

Yrd. Doç. Dr. Koray DEMİR

Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre
ŞİRKETLERİN BÖLÜNMESİ

*Rahmetli Babam Ali Demir'in
Aziz Hatırasına,
Ayça ve Meriç'e*

ÖNSÖZ

Doçentlik takdim tezi olarak hazırlanan huzurdaki çalışma, Türk Ticaret Kanunu'nun 159 ila 179. maddeleri arasında düzenlendiği haliyle bölünme işlemini konu almaktadır. Türk Hukuku'nda bölünme işlemi ilk defa anılan hükümler sayesinde pozitif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Ancak bölünme, anılan düzenlemeden çok önce dahi doktriner ilgiye mazhar olmuş alanlardan bir tanesini oluşturmaktadır.

Bu manada, bölünme ile ilgili şimdiye dek pek çok eser kaleme alınmıştır. Bunların bir kısmı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğü öndesi döneme ilişkindir; diğer bir kısmı da henüz tasarı aşamasındaki hükümlerin değerlendirildiği çalışmalar niteliğindedir. Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğünü müteakip kaleme alınan eserlerde ise, bölünme işleminin daha ziyade anonim şirketler zaviyesinden ve/veya dava ve takip hakları ile alacakların korunması gibi özel alanlar itibariyle ele alındığı görülmektedir. Mevcut eserler incelendiğinde göze çarpan bir diğer husus da, Türk Ticaret Kanunu'nun bölünmeye yönelik hükümlerinin kişi, zaman ve yer itibariyle uygulama alanının tespiti bakımından bir incelemenin henüz yapılmamış olduğudur. Nitekim huzurdaki çalışmanın yürütülmesine sevk eden nedenlerden bir tanesi de, özellikle dava ve talep hakları dolayısıyla Kanun'un geçmişe etki edip etmeyeceği yönünde bir sorunun yaklaşık üç yıl önce, bir vesile ile, tarafıma yöneltilmiş olmasıdır. Ancak çalışmanın derinleştirilmesi neticesinde bu soruyu diğer sorular takip etmiş, neticesinde "günahıyla, sevabıyla" ve havsalanın yettiği ölçüde bu sorulara cevap bulunmaya çalışılmıştır.

Ancak her çalışmada olduğu gibi, bu çalışmanın da yalnızca yazarın çabaları ile ortaya konabildiğini iddia etmek güçtür. Eğer bilgi tuğlaların üst üste konmasından ibaretse, önceki çalışmalardan oluşan yüksek bir duvarın varlığı çalışmanın yürütülmesinde sonsuz fayda sağladığı gibi, zaman itibariyle konan bu son tuğla da gerçek anlamda bir son tuğla olmayacaktır; bölünme de dahil, tüm yeniden yapılandırma halleri, kanaatimizce, gelecekte de akademik ilgiye mazhar olmaya devam edecektir.

Önceki çalışmaların yazarlarının peşi sıra, huzurdaki çalışmanın ortaya konmasında katkı sağlayan pek çok kişiye de teşekkür borçluyum. Bu kişilerin başında **saygıdeğer** Hocam Sayın *Prof Dr. Arslan KAYA* gelmektedir. Kendisi, çalışmanın başından bu yana çalışmayı ilgi ile takip etmiş, kafamda oluşan -yerli, yersiz- her

türlü soru ile onu meşgul etme^m kaqısınd^d a sınırsız^{b'} ır sa^b ır go'scermiş, Yı'carec^H u-
 ◆◆u'nun yanısıra özel hukuk alanında yayımlanmış pek çok önemli eseri eksiksiz
 ihciva eden şa^h sı^{*} k["] urüp^h anesin^d en ıstı^{*} fade olanağı sunmuş ve her zaman tartışmaya
 açık tavrı ile çalışmanın gelişmesine, yeşermesine ve tamamlanmasına imkan sağla-
 mıştır. Bu vesile ile de kendisine, bir kez daha, en içten hürmet ve saygılarımı ifade
 etmek isterim.

