesinde anılan maddenin 3. fıkrası belirleyicidir. Buna göre itiraz eden ortakların haklarının teminat altına alınmamasının yaptırımını infisah eden anonim şirketin mallarından ortaklara ödeme yapılmamasıdır¹⁸¹. Bir başka ifade ile alacaklıların itirazı borçların intikalini engellememekte, alacaklılar limited şirketi muhatap olarak kabul etmek zorunda kalmaktadır¹⁸². Sonuç olarak alacaklıya tanınan itiraz hakkının kullanılmamasının, BK m.174 anlamında borcun nakline rıza olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu husus anılan maddenin 3. fıkrasında alacaklılara tanınmış olan itiraz hakkının temelde teminat talep etme hakkı niteliği taşıdığını göstermektedir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere öğretide alacaklılara ifa veya teminat talep hakkının tanınmış olmasının nedeninin ortaklara tanınmış olan ayrılma hakkı olduğu kabul edilmektedir.

İtirazın noter vasıtasıyla yapılmasının öngörülmüş olması hakkın kullanımını zorlaştırdığı için isabetli değildir. Ancak bunun ispat konusunda kolaylık yaratacağı açıktır. Mahkemeye değil doğrudan şirkete yöneltilen teminat talebi söz konusudur.

3. Değerlendirme

Yürürlükteki TTK sisteminde gerek genel hükümler ile düzenlenmiş olan birleşme ve tür değiştirme için gerekse özel hükümlerde ifadesini bulan farklı şirket türlerinin katıldığı birleşme veya tür değiştirmeler için öngörülmüş olan alacaklıları koruyucu mekanizmalar, benzer menfaatlerin korunmasında farklılık arz etmektedir. Aynı koruma mekanizmalarının kabul edildiği hallerde dahi bunların işlerlik kazanmasının farklı esaslara bağlanmış olması kanunun sistematigi açısından olumsuzluk yaratmaktadır. Ancak daha da önemlisi bu durumun üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından içerdiği sakıncalardır. Bölünmenin ve bu çerçevede bölünmede alacaklı korunmasının düzenlenmemiş olması ise eksikliklerdir.

¹⁸⁰ Tekinalp(Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.184a.

¹⁸¹ Domaniç, C.III, s.784-dn.37.

¹⁸² Domaniç, C.III, s.784-dn.37.

Ayrıca birleşmeye katılabilecek olan şirketlerin sınırlandırılmış olması da gelişen ekonomik hayatın gerekleri karşısında olumsuzluk arz etmektedir.

Türk Ticaret Kanununun konuyla ilgili düzenlemelerinin ekonomik yaşamın ihtiyaçlarını karşılamakta yetersiz kalması, yeni yasal düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da şirketlerin yeniden yapılanması yeni baştan düzenlenmiştir. Bu nedenle aşağıda Türk Ticaret Kanunu Tasarısının konu ile ilgili hükümleri esas alınacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME, BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ KURUMSAL OLARAK KORUMASI

I. BİRLEŞME, BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRMENİN SINIRLI SAYI İLKESİNE TABİ OLMASI

1. Yeniden Yapılanma Türlerinin ve Yeniden Yapılanmaya Taraf Olarak Katılabileceklerin Sınırlı Sayı İlkesine Göre Belirlenmesi

Tasfiyesiz yeniden yapılanma modeli olarak sadece birleşme ve tür değiştirmeye yer veren ve devreden veya devralan ya da yeni kurulan şirket olarak birleşmeye katılabileceklerin kapsamını sınırlı tutan TTK ile kıyaslandığında, TTKT'nin ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesine ilişkin düzenlemeleri Türk hukuku bakımından önemli yeniliktir.

Bu yeniliğin amacı tasfiye edilmeksizin farklı türde bir şirket olarak yapılanmanın mümkün kılınması¹, aynı zamanda hukuki güvenlik ve saydamlığın sağlanmasıdır². Bu amaçların gerçekleştirilmesinde ise şirketin, ortakların, alacaklıların ve çalışanların menfaatlerinin dikkate alınması ve bu menfaatler arasındaki dengenin sağlanması kaçınılmazdır.

Bu bağlamda ilk olarak değerlendirilmesi gereken meseleler ise hangi yeniden yapılanma modellerinin hukuken mümkün kılınabileceği ve kimlerin yeniden yapılanmaya taraf olabileceği konusudur. Nitekim yeniden yapılanmaya taraf olabilecekleri belirleyen hükümler, alacaklıların korunması kaygısının güdüldüğü düzenlemelerin başında gelmektedir³.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin tanımı yapılmamıştır. Bu Tasarının birleşme, bölünme ve tür değiştirme usulünün ne şekilde gerçekleşeceğini hükme bağlayan 134 ila 194. maddelerde hukuken mümkün yeniden yapılanmalar ve bu yeniden yapılanmalara taraf olarak katılabilecekler nihai bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece şirketler hukukunun alacaklının korunmasına yönelik vasıtalarından

¹ Bu husus FusG'nin konu başlığını taşıyan 1. maddesinin 1. fıkrasında kanun hükmü olarak düzenlenmiştir.

² Beretta, Strukturpassungen, s.6.

³ Bkz. 1.Bİm./IV/3/B/b.

birisi olan sınırlı sayı ilkesi⁴, yeniden yapılanma türlerinin ve yeniden yapılanmaya taraf olarak katılabileceklerin belirlenmesinde de etkin kılınmıştır.

Kaynak İsviçre Birleşme Kanununun hazırlandığı dönemde özellikle irade özerkliği ile yeniden yapılanmaların sınırlı sayı ilkesine tabi tutulması arasındaki ilişki tartışılmıştır⁵. Farklı türdeki hukuk sujeleri arasında yeniden yapılanmaya izin veren genel genel bir düzenlemenin değişen ihtiyaçları karşılanması bakımından elverişli olabileceği düşünülebilirse de, tercihini hukuki güvenliğin sağlanması yönünde kullanan kanun koyucu yaptığı düzenlemelerde tür farkından kaynaklanan özellikleri de dikkate alarak⁶ hukuken geçerli yeniden yapılanma modellerini, alacaklının korunması kaygısı altında şekillendirmiştir⁷. Ayrıca sınırlı sayı ilkesinin kabulünün Avrupa ülkelerindeki düzenlemelere uygun düşeceği⁸ ve yeniden yapılanma olanaklarını uygulamada ihtiyaç duyulan modellerle sınırlandıran yasal düzenlemenin kısa vadede isabetli olacağı da vurgulanmıştır⁹. Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye belli hukuk sujelerinin taraf olabilmesinin yeniden yapılanma özgürlüğünü sınırlandırmak suretiyle yarattığı olumsuz etki ise İsviçre Birleşme Kanununun malvarlığı devrine ilişkin düzenlemeleri ile telafi edilmeye çalışılmıştır¹⁰.

Alman hukukunda ise UmwG m.1/f.2'de, bu kanunda düzenlenmiş olan yeniden yapılanma modelleri (birleşme, bölünme, malvarlığı devri ve tür değiştirme) dışında bir yeniden yapılanma modelinin ancak başka bir kanunda açıkça düzenlenmiş olması halinde mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hüküm öğretide kanunen öngörülmüş olan yeniden yapılanma modellerine kanunun izin verdiği hukuk sujelerinin kanunun izin verdiği şekilde katılabileceği şeklinde yorumlanmaktadır¹¹.

Türk ve İsviçre hukuklarında sınırlı sayı ilkesi bu şekilde açıkça düzenlenmemiş ise de aynı ilkenin kabul edilmiş olduğu, yasal düzenlemelerin gerekçelerinde açıkça ifade edilmiştir (TTKT m.137, m.160, m.180; FusG m.4, m.30, m.54)¹². Buna göre sınırlı sayı ilkesi bir

⁴ Bkz.1.Blm/III/1/C.

⁵ Emch, Daniel: System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz – Materiell –und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften, Bern 2006, s.19.

⁶ BtschftFusG, s.4393; Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (BgltrchtV-FusG), s.22.

⁷ Schneller, s.233; Hasler, s.50.

⁸ BtschftFusG, s.4393; BgltrchtV-FusG, s.22.

⁹ BgltrchtV-FusG, s.13 ve 22.

¹⁰ BtschftFusG, s.4393. Türk hukukunda malvarlığı devri düzenlenmediği için çalışmamızda malvarlığının devri yoluyla yeniden yapılanmanın birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılanmaya alternatif teşkil edip etmeyeceği konusundaki tartışmaların ayrıntısına yer verilmemiştir.

Malvarlığının devri; birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye alternatif oluşturmayacağı için olması gereken hukuk bakımından ticari işletmenin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye katılmasına izin verilmesi gerektiği görüşü ve konuyla ilgili olarak öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. Hasler, s.62 ila 71. Ayrıca bkz. 2.Blm/I/2/A/d.

¹¹ Semler, Johannes: Semler/Stengel, m.1 N.70

¹² Gerekeç, s.448–461–468; BtschftFusG, 4393–4432–4446.

yönüyle yeniden yapılanmanın birleşme, bölünme ve tür değiştirmeden¹³ ibaret olmasını diğer yönüyle bu yeniden yapılanmalara ancak kanunda izin verilenlerin katılabilmesini ifade etmektedir.

2. Sınırlı Sayı İlkesi Uyarınca Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeye Taraf Olarak Katılabilecekler

A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

Yeniden yapılanmaya kimlerin taraf olarak katılabileceği, hukuk politikası ve kanun yapma tekniğine göre farklılaşabilmektedir¹⁴.

TTKT m.137’de Türk Ticaret Kanunundaki türlerin aynı olması koşulu terk edilmiş ve türler arası birleşme serbestisi ilkesi benimsenmiştir¹⁵. Bir başka ifadeyle farklı hukuki türdeki şirketlerin birleşmesine izin verilmiştir. Buna gerekçe olarak da hukuki türü aşan yeniden yapılanmaların meşruluk sınırının yeniden yapılanmaya katılan şirketlerin yapısal uygunluğuna göre belirlendiği ifade edilmiştir¹⁶.

Söz konusu uygunluğun tespitinde hangi kıstaslardan hareket edildiği belirlenmelidir. Bu hususta ilk akla gelen ölçüt tüzel kişiliktir¹⁷. TTKT’de de 194. maddedeki istisnai hüküm dışında, tüzel kişilik ve ticaret şirketi olma kıstasları dikkate alınmıştır. Uygunluğun belirlenmesinde bir diğer etken ise ortaklık haklarının devamı ve alacaklının korunması prensipleridir¹⁸. Örneğin ortaklık haklarının devamı ilkesi, ticaret şirketinin vakıfa dönüşmesine yol açabilecek yeniden yapılanmalara engel teşkil etmektedir¹⁹.

Sermaye şirketlerinin şahıs şirketi olarak yeniden yapılanması gibi alacaklıların durumunun esaslı surette kötüleşmesine yol açacağı düşünülen yeniden yapılanmalar ise engellenmiştir²⁰. Sermaye şirketlerinin devreden şahıs şirketlerinin devralan olarak birleşmeye katılmasına neden izin verildiği ise kaynak Birleşme Kanununun gerekçesinde esas sermayenin ortadan kalkmasının alacaklıların korunması bakımından sorun yaratacak olması ile açıklanmıştır²¹. Bunun yanında sermaye şirketinin şahıs şirketi tarafından devralınmasının tasfiye hükümlerinin dolanılması suretiyle şirketin sona ermesine yol açacağı, bu durumun

¹³ Yeniden yapılanma, İsviçre ve Alman hukuklarında birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığı devrini ifade etmektedir.

¹⁴ BgltbrchtV-FusG, s.22.

¹⁵ Gerekçe, s.447.

¹⁶ BtschftFusG, s.4393-4446. Aksi yönde Hasler, s.62. Yazarın görüşleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. 2.Blm./2.

¹⁷ Beretta, Strukturanpassungen, s.44.

¹⁸ Beretta, Strukturanpassungen, s.44.

¹⁹ Beretta, Strukturanpassungen, s.44.

²⁰ Beretta, Strukturanpassungen, s.45.

²¹ BtschftFusG, s.4395.

alacaklılar üzerindeki olumsuz etkilerinin başka koruma tedbirleri ile önlenmesinin çok güç olduğu da ifade edilmiştir²².

a) Birleşmede

Birleşmeye taraf olarak katılabilecekler, TTKT m.137’de kural olarak ticaret şirketleri ile sınırlandırılmıştır. Buna göre şahıs şirketlerinin şahıs şirketleriyle, sermaye şirketlerinin sermaye şirketleri ve kooperatifler ile birleşmesine izin verilmiştir. Buna karşılık sermaye şirketleri ve kooperatifler ile şahıs şirketleri arasındaki birleşmeler, devralan şirketin sermaye şirketi veya kooperatif olması koşuluna bağlanmıştır²³.

Dolayısıyla TTKT’de sermaye ile sınırlı sorumlu şirketin birleşme yoluyla ortakların sınırsız sorumlu olduğu şirkete dönüşmesine izin verilmemiştir.

b) Bölünmede

TTKT m.160’a (FusG m.30) göre sermaye şirketleri ve kooperatifler, sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilir. Buna göre bir sermaye şirketi diğer sermaye şirketlerine veya kooperatife, bir kooperatif de kooperatife veya diğer sermaye şirketlerine bölünebilecektir²⁴.

Bölünmenin neden sermaye şirketleri ve kooperatiflere özgülendiği, TTKT m.160 dışında kalan bölünme olasılıklarında, alacaklıların ancak tasfiye hükümlerinin uygulanması yoluyla korunabileceği şeklinde açıklanmıştır²⁵. Ayrıca TTKT m.160 (FusG m.30) dışında kalan bölünme olasılıkları bakımından şirket türlerinin birbirlerine uyum olmadığı da ifade edilmiştir²⁶.

c) Tür Değiştirmede

TTKT m.180 uyarınca bir sermaye şirketi başka türde sermaye şirketine veya kooperatife; kolektif şirket sermaye şirketine, kooperatife, komandit şirkete; komandit şirket sermaye şirketine, kooperatife, kolektif şirkete; bir kooperatif de sermaye şirketine dönüşebilecektir²⁷.

²² BtschftFusG, s.4358–4395; Ehrat, Felix R./Colombini, Marco: BSK-FusG, m.68 N.6.

²³ Kaynak FusG m.4’de ise derneklerle şirketlerin birleşmesine de izin verilmiştir. Bu nedenle TTKT’de sınırlı sayı ilkesine nispeten dar bir anlam yüklenmiştir.

²⁴ BtschftFusG, s.4432.

²⁵ Gerekçe, s.461.

²⁶ BtschftFusG, s.4433.

²⁷ Kaynak FusG m.54’de ise sayılanlara ek olarak derneklerin tür değiştirmeye katılması da düzenlenmiştir.

d) Ticari İşletmenin Birleşmeye Katılması ve Tür Değiştirmesi

da) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Mümkün Olması

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının getirdiği önemli yenililerden birisi de ticari işletmenin birleşme ve tür değiştirmeye katılmasının düzenlenmiş olmasıdır.

TTKT m.194/f.1’de ticari işletmenin bir ticaret şirketiyle, bu ticaret şirketi tarafından devralınmak suretiyle birleşmesine izin verilmiştir. Bu halde ticaret şirketinin türüne göre 138 ila 140, 142 ila 158 ve ortak hükümlere ilişkin 191 ila 193. maddelerin hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır.

Ticari işletme ile ticaret şirketlerinden birisi arasında gerçekleşecek tür değiştirmelere ilişkin düzenlemede ise dönüşülen türün ticari işletme veya ticaret şirketi olması ihtimalleri dikkate alınmıştır.

Buna göre ilk olarak ticari işletmenin bir ticaret şirketi olarak tür değiştirmesi²⁸ halinde, Ticaret Kanunu Tasarısının ticaret şirketleri arasındaki tür değiştirmelere ilişkin 182 ila 193. maddelerinin kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır (TTKT m.194/f.2).

Bir ticaret şirketinin bir ticari işletme olarak tür değiştirmesi için ise TTKT m.194/f.3’de ticaret şirketinin tüm paylarının ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler tarafından devralınması ve ticari işletmenin bu kişi veya kişiler adına tescil edilmesi koşulu öngörülmüştür. Buna göre, türüne dönüşülen ticaret şirketi bir kollektif veya komandit şirket ise, ticaret şirketinin borçlarından dolayı ticari işletmeyi işletecek kişi veya kişiler yanında, ticaret şirketinin eski ortakları da sıfatlarına göre sorumlu olmalıdır. Söz konusu tür değiştirmeye, Ticaret Kanunu Tasarısının 264 ila 266. maddelerinin uygulanacağı da ifade olunmuştur.

db) Mehaz Birleşme Kanununda

dba) Birleşme Kanununa Göre Ticari İşletmenin Birleşme ve Tür Değiştirmeye Katılmasının Mümkün Olmaması

Kaynak Birleşme Kanununda yeniden yapılanmaya taraf olabilecek hukuk subjeleri arasında ticari işletmeye yer verilmemiştir.

İsviçre kanun koyucusu bunun nedenini, ticari işletme ile ticaret şirketlerinin hukuken farklı yapıda olmalarına ve ticari işletmenin Birleşme Kanununa göre malvarlığı devri yoluyla

²⁸ TTKT m.194/f.2 ve f.3’de tür değiştirme kavramına karşılık olarak dönüşme sözcüğünün kullanılmış olması, bu maddenin başlığı ile ve atıf yapılan tür değiştirme hükümleri ile uyumlu değildir.

yeniden yapılanabilecek olmasına dayandırmıştır²⁹. Buna göre ticari işletme ile şirketler arasındaki hukuki yapı farklılıklarının bunların şirketler hukuku hükümlerine göre birbirlerine devredilemesine engel teşkil edecek kadar büyük olduğu³⁰, bilhassa ticari işletmenin tacirin malvarlığından ayrı bir malvarlığının bulunmamasının³¹ borçların ticari işletmeye mi yoksa tacirin özel alanına mı ait olduğunun belirlenmesine engel teşkil ettiği³² ifade edilmiştir.

dbb) Öğretideki Eleştiriler

Ticari işletmenin yeniden yapılanmaya taraf olmasının yasada düzenlenmemiş olması, öğretide eleştirilmektedir. Şahıs şirketleri ile sermaye şirketleri arasında da temel yapısal farklılıklar bulunmakla birlikte, şahıs şirketlerinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesine izin verildiği için yeniden yapılanmaya katılabileceklerin takdirinde hukuki şekillerin uygunluğu kriterinin belirleyici olmadığı ileri sürülmektedir³³. Haklı olarak ticari işletme ile ticaret şirketleri arasındaki hukuki yapı farklılıklarının yeniden yapılanmaya engel olmaması gerektiği ve bu farklılıkların koruyucu hükümler vasıtasıyla telafi edilebileceği savunulmaktadır³⁴.

İsviçre öğretisinde konuyla ilgili olarak adi şirketin tür değiştirmesi meselesi, sınırlı sayı ilkesi ve ayniyet prensibi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Birleşme Kanununda adi şirketin tür değiştirmesine izin verilmemiş olması eleştirilmektedir³⁵. Bu hususta *Hasler* tüzel kişiliği haiz olmayan kollektif ve komandit şirketlerin tür değiştirmesine izin verilmiş olması nedeniyle adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı gerekçesinin kabulünün mümkün olmadığı³⁶, uygulamada bu şekilde bir tür değiştirmeye olan ihtiyacın sınırlı olduğu yolundaki görüşlerin ise zamana göre görecelik arz etmeleri nedeniyle benimsenemeyeceği³⁷ görüşündedir. Yazar yüksek değerde bir malvarlığına sahip olması söz konusu olabilen adi şirketin farklı bir şirket olarak devamı için cüzzi halefiyet hükümlerine başvurulmasının isabetli olmayacağını³⁸ da vurgulamaktadır³⁹.

Öğretide adi şirketin Ticaret Siciline tescili mümkün olmadığı için yeniden yapılanmaya ilişkin düzenlemelerde geçerli olan saydamlık ve hukuki güvenlik amaçlarının

²⁹ BtschftFusG, s.4393.

³⁰ BtschftFusG, s.4393.

³¹ BgltrchtV-FusG, s.19.

³² Meier-Hayoz/ Forstmoser, § 25 N.18.

³³ Hasler, s.62.

³⁴ Hasler, s.62.

³⁵ Hasler, s.51 vd.

³⁶ Hasler, s.54-55-65.

³⁷ Hasler, s.55.

³⁸ Hasler, s.56.

³⁹ Hasler, s.59.

adi şirketin katıldığı yeniden yapılanmalarda sağlanmayacağı görüşü de ortaya atılmıştır⁴⁰. Bu görüşe karşı ise *Hasler* söz konusu amaçların tür değiştiren şirketin sicile tescili vasıtasıyla değil daha ziyade yeni şirketin sicile tescili sırasında gerçekleştirileceğini ileri sürmektedir⁴¹. Netice itibariyle yazar olması gereken hukuk bakımından adi şirketin tür değiştirmesinin mümkün olması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır⁴².

İsviçre hukukundaki bu eleştirilerin Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.194 dikkate alındığında ticari işletme işleten adi şirketler bakımından geçerli olmayacağı açıktır. Kaynak Birleşme Kanununa yönelik bu eleştiriler karşısında, ticari işletmenin birleşme ve tür değiştirmeye katılmasına imkan veren TTKT m.194'ün önemli bir yenilik getirdiği görülmektedir.

Buna karşılık dernekler ve vakıflarda olduğu üzere ticari işletme işletmeyen adi şirketlerin yeniden yapılanması, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında düzenlenmemiştir.

B. Alman Hukukunda

UmwG'de ise yeniden yapılanma özgürlüğünün kapsamı çok geniş tutulmuştur. Genel hatlarıyla bakıldığında, UmwG m.3 ve m.124'de şahıs şirketleri, sermaye şirketleri, kooperatifler ve dernekler gibi hukuk subjeleri arasındaki birleşme ve bölünmelere izin verildiği görülmektedir. Tür değiştirmede ise UmwG m.191'de sermaye şirketleri ve kooperatiflerin şahıs şirketi olarak tür değiştirmeleri dahi mümkün kılınmıştır.

Bu düzenlemenin inceleme konumuz bakımından önemi, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin devreden, şahıs şirketlerinin de devralan veya yeni kurulan şirket olarak katıldığı birleşme ve bölünmelere de izin verilmiş olmasında yatmaktadır.

Yeniden yapılanmaya katılabileceklerin bu ölçüde kapsamlı tutulması, UmwG'de sınırlı sayı ilkesine geniş bir anlam atfedildiğini göstermektedir.

C. Değerlendirme

TTKT'nin yeniden yapılanmaya taraf olabilecekleri düzenleyen hükümlerinde ilk sınırlama, TTKT m.194'deki istisna dışında, yeniden yapılanmaya ticaret şirketlerinin taraf olabilmesi koşulu ile çizilmiştir. Şahıs şirketleri, sermaye şirketleri ve ticari işletmenin farklı hukuki yapıları haiz oldukları dikkate alındığında, Tasarıda yapısal uygunluk kriterinin bir ölçüde aşıldığı görülmektedir.

⁴⁰ Morscher, Lukas: BSK-FusG, m.1 N.50.

⁴¹ Hasler, s.57-58-59.

⁴² Hasler, s.59.

Buna karşılık sermaye şirketlerinin şahıs şirketine dönüşmesine izin verilmemiştir. Yine benzer şekilde ticari işletmelerin katıldığı birleşme ve tür değiştirmelerde sadece ticari işletmenin devreden, ticaret şirketinin devralan olduğu yeniden yapılanmalar meşru addedilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında sermaye şirketlerinin şahıs şirketine dönüşmesine yol açan yeniden yapılanmalara izin verilmemiş olması üzerinde kısaca durulmalıdır. Zira sermaye şirketleri ile şahıs şirketlerinin sorumluluk sistemleri arasındaki hiyerarşinin, bir sorumluluk sisteminden diğerine değişimde alacaklının alacağının kendiliğinden somut olarak tehlikeye düşmesine yol açıp açmayacağı sorusunun kesin bir cevabı bulunmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun yeniden yapılanmaya katılacakların belirlenmesine ilişkin tercihleri bir ölçüde şüpheyi de beraberinde getirmektedir.

Öğretide alacaklıya sermayenin muhafazasına yönelik kurallar vasıtasıyla sağlanan korumanın, şirket ortağının hatta gerçek kişi tacirin şahsi sorumluluğu vasıtasıyla koruma karşısında, kural olarak daha güvenilir şekilde derecelendirilmesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır⁴³. Buna göre TTKT’de sadece şahıs şirketlerinin sermaye şirketine dönüşmesine yol açan birleşme ve tür değiştirmelere izin verilmiş olmasından hareketle, şahsi sorumluluğun potansiyel olarak sermayeyle sorumluluk vasıtasıyla telafi edilebileceğinden hareket edildiği kabul edilirse, TTKT m.158’de şahsen sorumlu ortağın şahsi sorumluluğun 3 yıl daha devamının neden düzenlenmiş olduğunu açıklanamamaktadır⁴⁴. Hatta bu düzenleme kanun koyucunun şahsi sorumluluğa kural olarak daha yüksek değer atfettiği şeklinde yoruma da açıktır. Bununla birlikte sermaye şirketleri ile karşılaştırıldığında gerçek kişi tacire ve şahıs şirketlerine ilişkin düzenlemelerde sermayeyi koruyucu kuralların eksikliği koruma açığı sergilemektedir⁴⁵. Sonuç olarak ne ortakların şahsi sorumluluğu sistemi ne de sermaye ile sorumluluk sistemi, alacaklılar bakımından diğerine nazaran daha kapsamlı veya daha dar bir koruma ortaya koymamaktadır⁴⁶.

⁴³ Grunewald, Barbara: Lutter – UmwG, m.22 N.12; Petersen, Gläubigerschutz, s.34.

Wiedemann şahsi sorumluluğun garanti sağlaması ve sermayenin yerini alması gerektiği görüşündedir (Wiedemann, s.535). Wiedemann’a atıfta bulunan Schmidt de ortakların şahsi sorumluluğunun bir fonksiyonun da özvarlığın sağlandığı güvenceyi telafi etmek olduğunu belirtmektedir (Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, § 18 IV 2 a).

⁴⁴ Alman hukukunda bu süre 5 yıldır (Birleşmede UmwG m.45, şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerine tam ve kısmi bölünmesinde UmwG m.133/f.3, tacirin malvarlığından ayırmada UmwG m.156 157 ve şahıs şirketlerinin tür değiştirmesinde UmwG m.224/2). Şahsi sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı konusunda bkz. 5.Blm./2.

⁴⁵ Maier-Reimer, Georg: Semler/Stengel, m.22 N.26. Şahsi sorumluluk ile sermaye ile dayanan sorumluluk arasındaki ikame ilişkisinin hukuk politikası açısından problemli olduğu yönünde bkz. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 18 IV 2 c.

⁴⁶ Soldierer, Harald: Die Höhe der Sicherheitsleistung im Umwandlungsgesetz - § 22 UmwG -, Aachen 2004, s.83.

II. TÜR DEĞİŞTİRMEDE AYNİYET PRENSİBİ VASITASIYLA KURUMSAL KORUNMA ve TEMİNAT VASITASIYLA BİREYSEL KORUNMA ARASINDAKİ İLİŞKİ

1. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ve Kaynak Birleşme Kanununda

A. Tür Değiştirmede Ayniyet Prensibinin Geçerli Olması

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.180'de (FusG m.53) bir şirketin hukuki türünü değiştirebileceği ve yeni türe dönüşülen şirketin eskisinin devamı olduğu hükme bağlanmıştır⁴⁷. Bu düzenleme, TTK m.152'deki "...yeni nev'e çevrilen şirket eskisinin devamıdır" kuralının farklı bir ifadesidir⁴⁸. Tasarıda, TTK m.553'de düzenlenmiş olan devredici tür değiştirmeye yer verilmeyerek biçim değiştirici tür değiştirme benimsenmiştir.

TTKT m.180'in yeni şirketin eskisinin devamı olduğu yolundaki hükmü, eski ve yeni şirketlerin aslında aynı hukuk sujesi olması, sadece hukuki yapının farklılaşmasını ifade etmektedir⁴⁹. Tür değişikliğinin şirketin ekonomik ve hukuki yapısını etkilememesi kuralı, öğretide ayniyet prensibi (Identitätprinzip) olarak adlandırılmaktadır⁵⁰. Tür değiştirmede ayniyet prensibinin geçerli olmasının en önemli sonucu, külli halefiyet ilkesinin uygulanmamasıdır. Dolayısıyla Tasarıya göre tür değiştirme, hukuki ilişkilerin devrini gerektiren halefiyet vasıtasıyla değil malvarlığı ve ortaklık yapısının devam ettiği hukuki şekil değişikliği vasıtasıyla gerçekleşmektedir⁵¹.

TTKT m.180'in TTKT m.181'e uygun olarak tür değiştiren şirketin eskisinin devamı olduğu yolundaki düzenlemesi kollektif ve komandit şirketlerin tür değiştirmeden sonra sermaye şirketi olarak devamına izin vermektedir. Bu bakımdan ayniyet prensibini hükme bağlayan TTKT m.180 (FusG m.53), şahıs şirketleri öğretisinde geçerli doğmalar karşısında çok önemli bir yeniliktir⁵². Bir şahıs şirketinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesi, neredeyse sermaye şirketinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesi ile aynı hükümlere tabi tutulmuştur⁵³.

⁴⁷ Bu düzenleme FusG m.53'de "*Bir şirket başka bir hukuki türe dönüşebilir. Şirketin hukuki ilişkileri bu tür değişikliğinden etkilenmez*" şeklinde ifade olunmuştur.

⁴⁸ Gerekçe, s.468.

⁴⁹ Hasler, s.10. Devir veya şeklin değişmesi yoluyla tür değiştirme hakkında bkz. Romerio, Flavio: BSK-FusG, m.53 N.9.

⁵⁰ Romerio, BSK-FusG, m.53 N.13

⁵¹ BgltrbrchtV-FusG, s.13.

⁵² Hasler, s.9; Vogt, Hans-Ueli: Fusion und Umwandlung nach dem neuen Fusionsgesetz, ZGBR 2004, s. 162.

İsviçre hukukunda şahıs şirketleri tüzel kişiliği haiz olmadığı için şahıs şirketlerinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesinde ayniyet ilkesinin geçerli olup olmayacağı tartışılmaktadır (Hasler, s.11 vd.)

⁵³ Hasler, s.10.

B. Tür Değiştirmede Teminat Talebinin Mümkün Olmaması

Biçim değiştirici tür değiştirmede hukuki türünü değiştiren şirket, ayniyetini ve hukuki kişiliğini sürdürmektedir⁵⁴. Dolayısıyla borçlu değişimi değil sadece borçlunun hukuki şeklinin değişimi söz konusu olduğu için tür değiştirme şirketin malvarlığını etkilememektedir⁵⁵. TTKT m.180'e (FusG m.53) göre tür değiştirmede, tür değiştiren baorçlu şirketin malvarlığı yapısı değişmediğinden⁵⁶ kural olarak borçlunun ifa gücü de olumsuz etkilenmemektedir⁵⁷.

Gerekçede söz konusu sebeplerden dolayı tür değiştirmede, alacaklıların menfaatlerinin ihlal edilmesi riskinin birleşme ve bölünmeye nazaran çok daha düşük olduğu ifade edilmiştir⁵⁸. Bu görüş tek bir şirket bulunduğu için tür değişikliği nedeniyle alacaklı çevresinin genişlemesinin söz konusu olmaması bakımından haklıdır. Bunun yanında birleşmede ortaklık paylarının değişim oranı belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan ortaklık paylarının gerçek değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, denkleştirme akçesi ödenmesini öngören TTKT m.140/f.2, tür değiştirmede geçerli olmadığı için⁵⁹ şirketin malvarlığının bu tür nakdi ödemeler vasıtasıyla azaltılması da söz konusu değildir⁶⁰.

Ancak bu açıklamalar tür değiştirmenin alacaklılar bakımından riske yol açmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Buna karşılık Tasarıda tür değiştirmenin alacaklılar üzerindeki etkisinin birleşme ve bölünmeye nazaran çok daha az olduğu gerekçesiyle tür değiştirmede, alacaklının teminat vasıtasıyla korunması düzenlenmemiştir⁶¹.

Tür değiştirmede alacaklının korunmasına yönelik vasıtalarından ilki, tür değiştirmede kuruluş hükümlerinin uygulanacağını öngören TTKT m.184'dür. Bu madde yeni şirketin sermayesinin tür değiştiren şirketin net aktif malvarlığından karşılanacağını ifade etmektedir⁶². Alacaklının korunmasına yönelik bir diğer tedbir ise borca batıklık ve sermaye

⁵⁴ BtschftFusG, s.4458.

⁵⁵ BtschftFusG, s.4458. Buna karşılık ayniyet prensibi geçerli olduğu tür değiştirmede kuruluş hükümlerinin uygulanmasının (TTKT m.184; FusG m.57) eleştiriye açık olduğu yönünde bkz. Hasler, s.74; Gericke, Dieter: BSK-FusG, m.57 N.1; Rimple, Alois: SHk, m.57, N.1.

⁵⁶ Kallmeyer, Harald: Das neue Umwandlungsgesetz – Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel von Handelsgesellschaften, ZIP 1994, s. 1750.

⁵⁷ Soldierer, s.162; Hasler, s.235.

⁵⁸ BtschftFusG, s.4458. Aynı yönde Hasler, s.235.

⁵⁹ Tür değiştirme sadece tek bir şirketi ilgilendirdiği ve malvarlığının devredilmediği için ortaklık haklarının değer oranının değişmeyeceği gerekçesi için bkz. BtschftFusG, s.4451; BgltrchtV-FusG, s.58.

⁶⁰ Romerio, BSK-FusG, m.53 N.20.

⁶¹ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.68 N.7.

⁶² Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.68 N.5.

UmwG'nin "*Şahıs Şirketlerinin Tür Değiştirmesi*" bölümünde yer alan ve "*Sermayenin Korunması*" başlığı altında düzenleme öngören 220. maddesinin 1. fıkrasında anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara

kaybı hallerinde tür değiştirmeye izin verilmemiş olmasıdır⁶³. Şahıs şirketlerinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesi halinde şahsen sorumlu ortakların sorumluluğunun devamını hükme bağlayan TTKT m.190 (FusG m.m.68/f.1) da bir diğer koruma aracıdır. Böylece şahsi sorumluluğa güvenerek şirkete kredi tahis etmiş olan bankanın veya şirkete kefalet vermiş olan kefilin güveni korunmuştur⁶⁴.

2. Alman Hukukunda Ayniyet Prensibi ve Teminatın Birlikte Uygulanması

Alman hukukunda da tür değiştirmede ayniyet prensibi geçerli kılınmıştır. Bununla birlikte ayniyet prensibinin yoluyla malvarlığının devamının sağlanmasının bazı hallerde alacaklının korunmasında yeterli olmayacağı gerekçesi ile⁶⁵, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak UmwG m.204'de alacaklılara teminat talep etme hakkı tanınmıştır.

UmwG'de yukarıda da açıklandığı üzere, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin şahıs şirketi olarak tür değiştirmesine izin verilmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde, sermaye şirketlerinin şahıs şirketi olarak tür değiştirmesi halinde, tür değiştiren şirketin sermayesinin korunmasına yönelik düzenlemelerin artık uygulanmamasının yeni türün malvarlığının azaltılması veya ortadan kaldırılması riskine yol açtığı, bu riskin alacaklılara tanınan teminat talep etme hakkı vasıtasıyla telafi edildiği vurgulanmıştır⁶⁶.

3. Değerlendirme

Türk ve Alman hukukları karşılaştırıldığında, tür değiştirmede teminat talep etme hakkının düzenlenmediği TTKT'de, sermaye şirketlerinin şahıs şirketi olarak tür değiştirmesine de izin verilmemiştir. Şahıs şirketlerinin sermaye şirketine dönüşmesi halinde ise şahsen sorumlu ortakların sorumluluğunun devamı vasıtasıyla koruma sağlanmıştır. Alman hukukunda ise alacaklıya teminat talep etme hakkı, hem şahıs şirketlerinin sermaye şirketi hem de sermaye şirketlerinin de şahıs şirketi olarak tür değiştirmesinde tanınmıştır. Şahıs şirketinin sermaye şirketine dönüşmesi halinde ayrıca devam eden şahsi sorumluluk vasıtasıyla da koruma öngörülmüştür.

Bu açıdan bakıldığında farklı sorumluluk sistemleri arasında dönüşümü mümkün kılan Alman kanun koyucusunun alacaklının şahsi sorumluluk ya da sermayenin muhafazası

bölünmüş komandit şirketin esas sermayesinin itibari değerinin, tür değiştiren şirketin malvarlığının borçlar çıkarıldıktan sonra kalan değerini aşamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

⁶³ BtschftFusG, s.4458.

⁶⁴ Hasler, s.235; Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.68 N.3.

⁶⁵ Ganske, Joachim (Hrsg.) : Umwandlungsrecht – Regierungsentwürfe des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts und des Gesetzes zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts – Texte mit amtlichen Begründungen, Düsseldorf 1994, s.206.

⁶⁶ Ganske, s.206.

vasıtasıyla korunması arasında esas itibariyle ayırım yapmadığı, olası koruma açıklarının teminat vasıtasıyla telafisi yolunu seçtiği görülmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda alacaklının sermayenin muhafazası vasıtasıyla korunmasına üstünlük tanınmış gibi gözükmemektedir. Bununla birlikte şahıs şirketlerinin sermaye şirketine dönüşmesinde şahsi sorumluluğun devamının kabul edilmiş olması tereddüt yaratmaktadır⁶⁷.

Ayrıca TTKT’de birleşme ve bölünmede tanınmış olan teminat talep hakkının amacı⁶⁸ sadece tür değişimine yol açan birleşme ve bölünmelerin yaratabileceği risklerin telafisi değil, birleşme ve bölünmenin alacağın ifasını tehlikeye düşürmesi olasılığıdır. Zira teminat vasıtasıyla korunma hem sadece şahıs şirketleri hem de sadece sermaye şirketleri arasındaki birleşme ve bölünmelerde de geçerli kılınmıştır. Bu açıdan bakıldığında tür değiştirmede teminat talebinin düzenlenmemiş olması eleştiriye açık kalmaktadır.

III. KURULUŞ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

1. Kuruluşta Alacaklının Korunması

Tüzel kişiler, riayet edilip edilmedikleri denetime tabi olan emredici hükümler sistemi içinde varlığını sürdürmektedir. Anonim şirkette ortakların alacaklılara karşı sorumlu olmamasının telafisi amacını taşıyan⁶⁹ asgari sermaye kuralı; tüm payların taahhüt edilmesi zorunluluğu⁷⁰; ciddiyetten yoksun kuruluşların önlenmesi için malvarlığı değerlerinin fiilen şirkete getirilmesi yükümü⁷¹; aynı sermaye taahhütlerinin şirketin ödeme gücü üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin engellenmesi amacını taşıyan kucular beyanı⁷² ve kuruluşun denetimi, söz konusu emredici hükümler sisteminin temelini oluşturmaktadır.

Emredici hükümlere uygunluğun denetiminde, Ticaret Siciline tescili düzenleyen kurallar önemli bir yere sahiptir⁷³.

Sermaye şirketlerinde ana sözleşmede yazılı sermaye miktarını karşılayan malvarlığının mevcut olup olmadığına ilişkin olarak kuruluşta ve kuruluş sonrasında sözleşme değişikliklerinin tescilinde, Ticaret Sicili vasıtasıyla denetimin bir amacı da önleyici korumanın bir başka ifadeyle alacaklının kurumsal korumasının sağlanmasıdır⁷⁴. Bu nedenle

⁶⁷ Bu konuda bkz.2.Blm./I/2/C.

⁶⁸ Alacaklının teminat vasıtasıyla korunması hakkında bkz. 4.Blm.

⁶⁹ Baudenbacher, Carl: BSK-OR II, m.620 N.14.

⁷⁰ Zürcher, s.65.

⁷¹ Hemmerde, s.141.

⁷² Schenker, Franz: BSK-OR II, m.635 N1.

⁷³ Wiedemann, s.207.

⁷⁴ Wiedemann, s.207; Schmidt, Gläubigerschutz, s.369.

yeniden yapılanmaya ilişkin maddelerde, kuruluş hükümlerine yapılan atıflar da alacaklının korunmasına yönelik düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerin temel hedefi, yeniden yapılanma usulünün kolaylaştırılmasıdır⁷⁵. Ancak bu hedef, özellikle yeni kuruluş yoluyla yeniden yapılanmada, kuruluş hükümlerin dolanılabileceği şeklinde anlaşılmamalıdır⁷⁶. Nitekim Avrupa Topluluğunun 2. Yönergesinin 13. maddesinde de bir şirketin anonim şirket olarak tür değiştirmesi halinde anonim şirketin kuruluşuna ilişkin hükümlere riayet edilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

2. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Kuruluş Hükümlerine Atıf Yapan Düzenlemeler

TTKT’de yeni kuruluş yoluyla yeniden yapılanmaları düzenleyen kurallarda, kuruluş hükümlerine atıf yapılmıştır. Yeni kuruluş yoluyla birleşmeyi düzenleyen TTKT m.143’de, TTKT’nin ve Kooperatifler Kanununun aynı sermaye konulmasına dair düzenlemeleri ve asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri dışındaki maddelerinin yeni şirketin kuruluşuna uygulanacağı ifade edilmiştir. Benzer düzenlemeye yeni kuruluş yoluyla bölünme için TTKT m.164’de, tür değiştirme için TTKT m.184’de yer verilmiştir⁷⁷. Devralma yoluyla birleşmeyi düzenleyen TTKT m.142’de ve devralma yoluyla bölünmeyi düzenleyen TTKT m.163’de⁷⁸ ise aynı sermaye konulmasına ilişkin genel hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere yeniden yapılanmada uygulanacak kuruluş hükümleri toplu atıf yöntemi ile belirlendiği için kuruluş hükümlerinden hangilerinin geçerli olacağı açıkça sayılmamıştır⁷⁹. Toplu atıf yöntemi kuruluş sürecinde meydana gelebilecek açıkların baştan engellenebilmesi bakımından faydalı olmakla birlikte⁸⁰ birleşmenin kolaylaştırılması amacının işlerliğinin sağlanabilmesi için söz konusu atfın hangi hükümlere yapıldığı belirlenmelidir.

⁷⁵ Bkz. 1.BlM/IV/1- dn.110.

⁷⁶ Schmidt, Gläubigerschutz, s.369; BtschftFusG, s.4451.

⁷⁷ Aynı amacı taşıyan bu maddelerde aynı ifadelerin tekrarlanması yerine farklı cümlelerin kullanılmış olması dikkati çekmektedir.

⁷⁸ Bu maddeye ilişkin gerekçede söz konusu maddenin 1.fıkrasında devralan şirket için öngörülen sermaye artırım yükümlümünün dolaylı olarak alacaklıları da koruduğunun ifade edilmiş olması, alacaklının kurumsal olarak korunmasının vurgulanmış olması bakımından önem arz etmektedir (Gerekçe, s.464).

⁷⁹ Diem, Hans-Jakob: BSK-FusG, m.9 N.21.

⁸⁰ Yeni kuruluş yoluyla birleşmede kuruluş hükümlerine atıf yapan UmwG m.36’nın gerekçesi için bkz. Ganske, s.74. Toplu atıf ile kanuna karşı hilenin engellendiği yönünde BtschftFusG, s.4451; Hasler, s.74 Rimple, SHk, m.57 N.1.

Toplu atıf yönteminin hedeflenenenden fazlasına atıfta bulunulması tehlikesini içerdiği yönünde Schmidt, Gläubigerschutz, s.370.

3. Atıflardaki İstisnalar

A. Kurucuların Sayısına İlişkin İstisna

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

TTKT m.143'e göre yeni kuruluş yoluyla birleşmede, TTKT'nin ve Kooperatifler Kanununun asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri yeni şirketin kuruluşunda uygulanmayacaktır. Bu maddede olduğu gibi Gerekçede de yeni kurulacak şirketin türü bakımından bir ayırım yapılmamış, yeni kurulacak türün asgari ortak sayısına ilişkin hükümleri ifadesiyle yetinilmiştir⁸¹.

Yeni kuruluş yoluyla bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin TTKT m.164 ve 184'de ise sermaye şirketlerinin kuruluşunda asgari ortak sayısına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükümlerin lafzından birleşmeden farklı olarak, bölünme ve tür değiştirmede kurucu sayısına ilişkin istisnanın yeni kurulan sermaye şirketleri ile sınırlandırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir husus da yeni şirketin kuruluşuna ilişkin işlemler birleşme nedeni ile infisah eden şirketler tarafından yapılmakla birlikte bu şirketlerin TTKT m.143 anlamında kurucular olarak değerlendirilemeyeceğidir⁸². Bir başka ifadeyle söz konusu hükümde kurucular ile kastedilen yeni kurulan şirketin ortak sayısıdır⁸³.

b) Mehaz Birleşme Kanunu ve Birleşme Kanunu Öntasarısında

Mehaz FusG m.10, m.34 ve m.57'de sırasıyla yeni kuruluş yoluyla birleşme, bölünme ve tür değiştirme çerçevesinde gerçekleşen yeni kuruluş için Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun şirket kuruluşuna ilişkin hükümlerinin geçerli olacağı, sermaye şirketlerinde kurucuların sayısına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Birleşme Kanununa ilişkin Öntasarının 10. maddesinde ise TTKT'de olduğu gibi yeni kuruluş yoluyla birleşmede Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun şirket kuruluşuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, aynı sermaye hakkındaki hükümler ile kurucuların sayısına

⁸¹ Gerekçe, s.452.

⁸² Bommer, Florian: SHk, m.10 N.3; Albrecht, Andreas C.: ZK-FusG, m.10 N.13.

İsviçre öğretisinde savunulan bir başka görüş ise kurucuların sayısına ilişkin istisnanın en az üç kurucu ile kurulması gereken anonim şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için anlam ifade ettiği, birleşmeye en az iki ortaklık katılacağı için iki ortakla kurulabilen diğer şirketlerde bu koşulun zaten gerçekleşeceği yönündedir (Diem, BSK-FusG, m.10 N.15).

Alman hukukunda ise birleşmede uygulanacak kuruluş hükümlerine ilişkin UmwG m.36/f.2'de devreden hukuk subjelerinin kuruculara eşit olduğu ifade edilmişken, tür değiştirmede uygulanacak kuruluş hükümlerini düzenleyen UmwG m.219'da "kuruluş hükümlerinin uygulanmasında tür değiştiren şirketin ortak sayısı kurucuların sayısına eşittir" ifadesine yer verilmiştir.

⁸³ Bommer, SHk, m.10 N.3.

ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı ifade olunmuştu⁸⁴. Bu Öntasarının 72. maddesinde ise tür değiştirmede ilgili türün yeni kuruluşunu düzenleyen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş, uygulanmayacak kuruluş hükümleri ise FusG’den farklı olarak sadece kurucuların sayısı ile sınırlandırılmıştı.

Görüldüğü üzere Öntasarının kurucu sayısına ilişkin açıklanan düzenlemeleri, Birleşme Kanununda, sermaye şirketlerinde kurucuların sayısını düzenleyen hükümlerin uygulanmayacağı şeklinde daraltılmıştır.

Birleşme Kanunu ve TTKT’nin bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümleri ile karşılaştırıldığında, TTKT m.143’de “*sermaye şirketlerinde*” ifadesinin unutulmuş mu olduğu sorusu akla gelmektedir. Buna karşılık, TTKT m.143’de açıkça TTKT’nin ve Kooperatifler Kanununun asgari ortak sayısına ilişkin hükümlerinden, gerekçede de yeni türdeki asgari ortak sayısından bahsedilmesi karşısında, kanun koyucunun farklı bir amaç mı güttüğü tereddütü uyanmaktadır.

Mehaz Kanundaki kurucuların sayısına ilişkin istisnanın amacı, İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketin kuruluşunda en az üç, limited şirketin kuruluşunda en az iki ortağın varlığını şart koşan 625 ve 775. maddelerinin yeni kuruluş yoluyla yeniden yapılanmalarda uygulanmamasıdır⁸⁵.

Birleşme Kanunu m.10’un gerekçesine göre, maddenin lafzı, yeniden yapılanma yoluyla tek kişilik kolektif ve komandit şirket kurulmasına engeldir⁸⁶.

Söz konusu gerekçede ayrıca kooperatiflerin asgari kurucu sayısının 7 kişi olması koşulunu öneren OR m.831/f.1’in her halükarda geçerli olacağı⁸⁷ ve kanunun kooperatifin kuruluş amacı olarak açıkça düzenlediği ortak yardımlaşma amacının da (OR m.828/f.1) mantıken çok sayıda kişinin bir araya gelmesini zorunlu kıldığı ifade edilmiştir⁸⁸.

⁸⁴ Yeni kuruluş yoluyla bölünmede paralel düzenleme için bkz. V-FusG m.44.

⁸⁵ BtschftFusG, s.4405; Bommer, SHk, m.10 N.2; Albrecht, ZK-FusG, m.10 N.5. FusG’ye ilişkin Öntasarının yeni kuruluş yoluyla birleşmeye ilişkin 10. maddesinin gerekçesinde, bu hüküm vasıtasıyla iki tane tek kişi anonim şirketin tek kişi limited şirket olarak birleşmesinin meşruluğunun sağlanmasının amaçlandığı açıklanmıştır (BgltrchtV-FusG, s.28).

İsviçre hukukunda 16 Aralık 2005 tarihinde değiştirilen 19 Aralık 2001 tarihli Borçlar Kanununu Tasarısında (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelregister- und Firmenrecht) Borçlar Kanununun 625 ve 775. maddelerinin değiştirilmesi önerilmiştir. Bu Tasarıda anonim ve limited şirketlerin bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından kurulmasına izin verilmiştir.

Bu değişikliklerin yürürlüğe girmesi halinde, FusG m.10, m.34 ve m.57’deki kurucuların sayısına ilişkin istisnalar uygulanmaz hale gelecektir (Hasler, s.90).

⁸⁶ BtschftFusG, s.4405.

⁸⁷ Bommer, SHk, m.10 N.3.

⁸⁸ BtschftFusG, s.4405-s.4436 dn.118-s.4452; Albrecht, ZK-FusG, m.10 N.5; Diem, BSK-FusG, m.10 N.15.

c) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.143'ün Değiştirilmesi Önerisi

TTKT m.143'ün lafızına göre, FusG'den farklı olarak yeni kuruluş yoluyla birleşme neticesinde kooperatif kurulması halinde 7 kişinin mevcut olması koşulu aranmayacaktır. TTKT m.143'ün kurucuların sayısına ilişkin bu istisnası bakımından mehz Kanun ile yaratılan farklılığın sebebi hakkında TTKT'nin gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte kaynak Kanunun konuyla ilgili gerekçelerinin Türk hukuku için de savunulabileceği açıktır. Özellikle kooperatifin tanım unsuru olan ihtiyaçların karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlanıp korunması amacı, Türk hukukunda da Kooperatifler Kanununun 1. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır.

Değnilmesi gereken bir diğer mesele ise TTKT'nin sermaye şirketlerinde kurucu sayısını İsviçre hukukundan farklı şekilde düzenleyen hükümleridir. TTK'dan farklı olarak TTKT m.338'de anonim şirketin tek pay sahibi tarafından, TTKT m.573'de ise limited şirketin tek kişi tarafından kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümler dikkate alındığında yeni kuruluş yoluyla yeniden yapılanmalarda asgari ortak sayısının uygulanmayacağı yolundaki düzenleme anılan şirket türleri için gereksiz bir tekrar olarak kendini göstermektedir. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket kurulabilmesi içinse bu şirketin vasfı gereği en az bir sınırlı ve bir sınırsız ortak bulunmalıdır (TTKT m.564). Bu nedenle yeniden yapılanma yoluyla olsa da tek kişi ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket kurulamamalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar karşısında TTKT m.143'ün lafzının yeni kuruluş yoluyla birleşmede, Birleşme Kanununun aksine şahıs şirketleri ve kooperatiflerin de tek kişi ile kurulmasına imkan verdiği anlaşılmaktadır. Türk hukukunda Birleşme Kanununa paralel bir düzenlemenin öngörülebilmesi için kurucu sayısına ilişkin istisnanın ilgili maddelerden çıkarılmasının yeterli olacağı açıktır. Zira TTKT'de, İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak tek kişi ile anonim şirket ve limited şirket kurulabilmesi yeniden yapılanmalar dışında da mümkün kılınmıştır.

Yeni kuruluş yoluyla bölünme ve tür değiştirmede istisna sermaye şirketleri ile sınırlandırıldığı için şahıs şirketleri ve kooperatiflere ilişkin tartışmalar bu hükümler bakımından söz konusu değildir. Anonim ve limited şirketlerin tek kişi ile kurulmasına TTKT'de zaten izin verildiği için TTKT m.164 ve m.184'deki istisna gereksiz bir tekrardır.

B. Ayni Sermaye Hükümlerine İlişkin İstisna

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

Türk Ticaret Kanununun birleşmeyi tanımlayan 146. maddesinin 2.fıkrasında ticaret şirketlerine ait hususi hükümlerin saklı tutulduğu hükme bağlanmakla birlikte bu hükümlerden hangilerinin uygulanabilir nitelik taşıdığı belirtilmemiştir. Türk Ticaret Kanununun anonim şirketler arasında yeni kuruluş yoluyla birleşmeyi düzenleyen 452. maddesinde de anonim şirketlerin kurulmasına dair hükümlerin uygulanacağı ifade edilmekle yetinilmiştir. İsviçre Hukukunda, İsviçre Borçlar Kanununun Türk Ticaret Kanununun söz konusu maddelerine paralel eski düzenlemelerinde atıf yapılan kuruluş hükümlerinin belirli olmamasının yolaçtığı tartışmaları sona erdirmek amacıyla Birleşme Kanununda, ayni sermaye hakkındaki kuruluş hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir⁸⁹.

Bu bağlamda ilk olarak Türk Ticaret Kanunu Tasarısının yeni kuruluş yoluyla birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ayni sermaye taahütlerini düzenleyen genel hükümlerin uygulanmayacağını öngören düzenlemelerin lafzı değerlendirilmelidir.

aa) Birleşmede

TTKT m.143'de, TTKT'nin ve Kooperatifler Kanununun kuruluşta ayni sermaye konulmasını düzenleyen hükümlerinin, yeni kuruluş yoluyla birleşmede uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre yeni kuruluş yoluyla birleşme sonucunda sermaye şirketi veya kooperatif kurulması halinde, kuruluşta ayni sermaye getirilmesini hükme bağlayan genel düzenlemeler uygulanmamalıdır.

Devralma yoluyla birleşmeye ilişkin TTKT m.142'de, genel bir ifade kullanılarak birleşmede, ayni sermaye hakkındaki hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu hükümde, TTKT m.143'den farklı olarak, TTKT ve Kooperatifler Kanunu şeklinde sınırlama yapılmamakla birlikte, ifadenin genelliği hem TTKT'nin hem Kooperatifler Kanununun ayni sermayeye ilişkin hükümlerinin sermaye artırımında da uygulanmayacağı şeklinde yoruma müsaittir. TTKK m.142 ve 143'ün aynı alt başlık altında yer alması da bu yorumu kuvvetlendirmektedir.

ab) Bölünmede

Bölünme başlığı altında yer alan TTKT m.164'de ise *“Bölünme çerçevesinde yeni bir şirketin kurulmasına bu Kanun ile Kooperatifler Kanununun kuruluşla ilişkin hükümleri*

⁸⁹ BgltbrchtV-FusG, s.28.

uygulanır. Sermaye şirketlerinin kurulmasında..., aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz” ifadesine yer verilmiştir.

Buna karşılık devralma yoluyla bölünmeye ilişkin TTKT m.163/f.2’de bölünmede, aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm de birleşme başlığı altında belirttiğimiz gerekçelerle, TTKT’nin ve Kooperatifler Kanunun aynı sermaye hakkındaki hükümlerinin uygulanmayacağı şeklinde yoruma elverişlidir.

ac) Tür Değiştirmede

Tür değiştirmeye ilişkin TTKT m.184 ise “ *Tür değiştirmede, yeni türün kuruluşuna ilişkin hükümler uygulanır; ancak sermaye şirketlerinde... aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz* ” hükmünü taşımaktadır. Bu hükmün de tür değiştirmede yeni türün kooperatif olması halinde Kooperatifler Kanununun aynı sermayeye ilişkin hükümlerinin de uygulanmayacağı şeklinde yorumlanabileceği fikrindeyiz.

TTKT’nin birleşme, bölünme ve tür değiştirmede aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağını öngören hükümleri toplu olarak değerlendirildiğinde aynı amaca hizmet eden düzenlemeler arasında lafız bakımından neden farklılık yaratıldığı anlaşılamamaktadır. Bu nedenle bize göre yeni kuruluş veya devralma yoluyla birleşme ve bölünme ile tür değiştirmede uygulanmayacak olan aynı sermaye hükümlerini düzenleyen kurallarda ortak bir ifade tarzının kullanılması isabetli olacaktır. Bu nedenle aşağıda mehzaz Birleşme Kanununda ne şekilde bir düzenlemeye yer verildiği daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

b) Mehaz Birleşme Kanununda

Birleşme Kanununda yeni kuruluş yoluyla birleşme, bölünme ve tür değiştirmede Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun şirket kuruluşunu düzenleyen hükümlerinin geçerli olacağı belirtilmiştir. Buna karşılık sermaye şirketi, daha açık bir ifadeyle anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket kurulması halinde, aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerin uygulanmaması öngörülmüştür (FusG m.10, m.34 ve m.57)⁹⁰. Dolayısıyla şahıs şirketi veya kooperatif kurulması halinde aynı sermaye konulmasını düzenleyen genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Zira kavramların tanımlandığı FusG m.2/c’de sadece anonim, limited ve paylı komandit şirketler, sermaye şirketi olarak sayılmıştır.

⁹⁰ Sermaye şirketi niteliği taşımayan kooperatiflere ilişkin düzenlemelere İsviçre hukukunda Borçlar Kanununda yer verilmiştir.

Bu düzenlemelerden, TTKT m.143'den farklı olarak, yeni kuruluş yoluyla yeniden yapılanmada sonucunda, kooperatif kurulması durumunda kuruluşta aynı sermaye konulmasına dair genel hükümlerin uygulanacağı anlaşılmaktadır⁹¹.

Devralma yoluyla birleşme ve bölünmede (FusG m.9 ve m.33) ise Borçlar Kanununun aynı sermaye hakkındaki hükümlerinin ve Borçlar Kanunu m.651/f.2'nin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre devralan sermaye şirketi veya kooperatifte yapılacak sermaye artırımlarında aynı sermaye hakkındaki hükümler uygulanmamalıdır⁹².

Sonuç olarak Birleşme Kanununa göre yeni kuruluş yoluyla birleşme ve bölünme ile tür değiştirme sonucunda kooperatif kurulması halinde, kuruluşta aynı sermaye konulmasını düzenleyen genel hükümler uygulanmalıdır. Kooperatiflerin devralan şirket olarak katıldığı birleşme ve bölünmeler nedeniyle yapılacak sermaye artırımlarında ise aynı sermaye konulmasını düzenleyen genel hükümlerin uygulanmaması kabul edilmiştir.

Kuruluşta ve sermaye artırımında, aynı sermaye artırımında aynı sermaye konulmasını düzenleyen hükümlerin aynı amaca hizmet ettikleri dikkate alındığında, Birleşme Kanununda kooperatifler bakımından yaratılmış olan ayrımın gerekçesi anlaşılamamaktadır.

Bu açıdan bakıldığında TTKT'de yeni kuruluş yoluyla ve devralma yoluyla yeniden yapılanmalarda, Kooperatifler Kanunun aynı sermayeye ilişkin genel kurallarının uygulanmayacağı öngörülmüş olması yerindedir. Buna karşılık TTKT'nin m.142/f2, m.143, m.163, m.164 ve 184. maddeleri arasında ifade açısından da birliğin sağlanmasının sistematik açıdan isabetli olacağı görüşündeyiz.

c) Uygulanmaması Gereken Aynı Sermaye Hükümleri

Aynı sermaye konusu anonim ve limited şirketler ile kooperatifler açısından değerlendirilmelidir⁹³. Şahıs şirketlerinde sermaye artırımını mümkün olmadığından artırımın ortaklık haklarının devamı için gerekli olması da söz konusu değildir⁹⁴. Dolayısıyla aynı sermaye hükümlerine ilişkin tartışmaların şahıs şirketleri ile ilgisi yoktur.

ca) Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesine Göre

Öğretide kuruluşta ve sermaye artırımında geçerli olan aynı sermaye hükümlerinin yeniden yapılanmada uygulanmayacağını öngören düzenlemelerin amacının, yeniden

⁹¹ Diem, BSK-FusG, m.10 N.5.

⁹² Diem, BSK-FusG, m.9 N.6.

⁹³ Albrecht, ZK-FusG, m.9 N.1; Diem, BSK-FusG, m.9 N.6; Bommer, SHk, m.9 N.1.

⁹⁴ Diem, BSK-FusG, m.9 N.6.

yapılanmada denetim ve aleniyeti düzenleyen özel hükümlerin uygulanmasını sağlamak ve olası çifte uygulamaları önlemek olduğu ileri sürülmektedir⁹⁵.

Yeniden yapılanmada uygulanmaması gereken aynı sermaye hükümleri açıkça belirtilmediği için yeni kurulacak şirketin anonim şirket olması ihtimalinde aynı sermayeye ilişkin hangi genel hükümlerinin uygulanmayacağı üzerinde durulmalıdır.

TTKT'nin anonim şirketlere ilişkin dördüncü kısmının “*Genel Hükümler, Kuruluş ve Temel İlkeler*” başlığını taşıyan birinci bölümünün “*B) Kuruluş*” başlığı altında “*VI- Aynı Sermaye*” şeklinde ifade edilmiş olan bir alt başlığa yer verilmiştir. Bu husus, yeniden yapılanmada uygulanmayacak aynı sermaye hükümlerinin, söz konusu alt başlık altında aynı sermaye olarak konulabilecek malvarlığı unsurlarını düzenleyen TTKT m.342 ve değer biçmeye ilişkin TTKT m.343 ile sınırlı olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Yeniden yapılanmada uygulama dışında kalması gereken aynı sermaye hükümleri, yeni kuruluş yoluyla birleşmede bu istisnayı düzenleyen TTKT m.143'ün gerekçesinde de sayılmamıştır. TTKT m.142/f.2'nin gerekçesinde “*Devralma suretiyle birleşmeye özgü olarak, sermayeye ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını belirten bu hüküm, teredütleri ortadan kaldırmak amacıyla öngörülmüştür. Birleşme raporu (m.147) ile birleşmenin denetlenmesi (m.148) güvenlik yönünden de aynı sermaye hükümlerinin uygulanmasını gereksiz kılmaktadır...⁹⁶*”, TTKT m.163/f.2'nin gerekçesinde ise “*Aynı sermaye hükümlerinin uygulanmamasının sebebi benzer koruyucu önlemlerin 166, 169 ve 170 inci maddeler dolayısıyla uygulanmış olmasıdır⁹⁷*” açıklamalarına yer verilmiştir.

Buna göre TTKT m.142/f.2'ye ilişkin gerekçeden birleşmede rapor ve denetim düzenlemelerine tekabül eden kuruluş hükümlerinin, TTKT m.163/f.2'ye ilişkin gerekçeden ise bölünmede sözleşme, rapor ve denetime karşılık gelen kuruluş hükümlerinin uygulanmayacağı sonucu çıkmaktadır.

cb) Mehaz Birleşme Kanununun Gerekçesine Göre

Mehaz Birleşme Kanununun devralma yoluyla birleşmeyi düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin gerekçede aynı sermayeye ilişkin olarak özellikle OR m.634⁹⁸, m.635 ve

⁹⁵ Diem, BSK-FusG, m.9 N.3.

⁹⁶ Gerekçe, s.452; FusG m.9 ve m.57'ye ilişkin olarak aynı yönde açıklama için bkz BtschftFusG, s.4405 ve 4452.

⁹⁷ Gerekçe, s.464.

⁹⁸ BgltrchtV-FusG, s.28.

OR m.634'de, aynı sermaye konularının şirket sözleşmesinde yer alması gerektiği (f.1); şirketin Ticaret Siciline tescilden sonra malik olarak aynı sermaye konuları üzerinde tasarrufta bulunabileceği veya kayıtsız şartsız Tapu Siciline tescili talep edebileceği (f.2) ve aynı sermaye konularına kuruluş raporunda yer verileceği (f.3) düzenlenmiştir.

m.635a'nın⁹⁹ uygulanmayacağı belirtilmiştir. Birleşme Kanununun devralma yoluyla bölünmede sermaye artırımını hükme bağlayan 33. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesine göre ise sayılanlara ek olarak OR m.652e/b.1¹⁰⁰ de uygulanmayacaktır¹⁰¹.

Bunların yanında şirket sermayesinin ödenmesine ilişkin hükümler ile şirketin unvanı, amacı, organizasyonuna dair düzenlemelere uyulmasının zorunlu olduğu vurgulanarak asgari sermaye miktarını düzenleyen OR m.621 (TTKT m.332), yeni kurulan şirketin anonim ortaklık olması halinde denetçilerin seçilmesine dair OR m.727 vd. ile sermayenin %20'sinin ödenmiş olmasını öngören OR m.632'nin (TTKT m.344) geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Aynı sermaye niteliğindeki değerlere birleşme sözleşmesinde yer verileceği ve şirket sözleşmesi için geçerli olan şekil şartları birleşme sözleşmesi vasıtasıyla gerçekleşmiş olacağı için bunlar ile ilgili TTKT ve Ticaret Sicil Tüzüğü hükümleri uygulanmamalıdır¹⁰².

Birleşme Kanununun gerekçesi dikkate alındığında, TTKT'nin şirket sözleşmesinde yer alan aynı sermaye konuları üzerinde Ticaret Siciline tescille birlikte şirkete tasarruf yetkisi veren 128. maddesi (OR m.634/b.2) külli halefiyet ilkesi nedeniyle doğrudan uygulanamayacağı için tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamalar, yeniden yapılanma nedeniyle yapılacak değerlemede dikkate alınmalıdır¹⁰³ Buna karşılık TTKT'nin asgari sermaye miktarına ilişkin 332., taahhüt edilen payların itibari değerlerinin %25'nin tescilden önce ifa edilmiş olmasını öngören 344. maddeleri yeniden yapılanmada da geçerli olacaktır

Sermaye artırımında TTKT m.459/f.3 ve m.460/f.3'ün aynı sermaye ilgili hükümleri uygulanmamalıdır. Bunun yanında TTKT m.339/e, TTKT m.578, TTKT m.581 ve TTKT m.590'ın aynı sermaye ile ilgili hükümleri uygulanmayacaktır. Bunların yanında aynı devralınmasına ilişkin düzenlemelerin de uygulanmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴

Kooperatifler Kanunu m.3/f.1/b.6¹⁰⁵, m.4/f.1/b.5, m.20, m.21 ve m.22 aynı sermayeye ilişkin hükümlerdir. Kooperatifin yeni kurulan veya devralan ortaklık olarak katılımı yeniden yapılanmalarda bu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı ise TTKT'nin ilgili hükümlerinin yorumuna göre belirlenmelidir.

⁹⁹ BtschftFusG, s.4405.

¹⁰⁰ Sermaye taahhütlerinin denetimi başlığı altında yer alan OR m.635 ve 635a, kurucular tarafından düzenlenmesi öngörülen kuruluş raporuna ilişkindir Karş. yönetim kurulunun beyanını düzenleyen TTKT m.457.

¹⁰¹ BtschftFusG, s.4435.

¹⁰² Diem, BSK-FusG, m.9 N.25 (i).

¹⁰³ Diem, BSK-FusG, m.9 N.26 (ii).

¹⁰⁴ Diem, BSK-FusG, m.9 N.31; von Salis, Ulysses: Fusionsgesetz Teil I II III V, 08/2008, N.7.6 (T II).

¹⁰⁵ OR m.833/b.2'ye yapılan işaret için bkz. Bommer, SHk, m.9 N.12.

TTKT ve Birleşme Kanunu'nun gerekçelerinden, TTKT'nin kurucular beyanına ilişkin 349. ve bu beyanın denetimini düzenleyen 351. maddelerinin yeniden yapılanmada uygulanmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte kuruluştaki ve sermaye artırımında yönetim kurulu beyanını ve denetimi düzenleyen hükümlerin, yeniden yapılanmada uygulanıp uygulanmayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Gerekçeye göre ulaşılan sonucun kabulünün mümkün olup olmadığı ve öğretideki tartışmaların değerlendirilmesi, konunun daha ayrıntılı ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle yeniden yapılanmada kurucular beyanı ve kuruluşun denetimine ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı meselesi, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

IV. KURUCULAR BEYANI, YENİDEN YAPILANMA RAPORU ve DENETİM RAPORLARI

1. Kurucular Beyanı ve İşlem Denetçisi Raporu

Yukarıda kuruluş hükümlerinin uygulanması başlığı altındaki açıklamalarımızda, yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetimi ile aynı işlevi haiz oldukları gerekçesiyle kanun koyucunun iradesinin, kurucular beyanı (TTKT m.349) ve işlem denetçisi raporuna (TTKT m.351) ilişkin düzenlemelerin yeniden yapılanmada uygulanmaması yönünde olduğu tespit edilmişti¹⁰⁶. Bu nedenle yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetimi ile kuruluştaki ve sermaye artırımında yönetim kurulunun beyanını ve denetimi düzenleyen hükümler arasında bu tür bir ikame ilişkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

Zira TTKT'nin çeşitli hükümlerinde yeniden yapılanma raporu düzenlenmesinden ve yeniden yapılanmanın denetiminden vazgeçilebileceği ya da rapor ve denetime ilişkin hükümlerin uygulanmasının zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır¹⁰⁷. Bu durum yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetiminin alacaklıyı koruyucu fonksiyonun sorgulanmasını ve söz konusu istisnaların alacaklı korumasına etkisinin değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Söz konusu değerlendirmelerin yapılabilmesi, ilk olarak TTKT'nin kurucular beyanı ve işlem denetçisi raporuna ilişkin düzenlemelerinin üzerinde kısaca durulmasını gerekli kılmaktadır.

¹⁰⁶ Bkz. yukarıda 2.Blm./III/3/B/c.

¹⁰⁷ Bkz. aşağıda 2.Blm./IV/3.

A. Kurucular Beyanı ve İşlem Denetçisi Raporunun Amacı

Avrupa ülkelerinde yaygın bir kurum olan ve genellikle kuruluş raporu olarak adlandırılan *kurucular beyanı*, TTKT m.349 ile gelen önemli bir yeniliktir. Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesinde 349. maddenin amacının, kamuyu aydınlatarak sermayenin korunmasını sağlamak, kurucuların şirketi kendi menfaatleri doğrultusunda kötüye kullanmasını önlemek, genel olarak yolsuzlukları engellemek, kuruluşun denetlenmesini kolaylaştırmak ve sorumluluk davalarına işlerlik kazandırmak¹⁰⁸ olduğu ifade edilmiştir. Kurucular beyanının alacaklı koruyucu fonksiyonu her ne kadar açıkça ifade edilmemişse de anılan maddenin gerekçesinde Genel Gerekçenin 057 ve 066. paragraflarına yapılan atıftan da bu sonuca ulaşılmaktadır.

Yönetim kurullarını kuruluştaki ve sermaye artırımlarında rapor hazırlamakla yükümlü tutan düzenlemelerin kaynağı, 77/855/EWG sayılı Yönergenin 9. maddesinin 3. fıkrasıdır.

Kurucular beyanına paralel ancak nispeten daha sınırlı bir düzenleme İsviçre Borçlar Kanununun *kuruluş raporu* başlıklı 635. maddesinde¹⁰⁹ yer almaktadır. Bu hükmün gerekçesinde kuruluş raporunun hem ortakların korunması hem de mevcut ve müstakbel alacaklıların korunması amacına hizmet ettiği, esas sözleşmenin ve Ticaret Sicilinin aleniyeti vasıtasıyla raporu inceleyen alacaklıların ve üçüncü kişilerin şirketin sermayesi ve malvarlığı hakkında bilgi edinebileceği açıklanmıştır¹¹⁰.

İsviçre hukukuna nazaran daha ayrıntılı bir düzenleme, Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun *kuruluş raporu* başlığını taşıyan 32. maddesinde yer almaktadır. Bu Kanunun kuruluşun denetimini düzenleyen 33. maddesinin gerekçesinde ortakların ve müstakbel alacaklıların menfaatleri bakımından gerekli güvenceyi sağlamayan şirket kuruluşlarının engellenmesi amacının, kurucuların raporu dışında kuruluşun özel olarak denetlenmesi vasıtasıyla gerçekleşeceği dile getirilmiştir¹¹¹.

Sonuç olarak kurucular beyanı ve kuruluşun denetime ilişkin yasal düzenlemelerin bir amacı da alacaklının aynı sermayenin denetimi vasıtasıyla korunmasıdır. Bu nedenle sorun söz konusu amaca yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetimi yoluyla da

¹⁰⁸ Gerekçe, s.494.

¹⁰⁹ 1991'de İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklikler ile *kurucular raporu* başlığını taşıyan OR eski m.630'un yerini alan bu madde, 1 Temmuz 1992'de yürürlüğe girmiştir (AS 1992 733 786).

¹¹⁰ Btschft1983, s.114.

¹¹¹ Kropff, Bruno: Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurf Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965, s.53.

ulaşıp ulaşılamayacağı noktasında düğümlemektedir. Bu sorunun çözümüne ışık tutması bakımından kurucular beyanının ve denetim raporunun içeriği belirlenmelidir.

B. Kurucular Beyanı

Aynı sermaye taahhütleri, devralınan ayınlar ve kuruculara tanınan menfaatlerin sermaye üzerindeki olumsuz etkileri, TTKT’de ayrıntılı aleniyet hükümleri ile telafi edilmiştir¹¹². Söz konusu aleniyet hükümlerinden birisi de TTKT m.349’dur.

Bu maddenin 1. fıkrası “*aynı sermaye konuluyor, bir ayın ya da işletme devralınıyorsa bunlara verilecek karşılığın uygunluğuna; bu tür sermayenin ve devralmanın gerekliliğine, bunların şirkete yararlılığına ilişkin belgeli, gerekçeli ve kesin ifadeli açıklamalar yer alır. Ayrıca şirket tarafından iktisap edilen menkul kıymetlerle, bunların iktisap fiyatları, söz konusu menkul kıymetleri çıkaranların son üç yıllık, gereğinde konsolide finansal tablolarının değerlendirilmelerine ve çözümlenmelerine ilişkin bilgiler, şirketin yüklendiği önemli taahhütler, makine ve benzerleri malların ve herhangi bir aktif değer alımına ilişkin bağlantılar, fiyatlar, komisyonlar ile her türlü borçlar, emsalleriyle karşılaştırılarak açıklanır*” ifadesini taşımaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “*Ayrıca kuruculara tanınan menfaatler gerekçeleriyle beyanda yer alır. Kimlerin halka önerme amacıyla ne miktarda pay taahhüt ettiği, pay taahhüdünde bulunanların birbirleri ile ilişkileri; bunlar bir şirketler topluluğuna dahil bulunuyorlarsa topluluk ile ilişkileri, kuruluşu inceleyen işlem denetçisine ve diğer hizmet verenlere ödenen ücretler, emsalleri ile karşılaştırma yapılarak, beyanda açıklanır*” hükmüne yer verilmiştir. Gerekçede ise kurucular beyanının içeriğinin kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı vurgulanmıştır¹¹³.

Söz konusu beyan, dürüst bir şekilde bilgi verme ilkesine göre doğru ve eksiksiz olarak hazırlanmalı ve kurucular tarafından imzalanmalıdır¹¹⁴.

C. İşlem Denetçisi Raporu

TTKT m.351’e göre işlem denetçisi kuruluşu denetlemeli ve bu denetimin sonuçlarını rapora bağlamalıdır. Bu denetimin amacı sermayenin taahhüdünde ve ödenmesinde, menfaat tahsislerinde, borçlanmalarda, tasarruflarda, kısaca tüm işlemlerde kanun ve esas sözleşme

¹¹² Zürcher, s.50; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §15 N.57 ve 58.

¹¹³ Gerekçe, s.495.

¹¹⁴ İsviçre Borçlar Kanununun 635. maddesinde ise kurucuların, aynı sermayenin veya devralınan ayınların türü ve durumu ile değerlemenin uygunluğu; borcun mevcudiyeti ve mahsup edilebilirliği; kurucular veya diğer kişiler lehine sağlanan özel menfaatlerin gerekçesi ve uygunluğu hakkında yazılı rapor şeklinde hesap vereceği hükmüne bağlanmıştır. Yine TTKT’den farklı olarak, raporun imzalanması gerektiği düzenlenmemiştir. Görüldüğü üzere Ticaret Kanunu Tasarısında, İsviçre Borçlar Kanununa nazaran daha ayrıntılı bir bilgilendirme yükümlüne yer verilmiştir.

hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığının ve herhangi bir yolsuzluğun söz konusu olup olmadığının incelenmesidir¹¹⁵. Söz konusu denetim, sicil memuru tarafından yapılacak incelemede ve sorumlulukların tespitinde önem taşımaktadır¹¹⁶.

Anılan maddeye göre işlem denetçisi bu raporda “*payların tamamının taahhüt edildiğini; pay bedellerinin, kanunda ve esas sözleşmede öngörülmüş en az tutarlarının, kanuna uygun olarak bankaya yatırıldığını ve buna ilişkin banka mektubunun mevcut olduğunu; bu yükümlün dolanıldığını ilişkin açık bir belirti bulunmadığını; aynı sermaye ve devralınan ayınlar için mahkemece atanan bilirkişilerce değerlendirildiğini, mahkemece resmîyet verilen raporun dosyaya sunulduğunu; kurucu menfaatlerinin kanuna uygun olduğunu; kurucular beyanı ile ilgili açık bir yolsuzluğun bulunmadığını ve diğer kuruluş belgelerinin mevcut olduğunu, gerekli noter onaylarının ve izinlerinin alındığını açıklar*”¹¹⁷. Denetimin konusu ve raporun içeriği sayılan hususlarla sınırlı olmadığı ise gerekçede açıklanmıştır¹¹⁸.

Denetçi kurucular beyanındaki açıklamaların tam ve doğru olup olmadığını denetlemelidir¹¹⁹. Buna göre değerlemenin takdiri için gereken tüm bildirimlerin kuruluş raporunda yer alıp almadığı, değerlemenin yerindeliği hakkındaki açıklamaların doğru olup olmadığı ve bu değerlemenin haklı gözüküp gözükmediği açıklanmalıdır¹²⁰. Denetim raporunun ihtirazi kayıt içermesi halinde ise Ticaret Siciline tescil mümkün olmamalıdır¹²¹.

2. Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Rapor ve Denetim Yükümleri

A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Mevzuat Birleşme Kanununda

a) Yeniden Yapılanmada Rapor ve Denetim Yükümlerinin Amacı

TTKT m.147’nin gerekçesinde birleşme raporunun birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarına bilgi verme amacı taşıdığı ifade edilmişken, TTKT m.148’in gerekçesinde birleşmenin denetlenmesinin ortakların, azınlığın ve alacaklıların korunması amacına yönelik olduğu açıklanmıştır¹²².

¹¹⁵ Gerekçe, s.495.

¹¹⁶ Gerekçe, s.495.

¹¹⁷ İsviçre Borçlar Kanununun kuruluşun denetlenmesine ilişkin 635a maddesinde ise kurucular tarafından bu Kanunun 635. maddesine göre hazırlanan kuruluş raporunun denetçi tarafından denetleneceği ve bu raporun tam ve doğru olduğunun yazılı olarak tasdik edileceği hükmüne bağlanmıştır.

¹¹⁸ Gerekçe, s.495.

¹¹⁹ Btschft1983, s.114.

¹²⁰ Btschft1983, s.115.

¹²¹ Btschft1983, s.115. İhtirazi kayıt içeren denetim raporunun TTKT m.403’e aykırı sayılabileceği yönünde bkz. Gerekçe, s.495. Ayrıca bkz. 1.Blm./III/1/F/c.

¹²² Gerekçe, s.454.

İsviçre öğretisinde hakim görüş yeniden yapılanma raporunun esas itibariyle ortakların korunması amacına hizmet ettiği yönünde olmakla birlikte¹²³, yeniden yapılanma raporunun alacaklıların korunması amacına da hizmet edip etmediği yoksa münhasıran ortakların korunması amacını taşıyıp taşımadığı da tartışılmaktadır.

Konuyu alacaklının bireysel olarak koruması yönünden değerlendiren *von Salis* yeniden yapılanma raporunun alacaklıların menfaatleri bakımından da faydalı olduğunu belirtmekle birlikte alacaklıların hakları TTKT m.157 ve 158 vasiyasıyla yeterli derecede korunduğu için bu raporun alacaklıların korunması işlevini taşımadığı görüşündedir¹²⁴. *Hirsiger* birleşmenin tescili başvurusuna eklenecek belgeleri düzenleyen HRegV m.105a'da birleşme raporu sayılmadığı için birleşme raporunda birleşmenin alacaklıya etkisinin de değerlendirilmesinin gerek inceleme hakkı gerekse sicil aleniyeti vasıtasıyla alacaklıyı koruyucu etki göstermediğini belirtmektedir¹²⁵. *Hasler* ise ilk planda alacaklının korunması amacına hizmet eden aynı sermaye hükümlerinden farklı olarak, yeniden yapılanmada rapor ve denetim yükümlerinin doğrudan doğruya alacaklının korunması fonksiyonunu haiz olmadığı görüşündedir¹²⁶.

Gelzer'e göre ortaklar yanında tescil sonrasında alacaklıların bilgilendirilmesini de sağlayan yeniden yapılanma raporunun¹²⁷ birleşmenin alacaklılar üzerindeki etkilerine ilişkin açıklamalarında (TTKT m.147/f.2/j; FusG m.14/f.3/j), alacaklıların bilgilendirilmesi ön plandadır¹²⁸. *Böckli* ise yeniden yapılanma raporunun bir boyutunu da alacaklının korumasının oluşturduğunu¹²⁹ ve bu raporun denetimi vasıtasıyla pay değişim oranının incelenmesinin dolaylı olarak alacaklıların da menfaatine¹³⁰ olduğunu belirtmektedir.

Combeuf ise kurucular beyanı (TTKT m.349) ve yönetim kurulu beyanı (TTKT m.457) yerine düzenlenen yeniden yapılanma raporunun pay sahiplerini koruyucu asıl amacı yanında Birleşme Kanununu gerekçesine göre alacaklıyı koruyucu fonksiyonu haiz olduğu

¹²³ Combeuf, Albert: SHk, m.14 N.2 ve 34; Combeuf, SHk, m.15 N.3; von der Crone, Hans Caspar/ Gersbach, Andreas/ Kessler, Franz J./ Dietrich, Martin/ Berlinger, Katja: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N.227; Kühni, Beat: BSK-FusG, m.14 N.21; Gelzer, Thomas: ZK-FusG, m.14 N.2; Hirsiger, Caroline: Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich-Basel-Genf 2006, s.144. Denetimin özellikle azınlığın korunması amacını taşıdığı yönünde Hirsiger, s.150. Denetim bakımından bkz. Böckli, §3 N. 115 ve N.116.

¹²⁴ von Salis, N.10.12 ve 10.21 (T II).

¹²⁵ Hirsiger, s.239.

¹²⁶ Ayrıca yeniden yapılanma raporunun asli amacının ortakların korunması ve bilgilendirilmesi, yeniden yapılanmanın denetiminin ise yeniden yapılanmanın kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi amacını taşıdığı yönünde bkz. Hasler, s.95-96, s.124.

¹²⁷ Gelzer, ZK-FusG, m.14 N.2.

¹²⁸ Gelzer, ZK-FusG, m.14 N.29. Bununla birlikte yazar söz konusu kolaylaştırmanın olumlu olduğu görüşündedir (Gelzer, ZK-FusG, m.14 N.10).

¹²⁹ Böckli, Aktienrecht, §3 N.111.

¹³⁰ Böckli, Aktienrecht, §3 N.115.

fikrindedir¹³¹. Yazar kuruluştaki ve sermaye artırımında aynı sermaye hükümleri vasıtasıyla sağlanan saydamlığın, birleşmede birleşme raporu vasıtasıyla gerçekleştirildiğini ileri sürmektedir¹³².

Birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin münhasıran ortakların korunmasını amaçladığını, alacaklıların korunmasının dolaylı olarak dahi hedeflenmediği görüşü ise *Kühni* tarafından ortaya atılmıştır¹³³. Yazar bu görüşünü, kanun koyucunun birleşmede inceleme hakkını bilinçli olarak sadece ortaklara tanımasına ve alacaklılar bakımından teminat ve şahsi sorumluluk vasıtasıyla tamamlayıcı koruma sistemini kabul etmesine ve bu nedenlerden dolayı birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin istisnalarını¹³⁴ öngörmüş olması gerekçelerine dayandırmaktadır¹³⁵.

Schneller ise birleşmenin denetiminin asli veya tali fonksiyonunun alacaklının korunması olmadığı, malvarlığında meydana gelen değişikliklerin halihazırda ara bilanço düzenleme yükümü vasıtasıyla denetlendiği, sadece birleşmenin tescili için yapılan başvuruya denetim raporunun da eklenmesi gerektiğinden birleşmenin denetiminin dolaylı olarak alacaklının korunması fonksiyonunu haiz olduğu görüşündedir¹³⁶. Yazar ayrıca birleşmenin denetiminin, alacaklının korunmasına ve sermayenin muhafazasına yönelik kuruluş ve sermaye artırımı nedeniyle denetimin ikamesi niteliğini taşımadığını, zira birleşme nedeniyle denetimde ilgili belgelerin tamlık ve doğruluk denetimine tabi tutulmadığını ifade etmektedir¹³⁷.

İsviçre hukukunda ileri sürülen bu görüşlere bakıldığında karmaşanın bir ölçüde kavram sorunundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bunun nedeni açıklanan görüşlerde genel olarak alacaklının bireysel ve kurumsal olarak korunması ayırımına yer verilmemesi ve alacaklının korunmasının bireysel korunma şeklinde algılanmasıdır.

İsviçre hukukunda alacaklılara birleşme raporu ve denetim raporunu inceleme hakkı tanınmadığına dayanarak rapor ve denetimin alacaklı koruyucu fonksiyonunu reddeden¹³⁸

¹³¹ Combeuf, SHk, m.14 N.2, 23, 34 ve m.15 N.3, 4; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.227.

¹³² Combeuf, SHk, m.14 N.2, 4 ve 24.

¹³³ Kühni, BSK-FusG, m.14 N.11.

¹³⁴ İstisnalar için bkz. 2.Blm./IV/3.

¹³⁵ Kühni, BSK-FusG, m.14 N.11.

¹³⁶ Schneller, s.254; Tescilden sonra denetim raporunun Ticaret Sicilinde incelenebileceği yönünde Altenburger, Peter R./ Calderan, Massimo/ Lederer Werner: Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich-Basel-Genf 2004, s.49.

¹³⁷ Schneller, s.254-dn.1553.

¹³⁸ Birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin münhasıran pay sahiplerinin korunmasını amaçladığını, alacaklıların korunmasının dolaylı olarak dahi hedeflenmediğini savunan yazar bu görüşünü kanun koyucunun birleşmede inceleme hakkını bilinçli olarak sadece pay sahiplerine tanıdığı ve alacaklılar içinse teminat ve şahsi

görüşlerin kabulü mümkün değildir. Zira birleşmenin tescilinden sonra, alacaklının Ticaret Sicilinde birleşme sözleşmesi, birleşme bilançosu ve icabında ara bilanço, birleşme kararları, denetim raporları vb. inceleyerek teminat istemine¹³⁹ ilişkin kararını bu belgelere dayandırması söz konusu olabilecektir. Teminat talebi karşısında şirketin, borçların ifasının tehlikeye düşmediğine yönelik ispatının¹⁴⁰ yeterli olmadığını düşünen alacaklının da aksini ispatta birleşme raporu ve denetim raporundan faydalanması ihtimal dahilindedir.

Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde ise konu, alacaklının bireysel olarak korunması yönünden özel bir önem kazanmaktadır. Zira İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda birleşmede inceleme hakkı, şirketin ortakları yanında intifa senedi sahiplerine, şirket tarafından ihraç edilmiş olan menkul kıymet hamillerine, menfaati bulunan kişilere ve diğer ilgililere de tanınmıştır¹⁴¹. Bu hakkın sağlanması, şirketin yükümü olarak açıkça düzenlenmiştir. Birleşme raporu ve denetleme raporu da inceleme hakkının konusunu oluşturmaktadır (TTKT m.149)¹⁴².

Kanun koyucunun teminat ve şahsi sorumluluk vasıtasıyla alacaklıları koruduğu görüşü, haklı olmakla birlikte bu tür bir korumanın işlevi ile inceleme hakkı vasıtasıyla gerçekleşen korumanın işlevi farklıdır.

Bu çerçevede değinilmesi gereken bir konu da küçük ölçekli şirketlerde tüm ortakların onayı ile birleşme raporu (m.147/f.4) ve denetim raporu (m.148/f.4) düzenlenmesinden vazgeçilmesine izin verilmiş olmasıdır¹⁴³. Kaynak Birleşme Kanununun küçük ölçekli şirketlerde birleşme raporundan muafiyeti düzenleyen 14. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin olarak gerekçede, birleşme hakkında ayrıntılı bilgiler içerdiği için azınlığın korunması bakımından önem taşıyan birleşme raporunun düzenlenmesinden küçük ölçekli şirketlerde ancak tüm pay sahiplerinin onayı ile vazgeçilebileceği dile getirilmiştir¹⁴⁴. Bu Kanunun küçük ölçekli şirketlerde denetimi düzenleyen 15. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin gerekçede ise denetim esas itibarıyla ortakların, bilhassa azınlığın haklarının korunması amacını taşıdığı için tüm ortakların onayının varlığı halinde küçük ölçekli şirketlerde denetimden vazgeçmenin

sorumluluk vasıtasıyla tamamlayıcı alacaklı koruması sistemini kabul ettiği için birleşme raporu ve denetiminin istisnalarını öngördüğü gerekçelerine dayandırmaktadır (Kühni, BSK-FusG, m.14 N.11).

¹³⁹ Alacaklının teminat vasıtasıyla korunması hakkında bkz. 4.Bl.m.

¹⁴⁰ İfanın birleşme nedeniyle tehlikeye düşmesi koşulu hakkında bkz. 4.Bl.m./IV.

¹⁴¹ Bkz. aşağıda 4.Bl.m./B/IV.

¹⁴² İsviçre hukukunda *Gelzer* birleşme raporunun ilk planda ortakların bilgilendirilmesine hizmet ettiği yolundaki görüşünü, ortakların aksine alacaklıların inceleme hakkına sahip olmamaları ancak tescilden sonra birleşme raporunu inceleyebilmeleri ile açıklamaktadır bkz. (Gelzer, ZK-FusG, m.14 N.2).

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.Bl.m./IV/3/A/a.

¹⁴⁴ BtschftFusG, s.4410; Kühni, BSK-FusG, m.14 N.21.

mümkün olduğu açıklamasına yer verilmiştir¹⁴⁵. Öğretiye göre ise birleşme raporunun asıl amacı ortakların korunması olduğu için vazgeçme mümkündür¹⁴⁶.

Bu açıklamalar karşısında tüm ortakların onayının varlığı halinde, neden küçük ölçekli şirketler dışında kalan şirketlerde de yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetiminden vazgeçmenin mümkün kılınmadığı sorusu cevapsız kalmaktadır¹⁴⁷. Zira rapor ve denetimin sadece ortakların korunması amacını taşıdığı kabul edilirse, küçük ölçekli şirketler dışında da oybirliğinin varlığı halinde söz konusu düzenlemelerin uygulanmamasının neden mümkün olmadığı meselesi Kanunun gerekçesinde açıklanmamıştır.

Bize göre küçük ölçekli şirketler dışında oybirliği sağlansa bile birleşme raporu ve birleşmenin denetimden vazgeçilmesine kanunen izin verilmemiş olması, yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetimine, alacaklının kurumsal olarak korunması fonksiyonunun da atfedildiğini göstermektedir¹⁴⁸.

Birleşme raporu ve birleşmenin denetiminden muafiyete ilişkin bu düzenlemelerin alacaklıların inceleme hakkının kapsamını daraltacağı açıktır.

Oybirliği halinde birleşme raporu ve birleşmenin denetiminden muafiyete izin veren TTKT m.147/f.4 ve m.148/f.4'e paralel olarak TTKT m.149/f.5'de de oybirliği halinde küçük ölçekli şirketlerin inceleme hakkının kullanılmasından vazgeçilebileceğini öngören düzenleme de alacaklı açısından isabetsiz bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁴⁵ BtschftFusG, s.4413.

¹⁴⁶ Oybirliği koşulunun azınlığın korunmasını sağladığı, alacaklıların korunmasının genel hükümlere göre düzenlenmesi gereken yönetim kurulu beyanı vasıtasıyla gerçekleşeceği yönünde bkz. Comboeuf, SHk, m.14 N.34.

¹⁴⁷ Vazgeçmenin küçük ölçekli şirketlerle sınırlandırılmasının adil olmadığı görüşü için bkz. Comboeuf, SHk, m.14 N.34; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.268; Kühni, BSK-FusG, m.14 N.21.

Şirketin tüm ortaklarının, fiilen ve hukuken de şirketin yöneticisi olmaları halinde (şahıs şirketleri ve limited şirket gibi) ortaklar raporun içeriği hakkında zaten bilgilendirilmiş olacağı için rapor düzenlemeden muafiyete izin verilmesi gerektiği, böyle bir durumda ortakların inceleme haklarını diğer birleşme belgeleri üzerinde kullanabileceği görüşü için bkz. Comboeuf, SHk, m.14 N.36.

Alman hukukunda UmwG m.41'de şahıs şirketlerinin katıldığı birleşmelerde, şahıs şirketinin tüm ortaklarının aynı zamanda yönetici olması halinde birleşme raporu düzenlenmesinin gerekli olmadığı hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle öğretilde söz konusu hükmün özellikle limited şirket bakımından kıyasa elverişli olduğu savunulmaktadır (Lutter, Markus/ Drygla, Tim: Lutter-UmwG, m.8 N.53).

Türk hukukunda alacaklılara da inceleme hakkı tanınmış olması karşısında söz konusu gerekçelerin kabulü mümkün olmamalıdır.

¹⁴⁸ İsviçre hukukunda küçük ölçekli şirketlerde oybirliği ile birleşme raporu, birleşmenin denetimi ve inceleme hakkından feragata izin veren düzenlemelerin, şirketin büyüklüğü dikkate alınmaksızın oybirliği halinde diğer şirketlerde de geçerli olacak şekilde kıyasa elverişli olduğu görüşü için bkz. Hasler, s.150.

Bu görüşüne dayanak olarak Alman UmwG m.192'ye atıfta bulunan (Hasler, s.151-dn. 681) yazara katılmak mümkün değildir. Kanun koyucu söz konusu muafiyeti küçük ölçekli şirketlerle sınırlandırdığı için bu muafiyetin genelleştirilemeyeceği yönünde bkz. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.268.

Küçük ölçekli şirketlerin hızlı ve masrafsız şekilde birleşebilmesindeki menfaatler ile ortaklar ve diğer ilgililerin menfaatleri arasındaki dengenin alacaklılar aleyhine kurulmuş olması eleştiriye açıktır.

Sonuç olarak Türk ve İsviçre hukuklarında, yeniden yapılanma raporunun ve yeniden yapılanmanın denetiminin bir amacının da alacaklının korunması olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte çalışmamızın bu aşamasında vardığımız bu sonuç, alacaklının yeniden yapılanmada rapor ve denetim yükümleri vasıtasıyla korunmasının, alacaklının kurucular beyanı ve kuruluşun denetimi yoluyla korunmasıyla eş değerde olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Söz konusu eş değerliğin mevcut olup olmadığı, yeniden yapılanmada rapor ve denetim konularının daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesinden sonra değerlendirilecektir.

b) Yeniden Yapılanma Raporu

TTKT m.147’de (FusG m.14) birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının, ayrı ayrı veya birlikte, birleşme hakkında rapor hazırlamaları öngörülmüştür (f.1).

Bu raporda;

- a) Birleşmenin amacı ve sonuçları;*
- b) Birleşme sözleşmesi;*
- c) Şirket paylarının değişim oranı ve öngörülmüşse denkleştirme tutarı; devrolunan şirketlerin ortaklarına devralınan şirket nezdinde tanınan ortaklık hakları;*
- d) Gereğinde ayrılma karşılığının tutarı ve şirket pay ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri;*
- e) Değişim oranının belirlenmesi yönünden payların değerlemesine ilişkin özellikler;*
- f) Gereğinde devralan şirket tarafından yapılacak artırımın miktarı;*
- g) Öngörülmüşse, devrolunan şirketin ortaklarına, birleşme dolayısıyla yüklenecek olan, ek ödeme ve diğer şahsi edim yükümleri ve şahsi sorumluluklar hakkında bilgi;*
- h) Değişik türdeki şirketlerin birleşmelerinde, yeni tür dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülükler;*
- i) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği;*
- j) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketin alacaklıları üzerindeki etkileri;*
- k) Gerekiyorsa, ilgili makamlardan alınan onaylar,*

hukuki ve ekonomik yönleri ile açıklanmalı ve gerekçeleri belirtilmelidir (TTKT m.147/f.2; FusG m.14/f.3).