Akademik anlamda katkılarını esirgemeyenler arasında anılması gereken diğer
 isimler de saygıdeğer meslektaşlarım Sayın *Dr. BanJ TEKSOY*, Sayın *Yard. Doç. Dr.*
UlaJ BAYSAL ve Sayın *Yard. Doç. Dr. İlhan YİĞİT* beyefendilerdir. Sayın Teksoy
 sayesinde çalışmarun millederarası özel hukuka yönelik kısımlarını geliştirebilmek,
 anılan kısımda zikredilen görüşlerin teyidini alabilmek imkanını elde etmişken,
 Sayın Baysal'ın tartışmaya açık tutumu neticesinde bölünme işlemi çerçevesinde
 işçilerin korunmasına yönelik öngörülen hükümleri daha açık bir biçimde idrak ede-
 bilmek olanağına kavuşmuşumdur. Sayın Yiğit ise, çalışmayı baştan sona eleştirel
 bir gözle okuma külfetine katlanmış, değerli yorum ve görüşleri ile çalışmanın zen-
 ginleştirilmesine olanak sağlamıştır. Kendilerine bu vesileyle de teşekkürü bir borç
 bilirim.

Huzurdaki çalışmaya katkı sağlayan isimler bunlarla da sınırlı değildir elbette;
 akademik bir çalışmayı başından sonuna takip eden hemen herkeste olduğu üzere,
 bağlı bulunduğunuz kurumda böyle bir çalışmanın yapılabilmesine olanak sağlamış
 bütün yöneticileriniz, tüm mesai arkadaşlarınız, yeri geldiğinde ismini dahi bilme-
 diğiniz güler yüzlü bir kütüphaneci, çalışmanın' dizgisi ve baskısında emeği geçen
 herkesi zikretmek ihtiyacı duyar insan. Her birini ismen anamasam da, bu vesileyle
 onlara da şükran duygularımı ifade etmek isterim.

Önsöz itibariyle son olarak aileme, en içten ve en kıymetli şükranlarımı sun-
 mak isterim: Sevgili annem *Sultan*, bu çalışmanın basılmasını dört gözle bekleyen,
 ancak yakın zamanda aramızdan ayrılan sevgili babam *Ali* ile kız kardeşimlerim
Okay ve *İlkay*'ın sonsuz desteklerini, ilerleyen yaşıma rağmen, bu çalışmamda da
 yanımda hissettim. Sevgili eşim *Ayfa* ve kızım *Meriç'in* ise haklarını, önsözde anarak
 ödemem mümkün değildir; huzurdaki çalışma onlardan çalınan geniş bir zaman-
 da vücut bulabilmiş, onların sonsuz sabrı, dirayeti ve kucaklayıcılıkları sayesinde
 tamamlanabilmiştir. Bu ve daha anamadığım pek çok sebepten ötürü huzurdaki
 çalışmayı rahmetli babam *Ali Demirin* aziz hatırası ile sevgili eşim *Ayfa* ve canım
 kızım *Meriçe* ithaf etmek isterim.

Çalışmıun tüm ilgiliJere faydalı olması ümidiyle;

Beykoz/Aralık 2017

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
I. DOGMATİK TEMELLER.....	9
1. Bölünmenin Tanımı ve Unsurları	9
1.1. Ön Tanım.....	9
1.2. Unsurları.....	9
1.2.1. Malvarlığının Belirlenmesi.....	10
1.2.1.1. Seçilmiş Malvarlığı?	10
1.2.1.2. Malvarlığının Belirlenebilir Kılınması.....	13
1.2.1.3. Aktif-Pasif İlişkisi	14
1.2.1.4. Ara Sonuç	17
1.2.2. Külli İntikal	17
1.2.2.1. Sözleşmelerin İntikali	18
1.2.2.2. Payın Edinilmesi.....	22
1.3. Nihai Tanım.....	22
2. Bölünme Türleri.....	22
2.1.- Bölünen Şirketin Devamlılığı Bakımından	23
2.1.1. Tam Bölünme	23
2.1.2. Kısmi Bölünme	23
2.1.2.1. Ortaklara Pay Edindirilmesi Modeliyle Kısmi Bölünme.....	24
2.1.2.2. İştirak Modeliyle Kısmi Bölünme.....	24
2.2. Pay Sahipliği Hakkının Devamlılığı Bakımından	26
2.2.1. Simetrik Bölünme	27
2.2.2. Asimetrik Bölünme.....	29
2.3. Malvarlığının Devralan Şirketin Varlığı Bakımından	35
2.3.1. Devralma Şeklinde Bölünme	35
2.3.2. Yeni Kuruluş Şeklinde Bölünme.....	35
3. Bölünmenin Benzerleri/Alternatifleri İle İlişkileri	39
3.1. Benzerleri ve Alternatiflerinden Ayrılması.. ..	39