Birleşme raporuna paralel bir şekilde TTKT m.169'da (FusG m.39) bölünme raporu ve TTKT m.186'da (FusG m.61) tür değiştirme raporu düzenlenmiştir.

Yeniden yapılanma nedeniyle hazırlanması gereken söz konusu raporların içeriği, TTKT m.349 uyarınca düzenlenmesi gereken kurucular beyanı ile karşılaştırıldığında, içeriklerin farklı olduğu görülmektedir. Zira yeniden yapılanma raporunda, aynı sermaye konularına ne şekilde değer biçildiği veya bu konuların değeri hakkında herhangi bir beyanda bulunulması söz konusu değildir.

c) Yeniden Yapılanmada Denetimin Konusu

Birleşmenin denetimi, TTKT m.148'de düzenlenmiştir. *“Birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun denetlenmesi”* başlığını taşıyan TTKT m.148 uyarınca birleşmeye katılan şirketler, *birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve birleşmeye esas oluşturan bilanço*yu, bu konuda uzman bir denetçiye denetlettirmelidir. TTKT'nin *“Tür değiştirme planının ve tür değiştirme raporunun denetlenmesi”* başlıklı 187. maddesinin 1. fıkrasında da (FusG m.62/f.1) *tür değiştirme planının, tür değiştirme raporunun ve tür değiştirmede esas alınan bilançonun* denetimin konusunu oluşturması kabul edilmiştir.

Kaynak İsviçre hukukunda TTKT m.148'den farklı olarak, FusG m.15/f.1'de denetimin kapsamının özellikle paylı şirketleri ilgilendirdiği gerekçesi ile¹⁴⁹, devralan şirketin sermaye şirketi veya sınırlı sorumlu kooperatif olması halinde birleşmeye katılan şirketlerin *birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve birleşmeye temel teşkil eden bilanço*yu denetlettirmeleri öngörülmüştür.

Birleşme Kanunu Öntasarısı m.15/f.1'de ise denetletirme yükümü, TTKT'de olduğu gibi birleşmeye katılan tüm şirketler için geçerli olacak şekilde düzenlenmişti. Bununla birlikte TTKT'den farklı olarak, denetimin konusu *birleşme sözleşmesi ve birleşme raporu* ile sınırlandırılmıştı.

TTKT m.148/f.2'ye göre birleşmeye katılan şirketler birleşmeyi denetleyecek işlem denetçisine amaca yardımcı olacak her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. Buna göre yönetim organlarının birleşme sözleşmesini hazırlarken kullandıkları değerlemeler, yönetim organlarının toplantı tutanakları, birleşme sözleşmesi taslakları ve birleşme amacına yönelik

¹⁴⁹ BtschftFusG, s.4413.

olarak şirket içinde yapılmış olan çalışmalar da denetime konu oluşturabilecektir¹⁵⁰. Birleşme bilançosu ve ara bilanço¹⁵¹ yanında esas itibariyle son üç yıla ilişkin yıl sonu finansal tabloların ve yıllık faaliyet raporlarının da denetimde kullanılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵².

Konuyla ilgili olarak denetimin konusunun bölünmede farklı şekilde düzenlenmiş olmasına da değinilmelidir. TTKT'nin "*Bölünme sözleşmesinin veya bölünme planının ve bölünme raporunun denetlenmesi*" başlığını taşıyan 170. maddesine (FusG m.40) göre *bölünme sözleşmesinin veya planının* denetlenmesine bu Tasarının 148. maddesi kıyas yoluyla uygulanacaktır¹⁵³. TTKT m.170'de madde başlığı ile çelişir şekilde denetimin konusunun bölünme sözleşmesi veya planı olduğunun ifade edilmiş olması, denetimin konusunun sözleşme veya planla mı sınırlı olduğu tereddütünü uyandırır da, bize göre böyle bir yorum, atıf yapılan TTKT m.148'in içeriği ile çelişmektedir. Bu nedenle bölünme raporu ve bölünmeye esas teşkil eden bilançonun da denetimin konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

TTKT'nin ve mehzaz Birleşme Kanununun gerekçelerinde, yukarıda da belirtildiği gibi birleşme sözleşmesi ve birleşmenin denetimine ilişkin düzenlemelerin kuruluştaki ve esas sermaye artırımında geçerli olan aynı sermaye hükümlerinin yerine geçtiği açıklanmıştır. Ancak birleşme sözleşmesi (TTKT m.145; FusG m.13) ve birleşme raporuna ilişkin düzenlemelerde (TTKT m.147; FusG m.14) aynı sermaye değerlemesi yapılacağı yolunda açık bir hüküm yer almamaktadır. Değişim oranının ve devralınan ortaklıkta tahsis edilecek ortaklık haklarının tespitinin ise malvarlığı değerlemesine dayanması gerektiği açıktır. Bu bağlamda birleşme bilançosu da denetim konuları arasında sayılmış olması nedeniyle yeni bir değerlendirme mi yapılacağı yoksa şirketlerin mevcut bilançolarındaki değerlemelerin mi esas alınacağı belirlenmelidir. Kuruluştaki ve yeniden yapılanmada beyan ve denetimi düzenleyen kurallar arasında ikame ilişkisinin bulunup bulunmadığının ortaya çıkarılabilmesi, söz konusu belirlemeleri zorunlu kılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus da ortak denetçi tayini meselesidir. Üçüncü Yönergenin 10. maddesinin 1. fıkrasında ve Birleşme Yönergesi m.15/f.1'de, birleşmenin denetiminde ortak denetçi tayinine izin verilmiştir. TTKT m.148'de ise katılan şirketlerden her biri tarafından ayrı bir denetçi atanması gerekliliği ya da ortak denetçi tayinin mümkün olduğu şeklinde açık bir hükme yer verilmemiştir.

¹⁵⁰ Schneller, s.267.

¹⁵¹ Schneller, s.267.

¹⁵² Comboeuf, SHk, m.15 N.15.

¹⁵³ "*Birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun denetlenmesi*" başlığını taşıyan TTKT m.148'in 1. fıkrasında birleşme bilançosu da denetim konuları arasında düzenlenmiştir.

d) Yeniden Yapılanmada Denetim İçeriği

Denetimin konusunun açıkça düzenlendiği TTKT m.148’de denetimin içeriği açık bir Şekilde düzenlenmemiştir. Zira TTKT m.148/f.3 denetimin değil, denetim raporunun içeriğini düzenlemektedir.

Söz konusu hüküm uyarınca “İŞlem denetçisi denetleme raporunda;

a) Devralan Şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devrolunan Şirketin ortaklarının haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığını;

b) Değişim oranının ve ayrılma karşılığının adil olup olmadığını;

c) Değişim oranının hangi yönteme göre hesaplandığı; en az üç farklı genel kabul gören yöntem ile karşılaştırma yapılarak, uygulanan yöntemin adil olduğu;

d) Diğer kabul gören yöntemlere göre hangi değerlerin ortaya çıkabileceği;

e) Denkleştirme varsa, bunun uygun olup olmadığı;

f) Değişim oranının hesaplanması yönünden payların değerlendirilmesinde dikkate alınan özellikler;

hususunda açıklama yapmakla yükümlüdürler’”.

TTKT m.148’den birleşmeye temel teşkil eden bir bilanço hazırlanacağı anlaşılmaktadır. Bu bilançonun katılan Şirketlerin malvarlıklarına dolayısıyla aynı sermayelerine ilişkin değerlemeleri de içerecek olması nedeniyle söz konusu maddenin, hem birleşme nedeniyle yapılması gereken denetimi hem de kuruluş nedeniyle yapılması gereken aynı sermaye denetimini birlikte düzenlendiği Şüphesi uyanmaktadır. Bu Őüphenin giderilmesi için birleşmenin denetiminin içeriğinin birleşmeye özgü hususlar yanında yanında aynı sermaye denetimini de kapsayıp kapsamadığı ortaya konulmalıdır.

Diğer taraftan denetimin sınırının çizilmesi, sorumluluk davasında, denetim konusu belgeleri düzenleyenler, birleşme denetçileri veya tescili yapan sicil memurundan hangisinin davalı olacağının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır

da) Denetim Konuları İle Denetim Raporunun İçeriğinin Paralellik Arz Etmemesi

Yeniden yapılanmanın denetiminde, denetim konuları ile denetim raporunun kapsamını düzenleyen hükümler paralellik arz etmemektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, denetçilerin denetim raporunda açıklamakla yükümlü olduları konular, pay sahiplerinin

haklarının korunmasına yönelik değişim oranı, denkleştirme gibi hususlar olarak belirlenmiştir (TTKT m.148/f.3; FusGm.15/f.3).

Bu durum TTKT m.148/f.1'e göre birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşmeye esas oluşturan bilançoya ilişkin denetimin sonuçlarına denetim raporunda yer verilmesine gerek olmadığı mı yoksa TTKT m.148/f.3'de (FusG m.15/f.3) sayılanların söz konusu birinci fıkraya ek olarak özellikle belirtilmesinin mi gerektiği sorularını ortaya koymaktadır.

TTKT'nin gerekçesinde birleşmenin denetlenmesinin birleşme sözleşmesinin, birleşme raporunun ve birleşmeye esas oluşturan bilançonun denetlenmesini ifade ettiği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Kaynak Birleşme Kanununun gerekçesine göre ise, raporun içeriği Kanunda sayılanlarla sınırlı olmadığı için başka hususlara da raporda yer verilebilecektir¹⁵⁵. Öğretide bir görüşe göre ise denetimin içeriği ve kapsamı ile denetim raporundaki ayrıntılarla ilgili meseleler uygulamaya bırakılmıştır¹⁵⁶. Bununla birlikte Birleşme Kanunu m.15/f.3'de, bu Kanuna ilişkin Öntasarının denetim raporunun içeriğini düzenleyen 15. maddesinin 3. fıkrasındaki "özellikle" ifadesine yer verilmemiş olması, denetim raporunun içeriğinin nihai olarak düzenlenmiş olduğu şeklinde yorumlanmalıdır¹⁵⁷.

Konunun daha iyi açıklanabilmesi için mehz Birleşme Kanunu m.15'in Öntasarıdaki paralel düzenlenmesi hakkında öğretide ileri sürülen görüşlere de kısaca yer verilmelidir. Bu Öntasarının denetimi düzenleyen 15. maddesi öğretide birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşme bilançosunun özel denetçi tarafından denetleneceği şeklinde yorumlanmıştır¹⁵⁸. Birleşme Yönergesi m.10/2'nin (Bölünme Yönergesi m.8/2) birleşme raporunun denetimini içermedięi¹⁵⁹, sadece yöntem denetimini öngördüğü buna karşılık Birleşme Kanununun Öntasarısına göre denetçilerin ayrıntılı bir denetim yapmaları gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁰. Bir başka ifadeyle Öntasarının birleşmede değişim oranının tamlık denetimini öngördüğü görüşü ortaya atılmıştır¹⁶¹. Buna karşılık değerleme problemleri ve denetim masrafları karşısında

¹⁵⁴ Gerekçe, s.454.

¹⁵⁵ BtschftFusG, s.4414.

¹⁵⁶ Kühni, FusG-BSK, m.15 N.1.

¹⁵⁷ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.6.

¹⁵⁸ Meier-Schatz, Christian J.: Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP/ PJA 5/ 2002, s.520.

¹⁵⁹ Gasser, Urs/ Eggenberger, Christian: Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, AJP/PJA 4/98, s.467.

¹⁶⁰ Gasser/Eggenberger, s.467; Meier-Schatz, Christian J.: Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, s.547.

¹⁶¹ Meier-Schatz, Christian J.: Fusionsgesetz, Zürich 2000,s.25

sınırlı denetimin daha isabetli olduğu ve bu nedenlerle AB Yönergelerinin gereklerini aşmak için gerekli sebeplerin olmadığı da söylenmiştir¹⁶².

Denetim konusunu Birleşme Kanununa paralel şekilde düzenleyen TTKT m.148'de mehzadan farklı olarak denetim raporunu inceleme hakkı, alacaklıya da tanındığı için konu Türk hukuku bakımından ayrı bir boyut kazanmaktadır.

db) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.148/f.3'e Tekabül Eden Mehaz Birleşme Kanunu m.15/f.4'e İlişkin Olarak Öğretide İleri Sürülen Farklı Görüşler

dba) Birleşme Kanunu m.15/f.4'ün Denetimin İçeriğini Düzenlediği Görüşü

İsviçre öğretisinde hakim görüşe göre Birleşme Kanunu m.15/f.4 (TTKT m.148/f.3) sadece denetim raporunun içeriğini değil denetimin içeriğini de düzenlemektedir¹⁶³. Bu görüş birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ile birleşme bilançosunun denetlettirilmesi (FusG m.15/f.1; TTKT m.148/f.1) ve denetim amacına uygun her türlü bilgi ve belgenin denetçiye verilmesi yükümlerinin (FusG m.15/f.3; TTKT m.148/f.2) amacını, denetimin içeriği ile ilişkilendirmektedir.

Buna göre söz konusu yükümlerin, öngörülen sermaye artırımının devrolunan ortaklığın ortaklarının haklarını korumaya yeterliliğinin, değişim oranının adilliğinin, değişim oranının tespiti yönteminin, öngörülmesi halinde denkleştirmenin uygunluğunun ve değişim oranının tespitinde dikkate alınan özelliklerin denetim raporunda açıklanabilmesini amaçladığı savunulmaktadır¹⁶⁴. Dolayısıyla birleşme sözleşmesi ve birleşme raporu sadece söz konusu hususlar açısından denetlenmelidir¹⁶⁵. Birleşme bilançosu da kapsamlı bir denetime tabi tutulmamalı sadece işletme değerlemesine etkisi açısından incelenmelidir¹⁶⁶.

dbb) Denetimin İçeriğinin Birleşme Kanunu m.15/f.4 ile Sınırlı Olmadığı Görüşü

Bir başka görüşe göre ise FusG m.15/f.4'deki konuların özel olarak denetlenmesi gerekmele birlikte, esas itibarıyla işletme değerlemesini ilgilendiren değişim oranı ile ayrılma karşılığının ve değişim oranının hangi yöntemle göre hesaplandığına ilişkin denetim konuları birleşme denetiminin özünü oluşturduğu için, değerlemede önem taşıyan konulara da

¹⁶² Meier-Schatz, FS-Zäch, s.547.

¹⁶³ von Salis, N.11.10 vd. (T II); Kühni, BSK-FusG, m.15 N.23; Bertschinger, Urs: Die Klagen gemäss Fusionsgesetz- ein Überblick, AJP/ PJA 7/2004, s.848; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.234; Altenburger/ Calderan,/ Lederer, s.42.

N.124; Schneller, s.267-268.

¹⁶⁴ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.2; Meier-Schatz, Fusionsgesetz, s.24; Schneller, s.267.

¹⁶⁵ Schneller, s.268.

¹⁶⁶ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.24; Schneller, s.268-269

raporda yer verilmelidir¹⁶⁷. Birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin kuruluşta ve sermaye artırımında geçerli olan aynı sermaye kurallarının ikamesi niteliğinde olduğunu savunan bu görüşe göre birleşmenin denetimi sadece değişim oranının denetimi ile sınırlandırılmamalı, aksine işletme değerlemesi, seçilen yöntem ve sermaye artırımı maddi açıdan da denetlenmelidir¹⁶⁸. Bununla birlikte yeni bir işletme değerlemesi yapılmasının birleşme denetçisinin görevi olmadığı, denetçinin sadece değerlendirme raporlarına dayanılarak sözleşme görüşmelerinde tespit edilen işletme değerlerinin¹⁶⁹ değerlendirme ilkelerine uygun olup olmadığını inceleyeceği savunulmaktadır¹⁷⁰.

Buna karşılık birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun denetimi ise kanuni unsurların var olup olmadığı ile sınırlandırılmalı dolayısıyla yönetim organlarının takdir yetkisi irdelenmemelidir¹⁷¹.

Sonuç olarak bu görüş birleşmenin denetiminde, pay sahipliği haklarına ilişkin denetim yanında denetime konu belgelerin şeklen tamlık ve doğruluk yönünden de denetlenmesi gerektiğini yönündedir.

Bu görüş öğretilerde eleştirilmiştir. Kuruluşta ve sermaye artırımında geçerli olan aynı sermaye hükümleri ile birleşme raporu ve birleşmenin denetimini düzenleyen hükümlerin lafzı tamamen farklı olduğu için kıyasın mümkün olmadığı¹⁷², kuruluşta ve sermaye artırımında yapılan denetim ile birleşmenin denetiminin farklı fonksiyonları olduğu ileri sürülmektedir¹⁷³. Tüm birleşme belgelerinin kapsamlı bir denetimine ihtiyaç olup olmadığı¹⁷⁴, böyle bir ihtiyacın kabulü halinde ise denetimin bir işlem denetçisi tarafından yapılmasının uygun olup olmadığı meselelerinin Kanunda açıkça düzenlenmediği vurgulanmaktadır¹⁷⁵. Buna göre birleşme belgelerinin maddi ve şekli açıdan doğruluk denetimine¹⁷⁶ tabi tutulmasının birleşmenin tümüyle denetlenmesine yol açacağı, böyle bir sonucun ise değişim

¹⁶⁷ Comboeuf, SHk, m.15 N.12 ve N.15; Gelzer, ZK-FusG, m.15 N.15-19; Bösch, René: BSK-FusG, m.62 N.10.

¹⁶⁸ Comboeuf, SHk, m.15 N.4, 13, 15. Yazar değişim oranı doğru hesaplanırsa bile işletme değerlemesindeki yanlışlıkların sonucu etkileyebileceğini ifade etmektedir.

Yeniden yapılanmanın denetiminin amacı yeniden yapılanmanın kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak olduğu için denetime konu belgelerin hem hukuki hem ekonomik yönüyle tamlık ve doğruluk denetimine tabi kılınması gerektiği yönünde Hasler, s.128-129.

¹⁶⁹ Birleşme raporunun bu hususta hesap vermeyi de kapsadığı yönünde Comboeuf, m.15 N.15.

¹⁷⁰ Comboeuf, SHk, m.15 N.15. Birleşme bilançosunun bilanço hükümlerine uyumunun birleşme denetçisi tarafından denetlenmeyeceği yönünde Comboeuf, SHk, m.15 N.13.

¹⁷¹ Comboeuf, SHk, m.15 N.13.

¹⁷² Schneller, s.270-271.

¹⁷³ Schneller, s.270.

¹⁷⁴ Gelzer, ZK-FusG, m.15 N.16 ve 19.

¹⁷⁵ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25a.

¹⁷⁶ Tarafların birleşme sözleşmesindeki irade açıklamalarının dahi denetlenmesi gibi.

oranın denetimini sağlama amacı güden kanun koyucu tarafından Öntasarıya kıyasla¹⁷⁷ açıkça reddedildiğine dikkat çekilmektedir¹⁷⁸. Birleşme belgelerinin şekli açıdan tamlık incelemesi Ticaret Sicili tarafından resen gerçekleştirileceği için böyle bir denetimin birleşmenin denetimi çerçevesinde gerçekleştirilmesinin fazla bir yararı olmayacağı ve neticede gereksiz olduğu belirtilmektedir¹⁷⁹. Buna göre birleşme belgelerinin FusG m.15/f.4'ün rapor yükümünü aşar şekilde denetiminin çok kapsamlı ya da gereksiz olacağı savunulmaktadır¹⁸⁰. Buradan hareketle şeklen tamlığı aşan şekilde bir denetimin, denetimin sınırlandırılması konusunda sorunlara yol açabileceği, buna karşılık hukuki işlem güvenliğinin birleşmenin denetiminin sınırlarının açık olmasını zorunlu kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁸¹. Aksine bir tutumun ilgilileri, boş yere iptal davası ve birleşmenin denetimindeki eksikliklerden dolayı sorumluluk davası tehlikesine maruz bırakabileceği vurgulanmaktadır¹⁸².

Bunların yanında birleşme belgelerinin tamlık ve doğruluk denetiminin OR m.635a (kurulusta denetim; karş. TTKT m.351) ve m.652f'ye (sermaye artırımında denetim; karş. TTKT m.458) dayandığı ve bu maddelerde öngörülen denetimin içeriğine uygun düştüğü, buna karşılık FusG m.15'in böyle bir içerik taşımadığı ve kıyasın isabetli olmayacağı da söylenmektedir¹⁸³. Ayrıca genel hükümlere göre aynı sermaye denetiminin karardan sonra etkili olan alacaklının korunması ve hesap verme fonksiyonlarının, birleşmenin denetiminin ortakları koruyucu, karar öncesinde önleyici denetim ve makulluk denetimi şeklinde kendini gösteren hesap verme özelliği olmayan fonksiyonlarından ayrılmasının zorunlu olduğu da dile getirilmektedir¹⁸⁴. Bunun yanında raporun içeriğine ilişkin Öntasarı hükmündeki "özellikle" ifadesinin metninden çıkarılmasının raporun içeriğinin sınırlı sayı ile belirlenmiş olmasına yol açtığı, FusG'nin Gerekçesindeki sayımın sınırlı olmadığı yolundaki ifadenin yine bu Gerekçedeki denetçinin başka konularda görüş bildirebileceği¹⁸⁵ ifadesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla gerekçedeki bu açıklamanın rapor yükümünün içeriğinin sınırlı olmasını etkilemediği ileri sürülmektedir¹⁸⁶.

¹⁷⁷ Birleşme Kanunu Öntasarısında değişim oranının ve değerlendirme yönteminin tam denetiminin öngörüldüğü yönünde bkz. Kühni, BSK-FusG, m.15 N.35. Bize göre bu görüşe katılmak mümkün değildir.

¹⁷⁸ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25b.

¹⁷⁹ Kühni, m.15 N.25c; Schneller, s.272; Şekli tamlık incelemesi yapılması gerektiği yönünde Combeuf, SHk, m.15 N.25c; Gelzer, ZK-FusG, m.15 N.17.

¹⁸⁰ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25d.

¹⁸¹ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25d.

¹⁸² Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25d.

¹⁸³ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25e; Schneller, s.270.

¹⁸⁴ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25f; Schneller, s.270.

¹⁸⁵ BtschftFusG, s.4414.

¹⁸⁶ Kühni, BSK-FusG, m.15 N.25g.; Aksi yönde bkz. Combeuf, SHk, m.15 N.20.

B. Birleşme Yönergesinde

a) Ayni Sermayenin Denetiminin Genel Hükümlere Dayanması

Birleşme Yönergesinin 23. maddesinin 4. fıkrasında, üye ülkelerin birleşme yoluyla yeni kuruluşta 77/91/AET sayılı ikinci Yönerge'nin ayni sermayenin denetlenmesine ilişkin 10. maddesini uygulamak zorunda olmadığı hükme bağlanmıştır. Söz konusu 10. madde anonim ortaklıklarda ayni sermaye taahhütlerinin denetimini düzenlemektedir.

Buna göre gerek İkinci Yönergenin gerekse Üçüncü Yönergenin anonim ortaklıklar için düzenleme öngördüğü dikkate alındığında, birleşmeye sadece anonim ortaklıkların katılmasına izin veren Üçüncü Yönergede, anonim ortaklıkta sermayenin halihazırda denetlenmiş olmasından hareketle bu sermayenin yeni kuruluş yoluyla birleşmede tekrar denetlenmesine gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle devreden anonim şirketin ayni sermayesinin zaten denetlenmiş olması nedeniyle birleşme kapsamında ayni sermayenin kuruluş hükümlerine göre tekrar denetlenmesi gerekli görülmemiştir.

Genel hükümlere göre gerçekleşen ayni sermaye denetiminin güncelliğinin sağlanabilmesi içinse Üçüncü Yönergede ara bilanço yükümü öngörülmüştür. Buna göre birleşme işlemlerinde esas alınan finansal tabloların altı ayı aşkın bir süre önce sona ermiş bir mali yıla ait olması halinde yeni finansal tabloların hazırlanmalı (m.11/f.1/b.c) ve bu finansal tablolar da genel hükümlere göre düzenlenmelidir (m.11/f.2).

b) Birleşme Raporu ve Birleşmenin Denetiminin Amacının Ortakların Korunması Olması

Birleşme raporu Üçüncü Yönergenin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre birleşme raporunda hisse mübadele oranı başta olmak üzere *birleşme sözleşmesi* açıklanmalı ve birleşmenin hukuki ve iktisadi temelleri ortaya konulmalıdır. Birleşmenin denetimine yer veren 10. maddeye göre ise bağımsız denetçiler, birleşme sözleşmesini incelemeli ve ortaklar için rapor hazırlamalıdır.

Sonuç olarak Üçüncü Yönergede birleşme raporu ve birleşmenin denetimi ile ayni sermayenin denetimi arasında ayırım yapılmıştır. Birleşmenin denetiminin amacı birleşmenin ortaklara etkisinin değerlendirilmesi olduğu için denetim raporunun muhatabı da ortaklardır.

C. Alman Hukukunda

Birleşmeye taraf olabilecekleri anonim ortaklıklarla sınırlı tutan Üçüncü Yönergeden farklı olarak, yukarıda da açıklandığı üzere Alman UmwG'ye göre değişik türde hukuk subjeleri birleşmeye taraf olarak katılabilmektedir. Bu nedenle Türk ve İsviçre hukuklarındaki

tartışmaların farklı bir açıdan değerlendirilebilmesi amacıyla, çalışmamızın bu başlığı altında söz konusu Yönergenin rapor ve denetim ile ilgili hükümlerinin Alman hukukunda ne şekilde uyarlandığı incelenecektir.

a) Birleşme Raporu ve Birleşmenin Denetiminin Amacının Ortakların Korunması Olması

Alman hukukunda birleşme raporunu düzenleyen UmwG m.8, bu Kanunun birleşmeye uygulanacak genel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının birinci kısmında (m.2 ila m.38) yer almaktadır. UmwG m.8/f.3'e göre birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarının tümünün birleşme raporu düzenlenmesinden vazgeçmesi veya devreden şirketin tüm hisselerinin devralan şirketin elinde bulunması halinde, birleşme raporu düzenlenmesi zorunlu değildir. Bu düzenlemede şirketin türü ya da ölçeği bakımından herhangi bir ayrıma yer verilmemiştir. Birleşme raporunda; birleşme sözleşmesinin, pay değişim oranının veya devralan ortaklıktaki ortaklık haklarının ve ortaklara önerilen nakdi tazminatın miktarının hukuki ve ekonomik açıdan değerlendirilmesi öngörülmüştür (UmwG m.8/f.1).

Görüldüğü üzere Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda birleşme raporunun kapsamı, ortaklık haklarının korunmasına ilişkin konularla sınırlandırılmıştır.

Alman hukukunda birleşme raporunun ortakların korunması amacına hizmet ettiğini gösteren bir diğer düzenleme ise UmwG m.41'de yer almaktadır¹⁸⁷. Buna göre tüm ortakların şirketi yönetme yetkisine sahip olduğu şahıs şirketlerinin katıldığı bir birleşmede, bu şirket bakımından birleşme raporu düzenlenmesinin zorunlu olmadığı hükme bağlanmıştır. Ortakların tümünün yönetim hakkına sahip olmaması halinde birleşme raporunun düzenleneceği açıktır.

UmwG'nin birleşmenin denetimini düzenleyen 9. maddesinin 1. fıkrasında bu kanunda öngörüldüğü sürece *birleşme sözleşmesinin* denetlenmesinin zorunlu olduğuna hükmedilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrasında ise devreden şirketin bütün paylarının devralan şirketin elinde bulunması ve bu hisselerin söz konusu şirketin devralınmasını ilgilendirmesi halinde, birleşmenin denetiminin gerekli olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca birleşmeye katılan şirketlerin ortaklarının tümünün denetimden vazgeçmesi halinde de denetiminin gerekli olmadığı düzenlenmiştir (f.3).

¹⁸⁷ Ganske, s.78.

Birleşme sözleşmesi yanında birleşme raporu ve birleşmeye esas teşkil eden bilançonun da denetimin konusunu oluşturduğu Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda denetimin konusu birleşme sözleşmesidir.

Denetim raporunu düzenleyen UmwG m.12/f.2'ye göre bu raporda pay değişim oranı, söz konusu olması halinde denkleştirme akçesinin veya devralan şirketteki ortaklık haklarının karşılık oluşturmak bakımından uygun olup olmadığı açıklanmalıdır. Bu amaç doğrultusunda raporda değişim oranının hangi yönteme göre tespit edildiğinin, bu yöntemin neden uygun olduğunun, diğer yöntemlerin uygulanmasının pay değişim oranına veya tahsis edilen karşılığa etkisinin ve işletme değerlemesinde karşılaşılan güçlüklerin değerlendirileceği ifade olunmuştur.

Görüldüğü üzere Alman hukukunda denetim raporunun kapsamı birleşmenin ortaklara etkisinin değerlendirilmesi ile sınırlandırılmıştır. Nitekim UmwG m.12/f.3'de de birleşmeye katılan şirketlerin ortakların tümünün denetimden vazgeçmesi şartına bağlı olarak denetim raporu düzenlenmemesine izin verilmiştir (UmwG m.12/f.3). Bu konuda Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, denetim raporu düzenlenmemesine ilişkin istisna küçük ölçekli şirketlerle sınırlandırılmamıştır. Bununla birlikte ortakların aynı zamanda yönetici de olduğu şahıs şirketlerinin birleşme raporu düzenlemesinin gerekli olmadığı öngörülmüştür.

b) Birleşmede Ayni Sermayenin Denetimi

ba) Kuruluş Hükümlerinin Uygulanması

Alman hukukunda birleşmenin denetlenmesinde, birleşme bilançosunun denetim dışında tutulmuş olması birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarının değerinin ne şekilde tespit edileceği, dolayısıyla ayni sermaye denetiminin ne şekilde sağlanacağı sorusunu akla getirmektedir. UmwG m.36'da bu kanundan aksi anlaşılmadıkça, yeni şirketin kuruluşuna bu şirket için geçerli olan kuruluş hükümlerinin uygulanacağı ve asgari kurucu sayısına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

bb) Sermaye Şirketlerinin Devreden Olarak Katıldığı Birleşmelerde Kuruluş Raporu Düzenlenmesinden ve Kuruluşun Denetlenmesinden Muafiyet

Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman hukukunda, kuruluşla ilişkin ayni sermaye hükümlerinin kural olarak birleşmede de uygulanacağı kabul edilmek suretiyle birleşme bilançosunun kuruluş hükümleri vasıtasıyla denetlenmesi sağlanmıştır. Buna karşılık anonim ortaklıkların katıldığı birleşmelere ilişkin UmwG m.75'de ve limited ortaklıkların katıldığı birleşmelere ilişkin UmwG m.58/f.2'de devreden şirketin sermaye şirketi olması

halinde, kuruluş raporu düzenlenmesinin ve kuruluşun denetlenmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir¹⁸⁸.

Anonim ve limited şirketlerin devreden şirket olarak katıldığı birleşmelerde neden bu tür bir istisnaya yer verildiği üzerinde durulmalıdır. Söz konusu düzenlemelerin gerekçesine göre sermaye şirketlerinde öngörülmüş olan kuruluşun denetimi ile sermayenin temini ve korunması konusundaki genel hükümler, şirketin malvarlığı içinde yer alan aynı sermayenin korunduğu hususunda garanti teşkil etmektedir¹⁸⁹. Öğretide ise bu gerekçenin ikna edici olmadığı vurgulanarak¹⁹⁰ devreden şirketin kuruluşunda itibari sermayenin temin edilmiş olmasının yeni kuruluş yoluyla birleşmede işletmenin değeri hakkında fazla bir şey söylemeyeceği, emredici nitelikteki sermayenin muhafazası hükümlerinin de devreden şirketin başlangıçtaki malvarlığının kayıplar vasıtasıyla tüketilmiş olması ihtimalini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir¹⁹¹. Sermaye şirketlerinin birleşmesinde aynı sermaye raporundan ve aynı sermayenin denetiminden vazgeçilmiş olması, bu şirketlerin birleşmesinde UmwG m.17'ye¹⁹² göre devreden şirket tarafından sunulması gereken kapanış bilançosunun kural olarak denetlenmiş olmasına ve bu suretle sicil mahkemesine devreden şirketin malvarlığının değeri hakkında güvenilir bilgi sunulmasına dayandırılmaktadır¹⁹³.

bc) Şahıs Şirketlerinin Devreden Sermaye Şirketlerinin Devralan Olarak Katıldığı Birleşmelerde Kuruluş Raporu Düzenlenmesi ve Kuruluşun Denetlenmesinin Zorunlu Olması

UmwG'nin genel hükümler kısmındaki m.36'da, bu Kanundan aksi anlaşılmadıkça yeni şirketin kuruluşuna bu şirket için geçerli olan kuruluş hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş iken, bu kanunun özel hükümler kısmının şahıs şirketlerinin birleşmesini hükme bağlayan 39 ila 45e maddelerinde şahıs şirketlerinin katıldığı birleşmelerde uygulanacak kuruluş hükümleri bakımından herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle birleşmede, devreden şirketin sermaye şirketi olması halinde kuruluş raporu düzenlenmesinin ve kuruluşun denetlenmesinin gerekli olmadığı yolundaki düzenleme (UmwG m.58, m.75)

¹⁸⁸ Söz konusu maddelerin 1. fıkrasına göre kuruluş raporunda şirketin konumu ve şirket işlerinin gidişatı hakkında da bilgi verilmesi zorunludur.

¹⁸⁹ Ganske, s.105.

¹⁹⁰ Ihrig, Hans- Christoph: Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung bei Verschmelzung und Spaltung, GmbHR 9/1995, s.628 vd.

¹⁹¹ Winter, Martin: Lutter-UmwG, m.58 N.7

¹⁹² Bu maddeye göre devreden şirketin merkezindeki Ticaret Sicili'ne tescil için yapılan başvuruya bu şirketin kapanış bilançosu da eklenmelidir. Yıllık bilanço ve bu bilançonun denetimi hakkındaki kurallar söz konusu bilanço için de geçerlidir. Bu bilançonun ilanına gerek yoktur. Sicil hakiminin birleşmeyi tescil edebilmesi için kapanış bilançosu tescil için yapılan başvuru tarihinden en çok 8 ay önce düzenlenmiş olmalıdır.

¹⁹³ Kapanış bilançosu vasıtasıyla bilançonun devamının, alacaklıların ve aynı sermaye denetiminin sağlandığı yönünde bkz. Bork, Walter: Lutter-UwG, m.17 N.4.

şahıs şirketleri için kabul edilmemiştir. Dolayısıyla şahıs şirketlerinin devreden, sermaye şirketlerinin devralan olarak katıldığı birleşmelerde genel hükümlere göre kuruluş raporu hazırlanması ve kuruluşun denetlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Nitekim UmwG'nin şahıs şirketlerinin katıldığı tür değiştirmelerde sermayenin muhafazasını düzenleyen 220. maddesinde de¹⁹⁴ anonim şirket olarak tür değiştirilmesi halinde kuruluş denetiminin anonim şirketlerde denetimi düzenleyen AktG m.33/f.2'ye göre gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere Alman hukukunda benimsenmiş olan çözüm kendi içinde tutarlılık arz etmektedir. Zira birleşme raporunu ve birleşmenin denetimini düzenleyen hükümler ile kuruluş raporu ve kuruluşun denetimi hükümlerine yapılan atıflar farklı fonksiyonlara sahiptir.

Kuruluş raporu ve kuruluşun denetimi yukarıda da belirtildiği gibi özellikle aynı sermayeye, devralınan ayınlara ve sağlanan özel menfaatlara ilişkin açıklamaları içermesi nedeniyle alacaklıyı koruyucu işlevi de haizdir. Sermayenin muhafazasına ilişkin denetim, birleşmenin denetimi dışında aynı sermayeye ilişkin genel hükümler ve birleşme kapsamında genel hükümlere göre düzenlenmesi gerekebilen kapanış bilançosu (UmwG m.17)¹⁹⁵ vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

Sermayenin doğruluğuna ilişkin söz konusu denetimden vazgeçilebilmesi konusunda ortaklara oybirliği ile de olsa herhangi bir tasarruf yetkisi tanınmamış olması özellikle dikkati çekmektedir. Birleşme raporu ve birleşmenin denetimine ilişkin hükümler, Alman hukukunda alacaklının kurumsal olarak korumasının aracı niteliği taşımamaktadır. Nitekim bu hükümlerin kapsamı da ortakları ilgilendiren konularla sınırlı tutulmuştur. Birleşmeye katılan şirketlerin ortakların tümünün onayının varlığı halinde ise birleşme raporu düzenlenmesi ve denetim zorunlu tutulmamış olması da birleşme raporuna ve birleşmenin denetimine alacaklıyı koruyucu işlev tanınmadığını göstermektedir¹⁹⁶.

Sonuç olarak sermaye şirketlerinin katıldığı birleşmelerde kuruluş raporu ve kuruluşun denetiminden muafiyetin sebebi, birleşme raporu hazırlanması ve birleşmenin denetlenmesi değildir. Aksine bir taraftan sermaye şirketlerinde sermayenin muhafazasını teminat altına

¹⁹⁴ Tür değiştirmede uygulanacak genel hükümler kısmında yer alan ve uygulanması gereken kuruluş hükümleri başlığını taşıyan m.197'de ise UmwG'den aksi anlaşılmadıkça tür değiştirmeye yeni kurulacak hukuki tür için geçerli olan kuruluş hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

¹⁹⁵ Dolayısıyla yıllık bilançonun düzenlenmesinden itibaren 8 aylık süre dolmamış ise devreden şirketin bu bilançoğu da kapanış bilançosu olarak sunması mümkündür bkz. Bork, Lutter-UmwG, m.17 N.6. Karş. TTKT m.144.

¹⁹⁶ Schmidt, Gläubigerschutz, s.375.

hükümler diğer taraftan son bilanço tarihinden itibaren belli bir sürenin geçmesi halinde yeni bir kapanış bilançosu düzenlenmesini öngören düzenlemeler böyle bir muafiyete gerekçe teşkil etmektedir.

D. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Mevzuat Birleşme Kanunu'na İlişkin Görüş ve Öneriler

a) Denetiminde Kapsam Sorunu

aa) Birleşmede

Yukarıdaki açıklamalar karşısında birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşmeye esas oluşturan bilançonun denetiminin şart olduğunu öngören TTKT m.148/f.1'in denetimin hangi belgeler üzerinde yapılacağını düzenlediği kabul edilmelidir. TTKT m.148/f.3'de ise denetim raporunun zorunlu içeriği düzenlenmiştir.

TTKT m.144'de birleşme sözleşmesinin imzalandığı tarih ile bilanço günü arasında 6 aydan fazla bir zaman geçmesi veya son bilançonun çıkarılmasından sonra, birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişiklikler meydana gelmesi halinde¹⁹⁷ birleşmeye katılan şirketlerin bir ara bilanço çıkarmasının zorunlu olduğu ve bu ara bilançoya yıllık bilançoya ilişkin hüküm ve ilkelerin uygulanacağını öngörülmüş olması, birleşme bilançosunun esas itibarıyla genel hükümlere göre denetlenmiş bir bilançoya dayandığını ortaya koymaktadır¹⁹⁸. Dolayısıyla TTKT m.148/f.1'de yer alan 'birleşmeye esas oluşturan bilanço' ifadesi yeni bir bilanço düzenleme yükümü olarak nitelendirilemez¹⁹⁹. Buradan hareketle TTKT m.144'ün birleşmede devralan veya yeni kurulan şirketin sermayesinin muhafazası amacını taşıdığı anlaşılmaktadır²⁰⁰. TTKT m.144'deki sebepler mevcut olmadıkça birleşmenin denetimi çerçevesinde aynı içerikte bir denetimin tekrar yapılması gereksiz yere hem zaman hem de masraf israfına yol açacaktır. Bu ise kanun koyucunun yeniden yapılanmaların kolaylaştırılması amacına ters düşmektedir²⁰¹. Bu nedenle birleşme

¹⁹⁷ V-FusG m.11'de ise sadece birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarih ile bilançonun düzenlendiği tarih arasında 6 aydan fazla bir sürenin geçmiş olmasının ara bilanço yükümüne yol açması öngörülmüştü. FusG m.11'de malvarlığında meydana gelen önemli değişikliklerin de ara bilanço düzenleme yükümüne yol açacağını öngörülmüş olması, yeni kurulan veya devralan şirketin sermayesinin korunması amacını taşımaktadır. Zira söz konusu hükme aykırılık sorumluluk davasına yol açabilir.

¹⁹⁸ Hirsiger, s.160; Hasler, s.107.

¹⁹⁹ Karş. Hasler, s.107 dn.-467.

²⁰⁰ Schneller, s.143, s.254 dn.1553; Diem, BSK-FusG, m.11 N.1. Son bilançoda dikkate alınmamış olan önemli nitelikteki olumlu ve olumsuz değişiklikler ara bilanço düzenleme yükümüne yol açmalıdır (Diem, m.11 N.11 ve 12). Arabilanço çıkarılması yükümünün yönetim kurulunu yıllık faaliyet raporu çıkarmakla da yükümlü kıldığı yönünde Schneller, s.146; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.224.

²⁰¹ TTKT m.150/f.1'de birleşmeye katılan şirketlerden birinin aktif veya pasif varlıklarında, birleşme sözleşmesinin imzası tarihiyle bu sözleşmenin genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında önemli değişiklikler meydana gelmişse, yönetim organının bu durumu kendi genel kuruluna ve birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarına yazılı olarak bildireceği hükme bağlanmıştır. Malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikler ara

bilançosunun sadece genel hükümlere göre denetlenmiş bilançolara uygun olup olmadığı, ara bilanço çıkarılmasının gerekli olup olmadığı açısından denetime tabi tutulması söz konusu olabilir.

Birleşme raporu ve birleşme sözleşmesi ise sadece yetkili organlar tarafından hazırlanıp hazırlanmadıkları ve kanunda sayılmış olan zorunlu unsurları içerip içermedikleri (TTKT m.146 ve m.147) açısından denetlenmelidir. Bu şekilde yapılacak bir ön denetimden sonra birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşme bilançosu TTKT m.148/f.3'deki hususlar açısından denetime tabi tutulmalıdır. Raporun içeriğinin söz konusu fıkra da sayılanlarla sınırlandırılmış olması, denetçilerin sorumluluğunun da sınırlandırılmış olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Bu tür bir yorum söz konusu belgelerin ön incelemeye tabi tutulması görüşüyle de uyumludur. Zira bu tür bir ön inceleme, denetim yükünün uzantısı değil işin niteliği gereği gösterilmesi gereken özenin sonucudur. Denetçilerin sorumluluğu da bu ön inceleme ve TTKT m.148/f.3'e göre raporun içeriği ile sınırlı olmalıdır.

ab) Tür Değiştirmede

Tür değiştirmenin denetiminde ise birleşmeye atıfta bulunulmamış, şirketin *tür değiştirme planını, tür değiştirme raporunu ve esas alınan bilançoyu* denettireceği ayrıca düzenlenmiştir (TTKT m.187/f.1). Tür değiştirmede birleşmeden farklı olarak devralan veya yeni kurulan ortaklığın ortaklık haklarının devreden ortaklığın ortaklarına tahsisi söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle ortaklık haklarının değişimi gerçekleşmemektedir.

Tür değiştirmede denetimin kapsamı ilgili olarak TTKT m.187/f.3'de işlem denetçisinin tür değiştirmeye ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini, bilançonun gerçeğe uygun olup olmadığını ve tür değiştirmeden sonra ortakların hukuki durumlarının korunup korunmadığını incelemek ve değerlendirmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Bilançonun gerçeğe uygunluk denetiminin de denetimin kapsamında sayılmış olması, birleşmenin denetiminde savunduğumuz görüşten farklı olarak tür değiştirmede aynı sermaye denetiminin mi öngörülmüş olduğu sorusunu düşündürmektedir. TTKT m.187/f.3'ün kaynağı olan Birleşme Kanunu m.62/f.4'de ise denetçinin tür değiştirmenin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini, özellikle de ortakların hukuki durumunun tür değiştirmeden sonra da muhafaza edilip edilmediğini denetlemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. TTKT'nin

bilanço düzenlenmesi yükümlüne yol açacağı için bu düzenlemenin amacı, birleşme sözleşmesi taraflarının dürüstlük kuralına uyun olarak birbirlerini haberdar etmelerinin sağlanmasıdır (Schneller, s.189). Devralan şirkette tanınan pay sahipliği haklarının devredilen malvarlığının değerine uygun olup olmadığının görülmesini mümkün kılan by hükmün dolaylı olarak alacaklının korunması amacını da taşıdığı yönünde bkz. Combeuf, SHK, m.17 N.2.

anılan hükmünün gerekçesinde bu hükümle ilgili olarak birleşme ve bölünmeye ilişkin hükümlerde yapılan açıklamalara bakılması gerektiği ifade edilmiştir²⁰².

Gerek TTKT'nin yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerinin benzer düzenlemelerinin paralel bir şekilde uygulanmasının sağlanması, gerekse gerekçe ve meaza uygun yorum, tür değiştirmede de bilançonun denetiminin aynı sermayenin denetimi şeklinde anlaşılmamasını gerektirmektedir. Zira bu hususta birleşme için ileri sürdüğümüz görüşler tür değiştirmede de geçerli sayılmalıdır.

b) Yeniden Yapılanmada Aynı Sermayenin Denetlenmesi

Birleşmede denetimin kapsamına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda aynı sermaye denetiminin TTKT m.144 vasıtasıyla sağlandığı sonucuna ulaşılmıştı. Bu sonuç, birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin, kurucular beyanının ve kuruluşun denetiminin ikamesi olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin, aynı sermayenin denetimi vasıtası olmaması, söz konusu rapor ve denetimin kurumsal alacaklı korumasının aracı olmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira söz konusu düzenlemelerin içeriği, birleşmede alacaklılara inceleme hakkının tanınmış olması ve küçük ölçekli şirketler dışında birleşme raporun ve birleşmenin denetiminden vazgeçmenin mümkün olmaması bu sonucun kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir mesele de Türk ve İsviçre hukuklarında, yeni kuruluş yoluyla birleşme, bölünme ve tür değiştirmede şirket türleri ve ticari işletmelerin katıldığı birleşmeler açısından hiç bir ayırım yapılmaksızın aynı sermaye hakkındaki hükümlerin uygulanmayacağına öngörülmüş olmasıdır. Birleşme raporu ve birleşmenin denetiminin aynı sermayeye ilişkin düzenlemelerin ikamesi olmadığı, aynı sermaye denetiminin esasen son bilançoların denetimi ve TTKT m.144'deki²⁰³ ara bilanço vasıtasıyla sağlandığı²⁰⁴ yönündeki görüşümüz şahıs şirketlerinden sermaye şirketine tür değiştirme sonucuna yol açan yeniden yapılanmalarda aynı sermaye denetiminin ne şekilde sağlanacağı sorusunu akla getirmektedir. Şahıs şirketleri ve sermaye şirketlerinde bilanço ve denetime ilişkin hususların farklı esaslara tabi olduğu dikkate alındığında, şahıs şirketinin yeniden yapılanma yoluyla sermaye şirketine dönüşmesi alacaklıların ve diğer mefaat sahiplerinin korunması bakımından risk yaratabilecektir. Özellikle yeniden yapılanmanın denetiminin

²⁰² Gerekçe, s.469.

²⁰³ Karş. Birleşme Yönergesi m.11.

²⁰⁴ Son yıllık bilançodaki değer ve sonuçların birleşme bilançosuna esas teşkil ettiği yönünde bkz. Gerekçe, s.452; Schneller, s.138. Denetlenmiş ara bilançonun varlığı halinde aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağı görüşü için bkz. von Salis, N.7.18 (T II). Değişim oranlarının tespitinde malvarlığı değerlemesi için şirketlerin bilançolarına önemli bir rol düştüğü yönünde bkz. BtschftFusG, s.4405.

birleşme bilançosunun maddi anlamda tamlık ve doğruluk açısından denetlenmesi anlamına gelmediği kabul edildiğinde söz konusu risk açıkça görülmektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere Alman hukukunda anonim ortaklıkların katıldığı birleşmelerde, UmwG m.75/f.2’de yeni kuruluşa devreden ortaklığın sermaye şirketi veya sicile kayıtlı kooperatif olması halinde kuruluş raporu ve kuruluş denetiminin gerekli olmadığının, UmwG m.69’da da sermaye artırımında aynı sermaye denetiminin sadece devreden şirketin şahıs şirketi olması halinde gerekli olduğunun düzenlenmiş olması, görüşümüzün karşılaştırmalı hukuka uygun olduğunu göstermektedir.

Bu bağlamda TTKT’den farklı olarak, Birleşme Kanunu m.15/f.1’in *devralan şirketin sermaye şirketi veya sınırlı sorumlu kooperatif olması halinde* birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşme bilançosunun denetiminin zorunlu olduğu yolundaki hükmü de değerlendirilmelidir. Bize göre mehzadaki bu düzenleme ile Alman hukukunun açıklanan hükümleri arasında kıyas yapılması mümkün değildir. Zira İsviçre hukukunun söz konusu düzenlemesi birleşmeye özgü denetime, Alman hukukunun söz konusu hükümleri ise aynı sermaye denetimine ilişkindir. Birleşme Kanunu m.15’in *devralan şirketin sermaye şirketi veya sınırlı sorumlu kooperatif olması halinde* ifadesi ile getirdiği sınırlama, Alman hukukuna paralel bir düzenlemenin mi hedeflendiği sorusunu düşündürmektedir. Ancak birleşmenin denetimi zorunluluğunun devralan şirketin sermaye şirketi olması koşuluna bağlanmış olması, mehz kanunun gerekçesinde aynı sermayeyle bağlantılı olarak değil ortakların ilişkilendirilerek açıklanmıştır²⁰⁵. Zira devreden şirketin sermaye şirketi mi yoksa şahıs şirketi mi olduğu hususu dikkate alınmamıştır. Aynı sermayenin denetimi gerekliliği ise tarafımızca savunulan görüşe göre devreden şirketin şahıs şirketi olması halinde kendini göstermektedir.

3. Yeniden Yapılanma Raporu ve Yeniden Yapılanmanın Denetiminden Muafiyet

A. Küçük Ölçekli Şirketlerde

a) Yeniden Yapılanma Raporundan ve Yeniden Yapılanmanın Denetiminden Vazgeçilebilmesi

TTKT m.147/f.4’de²⁰⁶, (FusG m.14/f.2) tüm ortakların onaylaması halinde küçük ölçekli şirketlerin²⁰⁷ birleşme raporu düzenlenmesinden vazgeçebileceği; TTKT

²⁰⁵ BtschftFusG,

²⁰⁶ TTKT m.169/f.4 bölünme için TTKT m.186/f.3 tür değiştirme için aynı yönde düzenleme öngörmektedir.

²⁰⁷ TTKT’ye göre bu Tasarının 1523. maddesinin 1.fıkrasında öngörülen üç ölçütten en az ikisini aşmayanlar küçük sermaye şirketi sayılmalıdır. Bu ölçütler şunlardır: a) Aktifte görülen zararın çıkarılmasıyla bulunan bilanço toplamı altımilyon Türk Lirası, b) Hesap döneminin bilanço gününden önceki oniki ay içindeki satışlar toplamı onikimilyon Türk Lirası, c) Yıllık ortalama çalışan sayısı elli kişi.

m.148/f.4'de²⁰⁸ (FusG m.15/f.2) ise tüm ortakların onaylaması halinde küçük ölçekli şirketlerin denetlemeden vazgeçebileceği belirtilmiştir. Küçük ölçekli şirketlerde rapordan ve denetimden muafiyete imkan tanınmış olmasının amacı, birleşme masraflarından tasarrufa imkan sağlamak suretiyle yeniden yapılanmaların teşvik edilmesidir²⁰⁹. Bununla birlikte söz konusu düzenlemeler, bu hususta herhangi bir istisnaya yer vermeyen Üçüncü Yönergenin 10. maddesine aykırıdır.

Küçük ölçekli şirketler bakımından öngörülen bu istisnanın uygulanması için katılan şirketlerin tümünün küçük ölçekli şirket olması şart değildir. Böyle bir durumda istisna sadece küçük ölçekli şirket için geçerli olacaktır²¹⁰. Ancak bu tür bir birleşmede küçük ölçekli şirketlerin ortaklarının oybirliği ile rapor, denetim ve inceleme hakkına ilişkin hükümlerinin uygulanmasından vazgeçmeleri, katılan diğer şirketlerin inceleme hakkı sahiplerini de etkilemektedir²¹¹.

b) Vazgeçme Halinde Ayni Sermayeye İlişkin Genel Hükümlerin Uygulanmasının Gerekli Olmaması

Yukarıda gerek yeni kuruluş gerekse devralma yoluyla yeniden yapılanmalarda ayni sermaye konulmasını düzenleyen genel hükümlerin uygulanmayacağı açıklanmıştı. Bu konuyla bağlantılı olarak öğretilde, küçük ölçekli şirketlerde yeniden yapılanmada rapor ve denetimi düzenleyen hükümlerin uygulanmasından oybirliği ile vazgeçilmesi halinde, ayni sermayeye ilişkin genel kuralların uygulanmasının gerekli olup olmadığı tartışılmaktadır.

İsviçre öğretisinde ağırlıklı olarak, yeniden yapılanmada ayni sermayeye ilişkin genel hükümlerin uygulanmayacağını öngören kuralların (TTKT m.142/f2, m.143; FusG m.9/f.2; m.10) uygulanabilmesi için, yeniden yapılanma raporunun düzenlenmesi ve yeniden

TTKT m.1523/f.6'ya göre tür değiştirmede ve yeni kuruluş yoluyla birleşmelerde, şirketin konumu, tür değiştirmenin veya birleşmenin gerçekleşmesinden sonraki ilk bilanço gününde, bu maddenin birinci, ikinci veya üçüncü fıkralarında yer alan şartlara göre belirlenmelidir. Bu maddede bölünmeden söz edilmemiştir.

Bu hükümde bölünmeden söz edilmemiştir. Bununla birlikte bölünmenin denetiminde TTKT m.148 kıyasen uygulanmakta dolayısıyla küçük şirketlerde denetimden vazgeçilmesi mümkün olmaktadır. Böyle bir durumda da bize göre TTKT m.1523/f.6 yeni kuruluş yoluyla bölünmeye de kıyasen uygulanmalıdır.

Ölçeklerine göre ticari işletmelerin ne şekilde sınıflandırılacağına ise TTKT m.1522'de yer verilmiştir. Dolayısıyla ticari işletme işletmek amacıyla kurulan şahıs şirketlerinin ölçeği TTKT m.1522'ye göre belirlenmelidir. Söz konusu maddeye göre küçük ve orta ölçekli ticari işletmeleri tanımlayan ölçütler, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenecektir. TTKT m.148'de, FusG m.15'den farklı olarak şahıs şirketlerinin de birleşmeyi denetlettirmesi öngörüldüğü için TTKT m.1522'ye başvuru söz konusu olabilecektir.

²⁰⁸ TTKT m.170 bölünme için, TTKT m.187/f.4 tür değiştirme için aynı yönde düzenleme öngörmektedir.

²⁰⁹ Combeuf, SHk, m.14 N.33.

²¹⁰ Gelzer, ZK-FusG, m.14 N.7.

²¹¹ Bkz. 4.Blm./V/2/A/c

yapılanmanın denetlenmesi gerektiği savunulmaktadır²¹². Bu görüşe göre aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağına dair düzenlemeler, amaçsal indirgeme yoluyla sınırlandırıcı bir yoruma tabi tutulmalıdır. Buna göre de küçük ölçekli şirketlerin yeniden yapılanmasında ve sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış usulde birleşmesinde, yeniden yapılanma raporundan ve yeniden yapılanmanın denetiminden vazgeçilebilmesi için yeniden yapılanmanın türüne göre, kurucular beyanı ve işlem denetçisi raporu veya yönetim kurulu beyanı ve denetleme raporuna ilişkin genel hükümlere riayet edilmiş olmalıdır²¹³.

Bu görüşe karşı, böyle bir yorumun, ancak yeniden yapılanmada rapor ve denetiminin doğrudan veya dolaylı olarak alacaklıyı koruyucu fonksiyonu haiz olması halinde kabul edilebileceğini ifade eden²¹⁴ *Kühni*, yeniden yapılanmada rapor ve denetiminin koruma amacının ne olduğu sorusunun uygulama açısından büyük önem taşıdığına dikkat çekmektedir²¹⁵. Yazara göre küçük ölçekli şirketlerin birleşmesinde ve sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış usulde birleşmesinde, genel hükümlere göre aynı sermayeye ilişkin beyan ve denetim yükümlerinden muafiyete izin verilmiş olması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak algılanmalıdır²¹⁶. *Diem, Hasler ve von Salis* de aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerin küçük ölçekli şirketlerin birleşmesinde uygulanmayacağını savunmaktadır²¹⁷. Bu bağlamda bir çok halde aynı sermayeye ilişkin değerlemeler, denetlenmiş bir bilançoya dayanacağı için birleşme çerçevesinde aynı sermaye denetiminin gereksiz olacağı ifade edilmiştir²¹⁸.

Küçük ölçekli şirketlerin yeniden yapılanmasında, yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetiminden vazgeçildiğinde, aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerin uygulanmasının gerekli olup olmadığı açığa kavuşturulmalıdır. Bu açıklık, Ticaret Siciline tescile²¹⁹, yeniden yapılanmanın iptaline (TTKT m.192) ve sorumluluğa (TTKT

²¹² Combeuf, SHK, m.14 N.23; Combeuf, SHK, m.15 N.2; Gelzer, ZK-FusG, m.15 N.11; Albrecht, ZK-FusG, m.9 N.31; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.216 ve N.733; Bommer, SHK m.57 n.7 ZK m.57 n.28

²¹³ Yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerin azınlıkların ve alacaklıların korunması amacının böyle bir sonucu gerekli kıldığı yönünde Eugster, Karin: Die Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG, Zürich/St. Gallen 2006, N.184.

²¹⁴ Yeniden yapılanma raporu ve yeniden yapılanmanın denetiminin kurumsal açıdan alacaklının korunması amacını taşıdığı yönündeki görüşümüz karşısında yazarın bu gerekçesine katılmak mümkün değildir.

²¹⁵ Kühni, BSK-FusG, m.14 N.8.

²¹⁶ Kühni, BSK-FusG, m.14 N.8j.

²¹⁷ Diem, m.9 N.32; Hasler, s.94 ve 95.

²¹⁸ von Salis, N.7.18 (T II). Buna karşılık denetlenmiş bilançonun tek başına yeterli bir koruma sağlayamayacağı yönünde bkz. Eugster, N.184.

²¹⁹ Küçük ölçekli şirketlerde rapor ve denetimden muafiyet ile rapor ve denetimden kanuni muafiyete ilişkin belgelerin de tescil başvurusuna eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Combeuf, SHK, m.14 N.38; Combeuf, SHK, m.15 N.3.

m.193) ilişkin hükümlerin uygulamasında meydana gelebilecek sorunlar yönünden²²⁰ büyük önem taşımaktadır. Zira düzenlenmesi gereken raporun düzenlenmemiş olması iptal ve sorumluluk davalarına sebep teşkil edebilecektir.

Küçük ölçekli şirketlerde oybirliği ile yeniden yapılanma raporu düzenlenmesinden ve yeniden yapılanmanın denetiminden vazgeçilmesi halinde, aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerinin daha açık bir ifadeyle kurucular beyanı ve kuruluşun denetimine ilişkin düzenlemelerin uygulanmayacağı kabul edilmelidir. Aksi halde böyle bir kolaylığın öngörülmüş olması hiç bir anlam ifade etmeyecektir. Ayrıca yukarıda da açıklandığı üzere, aynı sermayenin denetimi, yeniden yapılanmada rapor ve denetimi düzenleyen hükümler vasıtasıyla değil, yeniden yapılanma bilançosuna esas teşkil eden bilançoların denetlenmiş olması vasıtasıyla sağlandığı için söz konusu muafiyetin aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerle ilişkilendirilerek tartışılması isabetli değildir.

B. Sermaye Şirketlerinin Kolaylaştırılmış Usulde Birleşmesinde

a) Kolaylaştırılmış Usulde Birleşmenin Şartları

Sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleştirilmesini düzenleyen TTKT **m.155/f.1**'de

—devralan sermaye şirketi devrolunan sermaye şirketinin oy hakkı veren bütün paylarına sahipse veya

— bir şirket ya da bir gerçek kişi veya kanun yahut sözleşme dolayısıyla bağlı bulunan kişi grupları birleşmeye katılan sermaye şirketlerinin oy hakkı veren bütün paylarına sahiplerse

kolaylaştırılmış şekilde birleşebilecekleri ifade olunmuştur.

TTKT m.156/f.1'e göre kolaylaştırılmış usulde birleşen söz konusu şirketler birleşme raporunu düzenlenmek (TTKT m.147), birleşme sözleşmesini denetletirmek ve (TTKT m.148) inceleme hakkını sağlamak (m.149) ile yükümlü değildir. Ayrıca birleşme sözleşmesinin genel kurul onayına sunulması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

TTKT m.155/f.2'de de devralan sermaye şirketinin devrolunan sermaye şirketinin tüm paylarına değil de oy hakkı veren paylarının en az yüzde doksanına sahip olması halinde, azınlık ortaklara devralan şirket payları yanında 141. maddeye göre şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir karşılık verilmesi tercihinin önerilmesi ve birleşmeden ek ödeme,

²²⁰ Kühni, BSK-FusG, m.14 N.8. Rapor eksikliği nedeniyle açılacak davalar ve davalar arasındaki yarışma hakkında bkz. Comboeuf, SHK, m.14 N.37.

herhangi bir şahsi edim yükümü ve şahsi sorumluluk doğmaması koşuluyla kolaylaştırılmış birleşmenin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. Bu şirketlerin de birleşme raporu düzenleme ve birleşme sözleşmesini genel kurula sunma yükümü bulunmamakla birlikte inceleme hakkının birleşmenin tescilinden 30 gün önce sağlanması gerekmektedir (TTKT m.156/2).

TTKT m.155'in gerekçesinde, sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış yolla birleşmesini düzenleyen bu maddenin kıyas yoluyla şahıs şirketlerine uygulanamayacağı ve birleşmenin, alacaklıların haklarının zarara uğraması olasılığı yoksa kolaylaşmakta olduğu ifade olunmuştur²²¹. Bununla birlikte alacaklı haklarının zarar uğraması olasılığının olmaması ile neyin kastedildiği belirtilmemiştir. İsviçre Birleşme Kanununun paralel maddelerine ilişkin gerekçede ise konu ortakların hakları ile ilişkilendirilmiştir. Buna göre bazı birleşme durumları ortakların korunmasını gerektirecek bir risk içermediği için ortakların haklarının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasının gereksiz hale geldiği belirtilmiştir²²².

b) Ayni Sermayeye İlişkin Genel Hükümlerin Uygulanmasının Gerekli Olmaması

TTKT m.155/f.2'ye göre birleşmelerin sermaye artırımına yol açması halinde TTKT m.142/F.2 uyarınca ayni sermaye hükümlerinin uygulanmayacağı yolundaki istisnanın geçerli olup olmayacağına da değinilmelidir. Konu İsviçre öğretisinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre birleşme raporundan muafiyet halinde ayni sermaye hükümleri uygulanmalıdır²²³. Karşı görüşe göre ise ortakların haklarının korunması amacıyla gerçekleştirilen sermaye artırımlarında ayni sermaye hükümleri uygulanmamalıdır²²⁴.

Bir başka görüşe göre ise, kolaylaştırılmış usulde birleşmede birleşme yoluyla devredilen malvarlığına ilişkin değerlemenin, yönetim kurulu beyanı ve denetim raporu vasıtasıyla sağlanan garantiyi taşımaması itibari sermayenin güvenilirliğini olumsuz etkilemekle birlikte, devreden şirketin malvarlığından karşılanan sermaye artırımlarında ayni sermayeye ilişkin genel hükümler uygulanmamalıdır²²⁵. Bu görüşe göre ayni sermaye hükümlerinin uygulanmayacağı kuralı, küçük ölçekli şirketlerin katıldığı birleşmelerde

²²¹ Gerekçe, s.456.

²²² BtschtFusG, s.4422; BgltrchtV-FusG, s.34. Aynı yönde Wolf, Mathias: BSK-FusG, m.23 N.1.

²²³ Comboeuf, SHk, m.14 N.36.

²²⁴ Bommer, SHk, m.24 N 3 ve m.9 N 14; Burckhardt, Sebastian: ZK-FusG, m.24 N.6

Kolaylaştırılmış birleşmede birleşme raporu ve birleşmenin denetiminden muafiyet yanında ayni sermayeye ilişkin genel hükümlerin uygulanmamasının, bu hükümler alacaklıların korunması amacına da hizmet ettiği için adil olmayacağı yönünde von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.216.

Bommer'in görüşünün (Bommer, SHk, m.24 N 3) eleştirisi için bkz. Albrecht, ZK-FusG, m.9 N. 30. Buna karşılık Albrecht küçük ölçekli şirketlerin birleşmesinde birleşme raporu ve birleşmenin denetiminden vazgeçilmesi halinde alacaklıların korunması bakımından ayni sermayeye ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir bkz. Albrecht, ZK-FusG, m.9 N. 31.

²²⁵ Wolf, BSK-FusG, m.24 N.4; Diem, BSK-FusG, m.9 N.32; von Salis, N.7.5 (T II).

ortakların rızasına bağlı istisna yanında sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış usulde birleşmesi için de geçerli olmalıdır²²⁶. Bu görüş, söz konusu kuralın amaçsal indirgeme yoluyla geçerliliğinin sınırlandırılmayacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir²²⁷. Ayrıca birleşme sürecinin kolaylaştırılması için uygulanmayacağı öngörülen birleşme raporu ve birleşmenin denetimine ilişkin hükümlerin alacaklıların değil ortakların korunması amacını taşıdığını, teminat istemi vasıtasıyla korunan eski alacaklıların başkaca bir korumaya ihtiyaç duymadığı belirtilmektedir²²⁸. Bununla birlikte küçük ölçekli şirketlerin birleşmesinde tanınan istisnaların ve sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış usulde birleşmesinin, itibari değer altında hisse senedi ihracı yoluyla yeni alacaklıların olumsuz etkilenmesi tehlikesini içerdiği savunulmaktadır²²⁹.

Alacaklıların korunması amacının sermaye artırım yükümüne yol açmayacağı yolundaki görüş eleştiriye açıktır. Her ne kadar hukuki bir yüküm olarak öngörülmemiş olsa da birleşen şirketlerin borç toplamalarının fiilen böyle bir yüküme yol açması ihtimal dahilindedir. Bunun yanında, itibari sermaye rakamının alacaklı için güvence teşkil etmesi karşısında, teminat gösterme yükümünden kurtulmak isteyen şirketin sermaye artırımını tercih etmesi de olasıdır. Bu bağlamda eski alacaklıların teminat dışında başka bir korumaya ihtiyaç duymadığı yolundaki açıklamaya da katılmak mümkün değildir. Sermayenin korunmasının gerek eski alacaklıların gerekse potansiyel alacaklıların menfaatine olduğu açıktır.

Kanımca sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış yolla birleşmesinde aynı sermaye hükümlerinin uygulanmaması, sermaye şirketlerinde bağımsız denetim hükümlerinin uygulanıyor olması ve birleşmede arabilaço yükümünün öngörülmüş olması ile açıklanabilir.

V. DEVRALMA YOLUYLA BİRLEŞME ve BÖLÜNME HÜKÜMLERİNE GÖRE ARTIRILABİLECEK SERMAYE MİKTARININ BELİRLENMESİ

1. Genel Hükümlere Göre Sermaye Artırımında Alacaklının Korunması

Sermayenin artırılmasına ilişkin TTKT m.456 vd. hükümlerinde, sermayenin muhafazası bakımından kuruluş hükümleri ile paralellik sağlanmıştır²³⁰. Sermayenin artırılabilmesi için nakdi bedellerin tamamen ödenmesi, yönetim kurulunun beyan yükümü, denetleme raporu düzenlenmesi, nakdi ve aynı sermaye taahhütlerinde kuruluş hükümlerine

²²⁶ Wolf, BSK-FusG, m.24 N.4.

²²⁷ BtschftFusG, s.4404.

²²⁸ Wolf, BSK-FusG, m.24 N.5.

²²⁹ Wolf, BSK-FusG, m.24 N.5.

²³⁰ İsviçre hukukunda Borçlar Hukuku Kapsamında Anonim Şirketler Hukuku ve Bilanço Hukukunun Revizyonuna İlişkin 2 Aralık 2005 tarihli Öntasarıda, anonim şirketin sermaye yapısı ve sermaye artırım konularında kapsamlı değişiklikler önerilmiştir. Çalışmamızın sınırlarını aşması nedeniyle bu değişiklikler değerlendirilmemiştir.

yapılan atıflar sermayenin dolayısıyla alacaklının korunmasına ilişkin düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birleşme ve bölünme nedeniyle gerçekleştirilecek sermaye artırımlarında aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerin uygulanmayacak olması, bu hükümler uygulanmadan gerçekleştirilebilecek sermaye artırımının miktarının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Zira aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağı yolundaki istisnanın, birleşme ve bölünme ile aynı anda gerçekleştirilen tüm sermaye artırımları için geçerli olduğu şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

2. Birleşme ve Bölünmede Devrolunan Şirketin Ortakların Haklarının Korunması Amacıyla Sermayenin Artırılmasının Zorunlu Olması

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere yeni kuruluş yoluyla birleşme ve bölünmeye paralel olarak devralma yoluyla birleşme ve bölünmede sermaye artırımında, aynı sermaye konulmasına ilişkin genel kuralların uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında devralma yoluyla birleşmede halka açık anonim şirketlerde yeni payların halka arzına dair hükümlerin, SPK kaydına alınmasına ilişkin olanlar müstesna uygulanmayacağı (TTKT m.142/2); devralma yoluyla bölünmede ise kayıtlı sermaye sisteminde tavan müsait olmasa bile tavan değiştirilmeden sermayenin artırılabilmesi (TTKT m.163/f.2) düzenlenmiştir²³¹.

Devralma yoluyla birleşmede, devralan şirket TTKT m.142 (FusG m.9) uyarınca sermayesini, devrolunan şirketin ortaklarının haklarının korunabilmesi için gerekli düzeyde, artırmak zorundadır (f.1). Bu düzenlemenin amacı, yeni çıkarılan payların devreden şirketin ortaklarına tahsis edilmesi ve ihraç bedelinin kural olarak devreden şirketin malvarlığından karşılanmasıdır²³². Bir başka ifadeyle TTKT m.142'ye göre yapılacak artırımın üst sınırı, devreden şirketin net malvarlığı değeridir²³³.

Karşılığını devralan şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edilebildiği özvarlığın oluşturduğu artırımlar ise²³⁴ TTKT m.142 kapsamında değerlendirilemeyeceği için bu maddeye göre üst sınırın belirlenmesinde de etkili olmayacaktır²³⁵.

²³¹ Devralma yoluyla bölünmede de devralan şirket sermayesini, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artıracaktır (TTKT m.163/f.1; FusG m.33/f.1). Bölünmede aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümler uygulanmaz. Bölünme sebebiyle, kayıtlı sermaye sisteminde müsait olmasa bile, tavan değiştirilmeden sermaye artırılabilir.

²³² Diem, BSK-FusG, m.9 N.1

²³³ Albrecht, ZK-FusG, m.9 N.5; Diem, BSK-FusG, m.9 N.20.

²³⁴ Diem, BSK-FusG, m.9 N.1.

²³⁵ Diem, BSK-FusG, m.9 N.20.

Hakim görüşün aksine Alman hukukunda *Petersen*, UmwG m.54/f.1 ve UmwG m.68/f.1'deki istisnalar haricinde, iki sermaye şirketinin birleşmesinin ancak devralan şirketin sermayesinin, birleşmeye katılan şirketlerin sermayelerinin toplamı miktarına kadar artırılması halinde meşruluk kazanacağı, alacaklının yeterli bir şekilde korunmasının ancak bu şekilde sağlabileceği, aksine bir tutumun sermaye azaltımına ilişkin hükümlerin birleşme vasıtasıyla dolanılmasına yol açacağı görüşündedir²³⁶. Gerek devralan şirket için bu tür bir artırım yükümünün öngörülmemiş olması²³⁷, gerekse birleşmede alacaklının korunmasının sermaye miktarı dışında başka vasıtalarla da sağlanmış olması karşısında bu görüşün kabulü mümkün değildir. Sermayenin kaybı ve borca batıklık hallerinde de birleşmeye izin verilmiş olması da bu tür bir artırım yükümünün gerekli olmadığını ortaya koymaktadır²³⁸. Ayrıca zorunlu ayrılma akçesinin (TTKT m.141/f.2) öngörülmesi halinde de sermaye artırımını gerekli olmayabilir²³⁹.

3. Birleşme ve Bölünmede Artırım Miktarı ve Aynı Sermayeye İlişkin Hükümler Arasındaki İlişki

A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının ve Mevzuat Birleşme Kanununun Gereklilerinde

Devralma yoluyla birleşmede aynı sermaye hükümlerinin uygulanmayacağını öngören TTKT m.142'nin gerekçesinde devralan ortaklıkta sermaye artırımının yapılması zorunluluğunun ortakların haklarının devamı ilkesinin gereği olduğu, zorunluluk ve emredicilik niteliklerinin bu ilkedan kaynaklandığı ifadelerine yer verilmiştir²⁴⁰. TTKT m.163'ün gerekçesinde ise yapılması gerekebilen sermaye artırımından, bu gerekliliğin devreden ortaklığın ortaklarının haklarını koruma ölçüsünde ortaya çıkan bir yükümlülük olduğundan, bununla birlikte bu yükümün dolaylı olarak alacaklıları da koruduğundan söz edilmiştir²⁴¹. Sermaye artırım yükümü ile ortaklık haklarının devamı arasında gerekçede kurulan bağlantı, aynı sermaye

²³⁶ Petersen, Gläubigerschutz, s.206 vd; Petersen, Jens: Der Gläubigerschutz im System des Umwandlungsrechts, Der Konzern 2004, s.189-190; Petersen, Jens: Vereinfachte Kapitalherabsetzung durch Verschmelzung?, GmbHR 2004, s.728 vd.

²³⁷ Naraschewski, Alexander: Gläubigerschutz bei der Verschmelzung von GmbH, GmbHR 1998, s.859; Winter, Martin: Anteilsgewährung- zwingendes Prinzip des Verschmelzungsrecht?, Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, s. 1283 vd.; Ries, Christian: Die Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen nach § 22 Abs. 1 UmwG, Köln 2005 (Inaugural-Dissertation), s.110-111; Hirsiger, s.238.

²³⁸ Kowalski, André: Kapitalerhöhung bei horizontaler Verschmelzung, GmbHR 1996, s.160; Ihrig, Hans-Christoph: Verschmelzung und Spaltung ohne Gewährung neuer Anteile?, ZHR 160 (1996), s.325; Maier-Reimer, Georg: Vereinfachte Kapitalherabsetzung durch Verschmelzung? –Replik zu *Petersen* GmbHR 2004 728, GmbHR 2004, s. 1130; Naraschewski, s.356.

²³⁹ Eugster, N.181.

²⁴⁰ Gerekçe, s.452.

²⁴¹ Gerekçe, s.464.

hükümlerinin uyulanmaması yönündeki istisnanın, artırımın ortaklık haklarının devamını sağlaması hali ile sınırlı mı tutulduğu şüphesini uyandırmaktadır.

Mehaz Birleşme Kanununa ilişkin Öntasarının 9. maddesinin gerekçesinde “...sermaye şirketi tarafından devralınma yoluyla birleşmede devreden ortaklığın ortaklarının haklarının sürdürülmesi amacı bakımından gerekli olduğu ölçüde devralan şirketin sermayesi artırılmalıdır. Devralan şirketin kendisinin devreden şirkette pay sahibi olması, kendi paylarını elinde bulundurması veya devreden şirketin devralan şirkette pay sahibi olması veya kendi paylarını elinde bulundurması halinde gerçekleştirilecek olan sermaye artırım miktarının belirlenmesinde söz konusu istisnai haller de dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte söz konusu istisnai haller dışında da devralan şirket, bilhassa alacaklıların menfaatlerini muhafaza etmek amacıyla da sermayesini artırmak zorundadır²⁴²...” şeklinde açıklamaya yer verilmiştir.

Birleşme Kanunun Gerekçesinde de aynı ifadeler tekrarlanarak istisnai durumlar dışında da sermaye artırımının zorunlu olduğu, ortaklık haklarının devamının sermaye artırım vasıtasıyla gerçekleştiği ve sermaye artırımının şirketin alacaklılara karşı sorumluluğunda önem arz eden sermaye miktarına etkisi sebebiyle aynı zamanda alacaklının korunmasını da sağladığı vurgulanmıştır²⁴³. Buna karşılık öğretide artan sermaye miktarının aynı zamanda alacaklıların da menfaatine de olduğu kabul edilmekle birlikte²⁴⁴ hükmün amacının alacaklının korunması olmadığı²⁴⁵ ileri sürülmektedir.

B. Öğretideki Görüşler

TTKT m.142/f.2 (FusG m.9/f.2) öğretide sınırlı bir şekilde yorumlanmaktadır. Buna göre artırım miktarının devreden ortaklığın ortaklarına tahsis edilmesi gereken payların itibari değeri ile sınırlı tutulması ve bu artırımın devreden şirketin net malvarlığı değerlerinden karşılanması gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁶. Bunun ise birleşme esnasında başka malvarlığı değerlerinin de sermaye olarak konulması suretiyle ek sermaye yaratılması veya devreden şirketin malvarlığı değerleri karşılığında devralan şirketin ortaklarına ya da üçüncü kişilere

²⁴² BgltrchtV-FusG, s.28. Devralma yoluyla bölünmede aynı yönde açıklama için bkz. BgltrchtV-FusG, s.46. Sermaye artırımının alacaklının korunması amacını da taşıdığı, buna karşılık alacaklıların sadece asgari sermaye miktarında korunduğu yönünde Hirsiger, s.238.

²⁴³ BtschftFusG, s.4404 ve s.4435.

²⁴⁴ Diem, BSK-FusG, m.9 N.2.

²⁴⁵ Bu nedenle de alacaklılara sermayenin artırılmasını talep hakkı tanınmadığı görüşü için bkz. Von Salis, N.7.11 (T II).

²⁴⁶ Diem, BSK-FusG, m.9 N.20; Bommer, m.9 N.14; Winter, Lutter-UmwG, m.55 N.5; Mathys, Beat: SHk, m.33 N.2.

yeni pay alma hakkı tanınması halinde, aynı sermayeye ilişkin genel hükümlerin ek artırım miktarı ile sınırlı olarak uygulanması anlamını taşıdığı belirtilmektedir²⁴⁷.

Bu görüşe karşı aynı sermaye hükümlerinin sadece devreden ortaklığın ortaklarının haklarını korumak için yapılan sermaye artırımlarında uygulanmamasının adil olmayacağı ve sınırlandırıcı olacağı ileri sürülmektedir²⁴⁸. Yukarıda açıklanan şekilde sınırlı bir yorumun, devralan şirketin paylarının kendiliğinden bölünmesi (*Splittingfusion*) nedeniyle ortaya çıkan masraflarda veya şirketin elinde bulunan kendi paylarının kullanılması hallerinde de aynı sermaye hükümlerinin uygulanmasına yol açacağı belirtilmektedir²⁴⁹. Bunun yanında itibari değer altında hisse senedi ihracı riski ile pay sahipliği haklarının sürdürülmesi için sermaye artırımının gerekliliği konuları arasında herhangi bir bağlantı bulunmadığı için sınırlandırıcı bir yoruma yer olmadığı savunulmaktadır²⁵⁰.

TTKT m.142/f.2'nin, aynı sermayeye ilişkin genel hükümler uygulanmadan gerçekleştirilebilecek sermaye artırımının devreden şirketin ortaklık haklarının sürdürülmesi için gerekli miktarla sınırlı olduğu şeklinde yorumlanması mümkün olmamalıdır.

Birleşme Kanununun ve bu Kanuna ilişkin Öntasarının Gerekçelerinde, yukarıda belirtildiği üzere, sermaye artırımına aynı zamanda alacaklının kurumsal olarak korunması fonksiyonunun tanındığı açıkça dile getirilmiştir. Özellikle birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra muaccel olacak alacaklar, sermaye artırımını fiilen zorunlu hale getirebilecektir. Bunun nedeni, devralan şirketin teminat gösterme yükümünden kurtulmak için borçlarının ifasının birleşme nedeniyle tehlikeye düşmediğini ispatlayabilmesinin bir ölçüde bu artırımın yapılmasına bağlı olmasıdır²⁵¹. Aksi halde gösterilmesi gereken olan teminatlar şirketin malvarlığının bağlı hale gelmesine yol açabilecektir. Dolayısıyla ortakların korunması amacı dışında, ancak birleşmeden kaynaklı başka sebepler de fiilen sermayenin artırılması zorunluluğuna yol açabilmektedir.

Artan sermayenin karşılığını devreden şirketin malvarlığının oluşturması halinde yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler yanında aynı sermayeye ilişkin hükümlerin herhalükarda uygulanması zorunluluğunun ne şekilde bir fayda sağlayacağı belirsiz kalmaktadır. Zira aynı sermaye hükümlerinin uygulanmamasının nedeni birleşme öncesinde aynı sermaye hükümlerine tabi tutulmuş olan malvarlığına tekrar bu hükümlerin uygulanmasını engellemek olmalıdır. Ayrıca itibari değer altında hisse senedi ihraç yasağı karşısında artırım

²⁴⁷ Diem, BSK-FusG, m.9 N.21; Winter, Lutter-UmwG, m.55 N.5; Bommer, m.9 N.14.

²⁴⁸ Diem, BSK-FusG, m.9 N.22.

²⁴⁹ Diem, BSK-FusG, m.9 N.22; Hirsiger, s.136.

²⁵⁰ Diem, BSK-FusG, m.9 N.22.

²⁵¹ 4.Blm./III ve IV.

miktarının devreden şirketin net malvarlığı değerleri ile sınırlı olması gerektiği de unutulmamalıdır²⁵².

VI. KISMI BÖLÜNMEDE DEVREDEN ORTAKLIĞIN SERMAYESİNİN AZALTILMASI

1. Genel Hükümlere Göre Esas Sermayenin Azaltılması

Sermaye azaltımı, ortaklar açısından üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir fonun oluşmasına, alacaklılar bakımından ise alacaklarının karşılığı olan malvarlığının eksilmesine yol açmaktadır²⁵³. Bu nedenle sermaye azaltımında, pay sahiplerinin kararı ile şirketin malvarlığının bir kısmının esas sermaye dışına çıkarılmasının yaratabileceği sakıncalar, alacaklıların korunmasına ilişkin özel düzenlemeler öngörülme suretiyle telafi edilmiştir²⁵⁴.

Sermaye azaltımında alacaklının korunmasına ilişkin tedbirlerin amacı, sermayenin korunması bakımından önleyici etkinin sağlanması²⁵⁵ ve teminat talep etme hakkı vasıtasıyla mevcut alacaklıların haklarının ihlali tehlikesinin bertaraf edilmesidir.

Bölünme nedeniyle yapılması gerekli olabilecek sermaye azaltımı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 162. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması halinde TTKT m.473 ve m.474'ün uygulanmaması öngörülmüştür.

Bölünme nedeniyle sermaye azaltımının, TTKT'nin sermayenin azaltımına ilişkin genel hükümleri ile bağlantılı olarak düzenlenmiş olması, öncelikle söz konusu genel hükümlerin kısaca değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Bununla birlikte TTK ve TTKT'nin sermaye azaltımına ilişkin hükümlerinin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanununun sermaye azaltımını düzenleyen hükümleri, 2 Aralık 2005 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısında farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Söz konusu Öntasarının kanunlaşması, TTKT m.162'nin kaynağı olan Birleşme Kanununun ilgili hükümlerinin değiştirilmesine yol açacaktır. Bu nedenle bu Öntasarıda önerilen değişiklikler de aşağıda kısaca değerlendirilecektir.

A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

TTK'nın sermaye azaltımına ilişkin 396, 397 ve 398. maddeleri esas itibarıyla TTKT'nin 473, 474 ve 475. maddelerinde de muhafaza edilmiştir²⁵⁶.

²⁵² BtschftFusG, s.4404.

²⁵³ Hemmerde, s.477.

²⁵⁴ Hemmerde, s.260-261.

²⁵⁵ Binder, s.19; Wiedemann, s.521.

²⁵⁶ Gerekçe, s.566.

“Karar” başlığını taşıyan TTKT m.473’de, sermayenin azaltılması kararının tabi olduğu usul düzenlenmiştir. Buna göre ilk önce genel kurulda, esas sözleşmenin gerektiği şekilde değiştirilmesi kararı alınmalıdır (f.1). Genel kurulun sermayenin azaltılmasına karar verebilmesi için sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette mevcut olduğu işlem denetçisi raporuyla belirlenmiş olmalıdır (f.2).

Söz konusu maddede esas sermayenin azaltılması sebebiyle kayıtlara göre doğacak defter karının sadece payların yok edilmesinde kullanılabileceği (f.4) ve esas sermayenin anılan Tasarı’nın 332. maddesi ile belirlenmiş asgari sermaye tutarının altına indirilemeyeceği (f.5) de hükme bağlanmıştır.

Açıklanan bu maddenin alacaklıyı koruyucu işlevi, sermayenin korunmasına yönelik önleyici tedbirlerde kendini göstermektedir.

TTKT’nin “Alacaklılara çağrı” başlıklı 474. maddesinin 1. fıkrasına göre genel kurulun esas sermayenin azaltılmasına karar vermesi halinde, bu karar şirketin internet sitesine konulduktan başka, Ticaret Sicili Gazetesinde ve esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde, yedişer gün arayla, üç defa ilan edilmelidir. Bu ilanda alacaklıların, Ticaret Sicili Gazetesindeki üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde, alacaklarının ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebilecekleri belirtilmelidir. Şirketçe bilinen alacaklılara ise ayrıca çağrı mektupları gönderilmelidir. TTK’den farklı olarak yedişer gün arayla ilan koşulunun öngörülmüş olması, ardı ardına yapılacak ilanların engellenmesi bakımından önemli bir yeniliktir.

Söz konusu maddenin 2. fıkrasında, sermayenin, zararlar sonucunda bilançoda oluşan açığı kapatmak amacıyla ve bu açık miktarında azaltılması durumunda, yönetim kurulunun alacaklıları çağırmaktan ve şirketin borçlarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçebileceği hükme bağlanmıştır.

TTKT m.474’de alacaklılara tanınan teminat veya ödeme talep etme hakkının amacı, sermaye azaltımının mevcut alacaklının hakkını ihlal etmesinin engellenmesidir. Dikkat edilirse söz konusu hükümde teminat veya ödeme talep etme hakkı, birleşme ve bölünme nedeniyle teminat talep etme hakkından farklı olarak²⁵⁷, sermaye azaltımının alacaklının hakkını tehlikeye düşürmesi koşuluna bağlanmamıştır. Dolayısıyla bizzat sermaye azaltımı tehlike olarak addedilmiştir.

²⁵⁷ 4.Blm./1/B.

“*Kararların yerine getirilmesi*” başlığı altında düzenleme öngören TTKT m.475’e göre sermaye, ancak alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesi veya teminat altına alınmasından sonra azaltılabilecektir (f.1). Bu maddenin son fıkrasında ise TTKT 472, 473 ve 474. maddelerde yazılı şartlara uyulmuş olduğunu gösteren belgeler ibraz edilmedikçe, esas sermayenin azaltılmasına dair kararın ve sermayenin gerçekten azaltıldığı hususunun Ticaret Siciline tescil olunamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylelikle alacaklının korunmasına yönelik tedbirlerin uygulanması teminat altına alınmıştır.

B. İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısında

İsviçre Borçlar Kanununun, Ticaret Kanunu Tasarısının 473, 474 ve 475. maddelerinin kaynağı olan 732, 733, 734 ve 735. maddeleri, eksiklikleri ve boşlukları içedikleri gerekçesiyle ile²⁵⁸ 2 Aralık 2005 tarihli Öntasarıda “*Olağan Sermaye Azaltımı*” başlığı altında 653j, 653k, 653l, 653m ve 653n maddelerinde, “*Esas Sermayenin Eş Zamanlı Olarak Azaltılması ve Artırılması*” başlığı altında 653o ve 653p maddelerinde ve “*Açık Bilanço Halinde Sermaye Azaltımı*” başlığı ile 653q maddesinde yeniden düzenlenmiştir.

İsviçre Borçlar Kanununun, sermaye azaltımı nedeniyle düzenlenmesi gereken denetim raporunun, alacaklıların davetinden önce hazırlanmasına ilişkin düzenlemesi (karş. TTKT m.473/f.2) Öntasarıda değiştirilmiştir.

Söz konusu Öntasarıda, şirketin defterlerinden ve bilançosundan anlaşılamayan şirket borçlarının (ürün sorumluluğu nedeniyle zarar tazmin yükümü gibi) mevcut olup olmadığının ve bunların kapsamının denetçiler tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı bir dönemde, denetim raporu hazırlanmasının alacaklının koruması bakımından yol açabileceği sorunları önlemek amacıyla yeni düzenlemeler önerilmiştir²⁵⁹.

“*Azaltım Kararı*” kenar başlığını taşıyan V-OR m.653j/f.1’e göre esas sermayenin azaltılması ve/ veya şirkete ödenecek sermaye payının azaltılması hakkındaki karar, genel kurul tarafından verilmelidir. Bu hüküm ile Ticaret Sicilinde tescilli sermaye miktarı azaltılmaksızın sadece sermaye paylarının azaltılmasıyla meydana gelecek kaynak akışının da esas sermaye azaltımı ile aynı hükümlere tabi olduğunun açıkça düzenlenmiş olması, alacaklıların korunmasını güçlendiren önemli bir yeniliktir²⁶⁰. Sermaye azaltımının hazırlanması ve yürütülmesi ise söz konusu hükme göre yönetim kurulunun görevidir.

²⁵⁸ Begleitbericht zum Vorentwurf zur Revision des Aktien und Rechnungslegungsrecht im Obligationenrecht, 2 December 2005, s.50 (BgltrchtV-OR).

²⁵⁹ BgltrchtV-OR, s.50 ve 51.

²⁶⁰ BgltrchtV-OR, s.51.

V-OR m.653j/f.2’de ise esas sermayenin kanunen öngörölmüş asgari sermaye rakamının altına düşececek şekilde azaltılması, eş zamanlı olarak en azından asgari sermaye rakamını karşılayacak tutarda tamamen ödenmiş sermaye ile ikamenin de gerçekleştirilmesi koşuluna bağlanmıştır.

V-OR m.653k/f.1’e göre genel kurulun sermaye azaltımına karar verebilmesi için alacaklılara davet yapılmış, talepte bulunan alacaklıların alacakları ödenmiş²⁶¹ veya teminata bağlanmış, sermayenin azaltılmasından sonra alacaklıların alacaklarının tamamen karşılandığı denetçi tarafından onaylanmış olmalıdır. Ayrıca denetim raporunu hazırlayan denetçi genel kurulda hazır bulunmalıdır.

Yürürlükteki düzenlemelerden farklı olarak, alacaklılara davetin ve alacakların ödenmesinin veya teminata bağlanmasının²⁶² genel kurul kararından önce gerçekleşmesinin öngörölmesi, sermaye azaltımından sonra şirketin borçlarına yetecek miktarda karşılığının bulunup bulunmayacağı konusunda rapor hazırlanmasından önce denetçilerin şirketin bilançosundan anlaşılmayan alacaklardan da haberdar olmasına imkan vermektedir²⁶³. Zira denetçilerin bu hususu dikkate alması yükümü denetim raporunu düzenleyen V-OR m.653m/f.2’de açıkça vurgulanmıştır. Böylece sermaye azaltım kararı öncesinde şirketin mali durumu hakkında tam ve doğru bir bilgilendirmenin sağlanması amaçlanmıştır.

V-OR m.653l/f.3’de ise sermaye azaltımının şirketin borçlarının ödenmesini tehlikeye düşürmeyeceğinin şirket tarafından ispatlanması halinde, teminat gösterme yükümünün kalkacağı hükme bağlanmıştır. TTK’da, TTKT’de ve İsviçre Borçlar Kanununda ise sermayenin azaltılmasını teminat talebi için yeterli görölmüştür. Bir başka ifadeyle soyut tehlike kriteri yeterli addedilmiştir. Söz konusu Öntasarıda ise somut tehlike kriteri benimsenerek, birleşme ve bölünme nedeniyle teminat talep etme hakkına benzer bir düzenleme yaratılmıştır. Böylelikle alacaklı açısından mevcut hükümlere nazaran daha elverişsiz bir durum yaratılmıştır. Bir başka ifadeyle alacaklının lehine olan mevcut durum yerine şirketin ve alacaklının menfaatleri arasında denge kurmayı amaçlayan bir sistem hedeflenmiştir²⁶⁴.

Sermaye azaltımının genel kurul tarafından reddinin alacaklara karşılık olarak gösterilen teminatları geçersiz kılacağı da Öntasarıda hükme bağlanmıştır (V-OR m.653l/f.5).

²⁶¹ Alacağın ödenmesi ancak İcra İflas Hukukunun alacaklıların eşit işleme tabi tutulması prensibine uyulması halinde mümkündür (1.Bİm/B/İ/2/a). Bir başka ifadeyle bu ödeme diğer alacaklıları olumsuz etkilememelidir (V-OR m.653l/f.4) Bkz. BgltrchtV-OR, s.53.

²⁶² Bkz. V-OR m.653l/f.1 ve f.2. Bu hükümler FusG m.25’e paralellik arz etmektedir.

²⁶³ BgltrchtV-OR, s.52.

²⁶⁴ BgltrchtV-OR, s.52.

Açıklamalardan da anlaşıldığı üzere yönetim kurulunun genel kurula sermayenin azaltılması önerisini sunabilmesi için sermayenin azaltılmasından sonra şirket aktiflerinin borçları karşılamaya yeterli olduğuna dair denetim raporu hazırlanmış olmalıdır

Sermayenin azaltılmasından sonra esas sözleşme değiştirilmelidir. Ayrıca yönetim kurulu kanunun, esas sözleşmenin ve genel kurul kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmekle yükümlüdür (V-OR m.653n/f.1).

Öntasarı ile getirilen bir diğer önemli yenilik, yönetim kurulunun sermaye azaltımına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin tescili için genel kurul kararından itibaren 30 gün içerisinde Ticaret Siciline bildirimde bulunmakla yükümlü tutulmuş olmasıdır (V-OR m.653n/f.3). Ticaret Siciline bildirimin süreye bağlanması mevcut alacaklıların, potansiyel alacaklıların ve yatırımcıların sermaye azaltımını bir an evvel öğrenmedeki menfaatlerinin korunmasında büyük önem arz etmektedir²⁶⁵. Bunun yanında Öntasarının gerekçesinde, alacaklılar bakımından tehlikeli sonuçlara yol açabilecek olan sermaye azaltımının tescili talebinin, sermaye artırımının tescili talebinin aksine²⁶⁶ vadeye bağlanmamış olmasının çelişki taşıdığı da ifade edilmiştir²⁶⁷.

2. Bölünme Nedeniyle Sermayenin Azaltılması

TTKT m.162'e göre bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması halinde 473, 474 ve 592. maddeler ile kooperatiflerde Kooperatifler Kanununun 98. maddesine dayanılarak bu Kanunun 473. ve 474. maddeleri uygulanmayacaktır²⁶⁸.

Bu düzenlemenin amacı kısmi bölünme nedeniyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması halinde bölünmeye ilişkin hükümler vasıtasıyla alacaklılar halihazırda korunmuş olduğu için sermaye azaltımında alacaklıları koruyan şirketler hukukunun genel hükümlerini uygulama dışı bırakmak suretiyle aynı amaca yönelik hükümlerin aynı anda uygulanmasını önlemektir. Söz konusu düzenlemenin bu amaç bakımından elverişli olup olmadığı ele alınmalıdır

Ayrıca sermaye azaltımının gerekli olup olmadığı konusunda verilen kararın ortakların veya alacaklıların zarar görmesine yol açması halinde TTKT m.193'e göre sorumluluk davası söz konusu olabileceği ve sermaye azaltımı doğrudan alacaklıları ilgilendiren bir mesele olduğu için üzerinde kısaca durulmalıdır.

²⁶⁵ BgltrchtV-OR, s.53

²⁶⁶ Nitekim TTKT m.456/f.3'de de tescilin üç ay içerisinde gerçekleşmemesi halinde artırımın geçersiz hale geleceği hükme bağlanmıştır. Tescil talebinin süreye bağlanmasının uygulamadaki bir ihtiyaca cevap verdiği yönünde bkz. Gerekçe, s.556-557.

²⁶⁷ BgltrchtV-OR, s.53.

²⁶⁸ Alman hukukunda da UmwG m.139 ve 145'e göre sermaye azaltımı, basit usulde gerçekleştirilmelidir.

A. Azaltım Miktarı

TTKT’de bölünen şirketin sermayesinin azaltılması zorunluluğuna yol açan haller belirtilmemiştir. TTKT’nin Gerekçesine ve öğretiye göre ise, kısmen bölünen şirketin sermayesi, bu şirketin serbestçe tasarruf edilebilir özvarlığı bölünme yoluyla devredilen malvarlığı kısmının değerini karşılamadığı ölçüde azaltılmalıdır²⁶⁹. Bu azaltımda devredilen kısmi malvarlığının kaydi değeri esas alınmalıdır²⁷⁰.

TTKT m.162’ye (FusG m.32) ilişkin olarak Mehaz kanunun gerekçesinde devredilen malvarlığı bölümünün kaydi değeri serbestçe tasarruf edilebilir özsermayeyi aşmasına rağmen sermaye azaltımı yapılmaması halinde, bölünmenin devreden şirketin sermaye kaybı veya borca batıklık (TTKT m.376; OR m.725) durumuna düşmesine yol açabileceği ifade edilmiştir²⁷¹. Buradan hareketle öğretide serbestçe tasarruf edilebilir özsermaye bulunmaması veya serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık miktarı yetersiz olmasına rağmen sermaye azaltımı yapılmamasının mümkün olup olmadığı konusu tartışılmaktadır. Bir görüşe göre serbestçe tasarruf edilebilir sermaye miktarı yeterli olmamasına rağmen bölünmenin sermaye azaltımı yapılmadan da gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır²⁷². Böyle bir durumda devreden şirketin sermaye kaybı veya borca batıklığa düşmesi önlenmeli, bir başka ifadeyle TTKT m.376/f.1’deki (OR m.725/f.1) eşige kadar bölünmenin sermaye azaltımı yapılmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır²⁷³. Bir başka görüşe göre ise devreden şirketin, devredilen malvarlığının kayıtlı değerleri miktarında serbestçe tasarruf edilebilir özvarlığa sahip olmaması halinde sermaye azaltımı gereklidir²⁷⁴.

B. Uygulanmaması Gereken Genel Hükümler

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.162’ye Göre

TTKT m.162’de bölünme nedeniyle sermayenin azaltılmasında, TTKT’nin *karar* kenar başlıklı 473. ve *alacaklılara çağrı* kenar başlıklı 474. maddelerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bu maddenin kaynağı olan Birleşme Kanunu m.32’de ise İsviçre Borçlar Kanununun sermaye azaltımında *alacaklılara çağrıyı* hükme bağlayan 733. ve *kararın yerine getirilmesine* ilişkin 734. maddelerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir²⁷⁵.

²⁶⁹ BtschftFusG, s.4434-4435; Watter, Rolf/Büchi, Raffael: BSK-FusG, m.32 N.2

²⁷⁰ Watter/Büchi, m.32 N.2. Kaydi değerlerin esas alınmasının adil olup olmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Watter/Büchi, m.32 N.3.

²⁷¹ BtschftFusG, s.4434 -4435.

²⁷² Watter/Büchi, m.32 N.4.

²⁷³ Watter/Büchi, m.32 N.4; Burckhardt-Bertossa, Jaqueline: ZK-FusG, m.32 N.6

²⁷⁴ Mathys, SHk, m.32 N.1

²⁷⁵ İsviçre hukukunda sermaye azaltımında önerilen değişiklikler için bkz. 2.Blm./VI/1/B.

b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.162'nin Değiştirilmesi Gerekliliği

Kaynak Kanunda TTKT'den farklı olarak TTKT m.473'ün kaynağı olan OR m.732'ye atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda bölünme nedeniyle sermaye azaltımında OR m.732'nin (TTKT m.473) uygulanması gerekmektedir²⁷⁶. TTKT'de neden farklı hükümlere atıf yapıldığı konusunda gerekçede herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Kaynak Kanun ile yaratılan bu farklılık, sermaye azaltımının gerekli olduğu kısmi bölünmede, bölünme usulünün ve alacaklıların korunmasına ilişkin olarak riayet edilmesi gereken hükümlerin farklılaşmasına yol açmaktadır. Şöyle ki İsviçre hukukunda kısmi bölünme nedeniyle sermaye azaltımında önce genel kurul esas sözleşmenin değiştirilmesine karar vermeli (OR m.732/f.1; TTKT m.473/f.1), sermaye azaltımına karar verilebilmesi için de işlem denetçisi raporuyla sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmalıdır. Bölünmenin denetimi ise alacaklılar açısından bu tür bir denetimi içermemektedir. Zira işlem denetçisi raporu vasıtasıyla OR m.732 (TTKT m.473) uyarınca hazırlanan denetim raporunun, bölünme raporunda bölünmenin alacaklılar üzerindeki etkisinin açıklanması (TTKT m.169/f.2/b.h; FusG m.39/f.3/b.h) vasıtasıyla telafi edildiği ileri sürülemez²⁷⁷. Nitekim TTKT m.170'e göre yapılacak denetim de alacaklılar açısından TTKT m.473/f.2'ye göre yapılması gereken bir denetimi içermemektedir. Bunun yanında TTKT m.175/f.2 uyarınca alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin işlem denetçisi raporuyla ispatlanması halinde teminat yükümünün kalkacağına ilişkin düzenleme ise bu tür bir denetim raporunun bölünmede kural olarak hazırlanması anlamına gelmemektedir.

Kaynak kanunun sermaye azaltımına ilişkin diğer genel hükümlerini hariçte tutmak suretiyle OR m.732'nin (TTKT m.732) bölünmede uygulanmasına izin veren düzenlemesi alacaklıların kurumsal yolla korunmasını sağlamaktadır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ise farklı hükümlere yapılan atıflar, alacaklıları bu tür bir korumadan mahrum bırakmaktadır.

VII. TASFİYE HALİNDEKİ ŞİRKETLERİN BİRLEŞMEYE KATILMASI

Üçüncü Yönergenin 3. maddesinin 2. fıkrasında tasfiye halindeki şirketlerin malvarlıkları henüz dağıtılmaya başlanmamış ise devreden şirket olarak birleşmeye katılmalarına izin verilmiştir.

Bu düzenlemeye paralel olarak Türk ve İsviçre hukuklarında da tasfiye halindeki bir şirketin, malvarlığının dağıtımına başlanmamış olması ve devrolunan şirket olmak şartıyla

²⁷⁶ Watter/Büchi, m.32 N.6.

²⁷⁷ Watter/Büchi, m.32 N.6.

birleşmeye katılabilmesi öngörülmüştür (TTKT m.138/f.1; FusG m.5/f.1). Söz konusu şartların varlığı, bir işlem denetçisinin, bu hususu doğrulayan raporunun devralan şirketin merkezinin bulunduğu yerin Ticaret Sicili müdürlüğüne sunulmasıyla ispatlanmalıdır (TTKT m.138/f.2)²⁷⁸

1. Malvarlığının Dağıtımına Başlanmamış Olması Koşulu

Söz konusu hüküm ile ilgili olarak neden malvarlığının dağıtımına başlanmamış olunması koşulunun öngörüldüğü üzerinde durulmalıdır.

Hükmün gerekçesinde bir taraftan birleşmede ortaklık haklarının ve malvarlığının devamının ancak bu şekilde sağlanabileceği, diğer taraftan söz konusu koşulun İsviçre Federal Mahkemesinin tasfiye aşamasında fesih kararının geri alınabilmesinin ancak malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olması halinde mümkün olduğu yolundaki kararına²⁷⁹ uygun düştüğü ifade edilmiştir²⁸⁰.

Tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılabilmesinin ön koşulunun fesih kararının geriye alınması olduğu dikkate alındığında, fesih kararının geriye alınabilmesini tasfiye hükümleri ve alacaklının korunması arasındaki ilişkiye dayandırarak malvarlığının dağıtımına başlanmamış olması yolunda karar veren Federal Mahkemenin söz konusu içtihadının açıklanması gereği ortaya çıkmaktadır²⁸¹.

2. Fesih Kararının Geriye Alınması ve Federal Mahkemenin BGE 123 III 473 Sayılı Kararı

Tasfiye aşamasında malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olması şartıyla fesih kararının geriye alınabilmesini mümkün sayan federal mahkeme, bu kararında öncelikle tasfiye aşamasında bilanço çıkarılmasını, alacaklıların davetini ve korunmasını, aktiflerin paraya çevrilmesini, tasfiye neticesinde dağıtımını (OR m.742 vd; TTK m.445 vd.) öngören hükümlerin özellikle ya da münhasıran alacaklıların korunması amacını taşıdığını ifade etmiştir.

Bu kararda tasfiye aşamasında şirketin malvarlığının ancak alacakların ödenmesi veya teminata bağlanmasından sonra ortaklara dağıtılmasına izin verilmiş olmasının, sermayenin

²⁷⁸ FusG m.5/f.2'de ise yönetim organının Ticaret Sicil Dairesine karşı söz konusu şartların yerine getirildiğini beyan etmek zorunda olduğu hükmüne bağlanmıştır. TTKT ile mehz arasındaki bu farklılık sorumluluk davasının muhataplarının farklı olması anlamına gelmektedir.

²⁷⁹ BGE 123 III 473.

²⁸⁰ BtschftFusG, s.4397; Gerekçe, s.448.

²⁸¹ BGE III 123 473, s.473 vd.

ortaklara geri ödenmesi yasağının yansıması olduğuna dikkat çekilmiştir²⁸². Malvarlığın dağıtımından sonra fesih kararının geriye alınmasının mümkün addedilmesinin, alacaklının korunmasına ilişkin hükümlerin dolanılması yoluyla sermayenin ortaklara iadesine yol açabileceğini ifade eden Yüksek Mahkeme, böyle bir sonucun kanun koyucunun alacaklının eksiksiz bir şekilde korunması hedefi ile çelişeceğine de değinmiştir²⁸³.

VIII. SERMAYENİN KAYBI veya BORCA BATIKLIK HALLERİNDE BİRLEŞME

1. Genel Hükümlere Göre Sermayenin Kaybı ve Borca Batıklığın Belirlenmesi

TTKT'nin sermayenin kaybı ve borca batıklıkta çağrı ve bildirim yükümünü düzenleyen 376. maddesi, aşağıda açıklanacağı üzere, sermayenin kaybı ve borca batıklık hallerinde birleşmeye ilişkin TTKT m.139'un uygulanmasında da geçerli olmalıdır. Bu nedenle TTKT m.139'un incelenmesine geçilmeden önce, TTKT m.376'da öngörülen düzenlemeler kısaca değerlendirilecektir.

TTKT m.139 ve 376'nın kaynağının İsviçre hukuku olması, İsviçre hukukundaki değişikliklerin yakından izlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda TTKT m.376'nın kaynağı olan OR m.725'in değiştirilmesinin önerildiği İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısının 725. maddesi de aşağıda sadece farklılıklar göz önünde tutularak değerlendirilecektir. Böylelikle İsviçre Borçlar Kanunu m.725'deki olası bir değişikliğin, TTKT m.139'un kaynağı olan İsviçre Birleşme Kanunu m.6'nın uygulanmasını ne şekilde etkileyeceğine dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.376'ya Göre

Ortakların, alacaklıların ve sermaye piyasası aktörlerinin yatırımları ile genel ekonomik menfaatlerin korunması amacını taşıyan²⁸⁴ TTKT m.376/f.1'e göre son yıllık bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararlar nedeniyle karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde, yönetim kurulu genel kurulu derhal toplantıya çağırarak ve bu genel kurulda uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunmak zorundadır²⁸⁵. Sermayenin muhafazasına yönelik bu düzenleme önleyici nitelik taşımaktadır²⁸⁶.

²⁸² BGE III 123 473, s.482.

²⁸³ Yüksek Mahkeme, fesih kararının geriye alınmasının ancak malvarlığının dağıtımına başlanmasından önce mümkün olmasının bu tür bir koşulu açıkça öngören AktG m.274/f.1'e de uygun düşüğüne, dolayısıyla OR m.739/f.2'nin (TTK439/2) kanunlaşma süreci ile bağdaştığına da temas etmiştir (BGE III 123 473, s.483).

²⁸⁴ Gerekçe, s.508.

²⁸⁵ Aynı yönde bkz. OR m.725/f.1

²⁸⁶ Binder, s.19.

Son yıllık bilanço'ya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde ise derhal toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinilmesine veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirketin kendiliğinden sona ermesi öngörülmüştür (TTKT m.376/f.2).

Şirketin borca batık durumda olduğu şüphesini uyandıran işaretlerin varlığı halinde yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de olası satış fiyatları üzerinden ara bilanço çıkartıp denetçiye vermekle yükümlü tutulmuştur. İki farklı esasa göre hazırlanan bilançolara göre farklı sonuçlara ulaşılması halinde hangi bilançonun üstün tutulacağına karar vermek denetçiye bırakılmıştır²⁸⁷. Bu rapordan aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması halinde yönetim kurulu durumu asliye ticaret mahkemesine bildirerek şirketin iflasını istemelidir. TTKT m.376/f.3'de yönetim kurulunun iflas bildiriminde bulunma zorunluluğunun ortadan kalkmasının şartları da düzenlenmiştir. Buna göre iflas kararının verilmesinden önce şirketin açığını karşılayacak ve borca batıklığını ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraya konulmasını yazılı olarak kabul etmelidir. Bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliğinin, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanması halinde iflas bildiriminde bulunma zorunluluğu ortadan kalkmaktadır (TTKT m.376/f.3).

TTKT m.377'de²⁸⁸ yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklının yeni nakit sermaye dahil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini istemesi halinde İcra İflas Kanununun 179 ila 179/b maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

B. İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısı m.725'e Göre

İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarında, sermayenin kaybı ve şirketin borca batıklığı konuları daha kapsamlı bir şekilde ve yedek akçeler konusunda yapılan değişikliklere uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

V-OR m.725/f.1'e göre son yıllık bilançodan borçlar çıkarıldıktan sonra kalan aktiflerin esas sermayenin, sermaye yedeklerinin ve kanuni yedeklerin toplamının yarısını

²⁸⁷ OR m.725/f.2'de ise ne işletmenin devamı esasına dayanan bilançonun ne de olası satış değerleri üzerinden çıkarılan bilançonun şirket alacaklılarının alacaklarının karşılanmasına yeterli olmadığına anlaşılması halinde mahkemeye başvurulacağı hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme İsviçrede eleştirildiği için TTKT'de bilançolar arasında karar vermenin denetçiye bırakıldığı yönünde bkz. Gerekeçe, s.509 ve 510.

²⁸⁸ İsviçre hukukundaki düzenlemeler için bkz. OR m.725a ve V-OR m.725a.

karşılamadığının anlaşılması halinde yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya davet etmeli ve iyileştirme tedbirlerini sunmalıdır.

V-OR m.725/f.2’de ise esas sözleşmede, gerçekleştirmeleri halinde yönetim kurulunu genel kurulu derhal toplantıya davet etmek ve iyileştirici önlemlerini sunmakla yükümlü kılan başka şartların öngörülebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu maddenin gerekçesinde esas sermayenin ve kanuni yedeklerin yarısının karşılıksız kalmasını koşulunun uygulamada iyileştirici önlemlerin alınamaması ve iflasın açılması sonucuna yol açabildiği belirtilmiştir²⁸⁹. Ayrıca işletmelerin mali yapılarından ve finans ihtiyaçlarının kaynaklanan farklılıklar nedeniyle bildirim yükümüne yol açacak tüm hallerin kanunen tespiti son derece güç olduğu için esas sözleşmede bildirim yükümünü doğuran koşulların öngörülmesi veya kanuni bildirim yükümünün ağırlaştırılması imkanının şirkete tanınmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir²⁹⁰.

OR m.725/f.2 uyarınca ne işletmenin devamı esasına dayanan bilançodan ne de olası satış değerleri üzerinden çıkarılan bilançodan şirket alacaklılarının alacaklarının karşılanmasına yeterli olmadığının anlaşılması halinde mahkemeye başvurulmalıdır. Bu düzenleme İsviçrede eleştirildiği için TTKT’de bilançolar arasında karar vermenin denetçiye bırakıldığına yukarıda değinilmişti. Bununla birlikte OR m.725/f.2, V-OR m.725/f.3’de şu şekilde değiştirilmiştir: *“Aktiflerin şirketin borçlarını karşılamakta yetersiz kaldığı veya aciz durumuna düştüğüne dair esaslı şüphelerin varlığı halinde yönetim kurulu işletmenin devamlılığı ve satış fiyatları esaslarına göre derhal bir ara bilanço düzenlemek ve denetçiye sunmakla yükümlüdür. İlgili malvarlıklarının 12 ay içerisinde satışının amaçlanması ve bu satışın kuvvetle muhtemel olması halinde yönetim kurulu satış değerini kanunen öngörülen en yüksek değer üzerinden tespit etmeye yetkilidir”*.

V-OR m.725/f.5’de ise şirketin her iki bilançoya göre borca batık olduğu ya da acze düştüğünün anlaşılması halinde yönetim kurulunun derhal mahkemeye bildirimde bulunmak zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Şirketin acze düştüğü şüphesinin de söz konusu yükümlülüğü doğuracağının öngörülmesi, yönetim kurulunun daha erken harekete geçmesine yol açacağı için alacaklıların menfaatine bir düzenlemedir²⁹¹. OR m.725/f.2’den farklı olarak V-OR m.725/f.5’de bildirimin derhal yapılacağının düzenlenmesinin amacı ise bildirimin geciktirilmesi suretiyle

²⁸⁹ BgltrchtV-OR, s.84.

²⁹⁰ BgltrchtV-OR, s.84.

²⁹¹ BgltrchtV-OR, s.84.

yönetim kurulunun fiilen iflası ertelemek yoluyla alacaklıların durumunu kötüleştirmesinin önlenmesidir²⁹².

Kaynak OR m.725/f.2’de açık miktarında alacaklı olan alacaklıların diğer tüm alacaklıların sırasından sonraya geçmesi halinde bildirim yükümünün kalkacağı belirtilmekle yetinilmiştir. V-OR m.725/f.6’da ise şirketin yükümlülüklerindeki açık miktarına karşılık gelen tutarda alacaklı olan alacaklıların tüm alacaklıların sırasından sonraya geçmesi ve alacaklarını ertelemeleri şartıyla mahkemeye bildirim yükümünün kalkacağı ifade edilmiştir. İşletmenin devamı esasına dayanan ara bilançonun esas alınması da hükme bağlanmıştır.

Söz konusu Öntasarının Gerekçesinde sırada geriye geçme yoluyla diğer alacaklıların durumunun iyileştirilmesi ve şirketin mali durumun güçlendirilebilmesi için erteleme hem de asıl alacak hem de faiz alacağı için gerçekleşeceği ve borca batıklık süresince devam edeceği belirtilmiştir²⁹³. Bunun yanında erteleme şirket için faiz ödeme yasağı ve itfa yasağına yol açacağı da açıklanmıştır²⁹⁴.

2. Sermayenin Kaybı ve Borca Batıklık Durumunda Birleşmenin Tabi Olduğu Şartlar

A. Önleyici Koruma İçin Özel Düzenlemenin Gerekli Olması

Sermaye kaybı veya borca batıklık içinde bulunan şirketin birleşmeye katılmasının özel olarak düzenlenmesinin nedeni bu tür birleşmelerin özellikle alacaklıların ve azınlığın menfaatlerini ihlal etmesi olasılığının yüksek olmasıdır²⁹⁵. Bu tür birleşme devralan ortaklığın mali durumunu olumsuz etkileyebileceği için devralan ortaklığın alacaklılarının alacaklarının ifasının tehlikeye düşmesi olasılığı söz konusudur²⁹⁶. Bir başka ifadeyle iyileştirici birleşme, normal koşullarda birleşmeye nazaran ek risk yaratmaktadır. Bu ek riskin telafisinde birleşmede alacaklıların korunmasına yönelik genel hükümler olan TTKT m.157 ve m.158’in yeterli olmayacağı açıktır²⁹⁷. Zira bu hükümler birleşmeden sonra devreye giren tamamlayıcı nitelikte hükümlerdir. İyileştirici birleşmede ise alacaklıların korunması ihtiyacı birleşme öncesinde baş göstermektedir.

Alacaklıların korunması kaygısıyla iyileştirici birleşmenin tümüyle yasaklanması ise şirketlerin ve genel itibarıyla ekonomik hayatın olumsuz etkilenmesine yol açabilecektir²⁹⁸.

²⁹² BgltbrchtV-OR, s.84.

²⁹³ BgltbrchtV-OR, s.85.

²⁹⁴ BgltbrchtV-OR, s.85.

²⁹⁵ Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.3.

²⁹⁶ BgltbrchtV-FusG, s.23; BtschftFusG, s.4398.

²⁹⁷ BgltbrchtV-FusG, s.23; BtschftFusG, s.4398.

²⁹⁸ BgltbrchtV-FusG, s.23; BtschftFusG, s.4398.

İsviçre hukukunda iyileştirici birleşmede tedbir olarak alacakların teminata bağlanması hakkının koşulsuz olarak tanınması düşünülmüş ise de bu çözümün teminat vasıtasıyla korumanın tamamlayıcı niteliğine uygun düşmediği ve iyileştirmeye ihtiyaç duyan küçük şirketlerde tüm alacakların teminata bağlanmasının ölçüsüz bir korumaya yol açacağı gerekçesi ile alacaklılara böyle bir hak tanınmasından vazgeçilmiştir²⁹⁹.

Serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığın alacakların ifasına tahsisi zorunluluğu bulunmadığından, bu özvarlığın borca batıklık veya sermaye kaybının giderilmesi için³⁰⁰ kullanılmasını öngören TTKT m.139'un (FusG m.6) alacaklıların menfaatlerini ihlal etmesi söz konusu değildir³⁰¹.

Tasfiye halindeki şirketlerin birleşmeye katılmasına ilişkin TTKT m.138'den farklı olarak TTKT m.139'un gerek devreden gerekse devralan şirketin iyileştirilmesi amacıyla kullanılması mümkündür³⁰². Bunun yanında alacaklıların korunmasını tasfiyeye ilişkin hükümlere bırakmak suretiyle şekli bir koruma öngören TTKT m.138'in aksine TTKT m.139 alacaklının ne şekilde korunacağını bizzat düzenlemiştir³⁰³. İflas eden şirketin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kalkacağı için, bu şirketin TTKT m.139'a göre birleşmeye katılması mümkün değildir.

Alacaklının bireysel olarak korumasına yönelik TTKT m.157 ve m.158, TTKT m.139'a göre birleşmelerde de geçerli olacağı için³⁰⁴ iyileştirici birleşmede önleyici ve tamamlayıcı alacaklı koruması sistemleri birarada düzenlenmiştir.

B. Birleşmeye Katılan Diğer Şirketin Sermaye Kaybı veya Borca Batıklığı Karşılacak Tutarda Özvarlığa Sahip Olması

TTKT m.139'da sermayesiyle kanuni yedek akçelerinin toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirketin, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebileceği ifade edilmiştir³⁰⁵. İsviçre Birleşme Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde ve bu Kanuna ilişkin Öntasarının 6. maddesinde de bu kurala aynı şekilde yer verilmiştir.

²⁹⁹ BgltrchtV-FusG, s.23.

³⁰⁰ Bkz. TTKT m.376 (OR m.725).

³⁰¹ BgltrchtV-FusG, s.23-24. BtschftFusG, s.4399.

³⁰² BgltrchtV-FusG, s.24; BtschftFusG, s.4399; Gerekçe, s.449; Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.6.

³⁰³ Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.9.

³⁰⁴ BgltrchtV-FusG, s.24; BtschftFusG, s.4399; Schneller, s.233. Ayrıca FusG m.7 ve m.9'un (TTKT m.140 ve m.142) de uygulanması gerektiği yönünde bkz. Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.2; Hirsiger, s.232.

³⁰⁵ Birleşme Yönergesinde iyileştirici birleşme düzenlenmemiştir. İyileştirici birleşmede Sermaye Yönergesinin itibari değer altında hisse senedi ihracını yasaklayan 2. maddesine riayet edilmesi gerektiği yönünde bkz. Hirsiger, s.262.

Şahıs şirketlerinde sermaye kaybı söz konusu olamayacağı için ancak borca batık durumdaki şahıs şirketlerinin, TTKT m.139 kapsamında devreden şirket olarak birleşmeye katılması mümkündür³⁰⁶.

Öğretide iyileştirici birleşme (die Sanierungsfusion) olarak da adlandırılan bu tür birleşmeler, daha ziyade aynı kişinin hakimiyeti altında olan veya aynı konzerne ait olan şirketler arasında söz konusu olabilmektedir³⁰⁷. Bununla birlikte konzern içi iyileştirici birleşmelerin söz konusu menfaatleri olumsuz etkilemesi olasılığı daha düşük olduğundan sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesi ayrıca düzenlenmiştir³⁰⁸.

C. Sermayenin Kaybı ve Borca Batıklığın Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.376'ya Göre Belirlenmesi

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Birleşme Kanunu Öntasarısından farklı olarak, Birleşme Kanunu m.6/f.1'in 2. cümlesinde, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarının diğer alacaklıların sırasından sonraki sıraya geçmeyi kabul etmeleri halinde, söz konusu hükmün 1. cümlesindeki koşulun uygulanmaması öngörülmüştür. Anılan Öntasarıda bu tür bir koşula yer verilmemiş ise de Öntasarının gerekçesinde; bilançodaki açık miktarını karşılayacak miktarda alacağı olan alacaklıların diğer alacaklıların arkasına geçmeyi kabul etmeleri halinde, yönetim kurulunu borca batıklığı mahkemeye bildirmekten muaf tutan OR m.725/f.2'ye de atıfta bulunularak, şirket alacaklılarının arka sıraya geçmesi ihtimalinin şirketin yükümlülüklerinin ifasının tehlikeye düşüp düşmediğinin tespitinde dikkate alınacağı ifade olunmuştur³⁰⁹.

TTKT m.139'da açıkça belirtilmemekle birlikte, bu maddenin uygulanmasında sermaye şirketlerinde sermaye kaybının ve borca batıklığın ne zaman mevcut olduğu TTKT m.376'ya göre belirlenmelidir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere, yeniden yapılanmada alacaklının korunmasının şirketler hukukunun genel hükümleri ve yeniden yapılanmaya özgü özel hükümlerin birlikte uygulanması vasıtasıyla sağlanması³¹⁰ bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesinde de TTKT m.139'un, m.376 ve m.633 ile uyum içinde olduğu ifade edilmiştir³¹¹. Ayrıca yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde uygulanmayacak olan genel hükümlerin açıkça belirtilmiş olması karşısında, TTKT m.376'nın geçerliliğini koruyacağı açıktır.

³⁰⁶ BgltrchtV-FusG, s.24.

³⁰⁷ BgltrchtV-FusG, s.23; BtschftFusG, s.4398.

³⁰⁸ Meinhardt, Mancel: BSK-FusG, m.6 N.4.

³⁰⁹ BgltrchtV-FusG, s.24 Tasarıya ilişkin görüşmelerde bu hususun kanun hükmü olarak düzenlenmesinin önerildiği yönünde bkz. Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.18; Frey, Martin: SHk, m.6 N.5.

³¹⁰ 1.Bl.m./IV/1.

³¹¹ Gerekçe, s.448.

Sermaye kaybı veya borca batıklığın mevcut olup olmadığının belirlenmesinde son yıllık bilançonun (TTKT m.376/f.1) değil birleşme bilançosunun düzenlendiği an esas alınmalıdır³¹². Aksine bir tutum sorumluluk davasını gündeme getirebilecektir.

D. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre m.376/f.3 ile m.139 Arasındaki İlişki

TTKT m.376/f.3 uyarınca alacaklıların arka sıraya geçmeyi kabul etmesinin TTKT m.139'un uygulanmasını ne şekilde etkileyeceği de değerlendirilmelidir³¹³. TTKT m.376/f.3'e göre yönetim kurulunun borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümünden muafiyeti için, ilk olarak şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları alacaklarının sırasını diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmelidir. Ayrıca bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliğinin yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olmalıdır.

Bu hükmün TTKT m.139 ile birlikte uygulanması halinde, alacaklıların arka sıraya geçmeyi kabul etmesiyle serbestçe tasarruf edilebilir özvarlık miktarının artması sağlacaktır. Böylelikle TTKT m.139/f.1'deki koşulun gerçekleşmesi kolaylaşacağı için iyileştirici birleşmelerin uygulama alanı genişleyecektir.

Alacaklıların arka sıraya geçmeyi kabul beyanı, geri alınamaz nitelik taşımali ve herhangi bir koşula bağlanmamalıdır³¹⁴

Borca batıklığın hakim şirketin yavru şirkete olan borcundan kaynaklanması halinde hakim şirket TTKT m.139 uyarınca yeterli miktarda serbestçe tasarruf edilebilir özvarlığa sahip değilse birleşme mümkün olmamalıdır. Zira yavru şirketin iflası halinde hakim şirketin alacağını zaten kaybedeceği ileri sürülebilirse de, hakim şirketin birleşmeden sonra yavru şirketin yükümlülükleri için de sorumlu olacak olması TTKT m.139'daki şartların gerçekleşmiş olmasını gerekli kılmaktadır³¹⁵.

³¹² Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.15; Albrecht, ZK-FusG, m.6 N.14; Hirsiger, s.231.

³¹³ Gereğcede TTKT m.139'a göre birleşmenin TTKT m.376'ya göre mahkemenin haberdar edilmesi yükümünü ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir (Gerekçe, s.448-449; BgltrchtV-FusG, s.24; BtschftFusG, s.4399). Bununla birlikte alacaklıların sırada arkaya geçmeyi kabul etmeleri neticesinde TTKT m.139'a göre birleşmenin mümkün hale gelmesi, TTKT m.376/f.3'e uygun olarak yönetim kurulunun mahkemeden iflas isteminde bulunmasını engellemelidir (Frey, SHk, m.6 N.8). İflas istemiyle mahkemeye başvurudan sonra söz konusu olan iyileştirici birleşme ise TTKT m.377'ye göre iflasın ertelenmesi için gerekli olan iyileştirme projesi olarak nitelendirilmelidir (Frey, SHk, m.6 N.8).

³¹⁴ Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.19.

³¹⁵ BgltrchtV-FusG, s.24.

E. İşlem Denetçisi Tarafından Rapor Hazırlanması

TTKT m.139/f.2’de kaybolan sermayeyi veya borca batıklığı karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilir özvarlığın mevcut olduğunu ispatlayan işlem denetçisi raporu, devralan şirketin merkezinin bulunduğu yer Ticaret Sicil Müdürlüğüne sunulmalıdır. Alacaklıların sırada arkaya geçmeyi kabule ilişkin beyanlarının varlığı halinde ise, denetçi bu beyanı ve TTKT m.376’daki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelenmekle yükümlü tutulmamalıdır. Zira söz konusu hükümde bu tür bir denetimin mahkemece atanan bilirkişilerce yapılacağı ifade edilmiştir.

3. Sermayenin Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Bölünme ve Tür Değiştirmenin Düzenlenmemiş Olması

Birleşmeden farklı olarak sermaye kaybı ve borca batıklık durumunda bölünme ve tür değiştirme için özel bir düzenleme öngörülmemiştir.

Bununla birlikte öğretide iyileştirici bölünmenin mümkün olduğu savunulmaktadır. Buna göre kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte Mehaz Kanunun gerekçesinden³¹⁶ hareketle devredilen malvarlığının aktif fazlası göstermesi halinde iyileştirici bölünmenin mümkün olduğu ileri sürülmektedir³¹⁷. Aktif fazlasının mevcut olmaması halinde ise FusG m.6’nın (TTKT m.139) kıyasen uygulanması önerilmektedir³¹⁸.

Borca batıklık veya sermaye kaybı içinde bulunan anonim ortaklığın kooperatif olarak tür değiştirmesinin ve tersi durumun mümkün olması gerektiği de belirtilmiştir³¹⁹. Böyle bir durumda açığın kooperatifin sermayesinin değişken olması sayesinde giderileceği ifade edilmektedir³²⁰.

³¹⁶ BtschftFusG, s.4431.

³¹⁷ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1216; Meinhardt, BSK-FusG m.6 N.25.

³¹⁸ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1218.

³¹⁹ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1220; Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.25.

³²⁰ Bu şekilde bir tür değiştirmede FusG m.57’nin(TTKT m.184) uygulanacağı da ifade edilmektedir (von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1220; Meinhardt, BSK-FusG, m.6 N.25).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLEŞME, BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRMEDE BİREYSEL ALACAKLI KORUMASI BAKIMINDAN ÖZEL HAK SAHİBİ VE ALACAKLI AYRIMI

I. ÖZEL HAK İLE İMTİYAZLI PAYDAKİ İMTİYAZIN FARKLI ANLAM TAŞIMASI

1. Özel Hakların Alacak Hakları ve Ortaklık Haklarından Farklı Şekilde Korunması

Birleşme Yönergesinde ve bu Yönergeyi uyarlayan ulusal hukukların çoğunda alacaklılar ile ortaklar yanında, özel hak sahipleri adı verilen bir diğer kategori için hakkın niteliğine göre farklı koruma mekanizmaları öngörülmüştür.

2. Özel Hakların Belirlenmesi Gerekliliği

Söz konusu farklılıkların ortaya konulması ilk olarak özel hakkın, özel hak sahiplerinin ve bunların tabi olduğu koruma rejiminin belirlenmesi dolayısıyla TTKT’de alacaklılar için öngörülen korumadan yararlanabilecek hak sahiplerinin sınırının çizilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bunun yanında birleşme sözleşmesini düzenleyen TTKT m.146/f.1/c’ye¹ göre devralan şirkette tanınan özel hakların açıklanması, birleşme sözleşmesinin zorunlu unsurlarındandır. Özel hakkın anlamının açık olmamasından kaynaklı olarak birleşme sözleşmesinde yer almayan açıklamalar birleşme sözleşmesinin geçerliliği, tescil engeli, sorumluluk davası gibi konularda tartışmalara yol açabilecektir.

Özel hak sahiplerine tanınacak hakların şirketin malvarlığı üzerindeki etkisi ise, alacaklıların alacaklarının ifasının tehlikeye düşüp düşmediğinin tespitinde etkisini gösterecektir.

Bunlara ek olarak özel hakların ne şekilde korunacağının açıklığa kavuşturulması, gerek bu hakların sahiplerinin korunması ihtiyacının karşılanması gerekse ilgili kişilerin bilgilendirme menfaatlerinin sağlanması açısından önem taşımaktadır². İnceleme hakkının konusunu oluşturan dokümanlarda söz konusu hakların akıbetinin açık bir şekilde ortaya

¹ Bölünmede aynı yönde düzenleme için bkz. TTKT m.167/f.1/d.

² Hüffer, Uwe: Der Schutz besonderer Rechte in der Verschmelzung, FS für Marcus Lutter, Köln 2000, s.1228.

konulmasının (TTKT m.146/c, FusG m.13/f.1/c), bu hakkın işlevini tam anlamıyla yerine getirmesini ve birleşmeye karar verecek olan ortakların iradesinin daha sağlıklı bir şekilde oluşmasını sağlayacağı açıktır. Alacaklıların inceleme hakkı bakımından da bu husus önem taşımaktadır. Sonuç olarak hak sahibi yanında bilgi alma hakkı zedelenen kişilerin de olumsuz etkilenmesi neticesi doğabileceği için TTKT m.191 ve devamında öngörülen hukuki koruma mekanizmalarının devreye girmesi kaçınılmaz olabilecektir.

3. Özel Hakların Kapsamı

A. Türk Hukukunda

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

TTKT'nin "*Ortaklık payının ve haklarının korunması*" başlığını taşıyan 140. maddesinin 4. fıkrasında devrolunan şirketteki mevcut "*paylara bağlı imtiyazlar karşılığında*", devralan şirkette eşdeğerde haklar veya uygun bir karşılık verileceği hükme bağlanmıştır. Bölünmede şirket payının ve haklarının korunmasını düzenleyen 161. maddede ise 140. maddeye atıfta bulunulmuştur. Tür değiştirmede paralel düzenlemeyi öngören 183. madde de "*imtiyazlı payların karşılığında*" aynı değerde paylar verileceği veya uygun bir tazminat ödeneceği ifade olunmuştur³.

Birleşme sözleşmesinin içeriğini düzenleyen TTKT m.146/f.1/b.c'de de "*imtiyazlı payların sahiplerinden*" söz edilmiştir. Buna karşılık bölünme sözleşmesinin içeriğini hükme bağlayan TTKT m.167/f.1/b.d'de, Birleşme Kanununda olduğu gibi "*özel haklar*" ifadesine yer verilmiştir.

Aşağıda açıklanacağı üzere Mehaz Birleşme Kanunundaki "*özel haklar*" kavramı, TTKT'de 167. madde dışında "*paylara bağlı imtiyaz hakları*" olarak çevrilmiştir.

b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesinde

TTKT m.140/f.4'ün gerekçesinde "*devrolunan ortaklıkta mevcut bulunan paylara bağlı özel haklar karşılığında devralan ortaklıkta eşdeğerde haklar veya bunlara uygun karşılık verilir...*" denilmiş ve "*özel haklar*" teriminin anlamı için TTKT'nin tür değiştirmede şirket payının ve haklarının korunması düzenleyen 183. maddesinin gerekçesine atıf yapılmıştır⁴. TTKT m.140'daki "*paylara bağlı imtiyazlar*" ifadesinin karşılığı olarak Gerekçede, Mehaz Kanuna uygun bir şekilde "*özel haklar*" terimi kullanılmıştır.

³ Aynı konuda düzenleme öngören 140, 161 ve 183. maddelerinin başlıklarının aynı şekilde ifade edilmesinin, bunun yanında 140 ve 183. maddelerde karşılık veya tazminat sözcüklerinden birisinin kullanılmasının Tasarıda ifadesel bütünlüğün sağlanması açısından isabetli olacağı kanaatindeyiz.

⁴ Gerekçe, s.450.

TTKT m.183/f.2’de ise imtiyazlı paylar karşılığında aynı değerde paylar verileceği veya uygun bir tazminat ödeneceği⁵ ifade edilmiştir. Bu fıkraya ilişkin gerekçede ise “*Kaynağın Almanca metninde özel haklar için “Sonderrechte”, Fransızca metninde “droit spéciaux” terimleri kullanılmıştır. Kaynakta tanımlanmamış olan bu terim geniş yorumlanır ve kapsamına, oyda imtiyazlı paylar, azlık hakları içinde yer alan bağlayıcı önerme hakları (bilanço müzkarelerinin ertelenmesi gibi), İsv. BK m.709’da düzenlenen pay kategorilerinin ve guruplarının temsili, kuruculara ve diğer kişilere sağlanan menfaatler, şarta bağlı sermaye artırımındaki alım ve değiştirme hakları girer. Kanunda da aynı kapsam genişliğini vurgulamak amacıyla özel haklar terimi kullanılmıştır*”⁶ açıklamasına yer verilmiştir.

Buna karşılık TTKT’nin birleşme sözleşmesine ilişkin 146. maddenin gerekçesinde ise bir taraftan 183. maddenin gerekçesine atıfta bulunulmuş diğer taraftan bu atfın içeriği ile çelişir şekilde “*devralan ortaklık bazı paylara özel haklar tanıyorsa bunlar hakkında birleşme sözleşmesinde hüküm bulunmalıdır; imtiyazlı pay yoksa hükme de gerek yoktur*” denilmiştir⁷.

Açıklamalardan da anlaşıldığı gibi TTKT’de “*paylara bağlı imtiyazlar*” ifadesinin tercih edilmiş olması, hem TTKT’nin Gerekçesinde hem de Kaynak İsviçre Birleşme Kanununda (FusG -birleşmede- m.7, -bölünmede- m.31, -tür değiştirmede- m.56) ve Gerekçede sözü edilen Alman Nevi Kanununun 23. maddesinde kullanılmış olan “*özel haklar*” kavramı ile uyum içerisinde değildir.

Bu farklılık hükmün uygulanmasında dayanak olacak yorum yöntemine göre TTKT’deki mi yoksa hükmün gerekçesindeki ifadenin mi esas alınacağı noktasında önem kazanmaktadır. Zira TTKT’deki paylara tanınan imtiyazlar ifadesi hükmün uygulama alanını paylara tanınmış imtiyazlarla sınırlandırmakta iken hükmün TTKT m.183’ün gerekçesine uygun yorumu, uygulama alanını paylara tanınan imtiyazları aşar bir şekilde genişletmektedir.

Zira Gerekçede kuruculara ve diğer kişilere sağlanan menfaatler ile şarta bağlı sermaye artırımındaki alım ve değiştirme haklarının da özel hak niteliğinde olduğunun belirtilmiş olması, ortaklar dışında kalan kişilerin de özel hak sahibi olabileceği yorumuna imkan vermektedir. Bunun yanında “*...özel haklar geniş anlam taşır ve imtiyazlı payları içermekle birlikte imtiyazlı paylara özgülenez...*”⁸ ifadesine yer verilmiş olması da bu

⁵ FusG’de birleşmede (m.7/f.5) ve tür değiştirmede (m.56/f.4) özel haklar konusu aynı kavramlarla ve aynı içerikte düzenlenmiş olduğu halde, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının paralel hükümlerinde ayırım yapılmıştır. TTKT m.140/f.4’de “...uygun bir karşılık verilir”, m.183/f.2’de ise “...uygun bir tazminat ödenir” ifadelerinin kullanılmış olması dikkat çekmektedir.

⁶ TTKT m.183/f.2’nin gerekçesinden naklen (Gerekçe, s.469).

⁷ Gerekçe, s.453–454.

⁸ Gerekçe, s.451.

yorumu teyit etmektedir. Buradan hareketle alım veya değiştirme hakkı tanıyan tahvil alacaklılarının da Gerekçeye göre özel hak sahibi olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz.

Bu çerçevede ele alınması gereken bir diğer mesele de Gerekçede sözü edilen kuruculara ve diğer kişilere sağlanan menfaatlerin hukuki niteliğinin belirlenmesidir. Bilindiği gibi TTKT m.478 uyarınca⁹ imtiyazlı pay, ancak imtiyazın paya tanınması yoluyla yaratılabilmektedir. Bununla birlikte ayrıcalık ve farklılıkların pay yanında şahsa da tanınması mümkündür¹⁰. Mesela bir ortağa sözleşme ile ömür boyu murahhas üyelik tanınması şahsa bağlı imtiyazdır¹¹. Üstünlüğün kuruculara (TTK m.298), yönetim kurulu üyelerine (TTK m.472) ve aynı zamanda ortak olan müstahdem veya işçilere tanınması (TTK m.468) yoluyla şahsa bağlı imtiyaz yaratılabilmektedir¹². Ayrıcalıklı hakkın paya değil de şahsa tanınması durumunda imtiyazlı pay değil akdi nitelikte bir hak söz konusudur¹³. Dolayısıyla pay sahibi olan kişilere imtiyazlı paya vücut vermeyen akdi nitelikte imtiyazların tanınmış olması halinde, bu hakların korunmasının da Gerekçeye uygun yorumla TTKT m.140'a göre özel hakkın korunması kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Gerekçede geniş yorum yapılacağı belirtilmiştir.

B. İsviçre Hukukunda

a) Mehaz Birleşme Kanununda

aa) Türk Ticaret Kanunu Tasarısının m.140/f.4'e Tekabül Eden Birleşme Kanunu m.7/f.5'de

Birleşme Kanununun TTKT m.140/f.4'e tekabül eden "*Hisse ve Ortaklık Haklarının Sürdürülmesi*"¹⁴ başlığını taşıyan 7. maddesinin 5. fıkrasına¹⁵ göre devralan şirket, devreden şirketteki hisse veya ortaklık haklarına bağlı özel haklar¹⁶ (die Sonderrechte) için eşdeğerde

⁹ İmtiyazın paya tanınması kuralı için bkz. TTK m.401.

¹⁰ Karahan, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, s.20.

¹¹ Karahan, s.20.

¹² Karahan, s.20.

¹³ Karahan, s.20; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.786; Tekinalp, Ünal: İmtiyazlı Paylar, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Ankara 1996, s.11–12.

¹⁴ TTKT m.140'ın kenar başlığı ve m.157 ile 158'in üst başlıkları ile İsviçre Birleşme Kanununun 7.maddesinin kenar başlığı ve m.25 ve 26'nın üst başlığı karşılaştırıldığında Mehaz Kanundaki "*Wahrung*" ve "*Schutz*" kelimelerinin her ikisinin de TTKT'de "*korunma*" olarak çevrildiği görülmektedir. Söz konusu maddelerde öngörülen düzenlemelerin farklı olduğunun ifadesel açıdan yaratılacak ayrımla da vurgulanmasının uygun olacağı fikrindeyiz. Bu nedenle Mehaz Kanunun "*Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte*" şeklinde ifade edilen başlığındaki "*Wahrung*" sözcüğünün "*sürdürülme veya devam*" şeklinde çevrilmesi kanımızca daha isabetlidir. Bu şekilde bir çeviri Mehaz Kanunun temelinde yatan "*üyelik haklarının devamı*" ilkesini (BtschftFusG, s.4400) daha açık yansıtmaktadır.

¹⁵ Bkz. bölünme için FusG m.31/f.1; tür değiştirme için FusG m.56/f.4.

¹⁶ "*Für die Sonderrechte an der übertragenden Gesellschaft, die mit Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten verbunden sind...*".

haklar veya uygun bir karşılık tahsis etmekle yükümlüdür¹⁷. Özel hakların kapsamının değerlendirilebilmesi için öncelikle hisse ve ortaklık haklarının bu Kanun bakımından ifade ettiği anlam saptanmalıdır.

Bu saptama için anılan Kanunun kavramları düzenleyen 2. maddesine bakılmalıdır. Bu maddenin f bendinde ortak (Gesellschafterinnen und Gesellschafter) kavramının; hisse sahiplerini, kollektif ve komandit şirketlerdeki ortakları, pay senedine sahip olmayan kooperatif ortaklarını ve dernek üyelerini ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı maddenin g bendinde ise hisse sahibi (Anteilsinhaberinnen und –inhaber)¹⁸ kavramının; anonim şirket pay sahiplerine, katılma senedi sahiplerine (OR m.656b), intifa senedi sahiplerine (OR m.657), limited şirket ortaklarına ve pay senedine sahip kooperatif ortaklarına karşılık olarak kullanıldığı hükme bağlanmıştır. Ortak ve hissedar kavramları arasında yapılan bu ayrımın sebebi, hissedar sayılmak için şirketin esas sermayesine belirli bir hisseyle katılmanın belirleyici olmasında yatmaktadır¹⁹. Ortak kavramı ise söz konusu düzenlemede üst kavram olarak hisse sahiplerini de içerir şekilde yeniden yapılanmaya taraf olabilecek tüm hukuk subjelerinin²⁰ üyelerini kapsar anlamda kullanılmıştır.

Buradan hareketle esas sermayeye belli bir hisseyle katılmış olan kişilere katılma paylarına bağlı olarak tanınmış özel hakların korunmasında, FusG m.7/f.5 geçerli olacaktır. Dolayısıyla bu maddenin lafzından hisse ve ortaklık haklarına bağlı olmadan, daha açık bir ifadeyle söz konusu kişilerin şahsına bağlı olarak tanınan özel hakların korunmasının hükmün uygulama alanına girmediği sonucuna ulaşılmaktadır. FusG m.7'e ilişkin gerekçede de oyda imtiyazlı paylar veya imtiyazlı paylar gibi özel haklarla bağlantılı hisse veya üyelik haklarına sahip olan ortaklara en azından eş değerde haklar tahsis edileceğinden söz edilmektedir²¹. Böylelikle hisse ve ortaklık hakkı sahibi olmayan üçüncü kişilere tanınmış olan özel haklar evleviyetle hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır.

¹⁷ Birleşmenin tahvil sahiplerine etkilerinin birleşme raporunda, birleşmenin alacaklılara etkisi başlığı altında açıklanması gerektiği yönünde Comboeuf, SHK, m.14 N.19.

¹⁸ Türkçede pay, hisse, iştirak kavramlarına karşılık gelen “der Anteil” sözcüğü bir konu üzerindeki kısmi yetki (Köbler, Gerhard: Juristisches Wörterbuch, München 2004, s.51) veya bir ticari işletmenin sermayesine iştirak (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2003, s.151) gibi anlamlarda kullanılmakta olup ortaklık veya pay sahipliğinden farklı bir anlama gelmektedir.

FusG'nin kanunlaşması sürecinde; zilyed, sahip anlamlarında kullanılan “der Inhaber” kavramının Medeni hukuktaki ziyedliği çağrıştırdığı gerekçesiyle, “der Anteilsinhaber” kavramı yerine iştirak yetkilisi anlamına gelen “Beteiligungsberechtigter” kavramının kullanılması önerilmiştir. Ancak bu öneri FusG'de kıymetli evrak maliki veya kıymet değerinin alacaklısı kastedildiği, bununla birlikte kıymetli evrakın malikinin ve zilyedinin farklı olabileceği gerekçesi ile reddedilmiştir (Morscher, BSK-FusG, Art.2 N.30).

¹⁹ Beretta, Strukturanpassunen, s.30.

²⁰ Zira Mevaz Birleşme Kanununda yeniden yapılanmaya taraf olarak katılabilecekler ticaret şirketleri ile sınırlandırılmamıştır.

²¹ BtschftFusG, s.4402.

ab) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.146/f.1/b.c'ye Tekabül Eden Birleşme Kanunu m.13/f.1/b.c'de

Birleşme Kanununun birleşme sözleşmesinin içeriğini düzenleyen 13. maddesinin c bendinde (FusG m.37/f.1/b.d) birleşme sözleşmesinin, devralan şirketin ve devreden şirketin özel hak sahibi hissedarlarına, oydan yoksun hissedarlarına ve intifa senedi sahiplerine tahsis edeceği hakları içereceği hükme bağlanmıştır.

b) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.140/f.4 ve Birleşme Kanunu m.7/f.5'e Tekabül Eden Birleşme Kanunu Öntasarısı m.7/f.5'de

Kaynak Birleşme Kanununun 7. maddesinin 5. fıkrası, bu Kanuna ilişkin Öntasarının 7. maddesinin 5. fıkrasında²² da aynı şekilde ifade edilmişti. Söz konusu Öntasarının bu hükmüne ilişkin gerekçede de oyda imtiyazlı paylar veya imtiyazlı paylar gibi hisse veya yönetim haklarına bağlanmış olan özel hakların sahibi ortaklardan söz edilmekle birlikte bu hüküm ile Birleşme Yönergesinin 15. maddesinin iktibas edildiği açıklanmıştır²³. Birleşme Yönergesinin bu maddesinin²⁴ ortaklık haklarını temsil eden hisse senetleri dışındaki menkul kıymetlere bağlı olarak tanınan özel haklar için düzenleme öngördüğü dikkate alındığında, bu düzenlemeyi iktibas ettiği iddiasında olan FusG m.7/f.5'in tamamen farklı bir sonuca ulaştığı ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada Birleşme Kanunu m.7/f.5'in mehaza uygun yorumunun Öntasarının gerekçesine dayandırılıp dayandırılmayacağı sorunu baş göstermektedir.

c) Öğretideki Görüşler

Konunun öğretide ne şekilde ele alındığına da göz atılmalıdır. Birleşme Kanunu m.7/f.5 anlamında özel haklar, İsviçre öğretisinde *Glanzmann* tarafından oyda imtiyazlı paylar (TTKT m.479, OR m.693) ve imtiyazlı paylar ile bağlı haklar, münferit bir ortağın veto hakları gibi bireysel haklar ve ortaklara hisse haklarına bağlı olarak tanınmış olan opsiyon hakları şeklinde örneklendirilmiştir²⁵.

Yazar opsiyon hakkının şirket ortağı olmayan kişilere tanınmış olması halinde, bu kişilerin Birleşme Kanununun uygulanmasında hisse veya üyelik haklarının sürdürülmesi başlıklı m.7/f.5 (TTKT m.140/f.4) kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu kişilerin haklarının

²² “Devreden şirketteki özel haklar” yerine “devreden hukuk sujesindeki özel haklar” ifadesi kullanılmıştır.

²³ BgltrchtV-FusG, s.27.

²⁴ Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda 3.Blm/A/I/2.

²⁵ Glanzmann, Lukas: SHk, m.7 N.31; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.39 ve 224; Hirsiger, s.106. Opsiyon hakkı hisse senedi alma hakkını ifade etmektedir. TTKT m.467 (OR m.653d) uyarınca alacaklılar ve çalışanlara da opsiyon hakkı tanınabilmektedir.

Birleşme Kanununun alacaklıların korunmasına yönelik hükümleri vasıtasıyla veya icabında OR m.653d/f.2 (TTKT m.467) uyarınca korunması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir²⁶. Bir başka ifadeyle Birleşme Kanununun tanımlara ilişkin 2. maddesinde²⁷ hisse sahibi veya ortak olarak nitelendirilmedikleri için üyelik haklarının devamı ilkesinin opsiyon yetkisine sahip üçüncü kişi alacaklılar için geçerli olmadığı²⁸ savunulmaktadır. Dolayısıyla özel hakkın içeriği, hisse veya ortaklık haklarına bağlı olarak tanınan yan haklarla sınırlandırılmaktadır²⁹.

Görüldüğü üzere yazar özel hakkı, ortak kavramını esas alarak tanımlamakta ve ortağa tanınmış olan bireysel hakları da özel hak olarak değerlendirmektedir. Buradan hareketle pay sahibi dışındaki kişilere tanınan ortaklık haklarının alacaklıların korunmasına yönelik hükümlere tabi olması gerektiği sonucuna ulaşan yazar bize göre bazı alacaklıların özel hak kategorisine dahil edilmesi gereğini gözden kaçırmaktadır.

Birleşme Kanunu m.13/f.1/b.c hükmündeki özel haklar ifadesi de öğretide hisse ve ortaklık haklarına bağlı olarak tahsis edilen özel hakların kastedildiği şeklinde yorumlanmaktadır.

d) Birleşme Yönergesi m.15'in Farklı Uyarlanmış Olması

Özel haklar kavramının ifade ettiği anlamın tespiti amacıyla mehz İsviçre hukukuna ilişkin incelememiz, Birleşme Yönergesinin 15. maddesinin ulusal hukuka uyarlama esnasında farklı yorumlandığını göstermektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere Birleşme Kanunu Öntasarısının ilgili hükümlerinde, Birleşme Yönergesinin 15. maddesine atıfta bulunulmuştur.

İsviçre dışındaki ülkelerde, aşağıda da açıklanacağı üzere Birleşme Yönergenin 15. maddesi esas itibarıyla ortaklık statüsüne bağlananlar dışında kalan özel haklar için düzenleme öngördüğü şeklinde yorumlanmaktadır. İsviçre hukukundaki bu yorum farklılığı ise kanaatimizce Kanunun hazırlanmasında, münhasıran Yönergenin almanca metninin 5. maddesinin f. bendinin esas alınmış olmasından kaynaklanmaktadır³⁰.

Bu nedenle Birleşme Kanunu m.7/f.5'in bu Kanuna ilişkin Öntasarının Gereğesindeki söz konusu Yönerge hükmünü uyarlama yönündeki amacına da uygun olarak, “*hisse ve*

²⁶ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.39; Glanzmann, SHk, m.7 N.7; Altenburger/Calderan/Lederer, s.17.

²⁷ Bu madde hakkında açıklama için bkz. 3.BIm./I/3/B/a/aa.

²⁸ Glanzmann, SHk, m.7 N.7. Kural olarak alacak hakkı niteliği taşıyan opsiyon haklarının, sermaye artırımlarında olduğu gibi devreden şirketteki hisse haklarına bağlı olarak tanınması halinde ise bu hakların FusG m.7 (TTKT m.140) anlamında özel hak olarak korunacağı ifade edilmektedir (Glanzmann, Umstrukturierungen, N.224; Glanzmann, SHk, m.7 N.7). Aynı yönde bkz. Gericke, BSK-FusG, m.56, N.5.

²⁹ Gericke, BSK-FusG, m.56 N.35.

³⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. 3.BIm./I/3/C/b.

ortaklık haklarına bağlı özel haklar” şeklinde değil de “*hisse ve ortaklık hakları ile bağlantılı haklar*” şeklinde anlaşılması daha isabetli gözükmektedir.

Ancak bu şekilde yorumlanan bir hükmün ortaklık haklarının sürdürülmesi başlığı altında yer almasının sistematik açıdan isabetli olmayacağı açıktır. Bize göre paylara tanınan imtiyazlar ile paya bağlı olmaksızın tanınan özel haklar için farklı maddelerde düzenlenme yapılması gerekmektedir.

C. Birleşme Yönergesinde

Yukarıda İsviçre hukukuna ilişkin başlık altında da değinildiği üzere, *özel hak* kavramı konusundaki belirsizlik, Birleşme Yönergesi m.15 ve m.5/f.2 hükümlerinin ulusal hukuklara farklı uyarlanmış olmasından kaynaklanmaktadır.

a) Birleşme Yönergesi m.15’de

Birleşme Yönergesinin 15. maddesinde “*kendilerine özel hakların bağlı olduğu³¹, hisse senedi niteliğinde olmayan (other than shares/ keine Aktien³² sind) menkul kıymetlerin sahiplerine, edinen şirkette, en azından edinilen şirkette sahip olduklarına eşdeğer haklar verilmelidir, meğerki söz konusu hakların tadil edilmesi (ulusal yasalarda böyle bir toplantı öngörülmüş ise) bu menkul kıymetlerin hamillerinin bir toplantısında veya bireysel olarak menkul kıymetlerin hamillerince onaylanmış olsun veya bu hamillere sahip oldukları menkul kıymetleri edinen şirkete geri satın aldırma yetkisi verilsin³³” hükmünü taşımaktadır.*

Bu madde hisse senedi dışındaki menkul kıymet sahiplerine tanınan özel hakların korunmasını amaçlamaktadır.

b) Birleşme Yönergesi m.5/f.2’de

Birleşme Yönergesinin 5. maddesinin 2. fıkrasının f bendinde ise “*kendilerine özel haklar bağlı olan hisselerin hamillerine ve hisse dışındaki menkul kıymetlerin hamillerine edinen şirketçe tanınan haklar veya onlarla ilgili olarak önerilen tedbirlere*” de birleşme sözleşmesinde yer verileceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle Yönergenin İngilizce metnindeki “*the rights conferred by the acquiring company on the **holders of shares** to which special rights are attached...*” ifadesi paylara tanınan özel haklara işaret etmektedir. Bununla

³¹ Bu maddenin İngilizce metnindeki “...to which special rights are attached...” ifadesi Almanca’ya “...die mit Sonderrechten verbunden...” olarak çevrilmiştir. Almanca çeviri için bkz. http://europa.eu.int/eur-lex/lex/Notice.do?val=65196:cs&lang=de&list=153410:cs,117879:cs,117785:cs,65196:cs,414405:cs,64239:cs,64238:cs.&pos=4&page=2&nbl=17&pgs=10&hwords=verschmelzung~78/855~&checktext=checkbox&visu=#t_exte (14.12.2006).

³² *die Aktie*, terimi şirketin sermayesine katılım yanında *der Anteil* teriminden farklı olarak ortaklıktan doğan hak ve yükümleri de ifade etmektedir.

³³ Yönergenin Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/> (14.12.2006).

birlikte söz konusu düzenlemenin, Yönergenin almanca metninde “*die Rechte, welche die übernehmende Gesellschaft den Aktionären mit Sonderrechten...*” şeklinde çevrilmesi nedeniyle ortaklara tanınan özel haklardan söz edilmiş olması, özel hakkın ortaklara da tanınabileceği şeklinde geniş bir yoruma imkan verecek niteliktedir.

Sonuç olarak Yönergenin İngilizce metnine sadık kalındığında, bu Yönergenin 5. ve 15. maddelerinden özel hakkın paya veya pay dışındaki menkul kıymetlere tanınabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Almanca metinde ise ortaklara tanınan özel haklardan bahsedilmiş olması, özel hak sahiplerinin kapsamını genişleten yorumları mümkün kılmaktadır. Hangi hakların özel hak olduğu ise tanımlanmamıştır.

D. Alman Hukukunda

a) UmwG m.23’de

Alman Medeni Kanununun derneklere ilişkin genel hükümler kısmında yer alan ve “*özel haklar*” başlığını taşıyan 35. maddesinde bir dernek üyesinin özel haklarının kendisinin onayı olmaksızın genel kurul kararı ile değiştirilmeyeceği hükme bağlanmakla birlikte³⁴ özel hak kavramı Alman hukukunda da mevzuatta tanımlanmamıştır.

UmwG’nin “*özel hak sahiplerinin korunması (Schutz der Inhaber von Sonderrechten)*” başlığını taşıyan 23. maddesinde, devreden şirkette oy hakkı tanımayan hakların sahiplerine, özellikle oydan yoksun hisse senedi³⁵, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil, kara katılmalı tahvil ve intifa hakkı sahiplerine devralan şirkette aynı değerde haklar tahsis edileceği hükme bağlanmıştır. Hükmün gerekçesinde bu düzenlemenin kaynağının Birleşme Yönergesinin 15. maddesi olduğu ifade edilmiştir³⁶.

Birleşme Yönergesinin bu maddesinde ortaklık haklarını temsil eden hisse senetleri dışındaki menkul kıymetlere bağlı olarak tanınan özel haklardan, UmwG m.23’de ise oy hakkına sahip olmayan hak sahiplerine tanınan özel haklardan söz edilmektedir. Ancak her iki madde de ortakların paylarına ve/veya şahıslarına tanınan imtiyazların kastedilmediği açıktır.

³⁴ Alman Nevi Değiştirme Kanununda “*Sonderrechte*” kavramı teknik anlamda kullanılmadığı için Alman Medeni Kanunu’nun 35. maddesinin UmwG m.23’ün uygulama alanını belirlenmesi bakımından uygun olmadığı yönünde bkz. Hüffer, s.1230.

³⁵ Alacaklı değil hisse sahibi oldukları için oydan yoksun hisse senetlerinin sahiplerinin haklarının korunmasının bu maddede düzenlenmiş olması hakkındaki eleştiriler için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.23 N.11.

³⁶ Ganske, s.64.

b) Öğretideki Görüşler

Öğretide Hüffer devreden ortaklıkta tanınmış olan ayrıcalıklı (besondere Rechte) hakların hakkın sujesine göre iki farklı şekilde kendini gösterdiğini ifade etmektedir³⁷. Yazara göre ortaklara belli bir ortaklığın ortağı sayılmak için kanunen yeterli sayılan haklardan farklı şekilde tahsis edilmiş ortaklık hakları, daha açık bir ifadeyle imtiyazlı haklar ayrıcalıklı hakların birinci grubunu oluşturmaktadır³⁸. İkinci grubun ise külli halefiyet kuralları (UmwG m.20/f.1; TTKT m.153/f.1) ve teminat talep etme hakkı (UmwG m.22; TTKT m.157) vasıtasıyla yeterli derecede korunması mümkün olmayan hakları içerdiği belirtilmiştir³⁹. Bu bağlamda tahvilin içerdiği alacak hakkının karşılığı olan geri ödemenin, ortaklık payı ile değiştirme hakkının veya belli şartların gerçekleşmesi halinde ortaklık payı alma hakkı vasıtasıyla ifasına imkan tanınan özel alacaklı haklarının⁴⁰ ve kara katılma imkanı tanıyan özel alacaklı haklarının ikinci guruba örnek oluşturduğu dile getirilmiştir..

İkinci grupta yer alan alacak haklarının özel hak olarak vasıflandırılmasının nedeni, hisse senedi alma veya hisse senedi ile değiştirme hakkının esasta ortaklık statüsüne dayanması (mitgliedschaftsbezogen), kara katılma imkanının ise ortaklık hakkına benzer nitelik (mitgliedschaftsähnlich) taşımasından kaynaklanmaktadır⁴¹. Bir başka ifadeyle sırf borçlar hukukuna dayanan alacaklı statüsünü aşan bir hukuki durum mevcuttur⁴². Normal alacak haklarından farklı olarak alacaklının şirketin karşısında yer alan hukuki konumu değil, şirket içerisindeki haklar, söz konusudur⁴³.

E. Fransız Hukukunda

Öğretide, Fransız hukukundaki bilhassa tedavül eden tahvil olarak çevirebileceğimiz *obligations*, tahvilin özel bir türü olan *titres participatifs*, tedavül niteliğini haiz ve sahibine pay sahipliği haklarından sadece malvarlığı haklarını sağlayan *certificats d'investissement* ve kurucu payları olarak nitelendirebileceğimiz *parts de fondateur* adı verilen hukuki enstrumanların özel haklar sağladığı kabul edilmektedir⁴⁴.

³⁷ Hüffer, s.1227.

³⁸ Hüffer, s.1227.

³⁹ Hüffer, s.1227.

⁴⁰ Hüffer, s.1227. Yazarın s.1227'de yaptığı tanım genel nitelikte olduğu için ortaklara tanınan imtiyazları kapsamaktadır. UmwG m.23'de "özel hakların" ifade ettiği anlam genel tanıma paralel değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüffer, s.1230–1231.

⁴¹ Hüffer, s.1234

⁴² Ganske, s.64.

⁴³ Grunewald, Lutter – UmwG, m.23 N.4

⁴⁴ Tauchert-Nosko, Martina: Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften in Deutschland und Frankreich, Frankfurt am Main; Berlin; New York; Paris; Wien; Lang, 1999, s.196 vd.

F. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda öAktG m.226/f.3’de, birleşmede devreden ve devralan şirketin intifa senedi ve tahvil sahiplerine eş değerde haklar tahsis edileceği veya bu hakların değiştirileceği ya da tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Teknik terim olarak *özel haklar* ifadesi kullanılmamakla birlikte öğretide, sulandırılmış koruma şeklinde çevirebileceğimiz, *Verwässerungsschutz* olarak nitelendirilen bu düzenleme ile Birleşme Yönergesi m.15’in ulusal hukuka uyarlanmış olması⁴⁵, bu düzenlemenin çalışmamız açısından önemini ortaya koymaktadır.

Öğretide Birleşme Yönergesinin 15. maddesini aşan bir yorum ile menkul kıymete bağlanmamış olan tahvil ve intifa hakkı sahiplerinin haklarının da söz konusu sulandırılmış koruma kapsamında sayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶.

G. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesindeki Açıklamaların ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemelerin Işığında Özel Hakların Sınıflandırılması

Yukarıdaki açıklamalar kavramlar arasında belirginleştirme ihtiyacının kendisini hissettirdiğini göstermektedir. Bu bağlamda özel hak, imtiyazlı hak, ortaklık hak, hisse veya ortaklık hakları ile bağlantılı hak terimlerinin ifade ettiği anlam ortaya konulmalıdır. TTKT’nin Gerekçesindeki açıklamaların ışığı altında aşağıdaki şekilde bir ayrımın yerinde olacağı fikrindeyiz.

TTKT m.478’e ve bu maddenin gerekçesine göre *imtiyaz*, ilk esas sözleşmede öngörülme veya esas sözleşmeyi değiştirmek suretiyle kişiye değil de, paya adi paya nazaran kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi konularda tanınan üstün hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. Bu hakkın, yasal düzenlemelerin imtiyazlı paylar için öngördüğü düzenlemelere göre korunması gerekmektedir. Teknik terim olarak imtiyaz, paya tanınan ortaklık haklarını ifade etmekle birlikte, öğretide ortağın şahsına tanınan imtiyazlardan da söz edilmektedir. Gerek paya gerekse şahsa tanınan imtiyazda ortak nokta, hakkın konusunu şirketler hukukuna özgü olan veya ortaklık hakları başlığı altında değerlendirilen hakların oluşturmasıdır⁴⁷. Ancak şahsa tanınan imtiyazda TTK ve TTKT’ye göre bir şirketler hukuku kurumu değil şirket ile ortak arasındaki borç ilişkisi söz konusudur. Ancak bu tür hakların ortak olmayan belli bir alacaklının şahsına tanınması da mümkündür.

⁴⁵ Fida, Stefan: Die Verschmelzung und Spaltung von Aktiengesellschaften in England und Österreich unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben der Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie, Diss. zur Erlangung des akademischen Grades Doctor Iuris, Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Wien 2005, s.186.

⁴⁶ Fida, s.188.

⁴⁷ İmtiyaz konusunda bkz. 3.Bl.m./1/3/A/b.

Özellik arz eden durum, yukarıda tanımlı verilen imtiyaz niteliğindeki hakların, mesela kara katılma veya rüçhan hakkı gibi hakların, ortaklar dışındaki kişilere tanınmasıdır. Zira şirketler hukukuna özgü nitelikleri bünyesinde barındıran bu haklar, ortaklık hakları arasında yer almaktadır. Dolayısıyla bu hakların taraflardan birisinin şirket olmadığı borç ilişkilerinin konusunu oluşturması, daha doğrusu ifası mümkün değildir. Kanımca Birleşme Yönergesinde de paylar dışındaki menkul kıymetlere bağlı özel haklar ile kast edilenler bu tür haklardır.

Bu noktada cevaplanması gereken bir soru da azınlık haklarının özel hak niteliğinde olup olmadığıdır. Azınlık haklarında paya bağlı olarak veya hukuki işlemle şahıslara tanınan bir hak söz konusu değildir. Belli oranda payın kanundan veya esas sözleşmeden doğan hakları mevcuttur. Bu statüye girilmesi bir hukuki işlemin varlığına bağlı değildir. Bu nedenle bu hakların savunduğumuz şekilde teknik anlamda özel hak olarak nitelenemeyeceği fikrindeyiz. Ancak TTKT'nin gerekçesine uygun olarak özel hak kavramının üst başlık olarak seçilmesi de düşünülebilir. Buna göre hakkın kaynağı bakımından şu şekilde bir ayırım yapılabilir:

Özel Haklar:

1) Kanundan veya Esas Sözleşmeden Doğan Özel Haklar:

Payın içerdiği hakları aşan ancak imtiyaz niteliği taşımayan kanundan veya paya ya da pay sahibine bağlı olmaksızın düzenleme öngören esas sözleşme hükümlerinden doğan haklardır. Azınlık hakları, bu tür hakların tipik örneğidir.

2) Hukuki İşlemden Doğan Özel Haklar (Teknik Anlamda Özel Haklar):

a) Menkul Kıymete Bağlı Özel Haklar:

Ortakasal hakların⁴⁸ kanunen düzenlenmiş menkul kıymet türlerine bağlı olarak tanınmasını ifade eder. Bir başka ifadeyle hangi menkul kıymet türünün hangi ortakasal hakkı içerebileceği kanunen düzenlenmiştir. Birinci gruptan farklı olarak hakkın doğumu bir hukuki işlemin varlığını gerektirmektedir.

aa) İmtiyazlı Paylar

ab) Hisse Senedi Dışındaki Menkul Kıymetlere Bağlı Özel Haklar:

Kara iştirakli tahvil, opsiyon hakkı tanıyan tahvil gibi.

b) Bireysel Özel Haklar:

⁴⁸ Ortaksal hak terimi için bkz. 3.Bl-m-dn.69'daki atıflar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 3.Bl-m./I/3/D/b ve 3.Bl-m./II/2/A.

Ortağın veya üçüncü kişinin şahsına tanınan ortaklık hakları ifade etmektedir.

Bu açıklamalardan hareketle teknik anlamda özel hakkın, borçlar hukuku hükümlerine tabi bir borç ilişkisi çerçevesinde sağlanması mümkün olmayan, TTKT'ye göre imtiyaz niteliği taşıyan veya ifası ancak ilgili şirket tarafından gerçekleştirilebilen hakların paya veya ortakların şahsına ya da menkul kıymete bağlı olarak veya olmayarak üçüncü kişilere tanınması şeklinde algılanması mümkündür⁴⁹.

II. ÖZEL HAKLARIN KORUNMASI

1. Menkul Kıymete Bağlı Özel Haklarda

A. Oydan Yoksun Hisse Senetlerinde

SerPK m.14/A uyarınca ihracı mümkün olan oydan yoksun paylara, TTKT m.140/f.3'e göre aynı değerde oydan yoksun veya oy hakkını haiz paylar tanınmalıdır.

B. Paylara Bağlı İmtiyazlarda

TTKT m.140/f.4'de devrolunan şirkette mevcut bulunan paylara bağlı imtiyazlar karşılığında, devralan şirkette eşdeğer haklar veya uygun bir karşılık verileceği hükme bağlanmıştır. Karşılığın nakdi ödeme veya ayni edim şeklinde olması mümkündür⁵⁰.

Çalışmamızda özel haklar başlığı altında değerlendirilmekle birlikte, imtiyazlı paylarda, diğer özel haklardan farklı olarak paya bağlılık söz konusudur. Bu husus yeniden yapılanmada geçerli olan ortaklık haklarının devamı ilkesinin söz konusu imtiyazlar için de geçerli olmasına gerek olup olmadığını düşündürmektedir. Ancak Tasarıda bu yönde bir çözüm benimsenmemiştir.

C. İntifa Senetlerinde

Devrolunan şirketin intifa senedi sahiplerinin haklarının korunması hususunda, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, devralan şirketin bu kişilere eş değerli haklar tanımak veya intifa senetlerini, birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarihteki gerçek değeri ile satın almak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (TTKT m.140/f.5). TTKT m.503'de ve öğretide, intifa senetlerinin sahiplerine ortaklık statüsü sağlamadığı kabul edilmekle birlikte⁵¹ bu senet

⁴⁹ Ortaklara sağlanabilecek bir hakkın üçüncü kişilere, borçlar hukuku ilişkisi içinde hak olarak tanınmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Reisoğlu, Seza: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII-Tartışmalar, s.28.

⁵⁰ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.225; Glanzmann, SHk, m.7 N.31

⁵¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.1221; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 47 N 5; Hess, Beat: BSK-OR II, m.657 N.1.

sahiplerinin haklarının Tasarıda ortaklık hakları başlığı altında korunmuş olması sistematik açıdan eleştiriye açıktır.

Nitekim Mehaz Birleşme Kanununun 2. maddesinden farklı olarak⁵² TTKT'nin kavramlara ilişkin 135.maddesine göre Tasarının 134 ila 194. maddelerinin uygulanmasında; “*ortak*” kavramı anonim şirket pay sahipleri, limited şirketler ile şahıs şirketlerinin ve kooperatiflerin ortaklarını; “*ortaklık payı*” kavramı ise şahıs şirketlerindeki ortaklık payını, anonim şirketteki payı, limited şirketteki esas sermaye payını ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketteki ortaklık payını karşılamak üzere kullanılmıştır. TTKT m.135'e ilişkin Gerekeçde de bu hususta sadece “ortak” sözcüğünün “pay sahibini” de ifade edeceğine değinilmekle yetinilmiştir⁵³. TTKT m.140'ın gerekçesinde ise “*ortaklık payı ve hakları*” ile devrolunan şirketteki şirkete katılma payı ve paya bağlı malvarlığı, yönetim, denetim ve inceleme haklarının kasdedildiği açıklanmıştır⁵⁴. Bu noktada katılma intifa senedi ve intifa senedi sahiplerinin haklarının korunmasının TTKT'de “ortaklık haklarının korunması” başlığı altında düzenlenmiş olması ancak “anonim şirketteki pay” ifadesinin esas sermayenin bir parçası olarak pay anlamında⁵⁵ yorumlanması yoluyla açıklanabilmektedir. TTKT m.135'de kavramların kaynak Kanuna nazaran sınırlandırılarak tanımlanmış olması söz konusu duruma yol açmıştır.

İntifa senetlerinin sağladığı yararlanma hakkının hukuki niteliği bakımından öğretide şarta bağlı alacak, şart ve katılma görüşleri ileri sürülmektedir⁵⁶. İntifa senedinin şarta bağlı alacak hakkı sağladığı görüşü kabul edildiğinde; gerçekleşmiş olan kar, tasfiye payı ve yeni payları alma hakları bakımından m.157'ye göre teminat talep edilebilmesi olasılığı, hakkın özü için TTKT m.140/f.5'de olduğu üzere ayrı bir koruma öngörülmesi zorunluluğunu değiştirmemektedir. İntifa senedinin sağladığı hak ortaksal hak niteliğindedir. Dolayısıyla intifa senetlerinin de özel hakları içeren diğer menkul kıymetlerle birlikte özel hakların korunması başlığı altında ayrıca düzenlenmesinin isabetli olacağı fikrindeyiz. Bize göre yukarıda belirttiğimiz şekilde bir yorum ile intifa senetlerinin sermaye payını ifade ettiği

⁵² Bu madde hakkında açıklama için bkz. 3.Blm./I/3/B/a/aa.

⁵³ Gerekeç, s.446.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir diğer nokta da söz konusu maddeye ilişkin gerekçede birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hükümlerde kullanılan ortaklık ifadesinin Mehaz Kanundaki hukuk sujesi (Rechtssträger) karşılığının açıklanmış olmasıdır⁵³. TTKT'de sadece ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye taraf olabilmesine imkan tanındığı, TTKT m.135'de şirket teriminin ticaret şirketlerini ifade ettiğinin belirtildiği ve bu maddenin gerekçesinde de kooperatifin de şirket kavramı içinde yer aldığı belirtildikten sonra ortaklık teriminin Mehazdaki hukuk sujesini karşılığının açıklanmış olmasının isabetli olmadığı fikrindeyiz.

⁵⁴ Gerekeç, s.449.

⁵⁵ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.759

⁵⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.1221–1222. İntifa senedinin sağladığı yararlanma hakkının alacak hakkı değil katılma hakkı sağladığı görüşü için bkz. Beat, BSK-OR II, m.657 N.1.

kabul olunduğunda veya yapılacak bir değişiklikle TTKT m.135'deki tanımlar ifadesine ekleme yapıldığında da ortaklık hakkı sağlamayan intifa senetlerinin korunmasının ortaklık ve hisse haklarının korunması başlığı altında düzenlenmesi isabetli değildir. Zira böyle bir düzenleme ortaklık hakkı değil ortaksal nitelikte hak sağlayan intifa senetlerinin, ortaklık tarafından satın alınmasının öngörülmüş olması nedeniyle bu senetlerin ortaklık haklarının devamı ilkesinin (TTKT m.140/f.1)⁵⁷ istisnasını teşkil etmesi sonucuna yol açmaktadır⁵⁸.

D. Özel Hak İçeren Tahvillerde

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.158/f.3'ün Metinden Çıkarılması Gerekliliği

Hukuki niteliği ödünç ilişkisi olan⁵⁹ tahvillerin ve diğer borç senetlerinin sahiplerine sağladığı alacaklılık haklarının ne şekilde korunacağı belirlenmelidir. TTKT'nin "*ortakların şahsi sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi*" başlığını taşıyan 158. maddesinin 3. fıkrasında, kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde, izahnamede başka türlü düzenlenmemiş olması halinde, sorumluluğun itfa tarihine kadar devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümde kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde şahsi sorumluluğun devamı öngörülmüştür. İsviçre Birleşme Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrasının kısmen tercümesi olan bu hüküm hakkında TTKT'nin Gerekçesinde, Birleşme Kanunu m.26/f.3'ün hukukumuzda uygulama alanı bulunmadığı için alınmadığı ifade olunmuştur⁶⁰. Nitekim Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak⁶¹ özel hukuk tüzel kişisi sıfatıyla sadece anonim ortaklıklar tahvil ihraç edebilmekte, dolayısıyla devrolunan anonim ortaklığın kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borçlanma senetleri bakımından bu anonim ortaklığın ortaklarının şahsi sorumluluğunun devamı da söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle Gerekçeye de uygun olarak TTKT m.158/f.3'ün metinden çıkartılmalıdır.

Bu bağlamda dikkati çeken bir konu da TTKT m.158'de kısmen çevrildiğini söylediğimiz FusG m.26/f.3'ün Tasarıya alınmamış olan ikinci cümlesidir. Bu cümlede İsviçre Borçlar Kanununun m.1157 ve devamına göre tahvillerde alacaklı topluluğu hakkındaki hükümlerinin saklı tutulduğu belirtilmiştir. TTKT'de ise OR m.1157 vd. hükümlerine yer verilmemiştir. Tahvil alacaklıları topluluğuna, kanuni sınırlar içerisinde, özellikle de borçlunun mali sıkıntısına karşı ortak menfaatlerinin korunmasına yönelik uygun tedbirleri alma yetkisi tanıyan OR m. 1164 ve devamı maddelerine paralel düzenlemelere

⁵⁷ Tanım için bkz. Tschäni, Rudolf/ Papa, Roberta: BSK-FusG, m.7 N.1.

⁵⁸ Gerekçe, s.449; Glanzmann, Umstrukturierungen , N.229.

⁵⁹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu),Ortaklıklar, N.1261.

⁶⁰ Gerekçe, s.459.

⁶¹ Yerleşim yeri veya ticari merkezi İsviçre'de bulunan borçlu tahvil ihraç edebilir (OR m.1157/f.1).

TTKT’de yer verilmediği gibi TTK’nın m.429 vd. maddeleri de muhafaza edilmemiştir. Bu hususta Gerekçede herhangi bir açıklama da yer almamaktadır.

b) Korunma Yöntemleri

Birleşme Yönergesi m.15’e göre, hisse senedi dışında kalan ve kendilerine özel haklar bağlanmış olan menkul kıymet sahiplerinin haklarının korunması için, bu haklarda meydana gelecek değişikliklere, ulusal hukuklara göre mümkün olması halinde bu menkul kıymet sahiplerinin bir toplantısında yapılacak oylama ile ya da bireysel olarak izin verilmelidir. Aksi takdirde bu hak sahiplerine devralan şirkette eş değer haklar tanınmalı veya sahip oldukları menkul kıymetleri edinen şirkete geri satın aldırtma yetkisi verilmelidir.

TTKT’de tahvil sahipleri genel kurulu kaldırıldığı için bu yolla koruma sağlanması mümkün değildir. Söz konusu menkul kıymet sahiplerinin haklarının TTKT m.140/f.4⁶² dışında kaldığı da kabul edilirse, bu hakların ne şekilde korunacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Tahvillerin ödünç niteliği taşıması ilk bakışta korunmanın TTKT m.157’ye göre sağlanacağını düşündürülebilir. Bu noktada hisse senedi ile değiştirilebilir tahviller, kara katılmalı tahviller ve kar ortaklığı belgesi bakımından TTKT m.157’ye göre korunmanın yeterli mi olduğu hususuna dikkat edilmelidir. Bu senetlerin içerdiği alacak hakkının niteliği nedeniyle teminat vasıtasıyla korunma uygun bir yöntem değildir. Zira hisse senedi ile değiştirme hakkının, hisse senedi alma hakkının ve kara katılma hakkının ne şekilde teminat altına alınabileceği meselesi, bu uygunsuzluğu açıkça ortaya koymaktadır. Böyle bir durum Birleşme Yönergesinin amaçlar kısmında ifade edilmiş olan *tahvil sahiplerini ve birleşmeye katılan şirketler karşısında hak sahibi olan diğer kişileri içeren alacaklıların birleşme nedeniyle maruz kalabilecekleri zararlara karşı korunması* amacına da uygun değildir. Dikkat edilirse alacaklılar arasında tahvil sahipleri ayrıca vurgulanmıştır.

İsviçre öğretisinde ileri sürülen Birleşme Kanununun tanımlara ilişkin 2. maddesinde hisse sahibi veya ortak olarak nitelendirilmedikleri için hisse ve üyelik haklarının devamını düzenleyen FusG m.7’nin özel haklara ilişkin 4. fıkrasının opsiyon yetkisine sahip alacaklılar için geçerli olmadığı⁶³ görüşünün TTKT açısından da kabul edilebilir mi olduğu TTKT’nin gerekçesindeki açıklamalar karşısında tereddüt uyandırmaktadır.

Birleşme Kanunu m.7’ye (TTKT m.140) paralel bir şekilde tür değiştirmede ortaklık haklarının devamını düzenleyen Birleşme Kanunu m.56 (TTKT m.183) ilişkin olarak da

⁶² Bu bendin lafzı imtiyazlı hakların korunduğu yönünde olmakla birlikte, hükmün gerekçesinde özel hakların korunduğundan söz edilmektedir.

⁶³ Glanzmann, SHk, m.7 N.7.

öğretide ileri sürülen görüşlere değinilmelidir. Buna göre tür değıştiren şirket tarafından bağımsız bir şekilde tahsis edilmiş olan seçme hakları ile tahvillere bağılı olarak tahsis edilmiş olan seçme ve değıştirme haklarının ortaklık haklarına bağılı olarak tanınmadıkları için söz konusu maddenin uygulama alanına girmeyeceğı görüşü savunulmaktadır⁶⁴. Sözleşmeden doğan bu hakların ancak hak sahibinin rızasıyla değıştirilebileceğı, söz konusu hakların yeni türdeki şirkete karşı talep hakkı tanıyıp tanımadığı veya sadece zarar tazmin talebinin mi mümkün olduğu sorunun ise bu hakların dayandığı sözleşmenin yorumu ve gereğinde boşlukların doldurulması suretiyle çözülebileceğı görüşü ileri sürülmektedir⁶⁵. Şartlı sermaye artırımına dayanan türevsel hakların ise genel hükümlere göre korunması gerektiğı ifade edilmektedir⁶⁶.

Bu bağlamda değıştirme veya alım hakkını içeren tahvillerden doğan bu hakların, TTKT m.467/f.2'ye göre korunup korunmayacağına da değinilmez. Bu hükme göre alacaklılar ile çalışanlara tanınmış değıştirme veya alım hakları kural olarak sermaye artırımı yapılması, yeni değıştirme veya alım hakları tanınması veya başka bir yolla kayba uğratılamaz. Değıştirme fiyatının indirilmesi, hak sahibine uygun bir denkleştirme sağlanması veya pay sahiplerinin haklarının da aynı şekilde kayba uğratılması bu hükmün istisnasını teşkil etmektedir. Yeniden yapılanmada korumanın yeniden yapılanmaya ilişkin özel düzenlemeler yanında genel hükümler vasıtasıyla da gerçekleştiğı yolundaki görüşümüz karşısında değıştirme veya alım haklarının bu hükme göre korunması mümkündür. Ancak kara katılmalı tahviller de uygun bir korumanın ne şekilde sağlanabileceğı sorunu hala çözümsüzdür. Zira tahvillere ilişkin TTKT m.504 vd'da genel bir koruma öngörülmemiştir. Sonuç olarak Birleşme Yönergesi m.15'in ulusal hukuka uygun bir şekilde uyarlanmamasının yarattığı boşluğun genel hükümlere göre tamamen doldurulması mümkün değildir.

Tahvil sahiplerinin haklarının korunmasında bu haklar sözleşmeden doğduğu için sözleşmenin yorumu ve boşluk doldurulması yolunu öneren çözüm de yeniden yapılanmada tahvil sahiplerinin özel hak sahipleri olarak ayrıca korunması gereğini değıştirmemektedir. Tahvile olan güvenin korunması ihtiyacı da bu tür bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Ancak mevcut düzenlemenin yasalaşması halinde, sorunun çözümünde Borçlar Hukukunun genel hükümlerine başvurmak dışında başka bir seçeneğın kalmayacağı açıktır.

⁶⁴ Gericke, BSK-FusG, m.56 N.44.

⁶⁵ Gericke, BSK-FusG, m.56 N.44.

⁶⁶ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.39; Glanzmann, SHk, m.7 N.7; Gericke, BSK-FusG, m.56 N.44.

Tahvillere bağılı özel hakların kullanılmasından doğmuş olan ve alacak niteliğı taşıyan taleplerin ise TTKT m.157 vasıtasıyla teminat alınabileceğı açıktır⁶⁷.

E. Özel Hakların Korunmasında Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.191'e Göre Dava Açılmasının Mümkün Olmaması

Kaynak Birleşme Kanunu m.2'de ortak olarak tanımlandıkları için intifa senedi sahipleri ile oydan yoksun hisse senedi sahiplerinin bu Kanunun 105. maddesi (TTKT m.191) uyarınca şirket payının ve haklarının incelenmesi amacıyla dava açmaları mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ise söz konusu hak sahipleri TTKT m.135'de ortak olarak tanımlanmamıştır. Şirket payının ve haklarının incelenmesi davasını düzenleyen TTKT m.191'de ise bu davayı açma hakkının ortaklara ait olduğu ifade edilmiştir. Ancak TTKT m.191'de ortak olmayı sürdürme hakkının, şirket payının veya haklarının kanuna uygun şekilde tanınmamasından söz edilmiştir. "*Ortaklık payının ve haklarının korunması*" başlığını taşıyan TTKT m.140'da intifa senedi sahiplerinin haklarının da korunduğı dikkate alındığında, ortaklara tanınan dava hakkının yorum yoluyla intifa senedi sahiplerine de tanınması akla yakın gelmektedir. Nitekim gerekçede de TTKT m.140'ın intifa senetlerine ilişkin hükmünün ortaklık haklarının devamı ilkesinin istisnası olduğu ifade olunmuştur⁶⁸.

Alman hukukuna göre özel hak sahibi olanlardan oydu yoksun hisse senedi sahipleri hissedar oldukları için UmwG m.15'e (TTKT m.191) başvurarak değışim oranının iyileştirilmesini talep edebilmektedir⁶⁹. Buna karşılık değıştirme hakkını içeren tavhil sahiplerine ise alacaklı statüsünde oldukları için iptal hakkının ikamesi niteliğindeki değışim oranının iyileştirilmesi davasını açma hakkı tanınmamıştır⁷⁰. Öğretide ise olması gereken hukuk bakımından böyle bir hakkın tanınabileceğı görüşü ileri sürülmektedir⁷¹.

2. Menkul Kıymete Bağlı Olmayan Özel Haklarda

A. Özel Hakkın Ortağı veya Üçüncü Kişinin Şahsına Tanınması

Konuyla ilgili olarak şahsa bağılı imtiyazın sadece ortaklara mı tanınabileceğı yoksa üçüncü kişilere de tanınmasının mümkün mü olduğu sorunu daha yakından incelenmelidir. Bu sorunun aydınlatılabilmesi, şahsa tanınan ve akdi nitelik taşıyan ayrıcalıkların tabi olduğu hukuki rejimin biraz daha ayrıntılı olarak ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

⁶⁷ Soldierer, s.36.

⁶⁸ Gerekçe, s.449.

⁶⁹ Grunewald, Lutter-UmwG, m.23 N.12.

⁷⁰ Grunewald, Lutter-UmwG, m.23 N.16; Meier-Reimer, Semler/Stengel, m.23 N.18.

⁷¹ Meier-Reimer, Semler/Stengel, m.23 N.18 ve N.18-dn.70.

Öğretide bir görüşe göre şahsa tanınan ayrıcalıklar, genel hükümler kapsamında değerlendirilmesi gereken, ortaksal hak niteliği taşımayan ve tarafların anlaşması ile değiştirilebilen akdi haklardır⁷². Bu görüş kabul edildiğinde şahsa bağlı ayrıcalıkların alacak hakkı olarak TTKT m.157'nin uygulama alanı içinde değerlendirilmesi gerekmele birlikte bu çözümün söz konusu hakların korunması bakımından elverişli olmayacağı açıktır. Zira pek çok durumda söz konusu haklar için teminat verilmesi olasılık dışı olabilecektir. Bunun yanında şahsa bağlı akdi imtiyazlar bakımından ortak ile üçüncü kişi arasında ayırım yapılması da isabetli gözükmemektedir. Kanaatimizce böyle bir tutum alacaklıların eşit işleme tabi tutulması esasına da⁷³ aykırı düşmektedir. Ortağın aynı zamanda şirketin alacaklısı olması halinde, alacak hakkı için diğer alacaklılar gibi TTKT m.157'ye göre talepte bulunabilmesi durumunda olduğu gibi imtiyazın üçüncü kişinin şahsına bağlanması halinde de uygulanacak kurallar şahsa bağlı imtiyazı olan ortağa uygulanacak kurallarla aynı olmalıdır.

Buna karşılık bir başka görüş ise ortaklara sağlanabilecek bir hakkın üçüncü kişilere borçlar hukuku ilişkisi içinde hak olarak tanınmasının mümkün olmadığı yönündedir⁷⁴. Bu görüşten hareketle ortaklara sağlanabilecek bir hakkın üçüncü kişilere borçlar hukuku kuralları çerçevesinde değil de şirketler hukuku kuralları çerçevesinde tanınabileceği sonucuna ulaşmak kanımca yanlış olmayacaktır. Böyle bir durumda ise şahsa tanınan bu ayrıcalıklar *ortaksal hak*⁷⁵ niteliğinde oldukları için bu haklara TTKT m.157'nin uygulanması yine hakkın niteliğine uygun düşmemektedir.

B. Şahsa Tanınan Özel Hakların Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Korunması

TTKT m.140/f.4'ün lafzına uygun olarak sadece imtiyazlı paylar için uygulanacağı kabul edilirse ortağın veya üçüncü kişinin şahsına tanınmış olan ve akdi nitelik taşıyan ortaksal haklar ile ortaksal hak içeren hisse senedi dışındaki menkul kıymetler için bu maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Böyle bir yorum ise yukarıda da açıklandığı üzere TTKT'nin Gerekçesine aykırı düşmektedir. TTKT m.140/f.5'in Gerekçesine uygun yorumlanarak uygulanması ise hem hükmün lafzıyla hem de Kaynak Birleşme Kanunuyla çelişmektedir.

⁷² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, N.786; Tekinalp, İmtiyazlı Paylar, s.12; Moroğlu, Erdoğan: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, s.26 (Tartışmalar). Yargıtay 11 HD'nin aynı yöndeki 25.12.1987 tarih ve 3565/7565 sayılı Kararı için bkz. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, s.7 vd.

⁷³ Şirket alacaklılarının eşitliği hakkında bkz. I.Blm./III/1/A.

⁷⁴ Reisoğlu, s.28 (Tartışmalar).

⁷⁵ Terim için bkz. Tekinalp, İmtiyazlı Paylar (Tartışmalar), s.26.

Yukarıdaki açıklamalarımızda akdi ortaksal hakların korunmasında, TTKT m.157'ye göre teminat talep edilmesinin uygun bir yöntem olmadığı tespit edilmişti. Mesela sözleşme ile tanınmış olan veto hakkı veya kardan belli süreyle belli oranda kar alma hakkının teminata bağlanması isabetli bir koruma yöntemi olarak gözükmemektedir. Bu noktada söz konusu hakların ne şekilde korunacağı sorunu karşısında çözüm olarak iki yöntem akla gelmektedir. Buna göre sözleşmeye dayanan ortaksal hakların korunması da yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler çerçevesinde özel olarak düzenlenebilir⁷⁶. Kanun koyucunun böyle bir yöntemi tercih etmemiş olması halinde ise her ne kadar ilişkinin niteliğine uygun düşmese de borçlar hukukunun genel kurallarının uygulanması kaçınılmaz olmaktadır. Buna göre sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması veya işlem temelinin çökmesi söz konusu olabilecektir.

3. Olması Gereken Hukuk Bakımından Çözüm Önerisi

Kendisine ortaksal hak tanınmış olan üçüncü kişinin durumunun şahsa bağlı imtiyaz sahibi pay sahibinin kural olarak ile aynı derecede korunmaya muhtaç olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşe karşı pay sahiplerinin şahsına malvarlıksal haklar yanında yönetsel hakların da tanınabileceği, üçüncü kişiye ise daha ziyade mali nitelikte ortaksal hakların tanınabileceği bu nedenle farklı şekilde korunmaları gerektiği haklı olarak ileri sürülebilir. Bu bağlamda hakkın niteliğinden kaynaklı olarak farklı bir korunma yöntemleri adil olmakla birlikte, hakkın sahibinin ortak veya üçüncü kişi olmasına dayanan bir ayırım yerinde olmayacaktır.

Bunun yanında hukuki işlemle şahsa tanınmış olan özel haklar için TTKT m.157'ye başvurulmasının yeterli olacağı, ayrı bir korumaya gerek olmadığı da ortaya atılabilir. Ancak bu hususta temelde bir borç ilişkisine dayanan hakkın aynen ifa edilmesinin kural olduğu, tazminatın ise tali nitelik taşıdığı gerçeği dikkate alınmalıdır. Birleşme ve bölünme gibi işlemlerde menkul kıymet vasıtasıyla kurumsal nitelik kazanmış olan özel hakların yasal olarak düzenlenmiş oldukları gerekçesi ile yasal olarak korunması gerektiği görüşü haklıdır. Ancak bu, aynı türde şahsa bağlı özel hak sahibinin başvurabileceği koruma yollarının farklılaşmasına yol açabilecektir. Zira ikinci durumda yasal olarak düzenlemiş bir korumanın öngörülmemesi halinde teminat talebinin elverişli bir yol olmaması nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması veya işlem temelinin çökmesi vasıtasıyla koruma gündeme gelebilecektir.