3.1.1. Birleşme	39
3.1.2. Tür Değişikliği.....	42
3.1.3. İki Aşamalı Bölünme	44
3.1.4. Ayni Sermaye Konulması Suretiyle Yavru Şirket Kurulması.....	46
3.1.5. Malvarlığının İadesi Halleri.....	46
3.2. Alternatiflerini Yasaklamaması.....	48
3.3. Alternatiflerini Etkilemesi	50
4. Bölünme Nedenleri.....	51
4.1. Küçülme İhtiyacı/Zorunluluğu	52
4.2. İşletme Konusunun Düzenlenmesi İhtiyacı.....	54
4.3. İşletme Coğrafyasının Düzenlenmesi İhtiyacı.....	55
4.4. Ortaklar Arası Uyuşmazlıklar	55
4.5. Ortak Girişimin Oluşturulması ya da Dağıtılması.....	56
4.6. Holdinge Dönüşme İsteği.....	57
4.7. Aile Şirketlerinde Miras Paylaşımı.....	58
4.8. Vergi Avantajı.....	58
il. BÖLÜNME HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI.....	61
1. Zaman Bakımından Uygulanması.....	61
2. Yer Bakımından Uygulanması.....	66
3. Kişi Bakımından Uygulanması.....	71
3.1. Geçerli Bölünmeler	72
3.2. Halka Açık Ortaklıkların Bölünmeye Katılması.....	76
3.3. Tasfiye Halindeki Şirketlerin Bölünmeye Katılması	76
3.3.1. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Bölünen Sıfatıyla Bölünmeye Katılması	77
3.3.2. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Devralan Sıfatıyla Bölünmeye Katılması.....	81
3.4. Sermayesi Kaybolan veya Borca Batık Durumda Bulunan Şirketlerin Bölünmeye Katılması	84
4. Maddi Uygulama Alanı.....	86
111. BÖLÜNME SÜRECİ.....	89
1. Yönetim Organı Kararı.....	89
2. Ara Bilanço Çıkarılması	90
3. Bölünme Sözleşmesi ve Bölünme Planı.....	94

3.1. Hukuki Niteliği.....	94
3.2. Şekli	99
3.3. İmzalanması.....	99
3.4. İçeriği.....	100
3.4.1. Genel Olarak	100
3.4.2. Münferit Unsurlar	102
3.4.2.1. Katılan Şirketlerin Tanımlanması.....	102
3.4.2.2. Envanter	103
3.4.2.3. Değişim Oranı, Tarzı ve Denkleştirme Tutan	103
3.4.2.4. Özel Hak Sahiplerine Tahsis Edilen Haklar	106
3.4.2.5. Kara İştirak Hakkı ve Zamanı.....	110
3.4.2.6. Devralan Şirket veya Şirketler Hesabına Yapılan İşlemler	112
3.4.2.7. Yönetici ve Denetçilere Tanınan Özel Menfaatler	114
3.4.2.8. İş İlişkileri Listesi.....	117
3.5. Ekleri.....	118
3.5.1. Yeni Kuruluşta Kuruluş Belgeleri	118
3.5.2. Bölünme Bilançosu	119
3.5.3. Bölünme Envanteri	121
3.5.4. Fairness Opinion	124
3.5.5. Bağımsız Denetim Raporu	125
4. Bölünme Raporu.....	126
5. İlan ve Teminat	131
5.1. Genel Olarak	131
5.2. Hükmün Eleştirisi	133
5.3. İlan ve Teminat Prosedürü.....	134
5.4. Teminat Yükümlülüğünün Ortadan Kalkması	136
5.5. Teminat Yükümlülüğünün İşlem Sıhhatine Etkisi	137
6. Bölünme Belgelerinin İncelemeye Söndürülmesi.....	139
7. Malvarlığındaki Değişiklikler Beyanı	141
7.1. Genel Olarak.....	141
7.2. Hükmün Amacı	143
7.3. Hükmün Uygulanışı	144
7.4. Önemli Değişikliğin İnceleme Hakkı,ve Teminat Prosedürüne Etkisi.....	146
8. Genel Kurul Kararı.....	147