Birleşme Yönergesinde birleşme nedeniyle korunması öngörülen özel haklar, paya veya pay dışındaki menkul kıymetlere bağlı olarak tanınan özel haklarla sınırlanmıştır.

⁷⁶ Fida, s.188.

Buradan hareketle şahsa tanınmış olan özel haklar için üye devletlerin tercihinine göre ayrıca düzenleme öngörülebileceği veya bu hakların korunmasının ulusal hukuklardaki genel hükümlere tabi olacağı anlaşılmaktadır. Bu husus kanun koyucunun tercihinine bağlı olmakla birlikte yeniden yapılanmada önem arz eden bir mesele de bu konunun açıklığa kavuşturulmasının gerekli olmasıdır.

İmtiyazlı payların korunmasına ilişkin meseleler ortaklık haklarının sürdürülmesi başlığı altında ayrıca ele alınmalı, bunlar dışında kalan özel hak sahiplerinin hakları ise hak sahibine göre ayırım yapılmaksızın kanunen düzenlenmiş bir menkul kıymet türleri ile şahsa tanınmış ayrıcalıklar dikkate alınarak ayrı başlık altında değerlendirilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi aynı türde özel hakkın pay sahibinin veya üçüncü kişinin şahsına tanınmış olmasına göre yapılacak bir ayırım alacaklıların eşit muamelesi ilkesine de aykırılık teşkil edebilecektir. Bununla birlikte hakkın yönetsel veya mali nitelik taşımasına dayanan bir ayırım durumunun gereklerine uygun düşebilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BİRLEŞME ve BÖLÜNMEDE ALACAKLININ TEMİNAT VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI m.157’NİN AMACI

Yeniden yapılanmadan kaynaklanan tehlikelere karşı alacaklıların korunması, TTK’da olduğu gibi itiraz hakkı veya birleşmenin hukuki geçerlilik kazanacağı tarihe kadar malvarlığının ayrı yönetimi vasıtasıyla önleyici koruma veya TTKT m.157’de olduğu gibi tamamlayıcı koruma şeklinde olabilir. Her iki sistemin de şüphesiz olumlu ve olumsuz yönleri söz konusudur¹.

Alacaklının malvarlığının ayrı yönetimi vasıtasıyla birleşmenin hukuki geçerliliği öncesinde sağlanan korunmasından farklı olarak, alacaklılar birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra teminat talep edebilecekleri için TTKT m.157’de öngörülen korunma tamamlayıcı niteliktedir². Birleşmede şirketlerin malvarlıkları da birleştiği ve pek çok durumda birleşmenin farklı bir koruma gerektiren risklere yol açmadığı gerekçesi ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısında kural olarak³ alacaklının tamamlayıcı şekilde korunması düzenlenmiştir⁴.

Alacağın değerinin birleşmeden sonra da korunması amacını taşıyan teminat, tasfiye halinde alacakları öncelikli hale getirmektedir. Bununla birlikte gelecekte muaccel olacak alacaklara karşılık olarak gösterilen teminat, şirketin malvarlığını bağlı hale getireceği için şirketin mali durumunu olumsuz etkileyebilecektir. TTKT m.157’nin amacı, alacaklıların ve şirketin menfaatleri arasında denge kurulması suretiyle alacaklıların uygun bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır⁵.

Üçüncü Yönergenin 13. maddesinde birleşmenin ilan edildiği tarihte henüz sona ermemiş olan alacak haklarının korunması öngörüldüğü için TTKT m.157 uyarınca birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı andan sonra devreye giren teminat talebi bu yönüyle Avrupa Birliği hukukuna da uygundur.

¹ Truffer, BSK-FusG, m25 N.3.

² Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.3; Schneller, s.233; BtschftFusG, s.4425.

³ Sermayenin kaybı ve borca batıklık hallerinde birleşmede ise alacaklının önleyici yolla korunması ayrıca düzenlenmiştir. Bkz. 2.Blm./VIII.

⁴ BtschftFusG, s.4425; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.399.

⁵ Ries, s.24.

Bölünmede ise birleşmeden farklı olarak alacakların birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce teminata bağlanması öngörülmüştür (TTKT m.174 ve m.175)⁶. Bölünme ile birleşme arasında bu tür bir ayrıma gidilmesinin nedeni, bölünmenin alacaklılar açısından daha riskli bir durum sergilemesidir⁷. Zira bölünmede, katılan tüm şirketlerin malvarlığının tek bir şirket çatısı altında toplanması söz konusu değildir.

Tür değiştirmede ise yukarıda da açıklandığı üzere alacaklının teminat vasıtasıyla korunması düzenlenmemiştir⁸.

Yeniden yapılanmada alacakların teminata bağlanması konusunda aşağıdaki açıklamalarımızda birleşmede teminatı düzenleyen 157. madde esas alınarak bölünmede farklı şekilde düzenlenen hususlara dikkat çekilecektir.

II. HAK SAHİBİ ALACAKLILAR

TTKT m.157'nin 1.fıkrasında, birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına teminat⁹ isteme hakkı tanınmıştır. Alacaklı devreden veya devralan şirkete karşı bir talebe¹⁰ sahip olmalıdır.

1. Birleşmeye Katılan Şirketlerin Alacaklıları

TTKT m.157'de, TTK m.451'den farklı olarak, TTK m.150'de olduğu gibi birleşmeye devreden ve devralan olarak katılan şirketlerin alacaklıları arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu suretle alacaklılar arasında eşit işlem kuralı¹¹, devreden ve devralan şirketin alacaklıları arasında ayırım yapılmamış olması yanında hakkın kullanımı da aynı koşullara tabi kılındığı için iki yönlü olarak sağlanmıştır¹². Birleşmeye katılan şirketlerin tüm alacaklıları birleşmeden sonra aynı borçlunun alacaklıları haline gelmektedir. Bu nedenle birleşme

⁶ Ehrat, Felix R./Widmer, Markus: BSK-FusG, m.46 N.5. Ayrıca bkz. 4.Blm./VI/2.

⁷ Ehrat/Widmer, BSK-FusG, m.46 N.1.

⁸ 2.Blm/II/1/B.

⁹ 4721sayılı Medeni Kanununda (RG 8.12.2001/24607) eski Medeni Kanundaki "*teminat*" terimi yerine "*güvence*" terimi kullanılmıştır (örnek için bkz. TMK m.851 ile eMK m.766, TMK m.866 ile eMK m.782, TMK m.881 ile eMK m.796 gibi). Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu Tasarısında m.157'de "*teminat*" terimi muhafaza edilmiştir. Medeni Kanun ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı arasında bu tür bir farklılık yaratılmış olması yerinde olmamakla birlikte çalışma konumuzu TTKT'nin ilgili hükümlerinin oluşturması ve TTKT'nin daha yeni tarihli düzenleme niteliği taşıması nedeniyle "*teminat*" sözcüğü tercih edilmiştir.

¹⁰ Alacak ve talep kavramlarının aynı mı yoksa farklı mı anlamları ifade ettiği öğretide tartışmalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, İstanbul 2003, s.72 vd.). Alacak ve talebin farklı anlamları ifade ettiği görüşü tarafımızca da benimsenmekle birlikte alacaklının vadeden önce talep yetkisine sahip olmadığını da dikkate alarak yukarıda talep kavramını kullanmış olmamızın nedeni sadece borç ilişkisine ilişkin olmaması sebebi ile talep kavramının daha geniş bir anlam taşımasıdır (bkz. Eren, s.76). Bir başka ifadeyle teminat isteminde bulunabilecekler teknik anlamda alacak hakkı sahipleri ile sınırlı değildir.

¹¹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.2; Ries, s.10.

¹² Alman hukukunda UmwG'den önce yürürlükte olan AktG m.347'de ise devreden ve devralan şirketlerin alacaklıları arasında ayırım yapılmıştı (Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.2). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 4.Blm. – dn.235.

nedeniyle alacaklıların alacağı tehlikeye düşerse bu sorun esas itibariyle tüm alacaklıları aynı şekilde ilgilendirmektedir¹³.

Hangi tür şirketin yeniden yapılanmaya devreden veya devralan olarak katılacağı kararında temel etken kural olarak alacaklıların menfaatleri değildir¹⁴. Bu kararda bilhassa daha iyi bir alt yapı, müşterilere veya toptancılara yakınlık gibi¹⁵ merkezin bulunduğu yere bağlı avantajlar, ticaret unvanı¹⁶, iş/ işçi piyasası ve katılan şirketlerden birisinin hukuki varlığını sürdürmesinin ekonomik açıdan daha mantıklı olması¹⁷ gibi katılan şirketler tarafından kontrolü mümkün olmayan tesadüfi koşullar¹⁸ etkilidir. Gerçi mali açıdan güçlü bir şirketin mali açıdan zayıf bir şirketle birleşmesinde ekonomik açıdan güçlü şirketin alacaklıları açısından daha olumsuz bir duruma düşme söz konusuysa ekonomik yönden zayıf şirketin alacaklılarının daha avantajlı bir konuma ulaştıkları söylenebilir¹⁹. Bu avantajların şirketlerin ekonomik yapılarının zorunlu sonucu olmaması nedeniyle²⁰ hangi şirketin devreden veya devralan olarak katılacağı daha ziyade tesadüfidir²¹.

Bölünmede de teminat talep etme hakkı, bölünmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına tanınmıştır (TTKT m.174; FusG m.45)²².

Sonuç olarak tüm alacaklılara eşit muamele edilmesinin kanun koyucu tarafından tercih edilmiş olması amaca ve menfaatler dengesine uygun olan tek çözümdür²³. Bu eşitlik hem hak sahibi olma hem de hakkın kullanılmasının tabi olduğu koşullar için geçerlidir.

Birleşmeye katılan şirketlere karşı alacak hakkına sahip olmakla birlikte şirketin alacaklısı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan kişiler de bulunmaktadır. Birleşmeye katılan şirketlerin ortakları, sadece şirketler hukukuna dayanan iç ilişkilere dayalı olarak şirket ilişkisinden doğan hakları bakımından alacaklı sayılmamaktadır²⁴. Ancak ortaklar da kar payı

¹³ Soldierer, s.30.

¹⁴ Soldierer, s. 31.

¹⁵ Soldierer, s.31-dn.103

¹⁶ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.5.

¹⁷ Soldierer, s.31.

¹⁸ Ganske, s. 63.

¹⁹ Soldierer, s.31.

²⁰ Soldierer, s.31.

²¹ Grunewald, Lutter – UmwG, m. 22 N.5; Ganske, s.63; Neye, Hans Werner: Überblick über die Gesetzänderungen, Umwandlungsrechtstage, Köln 1995, s. 14-15.

²² Mehaz Kanuna ilişkin Öntasarının 57. maddesinde ise sadece devreden şirketin alacaklılarına teminat talep etme hakkı tanınmıştır.

²³ Soldierer, s.31.

²⁴ Vossius, Oliver: Widmann/Mayer, Stand: Ocak 2004, m.22 N.14; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.5; Stratz, Rolf-Christian: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.4; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.6. Beretta, Strukturanpassungen, s.269; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405.

gibi pay sahipliği statüsünden doğmakla birlikte alacak niteliğini kazanmış haklar için teminat talep edilebilecektir²⁵.

Ortakların şirkete karşı talepleri için bu söylenenler şirket organlarının talepleri için de geçerlidir²⁶. Bu noktada şirket organının veya organların üyelerinin şirkete karşı talebinin hukuki sebebi belirlenmelidir. Zira işçi - işveren ilişkisinden doğan talepler için TTKT m.158/f.4'ün atfıyla m.178, alacağın bu tür bir ilişkiden kaynaklanmadığı ve organın üçüncü kişi olarak şirketle ilişkiye girdiği hallerde ise m.157 uygulanmalıdır. Dolayısıyla TTKT m.157 hizmet akidlerinden doğan talepler için uygulanmayacaktır.

Devreden veya devralan şirketlerin birbirlerine karşı olan talepleri de teminata elverişli değildir²⁷.

2. Alacağın Türü

a) Kanundan veya Sözleşmeden Doğan Alacaklar

Kural olarak alacaklıların birleşmeye katılan şirketlerden birisine karşı sahip olduğu talepler teminat istemine elverişlidir. Talebin hukuki sebebi²⁸ veya alacaklının talebin doğumundan önce birleşmeden haberdar olup olmadığı ise önemli değildir²⁹. Talep kanundan veya sözleşmeden doğmuş olabilir³⁰.

b) Aynı Talepler

Aynı talep sahiplerinin TTKT m.157'ye göre teminat isteminde bulunup bulunamayacakları incelenmelidir. Zira bu maddede taleplerin değil alacakların teminat altına alınmasından söz edilmektedir. Bu mesele temel itibariyle alacak ve talep kavramlarının farklı

²⁵ Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, § 22 N.4; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.6; Soldierer, s.31-32; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger N.405.

Şirket ilişkisinden doğan kar payı alma hakkı, dağıtım kararı ile birlikte alacak hakkı niteliği kazandığı için teminat talebine elverişli hale gelmektedir (Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.6).

Söz konusu alacakların, şirketler hukukuna dayanan yükümlülüklerin kanuna karşı hile yoluyla dolanılması nedeniyle ortaya çıkması halinde teminat isteminin mümkün olmadığı yönünde bkz. Soldierer, s.32-dn.111.

²⁶ Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.4. İşçilerin haklarını ayrıca düzenleyen İsviçre Birleşme Kanunundan farklı olarak, Alman hukukunda işçilerin teminat talepleri de alacaklının korunması başlığını taşıyan UmwG m.22'nin uygulama alanına girmektedir (Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.70). Bu nedenle öğretilde şirket yöneticilerinin ve yönetim kurullarının ücret ve emeklilik gibi taleplerinin kural olarak teminata elverişli olduğu belirtilmektedir (Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.70 vd.; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.15; Soldierer, s.32).

²⁷ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.14; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.4.

²⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.6; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.5;

²⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.5.

³⁰ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.6; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.5; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.5; Marsch-Barner, Reinhard: UmwG-Kallmeyer, m.22 N.2; Schneller, s.235.

anlamları ifade etmelerinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki aynı haklardan alacak hakkı değil dar anlamda talep hakkı doğmaktadır³¹.

Bir görüşe göre aynı talepler, teminat yükümünü öngören normların uygulama alanına girmemektedir³². Bu görüşün gerekçesi olarak aynı hakkın konusunun bu haktan doğan talebi teminat altına aldığı³³ veya aynı hak sahiplerinin ayırma, seçme veya teslim talepleri yoluyla zaten korunmuş olduğu ifade edilmektedir³⁴.

Bu konuda TTKT m.157’de açıklık bulunmamaktadır. Aynı hak sahiplerinin bu maddede anlamında alacak kapsamında değerlendirilmemesi ise şüpheleri de beraberinde getirmektedir³⁵. Aynı hak da borç ilişkisi gibi münferit taleplere temel teşkil etmektedir³⁶. Bir başka ifadeyle aynı hak, belli bir alacak hakkının veya aynı hakkın gerçekleşmesini sağlayan aynı taleplerin temelini ortaya koymaktadır³⁷. Bu bağlamda alacak hakkının aynı haktan da doğabileceği kabul edilmeli ve söz konusu maddenin uygulama alanı aynı haklar bakımından maddenin lafzına dayanılarak sınırlandırılmamalıdır³⁸.

TTKT m.157’nin amacı birleşme nedeniyle ifası tehlikeye düşen alacakların alacaklılarının korunmasıdır. Dolayısıyla normun uygulanabilirlik sınırı, hakkın niteliği nedeniyle talepleri birleşmeden etkilenmeyen kişilerin normun uygulama alanı dışında bırakılması belirlenmelidir³⁹. TTKT m.157’nin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmesi içinse birleşmenin aynı talepleri ne şekilde etkilediği saptanmalıdır.

Aynı haklar, aynı hakkın konusu üzerinde kurulmuş oldukları ve bu nedenle de hakkın konusu dışında kalan değişikliklerden bağımsız oldukları için kural olarak birleşmeden

³¹ Alacak hakkı (die Forderung), alacaklıya borçudan borçlanmış olduğu edimi yerine getirmesini talep etme yetkisi sağlayan hakkı ifade etmektedir (Eren, s.48). Talep hakkı veya talep (der Anspruch) ise alacağı isteme yetkisini sağlaması bakımından alacak hakkının özünü oluşturmakla birlikte aynı haklar, miras ve aile hukuku haklarıyla kişilik haklarından sadece dar anlamda talep hakkı doğmaktadır (Eren, s.74). Geniş anlamda talep hakkı ise dar anlamda talep hakkını ve alacak hakkını isteme yetkisini içeren bir anlama sahiptir (Eren, s.73). İki kavramın anlamları ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi ve öğretideki tartışmalar için bkz. Eren, s.72 vd. Ayrıca bkz. yukarıda dn.10.

³² Genel olarak aynı taleplerin teminat yükümüne yol açmayacağı yönünde bkz. Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.5; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.2; Schröder, Thomas: Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bei Unternehmensumwandlungen DB 1999, s.317; Engelmeyer, Cäcilie: Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht, Köln 1995, s.380.

Aynı hakların ve bunların teminat altına alınmasına yönelik şahsi taleplerin, sermaye azaltımına ilişkin AktG § 225’deki alacak kavramı ve normun amacı içerisinde değerlendirilemeyeceği yönünde Oechsler, Jürgen: MüKo-AktG, m.225 N.5.

³³ Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.2; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.5.

³⁴ AktG’in sermaye azaltımında alacaklının korunması başlılığını taşıyan 225. maddesi hakkında açıklama için Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.5 ve 26.

³⁵ Soldierer, s.33.

³⁶ Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, Köln-Berlin-Bonn-München 1984, N.436.

³⁷ Medicus, N.436; Soldierer, s.33.

³⁸ Soldierer, s.33.

³⁹ Soldierer, s.33.

etkilenmemektedir⁴⁰. Ancak aynı sonucun aynı haktan doğan ve aynı hakkın gerçekleşmesine hizmet eden alacaklar için her durumda kabulü mümkün değildir⁴¹. *Maier-Reimer* konuyu ayırım yaparak değerlendirmektedir. Buna göre ''ayni nitelik taşıyan teslim talepleri, aynı hakkın kendisi tarafından teminat altına alınmış oldukları için bunların teminata konu olamayacağını; aşırı faydalanma veya zarar verme nedeniyle ortaya çıkan tazmin taleplerinin ise aynı talep değil aksine kanuni borç ilişkisinden doğan talep özelliği göstermesi nedeniyle bunlar için teminat talep edilebileceğini; ipotekli borç senedi ve irad senedi gibi gayrimenkulden doğan ödemelere ilişkin hakların kapsamı gayrimenkulden elde edilebilir olanla sınırlı olduğu için bu hakların birleşme yoluyla tehlikeye düşürülemeyeceğini, bu sebeple de teminat yükümü kapsamında olmayacaklarını aksine bir tutumun hakkın kapsamının genişlemesine yol açacağını; aynı teminat ile güvence altına alınmış hakların ise hükmün uygulama alanı içinde olduğu konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte aynı teminatın elde edilebilir değerinin teminat ihtiyacını ve ifa edilmesi gereken teminatın miktarını azaltacağını'' belirtmektedir⁴².

Bununla birlikte henüz muaccel olmamış teslim taleplerinin de birleşmeden olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilir⁴³. Bu olumsuz etki bilhassa teslim talebinin ifası için borçlu şirketin masraf yapmasının gerekli olması halinde ortaya çıkmaktadır⁴⁴. Mesela malik kiraya verdiği ancak kiracı tarafından hasara uğratılmış taşınırın iadesi talebini sözleşme yerine mülkiyet hakkına dayandırabilir. Kiracının hasarın giderilmesi için yeterli mali kaynağa sahip olmaması, teslim talebinin vadede uygun şekilde ifası olasılığını tehlikeye düşürmektedir. Bu tür bir kötüleşme, teminat istemini haklı kılmakta ve talebin aynı nitelik taşıması önem arz etmemektedir⁴⁵. Mülkiyet hakkına tecavüzün giderilmesinden doğan talepler de masrafa yol açabileceği için aynı durum söz konusudur⁴⁶. Mülkiyet hakkı ve tecavüzün menini talep hakkı, birleşmeden doğrudan etkilenmemese de bu hakların gerçekleşmesine yönelik talebin birleşmeden etkilenmesi muhtemeldir⁴⁷.

⁴⁰ Soldierer, s.33.

⁴¹ Soldierer, s.33.

⁴² Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.7.

⁴³ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.17. *Grunewald* ise ipotek, rehin gibi aynı teminata bağlı talepler için teminat istenemeyeceğini savunmakla birlikte intifa hakkı sahibinin BGB m.985'e göre henüz muaccel olmamış teslim talebi gibi diğer aynı talepler için teminat istenebileceği görüşündedir (Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.28).

⁴⁴ Soldierer, s.34.

⁴⁵ Soldierer, s.34.

⁴⁶ Soldierer, s.34.

⁴⁷ Soldierer, s.34.

Sonuç olarak aynı taleplerin teminat talep hakkını doğurup doğurmayacağı sorusu talebin hukuki niteliği çerçevesinde değil, söz konusu taleplerin özellikleri dikkate alınarak ve alacaklının korunma ihtiyacı göz önünde tutularak cevaplanmalıdır⁴⁸.

3. Talebin Hukuki Sebebinin Birleşmeden Önce Gerçekleşmiş Olması

A. Talebin Doğmuş Olmasının Yeterli Sayılması

TTKT m.157’de birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarının istemde bulunmaları halinde, bunların alacaklarının teminat altına alınacağı hükme bağlanmıştır. Teminat istemi için talep hakkının doğmuş olmasının yeterli sayılıp sayılmayacağı veya alacak hakkının tüm koşullarının gerçekleşmesinin gerekli olup olmadığı ya da talebin meydana gelmesinden önceki bir aşamanın yeterli olup olmadığı hükümde açıkça düzenlenmemiştir.

Söz konusu hükmün gerekçesinde birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce doğan alacakların kastedildiği ifade edilmiştir⁴⁹. Bu alacağın hukuki sebebinin birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce ortaya çıkmış olması anlamına gelmektedir. Hakim görüş de teminat talep edilebilmesi için alacağın birleşmenin tescilinden önce doğmuş olmasının yeterli olduğu, ayrıca alacağın mevcut olmasına gerek olmadığı yönündedir⁵⁰. Bu vesileyle alacağın doğması ve alacağın mevcut olması kavramları arasındaki fark belirginleştirilmelidir.

Talebin doğmuş sayılabilmesi için hukuki sebebin gerçekleşmesi yeterli kabul edilmelidir⁵¹. Şartın henüz gerçekleşmemiş olması veya fesih imkanı, doğmuş sayılmaya engel değildir⁵².

Buna karşılık talebin mevcut olması, talebi meydana getiren unsurların halihazırda gerçekleşmiş olmasını, daha açık bir ifadeyle talebin akıbetinin gelecekteki belirsiz bir olaya bağlı olmamasını ve sadece muacceliyetin ertelenebilir olmasını zorunlu kılmaktadır⁵³. Buna göre sürekli borç ilişkisinin olağan veya olağanüstü şekilde feshi yoluyla gelecekteki kısmi taleplerin muacceliyetinin engellenebilmesi imkanı, bu tür geleceğe yönelik belirsiz taleplerin

⁴⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.7.

⁴⁹ BtschftFusG, s.4426; Gerekçe, s.458.

⁵⁰ Hirsiger, s.217; Beretta, Strukturanpassungen, s.270; Affentranger, Markus: SHk, m.25 N.6; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.7; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.9; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.3; Schneller, s.236. Birleşmenin tescilinden önce sözleşmenin yapılmış olması gerektiği yönünde Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.19; Schröer, DB 1999, s.317; Ries, s.19, s.28; Soldierer, s.37.

Alacağın mevcut olması gerektiği görüşü için bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.18.

⁵¹ Schröer, s. 317- 319 vd.; Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.7; Beretta, Strukturanpassungen, s.270.

⁵² Soldierer, s.37; Ries, s.18.

⁵³ Honsell, Heinrich/ Harrer, Friedrich: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei Dauerschuldverhältnissen, ZIP 1986, s.344.

mevcut sayılmasına engeldir⁵⁴. Dolayısıyla erteleyici şarta bağlı talepler ancak şartın gerçekleşmesinden sonra, sürekli borç ilişkilerinden doğan talepler ise fesih için gereken sürenin geçmesinden sonra mevcut olmaktadır⁵⁵.

Belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinden kaynaklanan geleceğe yönelik kesin olmayan taleplerin mevcut ancak muaccel olmamış şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir⁵⁶. Belirli veya belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerine dayanan müstakbel talepler sözleşmenin yapıldığı anda henüz mevcut değildir⁵⁷. Bu taleplerin mevcudiyeti mümkün olmakla birlikte, mevcudiyetin olağan fesih veya önemli sebepten dolayı olağanüstü fesih nedeni ile engellenmesi imkan dahilindedir⁵⁸.

TTKT m.157'nin alacaklı lehine geniş yorumlanması gerekliliği⁵⁹ de teminat talebi için hukuki sebebin gerçekleşmesinin yeterli sayılmasına işaret etmektedir⁶⁰. Talebin mevcudiyet kazanması halinde zaten ifa talep edilebilecek olduğu için teminat talebi için mevcudiyetten önceki bir aşamanın yeterli sayılması kaçınılmazdır⁶¹. Bu şekilde bir yorum özellikle sürekli borç ilişkilerinden doğan alacaklar için önem taşımaktadır⁶². Zira alacağın hukuki sebebinin doğması yerine alacağın mevcut olması koşulu öngörülmüş olsaydı, bu sürekli borç ilişkilerinden doğan bir kısım alacaklar için teminat istenememesine yol açardı. Böyle bir sonuç ise bilhassa uzun süreli sürekli borç ilişkilerinden doğan alacaklar için sakıncalıdır.

Ayrıca farklı türde ortaklıkların birleşmeye katılabildiği dikkate alındığında da asli borçlunun kişiliğine güvenerek malvarlığı tasarrufunda bulunan alacaklının bu güvenin yeterli bir şekilde korunması ihtiyacı açık bir şekilde görülmektedir⁶³.

TTKT m.158'deki düzenleme de TTKT m.157'nin uygulanmasında alacağın doğmasının yeterli olması yorumunu haklı çıkarmaktadır⁶⁴. TTKT m.158'de devreden şirketin borçlarından birleşmeden önce sorumlu olan ortakların, bu sorumluluklarının birleşme kararının ilanından önce doğmuş olan veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş olan borçlar için birleşmeden sonra da devam etmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla

⁵⁴ Honsell/ Harrer, s.344–345.

⁵⁵ Soldierer, s.37.

⁵⁶ Honsell/ Harrer, s.345; Ries, s.26.

⁵⁷ Honsell/ Harrer, s.345

⁵⁸ Honsell/ Harrer, s.345

⁵⁹ Schröer, s.320.

⁶⁰ Soldierer, s.37; Ries, s.25.

⁶¹ Ries, s.21.

⁶² Schröer, s.320; Affentranger, SHk, m.25 N.7.

⁶³ Soldierer, s.38.

⁶⁴ Karşı görüş için bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.19.

şahsi sorumluluğun devamı ve teminat yükümü vasıtasıyla alacaklının bireysel olarak korunmasında, alacakların tespiti bakımından yapılacak bir ayırım kanunun sistematığıne aykırı düşecektir.

Sonuç olarak alacaklının teminat isteminde bulunabilmesi için alacağın hukuki sebebinin birleşmenin tescilinden önce doğmuş olması yeterlidir; ayrıca alacağın mevcut olmasına gerek yoktur.

B. Erteleyici veya Bozucu Şartın Teminat İstemine Engel Olmaması

Erteleyici veya bozucu şartın kararlaştırılmış olması⁶⁵ ya da alacağın karşı edime bağlanmış olması, TTKT m.157'ye göre teminat istemine engel olmamalıdır⁶⁶. Şarta bağlı alacaklarda alacaklı alacağın birleşme öncesinde doğmuş olmasına, borçlunun gelecekteki ifa gücüne⁶⁷ ve edimlerin başka bir olay gerçekleşmedikçe ifa edileceğine güvenerek⁶⁸ malvarlığı tasarrufunda bulunduğu için alacaklının hukuki statüsü korunmalıdır⁶⁹.

Bununla birlikte şarta bağlı alacaklarda, alacaklının teminat ihtiyacı ile şirketin menfaatleri arasında denge kurulması zorunlu olduğundan doğmuş fakat henüz talep edilemeyen bu alacakların talep edilebilirlik kazanmasının ne ölçüde muhtemel olduğu dikkate alınmalıdır⁷⁰.

Bir görüşe göre teminat istemi için alacaklının sadece şartın gerçekleşmesine güveni yeterli değildir⁷¹. Aynı zamanda şartın gerçekleşmesi de muhtemel olmalıdır⁷².

Diğer bir görüş ise şartın gerçekleşmesi ihtimalinin teminat istemini engellemediğini, teminatın miktarının belirlenmesinde etkili olduğunu savunmaktadır⁷³. Buna göre teminatın gerekli olup olmadığı ve gerekli olması halinde bunun miktarının ne olacağı meselesi alacaklının ne ölçüde korunması gerektiği sorunu kapsamında değerlendirilmelidir⁷⁴. Ne derecede bir olasılığın yeterli sayılacağı konusunda potansiyel alacaklının korunması ihtiyacı

⁶⁵ Beratta, Strukturanpassungen, s.270; Affentranger, Shk, m.25 N.9; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405.

⁶⁶ Alman hukukundaki hakim görüş için bkz. Grunewald, Lutter – UmwG, § 22 N.7; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.20; Engelmeyer, s.380; Ries, s.18, s.25.

⁶⁷ Soldierer, s.39.

⁶⁸ Schröer, s.319

⁶⁹ Ries, s.25.

⁷⁰ Hirsiger, s.219; Ries, s.25.

⁷¹ Schröer, s.319.

⁷² Sermaye azaltımı bakımından aynı yönde görüş Oechsler, m.225 N.8; Bu durumda alacaklının menfaatlerinin şirketin menfaatlerinden üstün olduğu, aksi durumda alacaklının korunma ihtiyacının azaldığı yönünde bkz. Ries, s.27-28.

⁷³ Soldierer, s.40.

⁷⁴ Soldierer, s.40.

ile şirketin menfaatleri arasında kurulacak denge belirleyici olmalıdır⁷⁵. Alacaklının korunma ihtiyacının ve devreden şirketle arasındaki hukuki ilişkiye ne derece güvendiği ise aradaki hukuki ilişki yorumlanarak belirlenmelidir.

Öğretide azınlıkta olan bir başka görüş ise şirketin menfaatlerine üstünlük tanımakta ve şarta bağlı alacaklar için gösterilecek teminatlar, malvarlığının bağlanmasına yol açacağı için teminat gösterilmesini reddetmektedir⁷⁶.

Tasarruf işlemi henüz yapılmamış olsa bile, borçlunun hukuki ve mali yapısına duyulan güven nedeniyle tasarruf özgürlüğü etkilenen alacaklı korunmalıdır⁷⁷. Alacağın doğması ile birlikte taraflar arasında meydana gelen sadakat ve güven yükümü de bu görüşü haklı çıkarmaktadır⁷⁸. Ayrıca hukuki sebebin doğmuş olması, kararlaştırılan geciktirici şartın gerçekleşmesi olasılığına bağlı değildir. Aksinin kabulünün, hukuki ve fiili olguların karıştırılmasına yol açacağı açıktır⁷⁹. Şarta bağlı alacakların TTKT m.157 kapsamında değerlendirilmesi, şarta bağlı bir hakkı tehlikeye düşürülen alacaklının, alacağı şarta bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak için başvurabileceği tedbirlere başvurabileceğini hükme bağlayan BK m.150/f.2'ye de (OR m.152/f.2) uygundur⁸⁰.

Geciktirici şartın gerçekleşmesi olasılığı, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Mesela geciktirici şart olarak ölüm kararlaştırılmışsa şartın gerçekleşeceği kesin olmakla birlikte taraflardan birisine tanınan rücu hakkı, alacağın mevcut olmasını olası hale sokmaktadır⁸¹. Geciktirici şartın gerçekleşmesi muhtemel değil ise teminat gösterilmemelidir⁸².

Bozucu şarta bağlı alacaklar da teminata bağlanmalıdır⁸³. Garanti sözleşmeleri⁸⁴ ve kefalet akidleri gibi şarta bağlı alacaklar için teminat talep edilebilmelidir⁸⁵.

Alacaklıya seçim hakkı tanınmış olması, bir başka ifadeyle alacağın mevcudiyet kazanmasının alacaklının fiiline bağlanmış olması halinde bu imkan da korunmaya değer

⁷⁵ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.11; Ries, s.27–28.

⁷⁶ Truffer, Birleşme Kanunu m.25'in (TTKT m.157) kapsamının belirlenmesinde, bu Kanunun 26. maddesindeki (TTKT m.158) “...borçları doğuran sebeplerin birleşmeden önce doğmuş olması...” ifadesinin esas alınamayacağı ve her iki maddenin farklı esaslara dayandığını gerekçesi ile yukarıdaki sonuca ulaşmaktadır (BSK-FusG, m.25 N.19). Bize göre bu görüşün kabulü mümkün değildir bkz. 4.Blm./II/3/A.

⁷⁷ Soldierer, s.40.

⁷⁸ Soldierer, s.40.

⁷⁹ Soldierer, s.40.

⁸⁰ Glanzmann, Umstruktierungen, N.561.

⁸¹ Soldierer, s.40.

⁸² Hirsiger, s.219.

⁸³ Hirsiger, s.219; Ries, s.18. Bu konuda tereddütlü görüş için bkz. Schröer, s.319.

⁸⁴ von Salis, N.20.7 (T II).

⁸⁵ Affentranger, SHk, m.25 N.9.

nitelikte olduğu ve alacaklının korunma ihtiyacı sürdüğü için⁸⁶ teminat talep edilmesi mümkün olmalıdır⁸⁷.

Sonuç olarak TTKT m.157 kapsamına giren alacakların belirlenmesinde, şarta bağı alacaklar bakımından şartın gerçekleşme olasılığına dayanan amaçsal bir sınırlama mümkün değildir⁸⁸.

C. Sözleşmeden Doğan Taleplerde

a) Edim Yükümlerinde

Sözleşmeden doğan taleplerde, kural olarak birleşmenin tesciline ilişkin ilandan önce kurulmuş olan sözleşmeler dikkate alınmalıdır⁸⁹. Asli yükümler ve yan yükümlerden oluşan ilk yükümlerin⁹⁰ hukuki sebepleri sözleşmenin akdedilmesi ile meydana gelmektedir⁹¹. İfa menfaatleri kapsamında değerlendirilebilen ifa ile ilgili tüm taleplerin doğumu sözleşmenin kurulması ile birlikte gerçekleşmektedir⁹². Aynı durum faizler ve borçlu tarafından karşılanması gereken ifa masrafları için de geçerlidir⁹³.

İlk edim yükümlerinin ihlali halinde söz konusu olan tali yükümlerin ne zaman doğmuş sayılacağı belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle tali yükümlerin, ilk yükümlerin doğduğu anda mı yoksa tali yükümlerin mevcudiyeti için gerekli olan zarar, rücu beyanının açıklanması ve varması gibi tüm unsurların⁹⁴ ortaya çıkması ile birlikte mi doğmuş sayılacağı değerlendirilmelidir⁹⁵. Bu noktada alacaklıların ifa menfaatlerini koruyan talepler ile alacaklıların diğer menfaatlerine yönelik talepler arasında ayırım yapılmalıdır⁹⁶.

Alacaklının ifa menfaatini koruyan ve ifanın ikamesi veya ifayı tamamlayıcı nitelik taşıyan zarar tazmin talepleri, asli borç ile aynı şartlara tabi oldukları için sözleşmenin kurulduğu anda doğmaktadır⁹⁷. İfa yerine zararın tazmini talebi, tekeffülden doğan talepler,

⁸⁶ Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.8

⁸⁷ Soldierer, s.42.

⁸⁸ Grunewald, Lutter – UmwG, § 22 N.7.

⁸⁹ Beretta, Strukturanpassungen, s.270; Hirsiger, s.217.

⁹⁰ İlk yükümler, asli edim yükümü ve yan edim yükümünden meydana gelen asli yükümler ile yan yükümlerden oluşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.31.

⁹¹ Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.3 Buraya daha atf ekle Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.13

⁹² Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.13; Beretta, Strukturanpassungen, s.275.

⁹³ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12; Soldierer, s.42; von Salis, N.20.7 (T II); von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.403.

⁹⁴ Soldierer, s.42.

⁹⁵ Soldierer, s.42.

⁹⁶ Soldierer, s.42.

⁹⁷ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.13; Soldierer, s.42. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.17. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.575. Buna karşılık İsviçre öğretisinde, ortakların devam eden şahsi sorumluluğuna ilişkin Birleşme Kanunu m.26 (TTKT m.158) bakımından sözleşme ihlalinin birleşmeden önce gerçekleşmiş olmasının

dönme veya temerütten doğan talepler⁹⁸, kötü ifadan kaynaklanan talepler ve cezai şart veya cezai şartın tenkisi gibi talepler de ileri sürülmeleri halinde, sözleşmenin yapıldığı anda doğmuş sayılmalıdır⁹⁹. Bu taleplere karşılık teminat gösterilmesi için, bu taleplerin ileri sürülebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullar, asıl borca karşılık olarak gösterilecek teminatın verilmesine kadar gerçekleşmeslidir¹⁰⁰. Teminatın gösterilmesinden önce gereği gibi ifa etmeme nedeniyle BK m.97 e uygun olarak zarar tazmin talebinde bulunmuş olan alacaklı da bu talebe karşılık olarak teminat isteyebilecektir.

b) Yan Yükümlerde

İfa menfaatine bağlı olmayan, asli edimin ifası yanında varlık gösteren yan yükümlerde ise durum farklıdır¹⁰¹. Bu yükümler kural olarak doğrudan ifa menfaatinin değil aksine alacaklının ifa menfaatinin yanında varlık gösteren tamamlayıcı nitelikte menfaatlerini korumaktadır¹⁰². Yan yükümler ancak alacaklının korunan menfaati ihlal edildiğinde, dolayısıyla yan yükümü öngören normun unsurları yerine getirildiğinde doğmaktadır¹⁰³.

c) İcabın Birleşme Öncesinde Yapılmış Olması

Bağlayıcı bir icapta bulunmuş olan potansiyel alacaklı da eski alacaklı gibi korunmaya değer olduğu için birleşmeden sonra bu icap bağlayıcılığını sürdürmelidir¹⁰⁴. Bu durumda devralan şirket külli halefiyet yoluyla icabın kabulü hakkına da halef olacağı için devreden şirketin malvarlığına ve sorumluluk yapısına güvenerek icapta bulunan alacaklıya başka bir borçlunun zorla kabul ettirilmesi söz konusudur¹⁰⁵. Bağlayıcı bir icabın birleşmeden sonra kabul edilmesi ve bu nedenle sözleşmenin birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra kurulması halinde de alacağın birleşmeden önce doğduğu kabul edilmelidir¹⁰⁶.

D. Sürekli Borç İlişkilerinden Doğan Kısmi Taleplerde

Sürekli borç ilişkilerinin öznel yapısı nedeniyle bu borç ilişkileri için farklı kuralların geçerli olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Sürekli borç ilişkilerinde gelecekte muaccel olacak kısmi taleplerin doğmamış sayılması bu alacaklar için teminat talep edilmesini engellemekte, muaccel alacaklar içinse ifa talep edebileceğinden bu alacaklar

yeterli olduğu zararın birleşmeden önce doğmasına gerek olmadığı görüşü de ileri sürülmektedir (Albrecht, ZK-FusG, m.26 N.7).

⁹⁸ Soldierer, s.42.

⁹⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.13

¹⁰⁰ Soldierer, s.43.

¹⁰¹ Soldierer, s.43.

¹⁰² Soldierer, s.43.

¹⁰³ Soldierer, s.43.

¹⁰⁴ Soldierer, s.43.

¹⁰⁵ Soldierer, s.43.

¹⁰⁶ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.13; Soldierer, s.43.

teminat yükümünü dışında kalmaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla sürekli borç ilişkilerinde kısmi edimlerin sonradan doğduğunun kabul edilmesi, bu tür sözleşmelerde teminatın neredeyse anlamsız kalmasına yol açmaktadır¹⁰⁸.

Geciktirici şarta bağlı taleplerin ve sürekli borç ilişkilerinde kısmi edimlerin doğmuş sayılmaları meseleleri esasen benzer niteliktedir. Şarta bağlı borçlarda talebin mevcudiyeti ve muacceliyeti şartın gerçekleşmesine bağlıyken, sürekli borç ilişkilerinde kısmi edimin mevcudiyeti ve muacceliyeti kesin olmayan olgulara veya fesih imkanının kullanılmamasına ya da karşı edimin ifası gibi taraf davranışlarına bağlıdır¹⁰⁹.

Sürekli borç ilişkilerinde de kısmi alacağın doğması ve mevcudiyeti arasında ayırım yapılmalıdır. Sonradan mevcut ve muaccel olacak tüm kısmi alacakların hukuki sebebi başlangıçta kurulmuş olan sözleşmedir. Dolayısıyla şarta bağlı alacaklarda olduğu üzere alacaklının gelecekteki potansiyel kısmi alacakları da korunmalıdır¹¹⁰. Bir görüşe göre sürekli borç ilişkilerinde birleşme anında hiç bir koşula bağlı olmaksızın borçlanılmış olan ve ödemezlik definin ileri sürülemediği alacaklar için teminat talep edilebilmesi kural olarak mümkündür¹¹¹. Buna karşılık teminata elverişli alacakların belirlenmesinde tüm alacakların sözleşmenin yapıldığı anda doğmuş olmasının yeterli sayılması, birleşmede devralan şirketin ekonomik açıdan önemli bir yüklenimine yol açabilecektir¹¹².

Sözleşmesinin birleşme öncesinde kurulması kıstası, alacağın doğmuş sayılmasının ve teminata bağlanabilirlik niteliğinin tespitinde değil teminat miktarının belirlenmesinde etkili olmalıdır¹¹³. Dolayısıyla alacaklının korunma ihtiyacı dikkate alınarak takdir edilecek teminatın miktarının belirlenmesinde doğmuş sayılan bazı alacaklar hesaplama dışında bırakılabilir¹¹⁴. Nitekim BGH de benzer bir olayda bu yönde karar vermiştir¹¹⁵. Sonuç olarak sürekli borç ilişkisinden kaynaklanan ve gelecekte muaccel olacak kısmi talepler de

¹⁰⁷ Schröer, s.318.

¹⁰⁸ Schröer, s.318.

¹⁰⁹ Soldierer, s.45.

¹¹⁰ Soldierer, s.45; Beretta, Strukturanpassungen, s.270; Affentranger, SHk, m.25 N.8.

¹¹¹ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.6. Bu tür bir yorumun adil olmadığı görüşü için bkz. Affentranger, SHk, m.25 N.7 ve 8.

¹¹² Schröer, s.318; Affentranger, SHk, m.25 N.8.

¹¹³ Soldierer, s.45; Schröer, s.318.

¹¹⁴ Schröer, s.320.

¹¹⁵ BGH 18 März 1996 - II ZR 299/94, ZIP 1996, s.706. Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşağıda 4.Blm./VII/3/A.

sözleşmenin yapıldığı anda doğdukları için¹¹⁶ TTKT m.157'ye göre teminat istemine konu olabilmelidir.

E. Kanundan Doğan Taleplerde

Kanuni sorumluluk sebeplerine, bilhassa haksız fiil sorumluluğu ve tehlike sorumluluğuna dayanan talepler, sorumluluğa yol açan unsurların gerçekleşmesiyle birlikte doğmaktadır¹¹⁷. Haksız fiilde¹¹⁸, sebepsiz zenginleşmede¹¹⁹ ve tehlike sorumluluğunda, sorumluluğa yol açan davranışın birleşmeden önce gerçekleştirmiş olması yeterlidir¹²⁰.

Sözleşmeden doğan talepler bakımından alacaklı yukarıda da ifade edildiği üzere esas itibariyle şirketin ekonomik durumuna güvenerek malvarlığı tasarrufunda bulunduğu için korunmaktadır. Kanundan doğan taleplerde ise alacaklının, borçlu şirketin sorumluluğa neden olan davranış gerçekleştiği andaki ekonomik yapısı ve alacaklıların tasarrufuna hazır bulunan malvarlığı dikkate alınarak korunması söz konusudur¹²¹. Bu ekonomik yapının yarattığı ifa güvencesi, yeniden yapılanma nedeniyle olumsuz etkilenmemelidir¹²².

Kanundan doğan taleplerde sebep sorumluluğunda, normativ bağlantı noktasının tam olarak tespiti meselesine değinilmelidir. Zira sorumluluk hukukunda normativ bağlantı noktasının sorumluluk türüne göre değişmesi nedeniyle bu konuda genel geçer bir yargıda bulunulması mümkün değildir¹²³. Mesela yapı malikinin sorumluluğunda bağlantı noktası MK m.58 uyarınca üçüncü kişiye zarar verilmesidir. Ürün sorumluluğunda ise bağlantı noktası ürünün piyasaya çıkarılmış olmasıdır¹²⁴. Çevre sorumluluğunda ise zararlı sonuçlar henüz meydana gelmemiş olsa bile toprağın kirletilmiş veya zararlı gazların atmosfere bırakılmış olması yeterlidir¹²⁵.

¹¹⁶ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.19. Sürekli borç ilişkisinin devamı süresince sürekli olarak yeni edim yükümleri, yan yükümler ve koruma yükümlerinin meydana geldiği ancak bunların sürekli borç ilişkisinin kurulduğu anda doğduğu yönünde bkz. Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.6.

¹¹⁷ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.17; Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.14.

¹¹⁸ Beretta, Strukturanpassungen, s270.

¹¹⁹ Hirsiger, s.217.

¹²⁰ Kallmeyer, Harald: Kallmeyer-UmwG, m.133 N.9; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.18. Ancak yazar birleşmede teminat edimini düzenleyen UmwG m.22'ye ilişkin açıklamalarında ise ihlalin veya zararın ortaya çıkmasından önce talebin mevcudiyetinin yeterli derecede muhtemel olmadığını belirtmektedir. Bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.17.

¹²¹ Soldierer, s.47.

¹²² Soldierer, s.47.

¹²³ Soldierer, s.46, s.46-dn.188.

¹²⁴ Kallmeyer, Kallmeyer-Umw, m.133 N.9; Soldierer, s.46.

¹²⁵ Kallmeyer, Kallmeyer-UmwG, m.133 N.9.

Hukuki değer ihlali veya zararın meydana gelmesi, talebin hukuki sebebinin oluşumunu tamamlayan bir unsur niteliği taşımamaktadır¹²⁶.

Henüz zarar veya ihlal meydana gelmeden önce alacaklının kural olarak muhtemel talebin farkında olmaması sorun yaratmaktadır. Mesela ayıplı bir ürünün veya bir sanayi kuruluşunun yol açtığı zararların birleşme anında henüz meydana gelmemiş olması veya alacaklı tarafından bilinmemesi zarar gören alacaklının teminat istemini fiilen engellemektedir¹²⁷. Dolayısıyla TTKT m.157'ye göre 3 aylık vade içerisinde henüz zarar veya menfaat ihlali unsurlarından yoksun kanuni taleplerin teminat yükümüne yol açmasından hareket edilemeyeceğinin ileri sürülmesi¹²⁸ tereddüt uyandırmaktadır.

Bu hususta *Petersen* ürün ve çevre sorumluluğunda gecikerek ortaya çıkan zararlarda olduğu gibi talebin mevcudiyet koşullarının teminat talep süresinin dolmasından sonra mevcut olması dolayısıyla alacaklıya hiç bir kusur yüklenememesi halinde de teminat talebi süresinin katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹²⁹. Yazar bir talebin mevcut olmadan önce zamanaşımına uğraması görüşünün dogmatik açıdan açıklanamayacağı gerekçesi ile söz konusu hallerde vadeyi düzenleyen hükmün amaçsal indirgemeye tabi tutulması gerektiğini ileri sürmektedir¹³⁰.

F. Ayrılma ve Denkleştirme Akçeleri İçin Teminat İstenememesi¹³¹

TTKT m.191/f.1'e göre birleşme, bölünme veya tür değiştirmede ortak olmayı sürdürme hakkının, şirket payının veya haklarının kanuna uygun bir şekilde tanınmaması veya ayrılma karşılığının uygun olmaması halinde her ortak birleşme, bölünme, tür değiştirme kararının ilanından itibaren iki ay içerisinde mahkemeden denkleştirme akçesi ödenmesi isteyebilecektir. Bu ortakların, denkleştirme akçesi talepleri bakımından hukuki sebebi gerçekleşmiş bir talebe sahip eski alacaklı olarak kabul edilip edilemeyecekleri sorusu değerlendirilmez¹³².

Hukuken geçerli bir birleşme, ortağın TTKT m.191/f.1'e göre denkleştirme talebini de içeren hisse değişimine yönelik talebinin hukuki sebebidir¹³³. Denkleştirme akçesinin hukuki

¹²⁶ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m. 133 N.18; Mertens, Kai: Zur Universalsukzession in einem neuen Umwandlungsrecht, AG 2/1994, s.70.

¹²⁷ Mertens, AG 1994, s.70.

¹²⁸ Soldierer, s.47. Teminatın talep edilebileceği süre hakkında bkz. aşağıda 4.Blm/VI/1/D/a.

¹²⁹ Petersen, Gläubigerschutz, s.42-43.

¹³⁰ Petersen, Gläubigerschutz, s.43. Vadeyi belirleyen hüküm açık olduğu için bu görüşün benimsenemeyeceği yönünde Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.40.

¹³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 4.Blm./IV/1/D/e.

¹³² Kar payı hakkının dağıtım kararının alınmasıyla alacak hakkı niteliği kazanması gibi Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.6.

¹³³ Soldierer, s.47.

sebebi birleşme öncesinde henüz gerçekleşmemiş olduğu için bu talebe karşılık olarak teminat isteminde bulunulamaz¹³⁴.

Ayrılma akçesi (FusG m.8; TTKT m.141) için de teminat istenemez¹³⁵.

G. Birleşmeye Katılan Şirketin Borcu İçin Teminat Göstermiş Üçüncü Kişinin Rücu Talebi

Birleşmeye katılan şirketlerden birisinin borcu için birleşme öncesinde teminat göstermiş olan üçüncü kişi de birleşmeden etkilenebilir. Bu borcun ifasının birleşme nedeniyle tehlikeye düşmesi, üçüncü kişinin gösterdiği teminata başvurulması ihtimalini artırmaktadır¹³⁶.

Alacaklının üçüncü kişi tarafından gösterilen teminata başvurusu halinde, üçüncü kişinin asli borçlu şirkete karşı rücu hakkı söz konusu olmaktadır. Zira birleşmeye katılan şirketlerden birisinin borcu için teminat göstermiş olan üçüncü kişinin rücu talebi, bu teminata ilişkin sözleşme ile birlikte doğmaktadır¹³⁷. Teminata başvurulması halinde ise rücu talebi mevcut hale gelmektedir¹³⁸.

Alacaklının talebinin ve teminat verenin rücu talebinin tehlikeye düşmesi, teminata başvurulmasını yeterli derecede muhtemel hale getirmektedir¹³⁹.

Eğer birleşme ile birlikte BK m.176/f.2 uyarınca teminatın, dolayısıyla rücu hakkının ortadan kalkacağı kabul edilebilseydi¹⁴⁰, rücu talebi TTKT m.157 kapsamında doğmuş bir talep olarak nitelendirilemezdi¹⁴¹. Ancak külli halefiyet ilkesi karşısında bu varsayım kabul

¹³⁴ Soldierer, s.48.

¹³⁵ von Salis, N.20.7 (T II).

¹³⁶ Soldierer, s.48.

¹³⁷ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.18; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.17. Teminatın asıl borcu doğuran hukuk işleminden ayrı bir hukuki işlemin konusunu oluşturması halinde ise rücu talebi bu işlemle birlikte doğar (bkz. Soldierer, s.48-dn.194).

¹³⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.18

¹³⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.18

¹⁴⁰ Birleşme nedeniyle borçlu değişimi, şahsi ve ayni teminatların sona ermesine yol açmayacağı için bu teminatlar birleşmeden sonra, devralan şirkete intikal eden talep için güvence teşkil etmeye devam edecektir (Grunewald, Lutter-UmwG, m.20 N.33; Eusani, Guido: Auswirkungen der Verschmelzung auf Bürgerschafts-Verpflichtungen für Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Mietbürgerschaft, WM 2004, s.867; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.20 N.55; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.20 N.23). Dolayısıyla kefinin önemli sebep ile fesih ya da yukarıda açıklandığı üzere teminat yoluna başvurusu söz konusu olabilecektir.

Birleşmenin kefalet etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. 4.Blm./VII/3/B/c/ccb.

¹⁴¹ Soldierer, s.48.

Aynı mesele Alman hukukunda, üçüncü kişi tarafından gösterilmiş olan teminatların borcun nakli halinde teminat verenin rızası olmadıkça sona ereceğini düzenleyen BGB m.418'in, UmwG'ye göre bölünme çerçevesinde uygulanıp uygulanmayacağı bakımından tartışılmıştır. Bu tartışmanın kaynağı UmwG m.132'de belli konuların devrine engel teşkil eden veya bunların devrini belirli şartlara bağlayan ya da devir için resmi bir makamın iznini şart koşan genel düzenlemelerin, bölünmede de uygulanacağını öngörölmüş olmasıdır. BGB m.418'in uygulanmayacağı yönündeki hakim görüş için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.18; Maier-

edilemez. Birleşmenin teminata bağlanan alacak üzerindeki olumsuz etkisi teminat gösterenin rücu talebini de etkilemektedir. Dolayısıyla üçüncü kişi tarafından teminata bağlanmış alacaklar bakımından, alacaklının TTKT m.157 uyarınca teminat talep etme hakkının teminatı göstermiş olan üçüncü kişiye geçmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ortaya çıkan bir diğer mesele de alacaklının teminata bağlı alacaklar için de teminat isteme hakkının bulunup bulunmadığıdır.

İsviçre öğretisinde bir görüşe göre üçüncü kişi tarafından gösterilmiş teminatlar bakımından teminat talep eden alacaklının menfaatleri ile şirketin ve diğer alacaklıların menfaatleri arasında denge kurulmalıdır¹⁴². Söz konusu teminatın kısmen dikkate alınması suretiyle¹⁴³ TTKT m.157'ye göre gösterilecek teminatın miktarında indirim yapılabileceği için şirketin mali kaynaklarının aşırı surette bağlanmasına yol açılmasının ve bu nedenle meydana gelebilecek mali güçlüklerin engellenebileceği savunulmaktadır¹⁴⁴. Karşı görüş ise üçüncü kişi tarafından birleşme öncesinde sağlanmış olan teminatın, alacaklının TTKT m.157'ye göre teminat isteme hakkını kaldırmayacağı yönündedir¹⁴⁵. Buna gerekçe olarak da birleşmeyi etkileme olanağı olmayan üçüncü kişinin birleşmeden kaynaklanan tehlikelerin kendisine karşı ileri sürülmesi suretiyle olumsuz şekilde etkilenmesine izin verilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁴⁶.

Üçüncü kişi tarafından teminata bağlanmış alacaklar için alacaklının TTKT m.157'ye göre teminat istenebileceği kabul edildiğinde, rücu hakkına karşılık teminat istenebilmesi asıl alacak için TTKT m.157'ye göre teminat gösterilmiş olup olmamasına bağlı olmaktadır¹⁴⁷. Bu durumda söz konusu borcu devralan şirketin kredibilitesinin borcu için teminat verilen şirkete nazaran daha düşük olmasının rücu talebinin ifasını etkileyeceği, dolayısıyla teminat istemine yol açacağı açıktır.

Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.17; Rieble, s.309. Karşı görüş için bkz. Teichmann, Arndt: Lutter – UmwG, m.132 N.36.

¹⁴² von Salis, N.20.7 (T II).

¹⁴³ Banka tarafından gösterilmiş olan teminatların büyük ölçüde indirimde yol açacağı, özel kişilerce gösterilen teminatların varlığı halinde ise daha az bir indirimin yapılacağı yönünde bkz. von Salis, N.20.7 (T II).

¹⁴⁴ von Salis, N.20.7 (T II). Üçüncü kişi tarafından gösterilen teminatın kısmen dikkate alınmasını yazar, teminata bağlanmamış alacaklara nazaran daha az tehlikeye düşme olgusu ile açıklamaktadır.

¹⁴⁵ Hirsiger, s.220.

¹⁴⁶ Hirsiger, s.220. Borçlunun değerlendirme hatası nedeniyle sorumlu olması gibi bkz. Affentranger, SHk, m.25 N.9

¹⁴⁷ Soldierer, s.52. Dolayısıyla yazar teminata bağlı alacaklar için de teminat istenebileceği görüşündedir.

4. Birleşmenin Tescili ve İlanı Arasında Doğan Alacaklar İçin Teminat Talep Edilebilmesi

TTKT m.153 uyarınca birleşme, devrolunan ortaklığın birleşme kararının Ticaret Sicili'ne tescili ile geçerlilik kazanır¹⁴⁸. Birleşme kararı TTKT m.154'e göre Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmelidir¹⁴⁹. Bu ilan üçüncü kişiler yönünden önem taşımaktadır¹⁵⁰. Taleplerin doğmuş sayılmasında tescil anının mı yoksa ilanın mı esas alınacağı ise TTKT m.157'de belirtilmemiştir.

Konuyla ilgili olarak Ticaret Sicili'ne tescil anı ile tescilin üçüncü kişilere karşı hangi andan itibaren ileri sürülebileceği arasında ayırım yapılmalı¹⁵¹ ve bu ayırımın üçüncü kişilere etkisi değerlendirilmelidir. Zira öğretide bir görüş birleşmenin tescili anına kadar doğmuş talepler için teminat istenebileceğini¹⁵²; diğer bir görüş ise birleşmenin hukuki geçerliliğinden ilanın anlaşılması gerektiğini¹⁵³, tescil ile ilan arasındaki zamanda doğan taleplerin de teminat istemine konu oluşturabileceğini¹⁵⁴ savunmaktadır.

Birleşme Ticaret Siciline tescil ile hukuki geçerlilik kazandığına ve tescille birlikte devreden şirket TTKT m.152/f.3 uyarınca infisah edeceğine göre tescilden itibaren devreden şirkete karşı bir talebin doğması kural olarak mümkün değildir¹⁵⁵. Dolayısıyla talebin doğması için gerekli koşulların tescil ile ilan arasındaki zamanda gerçekleşmesi halinde, alacaklının devreden veya devralan şirketle mi hukuki ilişkiye girmek istediğine bakılmaksızın devralan şirkete karşı bir talebin doğduğu¹⁵⁶ düşünülebilir. Ancak böyle bir durumda, devralan şirketin TTKT m.157/f.3'e dayanarak birleşmeden sonra doğan bir talep söz konusu olduğu için birleşme nedeniyle tehlikeye düşmenin mümkün olmadığını ileri sürmesi mümkündür. Buna karşılık söz konusu alacakların TTKT m.157/f.1 kapsamında çıkarılması ise hükmün amacına aykırı düşmektedir¹⁵⁷. Şöyle ki birleşmenin tescilinden sonra devreden şirketle hukuki muamele yaptığını düşünen alacaklının, kendisinin seçmediği bir borçlu olan devralan şirketi borçlu olarak kabul etmek zorunda kalması korunmaya değer bir menfaat

¹⁴⁸ Gereke, s.456.

¹⁴⁹ Birleşme kararının ilanın ifade ettiği anlam konusunda bkz. aşağıda 4.Blm./VI/1/B.

¹⁵⁰ Gereke, s.456.

¹⁵¹ İsviçre hukukunda Borçlar Kanununundaki genel düzenlemenin Birleşme Kanunu için de geçerli olması gerektiği yönünde FusG m.22'ye ilişkin açıklamalar için BtschftFusG, s.4422.

¹⁵² Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.7; Engelmeyer, s.380; Schröer, s.319; Stratz, Stratz/Schmidt/Hörtnagl, m.22 N.6; Bermel, Arno: Goutier-UmwG m.22 N.11.

¹⁵³ Hirsiger, s.217.

¹⁵⁴ Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.3; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.12. Devralan şirkete karşı olan alacaklar bakımından aynı yönde Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.19; Beretta, Strukturanspungen, s.270.

¹⁵⁵ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.7.

¹⁵⁶ Soldierer, s.52.

¹⁵⁷ Soldierer, s.52.

niteliğindedir¹⁵⁸. Diğer taraftan tescil ile ilan arasındaki dönemde birleşmeden haberi olmadan, devralan şirket ile hukuki ilişkiye giren alacaklının devralan şirketin birleşme öncesindeki ekonomik ve hukuki yapısına güveni de korunmalıdır.

Birleşmenin tescili ile ilanı arasındaki bir zamanda birleşmeden haberdar olmaksızın birleşmeye katılan şirketlerden herhangi birisiyle giriştiği hukuki muameleden doğan talep hakları bakımından alacaklının ne şekilde korunabileceğine yönelik olarak çeşitli çözümler söz konusu olabilir. İlk olarak yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde ayırık bir düzenleme öngörülmediği için TTKT m.36 uyarınca henüz ilan edilmemiş birleşmenin bunu bilmeyen alacaklılara karşı ileri sürülememesi ve bu alacaklıların da birleşmenin tescilinden önce doğan taleplerde olduğu gibi TTTK m.157 uyarınca teminat isteminde bulunması mümkündür¹⁵⁹. Bunun yanında alacaklının borçlunun niteliklerinde hata ettiği gerekçesi ile BK m.23 vd.'na dayanarak veya şartların gerçekleşmiş olması halinde BK m.28 vd. uyarınca hile hükümlerine göre iptal yoluna başvurması da imkan dahilindedir¹⁶⁰.

Kanundan doğan alacaklar bakımından benzer koruma açıklarının meydana gelip gelmeyeceğine de işaret olunmalıdır. Birleşmenin tescilinden sonra devreden şirketin haksız fiilinden zarar gören alacaklının sırf ilanın yapılmamış olmasına dayanarak korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu ileri sürülemez¹⁶¹. Ancak tescilden sonra fakat ilandan önce ürün satın alan alacaklının belirli bir borçlunun kanuni ürün sorumluluğuna güveni korunmaya değer bir menfaattir¹⁶².

Bölünmede ise alacakların bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce teminata bağlanacağına yukarıda değinilmişti. Buna göre hukuki sebebi TTKT m.174 uyarınca alacaklılara yapılan çağrıdan önce gerçekleşmiş olan alacaklar için teminat talep edilebilmelidir¹⁶³. Öğretide üçüncü ilanın esas alınması gerektiği görüşü savunulmaktadır¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Soldierer, s.53.

¹⁵⁹ Alman hukukunda UmwG m.22'nin HGB m.15/1 vasıtasıyla uygulanması bakımından aynı görüş için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.12. İsviçre hukukunda Borçlar Kanunu'nundaki genel düzenlemenin Birleşme Kanunu için de geçerli olması gerektiği yönünde FusG m.22'ye ilişkin açıklamalar için BtschftFusG, s.4422.

¹⁶⁰ Soldierer, s.53.

¹⁶¹ Soldierer, s.53.

¹⁶² Soldierer, s.53.

¹⁶³ Ehrat/Widmer, m.46 N.7; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.655.

¹⁶⁴ Ehrat/Widmer, m.46 N.7.

5. İfası Talep Edilebilir Alacaklar İçin Teminat İstenememesi

TTKT m.157’de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte¹⁶⁵ hakim görüşe göre birleşmenin tescilinden önce muaccel olmuş alacakların teminata bağlanması mümkün değildir¹⁶⁶. Öğretide azınlıkta olan görüş ise ifanın birleşme nedeni ile tehlikeye düşmesi halinde birleşmenin tescilinden önce muaccel olmuş alacakların da teminat yükümüne yol açacağını savunmaktadır¹⁶⁷.

Azınlık görüşü reddedilmelidir. İfayı talep edebilecek durumdaki alacaklıya ayrıca teminat isteminde bulunma hakkının tanınmasının ek bir korunma sağlamayacağı açıktır¹⁶⁸. Dava edilebilir bir talebi olduğunu iddia eden alacaklı, açacağı davada ifayı da talep edebilir¹⁶⁹. Dolayısıyla muacceliyet iddiasında bulunan alacaklı TTKT m.157’ye göre teminat isteyemez¹⁷⁰. Talebi henüz muaccel olmamış ve açıklanan olanaklara sahip olmayan alacaklı ise teminat vasıtasıyla korunmalıdır¹⁷¹.

A. Teminat Konusu Alacağın Muacceliyeti

Yukarıda da belirtildiği üzere muaccel bir borcun alacaklısı, ifayı talep edebileceği ve ifa davası açabileceği için kural olarak teminat talep edemez. Aynı şekilde borçlu da kural olarak muaccel alacağın ifası yerine teminat veremez¹⁷². Alacağın muaccel kılınmasının alacaklıya bağlı olması halinde de alacaklının ayrıca korunması gerekli değildir¹⁷³. Bu nedenle edimin muacceliyeti karşı edime bağlı ise veya muacceliyet için gerekli koşullar alacaklı tarafından sağlanabiliyorsa teminat istenemeyecektir¹⁷⁴. Bu gibi durumlarda henüz muaccel olmamış bir alacağın alacaklısının TTKT m.157’nin uygulama alanı dışında kalmasının sebebi, alacaklının birleşme nedeniyle meydana gelen ifa edilmeme riskini alacağı muaccel kılmak ve ifayı uygun şekilde talep etmek suretiyle önleme olanağına sahip

¹⁶⁵ Alman hukukunda UmwG m.22’de ifa talebinde bulunamayan alacaklıların teminat talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir.

¹⁶⁶ Beretta, *Strukturanpassungen*, s.270; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.36; Marsch-Barner, *Kallmeyer-UmwG*, m.22 N.8; Vossius, *Widmann/Mayer*, m.22 N.37; Stratz, *Stratz/Schmitt/Hörtnagl*, m.22 N.16; Grunewald, *Lutter – UmwG*, m.22 N.9; Albrecht, *ZK-FusG*, m.25 N.5.

¹⁶⁷ Hirsiger, s.218.

¹⁶⁸ Grunewald, *Lutter – UmwG*, m.22 N.9.

¹⁶⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.37; Grunewald, *Lutter – UmwG*, m.22 N.11; Vossius, *Widmann/Mayer*, m.22 N.37.

¹⁷⁰ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.37; Grunewald, *Lutter – UmwG*, m.22 N.11; Marsch-Barner, *Kallmeyer*, m.22 N.8; Vossius, *Widmann/Mayer*, m.22 N.37.

¹⁷¹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.36.

¹⁷² von Salis, N.20.7 (T II).

¹⁷³ Grunewald, *Lutter – UmwG*, m.22 N.9; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.36.

¹⁷⁴ *Soldierer*, s.55.

olmasıdır¹⁷⁵. Muacceliyetin karşı edime bağlı olması halinde ise alacaklı kendi borcunu derhal ifa etmek yerine aynı anda ifa davası da açabilecektir¹⁷⁶.

Sonuç olarak alacaklı *ifayı talep edemediği ölçüde*¹⁷⁷ teminat talep edebileceği için muacceliyetin ancak belli bir süre sonra gerçekleşmesi halinde teminat istemi haklılık kazanmaktadır¹⁷⁸. Belirli bir tarihte kullanabilecek fesih hakkına sahip olan alacaklı da bu tarihe kadar korunmaya değer menfaati bulunduğu için teminat isteyebilmelidir¹⁷⁹.

a) Muacceliyetin Seçim Hakkının Konusu Olması

Kural olarak mümkün bir muacceliyetin alacaklı için ekonomik değeri haiz bir seçim hakkı teşkil etmesi halinde, TTKT m.157 kıyasen uygulanmalı ve bu seçim hakkının değeri korunmalıdır¹⁸⁰. Seçim hakkının teminata bağlanmasında ön planda olan, teminat vasıtasıyla seçim hakkı içindeki değer borçlunun ifa gücünün eksikliği nedeniyle değerini kaybetmemesinin sağlanması ve hak içerisindeki değer birleşme öncesinde olduğu gibi alacaklıya aynı kapsamda saklı tutulmasıdır¹⁸¹.

b) Alacağın Birleşmeden İtibaren 3 Ay İçerisinde Muacceliyetin Teminat Talebine Etkisi

Alacağın TTKT m.157/f.1'deki üç aylık süre¹⁸² içerisinde muaccel olması halinde alacaklının teminat isteyip isteyemeyeceği de değerlendirilmelidir.

Bir görüşe göre hükmün anlam ve amacından asıl borcun muacceliyetinden itibaren teminat isteminde bulunulamayacağı sonucu çıkmaktadır¹⁸³. Bu görüş, alacaklının teminatı veya ifayı talep etmesi arasında bir ayrım bulunmadığı için alacağın muacceliyeti ile birlikte teminatın amacının büyük ölçüde ortadan kalkacak olması bakımından haklıdır¹⁸⁴.

Bu hususta öncelikle teminat isteminin ne zaman mevcudiyet kazanacağı ve TTKT m.157/f.1'deki sürenin dolmasının teminat talebinin mevcudiyet unsurlarından birisi olup

¹⁷⁵ Soldierer, s.55.

¹⁷⁶ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.36; Soldierer, s.55.

¹⁷⁷ ‘...soweit sie nicht Befriedigung verlangen können...’ (UmwG m.22).

¹⁷⁸ Soldierer, s.55.

¹⁷⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.8; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.36.

¹⁸⁰ Bölünen şirketce yapılmış olan icabın seçim hakkı niteliği taşıması halinde, bu hakkın değerinin korunması gerektiği yönünde bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.13. Taraf iradesine bağlı şart niteliğindeki seçim hakkı konusunda bkz. Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.8.

¹⁸¹ Soldierer, s.56.

¹⁸² Sürenin başlangıcı konusunda bkz. 4.Bl.m./VI/1/C ve D.

¹⁸³ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.42; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.16; Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.23.

Grunewald ise alacağın teminat talebinin mevcut olmasından sonra muaccel olması halinde teminat talebinin ortadan kalkmayacağı, teminat göstermek istemeyen şirketin alacağı ifa etme imkanına sahip olduğu görüşündedir (Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.10).

¹⁸⁴ Soldierer, s.56.

olmadığı belirlenmelidir¹⁸⁵. Öğretide bir görüş BK m.74'den (OR m.75) hareketle devralan şirketin teminat yükümünün birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı anda doğacağı ve derhal muaccel olacağı yönünde iken¹⁸⁶ bir başka görüş bu yükümün 3 aylık sürenin dolmasıyla muaccel olacağını savunmaktadır¹⁸⁷.

Alacakların birleşme nedeniyle tehlikeye düşmesi ilk olarak birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı, dolayısıyla devreden ortaklığın malvarlığının devralan geçtiği anda söz konusu olabilir. Bu nedenle teminat istemi birleşmenin hukuken geçerlilik kazanması ile mevcudiyet kazanır ve derhal muaccel hale gelir¹⁸⁸.

Buna karşılık TTKT m.157'nin amacı birleşmeden kaynaklanan tehlikelerin teminat vasıtasıyla telafisidir. Alacağın bu maddedeki 3 ay içerisinde muaccel olması halinde ise ifa istenebileceği için TTKT m.157'e göre teminat talep edilmesi anlam ifade etmemektedir¹⁸⁹. Bu bağlamda öğretide teminat veya erken ifanın, üç aylık sürenin dolmasından sonra mümkün olması gerektiği, aksi halde vaktinden evvel gösterilen teminat veya erken ifanın İİK m.279/f.1 (SchKG m.287/f.1/c.1) uyarınca batıl sayılmasının söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir¹⁹⁰. Bu çerçevede şirket organlarının alacaklıların eşit işleme tabi tutulmadığı isnadına maruz kalmasının mümkün olduğuna da dikkat çekilmiştir¹⁹¹.

Bununla birlikte asli talebin söz konusu 3 ay içerisindeki muacceliyetinin birleşmenin geçerliliği ile birlikte mevcut ve muaccel olan teminat talebini ne şekilde sona erdirebileceği tereddüt yaratmaktadır¹⁹². Zira asli borcun muacceliyetinin bir sona erme sebebi teşkil etmesi ne genel hukuk ilkelerinden ne de TTKT m.157'den çıkarılabilmektedir¹⁹³. Teminatın henüz verilmediği dönemde teminatın gecikerek gösterilmesine teminat istemini ortadan kaldırıcı etki tanınması, sisteme ve amaca aykırılık teşkil etmektedir¹⁹⁴. Teminat talep edilmesine rağmen teminatın gösterilmemiş olması, talebin ortadan kalkmasına yol açmamalıdır¹⁹⁵. Bunun yanında alacaklının korunması amacı da borçlanılan teminatın geciktirilerek gösterilmesi vasıtasıyla ortaklığa avantaj sağlanmamasını gerektirmektedir¹⁹⁶.

¹⁸⁵ Soldierer, s.56.

¹⁸⁶ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.15

¹⁸⁷ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.9

¹⁸⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.42; Marsch-Barner, Kallmeyer, m.22 N.12; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.21.

¹⁸⁹ Soldierer, s.56.

¹⁹⁰ Beretta, Strukturanpassungen, s.276.

¹⁹¹ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.9.

¹⁹² Soldierer, s.57.

¹⁹³ Soldierer, s.57.

¹⁹⁴ Soldierer, s.57.

¹⁹⁵ Soldierer, s.57.

¹⁹⁶ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.10

Kural olarak asli borcun ifası veya talep edilen teminatın verilmesiyle teminattan beklenen amaç gerçekleşeceği için teminat talep etme hakkı sona erer¹⁹⁷. 3 aylık süre içinde teminat gösterilmiş ve sonrasında yine söz konusu süre zarfında alacak muaccel olmuş ise bu teminatın ifa gerçekleşene kadar ifanın güvencesini teşkil etmesi TTKT m.157'nin anlam ve amacına uygun addedilmelidir¹⁹⁸. Bu nedenle 3 aylık vadenin dolmasından önce alacaklının asli borcu muaccel olursa teminat geri verilmemelidir¹⁹⁹.

Sonuç olarak asli talebin TTKT m.157'ye göre 3 aylık süre içerisinde muaccel olması teminat talebini etkilememelidir²⁰⁰.

B. Defi Yüklü Alacaklar

Borçluya mühlet tanınması talebin muacceliyetini engelleyeceği için bu tür bir definin varlığı halinde teminat talebi mümkün olmalıdır²⁰¹. Zira böyle bir durumda ifa talep edilemeyecektir²⁰².

Hapis hakkı, aynı anda ifa²⁰³, zamanaşımı²⁰⁴, alacağın dava edilmemesi şartı, sözleşmenin ifa edilmediği, zenginleşme, yürütmenin durdurulması gibi defilerin ileri sürülebildiği hallerde şirket teminat göstermekle yükümlü olmamalıdır²⁰⁵. Borç için mehil verilmesinde ise bu sayılanlardan farklı olarak muacceliyetin geciktirilmesi söz konusudur²⁰⁶.

C. Müteselsil Borç ve Kefalette Alacağa Karşılık Diğer Taleplerin Muacceliyeti

TTKT m.157'nin uygulanmasında kural olarak belirleyici olan teminata bağlanması istenen talebin asli borçlu ortaklığa karşı henüz muaccel olmamasıdır²⁰⁷. Buna karşılık üçüncü kişiye karşı olan ve alacağa karşılık oluşturan taleplerin muacceliyetinin teminat istemini ne şekilde etkileyeceği de değerlendirilmelidir.

Öğretide bir görüş birleşmeye katılmasa bile müteselsilen borçlu olan üçüncü kişiye karşı alacağın muacceliyetinin de teminat istemini ortadan kaldıracak yönündedir²⁰⁸. Bir başka görüşe göre ise ifanın üçüncü kişiden istenebilmesi birleşmeye katılan ortaklıktan

¹⁹⁷ Soldierer, s.57.

¹⁹⁸ Soldierer, s.57.

¹⁹⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.42; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.10; Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.10.

²⁰⁰ Soldierer, s.58.

²⁰¹ von Salis, N.20.7 (T II); Soldierer, s.58.

²⁰² Soldierer, s.58.

²⁰³ Beretta, Strukturanpassungen, s.270; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.17.

²⁰⁴ Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.13.

²⁰⁵ Bermel, Goutier- UmwG, m.22 N.8.

²⁰⁶ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.40.

²⁰⁷ Soldierer, s. 59.

²⁰⁸ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.37; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.17.

teminat talep edilebilmesine engel teşkil etmemelidir²⁰⁹. Bunun yanında alacaklının üçüncü kişiden ifayı istemekle yükümlü olmadığı, birleşmeye katılan ortaklıktan teminat talep etmekte haklı bir menfaatinin bulunduğu da belirtilmektedir²¹⁰. TTKT m.157'nin sadece alacaklı ile ortaklık arasındaki ilişkileri düzenlemekte olması ikinci görüşü desteklemektedir²¹¹.

Birleşmeye katılan ortaklık kefil ise ve tartışma defini ileri sürme hakkı varsa alacaklının ortaklığa karşı kefaletten doğan talebi muaccel değildir²¹². Buna karşılık TTKT m.157 iki taraflı hukuki ilişkiyi düzenlediği için hükmün kefalete konu asıl borca isnadı kabul edilemez. Birleşmeden kaynaklanan sakıncalara karşı korunma ihtiyacına rağmen alacaklının teminattan mahrum bırakılması, TTKT m.157'nin amacına aykırı düşmektedir²¹³. Asıl borçlu yanında ortaklıktan da talepte bulunulabilme olanağı alacaklıya birleşmeden sonra da aynı şekilde sağlanmalıdır²¹⁴.

Alacaklının sözleşmeyi yaparken kural olarak borçlu veya teminat çokluğunu dikkate almış olması da açıklanan şekilde yorumu zorunlu kılmaktadır²¹⁵. Alacaklının kefalet talebi bakımından ekonomik açıdan ifa gücü yüksek olan ortaklığa başvurma imkanından mahrum bırakılmasının, birleşmeyi etkileme olanağı bulunmayan diğer müteselsil borçlular için hakkaniyete aykırı olarak yük meydana getireceği açıktır²¹⁶. Bunun yanında asıl borçlunun ekonomik açıdan zayıf olması ve kefil ortaklığa karşı talebin değerinin birleşme nedeniyle düşmesi olasılığı da alacaklıya teminat talep etme hakkının tanınmasını gerektirmektedir²¹⁷.

Müteselsil borcun en önemli özelliği, alacaklının alacağı talep edebileceği borçluyu bunların ekonomik güçlerini dikkate alarak seçebilmesidir. Mesela alacak için mali açıdan en güçlü konumdaki birleşen ortaklık ile diğer müteselsil borçlulardan farklı olarak mehil kararlaştırılmış olduğu, bu ortaklığın mali yapısının birleşmeden olumsuz etkilendiği ve diğer müteselsil borçluların borcu ödeyebilecek durumda olmadığı düşünüldüğünde alacaklının korunma ihtiyacı açıkça görülmektedir²¹⁸. İfa olasılığının kötüleşmesi, alacaklının birleşme

²⁰⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.10; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.42.

²¹⁰ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.10.

²¹¹ Soldierer, s.59.

²¹² Soldierer, s.58–59.

²¹³ Soldierer, s.60. Kaynak İsviçre FusG m.25'in amacının alacaklı haklarının birleşmenin icrasından sonra korunması olduğu yönünde bkz. BtschftFusG, s.4425.

²¹⁴ Soldierer, s.60.

²¹⁵ Soldierer, s.60.

²¹⁶ Soldierer, s.60.

²¹⁷ Soldierer, s.60.

²¹⁸ Soldierer, s.61.

öncesinde diğer borçlulardan ifayı talep etme imkanına sahip olması vasıtasıyla telafi edilemez²¹⁹.

Sonuç olarak ifanın talep edilebilirliğinin teminat istemini ortadan kaldırması, belirli bir borçluya karşı somut alacak ile ilişkili olduğu için (BK m.143) birleşen borçlu ortaklıktan ifanın talep edilememesi TTKT m.157'ye göre teminat istemi için yeterlidir²²⁰. Böyle bir durumda, talebin diğer borçlulara karşı muacceliyet kazanmış olması önem taşımamaktadır.

6. Çekişmeli Alacaklar İçin Teminat İstenebilmesi

Çekişmeli alacakların teminat istenebilmesi meselesi öğretide tartışmalıdır²²¹.

Bize göre teminat talebi mümkün olmalıdır.

III. DEVRALAN ŞİRKETİN ALACAĞIN TEHLİKEYE DÜŞMEDİĞİNİ İSPAT EDEMEMİŞ OLMASI

1. Birleşmede

A. Teminat Yükümünün Doğduğu An

TTKT m.157/f.3'de (FusG m.25/f.3) devralan şirketin alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini ispatlaması halinde teminat verme yükümünün kalkacağı hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme öğretide farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bir görüşe göre bu hüküm şirketin teminat gösterme yükümünün hiç bir koşula bağlı olmadan birleşme ile birlikte meydana gelmesini ifade etmektedir²²².

Bir başka görüşe göre ise söz konusu hükmün, teminat isteminin birleşme ile birlikte meydana geldiği ancak şirket tarafından yapılacak söz konusu ispatla birlikte ortadan kalktığı şeklinde yorumlanması doğru değildir²²³. Zira alacaklının teminat talebinin ve şirketin teminat gösterme yükümünün meydana gelebilmesi için ön koşul ilgili alacağın ifasının birleşme

²¹⁹ Soldierer, s.61.

²²⁰ Soldierer, s.61.

²²¹ Affentranger, SHk, m.25 N.9. von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405. Aksi yönde Truffer, BSK-FusG, m.25 N.22.

Çekişmeli talepler için esas itibarıyla teminat gösterilmesi mümkün olmakla birlikte öncelikle talebin doğup doğmadığı konusu değerlendirilmelidir (Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.37; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.11; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.8; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.37). Öğretide çekişmeli talep sahibinin teminat talep etmeden önce icra veya dava yoluna başvurmasının isabetli olacağı böylelikle hem alacaklının hem de malvarlığının bağlanması tehlikesine maruz olan şirketin korunacağı ileri sürülmektedir (Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.10;). Bu nedenle devralan şirketin yönetim organının, talep halinde teminat göstermekle yükümlü olmadığı yönünde bkz. Schneller, s.238.

²²² Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.7 ve N.12.

²²³ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34; Schneller, s.243.

nedeniyle tehlike düşmesidir²²⁴. Dolayısıyla alacaklının istemi karşısında teminat gösterilip gösterilmeyeceği önce yönetim organı tarafından değerlendirilmelidir²²⁵. Uyuşmazlık üzerine açılacak davada, teminat gösterilmesinin gerekip gerekmediğine mahkeme tarafından karar verilmelidir²²⁶. Birleşmede alacaklının korunmasının tamamlayıcı nitelik taşıması sebebiyle bu davanın birleşmenin icrasını engellemeyeceği açıktır.

B. İspat Yükünün Şirkete Düşmesi

Şirkete yüklenen olumsuz durumu ispat yükünün nedeni, mehzaz kanunun gerekçesinde, alacaklıların alacaklarının ifasının tehlikeye düştüğünü ispatlamak için gerekli dokümanlara ulaşmasının kural olarak mümkün olmaması ve kendi finansal durumu hakkında sadece şirketin bilgi verebilecek durumda olması ile açıklanmıştır²²⁷. Ancak bu gerekçenin TTKT m.157/f.3 için de aynı şekilde geçerli olup olmayacağı şüphelidir. Zira TTKT m.149'da²²⁸ alacaklılara da inceleme hakkı tanınmıştır²²⁹. Gerek İsviçre Birleşme Kanununda gerekse Türk Ticaret Kanununu Tasarısında tehlikeye düşmemenin ispatının şirkete yüklenmesinin asıl amacı bize göre teminat talep etme hakkının alacaklıya hiç bir külfete yol açmayacak şekilde tanınabilmesidir. Dolayısıyla ispat yüküne ilişkin hükümler, Birleşme Yönergesinin şirketlerin mali durumunun korumayı gerekli kılması halinde alacakları teminata bağlanmamış olan alacaklıların uygun bir teminat talep etme hakkına sahip olması yönündeki m.13/f.2 hükmünün alacaklılar bakımından mümkün ölçüde kolay surette uygulanmasına imkan verecek şekilde uyarlanmasının hedeflendiği yönünde yorumlanmalıdır.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bu durum daha açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin Alman hukukunda alacaklının teminat isteminde bulunabilmesi, alacaklının birleşme nedeni ile alacağının ifasının tehlikeye düşürüldüğüne inandırması koşuluna bağlanmıştır (UmwG m.22/f.1/c.2)²³⁰. Bu tür bir talep karşısında şirketin teminat göstermeyi reddetmesi ve

²²⁴ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34; Schneller, s.243.

²²⁵ Schneller, s.243.

²²⁶ BtschftFusG, s.4426.

²²⁷ BtschftFusG, s.4426; von Salis, N.20.12 (T II); Affentranger, SHk m.25 N.16.

²²⁸ ve TTKT m.524'de.

²²⁹ İnceleme hakkı konusunda bkz. aşağıda 4.Blm./V.

²³⁰ Alman hukukunda UmwG m.22'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde uygulanan AktG eski m.347'de, devreden şirketin alacaklarının henüz muaccel olmamış alacakları için teminat talep edebilmelerine imkan tanınmışken, devralan şirketin alacaklılarının teminat talep edebilmesi alacağın ifasının birleşme nedeni ile tehlikeye düştüğünün alacaklı tarafından ispatlanması koşuluna bağlanmıştır. UmwG öncesinde hazırlanmış olan Tartışma Tasarısında (DiskE, Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, 1988) eski düzenleme benimsenmişken öğretilde ileri sürülen görüşler doğrultusunda (Lutter, Marcus: Zur Reform von Umwandlung und Fusion – Das Konzept und seine Verwirklichung im Diskussionsentwurf, ZGR 3/1990, s.411) Uzmanlar Tasarısında (Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrecht, 1992) tehlikeye düşmenin ispatlanmasının güç olması nedeni ile ispat koşulu kaldırılmış ve inandırma koşulu öngörülmüştür (Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.2; Ganske, s.63; Grunewald, Barbara: Gläubigerschutz- Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften,

uyuşmazlığın mahkemeye götürülmesi halinde ise şirket, alacakların birleşme nedeniyle tehlikeye düşmediğini ispatlayarak teminat gösterme yükümünden kurtulabilecektir²³¹.

C. İfanın Tehlikeye Düşmesi Koşulunun Açıklanmamış Olması

Alacakların teminata bağlanıp bağlanmayacağı konusunda şirket ile alacaklılar arasındaki uyuşmazlıklarda belirleyici bir fonksiyona sahip olan ifanın tehlikeye düşmesi koşulu, Tasarıda ve bu Tasarının Gerekçesinde açıklanmamıştır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ifanın tehlikeye düşmediğinin şirket tarafından işlem denetçisi raporuyla ispatlanmasından söz edilmekle birlikte tehlikeye düşmemenin ispatının ölçütlerinin neler olabileceği sorusu cevapsız bırakılmıştır. Şirket tarafından sunulan işlem denetçisi raporu, şirket ile alacaklı arasında uyuşmazlığa yol açabilir. Bu bağlamda önem arz eden husus, bir taraftan işlem denetçisi raporu ile somut alacaklar bakımından hangi tehlike sebeplerine yönelik ispat sunulacağı iken diğer taraftan uyuşmazlık halinde mahkemeye başvuran alacaklının talebinin içeriğinin ne olacağı meselesidir.

Mahkemeye basvuran alacaklı dava dilekçesinde iddiasının dayanağı olan tüm olayların ve talep sonucunu haklı göstermeye elverişli bulunan tüm vakıaların²³² açık özetlerini yazmak zorundadır (HUMK m.179/f.1 b.3). Bir başka ifadeyle mevcut işlem denetçisi raporunun ispat için yeterli olmadığı veya işlem denetçisi raporu hazırlanması gerektiği iddiası ile mahkemeye başvuran alacaklılar, ifanın tehlikeye düşmesine yol açacağını düşündükleri olguları ve bu olguların neden böyle bir sonuca yol açtığını belirtmelidir²³³. Dolayısıyla TTKT m.157/f.1’de şirkete karşı teminat istemi için hiçbir koşul öngörülmemiş olması, mahkemeye başvuran alacaklının dava dilekçesinde sadece alacağını ve birleşme olgusunu belirtmesinin yeterli olacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Şirketin, alacaklının iddia ettiği sebeplerin alacağın ifasının tehlikeye düşmesine yol açmadığını ispatlayabilmesi için²³⁴ alacaklının belli bir sebepten kaynaklanan tehlikenin varlığına inandırması gerekmektedir²³⁵.

Tasarıda teminat talebinin koşula bağlanmaması suretiyle alacaklının korunmasına tanımış olan üstünlük, alacaklının teminat talep etme süresini kaçırmamasının önlenmesi ve hakkın kullanımı esnasında hiç bir külfetin öngörülmemiş olması bakımındadır. Bu şekilde bir

Umwandlungsrechtstge, Köln 1995, s.54). UmwG m.22’de ise devreden ve devralan şirketin alacaklılarının, ifanın tehlikeye düştüğüne inandırmak koşulu ile ifa talep edebilmeleri hükme bağlanmıştır.

²³¹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.53; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.16; Beretta, Strukturpassungen, s.272; Affentranger, SHk, m.25 N.17.

²³² Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku – Ders Kitabı, Ankara 2006, s.341.

²³³ Beretta, Strukturpassungen, s.273.

²³⁴ Beretta, Strukturpassungen, s.273.

²³⁵ Beretta, Strukturpassungen, s.273. Yazar, UmwG m.22/f.1’e atıf yapmaktadır.

yorum şirket ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesine de uygundur. Dikkat edilirse alacaklının birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren 3 ay içerisindeki teminat istemlerinin hiç bir koşula bağlı olmaması bir tarafa bırakıldığında, uygulamada alacağın teminata bağlanması meselesinin yol açabileceği sorunlar ve bunlara ilişkin Türk ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemeler sonuç itibarıyla, inandırma koşulunu öngören Alman UmwG m.22 ile benzerlik göstermektedir.

Tehlike konusuna açıklık getirilmesi hem şirketin hem alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle alacakların ifasının tehlikeye düşmesi aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıca değerlendirilecektir.

Bu bağlamda öğretide teminatı düzenleyen maddenin sınırlı yoruma tabi tutulması görüşü çerçevesinde, alacağın tehlikeye düşmesinin ispatının ölçüsü ile alacağın tehlikeye düşmesinin derecesi arasında ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmektedir²³⁶. İspatın ölçüsü konusunda sadece tehlikeye düşmemeye inandırmanın yeterli olmadığı²³⁷, geleceğe yönelik bir tahmin söz konusu olduğu için de alacağın tehlikeye düşmediğinin tam olarak ispatının imkan dahilinde olmadığı²³⁸ belirtilmektedir²³⁹. Buradan hareketle hükmün lafzında ispattan söz edilmekle birlikte esasen inandırmanın söz konusu olduğu neticesine varılmaktadır²⁴⁰. Teminat yükümünün ancak alacak gerçekten tehlikeye düştüğünde doğacak olması, tehlikeye düşmenin derecesinin tesbitinde uygun bir ölçütün belirlenmesini gerekli kılmaktadır²⁴¹. Bu bakımdan yeniden yapılanmanın alacağın ifası olasılığı üzerindeki önemsiz etkilerinin yeterli olmaması gerektiği belirtilmektedir²⁴².

D. İşlem Denetçisi Raporu İle İspat

Kaynak İsviçre Birleşme Kanununun 25. maddesinin 3. fıkrasında, TTKT'den farklı olarak ispat vasıtaları hakkında bağlayıcı bir düzenleme öngörülmemiştir²⁴³. Öğretide ise bu ispatın birleşmeye katılan şirketlerin yıllık hesapları²⁴⁴ ve birleşmeye katılan şirketlerin ara bilançoları²⁴⁵ vasıtasıyla yapılabileceği belirtilmekle birlikte ispatın özellikle bağımsız denetçi tarafından yapılmasına dikkat çekilmektedir²⁴⁶. Bu hususta şirketin üzerinde serbestçe

²³⁶ Binder, s.41.

²³⁷ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34.

²³⁸ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34.

²³⁹ Binder, s.41.

²⁴⁰ Binder, s.41.

²⁴¹ Binder, s.41.

²⁴² Truffer, BSK-FusG, m.25 N.36.

²⁴³ Bu hususta sermaye azaltımı ile kıyasın isabetli olmayacağı, zira tehlike yoksa talep hakkı doğmayacağı yönünde bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34.

²⁴⁴ BtschftFusG, s.4416; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.568;

²⁴⁵ Affentranger, SHk, m.25 N.16

²⁴⁶ von Salis, N.20.12 (T II); von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.409; Schneller, s.244.

tasarrufta bulunabildiği malvarlığının ödenmesinde yeterli olmadığı bilinen bir borcunun bulunmadığını ve böyle bir alacak isteminin beklenmediğini bağımsız denetçiye denettirmek suretiyle ispatlaması önerilmektedir²⁴⁷. Böylelikle alacaklının korunması yönünden Birleşme Kanunu m.108 (TTKT m.193) uyarınca hem şirket yöneticilerinin hem de denetçilerin sorumlu tutulabileceği vurgulanmaktadır²⁴⁸. Öğretide ileri sürülen bu öneri, bize göre de mehz Birleşme Kanununa uygun düşmektedir. Aşağıda da açıklanacağı üzere, bu Kanunun 25. maddesinin 2. fıkrasında şirketin ilan yükümlülüğünün ortadan kalkması²⁴⁹, bağımsız denetçini tasdiki şartına bağlanmıştır. Birleşme Kanunundaki düzenleme ve öğretide sunulan bu öneri karşısında, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.157/f.2’de ispatın bağımsız denetim raporu ile yapılacağının açıkça düzenlenmesi isabetli karşılanmalıdır.

Öğretide ispattan söz edildiği için inandırmanın yeterli olmayacağı ve ispatta halihazırdaki olgular yanında geleceğe yönelik tahminlere de başvurulması gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁰. Dolayısıyla birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı tarihten önce düzenlenen birleşme bilançosu ispat için yeterli değildir²⁵¹. İfa tehlikesinin belirlenmesinde muacceliyet anı esas alınacağı için ispat, teminat gösterilmesi talep edilmiş olan her bir alacak için ayrıca yapılmalıdır²⁵².

2. Bölünmede

TTKT m.175/f.1’e (FusG m.45) göre bölünmeye katılan şirketler, 174. maddede öngörülen ilanların yayını tarihinden itibaren iki ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorundadır. Bölünmede, birleşmeden farklı olarak alacaklının teminat vasıtasıyla korunması önleyici nitelik taşımaktadır. Daha açık bir ifadeyle alacakların teminata bağlanması, bölünmenin Ticaret Siciline tescil ve ilanından önce gerçekleşmektedir. Bu nedenle bölünmede, teminat altına alınması gereken alacakların hangi anda doğmuş olması gerektiği belirlenmelidir.

Anılan ilanların yapılmasından önce doğmuş olan alacaklar için teminat istenebileceği açıktır. İlanların yapılmasından sonra doğan alacaklar da bu süre içinde teminat talep edebilmelidir²⁵³. Teminat talebine elverişli alacakların belirlenmesinde, bölünmenin hukuki geçerlilik kazandığı andan hareket edilmelidir. Daha açık bir ifadeyle bölünmenin hukuki

²⁴⁷ von Salis, N.20.12 (T II) ve 15.15 (T III); Pfeifer, Michael: ZK-FusG, m.46 N.6; Binder, s.41.

²⁴⁸ Binder, s.41.

²⁴⁹ Bkz. 4.Blm./VI/1/C/c.

²⁵⁰ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34. İspatın birleşmenin tescili anındaki olgulara dayanması gerektiği yönünde bkz. Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.12.

²⁵¹ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.14; İspatın güncel ve denetlenmiş bir bilançooya dayanması gerektiği yönünde bkz. von Salis, N.20.12 (T II).

²⁵² Truffer, BSK-FusG, m.25 N.34.

²⁵³ von Salis, N.15.9 (T III).

geçerlilik kazanmasından önce doğan bütün alacaklar için teminat talep edilebilmelidir. Nitekim öğretide bölünmenin icrasından sonra doğan veya mevcudiyet kazanan alacakların teminat istenemeyeceği savunulmaktadır²⁵⁴

Bölünmede ifanın tehlikeye düşmediğinin ispatında birleşmeden farklı olarak devralan şirketin malvarlığı yanında müteselsilen borçlu şirketlerin²⁵⁵ malvarlığı da dikkate alınmalıdır²⁵⁶.

Konuyla ilgili olarak TTKT m.175'in Mehaz Birleşme Kanunundan farkına da değinilmelidir. TTKT m.175/f.2'de '...alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin, bir işlem denetçisinin raporu ile ispatı halinde, teminat altına almak yükümü ortadan kalkar'' ifadesine yer verilmişken Birleşme Kanunu m.46/f.2'de, alacağın ifasının bölünme nedeniyle tehlikeye düşmediğinin şirket tarafından ispatlanması halinde teminat yükümünün kalkacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda bir şirket tarafından yapılacak ispattan söz edilmiştir. Böylelikle TTKT m.175/f.2'nin ispatın katılan şirketlerin tümü tarafından yapılması gereğine işaret ettiği şeklinde yoruma müsait olduğu görülmektedir. Zira tehlikeye düşmemenin ispatı bakımından bölünmede müteselsil sorumluluğun, dolayısıyla diğer şirketlerin malvarlıklarının da dikkate alınması gerekliliği karşısında TTKT'de yükümlünün açıkça bir şirket bakımından düzenlenmemiş olması olumludur.