8. 1. Hukuki Niceliği	147
8.2. Hükmün Uygulanışı.....	150
8.3. Nisap.....	152
8.4. Kararın İlanı	156
9. Sermaye Değişikliklerinin Genel Kurulca Karara Bağlanması.....	1,6
9.1. Bölünme Dolayısıyla Sermayenin Azaltılması	157
9.2. Bölünme Dolayısıyla Sermayenin Artırılması.	162
10. Rekabet Kurulu İzni	166
11. Tescil	169
iv.KORUMA HÜKÜMLERİ: TALEP VE DAVA HAKLARI.....	173
1. Genel Koruma: Sorumluluk Davası.....	173
1.1. Genel Olarak	173
1.2. Sorumluluğun Kaynağı.....	174
1.3. İptal Davası ile İlişkisi.....	175
1.4. Tarafları	176
1.5. Zamanaşımı	180
2. Ortakların Korunması.....	180
2.1. İnceleme Davası: Denkleştirme Akçesi.	180
2.1.1. Davanın Amacı	180
2.1.2. Hükmün Kaynağı ve Koşusu.....	181
2.1.3. İnceleme Davasının Özellikleri.....	185
2.1.4. Diğer Davalarla İlişkisi ve Denkleştirme Akçesinin Niteliği	189
2.2. İptal Davası	191
2.2.1. Bölünme İşleminin Geçersizliği Sorunu: Tescilin İyileştirici Etkisi	191
2.2.2. İptal Sebepleri.....	197
2.2.3. İptalin Konusu.....	200
2.2.4. İptali Talebe Yetkili Kişiler	201
2.2.5. Süre.....	202
2.2.6. İptal Kararı ve İptalin Etkisi	203
3. Alacaklıların Korunması	205
3.1. Unutulmuş Malvarlığı ve Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluğu	206
3.2. Bölünmeye Katılan Şirketlerin İkinci Derecede Sorumluluğu	209
3.3. Ortakların Kişisel Sorumluluğu	212

3.3.1. Sorumluluğun İçeriği.....	213
3.3.2. Sorumluluğun Türü ve Diğer Sorumluluk Halleri ile İlişkisi.....	217
3.3.3. Sorumluluğun Süresi.....	218
4. İşçilerin Korunması.....	219
4.1. Maddenin Uygulama Alanı.....	220
TEZ VE SONUÇLAR.....	225
KAYNAKÇA.....	245

KISALTMA CETVELİ

ABI.	: Amtsblatt
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBl.	: Bundesblatt
Bd.	:Band
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dn.	: Dipnot
eTTK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FusG	: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübert- ragung vom 13 Juni 2000, BBl. 2000.
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
Hrsg.	: Herausgeber/Herausgegeben
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İsvBirK	: İsviçre Birleşme Kanunu/Hukuk Søjelerinin Birleşmesi, Bölünmesi ve Nev'i Değişşirmesi Hakkında Federal Kanun ("FusG" olarak da kısaltılmıştır)
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
N.	: Kenar numarası
Nr.	: Nummer
OFK-FusG	: Orell Füssli Kommentar zum Fusionsgesetz
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SMM	: Serbest Mali Müşavir