IV. ALACAĞIN İFASININ BİRLEŞME NEDENİYLE TEHLİKEYE DÜŞMESİ KOŞULU

1. Birleşmede

A. Tehlike Sebeplerinin Belirlenmesi Gerekliliği

Teminatın kapsam ve niteliği ya da alacağın ifasının tehlikeye düşüp düşmediği konusundaki uyuşmazlıklar mahkeme tarafından karar bağlanır²⁵⁷. İfanın tehlikeye düşmesi ile ilgili görüşlerde tehlike, ispat ve inandırma kavramlarının açıklanmamış olması sorun teşkil etmektedir²⁵⁸. Dolayısıyla teminat talebi şirket tarafından reddedilen alacaklı, mevcut denetçi raporunu yeterli görmediği veya denetçi raporu hazırlanmadığı gerekçesiyle

²⁵⁴ von Salis, N.15.9 (T III).

²⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. 6.Blm.

²⁵⁶ Soldierer, s.161.

²⁵⁷ von Salis, 20.13 (T II).

²⁵⁸ Soldierer, s.64; Petersen, Gläubigerschutz, s. 237.

mahkemeye başvurduğunda²⁵⁹, somut ifa tehlikesinin muhtemel olduğunu ortaya koyamaması halinde teminattan yoksun kalabilecektir²⁶⁰.

Böyle bir durumda alacaklı tarafından yapılması gerekli inandırmanın ölçütünün ne olması gerektiği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş büyük ölçüde borçlunun ciddiyeti kavramını esas almakta, ancak bu ciddiyetin henüz muaccel olmamış alacaklar bakımından devralan şirketin faaliyet gösterdiği piyasanın gelecekte olumlu bir gelişme göstermemesi tehlikesinden etkileneceğini belirtmektedir²⁶¹. Bir başka görüş ise tehlikenin belirlenmesinde şirketin nakit miktarı ile muaccel alacaklar arasındaki halihazırdaki veya öngörülebilir zaman dilimi içerisindeki oranın ya da sermaye finansmanı gibi ikdisadi verilerin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir²⁶².

Görüldüğü üzere alacağın ifasının ne zaman tehlikeye düşeceği, dolayısıyla teminat gösterilmesi gerekeceği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bunun yanında gerek alacaklı tarafından yapılacak inandırmanın gerekse şirket tarafından yapılacak ispatın içeriği somut olaydaki tehlikenin niteliğine bağlı olduğuna göre öncelikle tehlike konusu üzerinde durulmalıdır.

B. İfanın Tehlikeye Düşmesi

İfa tehlikesi kavramının anlamının ortaya konulabilmesi için öncelikle tehlike kavramı incelenmelidir.

Şahıs veya malvarlığını tehdit eden, ileride gerçekleşmesi muhtemel olay olarak tanımlanabilir²⁶³.

a) Sermaye Azaltımında Soyut Tehlikenin Geçerli Olması

Somut durumdan bağımsız olarak genel itibariyle zarar verici bir olaya yol açılmasına uygun olan hal ve şartlar oluştuğunda soyut tehlike söz konusudur²⁶⁴.

Dolayısıyla somut durumda tehlike tümüyle ihtimal dışında bırakılabildiğinde dahi soyut tehlike söz konusu olabilmektedir²⁶⁵. Bu nedenle kanun koyucunun teminat talebi için soyut tehlikeyi yeterli kabul ettiği varsayıldığında normativ bağlantı noktasının

²⁵⁹ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.38.

²⁶⁰ Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.13. Konuyla ilgili olarak bkz. 4.BIm./III/1/B ve C.

²⁶¹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.12.

²⁶² Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.21; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.7.

²⁶³ Bozer, Ali: Sigorta Hukuku, Ankara 2004, s.25-26.

²⁶⁴ Soldierer, s.65.

²⁶⁵ Soldierer, s.65.

gerçekleşmesiyle tehlike meydana gelmiş olacağı için somut durumun değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmayacaktır²⁶⁶.

Özellikle sermaye azaltımına ilişkin düzenlemelerde tehlike kavramı bu şekilde anlaşılmaktadır²⁶⁷. Hukuki sonuç olarak teminat yükümünün doğması için sadece sermayenin azaltılmış olması yeterlidir. İsvçreye atıf yapç Bunun nedeni sermayenin azaltımının malvarlığını azaltma suretiyle genel itibariyle alacaklıların menfaatlerini olumsuz bir şekilde etkilemeye uygun olmasıdır²⁶⁸. Dolayısıyla teminat yükümü münferit olaydaki somut tehlikenin değil aksine kural olarak arzu edilmeyen sermaye azaltımının hukuki sonucu şeklinde kendini göstermektedir²⁶⁹.

TTKT m.473/f.2'ye göre şirketin sermayenin azaltılmasından sonra da alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifinin bulunduğu işlem denetçisi raporuyla ispatlanmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilemeyeceği için bu raporun varlığı halinde, şirketin halihazırda ve gelecekte yükümlülüklerini yerine getireceği varsayılmaktadır. Bu yönüyle sermaye azaltımı şirketin borçlarını ödeyebildiği anlamını taşımasına rağmen sermayenin azaltılabilmesi için TTKT m.475'e göre beyan edilen alacaklar ödenmeli veya teminat altına alınmalıdır.

Sonuç olarak TTKT m.157'de sermaye azaltımında olduğu gibi soyut tehlike kabul edilmiş olsaydı, sadece birleşmenin gerçekleşmiş olmasının teminat gösterme yükümünün doğmasına yol açması gerekeceği anlaşılmaktadır.

b) Birleşmede Somut Tehlikenin Belirleyici Olması

Birleşmede somut tehlike, birleşme sebebiyle şirketlerin yapısında meydana gelen fiili, hukuki ve ekonomik düzen farklılıklarının ilgili alacağın ifa edilmemesine neden olan olgulara yol açmasını ifade etmektedir²⁷⁰.

TTKT m.157'de açıklanan tehlike kavramlarından hangisinin geçerli olduğu daha yakından incelenmelidir.

²⁶⁶ Soldierer, s.65.

²⁶⁷ Alman hukukunda sermaye azaltımı konusunda savunulan bu görüş için bkz. Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.22. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısına göre sermaye azaltımında tehlike konusunda bkz. 2.Blm./VI/1.

²⁶⁸ Soldierer, s.65.

²⁶⁹ Soldierer, s.65.

²⁷⁰ Soldierer, s.66.

Bir görüşe göre soyut tehlikenin yeterli sayılması, ispatın şirket tarafından yapılacağını düzenleyen hükmü gereksiz kılacaktır²⁷¹. Böylelikle ifa tehlikesi soyut tehlike olarak anlaşılseydi, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması ile teminatın önşartı olan tehlike gerçekleşmiş olacağı için²⁷² şirket tarafından yapılacak ispata ilişkin hükmün lüzumsuz hale geleceği ifade edilmektedir²⁷³. Bu nedenle de teminat talebinde bulunan alacaklının hiç bir gerekçe göstermek zorunda olmamasının sadece birleşme olgusunun, dolayısıyla soyut tehlikenin teminat gösterilmesini zorunlu kıldığı şeklinde anlaşılmasının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır²⁷⁴. Şirketin ifa tehlikesinin olmadığına yönelik ispatı ise, tehlikeye temel teşkil eden olgulara, dolayısıyla birleşmeye dayanmalıdır²⁷⁵.

TTKT m.157’de tehlike türü konusunda açık bir ifadeye yer verilmemekle birlikte birleşme nedeni ile ifanın tehlikeye düşmediğinin şirket tarafından ispatının teminat yükümünü kaldırması öngörülmüştür. Yeniden yapılanmayı düzenleyen TTKT hükümlerinin daha özel bir nitelik taşıması ve bu hükümlerin temelinde yatan amaçların gerçekleştirilebilmesi için, TTKT’nin alacaklıyı koruyan diğer hükümleri bilinçli olarak uygulama dışı bırakılmıştır²⁷⁶. Zira sermayenin, birleşen şirketlerin birleşme öncesi sermayeleri toplamına eşit olması zorunlu olmadığı gibi bu tür bir azaltımda genel hükümler uygulanmamaktadır. Böylece soyut tehlikeyi esas alan sermaye azatımı ile kıyaslandığında, birleşmede, alacaklının teminat istemi karşısında şirkete ispat imkanı, birleşmede somut tehlikenin kabul edilmiş olduğuna işaret etmektedir²⁷⁷.

Hükmün amacı da somut tehlikenin gerekli olduğuna işaret etmekte, birleşmeden etkilenen alacaklıları korumaktadır. Birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklıları aynı şartlar altında hükmün koruma alanına girmektedir. TTKT m.157’de şirkete ispat imkanı tanımak suretiyle teminata bağlanması gereken alacakların kapsamının sınırlandırılmasının nedeni, birleşmeyi düzenleyen kuralların farklı türdeki ticaret şirketlerinin birleşmesinin mümkün kılınması amacına uygulanabilirlik kazandırmaktır²⁷⁸. Buna göre hüküm alacaklıyı koruyucu bir düzenleme olarak sadece alacaklıların menfaatlerini dikkate almamakta bilakis sınırlama yapmak suretiyle alacaklıların menfaatleri ile yeniden yapılanmak isteyen şirketin menfaatleri

²⁷¹ Alman hukukundan alacaklı tarafından yapılması gereken inandırma bakımından aynı yönde görüş için bkz. Jaeger, Carsten: Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen bei Kapitalherabsetzung, Verschmelzung und eines Unternehmensvertrages, DB 1996, s.1069.

²⁷² BGH 18.3.1996, ZIP 1996, s.705; Jaeger, s.1069 ve 1070.

²⁷³ Benzer yönde Jaeger, s.1069–1070.

²⁷⁴ Soldierer, s.68. Gerekçe gösterilmemesi, alacaklının süreyi kaçırmaması bakımından önemlidir.

²⁷⁵ Jaeger, s.1069, 1070; Soldierer, s.68.

²⁷⁶ Rodewald, Jörg: Vereinfachte „Kapitalherabsetzung“ durch Verschmelzung von GmbH, GmbHHR 1997, s. 21; Naraschewski, s.359.

²⁷⁷ Soldierer, s.69.

²⁷⁸ Soldierer, s.69.

arasında denge kurmayı amaçlamaktadır²⁷⁹. Bu nedenle TTKT m.157, çoğunlukla zıtlık arz eden söz konusu menfaatler arasında dengenin kurulması amacına uygun bir şekilde uygulanmalıdır²⁸⁰.

Çatışan bu menfaatler arasında dengenin adil bir şekilde kurulabilmesi, hakim fikrin de belirttiği üzere somut tehlikenin teminat talebinin ön şartı olmasına bağlıdır²⁸¹. Bu suretle bir taraftan sadece soyut tehlike yaratan birleşmelerin engellenmemesi, diğer taraftan birleşmeden doğan somut bir riske maruz kalan alacaklıların teminat vasıtasıyla uygun bir telafi elde etmesi sağlanmaktadır²⁸².

Öğretide de birleşmede teminat gösterilmesi için somut ifa tehlikesinin gerekli olduğu konusunda fikir birliği bulunmaktadır²⁸³.

C. Tehlikenin Belirlenmesi

Teminatın birleşme nedeni ile meydana gelen tehlikelerin karşılanması amacını taşıması²⁸⁴ nedeni ile yeterli teminat miktarı hakkında yargıya varılabilmesi için tehlike sebepleri belirlenmelidir. Zira alacağın ifasının somut olarak tehlikeye düşmesi koşulu, somut tehlikeyi belirleyen kriterlerin dolayısıyla ifa edilmeme olasılığına yol açabilecek durumların incelenmesini gerektirmektedir²⁸⁵.

Borcun ifasının bağlı olduğu iki temel faktör, borçlunun ifa gücü ve ifa arzusudur.

a) Borçlunun İfa Gücü

aa) İfa Gücünün Tespiti

Hukuki faaliyetlerin kurallara uygun olarak yürütülmesine yönelik ifa arzusu ve ahde vefa ilkesi çerçevesinde kendini gösteren ifa gücü, tehlikenin tespitinde belirleyicidir²⁸⁶. Birleşmenin ifa olasılığını olumsuz bir şekilde etkileyip etkilemediğinin belirlenebilmesi için

²⁷⁹ Soldierer, s.69.

²⁸⁰ Soldierer, s.69.

²⁸¹ Soldierer, s.69

²⁸² Soldierer, s.69.

²⁸³ Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.7; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.32; Jaeger, s. 1069; Simon, Stefan: Gläubigerschutz im Umwandlungsrecht, Der Konzern 2004, s.191??; Schmidt, Gläubigerschutz, s.366; Engelmeyer, s.378; Ries, s.82. Beretta, Strukturanpassungen, s.274 ve 275.

Birleşme teminat istemi için somut tehlike teşkil etmediğinden birleşmenin malvarlığının korunmasına nispeten daha az önem verilen bir şirket olarak tür değiştirilmesi sonucuna yol açmasının teminat gösterilmesine yol açmasının dayanakları yoksun olduğunu kabul eden *Rüdiger*, diğer taraftan birleşme sonrasında şirketin malvarlığının hukuken daha zayıf korunmasının alacaklıların etkili bir şekilde korunması gerekliliğine yol açtığını, sermayenin muhafazasına verilen önemin azalmasından kaynaklanan soyut tehlikenin teminat talebi için yeterli sayılabileceği savunmaktadır (Veil, *Rüdiger: Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Berlin 1996, s.242–243).

²⁸⁴ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.1.

²⁸⁵ Soldierer, s.70.

²⁸⁶ Soldierer, s.70.

devralan şirketin birleşmeden sonraki ifa gücü birleşme öncesindeki asıl borçlunun²⁸⁷ ifa gücü ile karşılaştırılmalıdır²⁸⁸.

Devralan şirketin vadede, fiilen ifa gücüne ne ölçüde sahip olacağı bu gücün belirlenmesine ilişkin kriterlere göre değerlendirilmelidir. İfa gücünün tespitinde birleşmeye özgü ölçütlere gerek olmadığı için mevcut yöntemler kullanılmalıdır²⁸⁹. İşletmenin ifa gücü meselesi işletme değerlemesi, bilançolama ve bilhassa iflas hukuku alanlarında benzer bir öneme sahiptir²⁹⁰. Hem işletme değerlemesine yönelik ilkeler borca batıklığın (TTKT m.376) ve özellikle ödeme gücününün kaybı tehlikesinin incelenmesine ilişkin olarak geliştirilmiş usul ve esaslar, birleşmede şirketin ifa gücünün saptanması için de uygundur²⁹¹. Şirketin özvarlık oranı²⁹² ve tasarrufa hazır nakit miktarı gibi bilanço verileri söz konusu değerlemeye temel teşkil etmektedir²⁹³. Hukuki güvenlik ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gerekliliği, diğer ilgili hukuki düzenlemeler bakımından kullanılan yöntemlerin, birleşmede tehlikenin değerlendirilmesinde de uygun surette uygulanmasını gerekli kılmaktadır²⁹⁴.

Bilanço ile işletmenin gerçek ekonomik durumu ortaya konulmalı ve ödeme gücü buna göre değerlendirmelidir²⁹⁵.

Muaccel alacaklara karşılık TTKT m.157'ye göre teminat talep edilemeyeceği dikkate alındığında, birleşmede bilanço günündeki nakit miktarı değil aksine vaadeki ifa gücü ve nakit miktarı önem kazanmaktadır²⁹⁶.

Alacağın muaccel olacağı tarih ile birleşme tarihi, dolayısıyla tehlikeye düşme olasılığının değerlendirildiği tarih arasındaki zaman farkı arttıkça, getiri gücünün değerlendirilmesinde ve buna dayanan diğer öngörülerde kullanılan ölçütlerin önemi de

²⁸⁷ Bu devreden veya devralan şirket olabilir.

²⁸⁸ Borçlunun ciddiyeti kavramını temelindeki açıklamalar için bkz. Grunewald, Lutter – UmwG, § 22 N.12; Petersen, Gläubigerschutz, s.238; Eusani, s.867. Ayrıca bkz. Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.13; Schröer, s.321.

²⁸⁹ Soldierer, s.71.

²⁹⁰ Soldierer, s.71.

²⁹¹ Soldierer, s.71. Pay değişim oranının belirlenmesi aşamasında da işletme değerlemesi yapılması zorunludur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seetzen, Uwe: Die Bestimmung des Verschmelzungswertverhältnisses im Spruchstellenverfahren, WM 1994, s. 45- 51.

Ancak söz konusu aşamada yapılan değerlemede daha ziyade bilanço günü esas alınmaktadır. Gelecekteki ifa gücünün belirlenmesinde ise muacceliyet anındaki ifa gücü dikkate alınmalıdır. Bu nedenle değişim oranına ilişkin değerlendirme tek başına yeterli olmayacağı için, ifa gücünün tespitinde geleceğe yönelik tahminler de değerlemeye dahil edilmelidir (Soldierer, s.71-dn.283).

²⁹² Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.29

²⁹³ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.21. UmwG'nin yürürlüğe girmesinden önce alacaklının korunması bakımından aynı yönde açıklama için bkz. Priester, Hans Joachim: Das neue Verschmelzungsrecht, NJW 1983, s. 1464.

²⁹⁴ Soldierer, s.73.

²⁹⁵ Soldierer, s.71.

²⁹⁶ Soldierer, s.72, s.76.

artmaktadır²⁹⁷. Mesela on yıl sonrası için bir tahminin güvenilirliği şüpheli olabilirse de bu tür şüphelere katlanılması kaçınılmazdır²⁹⁸. Zira aksine bir tutum soyut tehlikenin varlığı halinde de teminat istemini mümkün kılabilir ve bu da somut tehlike gerekliliği karşısında kanuna aykırılığa yol açacaktır²⁹⁹.

Tehlikenin tespitinde, ekonomik faktörlere ve bilanço tekniğine özgü yöntem ve kurallara dayanılmalıdır. İfanın tehlikeye düşmesi bakımından genel kabul görmüş ticari ilkeler geçerli olmalı³⁰⁰ ve alacaklının alacağı bilançoda tam değeri ile gösterip göstermediğine bakılmalıdır³⁰¹. Tacir malvarlığını, dolayısıyla alacaklarını TTKT m.64 vd.na göre değerlemeye tabi tutmalıdır. Buna göre basiretli bir tacirin belirli bir alacağın değerlemesinde, birleşme sonucundaki yeni borçlunun ekonomik durumundan dolayı ifa edilmeyeceği görüşünde olması sebebiyle bu alacağın tamamen veya kısmen hesaplardan çıkarılmasının zorunlu olduğu sonucuna varması halinde ifa tehlikesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir³⁰².

Birleşme, iyileştirici birleşme halinde bile³⁰³ kural olarak işletmenin devamı esasına dayandığı için tasfiye değerlerine göre bir değerlemenin dikkate alınması söz konusu değildir³⁰⁴. Borçlunun gelecekte somut bir alacağı ifa edecek konumda mı olacağı sorusunun cevabında belirleyici olan işletmenin bir bütün olarak gelecekte ekonomik açıdan nasıl bir gelişme göstereceği ile kar, nakit miktarı ve ürün kapasitesinin bu gelişime paralellik arz edip etmeyeceğidir³⁰⁵.

Farklı türde alacakların söz konusu olabilmesi nedeniyle ifa gücüne ilişkin tahminlerde nakit miktarı tek başına belirleyici rol oynamamaktadır³⁰⁶.

ab) Nakdi Edimlerin İfasının Tehlikeye Düşmesi

Para borçlarında ifa olasılığı, şirketin vadede yeterli nakit miktarına sahip olup olmayacağına göre belirleneceği için vadedeki nakit miktarına yönelik tahminlerde

²⁹⁷ Soldierer, s.76.

²⁹⁸ Soldierer, s.76.

²⁹⁹ Soldierer, s.76.

³⁰⁰ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.37; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.567.

³⁰¹ Yazar ayrıca sözleşmenin yorumundan kaynaklanan özel hallerin önemsiz tehlikeye yol açması halinde, önemsiz tehlikeye rağmen teminat istenebileceğini ancak bu durumda teminatın FusG m.25'e (TTKT m.157) değil sözleşmeye dayanacağını da belirtmektedir bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.37.

³⁰² Soldierer, s.72.

³⁰³ İyileştirici birleşme hakkında bkz. 2.Blm./VIII/2.

³⁰⁴ Soldierer, s.74.

³⁰⁵ Soldierer, s.74. Birleşmede değişim oranının tespitine ilişkin değerlemede de kazanç gücü belirleyicidir. Bkz. Seetzen, s.46.

³⁰⁶ Soldierer, s.73.

bulunulmalıdır³⁰⁷. Bu tahminlerde bilanço verilerine göre aktiflerin pasiflere oranı ve tahmini nakit miktarının sermayeye oranı³⁰⁸ esas alınmalıdır³⁰⁹.

Vadedeki nakit miktarı yetersiz görünse dahi, yatırım malvarlıkları üzerinde rehin veya ipotek bulunmaması ya da gizli yedek akçelerin aktifleştirilebilmesi örneklerinde olduğu gibi malvarlığının mevcut durumuna göre³¹⁰ kredi tedarikini mümkünse ifanın tehlikeye düşmesi söz konusu değildir³¹¹.

ac) Ayni Edim ve Hizmet Edimlerinin İfasının Tehlike Düşmesi

Ayni edimler ve hizmet edimlerine yönelik ifa gücünün tahmininde de açıklanan kriterlerin kullanılması mümkündür³¹². Borçlunun borçlanılan ayni edimi ne ölçüde ifa edebileceği, esas itibarıyla bir işletmenin devamı için gerekli finansal kaynakların borçlunun tasarrufuna hazır bulunup bulunmayacağına bağlıdır. Mesela hammadde tedariki ve işçi ödemeleri teminat altına alınmışsa ayni edimin de teminat altına alınmış olduğu söylenebilecektir³¹³.

Ayni edimler konusunda birleşmenin işletmenin yapısında yol açtığı değişiklikler de dikkate alınmalıdır. Mesela birleşme nedeni ile artan siparişleri karşılayacak şekilde artırılmış bir ürün kapasitesi mevcut değilse kapasitenin zorlanması ile yeterli ifa gücü sağlanamayacağı ve muhtemelen kapasiteyi artırmaya yönelik bir yatırım için de sermaye mevcut olmayabileceği için tehlikeye düşme söz konusu olabilir³¹⁴.

Şirket münferit yükümlülüklerini yerine getirecek finansal araçlara sahip olmasa ve acze düşse bile, ayni edimin ifası için gerekli stok, iş gücü gibi unsurların yeterli derecede mevcut olması halinde ayni edimin ifasının tehlikeye düştüğü kabul edilemez³¹⁵.

b) Borçlunun İfa Arzusu

İfa olasılığı meselesinin değerlendirilmesinde edimin ifasının borçlu tarafından istenmesinin de dikkate alınmasının gerekli olup olmadığı şüphelidir³¹⁶.

Piyasanın tümüne hizmet veren bir şirketinin, müşterisi olan bir şirket ile devralma yolu ile bu şirketin çatısı altında birleşmesi örneğinde, devralan şirketin birleşmeden önce

³⁰⁷ Soldierer, s.75.

³⁰⁸ Bu veriler ise işletmenin kazanç gücüne dayanalı olarak tespit edilmektedir. Soldierer s.75-dn.300.

³⁰⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, § 22 N.21; Priester, s.1464.

³¹⁰ Soldierer, s.75 ve dn.302.

³¹¹ Soldierer, s.75: Beretta, Strukturanpassungen, s.274.

³¹² Soldierer, s.76.

³¹³ Soldierer, s.76 ve dn.304.

³¹⁴ Soldierer, s.76.

³¹⁵ Soldierer, s.76.

³¹⁶ Şirketin ödeme arzusunun olmamasını tehlikeye düşme için kriter olduğu yönünde bkz. Schröer, s.321.

devreden şirketin alacaklıları konumunda olan rakiplerinin birleşmeden öncesinde yapılmış olan sözleşmelerden doğan alacaklarının ifasının tehlikeye düşeceği düşünülebilir³¹⁷. Bununla birlikte böyle bir durumda değişikliğe uğrayan şirketin ifa gücü değil şirketin ifa arzusu olduğundan TTKT m.157'nin bu tür sözleşme ihlallerine karşı ve birleşmeye bağlı diğer faktörlerden kaynaklanan olumsuz piyasa değişikliklerine karşı koruma öngörmediği kabul edilmelidir³¹⁸. Dolayısıyla ifa etmeme, kasıtlı bir sözleşme ihlali teşkil edeceği için TTKT m.157 kapsamında değerlendirilemez³¹⁹. Aksine bir yorum alacaklıların şirketin ortak yapısının ve şirket yönetiminin değişimi karşısında korunması anlamına gelmektedir.

TTKT m.157'nin, genel rekabet karşısında ve birleşmenin somut alacaktan bağımsız bir şekilde üçüncü kişiler üzerindeki etkilerine karşı koruma öngördüğü şeklinde yorumlanması mümkün değildir³²⁰. Birleşme nedeni ile sözleşmenin ihlali olasılığı tehlikeye düşme olarak değerlendirilmesinin, TTKT m.157'nin bu ölçüde geniş yorumlanması suretiyle birleşmenin anlam ve amacına uymayan sonuçlara yol açacağı, dolayısıyla alacaklı korumasının çok fazla genişlemesine neden olarak şirket birleşmelerinin kolaylaştırılması amacını ihlal edeceği açıktır.

Ayrıca, şirketle hukuki muameleye girişenler, birleşme dışında da şirketin işletme konusunu değiştirmesi veya işyerini kapatması, dolayısıyla akdedilmiş sözleşmeleri ifa edememesi tehlikesine maruzdur³²¹. Sözleşmenin ihlali halinde borçlar hukuku hükümlerine göre ifa davası veya zararın tazmini davası alacaklıyı koruyacağı için TTKT m.157 uygulanmamalıdır³²².

D. Birleşmeden Kaynaklanan Tehlikeler

TTKT m.157 anlamında tehlike sebeplerinin tümünün sayma yoluyla belirlenmesi mümkün değildir. Tehlike konusunda belirleyici kıstas söz konusu olgunun şirketin ifa gücünü etkileyip etkilemediği, etkinin varlığı halinde ise bu etkinin somut olayda ifayı olasılık dışı kılıp kılmadığıdır³²³.

a) Mali Açıdan Zayıf Bir Şirketin Birleşmeye Katılması

TTKT m.157'de devreden ve devralan şirketin alacaklıları arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiş olmakla birlikte hangi alacaklar için tehlikeye düşmenin, dolayısıyla teminatın

³¹⁷ Soldierer, s.77.

³¹⁸ Soldierer, s.77.

³¹⁹ Soldierer, s.96.

³²⁰ Soldierer, s.77.

³²¹ Soldierer, s.78.

³²² Soldierer, s.78.

³²³ Soldierer, s.78.

söz konusu olabileceğinin belirlenmesinde, devreden mi yoksa devralan şirketten mi alacaklı olduğu meselesi önemlidir³²⁴. Mali açıdan güçlü bir şirket mali açıdan nispeten daha zayıf bir şirketle birleştiğinde, mali gücü daha zayıf olan şirketin alacaklıları birleşme vasıtasıyla artan bir ifa olasılığına kavuşurken mali gücü yüksek olan şirketin alacaklıları kural olarak ifa olasılığının azalması riskine maruz kalmaktadır³²⁵. Ancak, ifanın somut olarak tehlikeye düşmesi şartı aranacağı için söz konusu durumda mali açıdan daha güçlü şirketin alacaklılarının herhalükarda tehlikeye maruz kalacağı yolunda genel bir yargıya ulaşılmaz³²⁶. Sermayenin kaybı veya borca batıklıkta birleşmenin şartlarını düzenleyen hükümlerde birleşmenin sermayeye etkisi kanun koyucu tarafından dikkate alınmış olduğu için söz konusu hallerin tehlike sebebi olarak nitelendirilmesi kanuna aykırıdır³²⁷.

Diğer taraftan birleşme öncesinde daha elverişsiz bir mali güce sahip şirketin alacaklısının para alacağı yakın gelecekte muaccel olacak ise ve birleşme nispeten daha iyi mali durumda olan ancak önemli ölçüde kısa vadeli yükümlülüğü beraberinde getiren bir şirket ile gerçekleştirilmiş ise söz konusu para alacağının ifası tehlikeye düşebilecektir³²⁸. Böyle bir durumda ifanın tehlikeye düşmesi, birleşmeye katılan şirketlerin kısa vadeli yükümlülüklerinin tümü için söz konusudur³²⁹. Kredi temini ile bu tehlikenin telafi edilebileceği ileri sürülebilirse de kredi temininin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusundaki ek risk teminat vasıtasıyla tazmin olanağı bulunmaksızın alacaklının üzerine yüklenemez³³⁰.

Birleşme sonrasında ifa edilmesi gereken alacakların artmasına paralel olarak malvarlığı değerlerinin ve özellikle nakit miktarının artış göstermemesi ifa tehlikesine yol açabilir³³¹. Kısa vadeli likiditesi iyi durumda olan bir şirketin yüksek miktarda kısa vadeli yükümlülükleri olan ve yüksek değerde bağlı yatırım malvarlığına sahip bir şirket ile birleşmesinde, söz konusu kısa vadeli yükümlülüklerin ifası tehlikeye düşebilecektir³³².

İfa gücüne ilişkin tahminlerde şirketin uzun vadeli yükümlülükleri bakımından risklerin değerlendirilmesinde doğal olarak halihazırdaki likidite ve malvarlığı durumunun önemi geriye çekilmekte ve bunların yerini şirketin devam eden gelişimini temel alan

³²⁴ Soldierer, s.79.

³²⁵ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.21.

³²⁶ Soldierer, s.79.

³²⁷ Beretta, Strukturanpassungen, s.273 ve274; Sermayenin kaybı veya borca batıklıkta birleşme için bkz. 2.Blm./VIII/2.

³²⁸ Soldierer, s.79-80.

³²⁹ Bu durumun şirketin malvarlığının uzun süreli olarak bağlı olması halinde söz konusu olacağı yönünde bkz. Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.13;

³³⁰ Soldierer, s.80 dn.308.

³³¹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.4; Rieble, s.302.

³³² Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.13; Soldierer, s.87.

tahminler almaktadır³³³. Elde edilmesi tahmin edilen likidite ile likidite ihtiyacı arasında oransızlık ortaya çıkıyorsa tehlikeye düşmenin varlığı ancak diğer elde edilecek değerlerin de alacağın ifası için hiç bir garanti teşkil etmemesi halinde kabul edilmelidir³³⁴. Elde edilecek değerler bakımından kredi tahsis imkanı yanında üretilen ürünlerin veya arz edilen hizmet edimlerinin gelecekte uygun bir piyasaya hitap edip etmeyeceği meseleleri de rol oynamaktadır³³⁵.

b) Alacaklı Çevresinin Genişlemesi

Birleşme birleşen şirketlerin alacaklılarını ve bu şirketlerin malvarlıklarını tek çatı altında toplamaktadır. Bununla birlikte, birleşmenin alacaklı çevresinin genişlemesine yol açmasının herhalükarda edimlerin ifasını tehlikeye düşüreceği yargısı doğru değildir³³⁶. Devralan şirketin alacaklıları arasına öncelikli alacaklıların katılmasının³³⁷ tehlikeye düşmeye yol açabilecek olması da tek başına somut bir tehlikeyi ifade etmemeyeceği için şirketin ifa gücü belirleyici olmalıdır³³⁸.

c) Şirketin Türünün Değişmesi

Alacaklı tehlikesi ile ilgili olarak kaynak İsviçre Birleşme Kanununun Gerekçesinde yer alan açıklamalar dikkati çekmektedir. Buna göre borca batıklık veya sermaye kaybı bulunmamakla birlikte uzun vadede şirketin varlığını sürdürmesini tehlikeye sokan zayıflıkların ve farklı türdeki şirketlerin birleşmesinin sonucu olarak sermayenin muhafazasında, daha esnek hukuki düzenlemelere tabi olunmasının somut duruma göre teminat gösterilmesini gerekli kılabileceği açıklanmıştır³³⁹. Gerekçedeki bu açıklamanın yerinde olup olmadığı, dolayısıyla birleşme nedeniyle tür değişikliğinin teminat verilmesini gerektirip gerektirmeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Birleşme borçlu şirketin türünün değişmesine yol açabilir. Mesela bir anonim şirketin bir limited ortaklık ile limited ortaklık çatısı altında birleşmesi, anonim şirketler hukukunun sermayeyi koruyan kurallarının sağladığı güvenceyi sona erdirebilecektir. Şahıs şirketinin sermaye şirketi çatısı altında birleşmesi de kural olarak ortakların şahsi sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

³³³ Soldierer, s.87.

³³⁴ Soldierer, s.87-88.

³³⁵ Soldierer, s.88.

³³⁶ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.12.

³³⁷ Örneğin, alacakları için daha önceden teminat gösterilmiş olan ve böylece alacağı diğer alacaklılardan önce ödencek olan ya da teminatı paraya çevirmek suretiyle şirketi malvarlığından mahrum bırakabilecek nitelikteki alacaklılar.

³³⁸ Soldierer, s.80.

³³⁹ BtschftFusG, s.4426.

Tür değiştirme özellikle devreden şirketin alacaklılarını etkilemektedir. Devreden şirketin hukuki şeklinin ve tabi olduğu sorumluluk rejiminin değişmesi, bu şirketin yükümlölüklerinin güvencesi olan malvarlığının akıbetini etkilediği için alacaklıları da ilgilendirmektedir³⁴⁰. Ancak türünün değişikliği karşısında alacaklılar şahsi sorumluluğun devamı gibi vasıtalarla da korunmuřtur³⁴¹.

Alacaklının korunmasına yönelik kurallar şirket türüne göre farklılaşmaktadır. şahıs şirketleri ve gerçek kişi tacir için geçerli olan sınırsız sorumluluk ilkesi karşısında, sermaye şirketlerinde sermayenin muhafazası esası benimsenmiřtir³⁴². Farklı türdeki şirketlerin sorumluluk rejimleri arsında teorik bir basamaklılık ilişkisinin ne derecede mevcut olduğu ise řüphelidir³⁴³.

Alacaklının korunması bakımından söz konusu olabilecek bu değişiklikler ifa tehlikesi yaratmaya sadece genel itibariyle uygundur. Zira yeniden yapılanmaya taraf olabilecekleri sınırlı sayı ilkesine bağlı kalarak düzenleyen Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ve mehz Birleřme Kanununda, sermaye şirketlerinin şahıs şirketi olarak tür değiştirmesine yol ačan yeniden yapılanmalar yasaklanmıřtır³⁴⁴.

Farklı türdeki sermaye şirketleri arasında birleşme nedeniyle tür değiştirme, tek başına somut tehlike sergilemediği için³⁴⁵ birleşmeye bağlı tür değiştirmenin kendiliğinden ifanın tehlikeye düşmesine yol açaacağından hareket edilemez³⁴⁶. Aynı durum şahıs şirketlerinin sermaye şirketi olarak tür değiştirmesine yol ačan yeniden yapılanmalar için de geçerlidir.

Sonuç olarak şahsi sorumluluğun ortadan kalkması ve sermayenin bağlılığının azalması gibi genel durumlar ancak tehlike emarelerinin sınıflandırılmasında faydalı olabilir. Tür değiştirici birleşmenin somut tehlikeye yol aıp aamadığı somut ifa gücü vasıtasıyla tespit edilmelidir³⁴⁷.

³⁴⁰ Rieble, s.304; Soldierer, s.80.

³⁴¹ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.2.

³⁴² Petersen, Gläubigerschutz, s.33.

³⁴³ Petersen, Gläubigerschutz s.33. Ayrıca bkz. 2.Blm/I.

³⁴⁴ Bkz. 2.Blm/I.

³⁴⁵ Veil, s.242; Soldierer, s.83. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.36.

³⁴⁶ Petersen kural olarak teminatın sermaye ile sorumluluk sisteminden şahsi sorumluluk sistemine gečilmesi halinde tanınmasını fakat bunun da şahsi sorumluluk vasıtasıyla korumanın yeterli olmaması halinde mümkün olması gerektiğini savunuyor. Ayrıca yazar tehlikeye düşme ihtimalleini dikkate almaksızın anonim ortaklığın limited ortaklık olarak tür değiştirmesinde tehlikeyi ve böylece teminat talebini reddetmektedir (Petersen Gläubigerschutz, s.33 ve 39).

Maier-Reimer de şahsi sorumluluk ile sermaye ile sorumluluğun eş değerli olmadığını savunmaktadır. Buna karşılık somut tehlike için şahsen sorumlu ortakların malvarlığının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir (Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.26). Ayrıca bkz. Ries, s.140.

³⁴⁷ Soldierer, s.84.

d) Sermaye Azaltımı Nedeniyle Tehlikeye Düşme

Birleşmenin sermaye azaltımına yol açması halinde sermaye azaltımında geçerli olan alacaklıların korunmasına yönelik hükümlerin uygulanmamasının yaratabileceği durum da değerlendirilmelidir. Birleşmede devralan veya yeni kurulan şirketin sermayesinin, birleşmeye katılan şirketlerin sermayelerinin toplamına eşit olması şartı öngörülmemiştir³⁴⁸. Aynı şekilde bölünmede de devralan şirketin sermayesinin devralınan malvarlığı ile orantılı olarak artırılması zorunlu değildir.

Bir sermaye şirketinin sermaye miktarı daha az olan bir diğer sermaye şirketine katılma yoluyla birleşmesinde sermaye fiilen azalmaktadır. Alman hukukunda bu durum ‘‘soğuk’’ sermaye azaltımı olarak nitelendirilmektedir³⁴⁹. Birleşmeye katılan şirketlerin yükümlülükleri ve malvarlıkları devralan şirket çatısı altında toplanmakta, buna karşılık bu yükümlülüklerle karşılık güvence teşkil eden itibari sermaye devralan şirketin sermayesi ile sınırlı kalmaktadır³⁵⁰. Bir başka ifadeyle devralan şirketin sermayesi birleşmeye katılan şirketlerin birleşme tarihine kadarki sermayelerinin toplamı miktarında yükseltilmemektedir.

Sermaye miktarının borçlunun ifa gücünün teminatını oluşturması genel nitelikte bir güvence olduğundan birleşme nedeniyle sermaye azaltımı, alacaklının menfaatlerini ihlal etmeye sadece genel itibariyle uygundur³⁵¹. Sermaye miktarının bu şekilde azalması, zorunlu olarak şirketin ifa gücünün kötüleşmesi sonucuna yol açmamaktadır³⁵².

İsviçre öğretisinde artırılan sermaye devralınan malvarlığının kayıtlı değerlerine göre hesaplanan aktif fazlasına eşit değilse, aradaki farkın birleşme agiosu olarak devralan şirketin kanuni yedeklerine tahsis edileceği ve dağıtım engellerine tabi olacağı kabul edilmektedir³⁵³. Alman öğretisinde de devralan şirketteki sermaye artırım miktarı ile devreden şirketin net malvarlığı değeri arasındaki farkın, HGB m.272/f.2/b.1 uyarınca kanuni yedeklere ayrılması gerektiği görüşü savunulmaktadır³⁵⁴. Dolayısıyla birleşme nedeniyle azalan sermayenin ortaklara dağıtımı ancak kanuni yedek akçe miktarına ilişkin yasal sınırın aşılmasından sonra söz konusu olabilecektir.

³⁴⁸ Sermaye şirketlerinin birleşmesinde, birleşmeden sonraki sermaye miktarının, katılan şirketlerin birleşme öncesindeki sermayelerinin toplamına eşit olması koşulunun öngörülmediği yönünde bkz. 2.Blm./V.

³⁴⁹ Rodewald, s.19 vd.; Naraschewski, s.356 vd.

³⁵⁰ Ihrig, ZHR 1996, s.320.

³⁵¹ Soldierer, s.85.

³⁵² Soldierer, s.85.

³⁵³ Diem, BSK-FusG, m.9 N.17; Hasler, s.83.

³⁵⁴ Reichert, Semler/Stengel, m.55 N.5; Winter, Lutter-UmwG, m.55 N.7. Birleşmede intikal eden malvarlığının paylara bölünmüş esas sermayeyi aşan net değerinin sermaye yedeklerine eklenmesi gerektiği görüşü için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.24.

Sonuç olarak, farklı veya aynı türdeki sermaye şirketlerinin sadece sermayelerinin miktar itibarıyla azalmasına yol açar şekilde birleşmesi veya tür değiştirmesi TTKT m. 157 anlamında yeterli sayılabilecek somut bir ifa tehlikesi yaratmamaktadır³⁵⁵.

e) Ayrılma Akçesi, Denkleştirme Akçesi ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.157'ye göre Teminatlar

Birleşmenin hukuki sonuçları arasında yer alan alacaklar için teminat verilmesi³⁵⁶, ayrılma akçesi³⁵⁷, ortak olmayı sürdürme hakkının veya şirket payı ya da haklarının kanuna uygun bir şekilde tanınmaması nedeniyle denkleştirme akçesi³⁵⁸ ve ayrılma karşılığının uygun olmaması nedeniyle denkleştirme akçesi³⁵⁹ talepleri, şirketin nakdi ve aynı malvarlığını olumsuz etkileyebilir³⁶⁰.

İfa gücünün belirlenmesinde malvarlığı akışının hukuki sebebinin önemli olmaması nedeniyle yukarıda anılan hallerin yol açacağı malvarlığı akışları da tehlike sebebi olarak sınıflandırılmalıdır³⁶¹. Gelecekte tasarrufa hazır bulunacak malvarlığına ilişkin tahminlerde, halihazırda serbest olan malvarlığındaki tevdi, rehin veya TTKT m.157'ye göre gösterilmesi gereken teminatlardan kaynaklanabilecek azalmalar yanında ödenecek ayrılma akçeleri veya değişim oranının düşük tespit edilmiş olması ihtimali de dikkate alınmalıdır³⁶².

Bununla birlikte söz konusu hallerin yol açabileceği malvarlığı akışlarına ilişkin tahminlerin belirsizlik içermesi kaçınılmazdır. Aşağıda da açıklanacağı üzere Ticaret Kanunu Tasarısının ayrılma akçesi ile ilgili düzenlemelerinin ne şekilde uygulanacağı hususunda belirsizlikler mevcuttur. Bunun yanında TTKT m.157 uyarınca birleşmenin tescilinden sonraki 3 ay içerisinde hangi alacaklıların teminat talep edeceği tümüyle belirsizdir. Bu tarihten sonra ise şirket ile talepte bulunan alacaklılar arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda şirketin hangi alacaklar bakımından tehlikeye düşmeme olgusunu ispat etmek suretiyle teminat göstermekten kurtulabileceği de keza muallaktır³⁶³.

³⁵⁵ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.24 ,25.

³⁵⁶ TTKT m.157, FusG m.25, UmwG m.22.

³⁵⁷ TTKT m.141, FusG m.8, UmwG m.29.

³⁵⁸ TTKT m.191/f.1, FusG m.105/f.1, UmwG m.15.

³⁵⁹ TTKT m.191/f.1, FusG m.105/f.1, UmwG m.34.

³⁶⁰ Ihrig, ZHR 1996, s.333–334; Ihrig, GmbHR 1995, s.632-633; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.30-33; Ries, s.91. Beretta, Strukturanpassungen, s.274.

Yukarıda da belirtildiği üzere ayrılma akçesi ve denkleştirme akçesi talepleri birleşme ile birlikte doğduğu için bunlara karşılık teminat isteminde bulunulması söz konusu değildir (von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405; Glanzmann, Umstrukturierungen). Ayrıca bkz. 4.BIm./II/3/F.

³⁶¹ Soldierer, s.93.

³⁶² Soldierer, s.93.

³⁶³ Soldierer, s.94.

Anılan tehlike sebepleri alacaklıların korunması ile ilgili oldukları ölçüde aydınlatılmalıdır.

ea) Ayrılma Akçesi

TTKT m.141/f.1'e (FusG m.8) göre birleşmeye katılan şirketler, birleşme sözleşmesinde, ortaklara, devralan şirkette, pay ve ortaklık haklarının iktisabı ile iktisap olunan şirket paylarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi arasında seçim yapma hakkı tanıyabilecektir. TTKT m.141/f.2'ye göre ise birleşmeye katılan şirketler birleşme sözleşmesinde sadece ayrılma akçesinin verilmesini de öngörebilecektir. Böylece Tasarıda sermayenin geri ödenmesine izin verilmiştir³⁶⁴.

Ayrılma akçesi, ortakların menfaatleri ile alacaklıların şirketin malvarlığının muhafazasındaki menfaatlerinin çakıştığı bir konudur. Bu nedenle ayrılma akçesi ile ilgili bazı hususlar açıklanmalıdır. TTKT m.141'e göre ayrılma akçesinin ne miktarda kaynak akışına yol açacağı net değildir³⁶⁵. Zira birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı anda, ortaklardan kaçının TTKT m.141/f.1'e göre bu hakkı kullanacağı ve akabinde tazmin edileceği belirsizdir. Ortaklar ile şirket arasındaki olası uyuşmazlıkların hallinin ne kadar süreceği ise ayrı bir belirsizlik sebebidir³⁶⁶.

Ayrılma akçesine ilişkin bu düzenlemenin birleşmeye katılan tüm şirketlerin mi yoksa sadece devreden şirketin ortakları için mi söz konusu olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte³⁶⁷ öğretide hakim görüş söz konusu maddenin devreden şirketin ortakları için uygulanacağı yönündedir³⁶⁸. Ayrılma akçesinin nakit, kaydi değer yanında birleşmeye katılanlar dışında bir şirketin hissesi, alacak veya kolaylıkla nakde çevrilebilir malvarlığı değeri şeklinde ifası mümkündür³⁶⁹.

eea) Seçme Hakkı Niteliğinde Ayrılma Akçesi (TTKT m.141/f.1)

Birleşme sözleşmesinde ortaklara TTKT m.141/f.1 uyarınca ortaklık hakları ile ayrılma akçesi arasında seçim hakkı tanınması halinde, ortakların bu hakkı hangi andan

³⁶⁴ BtschftFusG, s.4404.

³⁶⁵ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.30.

³⁶⁶ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.30; Ödemelerin sadece serbest malvarlığından gerçekleştirilebileceği şeklinde sınırlandığı görüşü için bkz. Petersen, Gläubigerschutz, s.179 vd.; Ihrig, ZHR 1996, s.336.

³⁶⁷ FusG m.8'in (TTKT m.141) gerekçesinde devreden şirketin ortaklarından söz edilmektedir bkz. BtschftFusG, s.4403.

³⁶⁸ Devralan şirketin ortakları bakımından hisse değişimi söz konusu olmadığı için ayrılma akçesine ilişkin düzenlemenin sadece devreden şirketin ortakları için geçerli olması gerektiği yönünde bkz. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.239; Von Salis, N.6.7 (T II); Schneller, s.93. Söz konusu düzenlemenin ortaklara ayrılma akçesi veya seçim hakkına yönelik talep hakkı tanımadığı yönünde bkz. Tschäni / Papa, BSK-FusG, m.8, N.22.

³⁶⁹ BtschftFusG, s.4403; Glanzmann, Umstrukturierungen, s.238; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.356; Glanzmann, SHk, m.8 N.3 ve 15; Schenker, Urs: Die Fusion, AJP/ PJA 7/2004, s.775; Tschäni/Papa, m.8 N.12; Burckhardt, ZK-FusG m.8 N.6.

itibaren ve ne kadar süre içinde kullanmaları gerektiği konusunda TTKT’de düzenlenmemiştir. Ortakların ayrılma akçesini seçmesi durumunda yapılacak ifanın malvarlığını azaltacağı açıktır. Buna karşılık TTKT m.157/f.2 uyarınca işlem denetçisi, birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıklarının, ödenmesine yetmeyeceği bilinen alacakları bulunmadığını veya böyle bir alacak istemi beklenmediğini doğruladığı takdirde ilan yükümü kalkacaktır. TTKT m.157/f.3’e göre ise devralan şirketin alacağın birleşme dolayısıyla tehlikeye düşmediğini bir işlem denetçisi raporuyla ispatlaması, teminat verme yükümünün kalkması sonucuna yol açmaktadır. Dolayısıyla ayrılma akçesi olarak yapılacak ifaların bu ispatları etkileyeceği dikkate alındığında, TTKT m.141/f.1’e göre seçim hakkının ne zaman kullanılacağına, alacaklıların korunması açısından arz ettiği önem açıkça görülmektedir. Bunun yanında ortakların ayrılma akçesi yerine devralan şirketin pay sahipliği haklarını seçmesinin ise devralan şirketin sermaye artırımını ile doğrudan ilgili olduğu da ortadadır³⁷⁰.

Birleşme sözleşmesinin içeriğini düzenleyen TTKT m.146/f.1’in f bendine göre, birleşme sözleşmesinin ayrılma akçesini içermesinin zorunludur. Birleşme raporunu düzenleyen TTKT m.147’nin 1. fıkrası uyarınca, gereğinde ayrılma karşılığının tutarı ve ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri (b.d) ile gereğinde devralan şirket tarafından yapılacak artırımın miktarının (b.f) birleşme raporunda ekonomik ve hukuki açılardan açıklanmalıdır. Birleşmenin denetimini hükme bağlayan m.148’de ise devralan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devrolunan şirketin ortaklarının haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığının (f.1/b.a) ve ayrılma karşılığının adil olup olmadığının (f.1/b.b) denetim raporunda açıklanması öngörülmüştür.

Ancak seçim hakkının kullanılması gereken süre hakkında bu hükümlerden de bir yargıya ulaşılması mümkün değildir. Zira söz konusu düzenlemeler ortaklara henüz inceleme hakkının dahi tanınmadığı bir dönemde etkisini göstermektedir. Bu hükümler sadece ayrılma akçesinin birleşme sözleşmesinde yer alması zorunluluğuna işaret etmektedir.

Öğretide yönetim organlarının TTKT m.141/f.1’e göre seçim hakkının kullanılması için birleşme sözleşmesinde uygun bir süre belirleyebileceği³⁷¹, aksi halde sürenin devralan şirket tarafından tespit edilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir³⁷². Seçim hakkının kullanılabilmesi sürenin birleşmenin Ticaret Siciline tescilinden önce belirlenmiş olmasının Ticaret Sicili memurunun yapacağı incelemeyi kolaylaştıracağı da belirtilmektedir³⁷³.

³⁷⁰ Burckhardt, ZK-FusG, m.8 N.9; Schneller, s.101.

³⁷¹ Tschäni/Papa, m.8 N.5; Schneller, s.98.

³⁷² Tschäni/Papa, m.8 N.5

³⁷³ Hirsiger, s.117.

Bu bağlamda seçim hakkının kullanılacağı sürenin hangi tarihten başlayacağı sorununa da değinilmelidir. Bir görüşe göre sürenin ortakların seçim hakkını ve bu hakkın içeriğini öğrendiği tarihten başlaması yerinde olacaktır³⁷⁴. Ortakların kural olarak FusG m.16'ya (TTKT m.149) göre inceleme hakkıyla birlikte seçim hakkından haberdar olabileceği dikkate alınarak, seçim hakkının da inceleme hakkı süresi içinde kullanılması ve böylece seçim hakkı ile bağlantılı konuların birleşme kararı öncesinde neticeye kavuşturulması önerilmektedir³⁷⁵. Bir başka görüş ise, birleşmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz kesin olmadığı bir dönemde, ortakların karar vermesinin söz konusu olmayacağını gerekçe göstererek devreden şirkette geçerli bir birleşme kararı alınmadan önce seçim hakkının kullanılmasının zorunlu olmadığı, ancak devralan şirkette birleşme kararı alınmadan önce bu hakkın kullanılmasının gerektiği sonucuna ulaşmaktadır³⁷⁶. Bir diğer görüş ise seçim hakkının en geç ne zamana kadar kullanılacağını somut duruma göre belirlenebileceğini savunmaktadır³⁷⁷.

TTKT m.141/f.1'e (FusG m.) göre ayrılma akçesi sermayenin iadesinin kanunen düzenlenmiş bir hali olduğu için³⁷⁸, yapılacak nakdi ödemenin serbestçe tasarruf edilebilir yedeklerden karşılanması ve sermayenin iadesi şeklinde olmaması gerektiğine dikkat çekilmektedir³⁷⁹. Bu ödeme alacaklıların aleyhine olduğundan şirketler hukukunun sermayenin geri ödenmesine ilişkin genel koşullarının gerçekleşmesi gerektiği de ifade edilmiştir³⁸⁰. Dolayısıyla ayrılma akçesinin alacaklılara zarar vermesinin önlenmesi için seçim hakkının sınırlandırılmasında, birleşen şirketlerin birleşme anındaki serbestçe tasarruf edilebilir sermaye miktarı aşılmamalı ve anonim şirketlerin kendi hisselerini edinmesini düzenleyen genel hükümlere (OR 659; TTKT m.379) riayet edilmelidir³⁸¹. Bu nedenle öğretide yönetim organlarının birleşme sözleşmesinde, ifa edilecek toplam ayrılma akçesi miktarını birleşen şirketlerin serbestçe tasarruf edilebilir özvarlıkları toplamını aşmayacak

³⁷⁴ von Salis, N.6.11 (T II).

³⁷⁵ von Salis, N.6.11 (T II); Schneller, s.98; Sürenin birleşme kararının ilanından başlaması gerektiği yönünde bkz. Glanzmann, SHk, m.8 N.11.

³⁷⁶ Burckhardt, ZK-FusG, m.8 N.9. *Glanzmann* ise İsviçre Birleşme Kanununun dernek üyelerinin birleşme kararından itibaren iki ay içerisinde dernekten ayrılabilmesini öngören 19.maddesine dayanarak birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı tarihten itibaren iki ay içerisinde seçim hakkının kullanılmasını savunmaktadır (Glanzmann, SHk, m.8 N.11).

³⁷⁷ Schneller, s.98.

³⁷⁸ BtschftFusG, s.4404.

³⁷⁹ Emch, s.62; Hirsiger, s.113. TTKT m.140/f.2 (FusG m.7) uyarınca ödenecek denkleştirmelerin toplamının da üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir özvarlığı aşmaması gerektiği yönünde bkz. von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.354; Tschäni/ Papa, BSK-FusG, m.7 N.30; Glanzmann, SHk, m.7 N.24; Hirsiger, s.104.

³⁸⁰ BtschftFusG, s.4404. *Glanzmann* ise hakim şirket ile yavru şirket birleşmelerinde ayrılma akçesinin sermayenin iadesi şeklinde sonuç göstermesinin zorunlu olmadığını görüşündedir (Glanzmann, SHk, m.8 N.4).

³⁸¹ Tschäni/Papa, m.8 N.20; Schneller, s.99; Emch, s.62.

şekilde belirlemek zorunda oldukları ileri sürülmektedir³⁸². Dolayısıyla birleşme kararı öncesinde ayrılma akçelerinin toplam miktarı serbestçe tasarruf edilebilir sermayeyi aşıyorsa yönetim organı birleşme kararı alınmasına engel olmalıdır³⁸³. Aksi halde emredici hükümlerin ihlali nedeniyle birleşme kararının hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır³⁸⁴. TTKT m.141/f.1 uyarınca seçim hakkında sermayenin korunmasına ilişkin sınırlara riayet edilemediğinin genel kurul kararından sonra anlaşılması halinde ise birleşme kararı geçerliliğini korumalı³⁸⁵, ancak OR m.680/f.2'nin (krş. TTKT m.480) kıyasen uygulanması yolu ile devreden şirketin ortaklarına serbestçe tasarruf edilebilir özsermayeyi aşar şekilde tahsis edilen miktar geçersiz sayılmalıdır³⁸⁶. Dolayısıyla devralan şirket, sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlere aykırılık halinde ayrılma akçesini ifa etmekle yükümlü olmamalı³⁸⁷ ve seçim hakkına sahip tüm ortakların seçme hakkında bu aykırılıkla orantılı olarak indirim yapılmalıdır³⁸⁸. Yeniden yapılanmada alacaklının koruması yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler yanında şirketler hukukunun genel hükümlerini vasıtasıyla da gerçekleştirdiği için TTKT m.142/f.2, m.143, m.162, m.164'de olduğu üzere gibi açık bir istisnanın öngörülmediği hallerde genel hükümlerinin uygulanması zorunlu olması indirim yapılması yönündeki söz konusu görüşleri haklı çıkarmaktadır³⁸⁹.

Ayrılma akçesinin ifasında TTKT m. 379'daki %10 sınırına uyulmasının zorunlu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre OR m.659 (karş. TTKT m.379) öğretide düzenleyici kural (*Ordnungsvorschrift*) olarak nitelendirildiği için³⁹⁰ bu maddedeki %10 sınırına uyulmamış olması, birleşme kararının hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine yol açmamalıdır³⁹¹. İsviçre öğretisinde, Birleşme Kanununun ayrılma akçesini düzenleyen ve %10 sınırına yer vermeyen 8. maddesi (TTKT m.141) özel hüküm niteliği taşıdığı için % 10 sınırını öngören OR m.659'un (TTKT m.379) zımnen hükümsüz hale geldiği ileri sürülmekte³⁹² ve bu görüş, ayrılma akçesi karşılığında yok edilen payların şirketin elinde

³⁸² Schneller, s.99.

³⁸³ Schneller, s.100.

³⁸⁴ Glanzmann, SHk, m.8 N.5; Grunewald, Lutter-UmwG, m.29 N.24.

³⁸⁵ Glanzmann, SHk, m.8 N.6.

³⁸⁶ von Salis, N.6.10 (T II); Schneller, s.100.

³⁸⁷ Schneller, s.100. Bununla birlikte bu görüş öğretide tartışmalıdır. *Glanzmann* sermayenin korunmasına ilişkin hükümlere aykırılık halinde de devralan şirketin ayrılma akçesini ödemekle yükümlü olduğu görüşündedir (Glanzmann, SHk, m.8 N.6; Burckhardt, ZK-FusG, m.8 N.4).

³⁸⁸ von Salis, N.6.10 (T II)

³⁸⁹ Bkz. 1.BIm./IV/1.

³⁹⁰ OR m.659 düzenleyici hüküm olduğu için bu hükmeye aykırılığın ne tasarruf işleminin ne de taahhüt işleminin geçersizliği sonucuna yol açamayacağı yönündeki ve aksi yöndeki görüşler için bkz. Von Planta, Andreas/Lenz, Christian: BSK-OR II, m.659 N.11.

³⁹¹ Glanzmann, SHk, m.8 N.5. Alman hukukunda ise %10 sınırına uyulmadığı birleşme kararı alındıktan sonra anlaşılabilir kararın hukuka aykırı nitelikte olacağı ileri sürülmektedir (Grunewald, Lutter-UmwG, m.29 N.24)

³⁹² Emch, s.63.

bulundurulmayacak olması ile desteklenmektedir³⁹³. Yeniden yapılanmada alacaklıların korunmasının yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler yanında şirketler hukukunun genel hükümleri vasıtasıyla da gerçekleştiği yolundaki görüşümüz karşısında³⁹⁴, %10 sınırının uygulanmamasında gerekçe olarak ayrılma akçesini düzenleyen hükmün özel niteliğine dayanılmasına, en azından yeniden yapılanmanın Ticaret Kanunu Tasarısı içinde düzenlendiği Türk hukuku bakımından karşı çıkılmalıdır. Nitekim TTKT m.142, m.143, m.162 vb.de olduğu üzere yeniden yapılanmada uygulanmayacak olan genel hükümler açıkça belirtilmiştir. Ancak bize göre de ayrılma akçesi karşılığında iktisap edilen payların şirketin elinde kalmayacağı, aksine yok edileceği dikkate alındığında birleşme öncesinde birleşmeye katılan şirketlerin üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir toplam sermayelerinin ifa için yeterli olup olmadığı belirleyici olmalıdır. Dolayısıyla TTKT m.379'daki %10 sınırının uygulanmamalı ve bu husus mevzuatta açıkça düzenlenmelidir.

eab) Zorunlu Ayrılma Akçesi (TTKT m.141/f.2)

TTKT m.141/f.2 uyarınca, devreden ortaklığın ortaklarına, devralan ortaklığın ortaklık hakları yerine sadece ayrılma akçesi önerilebilecek ve bu ortaklar şirketten ayrılmaya zorlanabilecektir. Zorunlu ayrılma akçesinde de kanun koyucu sermayenin geri ödenmesine izin vermiştir. Zorunlu ayrılma akçesi de üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen sermayeden ifa edilmelidir³⁹⁵.

Birleşmenin hukuki geçerlilik kazanması ile birlikte zorunlu ayrılma akçesi de muaccel hale gelmektedir³⁹⁶. Zorunlu ayrılma akçesinin ifası, pay sahiplerine dağıtım ve sermayenin geri ödenmesine benzer şekilde şirketin malvarlığının azalmasına yol açacağı için devralan şirketin birleşmeden sonra serbestçe tasarruf edilebilir sermayesinin bu ödemeler için yeterli olmasına dikkat edilmelidir³⁹⁷.

eac) Ayrılma Akçesine İlişkin Belirsizliklerin Birleşme Öncesinde Giderilmesi Gerekliliği

Görüldüğü üzere ayrılma akçesi konusundaki belirsizlikler uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Ayrılma akçesi meselesinin birleşmenin hukuki geçerlilik

³⁹³ von Salis, N.6.23 (T II); Altenburger/Calderan/Lederer, s.19; Emch, s.63.

³⁹⁴ Bkz. 1.Blm./IV/1.

³⁹⁵ Schneller, s.107; Hirsiger, s.113.

Schneller OR m.659'un zorunlu ayrılma akçesinde uygulanması gerektiği görüşündedir (Schneller, s.107). Buna karşılık *von Salis* ise zorunlu ayrılma akçesinde, ilgili payların şirket tarafından iktisap edilmediği aksine birleşme nedeniyle yok edildiği gerekçesi ile şirketin kendi hisselerini iktisabına ilişkin genel hükümlerin uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır (von Salis, N.6.23 -T II).

³⁹⁶ von Salis, N.6.24 (T II) ; Schneller, s.108.

³⁹⁷ Schneller, s.108-109.

kazanmasından önce halledilmesi gereken bir sorun olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ayrılma akçesinin seçme hakkı şeklinde tanınması halinde, bu seçim hakkının birleşme öncesinde kullanılmasının, dolayısıyla birleşmeden önce gerek ihtiyari gerekse zorunlu olarak ödenecek ayrılma akçesi miktarlarının ve buna bağlı olarak devralan ortaklıkta yapılması gereken sermaye artırım miktarının belli olmasının sağlanması isabetli olacaktır. Aksine bir tutum ayrılma akçesinden kaynaklı belirsizlikleri gerekçe göstererek daha fazla sayıda alacaklının teminat talep etmesine, bu ise şirketin malvarlığının bağlı hale gelmesine açabilecektir. Zira ayrılma akçesinden kaynaklı belirsizlikler alacağının ifasının tehlikeye düşüp düşmediğini inceleyen işlem denetçisinin, şirketin teminat vermesi gerektiği sonucuna varmasına yol açabilecektir.

Diğer taraftan denkleştirme akçesine ilişkin dava TTKT m.191 uyarınca, yeniden yapılanmanın tescilinin ilanından itibaren 2 aylık hak düşürücü süre³⁹⁸ içinde açılmalıdır. Ortakların bu süreyi tam kullanmasına imkan verilmek suretiyle korunmasının sağlanması gerekliliği de TTKT m.141/f.1 uyarınca seçme hakkının birleşmenin tescilinden önce kullanılması zorunluluğuna işaret etmektedir.

eb) Denkleştirme Akçesi

Özellikle değişim oranının tespitinde işletme değerinin belirlenmesindeki güçlükler nedeniyle düzeltmelerin yapılması ve ortaklara ödeme yapılması zorunluluğunun doğması, dolayısıyla bu ödemelerin malvarlığını olumsuz etkilemesi mümkündür³⁹⁹. Yukarıda ayrılma akçesi konusunda değildiği üzere sermaye şirketlerinde sermayenin muhafazasına ilişkin hükümler bu tür tazminatlar vasıtasıyla kaynak akışını sınırlandırmaktadır⁴⁰⁰. Bununla birlikte söz konusu hükümler birleşmeden sonra tüm yükümlülüklerini ifa edecek güce sahip bir şirketin mevcut olacağı anlamında bir garanti teşkil etmemektedir⁴⁰¹.

TTKT m.191'de (FusG m.105) birleşme, bölünme ve tür değiştirmede, ortak olmayı sürdürme hakkının şirket payının veya haklarının kanuna uyum bir şekilde tanınmaması veya ayrılma karşılığının uygun olmaması halinde her ortağın birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararının ilanından itibaren⁴⁰² iki ay içinde denkleştirme akçesi isteyebileceği hükme

³⁹⁸ Eugster, N.387.

³⁹⁹ Philipp, Wolfgang: Ist die Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht noch vertretbar?, AG 1998, s. 264- 272; Seetzen, s.45 vd.

Ortakların şirkete karşı ileri sürebileceği bu taleplerinin sermayenin muhafazasına etkisi konusunda açıklamalar için bkz. Petersen, Gläubigerschutz, s.27 vd.

⁴⁰⁰ Önceliğin sermayenin muhafazası kurallarına verilmesi gerektiği yönünde bkz. Ihrig, GmbHR 1995, s.632; Petersen, Gläubigerschutz s. 33.

⁴⁰¹ Soldierer, s.93.

⁴⁰² Birleşme kararının ilanının birleşmenin ilanı şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Eugster, N.386; bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. 4.Blm./VI/1/B. Davanın tescilden itibaren açılabilmesi yönünde Eugster, N.389.

bağlanmıştır. Bu davanın ne kadar süreceği belirsizdir. Mahkeme kararının davacı ile aynı hukuki durumda bulunmaları halinde, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye katılan şirketlerin tüm ortakları için hüküm doğurması da düzenlenmiştir (TTKT m.191/f.2).

Denkleştirme akçesine ilişkin davaların açılması halinde bu davaların ne zaman sonuçlanacağı belirsiz olması yanında dava sonucunun aynı durumda bulunan diğer pay sahipleri için de sonuç doğuracak olması, alacağın ifasının tehlikeye düşüp düşmediğinin takdirinde dikkate alınması gereken olgulardır. Dolayısıyla söz konusu dava sonuçlanmadan önce, TTKT m.157'ye göre talepte bulunan alacaklılara bu davanın şirket aleyhine sonuçlanması ihtimali esas alınarak teminat gösterilmesi, şirketin menfaatlerini olumsuz etkileyebilecektir. Zira denkleştirme akçesine ilişkin davanın ortağın aleyhine sonuçlanması durumunda, şirketin malvarlığı alacaklılara gösterilen teminatlar nedeni ile haksız olarak bağlı hale getirilmiş olacaktır. Alacakların teminata bağlanması için denkleştirme davasının sonucunun beklenmesi halinde ise, bir taraftan alacakların teminata bağlanmasının gecikmesine diğer taraftan denkleştirme davasının davacının lehine sonuçlanması halinde ise, alacaklara karşılık gösterilecek teminatlar ve ödenmesi gereken denkleştirme akçeleri nedeni ile pek çok sorunu beraberinde getirebilecektir.

Söz konusu husular göz önünde tutularak denkleştirme akçesi ve sermayenin muhafazası konularının çakıştığı noktalar üzerinde kısaca durulmalıdır.

TTKT m.191'de, bu Tasarının 140. maddesinin 2. fıkrasında öngörülmüş olan %10 sınırının uygulanmayacağı kabul edilmiş olması nedeniyle değişim oranının iyileştirilmesi, önemli bir kaynak akışına neden olabilecektir⁴⁰³. Bununla birlikte ortaklık haklarının devamı ilkesi, söz konusu sınırın uygulanmamasını zorunlu kılmaktadır⁴⁰⁴. Nakden ödenecek denkleştirme, sermayenin geri ödenmesi anlamına geldiği için, bu ödemede sermayenin geri ödenmesine ilişkin genel koşullara riayet edilmelidir. Dolayısıyla denkleştirmenin nakden ödenebilmesi için şirketin bu ödeme miktarında serbestçe tasarruf edilebilir sermayeye sahip olması zorunlu olmalıdır⁴⁰⁵. Şirketin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği sermayesinin

⁴⁰³ Değişim oranının düzeltilmesi için açılacak davaların uzun sürmesi nedeniyle alacaklı için teminat talebinin bu tür kaynak akışları sebebiyle tehlikelere karşı hiç bir koruma sağlamayacağı yönünde bkz. Philipp, s.269-270.

⁴⁰⁴ Eugster, N.436.

⁴⁰⁵ Bürgi, Paul/Glazmann, Lukas: SHK, m.105 N.22; Eugster, N.438; Bork, Lutter-UmwG, m15 N.5.

Yeniden yapılmada ortaklık haklarının korunması amacıyla yapılacak ödemelerin sınırı şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği özsermayeye miktarı olduğu için ortaklar, şirketi TTKT m.191 yoluyla sermayenin muhafazasına ilişkin hükümleri ihlale zorlayamayacaktır (Eugster, N.523).

Ortaklara ödenecek denkleştirme akçesinin sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlerle, dolayısıyla üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir özsermaye ile sınırlandırılmasının kanuni dayanaktan yoksun olduğu yönünde bkz. Meiter-Dieterle, Felix: ZK-FusG, vor. m.105-108.

Söz konusu duruma ilişkin görüş farklılıklarının, tartışmaların ortakların korunması ile alacaklıların korunması arasındaki ilişkiye dayandırılmasından kaynaklandığını belirten *Emch* ise denkleştirme akçesi bakımından

denkleştirme ödemeleri için yeterli olmaması halinde, bu ödemeler nedeniyle sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlerin ihlalinin önlenmesi amacıyla öğretide bu ödemelerin serbestçe tasarruf edilebilir sermayeyi aşan kısmının ne şekilde yapılabileceği konusunda çeşitli çözümler ileri sürülmektedir. Buna göre serbestçe tasarruf edilebilir sermayeyi aşan kısmın, sermaye azaltımı yoluyla ifası⁴⁰⁶ veya denkleştirme akçesi ödenecek ortakların kabulü halinde ödünç statüsü tanınması ya da imtiyazlı vasıtasıyla yaratılan finansal imtiyaz hakların, özellikle kar veya tasfiye hisselerinin kullanılması önerilmektedir⁴⁰⁷. Denkleştirmenin devralan şirketin pay sahipliği hakları ile ifası halinde de yeni çıkarılan payların karşılığı üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir sermayeden karşılanmalıdır⁴⁰⁸. Alacaklı açısından bakıldığında, denkleştirmenin devralan şirketin ortaklık haklarıyla ifası, şirketin malvarlığında herhangi bir değişikliğe yol açılmaması bakımından daha elverişli bir çözüm olarak kendini göstermektedir⁴⁰⁹.

TTKT m.191'e göre ödenen denkleştirmelerin sermayenin muhafazasına ilişkin hükümlerin ihlaline yol açması halinde ise, TTKT m.192 (FusG m.106) uyarınca iptal davası açılabilecektir⁴¹⁰. Dolayısıyla bu durumda yeniden yapılanmanın geçerliliğinin korunmasındaki mefaatler yerine sermayenin muhafazasındaki menfaatlere üstünlük tanınmak suretiyle⁴¹¹ alacaklının korunmasının öncelikli önemi haiz olduğu kabul edilmelidir. Zira üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir sermayenin denkleştirme ödemeleri için yeterli olmaması ve bu ödemenin başka bir şekilde ifası hakkında şirket ile ortaklar arasında anlaşmanın sağlanmaması halinde, yeniden yapılanmanın geçerli kılınmasına yönelik bir tercih nihayetinde iflasa yol açacağı için kabul edilebilir bir çözüm değildir⁴¹².

ec) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.157'ye göre Gösterilmesi Gereken Teminatlar

TTKT m.157'e göre talepte bulunan alacaklılara verilecek teminatlar, şirketin malvarlığını bağlı hale gelmesine yol açmaktadır. Malvarlığının bu surette bağlanması ise,

ortakların da şirket alacaklısı sayılması gerektiğine dikkat çekerek, önceliğin alacaklının korunmasına veya sermayenin korunmasına tanınması gerektiği şeklinde bir yorumun kanundan çıkarılmayacağını ifade etmektedir (Emch, s.160). Yeniden yapılanma nedeniyle korunması gereken alacakların, hukuki sebeplerinin yeniden yapılanma öncesinde doğmuş olması gerekliliği karşısında (bkz. 4.Blm./II/A ve F), ortakların denkleştirme alacakları bakımından yeniden yapılanma hükümlerine göre korunması gereken alacaklılar olarak addedilmesinin mümkün olmadığı fikrindeyiz.

⁴⁰⁶ Dubs, Dieter: BSK-FusG, m.105 N.29.

⁴⁰⁷ Eugster, N.439–440–441; Emch, s.158 ve 159.

⁴⁰⁸ Eugster, N.445.

⁴⁰⁹ Eugster, N.445.

⁴¹⁰ Eugster, N.442 ve 446.

⁴¹¹ Eugster, N.442 ve 446.

⁴¹² Eugster, N.523.

teminat talebinde bulunmamış alacaklıların alacaklarının ifasını tehlikeye düşürebilecektir⁴¹³. Ancak bu tür bir tehlikenin söz konusu olup olmadığı somut duruma göre belirlenmelidir. Örneğin,. Çünkü bu hususta şirketin vadede yükümlülüğünden kurtulmasının teminatın paraya çevrilmesi mi veya ifa yoluyla mı olduğu önemli olmadığı için kısa vadeli yükümlülüklerle karşılık olarak nakdi kaynakların tevdi edilmesi, uzun vadeli yükümlülüklerin ifasını tehlikeye atabilecektir⁴¹⁴.

Geleceğe ilişkin tahminler, şirketin ekonomik açıdan sağlıklı bir seyir sergileyeceğine işaret ediyorsa, sadece teminat taleplerinin dahil edilmesi sebebiyle tehlikeye düşme kabul edilmemelidir⁴¹⁵. Bununla birlikte geleceğe ilişkin tahminlerde muhtemelen serbest kalacak teminatlar dikkate alındığında dahi, TTKT m.157 uyarınca verilecek teminatların yaratabileceği zincirleme etki (dominoeffekt) varlığını sürdürüyor ise, ifanın tehlikeye düşmesinin tespitinde bu teminatların dikkate alınmaması suretiyle şirketin menfaatlerinin ve ekonomik açıdan yeterli şirketlerin oluşturulması ümidini vaad etmeyen bu birleşmenin korunması mümkün olmamalıdır⁴¹⁶.

Teminat talebine ilişkin süre hak düşürücü süre olarak düzenleyen kanun koyucunun amacı alacaklıyı teminat talep etmeye zorlamak ve bu teminat vasıtasıyla alacaklının kendi hukuki pozisyonunu iyileştirmesini veya diğer alacaklılara nazaran daha kötü bir duruma düşmemesini sağlamaktır⁴¹⁷. Malvarlığının TTKT m.157'ye göre gösterilen teminatlar nedeniyle bağlı hale gelmesinin diğer alacakların ifasının tehlikeye düşmesi şeklindeki zincirleme etkisinin bertaraf edilebilmesi için öğretide m.157'ye göre gösterilecek teminatların tehlike sebebi olarak nitelendirilmemesi ileri sürülmektedir⁴¹⁸. Teminat taleplerinin tehlike sebebi olarak kabulünün teminat taleplerinin önemli ölçüde genişlemesine hatta bu taleplerin birbirlerini engellemesine ve şirketin iflasına yol açabileceği vurgulanmaktadır⁴¹⁹. Bu görüş, söz konusu tehlikenin doğrudan birleşmeden kaynaklanmadığı, hükmün engellemeyi hedeflediği zarara yol açmasının önlenmesi için hukuki sonuçlar bakımından dikkatle uygulanmasının zorunlu olduğu şeklinde gerekçesine dayandırılmıştır⁴²⁰. Buna karşılık TTKT m.157'nin bir amacının da menfaatler arasında denge

⁴¹³ Soldierer, s.94; Ries, s.97; Schneller, s.234; Truffer, BSK-FusG, m.25 N.4.

⁴¹⁴ Soldierer, s.95. Vade bakımından bu tür bir ayrıma yer vermeyen *Ries* bir alacaklıya verilen teminatın tehlikenin varlığına işaret ettiği, dolayısıyla diğer alacaklıların alacaklarının da teminata bağlanması şansını artırdığı görüşündedir (Ries, s.98).

⁴¹⁵ Soldierer, s.95.

⁴¹⁶ Schmidt, Gläubigerschutz, s.383; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.5.

⁴¹⁷ Böckli, Peter: Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetz, ST 2004, s.908; von Salis, N.15.16 (T III).

⁴¹⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.31.

⁴¹⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.31.

⁴²⁰ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.31.

kurmak olduđu⁴²¹, mevzuatta açıklanan görüşü destekleyen bir sınırlamanın yer almadığı ve tehlikenin tespitinde şirketin ifa gücünün belirleyici olması gerektiği dikkate alındığında, kaynak akışına yol açan sebepler arasında ayırım yapılması yerinde değildir⁴²².

Bununla birlikte teminat, denkleştirme akçesi ve tazminat ödemelerinden farklı olarak malvarlığının gerçek bir akışına yol açmamakta bilakis tevdi, rehin ve benzeri vasıtalarla sadece malvarlığının bağlı hale gelmesine neden olmaktadır⁴²³. Dolayısıyla borcun ifasından sonra teminat tekrar serbest hale gelmekte ve bu andan itibaren diğer alacaklar için tehlike azalmakta veya ortadan kalkmaktadır⁴²⁴.

f) Faaliyet Gösterilen Piyasanın Değişmesi

Şirketin karını etkileyen unsurlardan birisi olması nedeniyle faaliyet gösterilen piyasanın göstereceği gelişim de tehlikenin tespitinde dikkate alınmalıdır⁴²⁵. Faaliyet gösterilen piyasanın göstereceği gelişim şirketin malvarlığını doğrudan etkilememekle birlikte şirketin ifa gücünün tespitinde belirleyici olabilmektedir⁴²⁶. Zira ekonomik faaliyet alanının ve buna paralel olarak faaliyet gösterilen piyasanın birleşme nedeniyle farklılaşması, risk faktörünü etkilemektedir⁴²⁷. Mesela üretim şirketinin müşterisi tarafından devralınması yoluyla birleşmesi örneğinde olduğu gibi⁴²⁸, bazı hallerde rekabet baskısı alacakların ifası konusunda endişe yaratacak kadar yüksek olabilir⁴²⁹.

Benzer piyasalarda birleşmeler ise yerel bir piyasa liderinin birleşmeden sonra ulusal veya uluslararası yoğun rekabet piyasalarında devam etmek zorunda olmasına yol açabilir⁴³⁰. Bu tür durumların ne zaman somut tehlikeye yol açacağı soyut olarak cevaplanamayacağı için şirketin ilgili piyasadaki konumu ve piyasanın göstereceği gelişim, ifa gücünün tespitinde mümkün olan en objektif şekilde dikkate alınmalıdır⁴³¹.

⁴²¹ Soldierer, s.94; Ries, s.24. Ayrıca bkz. 4.Blm./I.

⁴²² Soldierer, s.95.

⁴²³ Soldierer, s.95.

⁴²⁴ Soldierer, s.95.

⁴²⁵ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.12.

⁴²⁶ Soldierer, s.95.

⁴²⁷ Soldierer, s.96.

⁴²⁸ Bkz. 4.Blm./IV/1/C/b

⁴²⁹ Soldierer, s.96.

⁴³⁰ Soldierer, s.96.

⁴³¹ Soldierer, s.96.

E. Borç İlişkisinden Kaynaklanan Tehlikeler

a) Alacağın Şirket İçin Önemli Sayılmasının Somut Tehlike Teşkil Etmemesi

Birleşmeden sonra şirketin kendisi için özel bir öneme sahip bazı alacaklıların alacaklarının ifasında daha büyük bir menfaatinin bulunmaktadır⁴³². İşletmede kullanılan araç gereçler için ödenen leasing taksitleri, işletme için alınan kredilerin taksitleri veya teslimatçının alacakları şirket için kural olarak önceliklidir⁴³³.

Bununla birlikte ifa güdüsü niteliğindeki bu tür spekülatif düşüncelere dayanılarak ifa gücünün sınıflandırılması mümkün değildir⁴³⁴. Bir başka ifadeyle ifa gücünün tespitinde, daha önemli ve daha önemsiz alacaklar ayrımı yapılamaz.

b) Vadesi Aynı Olan Alacakların İfasının Tehlikeye Düşmesi

İfa gücüne ilişkin tahminler toplam borç miktarının yüksekliği sebebiyle vadesi aynı olan alacaklardan bazılarının ifa edilemeyeceğini gösteriyorsa bunun diğer alacakların ifasına etkisi ve ifası tehlikeye düşebilecek alacakların somutlaştırılmasının mümkün olup olmadığı problemlidir⁴³⁵. Vadenin farklı olması halinde ise bu tür bir tartışma söz konusu değildir.

BK m.68'e göre borçlunun kural olarak kısmi ifaya yetkili olmadığı dikkate alındığında aynı günde muaccel olan alacakların tümünün ifasının tehlikeye düştüğünden hareket edilmelidir⁴³⁶. Bu tür alacaklar bakımından bir itfa düzenlemesine karar verilmesi borçluyu ilgilendiren bir mesele olduğundan bu kararın yol açacağı ek riske tüm alacaklılar aynı şekilde maruzdur⁴³⁷.

F. Birleşme ve İfanın Tehlikeye Düşmesi Arasındaki Nedensellik Bağı

Alacaklının teminat istemine karşı itiraz edilmemiş olması veya alacağın ifasının tehlikeye düşmesinin nedensel olarak birleşmeye dayanmadığının şirket tarafından işlem denetçisi raporu ile kanıtlanamamış olması halinde, teminat gösterilmelidir (TTKT m.157/f.3). Yukarıda açıklanan tehlike sebeplerinin irdelenmesi bilhassa bu aşamada şirket ile alacaklılar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından önem taşımaktadır. Zira alacağın

⁴³² Soldierer, s.100.

⁴³³ Soldierer, s.100.

⁴³⁴ Soldierer, s.100.

⁴³⁵ Soldierer, s.101.

⁴³⁶ Soldierer, s.101.

⁴³⁷ Soldierer, s.101.

ifasının birleşmeden önce tehlikeye düştüğünün⁴³⁸ veya ifanın tehlikeye düşmesinin birleşmeden kaynaklanmadığının ispatlanması halinde, teminat verilmeyecektir.

Tehlikeye düşme birleşmeden önce gerçekleşmiş olsa bile birleşme tehlikeye düşmenin derecesini artırıyor ise nedensellik mevcuttur⁴³⁹. Bu bakımdan tehlike artışının derecesi önemli değildir⁴⁴⁰. TTKT m.157'nin amacı birleşmeden kaynaklı her türlü ifa edilmeme riskine karşı alacaklıyı korumak olduğu için önemsiz kötüleşmeler de dikkate alınmalıdır.

Öğretide tehlike artışının kısmen “ilgili verilerin önemli ölçüde kötüleşmesi”⁴⁴¹ veya “sermaye finansmanı ya da likiditenin önemli ölçüde kötüleşmesi”⁴⁴² ölçütlerine göre tespit edilmesi yönündeki görüşlerin savulması da yukarıdaki çözüm ile çelişmemektedir. Zira somut tehlike artışı, kural olarak ancak getiri gücü tahminleri, özvarlık oranı ve tahmin edilen likiditeye dayalı olarak ölçülen ifa gücünün gerçekten kötüleşmesi halinde söz konusudur⁴⁴³.

Nedenselliğin niteliğine dayanılarak belirli alacakların teminata elverişli alacaklar kapsamından çıkarılmasının mümkün ya da gerekli olup olmadığı belirsizdir⁴⁴⁴. Bu hususta öğretide ayrılan kollektif şirket ortağının ayrılardan itibaren 3 yıl içinde muaccel olan ve ileri sürülen şirket borçlarından dolayı sorumluluğunu düzenleyen TTKT m.264'ün⁴⁴⁵ nedensellik çerçevesinde değil bilakis teminat miktarının sınırlandırılmasında kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴⁶.

Bununla birlikte katılan şirketlerin ekonomik verilerine dayanan tahminler belirli alacakların ifasının birleşme nedeniyle tehlikeye düşürüldüğü yönündeyse, bu tür bir tahminden 3 yıldan sonrası için vazgeçilebilmesinin yerindeliği kuşkuludur⁴⁴⁷. Zira birleşme

⁴³⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.34; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.12; , Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.13.

⁴³⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.12; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.13.

⁴⁴⁰ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.12; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.13. Birleşmenin tehlikenin derecesinin önemli derecede artmasına yol açması halinde teminat talebinin mümkün olduğu görüşü için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.34.

⁴⁴¹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.34.

⁴⁴² Marsch-Barner, Kallmeyer, m.22 N.7. Özvarlık finansmanı ya da likidite durumunun görülebilir şekilde kötüleşmesi gerektiği görüşü için bkz. Engelmeyer, s.381.

⁴⁴³ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.34.

⁴⁴⁴ Soldierer, s.102.

⁴⁴⁵ Alman hukukunda ayrılan kollektif şirket ortağının sorumluluğunu düzenleyen HGB m.160'da ayrılan ortağın bu ana kadar doğmuş olan yükümlülüklerden sorumluluğu, ayrılardan itibaren 5 yıl içerisinde muaccel olan yükümlülükler ile sınırlandırılmıştır. İsviçre Borçlar Kanununda da kollektif şirkette ayrılan ortak bakımından ayrılma anına kadarki hak ve yükümlülüklerin devam edeceği (m.576) ve zamanaşımı süresinin ayrılardan itibaren 5 yıl olduğu hükme bağlanmıştır (m.591).

İsviçre Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemekle bu Kanunun 576. maddesinin uygulanması bakımından yargı ve öğretide alacağın hukuki sebebinin oluştuğu anın belirleyici kabul edildiği yönünde bkz. Staehelin, Daniel: BSK-OR II, m.576 N.10.

⁴⁴⁶ Jaeger, s.1070 vd.

⁴⁴⁷ Soldierer, s.103.

kapsamında devredilen uzun vadeli tahvillerin ilk olarak tahvilin vadesinde şirket likiditesini doğrudan etkilemesi örneğinde olduğu gibi, birleşmenin alacaklılar üzerindeki etkisi yıllar sonra da ortaya çıkabilir⁴⁴⁸. Bu nedenle, belirli bir tarihten sonra nedenselliğin artık mevcut olmadığı şeklinde genel bir yargıdan hareket edilememelidir⁴⁴⁹.

2. Bölünmede

Münferit malvarlığı devirlerinin gerçekleştiği bölünmede de esas itibarıyla birleşme ile aynı tehlikelere yol açmaktadır⁴⁵⁰. Bununla birlikte tam ve kısmi bölünme malvarlığının yeniden dağılımına da yol açtığı için alacaklı için önemli bir ek tehlike mevcuttur⁴⁵¹. Zira münferit yükümlülükler bölünme planında alacaklıların aleyhine bir şekilde tahsisi ihtimal dahilindedir⁴⁵². Alacaklıların onayı olmadan malvarlığı ve yükümlülüklerin bu tür bir devri birleşmeden farklı olarak kısmi külli halefiyet yoluyla olmaktadır⁴⁵³. Devralan şirkete devraldığı malvarlığına nazaran daha fazla ek yükümlülük devredilmesi tehlikesi, devralan şirketin alacaklılarını tehdit etmektedir⁴⁵⁴. Mevaz Birleşme Kanununun gerekçesinde devredilen malvarlığı bölümlerinin aktif fazlası göstermesinin zorunlu olduğu belirtilmekle birlikte⁴⁵⁵ bölünmeyi düzenleyen hükümlerde, bu husus açıkça düzenlenmemiştir. Devredilen malvarlığı bölümlerinin aktif fazlası göstermesi sağlansa bile, bu durumda bölünen şirketin alacaklılarının alacakları bakımından ek bir güvence bulunmamaktadır.

TTKT m.176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci derece sorumluluğunun düzenlenmiş olması, somut olarak tehlikeye düşmenin incelenmesi çerçevesinde bu maddenin de dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.

Birleşmede olduğu gibi ilgili bölünme türüne göre ortaya çıkan soyut tehlikeler herhalükarda somut olarak tehlikeye düşme bakımından emare niteliğindedir⁴⁵⁶. Dolayısıyla bölünmede de ifanın tehlikeye düşüp düşmediği, borçlunun ifa gücü dikkate alınarak tespit edilmelidir⁴⁵⁷.

⁴⁴⁸ Soldierer, s.103.

⁴⁴⁹ Soldierer, s.103.

⁴⁵⁰ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.120.

⁴⁵¹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.120 vd.; Hommelhof/Schwab, Lutter – UmwG, m.133 N.70?

⁴⁵² Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.121 Hommelhoff./Schwab, Lutter – UmwG, m.133 N.??; Engelmeyer, s.374; Murawo, Bernhard: Anteilseigner und Gläubigerschutz bei Unternehmensspaltungen, Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, s. 442.

⁴⁵³ Teichman, Lutter – UmwG, m.123 N.9?; Engelmeyer, s.373

⁴⁵⁴ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.117; Habersack, Mathias: Grundfragen der Spaltungshaftung nach § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG, Festschrift für Gerald Bezenberger, Berlin 2000, s. 93; Ihrig, ZHR 1996, s.337.

⁴⁵⁵ BtschftFusG, s.4431.

⁴⁵⁶ Soldierer, s.159.

⁴⁵⁷ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.118; Kallmeyer, Kallmeyer-UmwG, m.133 N.22; Engelmeyer, s.378.

Bu bağlamda ifanın somut olarak tehlikeye düşmesinin belirlenmesinde ikinci dereceden sorumlu şirketlerin ifa gücü de önemli rol oynamaktadır ki tehlikeye düşme ancak müteselsil sorumlu şirketlerden hiç birisinin ifa edecek konumda olmaması halinde mevcut olacaktır. Müteselsil sorumluluk belli alacaklar için düzenlenmiştir. Bu nedenle tehlikeye düşmenin belirlenmesinde müteselsil sorumluluğun hangi alacaklar için geçerli olduğu da dikkate alınmalıdır. TTKT m.176'da (FusG m.47) bölünme plan/ sözleşmesiyle kendisine borç tahsis edilen şirketten bahsedilmektedir. Bu nedenle ikinci derece müteselsil sorumluluk sadece devreden şirketin bölünme plan/sözleşmesiyle devredilen eski borçları için düzenlenmiştir⁴⁵⁸.

Dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklıları⁴⁵⁹ ile devreden şirketin bölünme plan/sözleşmesi devredilmeyen yükümlülüklerinin alacaklıları, sadece TTKT m.176'ya göre teminat talep edebilecektir. Bundan dolayı söz konusu alacaklıların alacaklarının somut olarak tehlikeye düşüp düşmeyeceğinin incelenmesinde sadece ilgili şirketin ifa gücüne dayanılmalıdır⁴⁶⁰.

Edim bölünebilir nitelikteyse ve müteselsil borçlular borcu tek başına değil ancak birlikte ifa edebilecek durumda olacaklarsa tehlikeye düşme keza ortadan kalkacaktır⁴⁶¹.

Bölünmede malvarlığı devirleri ayrı ayrı değerlendirildiğinde birleşme sürecine benzer bir durum ortaya çıktığı için⁴⁶² birleşme çerçevesinde tehlike tahminine ilişkin tespitlere dayanılabilir. Bununla birlikte katılanların ve bu suretle sorumlu olanların sayısı sebebiyle birden çok sayıda yapılması gereken tahminler tek ve müteselsil borçluların ifa gücüne bütün olarak dayanmak suretiyle gerçekleştirilmelidir⁴⁶³. Sadece katılan şirketlerin bölünmeden sonra faaliyet göstereceği piyasaların tasavvur edilebilir farklılıkları bu noktada önemli bir tahmin masrafına yol açmaktadır⁴⁶⁴.

Bölünmenin ortakların şahsi sorumluluğunun kalkmasına yol açması halinde alacaklılar TTKT m.158'e göre ortakların devam eden sorumluluğu vasıtasıyla üç yıl süreyle korunmuştur. Bu TTKT m.176'ya göre müteselsil sorumluluğun yanında etkisini göstermektedir⁴⁶⁵. Bu tür durumlarda somut tehlike ancak şahsi sorumluluğu devam edenler

⁴⁵⁸ UmwG m.133/f.1'de ise devreden şirketin bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce doğmuş olan yükümlülükleri için bölünmeye katılan şirketlerin birinci dereceden müteselsilen sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Tasarıda daha sınırlı bir düzenleme öngörülmüştür.

⁴⁵⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.4; Kallmeyer, Kallmeyer-UmwG, m.133 N.22.

⁴⁶⁰ Soldierer, s.160.

⁴⁶¹ Soldierer, s.159.

⁴⁶² Ihrig, ZHR 1996, s.338.

⁴⁶³ Soldierer, s.159. İspatın katılan şirketlerce birlikte yapılması yönünde bkz. yukarıda 4.Blm/B/II/2.

⁴⁶⁴ Soldierer, s.159.

⁴⁶⁵ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.5.

de dahil tüm iştirak edenlerin muhtemelen alacağı ifa edecek konumda olmamaları halinde kabul edilebilecektir⁴⁶⁶.

V. ALACAKLININ İNCELEME HAKKI

1. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel Hükümlerinde

Ticaret Kanunu Tasarısının 524. maddesinde yönetim kurulunun bilanço gününden itibaren 6 ay içinde finansal tabloları, yıllık faaliyet raporunu, kar dağıtımına ilişkin genel kurul kararını, denetçinin anılan Tasarının 403. maddesi uyarınca verdiği görüşü ve genel kurulun buna ilişkin kararını Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile Türkiye genelinde yayın yapan tirajı en az elli bin olan bir gazetede ilan ettirmesi ve internet sitesine koyması hükme bağlanmıştır. Böylelikle üçüncü kişilere de söz konusu belgeleri inceleme hakkı tanınmıştır.

TTK'nın bilgi alma hakkı başlıklı 362. maddesi ise bu tür bir hakkı sadece ortaklara tanımaktadır. Buna göre kar ve zarar hesabı, bilanço, yıllık rapor, safi karın ne şekilde dağıtılacağına ilişkin teklifler ve denetçiler tarafından verilecek rapor olağan genel kurul toplantısından 15 gün önce şirketin merkez ve şubelerinde sadece ortakların incelemesine hazır bulundurulmalıdır. Toplantıdan itibaren 1 yıl süreyle kar ve zarar hesabı, bilanço ve yıllık rapor yine sadece ortakların incelemesine hazır kalmaktadır. Buna karşılık ortakların bilgi alma ve inceleme hakkı söz konusu Tasarıda daha ayrıntılı düzenlenmiştir. TTKT m.437/f.1 uyarınca finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kar dağıtım önerisi genel kurul toplantısından en az onbeş gün önce ortakların incelemesine hazır bulundurulmalıdır.

TTKT'de inceleme hakkının sadece ortaklara tanınmasından vazgeçilmesi çok önemli bir yeniliktir. Bilgi edinme hakkı mevcut alacaklılara, potansiyel alacaklılara, yatırımcılara kısaca kamuya tanınmıştır. Bu hakkın kullanımı içinse hiç bir koşul öngörülmediği gibi hakkın kullanımı önemli ölçüde kolaylaştırılmıştır. Söz konusu belgelerin incelemeye hazır bulundurulduğunun ilanı değil belgelerin ilanı öngörülmüştür. Finansal tablolar yanında denetçi raporunun da yayınlanması, kural olarak bu tabloları analiz edebilecek teknik bilgiden yoksun alacaklılar bakımından inceleme hakkının işlevini gerçek anlamda yerine getirmesini sağlayabilecektir. Dolayısıyla finansal tabloların denetimi ve denetim raporunun yayınlanması alacaklılara tanınan inceleme hakkını güçlendirmektedir⁴⁶⁷. Bunun yanında yönetim kurulunun yükümlü olduğunun açıkça düzenlenmiş olduğu için sorumluluk davasının söz konusu olması halinde kimin davalı olacağı yönündeki tartışmalar başından önlenmiştir.

⁴⁶⁶ Soldierer, s.160.

⁴⁶⁷ Leffson, Ulrich: Gläubigerschutz, Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, s.311.

TTKT m.524’de şeklen tanınan bilgi alma hakkının, kendisinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi ise, Tasarının söz konusu belgelerin nitelik ve içeriğini açıkça düzenleyen hükümleri vasıtasıyla sağlanmıştır⁴⁶⁸.

TTTKT m.524’ün alacaklının korunması açısından isabetli bir düzenlemeye yer verdiği ve şirketin ekonomik durumu hakkında güvenilir şekilde bilgi verilmesini hedeflediği açıktır. TTKT m.524’ün esas itibarıyla tüm sermaye şirketlerinin yıllık hesaplarının Ticaret Sicilinde yayımlaması öngören 68/151/EWG sayılı Yönergeyle, dolayısıyla Avrupa Birliği Hukuku ile uyumlu olduğu söylenebilir.

2. Birleşmede

A. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

a) İnceleme Hakkının Konusu

TTKT m.149/f.1’e göre birleşmeye katılan şirketlerden herbiri, merkezleriyle şubelerinde, halka açık anonim şirketler ise SPK’nın öngöreceği yerlerde, genel kurul kararından önceki 30 gün içinde,

1. Birleşme sözleşmesini,
2. Birleşme raporunu,
3. Denetleme raporunu,
4. Son üç yılın finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilançolarını,

ortakların, intifa senedi sahipleriyle şirket tarafından ihraç edilmiş bulunan menkul kıymet hamillerinin, menfaati bulunan kişilerin ve diğer ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü tutulmuştur. Sermaye şirketlerinin de birleşmeye katılması halinde söz konusu belgeler bu sermaye şirketlerinin internet sitelerinde de yayınlanmalıdır⁴⁶⁹. Ayrıca birleşmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanan ve internet sitelerine de konulan ilanda inceleme yapma hakkına işaret etmelidir (TTKT m.149/f.3).

Söz konusu düzenleme şirketin inceleme hakkını sağlama yükümünün sadece kendisine ait söz konusu dokümanlarla mı sınırlı olduğu yoksa bu yükümün diğer şirketlerin söz konusu dokümanlarını da kapsayıp kapsamadığı sorusunu düşündürmektedir. TTKT m.149’da “*Birleşmeye katılan şirketlerden her biri,....a) Birleşme sözleşmesini, b) Birleşme*

⁴⁶⁸ TTKT m.515, m.516, m.402 vb.

⁴⁶⁹ İnternet sitesine erişimin usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenecektir (TTKT m.1524/f.2).

raporunu, c) Denetleme raporunu, d) Son üç yılın finansal tablolarıyla yıllık faaliyet raporlarını, gereğinde ara bilançolarınıincelemesine sunmakla yükümlüdür” ifadesi söz konusu yükümün kapsamı bakımından değerlendirilmelidir.

Bu hükmün lafzında şirketin inceleme hakkını sağlama yükümü, kendisine ait söz konusu belgelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre de birleşmeye katılan diğer şirketlere ilişkin belgeler, bu şirketlerin merkezinde veya internet siteleri vasıtasıyla incelenebilecektir. Bununla birlikte TTKT m.149/f.4’de birleşmeye katılan her şirketin, inceleme hakkına konu belgelerin nereye tevdi edildiklerini ve *nerelerde* incelemeye hazır tutulduklarını, tevdiden en az üç iş günü önce, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile şirket sözleşmesinde öngörülen gazetelerde ve sermaye şirketlerinin de internet sitelerinde ilan edileceği hükmüne bağlanmıştır. Söz konusu maddenin 3. fıkrasında inceleme hakkına Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanan ve internet sitelerine konulan ilanda işaret olunacağı düzenlenmişken, 4. fıkra da inceleme hakkının *nerelerde* kullanılabileceğinin ayrıca ilanın öngörülmüş olması ise birleşmeye katılan tüm şirketlerin aynı zamanda diğer şirketlerle ilgili belgeleri de incelemeye sunabileceği yorumunu mümkün kılmaktadır. TTKT m.147/f.1’in birleşme raporunun birlikte hazırlanmasına izin veren 1. fıkrası da bu yorumu haklı çıkarmaktadır. Ayrıca inceleme hakkının amacına ulaşabilmesi, birleşmeye katılan diğer şirketlerin söz konusu belgelerinin de incelenmesi ile mümkündür.

Bu bağlamda mehzaz Birleşme Kanunu m.16’da⁴⁷⁰ birleşmeye katılan şirketlerden her birinin birleşmeye katılan tüm şirketlerin ilgili belgelerinin incelenmesini sağlamakla yükümlü olduğunun açıkça düzenlenmiş olmasının yoruma yer bırakmaması bakımından isabetli olduğu fikrindeyiz.

b) İnceleme Hakkının Önemi

Ortaklar dışındaki kişilere de birleşme öncesinde inceleme hakkı tanınmış olması önemli bir düzenlemedir. Zira bu hak diğer menkul kıymet hamili sayıldıkları için tahvil ve diğer borçlanma senedi sahibi statüsündeki alacaklılara, menfaati bulunan kişilere ve diğer ilgililere tanınmıştır. Böylelikle şirketin menfaatleri karşısında üçüncü kişilerin menfaatleri üstün tutulmuştur⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ FusG m.16’da birleşmeye katılan şirketlerden her birinin, birleşmeye katılan şirketlerin tümünün bu maddede sayılan belgelerini inceleme hakkını sağlayacağı düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde ise inceleme hakkının katılan her bir şirketin merkezinde kullanılabileceğine işaret olunmuştur (BtschftFusG, s.4416).

⁴⁷¹ V-FusG m.17’de üçüncü kişilere tanınmış olan inceleme hakkının, birleşmeyi zorlaştırabileceği ve şirketin menfaatlerini zedeleyebileceği için Kanunda düzenlenmediği yönünde bkz. BtschftFusG, s.4416.

Birleşme Yönergesinin 6. maddesinde, birleşme sözleşmesinin taslağının bu konuda karar verecek olan genel kurul toplantısından en az bir ay önce birleşen şirketlerin her biri için, 68/151/AET sayılı Yönergenin Ticaret Sicili vasıtasıyla aleniyeti düzenleyen 3. maddesine göre yayımlanması öngörülmüştür. Dolayısıyla birleşme kararı öncesinde üçüncü kişilere birleşme sözleşmesini inceleme hakkı tanınmış olması Birleşme Yönergesine uygundur⁴⁷².

Bununla birlikte TTKT m.149 uyarınca menfaati bulunan kişiler ve diğer ilgililerin kimler olduğu ne bu maddeden ne de gerekçeden anlaşılamamaktadır. Bize göre halihazırdaki alacaklılar ve potansiyel alacaklılar inceleme hakkını kullanabilmelidir. Ancak menfaati bulunma ve ilgili kişi olma konusundaki ölçütlerin belirsiz olması nedeniyle bu hususta şirket ile inceleme hakkını kullanmak isteyen kişiler arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklar hakkın fiilen kullanılmasını engelleyebilecektir. Bu nedenle söz konusu hususların belirlenştirilmesine ihtiyaç olduğu fikrindeyiz.

Değinilmesi gereken bir diğer mesele ise ortaklar dışındaki kişilere birleşme öncesinde tanınan bu inceleme hakkının pratik açıdan ne gibi bir fayda sağlayacağıdır. Zira TTKT’de alacaklılara birleşmeye itiraz hakkı tanınmamıştır. Tasarıda tahvil sahipleri genel kuruluna yer verilmediği için inceleme hakkının tahvil sahipleri toplantısı bakımından önem taşıdığı da iddia edilemez. İnceleme hakkının alacaklının teminat talep edip etmeme konusundaki kararında önemli olduğu düşünülebilir. Ancak böyle bir düşünce inceleme hakkının muhatabı olarak alacaklıların neden açıkça sayılmadığı ve inceleme hakkının neden TTKT m.157’ye göre teminat talep etme hakkı ile birlikte düzenlenmediği soruları karşısında şüpheye maruz kalmaktadır. Şöyle ki TTKT m.35/f.2 uyarınca birleşmenin tescilinden sonra tescile esas teşkil eden belgeleri⁴⁷³ incelemesi⁴⁷⁴ mümkün olan alacaklı, anonim şirketin finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporları bakımından ise bilgi alma hakkını TTKT m.524’e göre kullanabilmektedir⁴⁷⁵. Bu mülahazalar karşısında tescil öncesinde inceleme hakkının ne gibi yarar sağlayacağı konusunda, tescilin engellenebilmesi olasılığı akla gelmektedir. Dolayısıyla TTKT m.149’da inceleme hakkı tanınan kişiler birleşmenin gerçeğe veya kanuna uygun

⁴⁷² İsviçre hukukunda birleşme kararı öncesinde üçüncü kişilere birleşme sözleşmesini inceleme hakkı tanınmamış olmasının Birleşme Yönergesine aykırı olduğu yönünde bkz. Hirsiger, s.88 ve 410.

⁴⁷³ İsviçre hukukunda birleşmenin tescilinde başvuruya eklenmesi gereken belgeler 7 Haziran 1937 tarihli HRegV m.105a’da düzenlenmiştir. Buna göre Ticaret Sicilinde birleşme bilançosunu incelemesine izin verilen alacaklının inceleme hakkının V-FusG’ye m.17/f.4’e nazaran içerik itibarıyla daraldığı yönünde bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.13. Bu hususta bkz. 4.Blm./V/2/B.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının kanunlaşması halinde tescil başvurusuna eklenmesi gereken belgelerin Ticaret Sicili Tüzüğünde düzenlenmesi gerekmeyle birlikte, çalışmamızda söz konusu belgelerin tescil başvurusuna ekleneceği varsayımından hareket edilmiştir.

⁴⁷⁴ BtschftFusG, s.4416.

⁴⁷⁵ Bkz. 4.Blm./V/1.

olmadığı ya da kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğu iddiasıyla sicil memuruna başvurarak tescili engelleyebilmelidir⁴⁷⁶.

c) Küçük Ölçekli Şirketlerde İnceleme Hakkının Kapsamının Sınırlandırılması veya Engellenmesi

Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre tüm ortakların onaylaması halinde küçük ölçekli şirketlerde, birleşme sözleşmesi düzenlenmesinden (TTKT m.147/f.4), birleşmenin denetlenmesinden (TTKT m.148/f.4) ve inceleme hakkının kullanılmasından (TTKT m.149/f.5) vazgeçilebilir. TTKT m.149'da kendisine inceleme hakkı (f.1) ve inceleme hakkına konu belgelerin suretini alma hakkı (f.2) tanınan kişilerin TTKT m.149/f.5 uyarınca tüm ortakların onayı ile bu haklarını kullanmalarının engellenmesi isabetli değildir. Dolayısıyla oybirliği ile somut duruma göre alacaklıların inceleme hakkının kapsamının daraltılması veya engellenmesine izin verilmiş olması küçük ölçekli şirketlerin katıldığı birleşmelerde alacaklılar bakımından olumsuzluk arz etmektedir.

Küçük ölçekli şirketlerde inceleme hakkından vazgeçilmesi halinde, bu şirketin ortaklarının diğer şirketlerde inceleme hakkını kullanıp kullanamayacağı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre küçük ölçekli şirketlerin ortaklarının diğer şirketlerde inceleme hakkını kullanması hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği için (MK m.2/f.2; ZGB m.2/f.2) bu ortaklar inceleme haklarını somut durumdaki feragatları ile sınırlı olarak kullanamamalıdır⁴⁷⁷. Buna karşılık küçük ölçekli şirketlerin birleşmesinde masrafların azaltılması amacını taşıyan bir düzenlemenin bu şekilde yorumlanması öğretide eleştirilmekte ve küçük ölçekli şirketlerin ortaklarının diğer şirketlerde inceleme hakkını kullanabilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁷⁸. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında inceleme hakkının alacaklılara da tanınmış olması karşısında, sadece küçük ölçekli şirketlerin alacaklıları bakımından dahi inceleme hakkı ve bu hakkın kapsamını üzerinde ortakların tasarufta bulunabilmesi eleştiriye açık iken küçük ölçekli şirketin alacaklılarının diğer şirketlerde inceleme hakkını kullanamayacağının kabulü mümkün olmamalıdır. Böyle bir durumda ise küçük ölçekli şirketin ortaklarına diğer şirketlerde inceleme hakkının tanınması evleviyetle kabul edilmelidir.

B. Mehaz Birleşme Kanunu ve Birleşme Kanunu Öntasarısında

İsviçre Birleşme Kanununun 16. maddesinde, birleşmeye katılan şirketlerden her birinin, şirket merkezinde ortaklarına, birleşme kararından önceki 30 gün içerisinde

⁴⁷⁶ Bkz. TST m.44.

⁴⁷⁷ Comboeuf, SHk, m.16 N.6; Kühni, BSK-FusG, m.16 N.12.

⁴⁷⁸ Hirsiger, s.128.

birleşmeye katılan tüm şirketlerin birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu, denetim raporunu ve son üç yıla ilişkin bilançolarıyla yıllık raporlarını icabında ara bilançolarını inceleme hakkı tanıyacakları hükme bağlanmıştır.

Birleşme Kanunu Öntasarısının 17. maddesinin 1. fıkrasında ise, birleşmeye katılan şirketlerin her birinin, genel kurullarının birleşme kararından 30 gün önce birleşme sözleşmesini incelenmek üzere şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki Ticaret Siciline tevdi etmesi düzenlenmişti. Böylece birleşme sözleşmesinin ilgi ispatına gerek olmaksızın herkes tarafından incelenmesine imkan tanınmıştı. Ortakların inceleme hakkına da bu maddenin 2. fıkrasında, Birleşme Kanunun 16. maddesine paralel bir şekilde yer verilmişti. Söz konusu Öntasarının 17. maddesinin 3. fıkrasında ise istemde bulunan alacaklıların son üç yıla ilişkin bilanço ile yıllık raporu, düzenlenmiş olması halinde ara bilançoğu inceleyebilecekleri belirtilmişti.

Yukarıda açıklandığı üzere TTKT’de alacaklılara da inceleme hakkı tanınmış olması, kaynak kanuna nazaran çok daha kapsamlı bir alacaklı korumasının benimsenmiş olduğunu göstermektedir. Zira İsviçre hukukuna göre alacaklılar birleşmede ancak OR m.697h/f.2’ye dayanarak inceleme hakkını kullanabilmektedir. Buna göre korunmaya değer menfaatini ispatlayan alacaklılar bilanço ve denetim raporunu inceleyebilmektedir⁴⁷⁹.

3. Bölünme ve Tür Değiştirme Öncesinde Alacaklılara İnceleme Hakkı Tanınmamış Olması

A. Bölünmede

Bölünmede inceleme hakkına ilişkin TTKT m.171’e (FusG m.41) göre bölünmeye katılan şirketlerden her biri, genel kurul kararından iki ay önce, merkezlerinde, halka açık anonim şirketler ayrıca Sermaye Piyasası Kurulunun uygun gördüğü yerlerde;

1. Bölünme sözleşmesini veya bölünme planını,
2. Bölünme raporunu,
3. Denetleme raporunu,
4. Son üç yılın finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ve varsa ara bilançoları,

bölünmeye katılan şirketlerin ortaklarının incelemesine sunar (f.1). Bunun yanında bölünmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, sermaye şirketleri ayrıca internet sitesinde, inceleme yapma haklarına işaret eden bir ilan yayınlamalıdır (f.4).

⁴⁷⁹ Birleşmenin korunmaya değer menfaat teşkil ettiği yönünde bkz. Hirsiger, s.224.

Söz konusu hüküm ile birleşmede inceleme hakkını düzenleyen TTKT m.149 karşılaştırıldığında bazı farklar dikkati çekmektedir. İlk olarak TTKT m.171’de bölünme belgelerinin incelemeye sunulması yükümlünün bölünmeye katılan tüm şirketlerin ortaklarına karşı olduğunun açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık TTKT m.171’de, TTKT m.149/f.4’e paralel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Değinilmesi gereken en önemli nokta ise birleşmeden farklı olarak, inceleme hakkının üçüncü kişilere tanınmamış olmasıdır. Bölünmede alacaklıların bölünme kararı öncesinde teminat isteminde bulunabileceği ve bu dönemde bölünme henüz tescil edilmediği için bölünme ile ilgili belgelerin Ticaret Sicilinde incelenmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, inceleme hakkının birleşmeden ziyade bölünmede önem arz ettiği açıktır. TTKT m.171’in gerekçesinde bu maddenin süre ve Ticaret Sicili Gazetesindeki ilan dışında m.149 ile özdeş olduğunun ifade edilmiş olması⁴⁸⁰, bölünmede üçüncü kişilerin inceleme hakkının unutulduğu mu şüphesini kuvvetlendirmektedir⁴⁸¹.

Yukarıda birleşme sözleşmesinin birleşme kararı öncesinde Ticaret Sicili vasıtasıyla aleniyetinin sağlanmasının Birleşme Yönergesinin 3. maddesine uygun olduğuna dikkat çekilmişti⁴⁸². Bölünme Yönergesinin 4. maddesinde de paralel bir düzenlemeye yer verilerek taslak bölünme sözleşmesinin, buna karar verecek genel kurul toplantısından en az bir ay önce 68/151/AET sayılı Yönergenin 3. maddesine göre yayımlanması öngörülmüştür. Dolayısıyla Ticaret Kanunu Tasarısının 171. maddesinde alacaklıların inceleme hakkı Bölünme Yönergesine aykırı bir şekilde sınırlandırılmıştır.

B. Tür Değiştirmede

Tür değiştirmede inceleme hakkını düzenleyen 188. maddede de bölünmede olduğu gibi tür değiştirme kararı öncesinde inceleme hakkı sadece ortaklara tanınmıştır.

VI. TEMİNAT TALEP ETME HAKKININ KULLANILMASI

1. Birleşmede

A. Ön Sorun Olarak Birleşmenin Hukuki Geçerlilik Kazandığı Anın Tespiti

Konunun daha açık bir şekilde ortaya konulabilmesi bakımından öncelikle birleşmenin ne zaman hukuki geçerlilik kazanacağı ele alınmalıdır. TTTK m.157’nin öngörülmesinin sebebi alacağın ifasının birleşme nedeniyle tehlikeye düşmesi ihtimalidir. Birleşmenin hangi

⁴⁸⁰ Gereke, s.466.

⁴⁸¹ Bölünmede inceleme hakkını düzenleyen FusG m.41’de de inceleme hakkı sadece ortaklara tanınmıştır. V-FusG m.52’de ise alacaklılara bölünme plan-sözleşmesini inceleme hakkı tanınmıştır.

⁴⁸² 4.Blm./V/2/A/b.

ortaklığın birleşme kararının tescili ile geçerlilik kazanacağı, tehlikeye düşmenin hangi andan itibaren gerçekleşeceğinin tespitinde önemlidir⁴⁸³. Birleşmeye katılan ortaklıklardan herhangi birisinin birleşme kararının tescilinden sonra da birleşme başarısızlıkla sonuçlanabilir.

Birleşmeye birden çok ortaklığın katılması ve devreden ortaklıklardan birisinin birleşme kararının bu kararın batıl olması veya tescil belgelerinin eksik olması gibi herhangi bir sebepten dolayı Ticaret Siciline tescilinin gerçekleşmemesi, birleşmenin hukuki geçerlilik kazanamamasına veya birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasının bir süre ertelenmesine yol açabilir⁴⁸⁴. Böyle bir durumda birleşme gerçekleşmeyeceği için alacaklıların taleplerinin ifasının tehlikeye düşmesi, dolayısıyla teminat ihtiyacı söz konusu olmayacaktır.

TTKT m.153’de birleşmenin, birleşmenin tescili ile hukuki geçerlilik kazanacağı belirtilmekle birlikte, bu tescil ile hangi şirketin birleşme kararının kastedildiği açıklanmamıştır. Ticaret Siciline tescili düzenleyen TTKT m.152’de de bu konuda açıklık bulunmamakla birlikte, bu maddenin gerekçesinde birleşmeyi hukuken geçerli kılan tescilin devrolunan ortaklığın birleşme kararının tescili olduğu, bu tescilin kurucu etki taşıdığı, devralan ortaklığın birleşme kararının tescilinin ise kurucu değil açıklayıcı niteliğinin bulunduğu belirtilmiştir⁴⁸⁵. TTKT m.152’nin kaynağı olan Birleşme Kanunu’nun 21. maddesinin gerekçesinde ise, devreden şirketin infisahı ile ilgili sorunların Ticaret Sicili Tüzüğü çerçevesinde düzenleneceği, farklı sicil bölgelerine tabi ortaklıklar bakımından uygulama hükümlerinin gerekli olduğu, birleşmenin devralan ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki sicile tescilinden önce devreden ortaklığın infisahından kaçınılması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸⁶. Dolayısıyla TTKT’nin anılan maddelerine ilişkin olarak Ticaret Sicili Tüzüğünde öngörülecek düzenlemeler önem arz etmektedir. Zira ifanın tehlikeye düşmesinin hangi andan itibaren söz konusu olduğu bu düzenlemelere göre belirlenecektir.

B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.154’e Göre Birleşme Kararının İlanının Anlamı

TTKT m.154’ün “*Kesinleşmeye ilişkin hükümler*” üst başlığı altında “*a)Ticaret siciline tescil*”, “*b)Hukuki sonuçlar*” yan başlıklarından sonra “*c)İlan*” yan başlığı altında düzenleme öngördüğü dikkate alındığında, acaba birleşmenin geçerliliğinin üçüncü kişilere

⁴⁸³ Birleşmenin tescil ve ilanı hakkında bkz. 4.Bl.m./II/4.

⁴⁸⁴ Soldierer, s.57.

⁴⁸⁵ Gerekçe, s.456.

⁴⁸⁶ BtschftFusG, s.4420.

Alman hukukunda ise birleşmenin devreden her bir hukuk sujesinin merkezindeki sicile tescilden sonra devralan hukuk sujesinin merkezindeki sicile tescilinin mümkün olduğu, devreden hukuk sujelerinin merkezlerindeki sicillere yapılan tescillerde birleşmenin devralan hukuk sujesinin merkezindeki sicile yapılan tescil ile hüküm ifade edeceği şerhinin düşüleceği kanun hükmü olarak düzenlenmiştir (UmwG m.19).

karşı ileri sürülmesi birleşme kararlarının ilanı koşuluna bağlanarak genel hükümler dışında istisnai bir düzenleme mi öngörüldüğü tereddütü uyanmaktadır.

Tescilin ilanını öngören genel düzenleme TTKT m.35/f.3'de⁴⁸⁷ yer almaktadır. Bu nedenle birleşme kararının ilanını öngören TTKT m.154'ün gereksiz bir tekrar mı olduğu, yoksa bu düzenlemede farklı bir amacın mı güdüldüğü soruları üzerinde durulmalıdır. Zira yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde ayrıca düzenlenmemiş hususlarda genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

TTKT m.154, birleşmenin tescilinin ilanını değil birleşme kararının ilanını öngörmektedir. Gerekçede de birleşme kararının ilanının hem üçüncü kişiler hem de TTKT m.158'in uygulanması yönünden önem arz ettiği ifade edilmiştir⁴⁸⁸. Bu nedenle birleşmenin ilanı ile birleşme kararının ilanın farklı ilanlar olup olmadığı meselesi baş göstermektedir. Bize göre birleşme kararının ilanı ifadesi birleşmenin tescilinin ilanı şeklinde anlaşılmalı ve TTKT m.154 genel hükümler yanında gereksiz bir tekrar olarak telakki edilmelidir. Aksi halde gerek m.157'nin gerekse m.158'in uygulanmasında sorunlara yol açılabilecektir.

Mehaz Birleşme Kanununda birleşmenin tescilinin ilanı düzenlenmemiştir. Bunun nedeni birleşmenin tescilinin ilanı zorunluluğunun, İsviçre Borçlar Kanunu m.931/f.1'den⁴⁸⁹ doğmasıdır⁴⁹⁰. Birleşme Kanununda yer almayan TTKT m.154'ün kaynağı, Birleşme Kanunu Öntasarısının birleşme kararının ilanını öngören 22. maddesidir. Bu Öntasarının 21. maddesinde ise birleşmenin Ticaret Sicili'ne tescille hukuki geçerlilik kazanması hükmüne bağlanmıştı⁴⁹¹. Birleşme kararının ilanına ilişkin söz konusu 22. maddenin gerekçesinde de birleşme kararlarının ilan edilmelerinin zorunlu olduğu ifade edilmişti⁴⁹². Öntasarının bu düzenlemesine kanunda yer verilmediği için İsviçre hukukunda, birleşmenin tesciline ilişkin ilan dışında birleşme kararlarının da ilan edilmesinin gerekip gerekmediği tartışılmamaktadır. Bununla birlikte Birleşme Kanunu m.26/f.1'de yer alan birleşme kararının ilanı ifadesi İsviçre hukukunda da birleşmenin tescilinin OR m.931/f.1'e göre ilanı şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁹³.

⁴⁸⁷ TTK m.37/f.3'deki "aynen" ifadesinin Tasarıda metne alınmamış olması mehaz Kanundan uzaklaşılmasına ve ilanda menfaati bulunan üçüncü kişiler bakımından elverişsiz bir durum yaratılmasına yol açmıştır. Böylece tüm ilanların sadece özet olarak yapılmasına imkan veren yorumların önünün açıldığı fikrindeyiz.

⁴⁸⁸ Gerekçe, s.456.

⁴⁸⁹ Bu hükümde Ticaret Sicilindeki tescillerin, kanun veya tüzüklerde kısmen veya özet olarak ilanı öngörülmüş olmadıkça tüm içerikleriyle Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanacağı belirtilmiştir.

⁴⁹⁰ BtschftFusG, s.4420.

⁴⁹¹ Söz konusu Öntasarıya göre birleşmenin tescili ve birleşme kararının ilanı hakkında bkz. 4.Blm./VI/1/C/a/ac.

⁴⁹² BgltrchtV-FusG, s.34.

⁴⁹³ Truffer, BSK-FusG, m.26 N. 7 ve N.8; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.413; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.599.

C. Teminat Talep Etme Hakkının İlanı

a) İlanların Ne Zaman Yapılacağı

aa) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ve Birleşme Kanununda Hüküm Bulunmaması

TTKT m157/f.1'e göre alacaklılar birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından itibaren, dolayısıyla TTKT m.153 uyarınca tescilden itibaren, 3 ay içerisinde teminat isteminde bulunabilecektir.

TTKT m.157/f.2'de birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarına Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde, tirajı ellibinin üstünde olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan üç gazetede yedişer gün aralıkla üç defa yapılacak ilanla, ayrıca internet sitelerine konulacak ilanla haklarının bildirileceğinin düzenlenmiştir. Bu ilanların ne zaman yapılması gerektiği ise belirtilmemiştir.

Bu nedenle alacaklıların teminat talep etme haklarına ilişkin ilanın ne zaman yapılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Daha açık bir ifadeyle alacaklıların davetinin birleşmenin hukukien geçerlilik kazanmasından önce veya sonra mı yapılacağı, sonra yapılacağının kabulü halinde TTKT m.157/f.1'deki 3 aylık sürenin neden bu ilanlardan sonucundan başlamasının öngörülmediği soruları cevaplanmalıdır. Bunun içinse Mevzuat Birleşme Kanununun birleşmenin tescil ve ilanı ile alacaklıların teminat talebine ilişkin haklarının ilanını düzenleyen hükümleri daha yakından incelenmelidir.

Birleşme Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasında da birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıların teminat talep etme haklarının Ticaret Sicili Gazetesinde üç defa ilan edilmesi hükme bağlanmıştır. Ancak bu hükümde teminat talebi ile ilgili ilanın ne zaman yapılacağı belirtilmemiştir. Alacaklılar bakımından sorun teşkil eden bu düzenlemeye⁴⁹⁴ ilişkin olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir.

ab) Öğretideki Görüşler

aba) İlanın Birleşmenin Hukuki Geçerlilik Kazanmasından Sonra Yapılması Görüşü

*Öğretide bir görüş yasada açık düzenleme olmasa da alacaklıların davetinin birleşmenin tescil ve icrasından sonra gerçekleşmesi üzerinde toplanmaktadır*⁴⁹⁵. *Albrecht*

⁴⁹⁴ Beretta, Strukturanpassungen, s.271.

⁴⁹⁵ von Salis N.20.3 (T II); Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.11a; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.401; Vischer, Frank: Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV Sonderband 135, s.22. Kanun koyucunun 3 aylık sürenin ilandan başlamasını öngörmediği yönünde bkz. Beretta, Strukturanpassungen, s.277; Birleşme tescille birlikte geçerlilik kazandığı için ancak bu anda ilan yapılmasına gerek olup olmadığının belli

bu hususta birleşmede alacaklı korumasının tamamlayıcı niteliğinden, dolayısıyla birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra gerçekleşen bir koruma olmasından hareketle⁴⁹⁶ üç aylık sürenin ilandan değil birleşmeden başlatılması görüşündedir⁴⁹⁷. İlanın birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce yapılacağıın kabulü halinde; birleşme, birleşme kararı ile birlikte bağlayıcılık kazanacağı için ilanların en erken genel kurul kararından sonra yapılabileceği, bu durumda söz konusu ilanlar yapılana kadar birleşme tescil edilemeyeceği için birleşme prosedürünün uzayacağı ifade edilmektedir⁴⁹⁸. Ayrıca teminat istemi için öngörülen vadenin geçmesinden sonra yapılacak ilanın anlamsız olacağı gerekçesi ile alacaklıların birleşmenin tescilinden sonra derhal haberdar edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁹⁹.

Bu davetin birleşmeden sonra da varlığını sürdürdüğü için devralan şirket tarafından birleşmeye katılan şirketlerin tüm alacaklılarına yönelik olarak yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰⁰. Dolayısıyla Birleşme Kanunu m.25/f.2'deki (TTKT m.157/f.2) birleşmeye katılan şirketler ifadesinden, alacaklılara yönelik bu ilanların birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce gerçekleşmesinin zorunlu olduğu anlamının çıkarılamayacağı, bu ifadenin ilanların mutabının birleşmeye katılan tüm şirketlerin alacaklıları olması gerektiği şeklinde yorumlanabileceği savunulmaktadır⁵⁰¹. Bu görüş teminat talep hakkına ilişkin ilanların, 3 aylık teminat talep etme süresinin başlangıcı yönünden önem arz etmediği noktasında toplanmaktadır⁵⁰². Bu çerçevede öğretide birleşmenin ilanından başlayan üç aylık süreden bağımsız olarak üçüncü ilandan itibaren uygun bir sürenin geçmesinden sonra başlayacak muhtemelen 1 aylık teminat talep etme süresinin uygun olacağı önerisi de sunulmaktadır⁵⁰³. Bir diğer öneriye göre ise, ilanların birleşmenin tescilinden itibaren bir ay

olacağı ve Ticaret Sicil Tüzüğünde ilanla ilgili belgelerin tescil başvurusuna eklenmesi gereken belgeler arasında sayılmadığı gerekçeleri için bkz. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.579.

⁴⁹⁶ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.4.

⁴⁹⁷ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.11a.

⁴⁹⁸ von Salis, s.N.20.3-dn.530.

⁴⁹⁹ Beretta, Strukturanpassungen, s.277. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.580 İlanların birleşmenin tescilinden sonra derhal gerçekleşmesi gerektiği, aksi halde şirket tarafından hakkın kötüye kullanılmasına yol açabileceği yönünde bkz. Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.11a.

⁵⁰⁰ von Salis, N.20.3; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, s.154; Beretta, Strukturanpassungen, s.277; İlanın devreden, dolayısıyla birleşme ile sona eren şirketin adı altında yapılmasının alacaklıların menfaatlerine ve hükmün lafzına uygun düşeceği yönünde bkz. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.579.

⁵⁰¹ Von Salis, N.20.3.

⁵⁰² von Salis, N.20.9 (T II).

⁵⁰³ von Salis, N.20.9 (T II). Bu görüşün teminat talebi için 3 aylık süreyi öngören kanun hükmüne açıkça aykırı olduğu yönünde Schneller, s.248.

içerisinde yapılmasının zorunlu olduğundan hareket edilmeli, böylelikle alacaklılar kalan iki aylık süre içerisinde teminat talep edebilmelidir⁵⁰⁴.

Bir diğer görüş ise teminat talep edilebilecek sürenin somut duruma göre birleşmenin tesciline ilişkin ilandan veya alacaklıların teminat talep etme haklarına ilişkin üçüncü ilanın birleşmenin tescilinden sonra gerçekleşmesi halinde ise bu ilandan başlayacağı yönündedir⁵⁰⁵.

abb) İlanın Birleşmenin Hukuki Geçerlilik Kazanmasından Önce Yapılması Görüşü

Öğretide bir başka görüş ise üç defa ilanın vadenin başlamasından önce, daha açık bir ifadeyle **birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından önce** yapılmasının ilanın amacına uygun düşeceğini ileri sürmektedir⁵⁰⁶. Böylece ilanın birleşmeye katılan tüm şirketler tarafından yapılmasının FusG m.25/f.2'ye (TTKT m.157/f.2) uygun olacağı, zira birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından sonra varlığını sürdüren tek şirket olduğu için sadece devralan şirketin ilan yapmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁵⁰⁷. Alacaklıların teminat talep edebileceği sürenin ise birleşmenin tescilinden başlayacağı belirtilmektedir⁵⁰⁸.

İlanın birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce yapılması görüşüne karşı, son ilan gününde birleşmenin ne zaman hukuki geçerlilik kazanacağını belli olmamadığı itirazı ileri sürülmektedir⁵⁰⁹.

İlanın birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra yapılmasına yönelik görüşler ise sadece devralan şirketi ilanla yükümlü kıldıkları için Birleşme Kanunu m.25/f.2'nin (TTKT m.157/f.2) lafzına aykırı düştükleri gerekçesi ile eleştirilmektedir⁵¹⁰. Ayrıca bu durumda alacaklı henüz borçlu değişiminden ve teminat talep etme hakkından haberdar edilmemiş olmasına rağmen, birleşmenin hukuki geçerliliği ile birlikte 3 aylık teminat talep etme süresinin başlayacağı da dile getirilmektedir⁵¹¹. Alacaklılara yapılacak ilanların birleşme kararından fakat birleşmenin tescilinden önce yapılmasının birleşme prosedürünü uzatacağı görüşü de tenkit edilmektedir. Buna göre birleşmenin tescili başvurusunun derhal yapılmasını öngören Birleşme Kanunu m.21/f.1'in (TTKT m.152/f.1)

⁵⁰⁴ Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.11a. Yazar bu şekilde bir yorumun sermaye azaltımında alacaklıların teminata bağlanmasında üçüncü davetten sonra iki aylık süreyi yeterli sayan OR m.733'e de uygun düşeceği görüşündedir (benzer düzenleme için bkz. TTKT m.474).

Sermaye azaltımında alacaklıların teminat talebi konusunda bkz. 2.Blm./VI/1.

⁵⁰⁵ Altenburger/Calderan/Lederer, s.82.

⁵⁰⁶ Affentranger, SHk, m.25 N.14.

⁵⁰⁷ Affentranger, SHk, m.25 N.14; Altenburger/Calderan/Lederer, s.82.

⁵⁰⁸ Affentranger, SHk, m.25 N.14.

⁵⁰⁹ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.26.

⁵¹⁰ Hirsiger, s.222.

⁵¹¹ Hirsiger, s.222.

yönetim organına somut durumun özellikleri ile sınırlı bir takdir yetkisi tanıdığı⁵¹² ve bu nedenle de genel kurulun birleşme kararı ile bu kararın tescili arasındaki sürede ilanların yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁵¹³. Bu bağlamda birleşme kararının tescili için mümkün olduğunca çabuk başvurulmasının hem ortakların⁵¹⁴ hem alacaklıların menfaatine olduğunu vurgulayan *Hirsiger*, OR 733'ün (TTKT m.474) birleşmede kıyasen uygulanmasını önermektedir⁵¹⁵.

ac) Mehaz Birleşme Kanunu Öntasarısındaki ve Alman Hukukundaki Düzenlemeler

İlanın ne zaman yapılacağı konusunda neticeye varılabilmesi için Birleşme Kanunu Öntasarısındaki düzenlemelere de değinilmelidir. Birleşme Kanunu Öntasarının 21. maddesinde birleşmenin Ticaret Sicili'ne tescille hukuki geçerlilik kazanacağı, 22. maddesinde ise birleşme kararının Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edileceği ve bu ilanda söz konusu Öntasarının 25. maddesinin 1. fıkrası ile alacaklılara tanınmış olan teminat talep hakkının da belirtileceği düzenlenmişti. Bu Öntasarının 25. maddesinin 1. fıkrasında ise alacaklıların birleşme kararının ilanından itibaren 3 ay içerisinde teminat talep edebileceği hükme bağlanmıştı. Görüldüğü üzere bu Öntasarıda kendi içinde uyum arz eden bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu 25. maddeye ilişkin gerekçede, birleşme kararının yayınlanmasından, dolayısıyla birleşmenin icrasından itibaren teminat istenebilmesi bakımından Alman hukukundaki çözümün benimsendiği belirtilmişti⁵¹⁶. Öntasarı hükümlerinde farklı amaçlarla yapılan değişiklikler, bize göre Birleşme Kanununun temelde Öntasarı ile aynı hükümleri taşıyan maddelerinin farklı yorumlanmasına yol açmaktadır.

Alman hukukunda UmwG m.22/f.1'de alacaklıların teminat talep edebilecekleri sürenin birleşmenin tescilinin ilanından (UmwG m.19) başlayacağı ve bu ilanda alacaklıların teminat talep etme hakkına işaret olunacağı hükme bağlanmıştır. Öğretide alacaklıların teminat talep etme hakkına ilanda işaret edilmemiş olmasının teminat talebine ilişkin vadenin başlamasına engel teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir⁵¹⁷.

⁵¹² Rekabet Kurulunun onayının beklenmesi gibi bkz. *Hirsiger*, s.222.

⁵¹³ Bunlara ek olarak uygulamada alacaklı davetinin kural olarak 10 gün içinde yapılmasının gecikmeye yol açmadığı yönünde bkz. *Hirsiger*, s.222.

⁵¹⁴ Birleşme sözleşmesinde öngörülmüş olan pay değişim oranının kötüleşebileceği yönünde bkz. *Hirsiger*, s.223.

⁵¹⁵ *Hirsiger*, s.223. Sermaye azaltımı konusunda İsviçre Borçlar Kanunu Öntasarısında önerilen değişikliklerin kanunlaşması halinde, bu görüşün savunulabilirliğini yitireceği açıktır. Borçlar Kanunu Öntasarısının söz konusu düzenlemeleri hakkında bkz. 2.Bl.m./VI/1/B.

⁵¹⁶ BgltrchtV-FusG, s.37.

⁵¹⁷ Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.11; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.17; Bermel, Goutier-UmwG, m.22 N.20.

ad) TTKT m.152/f.2 Uyarınca İlanların Ne Zaman Yapılacağına İlişkin Öneri

Yukarıdaki açıklamalar Türk hukukunda öngörölmüş düzenlemeler bakımından değeriendirilmelidir. TTKT m.157/f.1’de alacaklılara tanınmış olan 3 aylık teminat talep etme süresinin alacaklılar tarafından tam olarak kullanılamamasına yol açabilecek yorumların alacaklının korunması amacıyla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle alacaklılar birleşmenin ilanından itibaren 3 ay içerisinde kendilerine kanunen tanınmış teminat talep etme hakkını kullanabilmelidir. Alacaklıların davetinin amacının da alacaklıların söz konusu kanuni haklarını kullanmalarını sağlamak olduğı dikkate alındığında bu davetinin en geç birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce veya en geç birleşmenin tesciline ilişkin ilanla birlikte yapılması gerektiğı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca böyle bir yorum TTKT m.157/f.2’nin lafzına uygun olarak davetin birleşmeye katılan tüm şirketler tarafından yapılmasını ve hükmün lafzına uygun olarak uygulanmasını da mümkün kılmaktadır. Bu yorum ilanların birleşmeye katılan şirketlerin her biri tarafından yapılmasının ancak teminatın devralan şirket tarafından gösterilmesinin yerindeliğı konusunda tereddüt uyandırmaktadır. Bununla birlikte birleşmenin tescili ile birlikte külli halefiyetin gerçekleşecek olması, bu tereddütü bertaraf etmektedir.

Akla gelen bir diğeri çözüm ise TTKT m.157/f.2’ye göre alacaklıların teminat talep etme haklarının bildirmesine yönelik ilanın, TTKT m.149/f.3 uyarınca inceleme hakkının duyurulacağı ilanla veya TTKT m.149/f.4’e göre tevdi yeri ve inceleme yerini duyurma amacı taşıyan ilanla birlikte yapılmasıdır. Böylelikle alacaklıların üç aylık süre başlamadan önce haberdar edilmesi sağlanabilecektir. Teminat talep etme hakkına ilişkin ilan ile inceleme hakkına ilişkin ilanların birlikte yapılmasının bu hükümlerin amacına da uygun düşeceği fikrindeyiz.

TTKT m.157/f.2’nin 2. cümlesinin belli hallerde ilan yükümünün kalkmasına ilişkin hükmü de tarafımızca savunulan yorumu desteklemektedir. Şöyle ki ilan yükümünün kalkması teminat talebine engel teşkil etmeyeceğı için alacaklılar TTKT m.157/f.1’deki süre içinde teminat talep edebilecektir. Bu durum ilan yükümünün teminat talep etme hakkının kullanılmasında işlevsel bir nitelik taşıdığını göstermektedir. TTKT m.157/f.2’de “...işlem denetçisi, birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıklarının, ödenmesine yetmeyeceğı bilinen bir alacakları bulunmadığını...doğruladığı takdirde...” ifadesine yer verilmiş olması, daha açık bir ifadeyle ilan yükümünün kalkmasına ilişkin incelemenin işlem denetçisi tarafından birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıkları üzerinde gerçekleştirileceğinin belirtilmiş olması da ilan ile yükümlü olanın birleşmeye katılan şirketler olduğunu,

dolayısıyla ilanın birleşme öncesinde yapılacağını göstermektedir. Zira devralan şirketin malvarlığı üzerinde yapılacak bir incelemeden veya TTKT m.157/f.3’de teminat yükümünün kalkması konusunda olduğu gibi devralan şirketin işlem denetçisi raporuyla ispatından da söz edilmemiştir.

Sonuç olarak TTKT m.157/f.2 uyarınca yapılacak ilanlar birleşmenin tescilinden önce yapılmalı ve bu ilanlarda alacaklıların birleşmenin tescilinden itibaren 3 ay içerisinde teminat talep edilebileceğine işaret olunmalıdır. Bu noktada değinilmesi gereken bir konu da alacaklıların davetine ilişkin ilanın İsviçre Birleşme Kanunu Öntasarısının 22. maddesinde olduğu gibi birleşmenin ilanı ile birlikte gerçekleştirilmesinin gerekli olup olmadığı meselesidir. Bu hususta TTKT m.157/f.2 uyarınca Ticaret Sicili Gazetesinde yapılması gereken sonuncu ilanın birleşmenin ilanı ile birlikte gerçekleştirilmesinin isabetli olacağı fikrindeyiz.

Konuyla ilgili olarak İsviçre öğretisinde savunulan OR 733’ün (TTKT m.474) kıyasen uygulanması görüşünün⁵¹⁸ Türk hukukuna uygun düşüp düşmeyeceğine de değinilmelidir. TTKT m.474’ün kıyasen uygulanması, birleşme kararı alınana kadar ilan yapılmasına engel olacağı gibi İsviçre hukukundan farklı olarak⁵¹⁹ Türk hukukunda üç ilan arasında yedişer gün geçmesi öngörüldüğü için birleşmenin tescili nispeten gecikebilecektir. Bunun yanında yine İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda alacaklılara inceleme hakkı tanındığı ve bu hakkın da ilan yoluyla duyurulacağı (TTKT m.149) dikkate alındığında, teminat talep etme hakkına ilişkin ilanın neden bu ilanla yapılamayacağı açıklanamayacaktır. Zira bu halde teminat talep etme hakkına ilişkin ilanın yapılması için birleşme kararının beklenmesine gerek olmadığından birleşmenin tescilinin geciktirilmesi de söz konusu olmayacaktır.

İlanın hiç veya zamanında yapılmamasının hukuki sonucu, 3 aylık teminat talep etme süresinin başlamaması veya sürenin bu ilandan itibaren başlaması değildir. İlan ile ilgili yükümlere aykırı hareket edilmesi halinde TTKT m.193’e göre sorumluluk davası açılabilir⁵²⁰.

b) İlanın Şekli ve İçeriği

Üç defa yapılacak ilan ile alacaklılara alacaklarına karşılık olarak teminat isteyebilecekleri duyurulur. Bu ilan Ticaret Sicili Gazetesi yanında Birleşme Kanunundan farklı olarak, mehz tirajı ellibinin üstünde olan yurt düzeyinde dağıtım yapan üç gazetede ve

⁵¹⁸ Hirsiger, s.223.

⁵¹⁹ Üç ilanın birbiri arkasına baskılarda yapılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Affentranger, SHk, m.25 N.14

⁵²⁰ Farklı gerekçe ile Beretta, Strukturanpassungen, s.277; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.580.

yedişer gün aralıkla üç defa tekrarlanmalıdır⁵²¹. Ayrıca alacaklıların bu hakkı birleşmeye katılan ortaklıkların internet sitelerine konulacak ilan vasıtasıyla da bildirilmelidir. Gerek Ticaret Sicil Gazetesi dışında farklı ilan vasıtalarına da yer verilmesi gerekse ilanlar arasında 7 günlük sürenin öngörülmesi, alacaklının korunmasına verilen önemin göstergesidir.

Söz konusu ilanda alacaklıların teminat talep etme haklarını kullanabileceği ve talebin hangi sürede yapılabileceği, bu bağlamda bizim de katıldığımız görüşe göre teminatın birleşmenin tescilinden itibaren 3 ay içerisinde talep edilebileceği belirtilmelidir⁵²². Bunun yanında devreden ve devralan ortaklıkların hangi tüzel kişiler olduğu tanımlanmalıdır⁵²³.

TTKT m.157/f.2 uyarınca yapılacak ilanda, TTK m.451'in atfıyla birleşmede de uygulanan TTK m.445⁵²⁴ anlamında, alacaklıların teknik anlamda alacaklarını bildirmeye davet edilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle bilinen alacaklılara taahhütlü mektupla bildirimde bulunulması gerekmemektedir⁵²⁵. Bununla birlikte ilan esas sözleşmede öngörülen şekilde de yapılmalıdır⁵²⁶.

İsviçre öğretisinde, alacaklılara yapılacak söz konusu ilanın HRegV m.105a'da birleşmenin tescili için başvuruya eklenecek belgeler arasında sayılmamış olmasına dikkat çekilerek bu ilanla ilgili hususların sicil memuru tarafından incelenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir⁵²⁷. Ticaret Kanunu Tasarısının kanunlaşması halinde Ticaret Sicili Tüzüğü çerçevesinde öngörülecek düzenlemelerde bu husus da göz önünde tutulmalıdır.

Aşağıda açıklanacağı üzere TTKT m.157/f.2/c.2 uyarınca ilan yükümünün kalkması söz konusu olmaksızın ilanın yapılmaması halinde üç aylık süreyi ilanın geç yapılması nedeniyle kaçırdıklarını ispat eden alacaklılar TTKT m.193 (FusG m.108/f.1) uyarınca sorumluluk davası açabilecektir⁵²⁸.

c) İlan Yükümünün Kalkması

TTKT m.157/f.2/c.2'de (FusG m.25/f.2/c.2) işlem denetçisi birleşmeye katılan şirketlerin serbest malvarlıklarının ödenmesine yetmeyeceği bilinen alacakları

⁵²¹ FusG m.25/f.2'de Ticaret Sicili Gazetesinde üç defa yapılacak ilandan bahsedilmiş olması öğretide ilanın farklı ancak birbiri ardına yayınlanan baskılarda gerçekleştirilebileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. von Salis, N.20.3; Affentranger, SHK, m.25 N.14; Hirsiger, s.221. Zira FusG'de ilanların yedişer gün aralıkla yapılması koşulu öngörülmemiştir.

⁵²² Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.11. Birleşme öncesinde yapılacak ilanda tarihlerin tam olarak belirtilememesi isabetli olmamakla birlikte bu sakıncanın birleşmenin derhal tescili yükümü vasıtasıyla telafi edileceği yönünde bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.26. Teminatın talep edilebileceği süre ile ilgili olarak bkz. 4.Blm./VI/1/C/a.

⁵²³ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.27. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.582.

⁵²⁴ Birleşme Kanunu ile yürürlükten kaldırılan OR m.742/f.2'de de OR m.748'e atıf yapılmıştı.

⁵²⁵ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.27; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.576. Aksi yönde Schneller, s.247.

⁵²⁶ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.27; Schneller, s.247. Bkz. TTKT m.339/f.2/b.i.

⁵²⁷ Affentrager, SHK, m.25 N.15.

⁵²⁸ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.26 ve N.41; Beretta, Strukturanpassungen, s.277 ve 278.

bulunmadığını⁵²⁹ veya bu tür alacakların beklenmediğini doğruladığı takdirde ilan yükümlülüğünün ortadan kalkması hükme bağlanmıştır. Böylece alacaklıların menfaatleri ihlal edilmeyeceği gerekçesiyle ilan masraflarından tasarruf edilmesi amaçlanmaktadır⁵³⁰.

İşlem denetçisi yapacağı bu değerlendirmede birleşmenin tescil anını dikkate alacaktır⁵³¹. Bilinen alacaklar birleşme bilançosunda görünen alacakları⁵³², beklenen alacaklar ise birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı tarihten önce kurulan sözleşmelerden⁵³³ bilhassa sürekli borç ilişkilerinden doğan alacaklar ile yine bu tarihten önce gerçekleşmiş olan haksız fiilerden doğan alacakları ifade etmektedir⁵³⁴. Sadece defterlerin şekli incelemesi beklenen alacakların belirlenmesinde yeterli olmayacağı için denetçi şirketin geçmiş faaliyetlerini de dikkatli bir şekilde incelemeli ve bu bağlamda çekişmeli alacakları da göz önünde bulundurmalıdır⁵³⁵.

Serbest malvarlığı, yükümlülüklerin ifasında kullanılabilen malvarlığıdır⁵³⁶. Rehin hakkı, teminat amaçlı temlik ve mülkiyetin saklı tutulması kaydı gibi üçüncü kişilere tanınmış haklarla takyid edilmiş değerler⁵³⁷ ile ayrılma akçesi ve denkleştirme akçesi için ayrılan kaynaklar, birleşmeye katılan tüm şirketlerin malvarlığı dikkate alınarak bulunan serbest malvarlığına dahil değildir⁵³⁸. Denetçi aynı zamanda şirketin borçlarını vadesinde ödeyebilecek durumda olup olmayacağı konusunda da görüş bildireceği için öğretide işletmenin faaliyetlerini sürdürmesi için gerekli olan taşınmazlar ve makinelerin de serbest malvarlığının kapsamına dahil edilmemesi savunulmaktadır⁵³⁹. Bize göre bu görüş ihtiyatla karşılanmalıdır. Zira faaliyetlerin devamı için gerekli olan taşınmazlar ve makineler üzerinde kurulacak sınırlı ayni haklar vasıtasıyla sağlanacak nakdin, borçların ifasında kullanılması

⁵²⁹ Bize göre “...ödenmesine yetmeyeceği bilinen alacaklar...” yerine “ifasına yetmeyeceği bilinen yükümlülükleri” ifadesi daha isabetlidir.

⁵³⁰ BtschftFusG, s.4426; von Salis, N.20.4 (T II); von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.402 İşlem denetçisi tarafından verilen bu tasdik, İsviçre Ticaret Sicil Tüzüğü’nün tescil başvurusuna eklenecek belgeleri düzenleyen 105a maddesinde sayılmamıştır.

⁵³¹ von Salis, N.20.4 (T II); Truffer, BSK-FusG, m.25 N.29. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.578 Birleşmeye katılan şirketlerin malvarlığı dikkate alınacağı için birleşme öncesindeki malvarlığının esas teşkil edeceği yönünde bkz. Beretta, Strukturanpassungen, s.277.

⁵³² von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.402.

⁵³³ İleride akdedilmesi planlanan sözleşmelerden doğacak edimlerin beklenen alacak niteliği taşımadığı yönünde bkz. von Salis, N.20.4 (T II).

⁵³⁴ von Salis, N.20.4 (T II).

⁵³⁵ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.27.

⁵³⁶ OR m.659 uyarınca serbestçe kullanılabilen özvarlığın kastedilmediği yönünde bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.30. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.578; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.403

⁵³⁷ von Salis, N.20.4 (T II); von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.402; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.578.

⁵³⁸ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.30.

⁵³⁹ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.578.

mümkün olduğundan *serbest malvarlığı* ile *borçlunun ifa gücü* kavramları arasındaki ayrıma dikkat edilmelidir⁵⁴⁰.

İlan yükümünün kalkmasına olanak tanınmış olması, serbest malvarlığının ödeme için yeterli olmayacağı bilinen veya beklenen bir alacak olmasa da birleşmenin ifa tehlikesi yaratabileceği gerekçesi ile öğretide eleştirilmektedir⁵⁴¹. Ayrıca serbest malvarlığının yeterli olduğuna ilişkin denetçi tasdikinin pek çok durumda Birleşme Kanunu m.25/f.3'e göre (TTKT m.157/f.3) teminat yükümünü kaldıracağı da bu eleştiriye eklenmektedir⁵⁴².

Buna karşılık TTKT m.157/f.2'ye göre yapılacak ispata şirketin halihazırdaki serbest malvarlığı ile ilişkilendirildiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu ispatta birleşmeden doğan risklerin yaratacağı tehlikelerin gerçek anlamda irdelenmesi söz konusu değildir. TTKT m.157/f.3'e göre yapılacak ispatta ise yukarıda açıklandığı üzere söz konusu risklerin tehlike yaratıp yaratmadığı, şirketin gelecekteki malvarlığı durumu dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır.

Denetçi bu tasdik nedeniyle TTKT m.193 (FusG m.108/f.2) uyarınca sorumludur⁵⁴³. İlan yükümünün kalkmasına yol açan bu tasdikin birleşmenin tescili talebine eklenecek belgelere ilişkin HRegV m.105a'da sayılmaması, İsviçre öğretisinde eleştirilmektedir⁵⁴⁴.

TTKT m.157/f.2/c.2 ilan yükümünün kalkmasını düzenlediği için ilan yapılmamasına rağmen alacaklılar teminat talep edebilecektir.

D. Teminat İsteminin İleri Sürülmesi

a) İstemin Üç Aylık Hak Düşürücü Süre İçerisinde İleri Sürülmesi

TTKT m.157/f.1'de birleşmenin hukuken geçerlilik kazanmasından itibaren üç ay içinde, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılarının isteminde bulunması halinde, devralan şirketin bunların alacaklarını teminat altına alması hükme bağlanmıştır.

Teminatın ne kadar süre içinde talep edilmesi gerektiği Birleşme Yönergesinde düzenlenmemiştir. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Alman hukukunda bu sürenin 6 ay (UmwG m.22) olarak belirlendiği görülmektedir.

Daha kısa bir bildirim süresini öngören Alman hukukuna kıyasla Türk hukukunda alacaklının daha elverişsiz bir şekilde korunduğu düşünülmemelidir. Zira süreler arasındaki

⁵⁴⁰ 4.BIm./IV/1/C/a.

⁵⁴¹ Hirsiger, s.225.

⁵⁴² Hirsiger, s.225.

⁵⁴³ Beretta, Strukturanpassungen, s.277.

⁵⁴⁴ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.30; İlanların yer aldığı Ticaret Sicili Gazetesi örneklerinin ya a denetçinin tasdikinin Ticaret Siciline sunulmasının prosedüre uygun olacağı yönünde bkz. Affentranger, SHk, m.25 N.15.

bu fark, Türk hukukunda alacaklının alacağı birleşme nedeniyle tehlikeye düştüğünü ispat veya inandırma yükümünün öngörülmemiş olması ile telafi edilmiştir.

Üç aylık sürenin başlangıcı, TTKT m.153'e göre birleşmenin hukuki geçerlilik kazandıran tescil anına göre değil⁵⁴⁵ TTKT m.36'ya göre belirlenmelidir⁵⁴⁶. Dolayısıyla 3 aylık süre, kural olarak TTKT m.154'e göre birleşmenin Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından başlamalıdır⁵⁴⁷. Üç ay, hak düşürücü süre olduğu için⁵⁴⁸ bu süre içerisinde bildirimde bulunmayan alacaklı teminat talep etme hakkını kaybedecektir⁵⁴⁹. Sürenin teminat talep edilmeden geçirilmesinin hakkın düşmesine yol açması alacaklının kusurlu olup olmamasına bağlı değildir⁵⁵⁰. Bu nedenle İsviçre hukukunda teminat talep etme hakkını bildiren ilanın birleşmenin tescilinden sonra yapılması görüşüne bağlı olarak teminatın 1 veya 2 ay içinde talep edilmesini mümkün sayan görüşler⁵⁵¹ reddedilmelidir.

TTKT m.157/f.1 alacaklıların korunması için gereken asgari süreyi belirlemektedir. Bu sebeple sürenin genel bir düzenleme ile birleşme sözleşmesinde⁵⁵² veya genel işlem şartlarında kısaltılması mümkün değildir⁵⁵³. Buna karşılık münferit bir alacaklı ile sürenin kısaltılmasına ilişkin olarak yapılan anlaşmanın, alacaklının sürenin kalan kısmı için hakkı kullanmaktan feragat ettiği şeklinde yorumlanarak geçerli sayılabileceği ileri sürülmektedir⁵⁵⁴. Sürenin uzatılmasının geçerli sayılması ise söz konusu maddenin koruma amacıyla çelişmemektedir⁵⁵⁵. Zira birleşme sözleşmesinde daha uzun bir sürenin öngörülmesi halinde,

⁵⁴⁵ Ticaret Sicilinde yevmiye defterine yapılan kayıt tarihinin esas alınması gerektiği yönünde bkz. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.562 ve N.652

⁵⁴⁶ Beretta, Strukturanpassungen, s.270 ve 271; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.407.

⁵⁴⁷ von Salis, N.20.9 (T II); Hirsiger, s.217.

⁵⁴⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.39; Marsch-Barner, Kallmeyer, m.22 N.5; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.12; Soldierer, s.62; Beretta, Strukturanpassungen, s.271; Schneller, s.241.

⁵⁴⁹ Affentranger, SHk, m.25 N.10; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.407; Hirsiger, s.217.

⁵⁵⁰ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.20; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.12; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.5.

Petersen ürün ve çevre sorumluluğunda gecikerek ortaya çıkan zararlarda olduğu gibi talebin mevcudiyet koşullarının teminat talep süresinin dolmasından sonra mevcut olması dolayısıyla alacaklıya hiç bir kusur yüklenememesi halinde de teminat talebi süresinin katı bir şekilde uygulanmasını eleştirmektedir (Petersen, Gläubigerschutz s.42-43). Yazar Canaris'e atıf yaparak (Handelsrecht, § 7 N.51) bir talebin mevcut olmadan önce zamanaşımına uğrayacağını kabulü dogmatik açıdan açıklanamaz bir anlamsızlık yaratacağı için bu tür durumlarda vade hükmü bakımından amaçsal indirgeme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir (Petersen, Gläubigerschutz s.43). Vadeyi belirleyen hüküm açık olduğu için bu görüşün benimsenemeyeceği yönünde bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m. 22 N.40.

⁵⁵¹ 4. Blm./VI/1/C/a/ab/aba.

⁵⁵² Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.5; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.39.

⁵⁵³ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.18. Sürenin alacaklının tek taraflı fiili ile kesintiye uğratılamayacağı ve uzatılamayacağı yönünde bkz. Beretta, Strukturanpassungen, s.271.

Sürenin uzatılması ve kısaltılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.12.

⁵⁵⁴ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.39; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.5; Grunewald, Lutter– UmwG, m.22 N.18.

⁵⁵⁵ Soldierer, s.62.

kanuni teminat isteminin sözleşmeye dayanan daha uzun vadeli teminat istemi vasıtasıyla tamamlanması söz konusu olmaktadır⁵⁵⁶.

b) Teminat İsteminin Şekli ve İçeriği

Mehaz Birleşme Kanunu m.25/f.1'e uygun olarak TTKT m.157'de de alacaklının teminat isteminin şekli ve içeriği konusunda açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Alman UmwG m.22'de ise alacağın sebebi ve miktarını içermesi gereken teminat isteminin yazılı şekilde yapılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

Bununla birlikte İsviçre öğretisinde de alacağın miktarını ve sebebini içeren bildirimin yazılı şekilde yapılmasının amaca uygun düşeceği kabul edilmektedir⁵⁵⁷. Alacaklının bu bildirimi, düzenlemenin anlam ve amacına uygun olarak devralan ortaklık tarafından yapılacak muamelelerin de kolaylaştırılması için ayırdedici nitelikte olmalıdır⁵⁵⁸. Buna göre hangi alacak için teminat istendiği, bu alacağın hukuki sebebi ve miktarı açıkça ortaya konularak alacak belirginleştirilmelidir⁵⁵⁹. Alacaklının birden çok alacağının bulunması halinde bu belirginleştirme her bir alacak için ayrıca gerçekleştirilmelidir⁵⁶⁰.

Birleşmenin tescili ile birlikte devreden ortaklık sona erdiği ve teminatın gösterilmesi devralan ortaklığın yükümü olduğu için bildirimin devralan ortaklığa yapılacağı açıktır.

Alacaklının teminat isteminin hukuki niteliği dar anlamda irade açıklaması değil, ihtar gibi, hukuki işlem benzeri fiil olduğu için irade açıklamasına ilişkin kurallara tabidir⁵⁶¹.

Alacaklı teminat isteminde bulunmakla yükümlü değildir. Diğer alacaklılara teminat verilmesi, teminat talep etmeyen alacaklıyı olumsuz etkileyeceği için öğretide alacaklının teminat talebini başka bir alacaklıya teminat verilmesi şartına bağlı olarak ileri sürebileceği ifade edilmektedir⁵⁶².

⁵⁵⁶ Sözleşmeye dayanan talep hakkının üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşıdığı yönünde bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.39; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.18.

Söz konusu sürenin ikili anlaşmalar yoluyla uzatılması geçerli olmakla birlikte böyle bir durum devralan şirketin yönetim organı bakımından göreve aykırılık teşkil edebileceği görüşü için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.39.

⁵⁵⁷ Beretta, Strukturanpassungen, s.271. Teminat isteminin geçerliliğinin şekle bağlanmadığı, dolayısıyla sözlü bildirimin de geçerli olması gerektiği yönünde bkz. Von Salis, s.163; Affentranger, SHk, m.25 N.10; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.407; Schneller, s.241; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.585.

⁵⁵⁸ Ganske, s.63; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.17; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.51; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.41; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.8.

⁵⁵⁹ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.51; Truffer, BSK-FusG, m.25 N.33; Schneller, s.241.

⁵⁶⁰ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.51.

⁵⁶¹ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.51.

⁵⁶² Truffer, BSK-FusG, m.25 N.33; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.585; Schneller, s.241.

E. Teminat Verilmesi Yerine Borcun İfası

TTKT m.157/f.4'de (FusG m.25/f.4) diğer alacaklıların zarara uğramayacaklarının anlaşılması halinde, yükümlü şirketin teminat göstermek yerine borcu ödeyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme borçlar hukukunun genel düzenlemelerinden farklı olarak, birleşmede şirkete vaktinden önce ifa etme hakkı tanındığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁵⁶³.

Vadeden önce ifa BK m.80 uyarınca sözleşmenin niteliğine veya içeriğine ya da hal ve şartlara göre tarafların iradesine uygun düşmelidir⁵⁶⁴. Bu durumda da vadeden önce ifa için eşit işlem ilkesine uygun hareket edilmelidir⁵⁶⁵. Aksi halde TKKT m.193 (FusG m.108) uyarınca sorumluluk davası açılması söz konusu olabilecektir⁵⁶⁶.

Anılan hükümde vaktinden evvel ifanın diğer alacaklıların zararına yol açmaması şartına bağlanmış olması, öğretide ifanın yol açabileceği bu tehlikenin TTKT m.157/f.1 (FusG m.25/f.1) uyarınca verilecek teminattan da kaynaklanabileceği gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir⁵⁶⁷. Bunun yanında söz konusu koşula yer verilmesinin gereksiz olduğu İcra İflas Hukuku düzenlemelerinin birleşmede de geçerliliğini koruduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁸.

2. Bölünmede

Tam veya kısmi şekilde gerçekleşebilen bölünme, malvarlığının taksimine yol açmaktadır. Kısmi bölünmede devreden şirket varlığını sürdürürken tam bölünmede bölünen şirket tasfiye edilmeksizin infisah etmektedir.

Bölünmeye katılan şirketlerin eski alacaklılarından TTKT m.175'e göre istemde bulunanların alacakları teminat altına alınır. Birleşmede teminatı düzenleyen TTKT m.157'den farklı olarak m.174 ve m.175'de, teminatın bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce ya da sonra mı gösterileceği açıkça belirtilmemiştir. Ancak TTKT m.173'de, 175. maddede öngörülen teminatın sağlanmasından sonra bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının bölünme sözleşmesini veya planını genel kurula sunacağı hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle alacakların teminata bağlanmasının bölünme kararı

⁵⁶³ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.44; Glazmann, Umstrukturierungen, N.569.

⁵⁶⁴ OR m.81 bakımından aynı yönde bkz. <http://www.fusg.ch/site/fusion/glaeubiger/sicher/>, Stand: 01.07.2004 (29.07.2007); Beretta, Strukturanpassungen, s.275; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.409. Alacaklının yüksek faiz elde etmesi örneğinde olduğu gibi bazen erken ifa alacaklının menfaatlerine uygun düşmeyebilir (Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.16).

⁵⁶⁵ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.44; Schneller, s.246.

⁵⁶⁶ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.44; Beretta, Strukturanpassungen, s.276; Schneller, s.246.

⁵⁶⁷ Vernehmlassungen 194; Truffer, BSK-FusG, m.25 N.45; Schneller, s.247. Bunun yanında bu durumun teminat talebinde bulunmamış olan alacaklılar ile bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra alacaklı statüsünü kazananlar bakımından ifanın tehlikeye düşmesi ve eşit muamele görmemiş olma sonucuna yol açacağına da değinilmektedir (Binder, s.40).

⁵⁶⁸ Affentranger, SHK, m.25N.20.

alınmasından, dolayısıyla bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önceki bir aşama olduğu anlaşılmaktadır.

TTKT m.175’de bölünmeye katılan şirketlerin bu Tasarının 174. maddesindeki ilanların yayın tarihinden itibaren iki ay içinde istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorunda olduğu belirtilmiştir⁵⁶⁹. TTKT m.174’de ise bölünmeye katılan şirketlerin alacaklılarının, Ticaret Sicili Gazetesinde, tirajı ellibinin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az üç gazetede yedişer gün aralıkla üç defa yapılacak ilanla ve sermaye şirketlerinde ayrıca internet sitesine de konulacak ilanla, alacaklarını bildirmeye ve teminat verilmesi için istemde bulunmaya çağrılmaları öngörülmüştür. Buna karşılık ilanların aynı tarihte yapılması gibi bir koşula yer verilmediği için bu ilanların söz konusu yayın araçlarında farklı tarihlerde yer alması halinde, teminat talep etme süresinin Ticaret Sicil Gazetesinde yapılan ilandan başladığı kabul edilmelidir⁵⁷⁰.

Bölünmede birleşmede alacaklılara yapılacak çağrıyı düzenleyen TTKT m.157’nin 2. fıkrasından farklı olarak ilan yükümlülüğünün kalkması düzenlenmemiştir⁵⁷¹. Bu nedenle herhalükarda ilanın yapılması zorunludur⁵⁷².

Teminat talep etme hakkına ilişkin ilan, devralma yoluyla bölünmede hem devreden hem devralan şirket tarafından yapılmalıdır⁵⁷³. Yeni kuruluş yoluyla bölünmede ise yeni kurulan şirket bölünme ile birlikte varlık kazanacağı ve bu andan itibaren borçlu olacağı için ilan yapmak zorunluluğunun söz konusu olmadığı açıktır⁵⁷⁴.

Bölünmeye katılan şirketler, TTKT 174. maddede öngörülen ilanların yayın tarihinden itibaren iki ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorundadır (TTKT m.175). Alacaklılara çağrının ne zaman yapılması gerektiği konusunda TTKT’de açık bir düzenleme mevcut değildir. TTKT m.174’ün kaynağı olan Birleşme Kanunu m.45’in gerekçesinde ise, alacaklılara yapılacak çağrının kural olarak Birleşme Kanunu m.41/f.4’e göre (TTKT m.171/f.4) ortakların inceleme hakkına işaret eden ilanla birlikte yapılacağı belirtilmiştir⁵⁷⁵. Bununla birlikte Türk hukuku bakımından alacaklılara yapılacak çağrının yedişer gün aralıkla en az üç defa tekrarlanması gerektiği de dikkate alınarak sonuncu çağrının ortakların inceleme hakkına ilişkin ilanla birlikte yapılması gerektiği savunulabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere sürenin başlangıcında Ticaret Sicili

⁵⁶⁹ İsviçredeki hukme atıf yap ontasırız atıf yap

⁵⁷⁰ von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.655.

⁵⁷¹ Aynı yönde FusG m.46.

⁵⁷² Glanzmann, Umstrukturierungen, N.578.

⁵⁷³ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.577

⁵⁷⁴ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.577.

⁵⁷⁵ BtschftFusG, s.4441.

Gazetesinde yapılan ilanların belirleyici olduğu yorumunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Böyle bir yorum ortakların inceleme hakkını genel kurul kararından iki ay önce kullanabileceğini hükme bağlayan TTKT m.171'e ve bölünme kararının teminatın verilmesinden sonra alınmasını öngören TTKT m.173'e uygun olacaktır.

Birleşmede alacaklının korunmasına tamamlayıcı nitelik atfedildiğı için alacaklı ile şirket arasındaki teminata ilişkin davalar birleşmenin icrasını engellememektedir. Buna karşılık bölünmede teminatın bölünme kararı öncesinde gösterilmesi zorunludur. Bu nedenle alacaklıların teminata ilişkin davaları, bölünmenin tescilini engellemek için kullanmak suretiyle şirketi fiilen teminat göstermeye zorlaması söz konusu olabilecektir⁵⁷⁶.

VII. ALACAKLARIN TEMİNATA BAĞLANMASI

1. Teminat Borçlusu

A. Birleşmede

Teminat istemi, birleşmenin hukuki geçerlilik kazandığı anda doğmaktadır. TTKT m.152/f.3'e göre devreden şirket tescille birlikte infisah edeceği⁵⁷⁷ ve alacaklının korunması birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonra gerçekleştirileceğı için teminat göstermekle yükümlü olan devralan şirkettir⁵⁷⁸.

Alacaklının alacağını birleşmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önce devreden veya devralan şirketlere bildirmesi halinde⁵⁷⁹ her iki şirket de talebin henüz doğmamış olduğı gerekçesi ile teminat göstermekten kaçınmalıdır. Birleşmenin hukuki geçerliliğı öncesinde daha açık bir ifadeyle talebin doğumundan önce teminat gösterilmesi sorunlara yol açabilecektir⁵⁸⁰. Teminat TTKT m.157'deki şartlara uygun olarak talep edilmiş ve alacağın ifasının birleşme nedeniyle tehlikeye düşmediğı ispatlanamamış ise şirket teminat göstermekle yükümlüdür. Teminat gösterilmesi veya erken ifa, üç aylık teminat talep etme süresinin dolmasından sonra mümkün olmalıdır. Aksi halde vaktinden evvel gösterilen teminat veya erken ifanın İİK m.279/f.1 (SchKG m.287/f.1/c.1) uyarınca batıl sayılması söz konusu olabilecektir⁵⁸¹. Bunun yanında şirket organlarının alacaklıların eşit işleme tabi tutulmadığı isnadına maruz kalması da ihtimal dahilindedir⁵⁸².

⁵⁷⁶ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.568.

⁵⁷⁷ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.43.

⁵⁷⁸ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.15; Hirsiger, s.216; Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.5.

⁵⁷⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.17. Bu bildirimin geçerli olduğı yönünde bkz. Hirsiger, s.217.

⁵⁸⁰ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.45.

⁵⁸¹ Beretta, Strukturanpassungen, s.276.

⁵⁸² Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.9.

Gösterilmesi gereken teminatın türü ve kapsamı hakkında karar vermek ya da duruma göre yetkili olmayan kişilerce yapılan veya asılsız nitelikteki teminat istemleri karşısında savunma yapmak devralan şirketi ilgilendirmektedir. Aksinin kabulü birleşme sözleşmesine göre devralan şirkete intikal edecek olan malvarlığı hakkında yetkisi bulunmayan bir organın karar vermesi ve tasarrufla bulunması anlamına gelmektedir⁵⁸³. Devreden şirket tarafından bu tür bir teminatın gösterilmiş olması, devralan şirket açısından doğmadan önce ifa edilmiş bir talebi ifade etmektedir⁵⁸⁴.

B. Bölünmede

Teminat isteminin hangi şirkete yöneltileceği konusuyla ilgili olarak teminatın bölünmeye katılan şirketlerden herhangi birisi mi yoksa asıl borçlu ya da bölünme plan/sözleşmesinde yükümlülüğün tahsis edildiği şirket tarafından mı gösterilmesi gerektiği sorusu akla gelmektedir.

Mehaz Birleşme Kanununun 146. maddesinde de bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte hükmün gerekçesinde teminatın münhasıran borçlu şirketten talep edileceği açıklanmıştır⁵⁸⁵. TTKT m.173/f.1'in amacı alacaklının önleyici şekilde korunmasının sağlanmasıdır⁵⁸⁶. Bu nedenle bölünmeye katılan şirketlerin genel kurullarında bölünme kararı alınabilmesi için ilk olarak TTKT m.175'ye göre alacakların teminata bağlanmasına ilişkin yükümlere riayet edilmiş olması gerekmektedir. Bu aşamada ise düzenlemenin açık olmayan lafzına rağmen teminat talebi sadece borçlu şirkete karşı yapılmalıdır⁵⁸⁷. Daha açık bir ifadeyle teminat, alacaktan dolayı bölünme öncesinde borçlu olan şirketten talep edilmelidir⁵⁸⁸. Zira alacaklının bölünme öncesinde alacağın devredelip edilmeyeceğini bilmesi mümkün değildir⁵⁸⁹.

2. Teminatın Türü

TTKT m.157'de teminatın türü hakkında açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta alacaklıya herhangi bir hak tanınmamış olmasından hareketle teminatın türünün belirlenmesi

⁵⁸³ Soldierer, s.111.

⁵⁸⁴ Hirsiger, s.220; Truffer, BSK-FusG, m.25 N.25; Soldierer, s.111. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.45.

⁵⁸⁵ BtschftFusG, s.4442. Alman hukukunda ise bölünmede alacakların teminata bağlanması bakımından esas itibarıyla birleşmede teminatı düzenleyen UmwG m.22'ye atıf yapıldığı için (UmwG m.133/f.1/c.2) alacakların teminata bağlanması bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından sonraki bir aşama olarak kendini göstermektedir. Buna göre teminatın borçlusu da söz konusu yükümlülük kendisine tahsis edilmiş olan (Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.123; Habersack, s. 94; Engelmeyer, s.377; Schröer, s.317) daha açık bir ifadeyle şirket alacağın kendisinden talep edilebileceği şirket (Ganske, s.146) olmaktadır.

⁵⁸⁶ Binder, s.15.

⁵⁸⁷ Binder, s.15

⁵⁸⁸ von Salis, N.15.12 (T III).

⁵⁸⁹ von Salis, N.15.12 (T III).

konusunda seçim hakkının borçlu şirkete ait olduğu kabul edilmelidir⁵⁹⁰. Tüm alacaklar için aynı türde teminat gösterilmesi şart olmadığı⁵⁹¹ için yönetim organı teminatın türünü takdir yetkisine göre belirlemelidir⁵⁹².

Cebri icra aşamasında ise seçim hakkı alacaklıya geçmektedir⁵⁹³. Bir başka ifadeyle teminat gösterilmemesi nedeniyle cebri icraya başvuran alacaklı teminatın türüne de karar verebilecektir.

Türk hukukunda teminat türleri arasında derece ilişkisi öngörülmediği için TTKT m.157'deki teminat teriminin öncelikle aynı teminat, aynı teminatın mümkün olmaması halinde şahsi teminatın mümkün olacağı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Bununla birlikte kefalet sözleşmesinin taraflarından birisi de alacaklı olduğu için alacaklının kefaleti kabul etmemesi halinde diğer teminat türlerine başvurulması kaçınılmazdır.

Dolayısıyla teminat aynı veya şahsi nitelikte olabilir⁵⁹⁴. Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki rehin hakları⁵⁹⁵ ile birleşmeye katılan şirketlerin malvarlıkları üzerindeki diğer aynı teminatlar bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵⁹⁶. Ayrıca üçüncü kişilere ait malvarlıkları üzerinde aynı teminatlar ile ödeme gücü olan üçüncü kişinin⁵⁹⁷ garantisi ve kefaleti şeklinde olan üçüncü kişi lehine sözleşme (OR m.111) ile borcun üçüncü kişi tarafından devralınması⁵⁹⁸ gibi şahsi teminatlar da söz konusu olabilir⁵⁹⁹. Şahsi teminatın birleşmeye katılan şirketler tarafından gösterilmesi ise mümkün değildir⁶⁰⁰. Para, kıymetli evrak ve taşınırın tevdi de bu kapsamdadır.

Alacaklının kural olarak aynı teminatı tercih etmesi şirketi geçici olarak belirli miktar malvarlığı değerinden yoksun bırakacaktır⁶⁰¹. Birleşme düzenlemelerinin alacaklıların ifa

⁵⁹⁰ von Salis, N.15.14 (T III); Affentranger, SHk, m.25 N.11; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.575; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.52; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.20; Marsch-Barner, Kallmeyer, m.22 N.12; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.49.

⁵⁹¹ Affentranger, SHk m.25 N.11.

⁵⁹² Schneller, s.242.

⁵⁹³ Kuru, Baki: Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Batider 1976, C.VIII, s.34; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.52; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.20; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.49.

⁵⁹⁴ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.575; Hirsiger, s.220.

⁵⁹⁵ Beretta, Strukturanpassungen, s.275.

⁵⁹⁶ von Salis, N.15.14 (T III).

⁵⁹⁷ Banka veya birleşme öncesindeki borçlu ile aynı mali durumda başka bir şirketin borca katılması gibi bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.24.

⁵⁹⁸ BtschftFusG, 4426. Borcun naklinin uygulama açısından elverişli olmadığı, üçüncü kişinin müteselsil borçlu olarak borca katılabileceği yönünde Affentranger, SHk, m.25 N.11.

⁵⁹⁹ von Salis, N.15.14 (T III); Ayrıca aynı edim ve hizmet edimlerinde üçüncü kişi ile garanti sözleşminin OR m.111 anlam ifade edeceği yönünde Beretta, Strukturanpassungen, s.275.

⁶⁰⁰ Birleşme ile bu şirketlerin sona ereceği ve katılan şirketlerin malvarlığının zaten tüm alacaklılara karşı sorumluluğun karşılığını teşkil ettiği gerekçesi ile bkz. Von Salis, s.163.

⁶⁰¹ Schröer, s.318; Rittner, Fritz: Die Sicherheitsleistung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, Festschrift für Walter Oppenhoff- zum 80. Geburtstag, München 1985, s. 319.

menfaati ile şirketin birleşmenin kolaylaştırılmasındaki menfaati arasında dengenin kurulması yönündeki amacı, devralan şirketin ağır teminat yükleri altında ezilmesinin önlenmesini zorunlu kılmaktadır. Sonuç olarak somut ifa tehlikesi karşısında alacağın tehlikeye düşmediğini işlem denetçisi raporu ile ispatlayamayan şirketin⁶⁰² teminat göstermek zorunda olması şeklinde kurulmuş olan denge şirketin göstereceği teminat miktarının sınırlanması vasıtasıyla tamamlanmalıdır.

3. Teminat Miktarı

Teminat miktarının ne şekilde tespit edileceği büyük ölçüde belirsizdir. Bu konuda Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda da hüküm bulunmaması nedeniyle, bilhassa sürekli borç ilişkilerinden doğan yükümlülükler için gösterilecek teminatın kapsamının belirlenmesi meselesi sorunlara yol açabilecek niteliktedir⁶⁰³.

TTKT m.157’de teminat gösterilmesi için alacakların birleşmeden önce doğmuş olması kıstasının kabul edilmiş olması, özellikle belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde neredeyse sınırsız ve belirlenemez tutarda teminatın gösterilmesine neden olabilecek niteliktedir. Bu bağlamda sorunun TTKT m.157 çerçevesinde çözülüp çözilemeyeceği ya da teminat miktarının sınırlanabilmesi için olması gereken hukuk bakımından bir çözümün bulunmasının zorunlu olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁰⁴.

Bu çerçevede aşağıda ilk olarak Alman hukukunda teminat miktarının sınırlandırılması konusunda sıkça atıfta bulunulan bir Yüksek Mahkeme Kararı değerlendirilecektir.

A. BGH’nin 18 Mart 1996 tarih ve II ZR 299/94 sayılı Kararı ve Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Alman hukukunda da teminatın miktarı sorununu, yürürlükteki mevzuata göre yeniden yapılanmada teminata ilişkin UmwG m.22 (Karş. TTKT m.157) çerçevesinde değerlendiren yüksek mahkeme kararı mevcut değildir⁶⁰⁵. Bununla birlikte BGH’nin KapErhG m.26’ya ilişkin yol gösterici nitelikte bir kararında⁶⁰⁶, diğer meseleler yanında teminat miktarı konusu da ele alınmış ve bu arada UmwG m.22’ye de ayrıntılı olarak girilmiştir.

Yukarıda teminat talebinin ön şartı olan somut ifa tehlikesine ilişkin incelemeler kapsamında değindiğimiz bu kararda, UmwG m.22’nin geriye doğru uygulanmasını kabul

⁶⁰² Bkz. 4.Blm./III.

⁶⁰³ Ayrılan kollektif şirket ortağının sorumluluğu bakımından aynı yönde bkz. Honsel/Harrer, s.341 vd.

⁶⁰⁴ Soldierer, s.113.

⁶⁰⁵ Soldierer, s.113.

⁶⁰⁶ 18 Mart 1996, II ZR 299/94.

etmeyen BGH, KapErhG m.26'yı uyguladığı için teminatın miktarı sorununu UmwG m.22 bakımından cevapsız bırakmıştır⁶⁰⁷. Dava konusu olayda Berlindeki imarlı gayrimenkullerin maliki olan bir limited şirket (Z), bu gayrimenkulleri alt kiraya da izin veren bir kira sözleşmesi ile 30 yıl süreyle bir başka limited şirkete (A) kiralamıştır. Daha sonra kiracı A-limited şirketi, B-limited şirketi ile bu şirket çatısı altında birleşmiştir. Bunun üzerine söz konusu kira sözleşmesinden doğmuş olan alacaklar için teminat göstermemiş olan Z-limited şirketi, birleşmeden sonra açık bilanço gösteren B-limited şirketine, kira sözleşmesinin kalan 27 yılı için teminat gösterilmesi istemiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi teminat olarak sadece bir yıllık kiraya hükmetmiştir. Yüksek mahkeme ise muhtemelen üç yıllık kira bedeli tutarında teminata hükmedilmesi gerektiğine işaret ederek kararı bozmuştur⁶⁰⁸.

Yüksek mahkeme bu kararında, alacaklının “*teminat menfaati*” kavramını kullanmış ve teminat miktarında “*alacaklının somut olarak belirlenmesi gereken teminat menfaatinin*” esas oluşturacağını belirtmiştir⁶⁰⁹. Bu kararda teminat menfaatinin somutlaştırılmasında, diğer kriterler yanında yanında tahliye için gerekli dava süresi, birleşme nedeniyle ortaya çıkan alacaklıların kira ödemelerini haczettirebilmesi imkanı, fesih olasılığı ve emlak piyasasındaki fiyat düşüşünden sonra⁶¹⁰ alt kiranın derhal mümkün olmaması da dikkate alınmıştır.

Yüksek mahkeme ve öğretide hakim görüş⁶¹¹ somut ifa menfaatini, teminat miktarının tespitinde belirleyici kıstas olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte aşağıda açıklanacak görüşler, ifa menfaati kriterinin somut durumda teminat miktarını ne şekilde etkileyeceği ve teminat menfaatinin nasıl belirlenebileceği konusunda nihai bir formülün oluşturulamadığını göstermektedir.

Yüksek Mahkemenin kararını değerlendiren *Soldierer*, bu kararın netice itibariyle karşı edimin likiditeye çevrilebilir değerini ilgilendiren özel faktörleri ortaya koyması bakımından önem arz ettiği görüşündedir⁶¹².

Jaeger yüksek mahkemenin teminat menfaatinin standartlaştırılmasına ilişkin olarak ileri sürdüğü kıstasları, daha evvelden teminat gösterilmiş olması halinde alacaklının teminat menfaati ortadan kalkacağı için UmwG m.22'ye göre teminat talep edilemeyeceğini de

⁶⁰⁷ 18 Mart 1996, ZIP 1996, s.705 vd..

KapErhG m.26'da ifanın somut olarak tehlikeye düşmesi önkoşul olarak öngörülmediği için Yüksek Mahkeme anılan kararda bu hususta görüş beyan etmemiştir. Bu kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. *Soldierer*, s.128 vd..

⁶⁰⁸ 18 März 1996, ZIP 1996, s.705 vd.

⁶⁰⁹ 18 März 1996, ZIP 1996, s.705 vd.

⁶¹⁰ Bu husus öğretide Yüksek Mahkemenin karşı edimin değerinin başka türlü değerlendirilebilir olup olmadığının dikkate alınmasına işaret ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. *Soldierer*, s.131.

⁶¹¹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.50; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.21; Marsch-Barner, Kallmeyer, m.22 N.12; Schröer, s.321; Jaeger, s.1069 vd.

⁶¹² *Soldierer*, s.131.

belirterek desteklemektedir⁶¹³. Bununla birlikte yazar, davanın açıldığı yere ve zamana göre farklılık göstereceği için son derece belirsiz olan dava süresi kıstasının elverişsiz olduğu görüşündedir⁶¹⁴. Bu görüş, *Soldierer* tarafından dava süresi ölçütünün kabulünün, borç ilişkisinin sona erdirilmesinin ve sona erdirmeye için gerekli zaman aralığının meşru olmayan bir şekilde ön plana geçirilmesine yol açacağı⁶¹⁵, böyle bir sonucun birleşmenin sözleşmelerin sona erdirilmesinin engellemesi amacına aykırı olarak alacaklının adeta feshe zorlanması neticesini beraberinde getirebileceği gerekçeleri ile desteklenmiştir⁶¹⁶. *Jaeger* ayrıca alacaklının sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu zaman diliminin ölçüt olarak kabulünün, söz konusu hükümlerin koruma amacına uygun düşmeyeceğini, alacaklının sözleşmeyi feshetmeye zorlanmış olacağını da dile getirmektedir⁶¹⁷.

Bu nedenlerden dolayı *Jaeger*, hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için çözüm olarak ayrılan ortağın sorumluluğunu zamanaşımı ile sınırlandıran HGB m.160'a dayanılmasını (karş. TTKT m.264) önermektedir⁶¹⁸. Yazar ifanın somut olarak tehlikeye düşmesi halinde, somut teminat menfaatinin, HGB m.160'daki süreyi aşar şekilde mevcut olmayacağını ve bu nedenle sürekli borç ilişkilerinde kural olarak en çok birleşmeden sonra HGB m.160'daki süre içerisinde muaccel olacak talepleri kapsayan bir miktarın teminat olarak gösterilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır⁶¹⁹.

Schröer ise teminat menfaatinin teminata bağlanması gereken talebin değerine göre, basiretli tacirin tespit edeceği şekilde belirlenebileceği görüşündedir⁶²⁰. Yazar tek bir teminat isteminin değerinin kural olarak alacağın itibari değerine uygun olacağını, ancak aynı durumun sürekli borç ilişkileri için geçerli olmayacağını belirtmektedir⁶²¹. Bilhassa belirsiz süreli sürekli borç ilişkilerinde alacaklının teminat isteminin belirsiz ve de belirlenemez nitelikteki kısmi taleplerden oluştuğunu, belirli süreli sürekli borç ilişkilerinde ise olağan dışı fesih olası olmadığı için tüm talebin toplam değerinin belirlenmesi mümkün olsa da kalan sözleşme süresine dayanmanın teminatın anlam ve amacına uygun düşmediğini ifade

⁶¹³ *Jaeger*, s.1070.

⁶¹⁴ *Jaeger*, s.1070, s.1079. *Jaeger*'in bu görüşüne karşı, münferit alacaklının somut olaydaki teminat menfaatinin tespiti esas olduğu için yerel farklılıkların dikkate alınmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir (*Soldierer*, s.129). *Grunewald* ise teminat miktarının hukuki takipteki güçlüklerle bağlı olarak belirlenemeyeceği, bu güçlüklerin birleşme olmasaydı da mevcut olacağı fikrindedir (*Grunewald*, *Lutter – UmwG*, m.22 N.23). Aynı yönde bkz. *Ries*, s.45.

⁶¹⁵ *Soldierer*, s.129.

⁶¹⁶ *Soldierer*, s.130.

⁶¹⁷ *Jaeger*, s.1070.

⁶¹⁸ *Jaeger*, s.1071.

⁶¹⁹ *Jaeger*, s.1071.

⁶²⁰ *Schröer*, s.320; *Sratz*, *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, m.22 N.21; *Grunewald*, *Lutter – UmwG*, m.22 N.23.

⁶²¹ *Schröer*, s.320 ve 321.

etmektedir⁶²². Sonuç olarak yazar sürekli borç ilişkilerinde alacağın itibari değeri ilkesinin bu borç ilişkisinin özelliklerine uygun olarak uyarlanması gerektiğini savunmaktadır.

Yazar farklı etkenlere bağlı olan teminat menfaatinin, büyük ölçüde tehlikenin derecesine göre belirlendiğine de dikkati çekmektedir⁶²³. Bunun yanında ifanın tehlikeye düşmesinin derecesinin, seçilen yeniden yapılanma türüne göre göstereceği değişkenliğin teminat menfaatinin farklılaştırılacağına da değinilmiştir⁶²⁴. Bu derecenin belirlenmesinde şirketin gelecekte göstereceği gelişmeye ilişkin tahminlerin kullanılmasının zorunlu olduğunu vurgulayan yazar geçen zamanla birlikte ifa edilmeme tehlikesi daha ziyade şirketin ekonomik durumundan kaynaklanacağı için bu tehlikenin ne ölçüde yeniden yapılanmanın sonucu olduğunun belirlenmesinin gerektiğini de eklemektedir⁶²⁵.

Ayrıca kısmi alacağın vadesinin uzun bir süre sonra gelecek olmasının teminat menfaati üzerinde azaltıcı etki göstereceğine değinen yazar sürekli bir borç ilişkisindeki tek bir kısmi alacak bakımından fesih hakkı, şarta bağlılık ve feshe karşı koruma anlaşmalarına da dikkati çekmektedir. Bunlara ek olarak kira fiyatı dalgalanmaları gibi piyasa gelişmelerinin de teminatın somut miktarını etkileyen faktör olarak dikkate alınmasının zorunlu olduğu da vurgulanmıştır⁶²⁶.

Jaeger'in ortaya attığı çözümü reddeden *Schröer*'e göre somut duruma göre özel olarak belirlenmesi gereken teminat menfaatinin genel itibariyle sınırlanması isabetli değildir. *Schröer* birleşme nedeniyle teminat isteminde, ayrılan kollektif şirketin sorumluluğundan farklı olarak üçüncü kişinin sonraki sorumluluğunu değil yükümlülüğün tahsis edildiği şirketin doğrudan sorumluluğunun söz konusu olduğu gerekçesiyle teminat miktarın somut olaydaki teminat menfaatine bağlı olarak belirlenmesini savunmaktadır⁶²⁷.

Buna karşılık *Maier-Reimer*, gösterilecek teminatın miktarının basiretli tacirin görüşüne göre belirlenmesi gerektiği fikrindedir⁶²⁸. Yazara göre teminat istemini düzenleyen hükümde, alacağın değeri değil alacağın ifa bakımından riske maruz kısmının tutarı söz konusudur. Ayrıca yazar teminat talebini alacaklının korunma ihtiyacı ile sınırlandırmakta ve bunun da alacağın tümüyle teminat altına alınması için gerekli tutara göre ölçülmesinin

⁶²² Schröer, s.321.

⁶²³ Schröer, s.321.

⁶²⁴ Schröer, s.321.

⁶²⁵ Schröer, s.321.

⁶²⁶ Schröer, s.322.

⁶²⁷ Birleşmede tasarrufa hazır üçüncü kişi bulunmadığı için bu durumun yükümlülüğün tahsisinin gerçekleştiği bölünme bakımından söz konusu olacağı yönünde bkz. Soldierer, s.116-dn.458.

⁶²⁸ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.48 vd.

zorunlu olduğunu dile getirmektedir. Dolayısıyla yazar, karşı edimin değeri⁶²⁹ yanında diğer teminatların da⁶³⁰ dikkate alınmasını önermektedir.

Maier-Reimer birleşmede sürekli borç ilişkileri için gösterilecek teminatın sınırlandırılmasında, belirli bir vadede mevcut olacak alacaklar bakımından, bu tarihten itibaren her iki taraf da⁶³¹ sözleşmeyi feshedebileceği için alacaklının korunma ihtiyacının olmadığını kabul etmektedir⁶³². Bu görüşünü de feshin alacaklı açısından uygun olmaması halinde alacaklının fesih hakkının başlı başına yeterli bir koruma teşkil etmeyeceği gerekçesi ile desteklemektedir. Diğer taraftan borçlunun fesih hakkının alacaklı açısından tehlikeye yol açmadığını eklemektedir. Netice itibarıyla yazar iki tarafın da fesih hakkının doğduğu tarihten itibaren hiç bir açıdan korumaya değer bir teminat menfaatinin mevcut olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.

B. Teminat Menfaatinin Belirleyici Olması

Yukarıda da ifade edildiği üzere teminat miktarının tespitine ilişkin olarak, belirli kıstaslara dayanan genel bir yöntem oluşturulamamıştır.

Bu nedenle teminat miktarının tespitinde, katılan tüm şirketler için ve sürekli borç ilişkilerini de kapsar şekilde tüm borç ilişkileri için uygulanabilir nitelikte yeknesak bir çözümün mümkün olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır⁶³³.

a) Teminat Menfaatinin Dayandığı Esaslar

Teminat miktarının belirlenmesinde temel ölçüt, alacaklının korunma ihtiyacı olarak da adlandırılabilen somut teminat menfaatidir⁶³⁴.

Şirketin teminat yükümlülüğünün alacağın ifasının tehlikeye düşmediğini işlem denetçisi raporu ile ispatlayamaması koşuluna bağlanmış olması, hem soyut tehlikenin yeterli olmaması hem de teminatın teminat menfaati olan alacaklılara verilmesi anlamını taşımaktadır⁶³⁵.

⁶²⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23.

⁶³⁰ Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12. von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.404.

⁶³¹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.46 vd. Yazar bu noktada fesih teorisinden ayrılarak sadece alacaklının fesih imkanına odaklanmakta, söz konusu vadeden sonra fesih beyanında bulunmayan alacaklı yeni oluşturulan borçluya izin vermiş sayılacağı için bu tarihten sonra koruma ihtiyacını kabul etmemektedir.

⁶³² Sermaye azaltımı konusunda fesih teorisinin alacaklının fesih imkanına ilişkin inceleme için bkz. Oechsler, MüKo-AktG, m.225 N.10.

⁶³³ Soldierer, s.117.

⁶³⁴ BGH 18.3.1996, ZIP 1996, s.705 vd.; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.48, 50; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.21; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.50.1; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12; Schröer, s.320; Jaeger, s.1069 vd.; Soldierer, s.117.

⁶³⁵ Soldierer, s.117–118.

İfayı talep edebilen alacaklılar da yukarıda açıklandığı üzere⁶³⁶ TTKT m.157 uyarınca korunmamaktadır. TTKT m.157 sadece alacaklarının ifası birleşme nedeniyle tehlikeye düşürülen alacaklıları korumaktadır. İfası birleşme öncesinde de aynı derecede tehlikeye düşmüş olan alacakların teminata bağlanmasında, TTKT m.157 anlamında korumaya değer menfaat bulunmadığı için nedensellik bağı da birleşme nedeniyle korunma ihtiyacına işaret etmektedir⁶³⁷.

Alman hukukunda UmwG m.22/f.2’de, alacakları sigorta gibi⁶³⁸ yasal denetime tabi bir karşılık vasıtasıyla korunan alacaklılara teminat talep etme hakkı tanınmamıştır. Bu tür bir karşılık, alacağın teminata eş değer şekilde güvence altına alınmış olması, böylece kural olarak koruma ihtiyacının bulunmaması anlamına gelmektedir⁶³⁹. Dolayısıyla bu tür bir güvenceye sahip alacaklılar, alacaklarının ifasının kural olarak birleşme nedeniyle tehlikeye düşmesine katlanmak zorunda olmalarına rağmen teminat menfaatleri bulunmamaktadır⁶⁴⁰. Öğretide haklı olarak UmwG m.22/f.2’nin amacının ifanın güvence altına alınması değil, bilakis ifa için gerekli miktarında tazmin vasıtası sağlanması suretiyle ifa etmemenin ekonomik etkileri bakımından alacaklının güvence altına alınması olduğu savunulmaktadır⁶⁴¹.