SPK	: Sermaye Piyasası Kurumu/Kurulu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
UmWG	: Umwandlungsgesetz (D) (Tür Değiştirme Kanunu)
vd.	: ve devamı
YMM	: Yeminli Mali Müşavir

', 11

ıJ

r

, 1

I



GİRİŞ

Huzurdaki çalışmanın konusunu teşkil eden bölünme işlemi, bir çırpıda ve çoğunlukla yeniden yapılandırma kavramının altında, birleşme ve tür değiştirme işlemleri ile birlikte anılır. Yeniden yapılandırma kavramı, görülebildiği kadarıyla, yeknesak bir kavram değildir ve bulunduğu mecraya göre yukarıda anılan üç işlemten farklı ya da bu üç işlemten fazlasını ifade eder bir biçimde de kullanılabilir. Yeri geldiğinde bir şirketin borçlarının yeniden yapılandırılması¹ veya bir şirketin malvarlığı ve pay sahipliği yapısını değiştirir türden işletme ve pay devri ile pay değiş tokuşu gibi başkaca işlemlerin de yeniden yapılandırma kavramı kapsamında ele alındığı görülmektedir². Ancak kavram, en dar haliyle, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerini kapsamaktadır³.

Dar manada yeniden yapılandırma kavramını kendi içerisinde de şekli ve maddi yeniden yapılandırma olarak ikiye ayırmak mümkün görünmektedir⁴. Şekli yeniden yapılandırmada şirket, malvarlığı ve ortaklık unsurlarını aynen muhafaza etmekte ve fakat başka bir "elbise"ye bürünmektedir; bu manada şekli yeniden yapılandırma tür değişikliğinden başkasını ifade etmez. Maddi yeniden yapılandırmada ise, şirketin malvarlığı unsurlarının başka malvarlığı unsurları ile birleştirilmesi ya da aynı malvarlığı unsurlarının başka şirketlere paylaştırılması söz konusudur. Bu manada maddi yeniden yapılandırma kavramı da birleşme ve bölünme işlemlerini kapsar.

Kavramın bu manada kullanımı dolayısıyla bkz. İcra ve İflas Kanunu m. 309/m vd. hükümleri. Ayrıca bkz. Hülya Çoştan, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2012, s. 1, Dn. 1.

² Bkz. Arslan **Kaya**, Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Oeğişimi Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi, Makalelerim I, İstanbul 2012, s. 123-133, s. 123 ile Hülya **Çoştan**, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004, s. 7.

³ Bkz. Mustafa **Çeker**, Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, EÜHFD C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 99-120, s. 110.

⁴ Bkz. Marcus Lutter, Einleitung, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Wincor, Bd. I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 3.

Yeniden yapılandırma hallerinin yasal bir düzenlemeye tabi tutulması nispeten yenidir; yeniler içerisinde eski olan düzenleme ise, birleşme işleminde bulunmaktadır; anılan işlemin 1800'lü yılların ortasından itibaren uygulanmaya başlandığı ve hemen sonrasında da anonim şirkeder özelinde kanunlaştırılma yoluna gidildiği bilinmektedir⁵. Tür değişikliğine ilişkin düzenlemelerin de birleşmeye ilişkin düzenlemeleri hemen sonrasında takip ettiği görülmektedir.

Ancak bölünme işleminin bir düzenlemeye tabi tutulması ve hatta herhangi bir kanunda ismen anılması dahi, çok daha uzun bir zaman almıştır. Bu manada bölünme işleminin, neredeyse bir cam yüzyıl sonra, ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri (1954)⁶ ve sonrasında ise Fransa'da (1966)⁷ düzenlendiği görülmektedir. Her iki düzenlemenin de ortak özelliği, bölünme işlemini bugün dahi geçerli olabilecek şekilde bir canıma kavuşturma farı ve fakat işlemi, ortaklıklar hukuku ve hacca özel hukukun dışında kalan bir zaviyeden, vergi hukuku zaviyesinden ele almalarıdır.