Alacaklının para alacağını sigorta gibi⁶⁴² yasal denetime tabi bir karşılıktan, ipotekten, rehnedilmiş alacaktan veya tevdi edilmiş kıymetli evraktan elde etmesi vadede, ifa yerinde ve gerçek borçlu tarafından ifa anlamında gereği gibi bir ifa sergilememektedir⁶⁴³. Eser imali borcunda olduğu gibi para borcu dışındaki yükümlülüklerde de birleşme ifayı tehlikeye düşürüyorsa, imal borcu söz konusu teminatlar vasıtasıyla güvence altına alınamaz⁶⁴⁴. Dolayısıyla TTKT m.157, ifanın tehlikeye düşmesi tehlikesini bertaraf etmemekte daha ziyade teminat menfaatinin eksikliği durumunu düzenlemektedir. Bu nedenle, alacaklı kendisine teminat menfaati ile sınırlı bir şekilde tanınmış teminat talep etme hakkını, korunmaya değer olmadığı ölçüde kaybetmektedir⁶⁴⁵.

⁶³⁶ IV.Blm./II/5.

⁶³⁷ Soldierer, s.118.

⁶³⁸ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.42; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.25.

⁶³⁹ Jaeger, s.1070; Rittner, s.321; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.25.

⁶⁴⁰ Soldierer, s.118.

⁶⁴¹ Rittner, s.321; Soldierer, s.118.

⁶⁴² Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.42; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.25.

⁶⁴³ Soldierer, s.119.

⁶⁴⁴ Soldierer, s.119.

⁶⁴⁵ Soldierer, s.119.

b) Teminat Menfaatinin Üst Sınırının Alacaklının İfa Menfaatine Göre Belirlenmesi

Teminat ile alacaklıya birleşme öncesine kıyasla daha iyi durum sağlanmamalıdır⁶⁴⁶. Teminat menfaati nedensellik gibi belirli bir unsur olarak somutlaştırılmamış ise de teminat menfaatinin tamamen veya kısmen mevcut olmaması halinde, TTKT m.157’de yer alan diğer unsurlar gerçekleşmiş olsa bile teminat talebi tamamen veya kısmen düşmektedir⁶⁴⁷.

Alacağın ifasının somut olarak tehlikeye düşmesi ve teminat menfaatinin bulunması gerekli olduğu için teminat, teminat menfaati mevcut olduğu ölçüde gösterilmeli ve teminat miktarının belirlenmesinde somut alacaktan hareket edilmelidir⁶⁴⁸.

Teminat alacaklının ifa menfaatinin karşılığı olduğu için teminatın miktarı alacaklının gereği gibi ifadaki menfaatinden daha yüksek olmamalıdır⁶⁴⁹. Bir başka ifadeyle ancak teminatın uygun bir ifa ikamesi teşkil etmesi halinde alacak yeterli bir şekilde güvence altına alınabilecektir⁶⁵⁰.

Teminat ile alacaklının ifası tehlikeye düşen alacağının ifasına ilişkin tüm menfaatinin güvence altına alması gerektiği için teminat ihtiyacının tam ölçekte mevcut olmaması durumunda, ifa menfaatinden yapılacak uygun indirimler ile somut ifa menfaatine uygun düşen bir teminat tespit edilmelidir⁶⁵¹. Başka teminatların mevcut olması⁶⁵² veya kısmi muacceliyet halleri gibi alacaklının teminat menfaatini azaltan durumlarda, teminatın miktarı ifa menfaatine uygun olmalıdır⁶⁵³.

c) Gerçek İfa Menfaatinin Kapsamı

Teminat miktarının tespiti için ilk olarak ilgili alacaklının somut ifa menfaati belirlenmelidir⁶⁵⁴. Edim, ifanın unsurlarına uygun olarak yerine getirilmelidir. Edimin, ifa borçlusu tarafından, ifa alacaklısına, kararlaştırılan yer ve zamanda, edimin miktar ve niteliğine uygun bir şekilde yerine getirilmemediği takdirde gereği gibi ifa etmeme söz

⁶⁴⁶ Beretta, Strukturanpassungen, s.275

⁶⁴⁷ Soldierer, s.119.

⁶⁴⁸ Teminatın teminata bağlanacak alacak miktarında gösterilmesi yönünde bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.48; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.21.

⁶⁴⁹ Soldierer, s.120.

⁶⁵⁰ Alacağın ifası söz konusu olduğu için riskin tam tutarının teminat altına alınması gerektiği görüşü için bkz. Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.48. Teminatın henüz gerçekleştirilemez ifanın ikamesini teşkil ettiği yolunda bkz. Rittner, s.321.

⁶⁵¹ Soldierer, s.120.

⁶⁵² Affentranger, SHk, m.25 N.9; Truffer, BSK-FusG, m.25 N.21; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.570; von der Crone/Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405.

⁶⁵³ Rittner, s.321.

⁶⁵⁴ Mevcut durumda zararın yokluğu nedeniyle somut ifa menfaatinin rakamsal olarak ifadesi mümkün olmadığı için, bu menfaatin daha ziyade tahmin edilmesi gerekmektedir birlikte münferit ifa menfaatini oluşturan unsurların karşılaştırılabilir nitelik taşıdığı görüşü için bkz. Soldierer, s.121-dn.481.

konusudur⁶⁵⁵. Somut ifa menfaati, alacaklının gereği gibi ifadaki menfaatini ifade ettiği için somut ifa menfaatinin belirlenmesinde, öncelikle gereği gibi ifanın unsurları dikkate alınmalıdır.

ca) Alacağın Miktar ve Niteliği ile Karşı Edimin Değeri

İlk olarak edimin miktar ve niteliğinin ifa menfaatine, dolayısıyla teminat miktarına etkisi değerlendirilmelidir.

Tehlikeye düşen alacak para alacağı gibi kesin itibari değerli somut bir alacak ise, alacağın tutarı kural olarak alacaklının ifa menfaatine uygun düşeceği için teminat da bu itibari değere eşit olmalıdır⁶⁵⁶. Aynı edime de kural olarak bu tür bir değer biçilebilir⁶⁵⁷. İtibari değeri olmayan veya belirlenmemiş olan alacakların ifade ettiği gerçek ifa menfaatinin tespitinde ise, basiretli tacirin görüşü esas alınmalıdır⁶⁵⁸.

İfa menfaati kapsamında olan faiz gibi yan alacaklar da dikkate alınmalıdır⁶⁵⁹.

Alacaklının karşı edimi de teminatın belirlenmesinde hesaba katılmalıdır⁶⁶⁰. İfa etmeme halinde alacaklı henüz yerine getirmediği karşı edimi ifa etmeme hakkına sahipse⁶⁶¹, alacaklı bu edim miktarında korumaya muhtaç olmayacağı için bu miktar kadar ifa menfaati mevcut değildir.

İfa etmeme durumunda kendi karşı edimi alacaklı için önemsiz kalıyor ya da hiç bir değer ifade etmiyorsa aynı çözüm kabul edilemez⁶⁶². Özel bir ürünün veya belirli bir müşteri için ithal edilen bir malın borçlanılması hallerinde olduğu gibi alacaklının karşı edimi, sadece edimin alacaklısı şirket için sözleşmedeki değeri ifade ediyorsa ve aksi takdirde hiç kimse bu edim için aynı fiyatı ödemeyecekse, karşı edim gerçekçi bir şekilde elde edilebilen karşı değere uyarlanmalıdır⁶⁶³. Zira bu durumda edimin belli bir borçluya ifa edilmesi, alacaklının ifa menfaatinin bir bölümünü oluşturmaktadır⁶⁶⁴. Bu tür bir değer değişimi borçlu şirketin

⁶⁵⁵ Eren, s.1003.

⁶⁵⁶ Schröer, s.321; Alacak türleri arasında ayırım yapmaksızın teminatın kapsamı bakımından alacağın itibari değerinden hareket edilmesi yönünde bkz. Affentranger, SHk, m.25 N.12; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.405.

⁶⁵⁷ Soldierer, s.121.

⁶⁵⁸ Schröer, s.321.

⁶⁵⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12; von Salis, N.20.7 (T II).

⁶⁶⁰ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.50; Von Salis, s.162; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.404.

⁶⁶¹ von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.404.

⁶⁶² Soldierer, s.121.

⁶⁶³ Soldierer, s.121.

⁶⁶⁴ Soldierer, s.121.

karşı edimi yönünden de söz konusu olabileceği için değeri değiştiren faktörler ifa menfaatini farklılaştırdıkları ölçüde dikkate alınmalıdır⁶⁶⁵.

Uzun bir zamanın geçmesi üzerine değeri değişebilecek edimlerde değerlendirme sorunu özellik arz etmektedir⁶⁶⁶. Eser sözleşmesinde ifa menfaati, eserin karşılığı olan ücretin miktarıdır⁶⁶⁷. Bu tür eser sözleşmelerinde, alacaklı siparişini uzun zaman önce veren alacaklı ücreti de vaktinden evvel ifa etmiş ise kural olarak işin tüm değeri miktarında teminat gösterilmelidir⁶⁶⁸. Bununla birlikte eserin imali için çok uzun bir sürenin gerekli olması halinde, bu süre içinde ortaya çıkabilecek enflasyon nedeniyle inşa masraflarının artması esere karşı edimden daha yüksek bir değer kazandırabilecek, dolayısıyla alacaklının ifa menfaati değişebilecektir⁶⁶⁹.

Fiyat düşüşünün ortaya çıktığı tersi durumda ise⁶⁷⁰, ödenen ücret miktarında değil aksine sadece ifa menfaatine daha açık bir ifadeyle eserin bitirilmesi veya başka yerden edinilmesi için gereken tutara uygun miktarda güvence sağlanmalıdır⁶⁷¹.

Alacaklı bakımından ekonomik açıdan elverişli hukuki işlemler sayesinde aynı edimin karşı edimden daha yüksek bir değeri haiz olmasından kaynaklanan kazanç farkı da ifa menfaatinin bir parçasıdır⁶⁷². Bu durumda ifa menfaati, alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken karşı edimin değerini aştığı için, teminat alacaklının ifa etmesi gereken edimin indirilmesinden kalan değer farkı miktarında gösterilmelidir⁶⁷³.

Alacaklı bakımından ekonomik açıdan elverişli sayılamayacak hukuki işlemlerden kaynaklı tersi durumda ise kendi edimini yerine getirmemiş olan ve ifadan önce yerine getirmek zorunda olmayan alacaklı, alacağının ifası tehlikeye düşmesine rağmen teminat isteyememelidir⁶⁷⁴.

cb) Borcun Zamanında İfası

İfa menfaatinin unsurlarından birisi de borcun zamanında ifası olduğu için teminat, vadede yapılmayan ifanın yol açabileceği muhtemel gecikme zararlarını da kapsamalıdır⁶⁷⁵.

⁶⁶⁵ Soldierer, s.122; von Salis, N.20.7 (T II).

⁶⁶⁶ Soldierer, s.122.

⁶⁶⁷ Soldierer, s.123.

⁶⁶⁸ Soldierer, s.123.

⁶⁶⁹ Soldierer, s.123.

⁶⁷⁰ Mesela teknik gelişmelerin eserin henüz imalatı aşamasında değerinin düşmesine yol açmasında olduğu gibi bkz. Soldierer, s.123.

⁶⁷¹ Soldierer, s.123.

⁶⁷² Soldierer, s.123.

⁶⁷³ Soldierer, s.123.

⁶⁷⁴ Soldierer, s.123.

⁶⁷⁵ Soldierer, s.124.

Birleşmeden kısa bir süre sonra kesin olarak muaccel olacak tek borç ilişkisinde ise ifa menfaati kural olarak teminat menfaatine eşittir⁶⁷⁶. Zira bu tür alacaklar için alacaklının korumaya değerliğini olumsuz etkileyebilecek hiç bir ipucunun varlığı açık değildir⁶⁷⁷.

cc) Birleşme Öncesinde Alacağın Teminata Bağlanmış Olması

cca) Mevcut Teminatların Dikkate Alınması Gerekliği⁶⁷⁸

Alman öğretisinde teminat bağlanmış alacaklar için şirketin teminat yükümlülüğünün doğmayacağı ve bu tür teminatların varlığı halinde tehlikeye düşmenin baştan itibaren kabul edilemeyeceğini savunulmaktadır⁶⁷⁹.

İsviçre öğretisinde ise Alman öğretisinden farklı olarak bazı yazarlar teminat üçüncü kişi veya birleşmeye katılan şirketlerden birisi tarafından gösterilmiş olması bakımından ayrımda bulunmaksızın mevcut teminatların dikkate alınması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir⁶⁸⁰. Yukarıda da açıklandığı üzere üçüncü kişi tarafından verilen teminatların, TTKT m.157'ye göre teminat talebini mutlak surette engelleyeceği kabul edilemez⁶⁸¹. Birleşmede teminat yükümünü öngören normun koruma amacından hareket eden bazı yazarlar ise birleşme öncesinde gösterilen teminatın birleşmeye katılan şirketler veya üçüncü kişi tarafından sağlanmış olması arasında ayırım yapmaktadır⁶⁸². Buna göre birleşmeye katılan şirketlerden birisi tarafından birleşme öncesinde sağlanmış olan teminat, birleşmenin yarattığı ifa edilmeme risklerini de karşılıyor ise TTKT m.157'ye göre teminat gösterilmemelidir⁶⁸³. Dolayısıyla birleşme nedeniyle teminat gösterilmesinin gerekli olup olmadığının takdirinde mevcut teminatın ifa menfaatini tamamen ortadan kaldırıp kaldırmadığı belirleyici olmalıdır⁶⁸⁴.

⁶⁷⁶ Soldierer, s.124.

⁶⁷⁷ Soldierer, s.124.

⁶⁷⁸ Mevcut teminat ile kastedilen birleşmeye katılan şirketler, dolayısıyla asli borçlu tarafından gösterilen teminatlardır. Üçüncü kişiler tarafından verilen teminatların TTKT m.157 uyarınca teminat talebine etkisi konusunda bkz. 4.Bl.m./II/3/G ve 4.Bl.m./II/5/C.

⁶⁷⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.26; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.60.

⁶⁸⁰ Beretta, Strukturanpassungen, s.275; Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.5; Affentranger, SHk, m.25 N.9.

⁶⁸¹ Üçüncü kişiler tarafından verilen teminatların TTKT m.157 uyarınca teminat talebine etkisi konusunda bkz. 4.Bl.m./II/3/G ve 4.Bl.m./II/5/C.

⁶⁸² von Salis, N.20.7 (T II); Hirsiger, s.219 ve 220.

⁶⁸³ von Salis, N.20.7 (T II).

⁶⁸⁴ Soldierer, s.141; Schneller, s.239.

ccb) Teminatın Ayni veya Şahsi Nitelikte Olmasının Etkisi

Birleşme nedeniyle borçlu değişimi, şahsi ve ayni teminatların sona ermesine yol açmayacağı için bu teminatlar birleşmeden sonra devralan şirkete intikal eden talep için güvence teşkil etmeye devam edecektir⁶⁸⁵.

Mutlak olarak hakim görüşe göre alacak için evvelden gösterilen ayni teminat, birleşme nedeniyle teminat talebine engeldir⁶⁸⁶. Böyle bir durumda ifa menfaati miktarında güvence sağlanmış olan alacaklının⁶⁸⁷ TTKT m.157 anlamında teminat menfaati mevcut olmayacaktır⁶⁸⁸.

Kısmi ayni teminatın varlığı halinde ise bu teminat, fiili ifa menfaati ile arasındaki fark miktarında artırılmalıdır⁶⁸⁹.

Bu şekilde ulaşılan ayni teminat mümkün ölçüde kapsamlı bir koruma sunduğu için aynı türde ek bir teminat vasıtasıyla iyileştirme söz konusu olmamalıdır⁶⁹⁰. Zira aynı türde ek bir teminat, yeniden yapılanma özgürlüğünün ekonomik açıdan gereksiz bir şekilde sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁶⁹¹.

Birleşmeden önce gösterilmiş olan teminatın kefalet şeklinde olması da mümkündür. Bu bağlamda birleşmenin kefalete etkisi ve mevcut kefaletin alacaklının teminat menfaatini değiştirip değiştirmeyeceği değerlendirilmelidir.

Bir görüşe göre birleşmenin önemli sebep sayılması suretiyle kefalet sözleşmesinin feshi mümkün olabilmelidir⁶⁹². Bir başka görüş ise birleşme sebebiyle değil birleşmenin devralan şirketin mali durumun kötüleşmesine, dolayısıyla alacağın ifasının tehlikeye düşmesine yol açması halinde önemli sebeple feshin mümkün olduğu yönündedir⁶⁹³.

Birleşmenin şahsi teminatın sona ermesine yol açması, birleşmeye itiraz hakkı tanınmayan alacaklının aynı zamanda mevcut teminatını da kaybetmesine neden olacağı için

⁶⁸⁵ Grunewald, Lutter-UmwG, m.20 N.33; Eusani, Guido: Auswirkungen der Verschmelzung auf Bürgerschafts-Verpflichtungen für Dauerschuldverhältnisse am Beispiel der Mietbürgerschaft, WM 2004, s.867; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.20 N.55; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.20 N.23).

⁶⁸⁶ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.26; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.60; Veil, s.244.

⁶⁸⁷ Rittner, s.319 ve 321.

⁶⁸⁸ Soldierer, s.141.

⁶⁸⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.26

⁶⁹⁰ Koruma faktörünün muhtemelen sadece m.22/f.2'ye göre teminattan daha yüksek olduğu yönünde bkz. Rittner, s.319 ve 321.

⁶⁹¹ Soldierer, s.142.

⁶⁹² Mertens, Kai: Umwandlung und Universalsukzession: die Reform von Verschmelzung/Spaltung/Formwechsel; rechtsdogmatische Betrachtungen zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, Kiel 1992, s.181.

⁶⁹³ Eusani, s.870 ve 873; Ries, s.139.

savunulabilir bir görüş değildir⁶⁹⁴. Ayrıca birleşme sözleşmesinin akdedilmesinin alacaklı ve kefil arasındaki sözleşmeyi, ne şekilde sona erdireceği de açıklanmamaktadır⁶⁹⁵. Bununla birlikte ilk kefaletin gösterildiği zamana kıyasla tamamen farklı bir risk yapısının mevcut olması halinde, alacaklının somut koşullar altında kefalete onay vermeyecek olması yüksek bir olasılıktır⁶⁹⁶. Gerçi şirketlerin katıldığı yeniden yapılanmalar alanında bu tür bir şahsi kefaletin kural olarak banka tarafından üstlenileceği dikkate alındığında bu tür tartışmaların söz konusu olmayacağı açıktır⁶⁹⁷.

Ayrıca kefil ve şirket arasındaki kefalete esas anlaşmada birleşmeye bağlı ek riskleri kural olarak mevcut kefaletin kapsamasının mümkün olmadığından hareketle kefaletin uygun bir şekilde uyarlanması veya yeniden gösterilmesi gerekli olacaktır⁶⁹⁸. Zira risk artışı, kefilin kefaleti geri çekmesine neden olabilecektir⁶⁹⁹.

cc) İtiraz ve Defilerin Etkisi

İtiraz, hakkı sona erdireceği, dolayısıyla teminat menfaati mevcut olmayacağı için alacak teminata bağlanmaz.

Defiler bakımından ise definin ortadan kalkma olasılığı dikkate alınmalıdır⁷⁰⁰.

Örneğin, kefilin tartışma defini ileri sürmesi ve asıl borçluya yapılan icra takibinin alacağa karşı aynı teminat verilmesine yol açması halinde kefilden ödeme talep edilemeyeceği için alacaklının teminat menfaati de mevcut değildir⁷⁰¹.

d) Sürekli Borç İlişkilerinde Teminat Menfaati Vasıtasıyla Sınırlama

Sürekli borç ilişkilerinden doğan ve tehlikeye düşmesi muhtemel tüm kısmi alacaklar için teminat gösterilmesinin gerekli olup olmadığı ve teminatın şarta bağlı alacaklar ile uzun vadeli alacaklar bakımından nasıl bir özellik göstereceği konuları uygulamada güçlük yaratabilecek niteliktedir⁷⁰².

⁶⁹⁴ Rieble, Volker: Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 1997, s.309.

⁶⁹⁵ Eusani, s.867; Stratz, Schmidt/Hörtnagl/Stratz, m.20 N.55.

⁶⁹⁶ Soldierer, s.143.

⁶⁹⁷ Soldierer, s.143.

⁶⁹⁸ Soldierer, s.144.

⁶⁹⁹ BK m.503 (karş. BGB m.775/f.1/n.1)

⁷⁰⁰ Soldierer, s.148. Defiler konusunda bkz. 4.Blm./II/5/B.

⁷⁰¹ Soldierer, s. 148-149.

⁷⁰² Soldierer, s.124. Bkz. 4.Blm./3/B ve D.

İfa menfaatinin tümünün her durumda teminat altına alınması mümkün değildir⁷⁰³. Sürekli borç ilişkilerinde, teorik olarak muaccel olacak tüm kısmi alacakların toplamı miktarında teminat gösterilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmelidir⁷⁰⁴.

BGH yukarıda anılan kararında⁷⁰⁵ esas itibariyle sürekli borç ilişkilerinden doğmuş olan ve muaccel olması muhtemel tüm kısmi edimlerin toplamı miktarında teminat gösterilmesinin zorunlu olmadığından hareket etmiş ve bu toplam miktarı adeta teminat miktarının tespiti için üst sınır olarak tayin etmiştir. Buna göre teminatın tespitinde hareket noktası, somut olayda ifa menfaatinin tasavvur edilebilir en yüksek miktarıdır⁷⁰⁶.

Sürekli borç ilişkilerinden doğan edimlerin değerinin belirlenmesinde pek çok belirsizlik baş göstermektedir. Kiraya verenin kira konusunun kiracıya bırakma yükümünün değeri kiranın itibari değeri kadardır⁷⁰⁷. Kiracının korunmaya değer ifa menfaati ise şüphesiz bu miktardan daha yüksek veya daha düşük olabilecektir⁷⁰⁸. Piyasaya, münferit borç ilişkisine ve borç ilişkisinin taraflarına bağlı gelişmeler bu hususta önemli rol oynamaktadır⁷⁰⁹. Aynı durum uzun vadede muaccel olacak ve söz konusu değişikliklere maruz kalabilecek olan münferit talepler için de geçerlidir⁷¹⁰.

Alacaklının tüm ifa menfaati miktarında korunmaya değer mi olduğunun belirlenmesinde karşı edimin değeri gibi pek çok unsur dikkate alındığı için teminatın aşırı boyutlara ulaşması nadiren söz konusu olabilir⁷¹¹.

Teminat miktarının tespitinde, öncelikle alacaklının mevcut olması muhtemel alacak bakımından korunmasının gerekip gerekmediği araştırılmalıdır⁷¹². Dolayısıyla teminat menfaati için talebin mevcudiyedinin yeterli derecede muhtemel olup olmadığı da belirleyicidir⁷¹³.

⁷⁰³ Affentranger, SHk, m.25 N.8. Buradaki ifa menfaatinin genellikle teorik olarak tahmin edilebilir nitelik taşıdığı yönünde Soldierer, s.124.

⁷⁰⁴ BGH 18.03.1996; Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.21; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Marsch-Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12; Ries, s.43.

⁷⁰⁵ Bkz. 4.BIm./VII/3/A.

⁷⁰⁶ Soldierer, s.125. Bu durumun zorunlu olarak borç ilişkisinin teorik olarak sonsuza kadar devam edebilecek sürekli borç ilişkilerinde, sonsuz bir değerden hareket edilmesine yol açacağı yönünde bkz. Soldierer, s.125-dn.495.

⁷⁰⁷ Soldierer, s.125.

⁷⁰⁸ Uygun teminatın hesaplanmasında emlak piyasasındaki fiyat düşüşlerinin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. BGH 18 Mart1996; Soldierer, s.125.

⁷⁰⁹ Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23.

⁷¹⁰ Soldierer, s.125.

⁷¹¹ Soldierer, s.125.

⁷¹² Soldierer, s.126.

⁷¹³ Soldierer, s.126

Gerçekleşmesi muhtemel olmayan geciktirici şarta bağlı borç ilişkilerinde olduğu gibi talebin mevcudiyet kazanması olasılık dışı ise⁷¹⁴ bu tür belirsiz bir talebin güvence altına alınmasında korunmaya değer bir menfaat bulunmamaktadır⁷¹⁵. Askıda hukuki işleme dayanan alacaklar, ancak alacağın mevcudiyedi yeterli derecede muhtemel olduğunda bilançoda aktifleştirilebildikleri için söz konusu sınırlama bilanço hukukuna da uygundur⁷¹⁶.

Kısmi edimlerin mevcudiyet kazanıp kazanmayacağı sorununda sözleşmenin süresi, şarta bağlılık, fesih olanakları, şirketin birleşme öncesindeki gelişimi ve birleşme sonrası için tahmin olunan gelişimi yanında piyasanın ekonomik seyiri gibi birçok faktör belirleyicidir⁷¹⁷.

Mesela çok uzun bir süre için akdedilmiş sözleşmenin sürenin sonuna kadar fiilen icra edilip edilmeyeceği kesin değildir. Tanınmış bir şirket 10 yıl süreli bira teslim anlaşması akdederse ve piyasa koşullarına ilişkin tahminler sipariş veren açısından olumlu bir çizgide ise sözleşmenin tümüyle ifa edileceğinden hareket edilebilecektir⁷¹⁸. Bu durumda tüm kısmi alacakların mevcudiyet kazanması, büyük bir olasılık taşıdığı için alacaklı tüm kısmi alacaklar kapsamında korunmalıdır⁷¹⁹.

Tarafların fesih hakkına sahip olması ve edimin kolaylıkla alternatif sözleşme taraflarından da elde edilebilir nitelik taşıması, taleplerin mevcudiyet kazanmasını şüpheli hale getirmektedir⁷²⁰. Somut edimle ilgili olarak piyasada başka bir imkanın bulunmaması halinde ise fesih hakkının kullanılmasından ve kısmi alacakların da muhtemel fesih tarihinden sonra büyük olasılıkla mevcut olmayacağından hareket edilemez⁷²¹.

Bozucu şarta bağlı alacaklarda, şartın gerçekleşmesinin yeterli derecede muhtemel olması koşuluyla, korunmaya değerlik şartın muhtemelen gerçekleşeceği zamana kadar söz konusudur⁷²².

Birleşme nedeniyle işletme stratejileri ya da şirketin piyasadaki konumu veya yönelimleri değişirse yeni durum nedeniyle gereksiz hale gelen veya getiri gücünü kaybeden anlaşmaların şirket tarafından feshedilmesi büyük ölçüde muhtemeldir⁷²³. Şirketin birleşme sayesinde daha büyük bir piyasaya girmesi nedeniyle alacaklı tarafından ifa edilecek karşı

⁷¹⁴ Soldierer, s.126.

⁷¹⁵ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.10; Schröer, s.321. Bozucu şart bakımından aynı yönde bkz. Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.21

⁷¹⁶ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.11; Soldierer, s.126.

⁷¹⁷ Soldierer, s.126.

⁷¹⁸ Soldierer, s.126.

⁷¹⁹ Soldierer, s.126.

⁷²⁰ Soldierer, s.127.

⁷²¹ Soldierer, s.127.

⁷²² Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 22 N.21.

⁷²³ Soldierer, s.127.

edimin yetersiz kalması ve alacaklının yeni ortaya çıkan veya artan talepleri ifa edecek konumda olmaması halinde de aynı durum geçerlidir⁷²⁴. Bununla birlikte, borçlunun ifa arzusunun bağlı bu tür kötüleşmeler karşısında alacaklının TTKT m.157 korunması söz konusu değildir⁷²⁵.

da) Sorumluluğun Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.264'e Kıyasla Sınırlandırılmaması

TTKT m.157'den sürekli borç ilişkilerinden doğan kısmi talepler için verilmesi gereken teminatın zaman itibarıyla sınırlandırılması sonucuna ulaşılması mümkün değildir⁷²⁶.

Bu nedenle *Jaeger*'in somut durumda teminatın miktarının üst sınırının HGB m.160'a (TTKT m.264'e)⁷²⁷ paralel bir şekilde hesaplanması yönündeki görüşü⁷²⁸ reddedilmelidir. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu için zaman bakımından bir üst sınırın isabetli olacağı düşünülebilirse de⁷²⁹ ifanın tehlikeye düşmesinin ve teminat menfaatinin uzun bir zaman için söz konusu olması halinde bu tür soyut bir sınırın neden uygun olması gerektiği açıklanamamaktadır⁷³⁰. Zira teminat menfaati, daha uzun bir süre için söz konusu olabilecektir⁷³¹.

Aynı şekilde TTKT m.157'deki sorumluluğun süre bakımından TTKT m.158'e kıyasla sınırlandırılması da söz konusu değildir.

db) Tehlike Artışının Teminat Miktarının Tespitinde Belirleyici Olmaması

Teminat miktarında tehlike artışının belirleyici olması gerektiği görüşü⁷³² eleştiriye açıktır⁷³³. Birleşmenin tehlikenin derecesine etkisi teminat menfaatinin belirlenmesinde değil esas itibarıyla nedenselliğe ilişkin tartışmalar çerçevesinde ele alınmalıdır⁷³⁴.

⁷²⁴ Soldierer, s.127.

⁷²⁵ Bkz. 4.Blm./IV/1/C/b.

⁷²⁶ Stratz, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 22 N.21; Schröer, s.317; Marsch/ Barner, Kallmeyer-UmwG, m.22 N.12. Buna karşılık Ries, fesih hakkının tanınmadığı veya feshin birleşmeden itibaren en erken TTKT m.264'deki (HGB m.160) sürenin dolmasından sonra mümkün olması halinde österilecek teminatın bu süre ile sınırlandırılması gerektiği görüşündedir.

⁷²⁷ Bkz. 5.Blm./I/2/B/a.

⁷²⁸ Jaeger, s.1070. Ayrıca bkz. 4.Blm./VII/3/A.

⁷²⁹ Soldierer, s.132.

⁷³⁰ Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.50.1; Stratz, Stratz/Schmitt/Hörtnagl, m.22 N.21; Schröer, s.322.

⁷³¹ Soldierer, s.132; Ries, s.46.

⁷³² Schröer, s.321; Grunewald, Lutter – UmwG, m.22 N.23; Vossius, Widmann/Mayer, m.22 N.50.1

⁷³³ Soldierer, s.132.

⁷³⁴ Soldierer, s.132.

dc) Fesih Hakkına Dayanılarak Sınırlandırmanın Mümkün Olup Olmadığı

dca) İsviçre Öğretisindeki Görüşler

Birleşme Kanununun 27. maddesinin 2 fıkrasında, işçilerin hizmet sözleşmesinden doğan alacakları için hizmet akdinin olağan yolla sona erdirilebileceği veya işçinin devre itirazı sebebiyle işçi tarafından sona erdirileceği ana kadar muaccel olacak alacakları için teminat talep edebilecekleri düzenlenmiştir (TTKT m.158/f.4'ün atfı ile TTKT m.178/f.3). Buradan hareketle öğretide fesih bakımından sürekli borç ilişkileri arasında hizmet akidlerine kıyasla ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁷³⁵. Bu görüşe göre olağan yolla feshi mümkün sözleşmelere dayanan kısmi alacaklara karşılık olarak verilecek teminatın miktarı olağan fesih anına kadar muaccel olacak kısmi alacaklarla sınırlandırılmalıdır⁷³⁶. Fesih imkanını içermeyen sürekli borç ilişkilerinde ise süresiz hizmet akidlerine kıyasen tüm alacakların teminat altına alınması savunulmaktadır⁷³⁷.

dcb) Alman Öğretisindeki Görüşler

Alman hukukunda *Maier-Reimer* belirsiz süreli borç ilişkilerinde, teminat konusunda alacaklının dikkate alınması gereken menfaatlerinin kapsamını karşılıklı feshin mümkün olduğu ana kadar⁷³⁸ mevcut olacak kısmi alacaklar ile sınırlandırmaktadır⁷³⁹. Dolayısıyla yazar her iki tarafın da fesih hakkının doğduğu andan itibaren kural olarak teminat menfaati mevcut olmayacağı için bu ana kadar muaccel olacak alacaklar için teminat gösterilmesini savunmaktadır.

Bu görüşe karşı birleşme dışında da alacaklının ancak borçlunun olağan fesih hakkına sahip olduğu ana kadar hukuken güvenli bir durumda olduğu, bu andan sonrası içinse belirsizlik arz eden hukuki durumun teminat altına alınmasının UmwG m.22'nin (TTKT m.157) amacını aşacağı ifade edilmiştir⁷⁴⁰.

Maier-Reimer'in görüşüne karşı bir diğer eleştiri ise, bu görüşün, feshin hukuken mümkün olmadığı ya da durumun gereklerine uygun düşmediği durumlarda yeterli koruma

⁷³⁵ von Salis, N.20.7(T II); Hirsiger, s.218; Kanunda işçiler bakımından yapılmış olan ayırımın diğer alacaklılar için uygulanmamasının anlaşılamayacağı yönünde bkz. Affentranger, SHk, m.25 N.8; Schneller, s.236. *Albrecht* ise sürekli borç ilişkilerinde bu tür genişletici bir yoruma karşı çıkmakta ve birleşmenin hukuki geçerlili kazamsından önce koşulsuz olarak borçlanılmış olan yükümlülüklerin teminata bağlanması gerektiğini savunmaktadır (Albrecht, ZK-FusG, m.25 N.5).

⁷³⁶ Hirsiger, s.218; Schneller, s.237; Affentranger, Shk, m.25 N.8; Glanzmann, Umsturukturierungen, N.561; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.404.

⁷³⁷ Affentranger, SHk, m.25 N.8; Hirsiger, s.219.

⁷³⁸ Sermaye azatlımı nedeniyle verilen teminatlar bakımından aynı görüşü savunan Oechsler ise alacaklının olağan fesih imkanına sahip olduğu andan itibaren alacaklı kendisini birleşmeden kaynaklanan tehlikelere karşı bizzat koruyabileceği için bu anın esas alınması gerektiğini savunmaktadır (MüKo-AktG, m.225 N.10).

⁷³⁹ MaierReimer, Semler/Stengel, m.22 N.47; von Salis, N.20.7(T II).

⁷⁴⁰ Ries, s.49-50, s.58.

sağlayamadığı yönündedir⁷⁴¹. Buradan hareketle *Maier-Reimer*'in görüşünü tamamlar nitelikte çözüm önerilmektedir. Buna göre özel tüketim mallarına ilişkin uzun süreli sözleşmeler fesih hakkını içerse dahi, her iki taraf da fesih hakkının karşılıklı olarak kullanılmayacağından hareket edebiliyorsa, tarafların feshin her iki taraf için uygun olmadığına da güvenebileceği belirtilmektedir⁷⁴². Bu tür durumlarda alacaklının fesih olasılığına rağmen sözleşmenin devamına güvenerek malvarlığı tasarrufunda bulunmuş olması ihtimaline dikkat çekilmektedir⁷⁴³. Ayrıca alacağın karşılıklı fesih imkanının doğduğu ana kadar teminat verilmesinin bu andan sonrası için de ifa edilmeme riskinin devamı halinde alacaklıyı feshe zorlayacağı ifade edilmektedir⁷⁴⁴.

Bu bağlamda uçak imalatının yapıldığı binanın kiralanmasına ilişkin sözleşmenin sadece ilgili imalatçı için değer taşıması, diğer imalatçılar halihazırda o bölgedeki hangarların⁷⁴⁵ zilyet oldukları için boşalan hangarın ancak başka bir imalatçının taşınmayı veya kapasite artırımını düşünmesi halinde kiralanabileceği, taraflardan hiç birisinin sözleşme ifa edildiği sürece feshi düşünmeyeceği örnek gösterilmektedir⁷⁴⁶. Bu örnekte olduğu üzere sözleşme konusunun başka bir şekilde doğrudan değerlendirilmesinin mümkün olmadığı nadiren karşılaşılabilecek istisnai durumlarda, sözleşmenin devamı teminat vasıtasıyla güvence altına alınarak alacaklı korunması gerektiği savunulmaktadır⁷⁴⁷.

e) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.175 (karş. m.157)'ye Tekabül Eden Birleşme Kanunu m.46'nın Sınırlı Yorumunun Mümkün Olmaması

İsviçre öğretisinde *Binder*'e göre, teminat yükümünün gerek katılan şirketler gerekse teminat talebinde bulunmamış olan alacaklılar için ağır sonuçlara yol açabilecek olması gerekçesiyle teminat konusunu düzenleyen hüküm sınırlı bir şekilde yorumlanmalıdır⁷⁴⁸. Yeniden yapılanmada (FusG m.46; TTKT m.175 karş. TTKT m.157) teminat yükümünün kural teminat gösterilmesinin ise istisna olarak düzenlendiği belirten yazar, ispata ilişkin

⁷⁴¹ Jaeger, s.1070.

⁷⁴² Soldierer, s.133.

⁷⁴³ Soldierer, s.134.

⁷⁴⁴ Soldierer, s.134.

⁷⁴⁵ Hangar, uçakların bakım ve onarımları için kullanılan binaların adıdır.

⁷⁴⁶ Soldierer, s.133-134.

⁷⁴⁷ Soldierer, s.134.

⁷⁴⁸ Bu görüş bölünmede teminat yükümünü düzenleyen FusG m.46 (TTKT m.175) bakımından ileri sürülmüştür bkz. Binder, s.39.

Birleşme Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bölünmeye ilişkin hükümlerin anonim şirketler tarafından çok az uygulandığı, anonim şirketlerin genel hükümlere göre fiili bölünme yolunu tercih ettiğini vurgulayan yazar(Binder, s.8-9), bu durumun alacaklının korunmasına ilişkin hükümlerin çok kapsamlı olmasından kaynaklandığını, çözümün ise bölünmede alacaklının korunmasına yönelik hükümlerin sınırlı yorumunda ve sınırlı yorumun yeterli olmadığı hallerde kısmi revizyonda yattığını savunmaktadır (Binder, önsöz).

ölçütler ve ifanın tehlikeye düşmesinin derecesi hakkında herhangi bir söyleme yer verilmemiş olduğu gerekçesi ile teminata ilişkin düzenlemenin sınırlandırıcı bir yoruma tabi tutulmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁷⁴⁹. Bunun yanında hükmün lafzına göre geniş yorumlanmasının, yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerin yeniden yapılanmaların mümkün kılınması yönündeki temel amacına aykırı düşeceğini belirtmektedir⁷⁵⁰. Ayrıca alacakların kural olarak teminata bağlanacağını kabulünün, şirketin mevcut ve potansiyel likiditesinin önemli bir bölümünün bağlanmasına yol açmak suretiyle şirketin ödeme gücünü olumsuz etkileyebileceğine de dikkat çeken yazar, teminatın şirketin ödeme güçsüzlüğüne yol açmayacak şekilde gösterilmesini önermektedir⁷⁵¹.

TTKT m.157 ve 175'den (FusG m.25 ve 46) alacaklının somut olarak korumaya muhtaç olması halinde, teminat istemi mevcudiyet kazanacağı için teminat menfaatinin gerekli olduğu sonucu çıkmaktadır. Teminat menfaatini sınırlandıran haller dikkate alındığında yüksek miktarda teminatların gösterilmesi zorunluluğunun ortaya çıkması istisnai bir durumdur. Teminat menfaati teminatın kapsamını mantıki ölçütlere göre sınırlandırdığı için, söz konusu istisnalar normun ne uygulama alanının ne de hukuki sonuçlarının sınırlanması gereğine yol açmamalıdır⁷⁵². Böyle bir durumda teminatın sınırlandırılmaması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bunun yanında yükümlülük altına giren borçlu birleşme kararında borcun özel karakterini dikkate almak zorundadır⁷⁵³. Öngörülebilir bir ifa edilmeme tehlikesine rağmen, şirket yeniden yapılanırsa teminat yükümü durumun gereklerine uygun bir hukuki sonuçtur ve alacaklının korunması için gereklidir.

Ekonomik açıdan elverişli bir yeniden yapılanma, gösterilmesi gereken teminatların toplam miktarı nedeniyle tehlikeye düşürülemez. Kurallara uygun olan ve ekonomik açıdan mantıklı bir birleşmede teminat istemleri vasıtasıyla ciddi bir borca batıklık tehlikesi meydana gelmeyeceği için olması gereken hukuk bakımından teminat miktarının söz konusu şekilde sınırlandırılması gerekli değildir⁷⁵⁴.

Sonuç olarak Binder'in görüşünün kabulün edilebilmesinin mümkün olmadığı fikrindeyiz.

⁷⁴⁹ Binder, s.39.

⁷⁵⁰ Binder, s.39.

⁷⁵¹ Binder, s.40.

⁷⁵² Soldierer, s.135.

⁷⁵³ Soldierer, s.136.

⁷⁵⁴ Soldierer, s.136.

C. Bölünmede Teminatın Miktarı ve Teminat Menfaati

Müteselsil sorumluluk ve/ veya şahsen sorumlu ortakların sorumluluğunun devamına rağmen ifanın somut olarak tehlikeye düşmesi halinde, teminat menfaati dikkate alınarak teminatın miktarından uygun bir kesinti yapılmalıdır⁷⁵⁵. Zira teminat menfaati diğer taraftan müteselsil sorumluluk çerçevesinde elde edilebilecek olan miktarda azalacak olduğu için⁷⁵⁶ herhalükarda tam bir teminat gerekli olmayacaktır⁷⁵⁷. Aynı durum şahsi sorumluluğu devam eden ortaktan elde edilebilecek miktar için de geçerlidir⁷⁵⁸.

FusG m.46'nın (TTKT m.175) alacaklıların eşit işleme tabi tutulması esasına aykırı düşeceği ileri sürülmektedir. Teminat talep etmemiş olan alacaklıların kendilerine teminat sağlanmış olan alacaklılar karşısında menfaatlerinin önemli ölçüde zedeleneyeceği, zira gösterilen teminatlar ölçüsünde şirket malvarlığına başvuru olanağından mahrum bırakılmış olacakları ifade edilmektedir⁷⁵⁹. Tüm alacaklılara teminat talep etme hakkı tanınmış olması karşısında bu görüşe tamamen katılmak mümkün değildir.

Öğretide alacaklının önleyici şekilde korunmasının etkisi çok geniş boyutlara ulaşabilir ve katılan şirketler için radikal sonuçlara yol açabileceğine dikkat çekilmektedir. Buna göre katılan şirketler teminat için gerekli miktarda malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmuyorsa, bu şirketlere kalan tek çözümün bölünmenin icrasından tamamen vazgeçilmesi ya da yeniden yapılanmanın başka bir yolla gerçekleştirilmesinin olduğu vurgulanmaktadır⁷⁶⁰. Bölünme niyetinin Ticaret Sicilinde ilan edilmiş olması, bölünmeden vazgeçmenin de kamusal bir aleniyetle gerçekleşmesini gerektireceği için bölünmeye katılan şirketlerin kredibilitésinin ve ününün zedelenmesi sonucunun doğabileceği hatta şirketin acze düşmesinin dahi söz konusu olabileceğine işaret olunmuştur⁷⁶¹.

Bununla birlikte yukarıda da vurguladığımız üzere bu tür kaygılar, teminat menfaati bulunan alacaklıya teminat verilmemesini haklı çıkarmamaktadır⁷⁶².

VIII. BORÇLUNUN TEMİNAT GÖSTERMEKTEN KAÇINMASI

Şirketin teminat göstermemesi halinde alacaklı icra veya dava yoluna başvurabilecektir⁷⁶³. İcra veya dava yoluna hangi sürede başvurulabileceği Türk Ticaret Kanunu Tasarısında düzenlenmemiştir. Bununla birlikte öğretide, yükümlü şirketin kendisine

⁷⁵⁵ Soldierer, s.161.

⁷⁵⁶ Hommelhoff/Schwab, Lutter – UmwG, m.133 N.40.

⁷⁵⁷ Soldierer, s.161.

⁷⁵⁸ Soldierer, s.161.

⁷⁵⁹ Binder, s.15.

⁷⁶⁰ Binder, s.16.

⁷⁶¹ Binder, s.16.

⁷⁶² Bkz. 4.Blm./3/B/e.

⁷⁶³ Beretta, Strukturanpassungen, s.271; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.408; Affentranger, SHk,m.25 N.13.

karşı dava açılması veya icra takibi yapılması riskine sınırsız bir şekilde maruz bırakılmaması gerekçesiyle FusG m.25/f.1'in (TTKT m.157/f.1) kıyasen uygulanması ve bu sürenin yükümlü şirketin teminat göstermeyeceğini beyan ettiği tarihten başlatılması önerilmektedir⁷⁶⁴. Teminat göstermekle yükümlü şirketin menfi tespit davası açması olasılığı ise bu davanın uzun sürmesi olasılığı nedeniyle uygulama açısından elverişli değildir⁷⁶⁵.

Teminatın gösterilmemesi doğrudan bir zarara yol açmayacağı için teminat gösterilmemesi nedeniyle tazminat davası açılmayacaktır⁷⁶⁶. TTKT m.157'de öngörülen korumanın tamamlayıcı nitelik taşıması nedeniyle bu maddeye aykırılıktan dolayı birleşme iptal edilemez⁷⁶⁷. Mahkeme teminatın niteliği, miktarı ve alacağın tehlikeye düşmediğinin ispatına yönelik işlem denetçisi raporu hakkında karar verebilecektir⁷⁶⁸.

Şirketin çekişmeli bir alacak için teminat göstermeyi reddetmesi nedeniyle açılacak davada ise teminata elverişli bir alacağın mevcut olmadığını ispat yükü şirkettir⁷⁶⁹. Davacının, alacağın varlığına inandırması yeterlidir⁷⁷⁰. Zira çekişmeli alacaklar için de kural olarak şirket teminat göstermekle yükümlüdür⁷⁷¹.

Şirketin teminat yükümünü yerine getirmemesi nedeniyle açılacak dava bir görüşe göre göre değil özen yükümünü düzenleyen hükümlere (OR 754 717) göre açılmalıdır⁷⁷². Karşı görüş ise davayı FusG m.108'e (TTKT m.193) dayandırılmaktadır⁷⁷³.

IX. TEMİNATIN İADESİ

İfayı tehlikeye düşüren sebeplerin ortadan kalkması halinde, şirketin teminatın iadesini talep edebilecektir. Zira yeniden yapılanmadan kaynaklanan riskin sona ermesi, teminat menfaatini ortadan kaldırmaktadır⁷⁷⁴.

X. SÖZLEŞMELERİN ÖNEMLİ SEBEBLE FESHİ

Öğretide, yeniden yapılanmanın, alacaklının şirket ile hukuki ilişkisinde katlanılması beklenilemez bir duruma girmesine sebep olması ve sözleşmede olağan fesih hakkı veya

⁷⁶⁴ Beretta, Strukturanpassungen, s.272.

⁷⁶⁵ Beretta, Strukturanpassungen, s.272.

⁷⁶⁶ Beretta, Strukturanpassungen, s.271.

⁷⁶⁷ Affentranger, SHk, m.25 N.13 ve 17.

⁷⁶⁸ Affentranger, SHk, m.25 N.17; Hirsiger, s.230.

⁷⁶⁹ Beretta, Strukturanpassungen, s.272. Farklı görüş için bkz. Truffer, BSK-FusG, m.25 N.40.

⁷⁷⁰ Beretta, Strukturanpassungen, s.272.

⁷⁷¹ Bkz. 4.Blm./II/6.

⁷⁷² Truffer, BSK-FusG, m.25 N.42.

⁷⁷³ Özen yükümünün ihlalinin yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerin ihlali ile ayrılmaz bir bağlantı içinde bulunması halinde davanın TTKT m.193'e (FusG m.108) dayandırılması gerektiği yönünde bkz. Hirsiger, s.351.

⁷⁷⁴ Grunewald, Lutter – UmwG, m.20 N.28; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.22 N.64.

sözleşmeyi sona erdirebilecek bir sebep bulunmaması⁷⁷⁵ halinde, belirli şartlar altında sözleşmenin sona erdirilmesine imkan tanınmasının gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁶. Bir başka ifadeyle olağanüstü fesih söz konusu olabilmelidir⁷⁷⁷. Alacaklının sözleşmeden dönebileceği, sözleşmeyi sona erdirebileceği veya feshedebileceği böyle bir durum birleşmede, kural olarak ancak alacaklıların menfaatlerinin teminat vasıtasıyla yeteri kadar korunmaması halinde söz konusu olacaktır⁷⁷⁸.

Birleşme tek başına önemli sebep teşkil etmemektedir⁷⁷⁹. Alacaklının sözleşmeyi sona erdirebilmesi ancak alacaklı bakımından katlanılması beklenemezliğin münhasıran ifanın tehlikeye düşmesine dayanmaması halinde dikkate alınmalıdır⁷⁸⁰. Zira ifanın tehlikeye düşmesi tehlikesine karşı teminat vasıtasıyla uygun bir korunma sağladığı takdirde borç ilişkisine bağlılığın beklenilemez olmasından bahsedilemeyecektir⁷⁸¹.

Alacaklının devralan şirket ile birleşme öncesinde giriştiği sözleşme ilişkilerinde, devralan şirketin sözleşmeye aykırı hareket etmiş olması⁷⁸² veya silahlanma karşıtı alacaklının hırdavat işleri için devreden şirkete kiraladığı gayrimenkulün birleşmeden sonra silah üreticisi olan devralan şirket tarafından kullanılacak olması gibi sebepler alacaklı açısından beklenilemezliğin takdirinde dikkate alınabilmektedir⁷⁸³. Bunun yanında alacağın ifasının tehlikeye düşmesinin TTKT m.157/f.1'deki 3 aylık süreden (karş. UmwG m.22) sonra söz konusu olması veya alacaklının TTKT m.157'ye uygun olarak talep ettiği teminatın gösterilmemesi de önemli sebep sayılabilir⁷⁸⁴.

Vekalet sözleşmesi gibi borçlunun kişiliğinin ve güven ilişkisinin ön planda olduğu hallerde ise Borçlar Kanununun imkansızlığı düzenleyen hükümlerine başvurulabilmelidir⁷⁸⁵.

Alacaklıya yeniden yapılanmanın sonucu olan halefiyete karşı itiraz hakkı tanınmadığı, bilakis bu hak beklenilemezlik halinde fesih hakkı vasıtasıyla telafi edildiği için şayet sözleşmenin devamının beklenilemezliği münhasıran ifanın tehlikeye düşmesine dayanmıyorsa sözleşmeyi feshedip etmemek konusunda seçim hakkı alacaklıda olmalıdır⁷⁸⁶.

⁷⁷⁵ Sözleşmede kontrol değişim koşulunun yer alması halinde olduğu gibi bkz. Hirsiger, s.244.

⁷⁷⁶ Rieble, s.305; Grunewald, Lutter – UmwG, m.20 N.50 vd.

Birleşmenin, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına yol açabileceği hakkında bkz. Hirsiger, s.245.

⁷⁷⁷ Hirsiger, s.245.

⁷⁷⁸ Rieble, s.305.

⁷⁷⁹ Ries, s.160-161.

⁷⁸⁰ Grunewald, Lutter-UmwG, m.20 N.50.

⁷⁸¹ Soldierer, s.137.

⁷⁸² Rieble, s.305; Petersen, Gläubigerschutz, s.335.

⁷⁸³ Ries, s.162.

⁷⁸⁴ Ries, s.162 vd. ve 167.

⁷⁸⁵ Hirsiger, s.247.

⁷⁸⁶ Soldierer, s.137. Benzer yönde Rieble, s.308-309.

Yeniden yapılanan şirket ise teminat yükümünden kurtulmak amacıyla dolaylı olarak alacaklının sözleşmenin devamına katlanmasının beklenilemez olması sebebiyle sözleşmeyi sona erdiremeyecektir⁷⁸⁷. Hem sözleşmenin devamının beklenilemezliğine temel teşkil eden durumların hem de TTKT m.157 için gerekli koşulların birlikte mevcut olması da söz konusu olabilir⁷⁸⁸.

XI. TEMİNAT TALEP ETME HAKKINDAN FERAGAT

TTKT m.157/f.1 tamamlayıcı hukuk kuralı olduğu için teminat talep edip etmemek alacaklının ihtiyarına bırakılmıştır⁷⁸⁹. Bu nedenle mevcut veya potansiyel alacaklılar birleşme öncesinde sadece belli bir birleşme için değil genel olarak ilerideki birleşmeler için bu haklarından vazgeçebilecektir⁷⁹⁰. Teminat talep etme hakkından, bu hakkın kullanılabileceği üç aylık süre içinde de feragat edilebilir⁷⁹¹.

⁷⁸⁷ Soldierer, s.137.

⁷⁸⁸ Mesela borca batık bir şirketin birleşmeye katılması ve bu şirketin ortaklarından birisinin bir kişinin şirketin kredibilitesini olumsuz etkilemesinin alacaklı tarafından kabulü beklenebilir değildir. Soldierer, s.137-dn.531.

⁷⁸⁹ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.16

⁷⁹⁰ Truffer, BSK-FusG, m.25 N.16; Schneller, s.246.

⁷⁹¹ Schneller, s.288.

BEŞİNCİ BÖLÜM

BİRLEŞME, BÖLÜNME ve TÜR DEĞİŞTİRMEDE ALACAKLININ ORTAKLARIN DEVAM EDEN ŞAHSİ SORUMLULUĞU VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. ORTAKLARIN ŞAHSİ SORUMLULUKLARININ DEVAMI

1. Sorumluluk

“*Ortakların şahsi sorumlulukları ve iş ilişkilerinin geçmesi*” başlığını TTKT m.158/f.1/c.1’de (TTKT m.177; TTKT m.190; FusG m.26/f.1; FusG m.48; FusG m.68) devrolunan şirketin borçlarından dolayı birleşmeden önce sorumlu olan ortakların sorumluluklarının birleşmeden sonra da devam edeceği hükme bağlanmıştır.

A. Amaç

Gerekçeye göre hükmün amacı şahıs şirketlerinin devreden, sermaye şirketlerinin devralan olarak katıldığı birleşmelerde; devreden ortaklığın borçlarından dolayı ikinci dereceden şahsen sorumlu olan ortakların, tabi oldukları sorumluluk rejiminin değişmesinin yol açabileceği sorunların düzenlenmesidir¹. Özellikle farklı türdeki şirketlerin katıldığı birleşme, şahsi sorumluluğun sona ermesine yol açabilmektedir².

Mevcut şahsi sorumluluğun devamı öngörülme suretiyle bir taraftan alacaklıların birleşmeden zarar görmemesi³, diğer taraftan şahsen sorumlu ortakların birleşmeden haksız yarar sağlamaması amaçlanmıştır⁴. Böylece şahsi sorumluluğunun sınırlandırılmaksızın devamına güvenerek şirketle hukuki ilişkiye giren alacaklıların güveni korunmuştur⁵. Bununla birlikte hüküm, haksız fiil gibi alacaklının güveninin rol oynamadığı hukuki ilişkilerden doğan alacaklar için de geçerli kılınmıştır.

¹ Gerekçe, s.458.

² BtschftFusG, s.4426.

³ BtschftFusG, s.4426; BgltrchtV-FusG, s.37.

⁴ Gerekçe, s.458.

⁵ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.1; Hirsiger, s.226; Affentranger, SHk, m.26 N.1; Hirsiger, s.226; Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.48 N.1; Pfeifer, ZK-FusG, m.48 N.1.

B. Uygulama Alanı

a) Sorumluluğu Devam Eden Ortaklar

Söz konusu hüküm birleşme sonrasında sınırlı sorumlu ortak statüsüne geçen şahsen sorumlu ortaklar yanında TTKT m.141 (FusG m.8) uyarınca ayrılma akçesi vasıtasıyla ayrılan şahsen sorumlu ortakları da kapsamaktadır⁶. Dolayısıyla hükmün uygulama alanı şahıs şirketlerinin devreden sermaye şirketlerinin devralan olarak katıldığı birleşmelerde, sorumluluğu sınırlı sorumluluk statüsüne dönüşen ortaklarla sınırlı değildir.

Bu madde kolektif şirket ortakları, komandit şirketin komandite ortakları, taahhüt ettikleri sermaye payını yerine getirmedikleri ölçüde komandit şirketin komanditer ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin sınırsız sorumlu ortakları, anasözleşmede kooperatifin varlığı borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde ortakların da şahsen ve sınırsız olarak sorumlu tutulacakları hüküm altına alınmış ise (KopK m.29) kooperatif ortakları için uygulanacaktır⁷. TTKT m.158 anılan türde ortakların sorumluluklarının kalkması veya sınırlandırılması halinde geçerlidir⁸.

TTKT m.160'a (FusG m.30) göre anonim şirketler, limited şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve kooperatiflerin bölünmeye taraf olarak katılabileceği⁹ dikkate alındığında, TTKT m.177'nin ana sözleşme uyarınca sınırsız sorumlu kooperatif ortakları ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin sınırsız sorumlu ortakları için uygulanacağı anlaşılmaktadır. Buna göre devreden ve devralan şirketlerde, ortakların şahsi sorumluluğu bakımından farklı kuralların geçerli olması, bölünen şirketin tüm ortaklarına yükümlülük devralan şirkette ortak statüsü tahsisinin zorunlu olmaması ya da devralan şirkette sınırlı sorumlu ortak statüsüne girilmesi söz konusu olabilmektedir¹⁰.

b) Sorumluluğun Tabi Olduğu Şartlar

TTKT m.158 uyarınca ortakların devam eden sorumluluğu esas itibariyle bu sorumluluğun birleşme öncesinde tabi olduğu şartlara tabidir¹¹. Buna göre devreden kolektif şirketin eski ortaklarına başvurulabilmesi için, devralan ortaklığa karşı yapılan icra takibi

⁶ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.1; Hirsiger, s.227; von der Crone/ Gersbach/Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.411; Hirsiger, s.227.

⁷ KopK m.84/f.1/b.9'da mamelekin ayrı idare edildiği sürece dağılan kooperatifin ortaklarının yalnız onun borçları için ve o zamana kadar sorumluluklarının bağlı olduğu esaslar dairesinde takip olunabileceğine ilişkin hüküm de devam eden şahsi sorumluluğu düzenlemektedir. Ayrıca bkz. KopK m.84/f.1.b.10.

⁸ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.6.

⁹ Gerekçe, s.461; BtschftFusG, s.4432.

¹⁰ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.48 N.1; von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.663

¹¹ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.10; Albrecht, ZK-FusG, m.26 N.5.

semeresiz kalmalı ya da devralan şirket sona ermelidir; yoksa devreden kollektif şirketin birleşme nedeni ile sona ermesi ortaklara başvuru için yeterli değildir¹².

Birleşmeden sonra devam eden şahsi sorumluluğun devralan ortaklığın sorumluluğuna nazaran ikinci dereceden sorumluluk olduğu¹³ ve devralan ortaklıkla müteselsil sorumluluk niteliği taşımadığı unutulmamalıdır¹⁴.

C. Sorumluluğun Kapsamı

a) Yükümlülüğün Hukuki Sebebinin Birleşmenin İlanından Önce Gerçekleşmiş Olması

Devrolunan şirketin borçlarından dolayı birleşmeden önce şahsen sorumlu olan ortakların bu sorumluluğun devamı için, bu borçlar, birleşme kararının ilanından önce doğmuş olmalı veya borçları doğuran sebepler bu tarihten önce oluşmuş olmalıdır (TTKT m.158/f.2/c.2; FusG m.26/f.1).

Birleşme kararının ilanı ile kastedilen yukarıda açıklandığı üzere birleşmenin tesciline ilişkin ilandır¹⁵.

Borçları doğuran sebeplerin birleşme kararının ilanından önce oluşması koşulu sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekaletsiz işgörmekten doğan borçlar için önem arz etmektedir¹⁶. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunda zararın birleşme kararının ilanından önce ortaya çıkmış olması şartı aranmayarak zararı doğuran fiilin bu tarihten önce gerçekleşmiş olması yeterli sayılmıştır¹⁷.

TTKT'nin gerekçesinde sözleşme ihlallerinde de, haksız fiillerde olduğu gibi, zararı doğuran fiilin birleşme ilanından önce gerçekleşmiş olmasının yeterli olduğundan söz edilmiştir¹⁸. Buna karşılık yukarıda da açıklandığı üzere¹⁹ sözleşme ihlallerinde de borcu

¹² Truffer, BSK-FusG, m.26 N.10; von der Crone/ Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.412, Hasler, s.242.

¹³ Şahsen sorumlu ortağın yeniden yapılanma öncesinde belli bir alacaklıya karşı veya genel bir düzenleme ile tüm alacaklılara karşı şahsi sorumluluğunun taliliğinden vazgeçmiş olması halinde, mevcut sorumluluk düzenine güvenin korunduğu gerekçesi ile bu sorumluluk modelinin dönüşülen türde de geçerliliğini koruyacağı yönünde bkz. Hasler, s.243.

¹⁴ Albrecht, ZK-FusG, m.26 N.6; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.412; Beretta, Strukturanpassungen, s.279.

¹⁵ Bkz. 4.Blm./VI/1/B; Truffer, BSK-FusG, m.26 N.7 ve N.8.

¹⁶ Gerekçe, s.459.

¹⁷ Gerekçe, s.459; BtschftFusG, s.4427; BgltrchtV-FusG, s.37; Hirsiger, s.228; Affentranger, SHk, m.26 N.2. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.413; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.599.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesindeki, "... *İBirK'nın Gerekçesinden aksi anlamın çıkmasına rağmen* ..." ifadesi (Gerekçe, s.459) tercüme hatasından kaynaklanmaktadır. Zira Birleşme Kanununun gerekçesinde de zararın birleşmeden önce ortaya çıkmasının şart olmadığı açıklanmıştır.

¹⁸ Gerekçe, s.459. İsviçre öğretisindeki hakim fikrin aksine, sözleşme ihlalinin birleşmeden önce gerçekleşmiş olmasının yeterli olduğu zararın birleşmeden önce doğmasına gerek olmadığı yönünde Albrecht, ZK-FusG, m.26 N.7.

doğuran sebep sözleşmedir. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık halinde borcun doğduğu an sözleşmenin ihlal edildiği tarihe göre değil sözleşmenin kurulduğu tarihe göre belirlenmelidir²⁰. Aksinin kabulü birleşmenin ilanından önce kurulmakla birlikte bu tarihten sonra ihlal edilen sözleşmelerden doğan borçların TTKT m.158'in kapsamı dışında kalması anlamına gelmektedir. Bu tür bir yorumun hükmün amacı ile bağdaşmayacağı açıktır.

b) Kişisel Taahhütlerin Hükmün Uygulama Alanı Dışında Olması

Ek yükümler ile kefalet ve garanti gibi kişisel taahhütlerden doğan sorumluluklar ise söz konusu hükmün uygulama alanı dışındadır²¹. Daha açık bir ifadeyle şirketin borçları için kefalet verilmesinde olduğu gibi ortağın şirketin borçlarından dolayı şahsi sorumluluk üstlendiği hukuki muameleler şirketler hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceği ve birleşmeden etkilenmeyeceği için TTKT m.158'in kapsamına girmez²².

Kooperatif ortağına esas sözleşme ile yüklenen ek ödeme yükümü (KopK m.31), ortağın şirkete karşı borçlar hukukundan doğan yükümü niteliğindedir. Bu nedenle şirket alacaklılarına karşı şahsi sorumluluğun doğmasına yol açmayan bu yükümler TTKT m.158 kapsamında değerlendirilmemelidir²³. Bir başka ifadeyle TTKT m.158 kaynağını şirketler hukukundan almayan şahsi sorumluluğa ilişkin istemlere uygulanmamalıdır²⁴. Buna karşılık öğretide bir görüş OR eski m.914/b.10'a (KopK m.84/f.1/b.10) dayanarak yükümlülüklerin ifası için gerekli olması halinde TTKT m.158'in ek ödeme yükümleri için de kıyasen uygulanmasını savunmaktadır²⁵.

2. Zamanaşımı

A. Yasal Düzenleme ve Amaç

TTKT m.158/f.2/c.1'e (FusG m.26/f.2) göre devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların şahsi sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Birleşme kararının ilanından itibaren üç yıl içerisinde zamanaşımına uğrayan alacaklar ise kendi zamanaşımı sürelerine tabidir²⁶. Daha açık bir

¹⁹ Bkz. 4.Blm./II/3/C/a.

²⁰ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.9; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.599.

²¹ Gerekçe, s.459.

²² Albrecht, ZK-FusG, m.26 N.4; Beretta, Strukturanpassungen, s.279.

²³ Albrecht, ZK-FusG, m.26 N.3; Beretta, Strukturanpassungen, s.278.

²⁴ Beretta, Strukturanpassungen, s.279.

²⁵ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.11.

²⁶ Gerekçe, s.459.

ifadeyle nispeten daha kısa zamanaşımı süresine tabi alacakların zamanaşımı süresinin üç yıla kadar uzaması söz konusu değildir²⁷.

Mehaz Birleşme Kanununun gerekçesinde süreyi kesen sebeplerin varlığı halinde sorumluluğun devamını mümkün kılmak amacıyla *hak düşürücü süre yerine zamanaşımı* kavramının tercih edildiği ifade edilmiştir²⁸. Bunun yanında Federal Mahkemenin OR m.181 (BK m.179) ile ilgili bir kararında²⁹ bu maddedeki süreden hak düşürücü süre olarak söz edildiği için sürenin zamanaşımı süresi olduğunun vurgulandığı da belirtilmiştir³⁰. Bu noktada ortakların menfaatleri yerine alacaklıların menfaatlerine üstünlük tanınmış olması isabetli bir düzenlemedir.

B. Sürenin Üç Yıl İle Sınırlandırılmış Olması

a) Amaç ve Değerlendirme

Sürenin neden üç yıl olarak belirlendiği ve konunun diğer ülkelerde ne şekilde düzenlendiği üzerinde de durulmalıdır³¹. Üç yıllık zamanaşımı, kollektif şirketin borçlarından dolayı şirket alacaklılarının ortaklara ileri sürebilecekleri istem haklarını, ortağın şirketten ayrılmasının, şirketin sona erdiğinin veya iflasının ilanından itibaren üç yıllık zamanaşımı ile sınırlandıran TTKT m.264/f.1'e de uygundur.

Kaynak İsviçre hukukunun TTKT m.264'e paralel düzenlemesi OR m.591'de ise süre 5 yıldır. Aynı şekilde Alman hukukunda da ayrılan ortağın şahsi sorumluluğu HGB m.160'da 5 yıl ile sınırlandırılmıştır. Buna karşılık, Alman hukukunda şahıs şirketlerinin devreden, sermaye şirketlerinin devralan olarak katıldığı birleşmelerde, devreden şirketin borçlarından dolayı sınırsız sorumluluğunun birleşmeden itibaren 5 yıl süreyle devam edeceği (UmwG m.45) hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere Alman hukukunda söz konusu HGB ve UmwG hükümleri arasında uyum sağlanmıştır. Buna karşılık İsviçre hukukunda bu tür bir uyum yaratılamamıştır. Her ne kadar Birleşme Kanununa ilişkin Öntasarının 26. maddesinde zamanaşımı birleşme kararının ilanından itibaren 5 yıl ile sınırlandırılmış ise de, bu süre Birleşme Kanunu m.26'da 3 yıla indirilmiştir. İsviçre kanun koyucusu, bu farklılığın nedenini Birleşme Kanunu m.26'nın malvarlığı veya ticari işletmenin devralınmasında devreden sorumluluğunu ilandan itibaren 3 yıl ile sınırlandıran Borçlar Kanunu m.181'e (BK m.179)

²⁷ Gerekçe, s.459; Aynı yönde düzenleme için bkz. TTKT m.264/f.1.

²⁸ BtschftFusG, 4427; BgltrchtV-FusG, s.37.

²⁹ BGE 108 II 107.

³⁰ BgltrchtV-FusG, s.37. OR m.181 (BK m.179)'deki süre zamanaşımı süresi olmakla birlikte öğretide hak düşürücü süre olarak nitelendiği yönünde bkz. Spiro, Karl: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, N.318 s.760.

³¹ TTKT m.264'ün gerekçesinde İsviçre ve Alman hukuklarına yapılan atıf yapılmıştır bkz. Gerekçe, s.483.

uygun olarak düzenlenmesi ile açıklamaktadır³². Bununla birlikte OR m.181'de (BK m.179) Birleşme Kanunu m.26'nın aksine (TTKT m.158) tali nitelikte bir sorumluluk değil müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir. Bu nedenle süre konusunda kıyasın OR m.591 ile yapılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Buna karşılık, Alman hukukunda bir ticari işletmeyi devreden sorumluluğunun devamını düzenleyen HGB m.26'da da süre 5 yıldır.

Yukarıda açıklanan hükümlerin ortak noktası belli kişi veya kişilerin şahsi sorumluluğuna güvenerek hukuki muameleye girişen alacaklının bu güveninin korunmasıdır. Bu nedenle aynı temel düşünceye dayanan TTKT m.158, m.264 ve BK 179'da farklı süreler öngörülmüş olması isabetli değildir³³. Ayrıca bu sürelerin alacakların tabi olduğu genel zamanaşımı sürelerine³⁴ ve karşılaştırmalı hukuktaki sürelerle kıyasla kısa tutulması³⁵ alacaklının korunmasını sınırlandırmaktadır.

b) Sürenin Başlangıcı ve Hükümün Sürekli Borç İlişkilerinde Uygulanması

Alacağın birleşme kararının ilanından sonra muaccel olması halinde, BK m.128 uyarınca zamanaşımı muacceliyet tarihinden başlar.

Bu sınırlama devralan şirketin borçları, dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz (TTKT m.158/f.2; FusG m.26/f.2). Mesela devreden kolektif şirket ortağının birleşmeden sonra devralan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette sınırsız sorumlu ortak olması halinde, kolektif şirketin borçlarından dolayı bir taraftan TTKT m.158/f.2 uyarınca 3 yıl süreyle sınırlı olarak, diğer taraftan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca devralınan borçlar için herhangi bir zaman sınırlamasına tabi olmaksızın sorumlu olur.

Şahsi sorumluluğun devamında zamanaşımı süresiyle ilgili olarak İsviçre öğretisinde üzerinde durulan bir konu da yeniden yapılanma öncesinde kurulmuş olan sürekli borç ilişkilerinden doğan, ancak henüz muaccel olmamış yükümlülüklerle karşı şahsi sorumluluğun süreyle sınırlandırılabilmesi mi yoksa üç yıllık zamanaşımının kısmi yükümün muaccel olduğu tarihten başlatılmasının gerekli olup olmadığıdır. Çözüm olarak sürekli borç ilişkisinin olağan yolla feshedilebileceği ana kadar ortakların şahsi sorumluluğunun devam etmesi önerilmektedir³⁶.

³² BtschftFusG, 4427-dn.105.

³³ Spiro, N.318 s.761.

³⁴ BK m.125 ve m.126 gibi.

³⁵ Spiro, N.318 s.759.

³⁶ Truffer, BSK-FusG, m.26 N.9; Hasler, s.240; Affentranger, SHk, m.26 N.6.

II. BÖLÜNMEDE ŞAHSEN SORUMLU ORTAKLARA BAŞVURUDA TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI m.176 ve m.177 ARASINDAKİ İLİŞKİ

TTKT m.177 uyarınca şahsen ortaklara başvuru somut duruma göre sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette veya kooperatifte şahsen sorumlu ortaklara başvuruyu düzenleyen hükümlere göre gerçekleşmelidir³⁷.

TTKT m.176'da bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlendiği için TTKT m.176 ile TTKT m.177'den hangisinin öncelikli olarak uygulanacağı sorusu da cevaplanmalıdır. Devreden şirketin şahsen sorumlu ortaklarına başvurulabilmesi için genel ilkelere uygun olarak öncelikle hem birinci dereceden hem ikinci dereceden sorumlu şirketlere karşı yapılan takip sonuçsuz kalmalı veya bu şirketlere karşı takip yapılması mümkün olmamalıdır³⁸. TTKT m.177 m.176'ya kıyasla tali nitelik taşımaktadır. Tam bölünmede, bölünen şirketin sona ermesinin de şahsen sorumlu ortaklara başvurulması için yeterli olmayacağı açıktır³⁹.

³⁷ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.664;

³⁸ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.48 N.3.

³⁹ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.48 N.3.

ALTINCI BÖLÜM

BÖLÜNMEDE ALACAKLININ MÜTESELSİL SORUMLULUK VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA

1. Amaç

Birleşmede birleşmeye katılan şirketlerin alacaklılara karşı sorumluluğunun karşılığı olan malvarlığı tek bir şirket çatısı altında toplanmaktadır. Buna karşılık bölünme devreden ve devralan şirketlerin malvarlığının aktif ve pasif değerleri arasındaki oranın önemli ölçüde farklılaşmasına yol açmaktadır. Devredilen malvarlığı bölümünün aktif fazlası göstermesi devreden malvarlığının küçülmesine yol açarken, pasif fazlası gösteren bir malvarlığını devri halinde devralan şirketin malvarlığı küçülmektedir. Dolayısıyla bölünmenin devreden ve devralan şirketin yükümlülüklerinin ifasını olumsuz etkilemesi riski diğer yeniden yapılanma modellerine nazaran çok daha yüksektir. Bu nedenle bölünmede ayrıca alacaklının bölünmeye katılanların müteselsil sorumluluğu vasıtasıyla korunması düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, Bölünme Yönergesinde önerilen birinci modeli oluşturan¹ teminat vasıtasıyla koruma ve dereceli müteselsil sorumluluk vasıtasıyla koruma modeli benimsenmiştir. TTKT’de sorumluluğun dereceli olması ve teminat gösterilmemiş olmasının TTKT m.175 uyarınca müteselsil sorumlulara başvurulabilmesinin koşulu olarak düzenlenmiş olması açıkça bu hususa işaret etmektedir.

TTKT m.176’da (FusG m.47; V-FusG m.59) bölünmeye özgü ifa tehlikelerinin telafi edilmesi² amacıyla devralan şirket tarafından ifa edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve bu şirketler arasındaki rücu ilişkisi hükme bağlanmıştır³.

Birleşme Kanununun 47. maddesine (TTKT m.176), bu Kanuna ilişkin Öntasarının 59. maddesinde yer verilmişti. Öntasarıdaki bu düzenleme gereksiz olduğu, yapısal olarak uygun düşmediği ve sınırsız bir şekilde öngörülmüş olan sorumluluğun sınırlanması gerektiği ileri

¹ Bölünme Yönergesinde önerilen koruma modelleri hakkında bkz. 6.Blm./II.

² Ehrat/ Colombini: BSK-FusG, m.47 N.1.

³ Ehrat/ Colombini; BSK-FusG, m.47 N.1; Gerekçe, s.467; BtschftFusG, s.4442 ve 4443; BgltrchtV-FusG, s.52. Mevcut hükümlere göre fiili bölünmede ise müteselsil sorumluluk ancak BK m.179 vasıtasıyla sağlanabilmektedir (Çoştan, s.146 vd.).

sürülerek⁴ eleştirilmiştir. Bununla birlikte bu hüküm Birleşme Kanununda aynen korunmuş ve gerekçede söz konusu eleştirilere herhangi bir yanıt verilmemiştir.

2. Uygulama Alanı

A. Bölünme Planı veya Sözleşmesi ile Tahsis Edilmiş Olan Yükümlülükler

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

TTKT m.176'da *“bölünme planı veya sözleşmesi ile kendisine borç tahsis edilen şirket bu suretle birinci derece sorumlu olan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmemezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu olan şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar”* ifadesine yer verilmiştir.

Gerekçede *“...Bölünme sözleşmesi veya planına göre, bölünen ortaklığın bazı borçları, bölünmeye katılan ortaklıklardan birine devredilmiş ise yani o borç devralan ortaklık tarafından ödenecekse, fakat ödenmemişse bölünmeye katılan ortaklıklar bu ödenmeyen borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar...”* ifadesine yer verilmiştir⁵. Bu ifade müteselsil sorumluluğun uygulama alanını, hükmün lafzına nazaran daraltmakta ve devredilip ödenmeyen yükümlülükler ile sınırlandırmaktadır.

Söz konusu düzenleme lafzına ya da gerekçeye uygun olarak yorumlanması, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları arasında ayırım yapılmasına, dolayısıyla bölünmeden doğan risklere maruz kalan alacaklılara eşit işlem ilkesine aykırı muamele edilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle TTKT m.176, müteselsil borçluluğun bölünme plan/ sözleşmesi ile kendisine borç tahsis edilen şirketin yerine getirmediği **tüm** yükümlülükleri kapsadığı şeklinde yorumlanmalıdır⁶. Daha açık bir ifadeyle müteselsil borçluluk, hem devralınan yükümlülükler hem de bölünme öncesinde doğmuş olan eski borçlar için geçerli olmalıdır.

b) Mevzuat Birleşme Kanununda

Mevzuat FusG m.47 *“alacaklıların alacaklarının bölünme plan/ sözleşmesi ile kendisine yükümlülükler tahsis edilmiş olan şirket (aslen sorumlu şirket) tarafından ifa edilmemesi halinde, bölünmeye katılan diğer şirketlerin (ikinci dereceden sorumlu şirket) müteselsilen sorumlu olurlar”* hükmünü taşımaktadır.

Bu maddeki *“bölünme plan sözleşmesi ile tahsis edilmiş yükümlülükler”* ifadesinin lafzi yorumu kısmi bölünmede devreden şirkette kalan yükümlülükleri kapsamadığı için

⁴ Meier-Schatz, Fusionsgesetz, s.26.

⁵ Gerekçe, s.467.

⁶ Bölünme Yönergesi m.12/f.3 bakımından benzer yorum için bkz. 6.Blm./II.

öğretide amaçsal yorum yöntemi ile bu yükümlüklerin de hükmün uygulama alanı içinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır⁷. Kısmi bölünme nedeniyle şirketin malvarlığında meydana gelen azalma, devredilmeyen borçların alacaklılarını olumsuz etkilediği için farklı bir çözümün kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸. Zira kısmi bölünmede malvarlığı bölümlerinin devredilmiş olması nedeniyle bölünme öncesinde söz konusu borçların ifası için başvurulabilecek malvarlığını azalmıştır⁹. Dolayısıyla bölünmeye katılan şirketlerin, kısmen bölünen şirketin bölünme plan/sözleşmesi ile devredilmemiş yükümlülükleri için de müteselsilen sorumlu olması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁰.

Buna karşılık öğretide Birleşme Kanununun alacaklının korunmasına yönelik hükümlerinin düzenlenmesinde anonim şirketler hukukunda geçerli olan genel koruma standartlarının aşıldığı ve Bölünme Yönergesinin ulusal kanun koyuculara ne derece serbesti tanıdığının yeteri kadar incelenmediği de ileri sürülmektedir¹¹.

Yeni alacaklıların eklenmesi ve devralınan malvarlığı bölümünün pasif değerlerinin aktiflerden fazla olması devralan şirketin malvarlığını olumsuz etkilemektedir¹². Bu durum devralan şirketin eski alacaklıları için risk teşkil etmektedir¹³. Devralan şirketin eski alacaklılarının hükmün uygulama alanı dışında tutulmuş olması öğretide bir görüşe göre devreden şirketin alacaklılarının kural olarak daha korunmaya muhtaç olması ile açıklanmaktadır¹⁴. Karşı görüş ise alacaklının korunmasında yaratılan bu tür bir farklılığın devralan şirketin eski alacaklılarının teminat vasıtasıyla korunuyor olması ve bölünmenin kendileri için nispeten daha az tehlike arz etmesi ile açıklanamayacağı yönündedir¹⁵.

Ayrıca Birleşme Kanunu m.47/f.1'in asıl amacının ikinci dereceden sorumluluğun devredilen alacaklar ile sınırlandırılması olmadığı, birinci ve ikinci dereceden sorumlu şirketlerin belirlenmesi olduğu da ortaya atılmıştır¹⁶.

c) Alman Hukukunda

Alman hukukunda alacaklıların teminat vasıtasıyla korunması yanında UmwG m.133/f.1'de bölünen şirketin yükümlülüklerinden dolayı bölünmeye katılan şirketlerin

⁷ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.6; Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.658; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.589

⁸ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.658.

⁹ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.10.

¹⁰ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.6; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.658; Beretta, Strukturanpassungen, s.288.

¹¹ Binder, s.21–22–23.

¹² Malacrida, s.53; BtschftFusG, 4441

¹³ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.7.

¹⁴ Hörtnagl, Schmidt/Hörtnagl/Stratz, m.22 N.24; Hommelhof/Schwab, Lutter-UmwG, m.133 N.144.

¹⁵ Meier-Schatz, FS-Zäch, s.555.

¹⁶ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.6.

müteselsilen sorumlu oldukları hükme bağlanarak, müteselsil sorumluluk devreden şirketin bölünmeden önce doğmuş olan tüm yükümlülüklerini kapsar şekilde düzenlenmiştir¹⁷.

UmwG m.133/f.1'in lafzına ve öğretideki hakim görüşe¹⁸ göre bölünmeden sonraki 5 yıl içerisinde bölünmeye katılan tüm şirketler müteselsilen sorumludur. Özetlenirse UmwG m.133'de bölünmeden itibaren 5 yıl süren, birinci dereceden, konu ve miktar itibariyle sınırsız müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir. Devralan şirketlerin eski alacaklıları içinse müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunma öngörülmemiş¹⁹, bunların teminat vasıtasıyla korunması yeterli sayılmıştır.

B. Birinci ve İkinci Dereceden Sorumlu Şirketler

Bölünme plan/sözleşmesi ile yükümlülüğün devredildiği şirket birinci dereceden sorumlu şirkettir.

Birinci dereceden sorumlu şirket dışında bölünmeye katılan diğer şirketler ikinci dereceden sorumludur. Daha açık bir ifadeyle tam bölünmede devralan diğer şirketler, kısmi bölünmede ise devreden ve bölünmeye ikiden fazla şirketin katılmış olması halinde yükümlülüğün devredildiği şirket dışında diğer devralan şirketler ikinci dereceden müteselsil sorumludur.

Konuyla ilgili olarak TTKT m.168/f.3'deki düzenlemeye de değinilmelidir. Buna göre tam bölünmede, bölünme plan sözleşmesi ile tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan tüm şirketlerin müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TTKT m.168/f.3). Dolayısıyla tam bölünmeye katılan şirketlerin, bölünme sözleşmesi/ planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan dolayı müteselsil sorumluluğu birinci derecedendir²⁰.

C. Sorumlu Şirketlere Başvuru

a) Kapsam

Müteselsil sorumluluğa konu yükümlülükler bölünmenin ilanından önce doğmuş olmalıdır²¹. Ayrıca bu alacakların TTKT m.175 uyarınca bildirilmiş olması da gerekli

¹⁷ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.3.

¹⁸ Hommelhoff/Schwab, Lutter-UmwG, m.133 N.6; Hörtnagl, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.133 N.2; Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.31. Buna karşılık öğretide son zamanlarda ortaya atılan karşı görüş ikinci dereceden sorumlu şirketlerin sorumluluğunun birinci dereceden borçlu şirkete nazaran ferî nitelikte olduğu yönündedir (Habersack, s.93; Petersen, Gläubigerschutz s.259) Bize göre UmwG m.133'ün dereceli müteselsil sorumluluğu düzenlediği görüşü şüphelidir. UmwG m.133 ile Altıncı Yönergenin 12. maddesinin 7. fıkrası uyarlandığı çin dereceli müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Ayrıca bkz. 6.Blm./II.

¹⁹ Maier-Reimer, Semler/Stengel, m.133 N.4; Hommelhoff/Schwab, Lutter-UmwG, m.133 N.6.

²⁰ Ehrat/ Colombini, BSK-FusG, m.47 N.9. Kısmi bölünmede de açıkça bir başka şirkete tahsis edilmemiş olan yükümlülükler için devreden şirket sorumlu olmaya devam eder (BtschftFusG, s.4439).

²¹ Von der Crone/ Gersbach/ Kessler/ Dietrich/ Berlinger, N.660.

değildir²². Bir başka ifadeyle alacaklıların bildirimde bulunmamış olması, asli borçlunun değişmesine onay verdikleri şeklinde yorumlanamaz²³.

TTKT m.176/f.2'deki şartların gerçekleşmesi ile birlikte bölünmeye katılan şirketler, yükümlülüğün devredildiği şirket ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulabileceği için alacaklı borcun tümünü veya bir kısmını (BK m.142/f.1) ikinci dereceden sorumlu şirketlerden herhangi birisinden talep edebilecektir²⁴. Hem birinci dereceden sorumlu şirketi hem de diğer ikinci dereceden sorumlu şirketleri kapsaması bakımından buradaki müteselsil sorumluluk iki yönlüdür²⁵.

b) Sınır

ba) Zaman Bakımından

baa) Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Sorumluluğun Sınırlandırılmaması Olması

TTKT'de müteselsil sorumluluk zamanaşımına tabi kılınmamıştır. Bu nedenle TTKT m.176 (FusG m.47) uyarınca ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırı Borçlar Kanununun sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen 127. (OR m.) ve sözleşme dışı sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen 60. (OR m.) maddelerine göre belirlenmelidir²⁶. Dolayısıyla alacak zamanaşımına uğramadığı sürece müteselsil sorumlu şirketlere başvurulabilecektir. Bu noktada eksik kalan husus ise bilinmeyen borçlulardan doğan sorumluluğun bölünme anına göre zaman itibariyle sınırlandırılmasıdır²⁷.

Zaman bakımından Bölünme Yönergesi de herhangi bir sınır içermemektedir.

bab) Amaçsal İndirgeme Yolu ile Sorumluluğun Sınırlandırılması Görüşü

Söz konusu hükmün lafzının açıklığı karşısında, öğretide kanunun genel amacı dikkate alınarak bu düzenlemenin lafzının amaçsal indirgemeye tabi tutulup tutulamayacağı meselesi değerlendirilmiştir²⁸. İsviçre öğretisinde *Binder*, konuyla ilgili görüşlerini Alman hukukunda bölünmede müteselsil sorumluluğun zamanaşımına tabi tutulmuş olmasını Yönergeye uygun

²² Beretta, *Strukturanpassungen*, s.288

²³ Beretta, *Strukturanpassungen*, s.289.

²⁴ Ehrt/ Colombini, *BSK-FusG*, m.47 N.14; Affentranger, *SHk*, m.47 N.1.

²⁵ Ehrt/ Colombini, *BSK-FusG*, m.47 N.14.

²⁶ *Binder*, s.10.

²⁷ *Binder*, s.10, s.12.

²⁸ *Binder*, s.33.

sayan hakim görüşe dayandırmaktadır²⁹. Buna göre yazar, karşılaştırmalı hukukun amaçsal indirgemenin gerekliliği konusunda sebep teşkil ettiğini ifade etmektedir³⁰. Öğretide diğer yazarlar da TTKT m.176'nın (FusG m.47) amaçsal yorumunun müteselsil sorumluluğun TTKT m.177'de (FusG m.48) olduğu gibi 3 yıl süreyle sınırlandırılmasına imkan verdiği görüşündedir³¹.

Yazar ayrıca amaçsal indirgemedede kıyasa başvurulması nedeniyle kıyasa uygun hükümler arasında yer alan OR m.591'in (TTKT m.264) içerik itibariyle tam bir uygunluk arz etmediği, gerek içerik gerekse sistematik bakımdan FusG m.75 ve OR m.181'in (BK m.179)³² kıyasa elverişli olduğunu belirtilmektedir³³. Birleşme Kanununun ortakların şahsi sorumluluğunu 3 yıl ile sınırlandıran m.26/f.2 hükmüne uyum sağlamak için OR m.181'deki sürenin FusG ile birlikte 3 yıla çıkarılmış olması da³⁴ bu görüşe dayanak gösterilmektedir³⁵. İsviçre hukukunda şirket borçlarından dolayı ortakların şahsi sorumluluğunun ayrılma ve fesih hallerinde 5 yıl (OR m.591) ve yeniden yapılanmada ise 3 yıl (FusG m.26/f.2) ile sınırlandıran kanun koyucunun iradesinin yeniden yapılanmada müteselsil sorumluluğun 3 yıl ile sınırlı olması yönünde olduğu beyan edilmektedir³⁶.

Söz konusu görüşlerin gerek ulusal mevzuatta herhangi dayanağının bulunmaması gerekse Yönergede bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının bu görüşlerin reddini gerektirdiği kanaatindeyiz³⁷.

²⁹ Yönergenin miktar itibariyle sınırlamaya izin verdiği gerekçesi ile Hommelhof/ Schwab, Lutter-UmwG m.133 N.8; Hörtnagl, Schmitt/Hörtnagl/Stratz, m.133 N.1. Müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlanmasının yönergeye uygun olmadığı yönünde bkz. Maier-Reimer, Semler-Stengel, § 133 N.8.

Bu görüşlere ilişkin olarak bkz. Aşağıda 6.Blm./B/II/3/b/bb.

³⁰ Binder, s.36.

³¹ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.8; von Salis, N.15.21 (T III). Bu çözümün haklı olduğu ancak kanunda dayanağı olmadığı yönünde bkz. Beretta, Strukturanpassungen, s.290.

³² İsviçre Borçlar Kanununun 181. maddesine FusG kapsamında yapılan değişiklikler çerçevesinde eklenen 4. fıkra ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin, derneklerin, vakıfların ve Ticaret Siciline kayıtlı ticari işletmelerin malvarlıklarının devir alınmasının FusG'ye tabi olduğu ifade edilmiştir. Bu maddenin 2. fıkrası da değiştirilerek müteselsil sorumluluk 3 yıl ile sınırlandırılmıştır.

³³ Binder, s.34 ve s.36.

Devreden ve devralanın üç yıl süreyle müteselsil sorumluluğunun öngörüldüğü malvarlığı devrinden farklı olarak bölünmede zamanışımına yer verilmemiş olmasını müteselsil sorumluluğun ikinci dereceden olması ile açıklayan görüş için bkz. Malacrida, s.55; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.661. Bize göre bu görüşün kabulü mümkün olmamalıdır. Zira şahsi sorumluluğun devamında da esasen tali bir sorumluluk söz konusu olmakla birlikte zamanışımı öngörülmüştür.

³⁴ BtschftFusG, 4493.

³⁵ Binder, s.37.

³⁶ Binder, s.37.

³⁷ Sürekli borç ilişkilerinde teminat menfaatinin sınırlandırılmasında TTKT m.264'e kıyasın mümkün olmadığı yönünde bkz. 4.Blm./VII/3/B/d/da.

bb) Miktar Bakımından

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında müteselsil sorumluluk miktar bakımında da sınırlandırılmamıştır.

Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 3. fıkrasında ise, müteselsil sorumluluğun, müteselsil sorumlu şirkete devredilmiş olan net aktif malvarlığı ile sınırlandırılmasına imkan tanınmıştır. Sorumluluğun miktar itibariyle sınırlandırılmasını mümkün sayan bu düzenleme öğretide açıklayıcı hüküm olarak nitelendirilmekte ve bölünmeyi düzenleyen hükümlerin geneli itibariyle uygun bir alacaklı korunmasının sağlandığı hallerde, miktar dışındaki sınırlamaların da Yönergeye aykırı düşmeyeceği ileri sürülmektedir³⁸. Dolayısıyla uzun vadeli yükümlülüklerle karşılık teminat istenebileceği için müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır³⁹.

c) Başvuru Şartları

İkinci dereceden sorumlu şirketlere başvurulabilmesi için, birinci dereceden sorumlu şirket tarafından ifa edilmeyen yükümlülük TTKT m.175 uyarınca teminat altına alınmamış olmalı ve birinci dereceden sorumlu şirket fiilen takip edilememeli veya takip önemli derecede güçlük arz etmelidir. Teminat altına alınmamış olan alacaktan⁴⁰ dolayı ikinci dereceden sorumlu şirketlerin takip edilebilmeleri için birinci dereceden sorumlu şirketin,

- a) İflas etmiş,
 - b) Konkordato süresi almış,
 - c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
 - d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye’de takip edilemez duruma gelmiş veya
 - e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple takibi önemli derecede güçleşmiş
- olması gerekmektedir(TTKT m.176/f.2; FusG m.47/f.2).

Teselsül birinci dereceden sorumlu şirket muaccel hale gelmiş alacağı ödemediği için temerrüde düşürüldüğü anda doğacağı için, zamanaşımını kesen fiiller de bu andan itibaren

³⁸ Hommelhoff/Schwab, Lutter-UmwG, m.133 N.8.

³⁹ Hommelhoff/Schwab, Lutter-UmwG, m.133 N.8.

⁴⁰ Kısmi teminatın varlığı halinde, teminata bağlanmamış kısım için söz konusu hükme başvurulabileceği yönünde von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.658 –dn.348.

BK m.134/f.1 (OR m.136/f.1) uyarınca diğer müteselsil sorumlu şirketler bakımından etkisini gösterecektir⁴¹.

D. Rücu

Müteselsilen sorumlu şirketler arasındaki rücu ilişkisi TTKT m.176'da düzenlenmemiştir.

Borcu ifa eden ikinci dereceden sorumlu şirket, yerine getirdiği edimin tümünü birinci dereceden sorumlu şirkete rücu edebilecektir⁴². Birinci dereceden sorumlu şirkete karşı takip yapılamaması veya yapılan takibin sonuçsuz kalması halinde, rücu talebi ikinci derecen sorumlu şirketlere yöneltilebilecektir⁴³.

Borcu ödeyen ikinci dereceden sorumlu şirketin diğer ikinci dereceden sorumlu şirketlere ne şekilde rücu edeceği bölünme plan/sözleşmesinde düzenlenmemiş ise, öğretide rücunun TTKT m.168/f.1'e (FusG m.38/f.1) kıyasen bölünme çerçevesinde tahsisi gerçekleşen net malvarlığına göre gerçekleştirilmesi önerilmektedir⁴⁴. Bu yorum kabul edilirse BK m.146/f.1'in (OR m.148/f.1) müteselsil borçlulardan herbirinin alacaklıya ödenen miktardan birbirine eşit paylardan birini üzerine almak zorunda olduğu yolundaki hükmü bölünmede uygulanmamalıdır⁴⁵.

Buna karşılık Bölünme Yönergenin 12. maddesinde (f.3 ve f.7) ikinci dereceden sorumlu şirketlerin bu sorumluluklarının kendilerine intikal eden net malvarlıkları ile sınırlandırılmasına izin verilmiş olmasına rağmen, kanun koyucunun bu tür sınırlama öngörmemiş olması şüphe yaratmaktadır.

II. BÖLÜNME YÖNERGESİNİN 12. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN KORUMA SİSTEMİ

1. Önerilen Üç Farklı Koruma Modelinin Genel Özellikleri

— **Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 1. fıkrasında**, devreden ve devralan şirketlerin bölünmeye katılan şirketlerin eski alacaklıları için uygun bir koruma sistemi yaratması öngörülmüştür. Böylece korunmanın hem devreden hem de devralan şirketlerin alacaklıları için gerekli olduğu açıklanmıştır.

⁴¹ Beretta, Strukturanpassungen, s.289.

⁴² Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.15.

⁴³ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.15.

⁴⁴ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.15.

⁴⁵ Ehrat/Colombini, BSK-FusG, m.47 N.15.

Bu maddenin 2. fıkrasında ise bölünmeye katılan şirketlerin mali durumunun korumayı gerekli kılması ve alacaklıların halihazırda güvenceden yoksun olması halinde, bu alacaklılara en azından yeterli güvenceyi elde etme hakkının sağlanması hükme bağlanmıştır.

Aynı maddenin 3. fıkrası ise bölünme plan/ sözleşmesine göre kendisine yükümlülük devredilen şirketin bir alacaklısının alacağının ifa edilmemesi halinde, devralan diğer şirketlerin bu borçtan dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu olmasına ve bu sorumluluğun devralınan net aktif miktarı ile sınırlanabilmesine izin verilmiştir. Bu hükümde bölünmeye katılanların ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir.

Söz konusu maddenin 4. fıkrasında, Birleşme Yönergesi m.13/f.3'e atıf yapılmıştır. Birleşme Yönergesinin 13. maddesinin 1. ve 2. fıkraları, Bölünme Yönergesinin 1. ve 2. fıkralarına paraleldir. Birleşme Yönergesinin 13. maddesinin 3. fıkrası ise söz konusu korumanın, bir başka ifadeyle teminat vasıtasıyla korumanın, devreden ve devralan şirketlerin alacaklıları için farklı olabileceği hükmünü taşımaktadır. Dikkat edilirse bu hükümde devreden veya devralan şirketlerden herhangi birisinin alacaklısının korunmadan yoksun bırakılmasına değil farklı şekilde korunabilmelerine müsaade edilmiştir. Bölünme Yönergesi m.12/f.4'de teminat vasıtasıyla koruma ve müteselsil sorumluluk vasıtasıyla koruma düzenlendikten sonra Birleşme Yönergesi m.13/f.3'e atıfta bulunulmuştur. Bize göre bu şekilde bir düzenleme bölünmede, gerek teminat vasıtasıyla korunmanın gerekse müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmanın, devreden ve devralan şirketin alacaklıları için farklılaştırılabilmesine izin verildiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 5. fıkrasında ise tahvil sahiplerinin haklarının ne şekilde korunacağı düzenlenmiştir. Buna göre üye devletlerin yasalarında tahvil sahiplerinin haklarının topluca kullanılmasına veya bölünmenin tahvil sahipleri genel kurulunda ya da tahvil sahiplerince bireysel olarak onaylanmasına ilişkin düzenlemelerin mevcut olmaması halinde, Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 1 ila 4. fıkralarının bu tahvil sahiplerinin haklarının korunmasında da geçerli olacağı belirtilmiştir. Özel hakları içeren hisse senedi dışındaki menkul kıymet sahiplerinin hakları⁴⁶ bu Yönergenin 13. maddesine göre ayrı bir koruma sistemine tabi kılındığı için, Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 5. fıkrasına göre korunması gereken özel hakları içermeyen tahvil sahiplerinin haklarıdır.

— **Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 6. fıkrasında,** bölünen şirketin borçlarından dolayı devralan şirketlerin müteselsil sorumluluğunun öngörülmüş olması

⁴⁶ Özel haklar konusunda bkz. 3.Blm.

halinde alacaklıların korunmasını düzenleyen söz konusu maddenin önceki fıkralarının uyarlanmasının zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Bu fıkra söz konusu maddenin yukarıda açıklanan 3. fıkrasından farklı olarak, müteselsil sorumluluk ikinci dereceden değildir. Yine 3. fıkradan farklı olarak, sorumluluğun devralınan net aktif miktarı ile sınırlandırılmasına izin verilmemiştir.

— **Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 7. fıkrasında ise**, üye devletlerin bu maddenin 1 ila 5. fıkralarında öngörülen koruma sistemini ve 6. fıkradaki katılanların müteselsil sorumluluğu vasıtasıyla koruma modelini birlikte uygulamalarının mümkün olduğu dile getirilmiştir. Bu tür bir koruma yolunun tercih edilmesi halinde, devralan şirketlerin müteselsil sorumluluklarının devraldıkları net aktif miktarı ile sınırlandırılabilmesine imkan tanınmıştır.

Sonuç olarak Bölünme Yönergesinin 12. maddesi alacaklılarının korunması konusunda üç farklı model önermektedir. Bu maddenin 1 ila 5. fıkralarında düzenlenen ilk modele göre alacaklı teminat ve ikinci dereceden müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmalıdır. Ayrıca ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun devralınan net aktif miktarı ile sınırlandırılması mümkündür. Anılan maddenin 6. fıkrasındaki ikinci modelde ise alacaklılara karşı bölünmeye katılan şirketlerin müteselsilen sorumlu olması öngörülmüştür. Bu modelde müteselsil sorumluluk birinci derecedendir ve bu sorumluluğun miktar veya zaman itibarıyla sınırlandırılmasına izin veren bir hükme yer verilmemiştir. Birinci ve ikinci modelin birleşiminden oluşan ve söz konusu maddenin 7. fıkrasında yer alan üçüncü model ise alacaklının teminat ve bölünmeye katılanların birinci derecen müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmasını içermektedir. Bu modelde, ikinci koruma modelinden farklı olarak birinci dereceden müteselsil sorumluluğun devralınan net aktif miktarı ile sınırlanabileceği kabul edilmiştir.

2. Teminat ve Dereceli Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Koruma

İlk modelde bölünmeye katılan şirketlerin mali durumunun korunmayı gerekli kılması halinde, katılan şirketlerin alacaklıları teminat vasıtasıyla korunmalıdır (m.12/f.2). Bunun yanında devralan şirketin ödenmeyen borçlarından dolayı bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci dereceden müteselsilen sorumlu olmalıdır (m.12/f.3).

Sonuç olarak ilk model, alacaklının teminat vasıtasıyla korunması ve dereceli müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmasından teşekkül etmektedir.

A. Teminat Vasıtasıyla Korunmada Devreden ve Devralan Şirketlerin Alacaklıları Arasında Ayrım Yapılmamış Olması

Bölünme Yönergesinin 12. maddesinin 1. ve 2. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, teminat vasıtasıyla korunmada devreden ve devralan şirketlerin alacaklıları arasında herhangi bir ayrıma yer verilmediği anlaşılmaktadır.

B. Dereceli Müteselsil Sorumluluğun Devralan Şirketin Eski Yükümlülükleri ve Devralınan Yükümlülükler İçin Geçerli Olması

Bölünme Yönergesi m.12/f.3’de bölünme planına uygun olarak yükümlülüklerin devredildiği şirketin bir alacaklısının alacağını elde edememesinden söz edilmiştir. Zira hükmün İngilizce metninde “...a creditor of the company to which the obligation has been transferred in accordance with the draft terms of division has not obtained satisfaction..” ifadesine yer verilmiştir. Bize göre bu ifade, devralan şirkete bölünme plan/sözleşmesi ile intikal eden yükümlülüklerin ifa edilmemesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Bunun nedeni, herhangi bir belirginleştirmeye yer verilmeksizin devralan şirketin bir alacaklısı denilmiş olmasıdır. Bölünmeye katılan şirket ifadesi yerine kendisine yükümlülük devredilen şirket ifadesinin kullanılmış olması ise, bize göre bölünmeye sadece aktif devralmak suretiyle katılan şirketin malvarlığı bölünmeden olumsuz etkilenmeyeceği için bu şirketin eski alacaklılarının bu korunmadan yararlanamayacağını vurgulamaktadır. Dolayısıyla kendisine plan/sözleşmeye göre yükümlülüklerin devredildiği şirketin gerek devraldığı bu yükümlülükleri gerekse kendi eski alacaklılarına karşı olan yükümlülüklerini ifa etmemesi halinde, bölünmeye katılan diğer şirketler ikinci dereceden müteselsilen sorumlu olmalıdır.

Sonuç olarak ikinci dereceden müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmada, kanaatimizce devralan şirketin eski borçları ile bölünme yoluyla devraldığı borçlar arasında herhangi bir ayrım öngörülmemiştir. Herhangi bir ayrıma yer vermeksizin bölünmeye katılan şirketlerin alacaklılarının korunmasını öngören m.12/f.1 de bu yorumu desteklemektedir. Dolayısıyla Bölünme Yönergesi m.12/f.4’de korunmanın devreden ve devralan şirketin alacaklıları için farklı olabilmesine izin verilmiş olmasının söz konusu alacaklı gruplarından herhangi birisinin korunmadan yoksun bırakılabileceği şeklinde yorumlanamayacağı fikrindeyiz.

Dikkati çeken bir diğer husus ise bu fıkrada devralan şirketten bahsedilmiş olmasıdır. Dolayısıyla ikinci dereceden müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmanın, kısmi bölünmede bölünen şirketin eski alacaklılarını kapsayıp kapsamadığı sorusuna cevap aranmalıdır. Bölünme Yönergesinin 2. maddesinde, devralma yoluyla tam bölünme, 21. maddesinde ise

yeni ortaklık kurulması yoluyla tam bölünme tanımlanmıştır. Bu Yönergede yer alan tam bölünme dikkate alınarak düzenleme öngörülmüştür. Tam bölünmenin de devralan şirketin tasfiyesiz infisahına yol açtığı dikkate alındığında, Bölünme Yönergesi m.12/f.3'de kısmen bölünen şirketin kendisinde kalan yükümlülükleri ifa edememesi halinin neden düzenlenmediği anlaşılamaktadır. Bununla birlikte anılan Yönergenin 25. maddesine göre üye devletlerin kısmi bölünmeye izin vermeleri halinde, kısmi bölünme de bu Yönerge hükümlerine tabi olmalıdır. Bu nedenle söz konusu m.12/f.3'deki ikinci dereceden dereceli müteselsil sorumluluk, kısmi bölünmede bölünen şirketin bölünme öncesinde doğan ve bölünme çerçevesinde devredilmeyen yükümlülükleri için de geçerli kılınmalıdır. Aksine bir yorum, kısmi bölünmede bölünen şirketin devredilmeyen yükümlülüklerinin, devredilen yükümlülükler ile bölünmeye katılan diğer şirketlerin bölünme öncesinde doğan eski yükümlülüklerinden farklı olarak korunmadan yoksun bırakılmaları anlamına gelmektedir. Alacaklıların eşit işleme tabi tutulması esasına aykırı düşen böyle bir yorumun Kabul edilmeyeceği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak Bölünme Yönergesi m.12/f.3 bize göre bölünmeye katılan tüm şirketlerin eski alacaklılarının alacaklarının ilk dereceden sorumlu şirket tarafından ifa edilmemesi halinde bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsilen sorumlu tutulmasını düzenlemektedir.

3. Birinci Dereceden Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Korunma

Bölünme Yönergesi m.12/f.6'da yer alan ikinci model eleştiriye açıktır. Şöyle ki bölünmeye katılanların müteselsil sorumluluğunun sadece bölünen şirketin borçları için öngörülmüş olması, devralan şirketlerin alacaklılarının korunmasına gerek olmadığı şeklinde yoruma müsaittir. Bununla birlikte yukarıda açıklanan birinci modelde bölünen ve devralan şirketlerin arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı dikkate alındığında, alternatif modelde sadece bölünen şirketin alacaklılarının korunduğu kabul edilemeyeceği fikrindeyiz. Söz konusu fıkrada her ne kadar bu fıkradaki modelin esas alınması halinde önceki paragrafların uyulanmayacağı ifade edilmiş ise de, hüküm maddenin 1. fıkrasıyla birlikte yorumlanmalı ve müteselsil sorumluluğun bölünmeden önce doğan borçlar için geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bize göre söz konusu 12. maddenin 1 ve 2. fıkraları, her üç koruma modeli için de geçerli olacak şekilde kaleme alınmıştır.

4. Müteselsil Sorumluluğun Sınırlandırılması

Bölünmeye ilişkin düzenlemelerde temel amaç, alacaklılar ile katılan şirketlerin menfaatleri arasında kurulacak denge ile alacaklıların adil bir şekilde korunması ve şirket

yapılarının değişen ihtiyaçlara uyarlanmasıyla kolaylaştırılmasıdır. Bölünme Yönergesinin 12 maddesinin tarafımızca yukarıda önerilen şekilde yorumu alacaklıların menfaatlerine üstünlük tanınmasına yol açabilecektir. Bu hususu dikkate almış olan Bölünme Yönergesi, sınırlandırmanın ne şekilde yapılabileceğini düzenlemek suretiyle alacaklının korunması ve bölünmenin kolaylaştırılması amacı arasındaki denge konusundaki tercihi ulusal hukuklara bırakmıştır.

Buna göre m.12/f.3 uyarınca borcu devralarak birinci dereceden sorumlu hale gelen şirket bu borçtan sınırsız sorumlu tutulmuş iken, ikinci dereceden müteselsil sorumlu olan şirketlerin sorumluluklarının devraldıkları net aktif miktarı ile sınırlandırılabilmesine imkan tanınmıştır. Tarafımızca yukarıda yapılan yorum uyarınca ikinci dereceden müteselsil sorumluluk bölünmeye katılan şirketlerin bölünme öncesinde doğan borçları için de geçerli olacağından, bu borçlardan dolayı da bölünmeye katılan diğer şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu devraldıkları net aktif miktarıyla sınırlanabilecektir. Böyle bir durumda kısmen bölünen şirketin sorumluluğunun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ise, tam bölünme esasına dayanarak düzenleme öngören Bölünme Yönergesinde cevaplanmamıştır. Bize göre devralan şirketlerin sorumluluğunun devralınan net aktif miktarıyla sınırlandırılabilmesinden hareketle kısmen bölünen şirketin sorumluluğu da devrettiği net pasif miktarıyla sınırlandırılabilmelidir. Bölünme Yönergesi m.12/f.7'deki üçüncü koruma modelinin tercih edilmesi halinde de, müteselsil sorumluluğun açıklanan şekilde sınırlandırılmasına izin verilmiştir.

Sonuç olarak birinci ve üçüncü koruma modellerinde bölünmeye katılan şirketlerden her birinin, diğerinin bölünme öncesinde doğmuş olan yükümlölüklerinden dolayı bu yükümlölüklerin ifa edilmemesine yapılan olumsuz etki ile sınırlı olarak birinci veya ikinci dereceden müteselsilen sorumlu tutulmasına imkan tanımıştır. İkinci koruma modeli ise sadece birinci dereceden müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korumadan oluştuğu, alacaklının aynı zamanda teminat vasıtasıyla korunmasına yer vermediği için müteselsil sorumluluğun sınırlandırılması imkanı tanınmamıştır.

Devralınan net aktif veya devredilen net pasif miktarıyla sınırlama, bölünmeye katılan şirketin sorumluluğunun bölünmeden sağladığı menfaatle sınırlanması anlamına geldiği için adil bir çözümdür.

III. DEğERLENDİRME

TTKT m.176'ya ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar ve Bölünme Yönergesine ilişkin değerlendirmeler birlikte dikkate alınmalıdır.

TTKT m.176'da düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluk çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarının müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeleri bölünmeye katılan şirketlerin eski alacaklılarının korunmasında ayrıma yol açtığı için, Bölünme Yönergesinin 12. maddesine uygun düşmemektedir. Zira Yönergenin 12. maddesine göre müteselsil sorumluluk, bize göre bölünmeye devreden ve devralan olarak katılan şirketlerin bölünmeden önce doğan yükümlülükleri için geçerli olmalıdır⁴⁷.

Nitekim farklı alacaklı kategorilerine eşit muamelede bulunulmamış olması öğretide de eleştirilmektedir⁴⁸. TTKT m.176'nın (FusG m.47) lafzına göre⁴⁹ kısmen bölünen şirketin devredilmeyen yükümlülükleri ve devralan şirketlerin eski alacaklıları için ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun öngörülmemiş olması eşit işlem ilkesine aykırıdır. Bu nedenle Bölünme Yönergesinin tarafımızca önerilen yorumuna da uygun olarak bölünen ve bölünme plan/sözleşmesi ile kendisine yükümlülük tahsis edilmiş olan şirketlerin, eski alacaklıları da ikinci dereceden müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmalıdır.

Bununla birlikte bu derece kapsamlı bir korumanın şirketlerin menfaatlerini ihlal etmesine, dolayısıyla bölünmenin elverişsiz bir yeniden yapılanma modeli haline gelmesine izin verilmemelidir. Bu nedenle, yukarıda da önerdiğimiz gibi devralan şirketlerin devraldıkları net aktif miktarı ile bölünen şirketin devrettiği net pasif miktarı ile orantılı olarak müteselsil sorumluluk sınırlandırılmalıdır.

IV. BÖLÜNMEYE KATILANLARIN MÜTESELSİL SORUMLULUĞUNUN YATIRIMCILAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Öğretide ortaya atılan bir diğer eleştiri konusu ise Birleşme Kanunu m.47'nin (TTKT m.176) yatırımcılar üzerindeki etkisidir. *Binder* bölünmeye katılmış olan şirketlerden birisine yatırımda bulunan yatırımcının bu yatırımı ile bölünmeye katılan diğer şirketlerin bir kısım pasiflerini ve bunlara bağlı riskleri de üstlendiğini⁵⁰, bu nedenle hangi riskleri göze aldığını bilmesi gereken yatırımcının göstermesi gereken özen yükümünün (due diligence) sadece satışa konu şirketle sınırlı kalmayacağını bölünmeye katılan diğer tüm şirketleri de

⁴⁷ Bkz. yukarıda 6.Blm./II/2/A.

⁴⁸ Hommelhoff/Schwab, Lutter-UmwG, m.133 N.144.

İsviçre hukukunda bu görüşe katılanlar Ehrat/ Colombini, BSK-FusG, m.47 N.7. Karşılaştırılmalı hukukta yapılan atıflarda şuna dikkat edilmelidir ki Alman UmwG m.133'de bize göre 6. Yönergenin 12. maddesinin 7. fıkrasındaki model uyarlanmıştır. Zira alacaklının UmwG m.22 uyarınca teminat talep edebilmesi de mümkündür ve müteselsil sorumluluk birinci derecedendir. Bununla birlikte müteselsil sorumluluğun Yönergede önerilen miktar itibarıyla sınırlandırılması yerine zaman itibarıyla sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. TTKT m.176 (FusG m.47'de) ise Bölünme Yönergesi m.12/f.3'e dayanmaktadır.

⁴⁹ Ayrıca bkz. TTKT Gerekçe, s.467; BtschftFusG, s.4437.

⁵⁰ Binder, s.11.

kapsayacağını⁵¹, aksine bir tutumun yatırımcının şirketi iktisap ederken özensiz hareket etmiş olmasına yol açacağını⁵² dile getirmektedir. Yazar ayrıca çevre sorumluluğu ve ürün sorumluluğu gibi bilançoda yansıtılamayan risklerden doğan sorumlulukların uzak bir gelecekte fakat zamanaşımı süresi içinde gerçekleşmesinin olasılık dahilinde olduğunu vurgulamaktadır⁵³. Bu bağlamda, yatırımcının neredeyse hiç bir şekilde ilgilenmediği şirketler hakkında göstermesi gereken özen yükümünden kaynaklanan zaman ve masraf kaybına bağlı olarak bölünme yerine başka bir yapılanma modellerinin tercih edilmesinin söz konusu olabileceğine⁵⁴ dikkat çekmektedir.

⁵¹ Binder, s.11.

⁵² Binder, s.11.

⁵³ Binder, s.11.

⁵⁴ Binder, s.12.

YEDİNCİ BÖLÜM

ALACAKLININ SORUMLULUK DAVASI VASITASIYLA BİREYSEL OLARAK KORUNMASI

I. SORUMLULUK DAVASI İLE DİĞER HUKUKİ MÜRACAT YOLLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yeniden yapılanmaya ilişkin düzenlemelerin bir amacı da yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerin ihlaline karşı gerekli hukuki korumanın sağlanmasıdır¹. Bu nedenle ilgililere tanınan sorumluluk davası açma hakkı tanınmıştır.

Alacaklılar açısından bakıldığında sorumluluk davası yolu ile alacaklıların korunması iki şekilde gerçekleşmektedir². Buna göre alacaklılara doğrudan zararları için tanınmış olan dava açma hakkı vasıtasıyla sorumluluk davası, alacaklının bireysel olarak korunmasına yönelik araçlardan birisi olarak şekillendirilmiştir. Şirketin doğrudan zararları için dava açılmasına ilişkin düzenlemeler ile de alacaklının kurumsal olarak korunması sağlanmıştır.

Böylece yeniden yapılanmaya ilişkin hükümlerde aleniyet, sermayenin muhafazası, teminat, şahsi sorumluluğun devamı, müteselsil sorumluluk vasıtasıyla sağlanan korunma yeniden yapılanmaya özgü sorumluluk davası ile güvence altına alınmıştır³.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193’de, m.553’den farklı olarak yeniden yapılanmaya taraf olabilen şirket türlerinin tümü için düzenleme öngörülmüştür.

TTKT’de anonim şirketler hukukunda sorumluluk TTK’ye nazaran farklı bir şekilde düzenlendiği için önerilen hükümler bakımından tartışılması gereken meseleler ayrı bir inceleme konusu oluşturacak kapsamdadır. Bu nedenle çalışmamızın bu başlığı daha ziyade yeniden yapılanma hukukuna özgü meseleler ile sınırlandırılacaktır.

¹ Emch, s.21 vd.

² Yönetim organının sorumluluğunu alacaklı kurumsal korunması başlığı altında inceleyen *Schmidt*, kurumsal korunmanın somut durumda alacaklı koruyucu hükümlerin ihlalinin dolaylı bireysel zarar tazmin taleplerine temel teşkil edebileceği görüşündedir (Schmidt, Gläubigerschutz, s.367).

Buna karşılık söz konusu sorumluluğu alacaklının bireysel korunması başlığı altında inceleyen *Petersen*, bu sorumluluğun eski alacaklıların korunması ve hukuki işlem güvenliğinin korunması amaçlarının her ikisinin de sağlanması amacını taşıdığını, sermayenin muhafazasının sadece önleyici kurallar vasıtasıyla sağlanamayacağını ifade etmektedir (Petersen, Gläubigerschutz, s.18–19).

Organ sorumluluğunu düzenleyen hükümlere göre dava hakkının alacaklıya da tanınmış olması, kanaatimizce bireysel korunma niteliğinin daha ağır basmasına yol açmaktadır. Zira alacaklı statüsünde olmayan üçüncü kişiye bu davayı açma hakkı tanınmamıştır.

³ Emch, s.25 vd.

Bu bağlamda ilk olarak yeniden yapılanmaya ilişkin diğer hükümlerin ihlali nedeni ile TTKT m.193'e göre ve anonim şirketler hukukunun genel hükümlerine göre açılacak davalar arasındaki ilişki değerlendirilmelidir. Bir başka ifadeyle genel hükümlere göre sorumluluk davası ile yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlere göre sorumluluk davasının şartlarının aynı anda gerçekleşmesi konusu⁴ ele alınmalıdır.

1. Anonim Şirketler Hukukuna Göre Sorumluluk Davaları

A. Mehaz İsviçre Hukukunda

Yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk davasını hükme bağlayan Birleşme Kanunu m.108, İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketler hukukunda sorumluluk davasını düzenleyen 754. maddesi karşısında özel hüküm niteliği taşımaktadır⁵. Buna göre OR m.754'e göre yöneticilerin sorumluluğu, FusG m.108/f.1 uyarınca yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk karşısında tali nitelik taşıdığı için, FusG'deki yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde FusG m.108'e göre dava açılması gerekmektedir⁶. Birleşme Kanunundaki ve Borçlar Kanununun anonim şirketler kısmındaki sorumluluk davalarının büyük ölçüde paralelik arz etmesi nedeniyle, öğretide talilik meselesinin uygulamada güçlükler yol açmayacağı ifade edilmektedir⁷.

Diğer yükümlülük ihlallerinin yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk ile bağlantılı olarak ortaya çıkması durumunda ise, bu ihlallerin de yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk davası ile birlikte ileri sürülebilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸. Bunun yanında yeniden yapılanma neticeye ulaştırılamasa dahi, yeniden yapılanmadan doğan sorumluluğu düzenleyen hükümlerine göre dava açılabilmesi ileri sürülmektedir⁹.

İsviçre hukukunda denetçilerin OR m.755'den doğan sorumlulukları da FusG m.108/f.2'den doğan sorumluluk karşısında tali niteliktedir¹⁰. Buna uygun olarak birleşme bilançosunun FusG m.15/f.1'e göre denetiminden doğan sorumluluğun OR m.755'e değil FusG m.108/f.2'ye tabi olduğu savunulmaktadır¹¹. Söz konusu hükümlerin uygulama alanları

⁴ Kunz, Peter V.: Die Kalgen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, s.111.

⁵ Maurenbrecher, Benedikt: BSK-FusG, m.108 N.10 vd.; Emch, s.276.

⁶ Emch, s.276; Hirsiger, s.351.

⁷ Emch, s.276; Hirsiger, s.350.

⁸ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.911; Beretta, Piera: ZK-FusG, m.108 N.12. Schenker, Franz: SHk, m.108 N.4; Yönetim kuruluna sağlanan özel avantajların birleşme sözleşmesinde gösterilmemesi gibi Maurenbrecher, BSK-FuG, m.108 N.11. Farklı görüş için bkz. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 1097; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.743.

⁹ Bertschinger, Klagen, s.843.

¹⁰ Emch, s.276.

¹¹ Emch, s.276; Hirsiger, s.352.

farklı olduğu için bu hükümlerin uygulama alanları arasında sınırın çizilmesi sorunu söz konusu değildir¹².

OR m.752 uyarınca izahnameden doğan sorumluluğun da Birleşme Kanunu karşısında tali nitelik taşıdığı görüşü kabul edilmektedir¹³.

Buna karşılık Birleşme Kanunu m.108’de kuruluştan doğan sorumluluk saklı tutulmuş olduğu için kuruluştan doğan sorumluluk davası ile yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk davası arasında yarışma ilişkisinin kabulünün zorunlu olduğu ifade edilmektedir¹⁴. Buna göre kuruluştan doğan sorumluluğu düzenleyen hükümlere özel hüküm niteliği atfedilmektedir¹⁵.

B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında

a) Mehaz İsviçre Hukuku ile Karşılaştırma

İsviçre hukukuna ilişkin yukarıdaki açıklamaların Türk hukukunda aynı şekilde savunulması mümkün değildir. İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketler kısmında, “Sorumluluk” başlığı altında “kuruluştan ve şirketin devamında hazırlanan belgelerden doğan sorumluluk”, “kuruluştan doğan sorumluluk”, “yönetim ve tasfiye işlerinden doğan sorumluluk” ile “denetimden doğan sorumluluk” şeklinde dört farklı başlık altında düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde yeniden yapılanma ile ilgili sorumluluk sebeplerine yer verilmemiştir. Bu nedenle kaynak İsviçre hukukunda kuruluştan doğan sorumluluk sebepleri dışında, yeniden yapılanma nedeniyle açılacak davaların sonraki tarihli özel kanun niteliği taşıyan FusG m.108’e dayandırılması gerektiği görüşü haklılık kazanmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ise anonim şirketler kısmında “sorumluluk halleri” başlığı altında İsviçre Borçlar Kanununa nazaran çok daha ayrıntılı hükümler kaleme alınmıştır. Bu hükümlerde yeniden yapılanmadan doğan sorumluluğa da yer verilmiş olması sorun yaratmaktadır. Zira aynı sorumluluk sebepleri hem TTKT m.193’de hem de anonim şirketlerle ilgili genel hükümler kısmında hükme bağlanmıştır.

b) Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme İşlemlerine Katılanlara Karşı Açılacak Davalar

ba) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193 ile m.549 Arasındaki İlişki

TTKT m.193’de birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan tüm kişiler, kusurları ile verdikleri zarardan sorumlu tutulmuştur.

¹² Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.12.

¹³ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.10.

¹⁴ Emch, s.277.

¹⁵ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.8.

TTKT m.549’da ise “...birleşme, bölünme, tür değiştirme... gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıktan doğan zararlardan belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanlar sorumludur” hükmüne yer verilmiş olması, hem TTKT m.549 hem de TTKT m.193 kapsamına giren sorumluluk hallerinde hangi hükme dayanılması gerektiği tartışmasına yol açabilecektir.

TTKT m.193’de “şirkete, ortaklara ve alacaklılara” tanınmış olan aktif dava ehliyeti TTKT m.549’a göre “zarar görenlere” aittir¹⁶. TTKT m.549’da “belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar” ile “katılanlara” tanınmış olan pasif dava ehliyeti farklı sorumluluk sistemlerine bağlanmıştır. Buna göre belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanların kusursuz sorumluluğu, katılanların ise kusura dayanan sorumluluğu öngörülmüştür. Kusursuz sorumluluğu öngörmüş olması bakımından TTKT m.549, gerek TTKT m.193’den gerekse İsviçre OR m.752’den daha kapsamlı bir düzenleme getirmektedir. Nitekim TTKT m.193’de sadece kusur sorumluluğu düzenlenmiştir.

Bize göre, birleşmeye katılan anonim ortaklığın birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile ilgili belge ve beyanların kanuna aykırılığı sebebiyle açılacak davalarda, TTKT m.549’un özel hüküm niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle, anonim şirkete karşı yeniden yapılanma belgelerinin ve beyanlarının kanuna aykırı olması nedeniyle açılacak sorumluluk davasının TTKT m.549’a dayandırılması daha elverişlidir. Böylelikle belge ve beyanların kanuna aykırı olması ve davalının anonim şirket olması halinde, diğer şirket türleri için geçerli olan 193. maddeden farklı olarak kusursuz sorumluluk söz konusu olabilecektir. TTKT m.549 ile m.193 arasında kusur bakımından yaratılmış olan bu fark, şahıs şirketlerinin ve sermaye şirketlerinin alacaklılarının yeniden yapılanma sebebiyle açacakları davaların farklı esaslara dayanmasına neden olduğu için kanımca isabetli değildir. Zira yeniden yapılanmadan zarar gören alacaklının yararlanabileceği korunmanın, şahıs veya sermaye şirketinin alacaklısı olunmasına göre değişkenlik göstermesi şüphe yaratmaktadır.

bb) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193 ile m.553 Arasındaki İlişki

TTKT m.553’e göre, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal eden yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler kusurlarıyla verdikleri zarardan dolayı ortaklara, şirkete ve alacaklılara karşı sorumludur. Birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin de TTKT’de düzenlenmiş olması nedeniyle anonim şirketler bakımından

¹⁶ Gerekçe, s.597.

yeniden yapılanma sebebiyle yöneticilere karşı açılacak davalarda m.553'e ya da m.193'e göre dava açılması söz konusu olabilecektir.

bc) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193'ün Değerlendirilmesi

TTKT m.193'de (FusG m.108) düzenlenmiş olan sorumluluk davası, büyük ölçüde TTKT m.553'deki sorumluluk davasına uygunluk göstermektedir.

Anılan davalar arasındaki temel farklardan birisi, TTKT m.193'de pasif dava ehliyetinin geniş bir şekilde kaleme alınmış olmasıdır. Buna karşı öğretide kanunun bu şekilde yorumlanmasının kanunun lafzına dayanılarak gerekçelendirilemeyeceği, böyle bir yorumun kararı verme yetkisini haiz olanlar için öngörülmuş olan sorumluluğun alt kademedede çalışanlara ve şirkete dışarıdan danışmanlık hizmeti verenlere genişletilmesine yol açacağı ileri sürülmektedir¹⁷. Dolayısıyla pasif dava ehliyetinin genişlemesi reddedildiğinde neredeyse tamamen aynı iki düzenleme ile karşı karşıya kalınmaktadır¹⁸.

Bu nedenle, TTKT m.193'in uygulanmasında sorumluluk davasından farklılık oluşturulmamasına dikkat edilerek söz konusu hukuki müracaat yollarının birbirinden bağımsız olarak gelişmesi engellenmelidir¹⁹.

c) Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmeyi Denetlemiş Kişilere Karşı Açılacak Davalar

TTKT m.193/f.2'ye göre *birleşmeyi, bölünmeyi veya tür değiştirmeyi denetlemiş kişiler şirketlere, münferit ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar*. TTKT m.554'de ise şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını veya herhangi bir şirket işlem ve kararını denetleyen işlem denetçisi veya özel denetçilerin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket etmeleri halinde, hem şirkete hem de ortaklar ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla yeniden yapılanmaya katılan anonim şirketlerde TTKT m.148'e göre denetimi yapanlar aleyhine açılacak davaların hem TTKT m.554 hem de m.193'de düzenlendiği görülmektedir. Anonim şirketler için düzenleme öngören TTKT m.554'ün özel hüküm niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Yeniden yapılanmaya katılan şahıs şirketleri adına denetimi yapanlara karşı ise TTKT m.193'e göre dava açılmalıdır.

¹⁷ Emch, s.279.

¹⁸ Emch, s.279.

¹⁹ Emch, s.279.

2. Geri Alım Davası

A. Genel Hükümlerde

a) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.512’de

TTKT m.512’de TTK m.473 tekrarlanarak haksız yere ve kötü niyetle kar payı veya hazırlık dönemi faizi alan ortakların bunları geri vermekle yükümlü olduğu, yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları hakkında da aynı hükmün uygulanacağı ve şirketin geri alma hakkının paranın alındığı tarihten itibaren 5 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir.

Bu maddenin kaynağı OR m.678’in 1991 değişikliklerinden önceki metnidir.

b) İsviçre Borçlar Kanununda ve Borçlar Kanunu Öntasarısında

İsviçre Hukukunda 1991 tarihinde değiştirilen OR m.678’de;

Ortakların, yönetim kurulu üyelerinin ve bunların yakın ilişki içinde bulundukları kişilerin²⁰ haksız yere ve kötü niyetle aldıkları kar paylarını, kara bağlı ücretlerini, diğer kar paylarını ve hazırlık devresi faizlerini geri vermekle yükümlü olduğu (f.1),

bu kişilerin ayrıca kendilerine, karşı edim ve şirketin ekonomik durumuna nazaran orantısız bir şekilde ifa edilmiş diğer edimleri de²¹ geri vermekle yükümlü olduğu (f.2),

iade davasının şirket ve ödemenin şirkete yapılması talebiyle ortaklar tarafından açılabileceği (f.3),

iade yükümünün edimin alındığı tarihten itibaren 5 yıl içerisinde zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır.

2 Aralık 2005 tarihli Borçlar Kanunu Öntasarısında ise alacaklının da ifanın şirkete yapılmasını sağlamak üzere dava açabileceği hükme bağlanmış ve zamanaşımı 10 yıla çıkarılmıştır²².

Görüldüğü üzere, İsviçre hukukunda OR m.678’de 1991 yılında yapılan değişikliklerde iadeyle yükümlü olanların ve iade konusunun kapsamı genişletilmiştir.

²⁰ V-OR’de yönetim kurulu üyeleri yanında şirket yönetiminde bulunan kişilerin de iadeyle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

²¹ V-OR’de ise söz konusu kişilerin kendileri tarafından yerine getirilmiş karşı edime nazaran orantısız olan edimleri geri vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Böylece şirketin ekonomik durumuna nazaran orantısızlık ve açık orantısızlık ölçütlerinden vazgeçilmiştir.

²² 10 yıllık sürenin OR m.67/f.1’deki haksız fiilden doğan zamanaşımı süresine uygun olduğu yönünde BgltrchtV-OR, s.65.

Özellikle ortaklara orantısız bir şekilde ödenmiş olan tüm edimlerin iadesinin de maddeye eklenmesi, anlamlı ve pratik açıdan önemlidir²³.

Bununla birlikte 2 Aralık 2005 tarihli Öntasarıda yeni düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin gerekçesinde, dolaylı olarak alacaklıların menfaatlerini de koruyan geri alım davasının işlerlik kazanmasının kurumsal yönetim ilkeleri bakımından büyük önem arz ettiği belirtilmiştir²⁴. Dava açma hakkının şirket ile ortaklar yanında istisnai hallerde bilgi sahibi olabilecek olmalarına rağmen alacaklılara da tanınmasının nedeni, söz konusu edimlerin şirketin malvarlığının azalmasına yol açması ile açıklanmıştır²⁵.

Yukarıdaki açıklamalar karşısında TTKT’de TTK’daki maddelerin muhafaza edilerek gerek davanın konusu, gerekse aktif dava ehliyeti bakımından sınırlı bir düzenlemeye yer verilmiş olması, şirketin malvarlığının, dolayısıyla alacaklının kurumsal yolla korunması bakımından olumsuzluk arz etmektedir.

B. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193 ile Geri Alım Davası (m.512) Arasındaki İlişki

Şirket tarafından açılacak davanın bazı hallerde hem TTKT m.512 hem de m.193’ün şartlarını taşıması söz konusu olabilecektir. İsviçre Hukukunda anonim şirketler hukukunda OR m.678’e (karş. TTKT m.512) göre iade davası ile OR m.754’e (karş. TTKT m.553) göre sorumluluk davası arasındaki ilişki öğretide tartışmalıdır²⁶. *Müler; Fortsmoser’in* söz konusu davalar arasında alternatiflik ilişkisi bulunduğu yolundaki görüşüne katılmanın mümkün olmadığını, şirketin hem sorumlu yönetim kuruluna hem de iadeyle yükümlü ortağa dava açmasının şirketin malvarlığında sebepsiz zenginleşmeye yol açacağını savunmaktadır²⁷.

Bu tartışmadan iade davasının sorumluluk davası karşısında öncelik taşıdığı yönünde zorunlu bir sonuç çıkarılamayacağı için yarışma ilişkisinden hareketle söz konusu davaların her ikisi de açılabilmelidir²⁸.

3. İptal Davası

Öğretide tartışmalara yol açan bir konu da iptal davası ile sorumluluk davası arasındaki ilişkidir.

²³ Btschft1983, s.153.

²⁴ BgltrchtV-OR, s.64.

²⁵ BgltrchtV-OR, s.65.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bärtschi, Harald: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001, s.64; Kunz, s.111; Emch, s.277.

²⁷ Böyle bir durumda her iki davada da ifanın şirkete yapılmasına karar verilmesi halinde bu ifalar sebepsiz olmadığı için söz konusu davalıların sebepsiz zenginleşmeye dayanamayacağı yönünde bkz. Müller, Thomas Friedrich: Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Bern 1997, s.73.

²⁸ Kunz, s.108; Bärtschi, s.64; Emch, s.277.

İsviçre Federal Mahkemesi BGE 81 II 462 sayılı kararında, iptal davasının sorumluluk davası karşısında tali nitelik taşıdığını, dolayısıyla sorumluluk davası açılmasının mümkün olduğu hallerde iptal davasının açılmayacağını belirtmiştir²⁹. Söz konusu davaların farklı hukuki yapıda olduğu gerekçesi ile bu karar öğretide eleştirilmiştir³⁰.

Bu eleştiriye uygun olarak da öğretilde yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlere göre açılacak sorumluluk (FusG m.108; TTKT m.193) ve iptal davaları (FusG m.106; TTKT m.192) arasında yarışma ilişkisi olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır³¹. Zira iptal davasının sebebi olan yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlerin ihlali (TTKT m.192) aynı zamanda sorumluluk davasına da neden teşkil edebileceği için, bu davalar arasında talilik ilişkisinin kabulü birçok halde iptal davasının açılmaması anlamına gelmektedir³². Böyle bir sonucun kabulü mümkün olmadığı için iptal ve sorumluluk davalarının aynı anda açılması mümkün olmalıdır. Bununla birlikte iptal davasının kabul edilmesi ve yeniden yapılanmanın geçersiz sayılmasının ileri sürülen zararların mevcut olmamasına yol açması örneğinde olduğu gibi çoğu durumda sorumluluk davası konusuz kalabilecektir³³.

4. Şirket Payının ve Haklarının İncelenmesine İlişkin Dava

TTKT m.191’de (FusG m.105) yeniden yapılanmada ortak olmayı sürdürme hakkının, şirket payının veya haklarının kanuna uygun bir şekilde tanınmaması veya ayrılma karşılığının uygun olmaması halinde ortakların yeniden yapılanmanın hukuki geçerlilik kazandığı tarihten itibaren denkleştirme akçesi ödenmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.

Dolayısıyla TTKT m.140’a (FusG m.7) aykırılık halinde de TTKT m.191’e (FusG m.105) göre dava açılabilmesi için alacak hakkı sahibi olan intifa senedi sahiplerinin TTKT m.191’e göre dava açması mümkün olmalıdır³⁴. Bunun yanında yukarıda özel hak sahiplerine ilişkin açıklamalarımızda özel hakları içeren menkul kıymet sahiplerinin bu özel haklarının yeniden yapılanmada eş değerde haklar veya uygun bir karşılık sağlanmak suretiyle korunması gerekliliği üzerinde durulmuştu³⁵. Bu bağlamda, olması gereken hukuk bakımından TTKT m.191 özel hak sahiplerinin korunmasında da dava yolu olarak kendini gösterebilecektir.

²⁹ BGE 81 II 462, s.465. Aynı yönde bkz. BGE 92 II 243, BGE 100 II 384

³⁰ Kunz, s.111. Sorumluluk davası zararın tazminine, iptal davası ise kararın iptaline yönelik olduğu gerekçesi için bkz. Hirsiger, s.372

³¹ Bertschinger, Klagen, s.842; Schenker, SHk, m.108 N.6; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.689; Beretta, ZK-FusG, m.108 N.5; von der Crone/ Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1109; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.15; Emch, s.278; Hirsiger, s.372; Hasler, s.232.

³² Maurenbrecher, BSK-Fus, m.108 N.15; Hirsiger, s.372-373; Hasler, s.232.

³³ Emch, s.278; Hirsiger, s.373.

³⁴ Bkz. 3.Blm./II/E.

³⁵ Bkz. 3.Blm./II/E.

Öğretide hakim görüş TTKT m.191'in (FusG m.105) işletilmesinin mümkün olması halinde, TTKT m.192 (FusG m.106) uyarınca iptal davası açmanın mümkün olmadığı yönündedir³⁶.

TTKT m.191 ile 193 arasındaki ilişkiye de değinilmelidir. Daha açık bir ifadeyle ortağın aynı anda hem TTKT m.191 (FusG m.105) hem de m.193'e (FusG m.108) göre dava açıp açamayacağı üzerinde de kısaca durulmalıdır. Sorumluluk davasında şahsen sorumlu kişilere karşı dava açılması, denkleştirme davasında ise şirkete karşı dava açılması söz konusu olduğundan böyle bir sonucun kabulü mümkün olmamalıdır³⁷. TTKT m.191'deki iki aylık süre zarfında ortak, hem TTKT m.191 hem de TTKT m.193 uyarınca dava açabilmelidir³⁸. Ayrıca TTKT m.191'deki iki aylık sürenin geçmesinden sonra yeniden yapılanmaya katılan kişilerin yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaları nedeniyle şirket payı ve haklarının uygun olarak tahsis edilmediğini fark eden ortaklar, söz konusu zararlar için sorumluluk davasına başvurulabilmelidir³⁹.

Özellikle TTKT m.191'e göre ödenmesi gerekebilecek denkleştirme akçesinin şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği özvarlık ile sınırlı olduğu dikkate alındığında⁴⁰ ortakların sorumluluk davası açmakta haklı menfaatleri olduğu görülmektedir. Buna karşılık TTKT m.191'e göre açılan davanın sonucu, zararın gerçekleşmesine engel olabileceği için doğrudan zararlar bakımından TTKT m.193'e göre açılması olası davaların önüne geçilmesi söz konusudur⁴¹.

II. DAVA SEBEPLERİ

1. Sorumluluk Türleri

A. Yeniden Yapılanma İşlemlerine Herhangi Bir Şekilde Katılmış Olan Kişilerin Sorumluluğu

TTKT m.193'de *“Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile*

³⁶ (Davacının sadece değişim oranının mahkeme tarafından belirlenmesinde ekonomik menfaatinin söz konusu olması halinde dava TTKT m.191'e göre açılması gerektiği yönünde bkz. von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. N.1088); Dubs, BSK-FusG, m.106 N.7; Meiter-Dieterle, ZK-FusG, vor. m.105-108 N.4; Eugster, N.516, N.525; Hirsiger, s.370; Aksi yönde Hasler, s.222. Azınlık ortakların haklarının ağır bir şekilde ihlali halinde iptal davasının açılmasının mümkün olması gerektiği yönünde Bertschinger, Klagen, s.841.

³⁷ Hasler, s.233.

³⁸ Eugster, N.547. TTKT m.191 (FusG m.105) uyarınca açılacak davanın öncelikli olduğu yönünde Dubs, BSK-FusG, m.105 N.9; Hirsiger, s.371.

³⁹ Beretta, ZK-FusG, m.108 N.4; Bertschinger, Klagen, s.843; Eugster, N.547.

⁴⁰ Bkz. 4.Blm./IV/D/e/eb.

⁴¹ Hirsiger, s.371-372.

verdikleri zararlardan sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır’’ (f.1) hükmüne yer verilmiştir⁴². Söz konusu hükmün kaynağı Birleşme Kanunu m.108’de ise “Birleşme, bölünme, tür değiştirme ve malvarlığı devri ile uğraşan tüm kişiler hem şirketlere hem de münferit ortaklara ve alacaklılara karşı kasten veya ihmal ile görevlerini ihlal etmek suretiyle neden oldukları zararlar için sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır’’ (f.1) ifadesi yer almaktadır⁴³.

TTKT m.193’ün (FusG m.108) gerekçesinde sorumluluğun TTKT m.553’e benzer şekilde özel olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁴⁴. TTKT m.553’de ise kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri halinde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu tutulmuşlardır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m.754’de ise yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye işleri ile uğraşan tüm kişilerin⁴⁵ yükümlülüklerini kasten veya ihmal suretiyle ihlal etmelerinden doğan sorumluluk hükmüne bağlanmıştır. Bu maddede sadece şekli (yönetim kurulu üyesi) ve maddi (müdür) organlar değil fiili organlar da açıkça sayılmıştır⁴⁶. Daha açık bir ifadeyle yönetime müdahalede bulunan bulunan büyük paya sahip ortaklar, yönetim kurullarına talimat veren gizli yöneticiler ve sürekli olarak şirketle ilgili önemli kararları alan herkes görevli olmamakla birlikte yönetim ve tasfiyeye karışan kişiler kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁷. Kaynaktaki düzenlemenin aynen alınmasının uygulamada amacı aşan bir anlam kazanmasından duyulan endişe nedeniyle hüküm aynen alınmamış, bunun yerine TTKT m.553’de “yöneticiler” sözcüğüne yer verilerek yorum öğretiye ve yargı kararlarına bırakılmıştır⁴⁸. Söz konusu maddede OR m.753’deki “yükümlülüklerin ihlali” ifadesi yerine “kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler” ifadesi kullanılarak sorumluluk sebeplerinin somutlaştırılması suretiyle belirsizliklerin önlenmesi amaçlanmıştır⁴⁹.

⁴² Birleşme Yönergesinden (m.20 ve m.21) farklı olarak TTKT m.193’de sadece şirket organlarının ve denetçilerin sorumluluğu değil birleşme işlemlerine katılan tüm kişilerin sorumluluğu hükmüne bağlanmıştır.

⁴³ Aynı yönde bkz. V-FusG m.94.

⁴⁴ Gerekçe, s.471. OR m.752 vd na aynı yönde atıf bkz. BgltrchtV-FusG, s.70; BtschftFusG, s.4490.

⁴⁵ TTKT m.553’den farklı olarak kurucular sayılmamıştır. Kurucuların kuruluştan doğan sorumluluk hükümleri kapsamına girmeyen görev aykırılıkları olabileceği yönünde bkz. Gerekçe, s.600.

⁴⁶ Btschft1983, s.191.

⁴⁷ Btschft1983, s.191.

⁴⁸ Gerekçe, s.599–600.

⁴⁹ “Kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler” ifadesinin kullanılmış olması karşısında mahkemenin yerindelik incelemesi yaparak açık bir sorumluluk hali olarak düzenlenmemiş olan “yönetim kusuru” çerçevesinde değerlendirme yapmasının güçleştiği yönünde bkz. Gerekçe, s.600.

İsviçre hukukunun hukuki sorumluluğu düzenleyen genel hükümleri ve yeniden yapılanmada sorumluluğu düzenleyen hükümleri karşılaştırıldığında söz konusu genel ve özel hükümlerin sujelerinin paralellik arz ettiği görülmektedir. Türk hukukunda ise TTKT m.553’de yukarıda açıklanan sebeplerle sınırlı bir ifade tercih edilirken yeniden yapılanmada sorumluluğa ilişkin m.193’de “*herhangi bir şekilde katılan kişi*” denilerek kapsam geniş tutulmuştur. Bu durum Türk kanun koyucusunun TTKT m.553 açısından ileri sürdüğü endişelerin neden TTKT m.193 için de geçerli olmadığı sorusunu düşündürmektedir.

Değinilmesi gereken bir diğer mesele ise, TTKT m.193’de sadece yeniden yapılanmaya karışan kişilerin kusurla verdikleri zarardan söz edilmiş olmasıdır. Birleşme Kanunu m.108’de ise yeniden yapılanmayla uğraşan kişilerin görevlerini kasten veya ihmal ile ihlal ederek⁵⁰ verdikleri zarardan bahsedilmiştir. Bu bağlamda, TTKT m.193’de açıkça bir yükümlülük üstlenmeden yeniden yapılanmaya karışan kişilerin de kusurun varlığı halinde sorumlu tutulmasının amaçlanmış olup olmadığı şüphesi uyanmaktadır. Bir başka ifadeyle kusur sorumluluğunun görev kusuru ile sınırlandırılmamış olması ihtimali akla gelmektedir. Bununla birlikte bu maddeye ilişkin gerekçede, hükümde sorumluluğun m.553’e benzer şekilde özel olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁵¹. Dolayısıyla yorumun gerekçedeki bu açıklamaya binaen m.553’e dayandırılması halinde pratik açıdan sonuç değişmeyecektir⁵².

B. Yeniden Yapılanmayı Denetlemiş Kişilerin Sorumluluğu

TTKT m.193/f.2 “*Birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi denetlemiş kişiler şirketlere, münferit ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zarardan sorumludurlar*” (f.2) hükmünü taşımaktadır. Birleşme Kanununu m.108’de ise “*Birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin denetimiyle uğraşan tüm kişiler hem şirketlere hem de münferit ortaklara ve alacaklılara karşı kasten veya ihmal ile görevlerini ihlal etmek suretiyle neden oldukları zararlar için sorumludurlar* (f.2)” ifadesine yer verilmiştir⁵³.

TTKT m.193/f.2’de, bu maddenin birinci fıkrasının aksine karışan kişilerin değil denetçilerin sorumluluğu hükme bağlanmıştır. Bir diğer nokta ise TTKT m.193/f.2’de yine kaynaktan farklı olarak, TTKT m.193/f.1’e paralel bir şekilde kusur sorumluluğunun görev kusuru ile sınırlı tutulmamış olmasıdır.

⁵⁰ Sorumluluğun görev ihlaline dayanması bakımından bu hüküm TTKT m.553 ve OR 752 ile paralellik arz etmektedir.

⁵¹ Gerekçe, s.471 (m.194’e ilişkin Gerekçe).

⁵² Gerekçe, s.599.

⁵³ Aynı yönde bkz. V-FusG m.94.

C. Kurucuların Sorumluluğunun Saklı Tutulmuş Olması

TTKT m.193’de kurucuların sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı tutulduğu için yeni kurulan şirketin anonim şirket olması halinde kuruluştan doğan sorumluluk için TTKT m.549 vd. geçerli olacaktır. Bir başka ifadeyle münhasıran yeniden yapılanmadan değil de anonim şirketin kuruluşundan doğan sorumluluk sebebinin varlığı halinde dava TTKT m.549 vd. uyarınca açılmalıdır⁵⁴.

Kuruluştan doğan sorumluluğu düzenleyen hükümler, yeni kuruluş yanında sermaye artırımlarında da uygulanacağı için, TTKT m.193’ün (FusG m.108) kuruluştan doğan sorumluluğun saklı tutulduğuna ilişkin düzenlemesi sermaye artırımını yoluyla gerçekleştiren yeniden yapılanmalar için de geçerli olmalıdır⁵⁵.

Bu bağlamda, değinilmesi gereken önemli bir mesele ise, şirketin zararı için kuruluş hükümlerine göre dava açabilecek kişilerdir. TTKT m.555’de şirketin uğradığı zararın tazminini şirket ve her ortağın isteyebileceği, ancak ortakların tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep edebileceği hükme bağlanmıştır⁵⁶. TTK m.309’dan farklı olarak doğrudan zarar ve dolayısıyla zarar ayrımı yapılmamıştır⁵⁷ ve yine bu maddeden farklı olarak alacaklılara dava açma hakkı tanınmamıştır. Böylelikle alacaklının kurumsal korunmasının alacaklının fiili ile gerçekleşmesi önlenmiştir. Şirketin iflas etmesi halinde ise şirketin uğradığı zararların şirkete ödenmesi için dava açma hakkı ortaklar yanında alacaklılara da tanınmıştır. Bununla birlikte ortakların ve alacaklıların istemleri öncelikle iflas idaresi tarafından ileri sürülmelidir (TTKT m.556).

Ortaklar ve alacaklıların kuruluştan doğan sorumluluğa dayanarak şirketin zararları için değil kendi zararları için dava açma hakları ise TTKT m.553’e dayanmaktadır.

2. Sorumluluğun Unsurları

A. Zarar

Sorumluluğun en önemli unsuru zararın meydana gelmiş olmasıdır. Zarar, sorumluluk hukuku alanına ait olan genel nitelikli fark teorisine göre değerlendirilmelidir⁵⁸. Buna göre zarar, yükümlülük ihlali olmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum ile mevcut malvarlığı arasındaki farktır⁵⁹.

⁵⁴ Emch, s.239.

⁵⁵ Beretta, ZK-FusG, m.108 N.107; Emch, s.238.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. OR m.756/f.1.

⁵⁷ Gereke, s.601.

⁵⁸ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1096; Beretta, ZK-FusG, m.108 N.29; Emch, s.239.

⁵⁹ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.43.

Yükümlülüğe aykırı davranış şirketin malvarlığında herhangi bir azalmaya yol açmaksızın ortakların veya alacaklıların malvarlığında kayıp meydana getiriyorsa, ortağın veya alacaklının doğrudan zararı mevcuttur⁶⁰. Buna karşılık, şirket organının kusurlu ve yükümlülüğe aykırı davranışı şirkete zarar verdiği için alacaklının veya ortağın malvarlığı sadece dolaylı olarak azalmış ise dolaylı zararın varlığı kabul edilmelidir⁶¹.

B. Hukuka Aykırılık

TTKT m.193'de (FusG m.108) yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk yeniden yapılanmaya ilişkin kurallardan doğan yükümlülükler ile sınırlandırılmamıştır⁶². Dolayısıyla hukuka aykırılık yeniden yapılanmadan doğan yükümlülükler dışında kalan diğer yükümlülüklerin ihlalinin de doğabilecektir⁶³. Hatta TTKT m.193'de yukarıda da belirtildiği üzere yükümlülük ihlali şartı dahi öngörülmemiştir.

Bu noktada sorumluluk davasının TTKT m.192'deki iptal davasına nazaran önemli bir farkı kendini göstermektedir⁶⁴.

a) Yeniden Yapılanmadan Doğan Yükümlülüklerin İhlali

Yeniden yapılanmayı düzenleyen kurallardan doğan ve TTKT m.193/f.1'e göre sorumluluğa yol açabilecek yükümlülükler öğretide şu şekilde örneklendirilmektedir⁶⁵:

— TTKT m.139'a (FusG m.6) göre sermayenin kaybı ve borca batıklık halinde birleşmeye katılmayla bağlantılı olarak ortaya çıkan yükümlülüklerin ihlali ve bu çerçevede iyileştirici birleşme şartlarının denetimi ve işlem denetçisi raporunun sunulması⁶⁶,

— Ortaklık payı ve haklarının devamı ilkesinden doğan yükümler (FusG m.7; TTKT m.140),

— Birleşme sözleşmesi yapılmasına ilişkin olarak yönetim kurulunun devredilemez yükümlülükleri (FusG m.12; TTKT m.145). Sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin yapılması ile ilgili sır saklama gibi yükümler⁶⁷,

⁶⁰ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.34

⁶¹ Dolaylı zarar, sorumluluk hukukunun genel kurallarına göre esas itibarıyla tazmin edilmeyecekti olan yansıma zarar olarak nitelendirilmektedir bkz. Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.44.

⁶² Emch, s.241

⁶³ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.911; Beretta, ZK-FusG, m.108 N.12; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.11; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.743; Emch, S.241.

⁶⁴ Emch, s.241.

⁶⁵ Beretta, ZK-FusG, m.108 N.13; Emch, s.242.

⁶⁶ İyileştirici birleşme için bkz. 2.Blm./VIII.

⁶⁷ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.37.

— Yönetim organının birleşme raporu düzenleme ya da düzenlettirmeye ilişkin yükümlülüklerini ihlali (FusG m.14/f.1; TTKT m.147). Raporun düzenlenmemiş olması, içeriğin tam olmaması veya doğru olmaması⁶⁸,

— Denetçilere bilgi verilmesine ilişkin yüküm (FusG m.15/f.3; TTKT m.148/f.2),

— İnceleme hakkının sağlanması yükümü (FusG m.16; TTKT m.149),

— Birleşme sözleşmesinin akdi ile karar arasında geçen dönemde malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikler hakkında bilgilendirme yükümü (FusG m.17; TTKT m.150)⁶⁹,

— Yönetim organının birleşmenin icrasına ilişkin yükümleri (Ticaret Siciline tescil gibi FusG m.21/f.1),

— Arabilanço tanzimi ile bağlantılı yükümlülükler (FusG m.11; TTKT m.144)⁷⁰,

Alacaklılar açısından hangi hallerde yeniden yapılanma nedeniyle doğrudan zararın söz konusu olabileceği örneklendirilmelidir. Bu bağlamda TTKT m.157/f.2'ye (FusG m.25/f.2) göre ilanda alacaklıların teminat talep edebileceklerine dikkat çekilmemesi, ilanın kanuna aykırı olarak yapılmaması, bildirimde bulunan alacaklıların alacaklarının diğer alacaklıların zararına ifası (TTKT m.157/f.4; FusG m.25), alacaklılara inceleme hakkının sağlanmaması (TTKT m.149), sermaye kaybı veya borca batıklık halinde birleşmeyi düzenleyen TTKT m.139'a aykırı hareket edilmesi⁷¹ hallerinde doğrudan zarar mevcuttur. Bunun yanında gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş birleşme bilançosuna veya denetçi raporuna güvenerek kredi tahsisinde bulunan alacaklının da doğrudan zararı söz konusudur⁷².

Yeniden yapılanmanın genel kurul kararı ile onaylanması yeniden yapılanmaya karışan kişilerin söz konusu yükümlülüklerinden ibra edildikleri anlamına gelmemektedir⁷³. Ortakların yeniden yapılanmaya onay vermiş olması konusu somut şartlar vasıtasıyla denetlenmelidir⁷⁴. Bu hususta genel kurul kararı anında ortakların bilgi durumu ve ileri sürülen yükümlülük ihlalinin özellikleri dikkate alınmalıdır⁷⁵.

⁶⁸ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.34.

⁶⁹ BtschftFusG, s.4417.

⁷⁰ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.38.

⁷¹ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.38, 46.

⁷² Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.46.

⁷³ Beretta, ZK-FusG, m.108 N.38.

⁷⁴ Emch, s.244.

⁷⁵ Emch, s.244.

b) Denetimden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

TTKT m.193/f.2'ye göre denetimden doğan sorumlulukta hukuka aykırılık yeniden yapılanmayı düzenleyen kurallara bağlı yükümlülükler vasıtasıyla özel olarak öngörülmüş olan denetim süreçlerine göre tespit edilmelidir⁷⁶:

- (TTKT m.139, FusG m.6) Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde birleşmede denetim,

- Birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve birleşme bilançosunun denetimi (TTKT m.148; FusG m.15),

- Bölünme sözleşmesi-planı, bölünme raporu ve bölünme bilançosunun denetimi (TTKT m.170; FusG m.40),

- Tür değiştirme planı, tür değiştirme raporu ve tür değiştirme bilançosunun denetim (TTKT m.187; FusG m.62).

Denetçiler söz konusu belgeleri denetlemek ve yazılı bir denetim raporu hazırlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla bu hükümlere göre denetim sorumluluğu eksik veya hatalı denetimden doğan yükümlülük ihlali ya da denetim raporunda yetersiz yahut eksik bilgilendirmeden doğan yükümlülük ihlali şeklinde kendini göstermektedir⁷⁷.

Yeniden yapılanma bağlamında öngörülmüş olan söz konusu denetim denetçiler tarafından özenle gerçekleştirilmelidir. Denetimde üçüncü kişiler tarafından yapılan bildirimler ile yeniden yapılanan şirketlerin danışmanları tarafından verilen bilgilerin kullanılması halinde bunların doğruluk incelemesine tabi tutulması zorunludur⁷⁸BAKK⁷⁸.

C. Nedensellik

Sorumluluk için yükümlülüğe aykırılık arz eden yapma veya yapmama fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun bir bağlantı bulunmalıdır. Yapmama fiillerinde nedensellik unsuru, meydana gelmiş olan zararın yükümlülüğe uygun hareket edilmesi halinde genel yaşam tecrübelerine göre gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine göre araştırılır⁷⁹. Bu konuda anonim şirketler hukukunun sorumluluğa ilişkin genel kuralları geçerli olmalıdır.

⁷⁶ Beretta, ZK-FusG, m.108 N.51 ve 58.

⁷⁷ Emch, s.245.

⁷⁸ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.40.

⁷⁹ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.50.

D. Kusur

TTKT m.193 zararın kasıt veya ihmal ile meydana gelmiş olmasını şart koşturmaktadır. Bu nedenle, hafif ihmal de dahil her tür kusur, sorumluluğun doğması için yeterlidir⁸⁰. Zarar veren kişinin davranışının kusurlu olup olmadığının değerlendirilmesinde özen ölçütü olarak anonim şirketlerde aynı çevreden normal ve makul bir kişinin davranışı esas alınmalıdır⁸¹.

İsviçre öğretisinde FusG m.108/f.3'de (TTKT m.193/f.3) OR m.754/f.2'ye (TTKT m.553/f.2)⁸² atıf yapılmadığı için yeniden yapılanmaya ilişkin yükümlülüklerin devri halinde, devralan kişilerin seçiminde makul özenin gösterildiğinin ispatının OR m.754/f.2'ye (TTKT m.553/2) göre gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışılmaktadır⁸³.

Anonim şirketlerin yeniden yapılanmasındaki sorumluluk davasında TTKT m.549 vd. daki hükümlerin özel hüküm niteliği taşıdığı yolundaki değerlendirmelerimiz ve yeniden yapılanmaya ilişkin normlarda düzenleme bulunmayan hallerde şirketler hukukunun genel hükümlerinin uygulanacağı yolundaki görüşümüz karşısında, bu tartışmanın Türk hukukuna aktarılması mümkün gözükmemektedir.

III. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193/f.3'deki Atıflar

1. Mehaz Birleşme Kanunu m.108/f.3'de Anonim Şirketler Hukukunun Genel Hükümlerine Yapılan Atıflar

Birleşme Kanunu m.108/f.3'de İsviçre Borçlar Kanununun sorumluluk başlığı altında düzenleme öngören iflas halinde şirketin zararının tek bir ortak tarafından da ileri sürülebileceğine ilişkin 756. (TTKT m.556), teselsül ve başvuruyu düzenleyen 759. (TTKT m.557) ve zamanaşımına ilişkin 760. (TTKT m.560) maddelerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında sermaye şirketinin veya kooperatifin iflası halinde; İsviçre Borçlar Kanununun iflas halinde şirketin uğradığı zararın tazminini talep etme hakkına ilişkin 757. maddesinin (TTKT m.556), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete anonim şirket

⁸⁰ Beretta, ZK-FusG, m.108 N.41 ve 64.

⁸¹ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.53; Beretta, ZK-FusG, m.108 N.41 ve 64; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1098.

⁸² TTKT m.553/f.2'de "Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak bir başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişinin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararından sorumlu olmazlar (f.1). Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim veya özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz (f.2)" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Türk hukukunda seçmede gerekli özenin gösterilmediğini iddia eden ispatlamalıdır. OR m.754/f.2'de ise bir görevin ifasını yetkiye uygun olarak bir başka organa devreden bu kişilerin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumlu tutulması için seçmede, talimat vermede ve gözetimde durumun gerektirdiği özeni gösterdiğini ispat edememiş olması gerekmektedir. Bu maddeye göre ise yetkiyi devreden kişi seçmede, talimat vermede ve gözetimde durumun gerektirdiği özeni gösterdiğini ispat edememiş olmalıdır.

⁸³ Kabul eden Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.56. Karşı görüş ise bu durumda BK m.100'ün (OR m.101) uygulanabileceği yönündedir (Bertschinger, Klagen, s.845-846).

hükümlerinin uygulanacağına dair m.764'ün 2. fıkrasının (TTKT m.565/f.2), limited şirkette sorumluluk konusunda AO hükümlerinin uygulanacağını belirten 827. (TTKT m.644) ve kooperatiflerde sorumluluk bakımından AO hükümlerinin uygulanacağı yönündeki 920. maddelerinin (Kop. Kan m.98) geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

2. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı m.193/f.3'ün Değiştirilmesi Önerisi

TTKT m.193/f.3'ün birinci cümlesinde ise, şirketler topluluğunda sorumluluğa ilişkin m.202 ila m.203'ün, poliçede işlemlerin yapılacağı yeri düzenleyen m.755, poliçenin iptalinde önleyici önlemlere ilişkin m.757 ve poliçede ihtarın içeriğini düzenleyen 760. maddeleri saklı tutulmuştur. Bu maddenin ikinci cümlesinde ise, bir sermaye şirketinin veya kooperatifin iflası halinde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette uygulanacak hükümleri belirleyen m.565 ve poliçede imzaları düzenleyen m.756 ile Kooperatifler Kanununun 98. maddesinin kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Kanımca kanun yapma sürecinde hazırlanan tasarlarda madde numaralarında yapılan değişiklikler atıf hatasına yol açmıştır. Zira atıf yapılması gereken hükümler kaynak kanunda olduğu gibi sorumluluğa ilişkin düzenlemelerdir. Buna göre atfın Birleşme Kanununun İsviçre Borçlar Kanuna atıf yapan hükümlerine ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızda parantez içinde verdiğimiz TTKT hükümlerine yapılması gerekmektedir. Atıf yapılan hükümler için geçerli olan kurallar, TTKT m.193 uyarınca açılacak davalarda da uygulanmalıdır. Gerçi yukarıdaki açıklamalarımızda yeniden yapılanma nedeniyle açılacak davada ilgilinin anonim şirket olması halinde, TTKT m.193 yerine TTKT m.549 vd. nın uygulanabileceği ifade edilmişti. Dolayısıyla atıflara ilişkin söz konusu düzeltme daha ziyade şahıs şirketleri bakımından TTKT m.193'e göre açılacak davalarda önem arz etmektedir.

IV. YARGILAMA

1. Görev ve Yetki

Yeniden yapılanmaya karışan kişilere karşı TTKT m.193'e göre açılacak davalarda yetkili mahkeme konusunda Tasarının *F) Birleşme, bölünme ve tür değiştirme* başlığı altında hüküm bulunmamaktadır.

TTKT m.561'de ise anonim şirketlerde hukuki sorumluluğu düzenleyen hükümlere göre sorumlular aleyhinde açılacak davaların şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinde açılabilmesi hükme bağlanmıştır. Bu maddenin gerekçesinde ise

hükmün inhisari yetkiyi haiz olan bir mahkemeyi göstermediği, aksine somut olaya göre yetkili mahkemeler yanına bir diğer mahkemeyi daha eklediği belirtilmiştir⁸⁴.

Yeniden yapılanmaya karışan kişiler aleyhine açılacak sorumluluk davasında hangi mahkemenin yetkili olduğu sorusu cevaplanmalıdır. Davanın aleyhine dava açılacak kişinin yerleşim yeri yanında bu kişinin bağlantılı olduğu şirketin merkezinde veya yeniden yapılanmaya katılan şirketlerden herhangi birisinin merkezinde de açılıp açılmayacağı incelenmelidir.

A. İsviçre Hukukunda

Kaynak İsviçre hukukunda, kanun koyucunun iradesi FusG m.108'e (TTKT m.193) göre sorumlu kişiler aleyhine açılacak davaların yeniden yapılanmaya katılan şirketlerden birisinin merkezinde açılabilceği yönündedir⁸⁵. Nitekim bu iradeye uygun olarak FusG'nin mevcut hukukta yapılacak değışiklikleri düzenleyen ek kısmının 3. başlığı altında getirilen düzenleme ile Gerichtstandgesetz'e eklenen 29a maddesinde FusG'ye dayanan davalarda katılan hukuk sujerlerinden birisinin yerleşim yerindeki mahkemenin yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir. Mahkemelerin yetkisine ilişkin bu Kanunun Ticaret Hukuku başlığını taşıyan 7. bölümünün şirketler hukuku başlıklı 29. maddesinde ise şirketler hukukunda sorumluluğu düzenleyen hükümlerden doğan davalar için davalının yerleşim yeri veya şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durum İsviçre öğretisinde, Birleşme Kanunu m.108'e göre açılacak davalarda yetkiyi düzenleyen kuralın; davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili sayan genel hüküm, şirkete karşı açılacak davalarda yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme⁸⁶ ve haksız fiil davalarında yetkili mahkemeyi düzenleyen kural karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı gerekçesi ile önceliğe sahip olup olmadığı konusunda farklı yorumlara sebep olmuştur⁸⁷.

⁸⁴ Gerekeçe, s.607. Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekeçesinde, İsviçre BK m.761 aksine düzenleme öngördüğü ifade edilmiştir. Bununla birlikte söz konusu madde 24 Mart 2000 tarihli Gerichtstandgesetz ile (SR 272) yürürlükten kaldırılmış olduğu için İsviçre OR m.761'de inhisari yetkiyi haiz mahkemenin düzenlenmiş olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır.

⁸⁵ BtschftFusG, s.4491.

⁸⁶ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1101; Beretta, ZK-FusG, m.108 N 71; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.64; Emch, s.249. FusG'den doğan davalarda yetkiyi düzenleyen hükmün davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili sayan genel hükme alternatif düzenleme öngördüğü şeklinde yorumlanması gerektiği görüşü için bkz. Schenker, Shk-FusG m.108 N.23.

Alacaklının veya şirketin OR m.41'den doğan doğrudan zararlar için açılacak davalarda haksız fiilin işlendiği yerin de yetkili sayılması gerektiği yönünde bkz. Emch, s.249-dn.1142 (BARTSCHI, s.344 e atıf var)

⁸⁷ Yeniden yapılanmada yetkiye ilişkin hükmün özel hüküm niteliği taşıdığı yönünde Beretta, FusG ZK, m.108 N 71; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.64; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1101 karşı görüş davalının yerleşim yerinde de açılabilceği yönünde Schenker, SHK, m.108 N.23.

B. Türk Hukuku Bakımından Öneri

TTKT m.193'e göre açılacak davaların yeniden yapılanmaya katılan şirketlerden birisinin merkezinde açılabilceğinin Türk hukukunda da kabul edilmesi, bu maddede tanınmış olan hakkın kullanımını kolaylaştıracaktır. Bilhassa yeniden yapılanmanın katılan şirketlerin sona ermesine yol açabileceği ve yeniden yapılanmaya katılan şirketlerden herhangi birisinin ortağı ya da alacaklısı olan kişinin diğer şirketler adına hareket eden yönetici veya denetçilere dava açabileceği dikkate alındığında, katılan şirketlerden herhangi birisinin merkezinde dava açma hakkı tanınması isabetli olabilecektir.

Bununla birlikte böyle bir durumun davalılar bakımından sakınca yaratabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, devralan şirketin ortakları devralan şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine yeniden yapılanma nedeniyle sona eren devreden şirketin merkezinin bulunduğu yerde dava açabilecektir⁸⁸.

2. Zamanaşımı

Kaynak FusG m.108'de dava zamanaşımı konusunda OR m.760'a atıf yapılmıştır.

Bu bağlamda, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Gerekçesindeki sorumluluğun TTKT m.553'e göre düzenlendiği yolundaki açıklama ve TTKT m.193'deki atıflara ilişkin yukarıdaki görüşümüz karşısında⁸⁹ TTKT m.193'e göre açılacak davalarda zamanaşımı TTKT m.560'a göre belirlenmelidir.

Buna göre TTKT m.193'e göre açılacak davalarda 2 ve 5 yıllık zamanaşımı geçerli olmalıdır. İşlenen fiilin cezayı gerektirmesi ve Türk Ceza Kanununa göre daha uzun bir zamanaşımına tabi olması halinde ise tazminat davasına da bu zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

3. Taraflar

A. Davacı

a) Şirket

Zarar gören şirket kendi uğradığı zararlar için dava açabilecektir. Devreden şirketin yeniden yapılanma nedeniyle sona ermesi halinde ise aktif dava ehliyeti külli halefiyet yoluyla devralan şirket veya şirketlere intikal etmektedir⁹⁰.

⁸⁸ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.64; Emch, s.249-250.

⁸⁹ Bkz. 7.Blm./III.

⁹⁰ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.17.

Kaynak FusG m.108'de TTKT m.558/f.2'nin kaynağı OR m.758'e atf yapılmamış olmakla birlikte bazı yazarlar OR m.758/f.1'in kıyasen uygulanmasının zorunlu olduğunu savunmaktadır⁹¹. Yeniden yapılanmadan doğan sorumluluk davasının anonim şirketler için genel hükümlere göre açılabilmesi karşısında aynı tartışmanın Türk hukukuna aktarılması söz konusu değildir.

İflas halinde şirketin doğrudan zararları için dava iflas idaresi tarafından açılmalıdır (TTKT m.556/f.2).

b) Ortaklar

İflas dışındaki hallerde şirketin ortaklarına da doğrudan zararlarının tazmini için dava açma hakkı tanınmıştır. Ortağın malvarlığı zararı ilgili şirketin ortaklık haklarının değerinin azalması şeklinde değilse, ortağın doğrudan zararı söz konusudur⁹².

İbra doğrudan zararların ileri sürülmesini engellemez⁹³. Yeniden yapılanma kararına onay veren ortaklar karar anında kendileri tarafından bilinen maddi olgulara dayanarak sorumluluk davası açamayacaktır⁹⁴.

Ortaklık hakları devredilmiş ise doğrudan zararın ileri sürülebilmesi için zararın meydana geldiği anda ortaklık statüsüne sahip olunmalıdır⁹⁵. Dolaylı zararlarının ileri sürülmesinde ise ortaklık statüsü, davanın açıldığı anda mevcut olmalıdır⁹⁶.

c) Alacaklılar

İflas hali dışında şirketin malvarlığı kural olarak alacakları karşıladığı için alacaklıların dolaylı zararı söz konusu değildir⁹⁷. Bu nedenle şirketin zararlarının ileri sürülebilmesi için alacaklıların aktif dava ehliyeti de bulunmamaktadır⁹⁸.

İflas hali dışında alacaklıların doğrudan zararları için dava açılması her zaman mümkündür⁹⁹. İflas halinde de alacaklılar doğrudan zararlarını ileri sürebilir. İflas halinde şirketin zararlarının ileri sürülebilmesinde ise öncelik alacaklılara değil iflas idaresine

⁹¹ Schenker, SHk, FusG m.108 N.21; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.748; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.25. Karşı görüş Beretta, ZK-FusG m.108 N.46.

⁹² Emch, s.258.

⁹³ Emch s.259.

⁹⁴ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.24; Bertschinger, Klagen, S.844.

⁹⁵ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.19; Bärtschi, s.134.

⁹⁶ BGE 131 III 640 Erw S.643; Bärtschi, s.134.

⁹⁷ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.21.

⁹⁸ Emch, s.260. Yazar FusG m.108'de OR m.756/f.1'e atf yapılmış olmasına dayanmaktadır.

⁹⁹ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.20; Emch, s.260.

tanınmıştır¹⁰⁰. İflas idaresinin bu yetkisini kullanmaması durumunda ise alacaklı da edimin iflas masasına ifasını dava edebilecektir¹⁰¹.

2. Davalı

a. Yeniden Yapılanmaya Katılan Tüm Kişiler

Yeniden yapılanmada doğan sorumlulukta yeniden yapılanmaya herhangi bir şekilde katılan tüm kişilere dava açılabilmesi hükme bağlanmıştır (TTKT m.193/f.1). Kaynak FusG m.108/f.1’de ise yeniden yapılanmaya *karışan tüm kişilerden (Alle mit...befassten Personen)* söz edilmektedir. Bu hükmün gerekçesinde ise *herhangi bir şekilde karışan kişilerden (...in irgendeinerweise befassten Personen...)*¹⁰² bahsedilmektedir.

Anılan hükmün lafzına göre öğretide yapılan farklı yorumlar “*karışma*” sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği ve bu kavramın OR m.752’deki¹⁰³ “*etki etme (mitwirken)*”¹⁰⁴, kavramından ne şekilde ayırdedileceği konusunda farklı sonuçlara ulaşmaktadır¹⁰⁵.

TTKT m.549’da *katılanlardan* söz edilirken m.193’de *herhangi bir şekilde katılanlar* ifadesine yer verilmiştir. Ancak söz konusu kavramsal tartışmalardan daha ziyade önem arz eden husus bu maddenin “...birleşme, bölünme, tür değiştirme...gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli,sahte ve gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan belgeleri düzenleyenler ve beyanları yapanlar ile **kusurlarının** varlığı halinde bunlara katılanlar sorumludur” şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Düzenleyenler ve beyanları yapanların kusursuz, katılanların ise kusurlu sorumluluğu kabul edilmiştir. TTKT m.193’de ise bu şekilde bir ayırım yapılmaksızın kusur sorumluluğu hükme bağlanmıştır. Sorun yeniden yapılanma belgelerini düzenleyenler aleyhine m.549’a göre dava açılması halinde, bunların kusursuz sorumlu tutulması m.193’e göre dava açılması halinde ise

¹⁰⁰ Emch, s.261. Yazar FusG m.108/f.3’de OR m.757/f.1’e yapılan atfa dayanmaktadır.

¹⁰¹ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.17.

¹⁰² BtschftFusG, s.4490.

¹⁰³ Bu madde izahnameden doğan sorumluluğu düzenlemektedir.

FusG m.108’in gerekçesinde yeniden yapılanmadan doğan sorumluluğun anonim şirketler hukukunun sorumluluğa ilişkin düzenlemelerine (OR m.752 vd.) paralel bir şekilde düzenlendiği ifade edilmiştir (BtschftFusG, s.4490 vd.). TTKT’nin gerekçesinde ise TTKT m.553’e benzer düzenlemeden söz edilmektedir. Sonuç olarak İsviçre hukukunda kanun koyucu anonim şirketler hukukunun sorumluluk başlığı altında yer alan OR m.752 ile m.760 hükümlerine atıfta bulunmuşken, Türk hukukunda sadece TTKT m.553’e atıfta bulunulması tercih edilmiştir.

¹⁰⁴ İzahnameden doğan sorumluluğa ilişkin bu hükümde kasten veya ihmal ile etki etmiş olan herkesin sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır (OR m.752). Bu düzenlemeden de esinlenen TTKT m.549’da (Gerekçe, s.597) ise belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı halinde bunlara katılanların sorumlu olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰⁵ Tartışmalar için bkz. Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.27 vd.; Beretta, FusG-ZK, m.108 N.19; Böckli, § 3 N.275; Glanzmann, Umstrukturierungen, N.741.

kusurun bulunmadığının ispatı ile sorumluluktan kurtulmalarının mümkün olmasıdır. Bu bağlamda, yukarıda da açıklandığı üzere m.549'un özel hüküm olduğu ve bu madde kapsamında kalan konularda hakim in bu maddeye göre karar vermek durumunda olduğu kabul edilmelidir.

Bununla birlikte yeniden yapılanmaya katılan şahıs şirketleri adına hareket eden kişilere TTKT m.193 uyarınca dava açılması gerekmektedir. Dolayısıyla şahıs şirketi adına yeniden yapılanmaya katılan kişiler bakımından kusur sorumluluğunun öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

Öğretide yükümlülük ihlalini bilerek yeniden yapılanma kararına olumlu oy veren, hakim ortak ya da tek ortak olduğu için de yeniden yapılanma işleri ile ilgisi olan ortakların pasif dava ehliyeti konusu tartışılmaktadır¹⁰⁶. Genel kurul toplantısına katılma ve oy kullanma sorumluluk riski olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁷.

b) Danışmanlık Hizmeti Verenlerin Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı

TTKT m.193'de yeniden yapılanmaya herhangi bir şekilde katılmış olan kişilerden bahsedilmiş olması nedeniyle bu kişilerin organ sorumluluğu hükümlerine tabi tutulmasının söz konusu hükümlerin anlam ve amacına uygun olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir¹⁰⁸.

Bu konuda İsviçre öğretisinde yeniden yapılanmadan doğan sorumluluğun anonim şirketler hukukundaki sorumluluk davasına benzerliği ve karar veren konumundaki kişiler için biçimlendirilmiş olması gerekçesiyle, sorumluluğun alt derecedeki görevlilere ve şirket dışından danışmanlık hizmeti verenlere genişletilmesi için ciddi bir sebebin bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁹. Her ne kadar pasif dava ehliyetinin geniş yorumlanmasının alacaklı bakımından olumlu olduğu düşünülebilirse de menfaatler arasındaki dengenin sağlanabilmesi için sınırlama gereklidir.

Buna göre, sadece yeniden yapılanmaya katılan şirketlerden birisinde şekli ya da maddi anlamda organ statüsü içinde bulunan kişiler pasif dava ehliyetini haiz olmalıdır¹¹⁰. Anonim şirketlerde sadece yönetim kurulu üyeleri değil, aksine şirket yönetimi ile görevlendirilmiş tüm kişiler pasif dava ehliyetine sahiptir.

¹⁰⁶ Pasif dava ehliyetinin olduğu yönünde Bertschinger, Klagen, s.845. Aksi yönde Emch, s.263. Sadece yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümlere aykırılığı bilerek oy vermenin pasif dava ehliyeti için yeterli sayılamayacağı yönünde Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.29

¹⁰⁷ Emch, s.263.

¹⁰⁸ Uygun olmadığı yönünde Emch, s.261.

¹⁰⁹ Emch, s.262.

¹¹⁰ Glanzmann, Umstrukturierungen, N.741; Hasler, s.230.

Öğretide tartışmalara konu olan avukatlar, bankalar veya noterler gibi dışardan danışmanlık hizmeti verenlerin sorumluluğa tabi olması görüşü¹¹¹ reddedilmelidir¹¹². Zira şirket dışından danışmanlık hizmeti verenler, karar veren kişilere kararlarına dayanak oluşturan temel bilgileri sağlamakta ve şirket ile bu danışmanlar arasında şirketler hukukuna dayanan özel bir ilişki bulunmamaktadır¹¹³. Bu tür danışmanların sorumluluğunun organ sorumluluğu hükümleri yerine sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine dayandırılması¹¹⁴ daha isabetlidir. Bu nedenle yeniden yapılanmaya dayanan sorumluluk davasında dışarıdan danışmanlık hizmeti verenlerin pasif dava ehliyeti reddedilmelidir¹¹⁵.

c) Denetimden Dolayı Sorumlu Olanlar

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında birleşmeyi, bölünmeyi ve tür değiştirmeyi denetlemiş kişilerin şirketlere, münferit pay sahipleri ile alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlar bakımından pasif dava ehliyetini haiz olduğu hükme bağlanmıştır (m.193/f.2; m.554).

Söz konusu Tasarıya göre anonim şirketlerde, kural olarak sadece ortakları yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir olan bağımsız denetleme kuruluşları denetçi olabilmektedir. Bu nedenle, davalı da bağımsız denetleme kuruluşu olmalıdır. Küçük ölçekli anonim şirketlerde ise en az yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir denetçi seçilebileceği için pasif dava ehliyeti bu kişilere aittir (TTKT m.400). Tasarının gerekçesinde küçük ölçekli anonim şirketler için nispeten daha hafif hükümler getirilmiş olmasının, denetimin niteliğini, kalitesini ve denetçinin sorumluluklarını etkilemediği ifade edilmiştir¹¹⁶.

¹¹¹ Yeniden yapılanmanın hazırlığı sürecinde dış danışmanlar önemli bir etkiyi haiz olduğu gerekçesiyle Bertschinger, Klagen, S.845; Fiili organ sayılmayan üçüncü kişilerin yeniden yapılanmaya ilişkin hükümler uyarınca sorumluluk yüklenmeleri halinde sorumlu tutulması gerektiği görüşü için bkz. Schenker SHk, m.108 N.11.

¹¹² Glanzmann, Umstrukturierungen, N.741; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.29; Beretta, ZK-FusG m.108 N.19; Emch, s.262; Hasler, s.230.

¹¹³ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.29; Emch, s.263-dn.1217.

¹¹⁴ Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.29 ve 31. Yardımcı kişi olarak yeniden yapılanmada şirket içi iradenin oluşumunda etkili olmakla birlikte belirli bir etkiye sahip olmayan yardımcı kişi veya görevlilerin ortaklar ve alacaklılar karşısında yükümlülük ihlali nedeniyle sorumlu tutulamayacağı yönünde von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N.1093; Sekreter ya da dış danışman satüsünde olan kişilerin hizmet veya vekalet sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu tutulması gerektiği yönünde Hasler, s.230-231. Karşı görüş Bertschinger, Klagen, s.846

¹¹⁵ Federal Mahkemenin hukuk politikası açısından BGE 117 II 540 sayılı kararında zikrettiği düşüncelere (Erw. 3 s.573) burada da dayanılabileceği yönünde bkz. Emch, s.263

¹¹⁶ Gerekçe, s.524.

d) Diğer Şirketler Adına Yeniden Yapılanmaya Katılanlara ve Yeniden Yapılanmayı Denetleyenlere Karşı Dava Açılıp Açılamayacağı

Yeniden yapılanmaya birden çok şirket katıldığı için, aktif ve pasif dava ehliyetlerinin şirketleri aşar bir şekilde mevcut olup olmadığına da değinilmelidir. Bir başka ifadeyle, zarar gören şirketin, ortağının veya alacaklısının yeniden yapılanmaya katılmış olan bir diğer şirketin organları ve denetçileri aleyhine dava açma yetkisini haiz olup olmadıkları belirlenmelidir¹¹⁷. Açık bir düzenlemeye yer vermemiş olan TTKT m.193'ün (FusG m.108) lafzı geniş yoruma müsaittir. Öğretide haklı olarak TTKT m.139/f.2 (FusG m.6/f.2)¹¹⁸ ve m.150'de (FusG m.17/f.1) olduğu gibi ihlal edilen yükümlülüğün yeniden yapılanmaya katılan diğer şirketler ile diğer şirketlerin ortaklarını ve alacaklılarını da koruyucu nitelik taşıması halinde dava açılabileceği savunulmaktadır¹¹⁹.

¹¹⁷ Dava açılabileceği yönünde Bertschinger, Klagen, s.843; Beretta, ZK-FusG, m.108 N.15.

Ancak yeniden yapılanma raporu veya yeniden yapılanmanın denetiminde yeniden yapılanmaya katılan şirketlerin tümü adına hareket edilmiş ise diğer şirketlerin organlarına karşı dava açılabileceği görüşü için bkz. Glanzmann, Umstrukturierungen, N.742; Maurenbrecher, BSK-FusG, m.108 N.29.

¹¹⁸ Emch, s.264-dn.1226.

¹¹⁹ Emch, s.264. Yazar birleşmede şirket zararları bakımından birleşmede olduğu gibi aktif dava ehliyetinin külli halefiyet yoluyla devralan şirket ile bu şirketin ortakları ile alacaklılarına geçtiği hallerde tartışılan problemin pratik açıdan önem taşımadığını ifade etmektedir (Emch, s.264-dn.1225).

SONUÇ

1. Şirketler hukukunda alacaklının korunması, bir taraftan alacaklıya talep hakkı tanıyan kurallar, diğer taraftan borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğunun karşılığını oluşturan malvarlığının korunması amacını taşıyan ve alacaklıya herhangi bir başvuru hakkının bahşedilmediği düzenlemeler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle alacaklının korunması amacını taşıyan normlar öğretide, alacaklının bireysel olarak korunması ve alacaklının kurumsal olarak korunması şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Şirketler hukuku çerçevesinde yapılan bu tasnif, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının yeniden yapılanmayı düzenleyen hükümleri kural olarak ticaret şirketlerinin yeniden yapılanmasına özgülendiği için, bu hükümler bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla yeniden yapılanmada da alacaklının korunması bireysel ve kurumsal korunma şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

2. Alacaklının kurumsal olarak korunması, bir taraftan yeniden yapılanma başlığı altında düzenleme öngören özel hükümler, diğer taraftan genel hükümler vasıtasıyla şekillendirilmiştir. Bu nedenle, açık bir istisnanın öngörülmediği hallerde genel hükümlerin geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir.

Yeniden yapılanmaya taraf olabileceklerin sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmuş olması; yeniden yapılanmada kuruluşu, sermaye azaltımını ve sermaye artırımını düzenleyen hükümlere yapılan atıflar; tasfiye halindeki sermaye şirketlerinin birleşmeye katılmasına izin veren TTKT m.138 ve sermayenin kaybı ile borca batıklık halinde birleşmeye ilişkin TTKT m.139 kurumsal korunmanın araçları olarak kendini göstermektedir.

> Yeniden yapılanmaya taraf olabilecekler alacaklıların korunması kaygısı ile sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmuştur. Yine bu kaygı ile sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine dönüşümüne yol açan yeniden yapılanmalara izin verilmemiştir. Aynı düşünceler ile, ticari işletmelerin katılabilceği yeniden yapılanmalar, birleşme ve tür değiştirme ile sınırlandırılmıştır. Ticari işletmenin sadece birleşmeye devreden olarak katılmasına ve ticaret şirketi şeklinde tür değiştirmesi mümkün kılınmıştır (TTKT m.194).

> TTKT m.143'ün birleşmede kurucuların sayısına ilişkin genel hükümlerin uygulanmayacağını öngören düzenlemesi madde metninden çıkarılmalıdır.

> Yeniden yapılanmada aynı sermayenin denetimi, birleşme raporu ve birleşmenin denetimi vasıtasıyla değil ticaret şirketlerinin finansal tablolarının düzenlenmesine ve denetlenmesine ilişkin genel hükümler ile güncelliğinin sağlanmasına yönelik ara bilanço

ilişkin TTKT m.144 vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kuruluştaki ve sermaye artırımında beyan ve denetimi düzenleyen hükümlerin uygulanmamasının nedeni, birleşme raporu düzenlenmesi ve birleşmenin denetlenmesi değildir.

> Türk Ticaret Kanunu Tasarısının birleşme raporu hazırlanması ve birleşmenin denetimi yükümlerinin bir amacı da alacaklının kurumsal olarak korunmasıdır. Bunun nedeni, birleşme raporunda birleşmenin alacaklılara etkisinin açıklanmasının gerekli olması, tüm pay sahiplerinin onayı olsa bile Tasarıdaki istisnalar dışında rapor ve denetimden vazgeçmenin mümkün olmaması ve birleşme raporu ile denetim raporunu birleşme öncesinde inceleme hakkının alacaklılara da tanınmış olmasıdır.

> Tasarının bölünmede sermaye azaltımını düzenleyen hükümlerinde genel hükümlere yapılan atıf, mehzaz Kanuna uygun değildir. Bir başka ifadeyle farklı maddelere atıf yapılmıştır. Bu durum alacaklının menfaatlerinin ihlali tehlikesini içerdiği için söz konusu atıfların gözden geçirilmesi isabetli olacaktır.

3. Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre yeniden yapılanmada alacaklının bireysel olarak korunması ise yeniden yapılanmanın türüne göre farklı şekillendirilmiştir. Buna göre birleşmede, birleşme sonrasında teminat talep etme hakkına (m.157), inceleme hakkına (m.149) ve ortakların devam eden şahsi sorumluluğuna (m.158) yer verilmiştir. Bölünmede ise, bölünme öncesinde teminat talep etme hakkı (m.175), ortakların devam eden şahsi sorumluluğu (m.177) ve bölünmeye katılan ortaklıkların ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu (m.176) öngörülmüştür. Ortakların devam eden şahsi sorumluluğu (m.158, m.177, m.190) ve sorumluluk davası açma hakkı (m.193) ise birleşme, bölünme ve tür değiştirmede geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir.

> Yeniden yapılanmada bireysel olarak korunacak alacaklıların belirlenebilmesi için alacaklılar ile özel hak sahipleri arasında ayırım yapılmalıdır. Özel hak sahiplerinin korunmasında, olması gereken hukuk bakımından özel düzenlemeler öngörülmelidir.

> Birleşme ve bölünmenin inceleme hakkını düzenleyen hükümleri arasında paralellik sağlanmalıdır. Alacaklılara bölünmede de inceleme hakkı tanınmalıdır

> Yeniden yapılanmada alacakların teminata bağlanmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında, alacaklıların menfaatleri ile yeniden yapılanan şirketlerin menfaati arasında denge kurulmalıdır.

Alacaklının teminat isteminin konusunu oluşturan talebi, yeniden yapılanmanın hukuki geçerlilik kazandığı anda doğmuş olmalıdır. Alacağın şarta, vadeye bağlı olması ya da

sözleşmeden veya kanundan doğması önemli değildir. Aynı nitelikli taleplere karşılık olarak teminat talep edilip edilemeyeceği, somut duruma göre değerlendirilmelidir. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin süresi ve fesih imkanı, kısmi alacaklar için teminat talep edilmesine engel değildir.

Talebin ifasının tehlikeye düşüp düşmediğinin belirlenmesinde somut ifa tehlikesi esas alınmalıdır. Somut ifa tehlikesi ise borçlunun ifa gücüne göre belirlenmelidir. İfa gücünün tespitinde, somut alacağın aynı ya da nakdi edim mi olduğu göz önünde tutularak borçlunun vadedeki ifa gücüne ilişkin tahminlere dayanılmalıdır. Bu tespitte ortakların devam eden şahsi sorumluluğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bölünmede ifa gücünün belirlenmesinde ise anılan hususlar yanında müteselsil sorumluların ifa gücü de hesaba katılmalıdır.

Teminatın miktarı ise alacaklının teminat menfaatine göre belirlenmelidir.

> Bölünmede müteselsil sorumluluk, hem devreden hem de devralan şirketin alacaklıları için geçerli olmalıdır.

> Yeniden yapılanmada sorumluluk davasını düzenleyen TTKT m.193'ün, anonim şirketler hukukunda sorumluluğu düzenleyen hükümler ile paralelliği sağlanmalıdır.

CONCLUSION

1. The protection of creditors in the corporate law is ensured by the rules that entitle the creditor to make claims and by the arrangements that are aimed to protect the property holdings which correspond to the liabilities of the debtor against the creditor and that do not give the creditor any right of application.

For this reason, the norms that are intended to protect the creditor, make a distinction between the individual and institutional protection of the creditor.

Such a classification made within the context of Corporate Law is also considered within the framework of the rules of the Turkish Trade Law Draft regulating the restructuring of the trade companies. Therefore the protection of the creditor within the context of restructuring is divided into two types as the individual and institutional protection.

2. The institutional protection of the creditor is comprised of specific provisions as well as general provisions. Therefore general provisions shall apply unless exceptions are foreseen.

The subjection of those that may be a part of restructuring to limited number principle, its establishment in the restructuring, the references made to provisions regulating the capital reduction as well as the increase are the facilitators of the Article 138 of Turkish Trade Law Draft allowing the participation of the liquidating capital companies and the Article 139 of Turkish Trade Law Draft concerning the mergers in case of capital loss of indebtedness.

> Those that can be a part of restructuring are subject to limited number principle for the sake of the protection of creditors. And also for this reason the restructuring processes resulting in the transformation of capital companies into personal companies are not allowed. For the same reasons, the restructuring processes in which the commercial businesses can participate are also limited to merging and type changes. The commercial businesses can only participate in mergers as the assigner and the commercial company can change only as a commercial company (Turkish Trade Law Draft, Article 194).

> The regulating requiring that the general provisions related with the number of founders in the merger should be excluded from the article text.

> The supervision of capital in kind, is not ensured by the merger report and the inspection of the merger, but with the general provisions concerning the arrangement of financial statements of trade companies and Article 144 of Turkish Trade Law Draft

concerning the interim statement intended for the ensuring the up-to-datedness. Accordingly, the reason for not applying the provisions regulating the statement and supervision in the establishment and capital increase is not the preparation of a merger report and supervision of the merger.

> In the Turkish Trade Law Draft, one of the purposes of the provisions relating to the preparation of a merger report and supervision of the merger is the institutional protection of the creditor. The reason is the requirement of explaining the effect of the merger to the creditors in the merger report; the impossibility of withdrawing from the reporting and supervision despite the approval of the shareholders, excluding the exceptions in the Draft and the entitlement of the right of examination of the merger report as well as the inspection report prior to the merging.

> The reference made to the general provisions in the provisions regulating the capital reduction in the division is not in compliance with the referred Law. In other words, references have been made to different articles. This would require the revision of the said references as the situation has the risk of violation of the creditor's benefits.

3. In accordance with the Turkish Trade Law Draft, the individual protection of the creditor in the restructuring is different depending on the type of restructuring. Accordingly, the right to demand security after merging (Article 157), right to examine (Article 149) and continuing personal liability of the partners (Article 158) are included in the merging. In the division, the right to demand security before division (Article 175), the continuing personal liability of the partners (Article 177) and secondary joint liability of the partners participating in the division (Article 176) are included.. The continuing personal liability of the partners (Article 158, Article 177, Article 190) and the right to bring a liability suit (Article 193) have been arranged as valid for mergers, divisions and type changes.

> There shall be a division between the creditors and special right holders in order to determine the creditors to be individually protected within the scope of the restructuring. Special arrangements are required for the protection of special right holders.

> A parallelism between the provisions regulating the examination rights of the merge and division shall be ensured.

> There shall be a balance between the creditor benefits and the benefits of the restructured companies in the implementation of the creditors' security during restructuring.

Creditors' demand, which is the subject of the security demand should arise as soon as the restructuring becomes legally valid. The condition of being able to demand securities in return for demands in kind, should be handled according to the concrete situation. Duration of the contract and the possibility of annulment in the continuous debt relations is not an impediment for demanding a security for partial credits.

Danger of concrete fulfillment shall be based on the determination of a danger of the fulfillment of the demand. Concrete fulfillment danger shall be determined on the basis of fulfillment capacity of the debtor. Assumptions concerning the fulfillment capacity of the debtor shall be the basis in the establishment of the fulfillment power, considering the in kind or cash performance status of the concrete credit. Continuing individual liability shall also be considered in this establishment. In the establishment of the fulfillment power, the said issues as well as the fulfillment capacity of the joint liability holders shall also be considered.

The amount of the security should also depend on the security benefit.

> Joint liability in the division shall apply both to the creditors of the assigning and the assigned company.

> Article 193 of the Turkish Trade Law Draft, regulating the liability case in the restructuring shall be made parallel with the provisions regulating the liability in limited liability companies.