Türk Hukuku'nda da bölünme işleminin benzer bir biçimde hukuka dahil olmaya başladığı görülmektedir. Bu alandaki ilk tanıma ve tanımlama çabaları ile kısmi düzenlemelere yine ortaklıklar hukuku dışındaki alanlarda ve 1980'li yılların ortasından itibaren rastlanmaktadır; Sigort;ı Murakabe Kanunu, Tarım Satış Kooperatifleri ve Birliklerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Özelleştirme Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu'nun I/26 sayılı Tebliği ile Kurumlar Vergisi Kanunu bu minvalde sayılabilecek ilk örneklerdendir⁸.

Görülebildiği kadarıyla bölünme işleminin ortaklıklar hukuku zaviyesinden düzenlenmesinde dönüm noktasını, o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu bünyesinde 1982 yılında yayımlanan ve Bölünme Yönergesi

⁵ Bkz. **Lutter**, N. 5.

⁶ Bkz. Hülya **Coştan**, Bölünme, s. 38.

⁷ Bkz. Arndt Teichmann, § 123, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Bd. I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 1 ve Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004, s. 3 ve 15.

⁸ Ayrıntısı için bkz. Kaya, Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi, s. 126 vd.; Helvacı, Bölünme, s. 4 vd. ve Ramazan Durgut, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Şirketlerin Bölünmesi ve Bölünmeye Hakim Temel İlkeler, e-Akademi-Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 126, Ağustos 2012, s. 1.

("Spaltungsrichtlinie") olarak da adlandırılan 6. Yönerge oluşunm.⁹ Esasen Topluluk bünyesinde ilk olarak birleşme işleminin düzenlenmesi söz konusu olmuştur: Topluluk, 1978 yılında yayımlanan 3. Yönerge¹⁰ ile birleşme işlemini *sıkı* şekli şartlara tabi kılmış, alacaklılar ve pay sahipleri bakımından koruyucu önlemler öngörmüş ve üye ülkeleri birleşmeye ilişkin 3. Yönerge hükümlerini iç hukuka aktarmaları yönünde yükümlü kılmıştır. İleride de değinileceği üzere, birleşme ve bölünme işlemleri arasında içerikleri bakımından bir yakınlık söz konusudur; hatta çoğu kaynakta bölünme işleminin, birleşme işleminin "aynadaki yansıması" olduğundan bahsedilir¹¹; bu manada 3. Yönerge ile getirilen hükümlerin bölünme uygulamaları ile dolarulmasını engellemek adına 6. Yönerge'nin çıkarıldığı ifade olunur¹². Her ne sebeple çıkarılmış olursa olsun, iç hukuka aktarılması zorunlu dahi olmayan 6. Yönerge'nin¹³, bölünme işleminin ortaklıklar hukuku zaviyesinden ele alınmasında katalizatör görevini üstlendiği açıktır; Yönerge'nin yayımlanmasının üzerinden geçen yaklaşık on senelik bir sürenin ardından başta Almanya olmak üzere diğer üye devletlerin de bölünmeyi ortaklıklar hukuku açısından ele alan bütüncül düzenlemeler yapmaya başladığı görülmektedir¹⁴.

Türk Hukuku'nda bölünme işlemini kısmen de olsa ortaklıklar hukuku zaviyesinden ele alan düzenlemelerin 2000'li yılların başlarından itibaren

⁹ Sechste Richtlinie des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäss Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG), ABİ. Nr. L 378/47. Yönergenin tam metni için bkz. Mathias **Habersack**, Europaisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 2006, N. 72.

¹⁰ Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäss Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABİ. Nr. L 295/36. Yönerge yeni üyelerin katılımı nedeniyle 1979, 1985, 1994, 1995 ve 2003 yıllarında değiştirilmiştir. Yönergenin güncel tam metni için bkz. **Habersack**, N. 71.

¹¹ Örnek kabilinden bkz. Michael Pfeiffer/Karolina Dobry-Oesch, Vor Art. 29-52, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 10.

¹² Bkz. Teichmann, N. 3 ile Habersack, N. 28.

¹³ 6. Yönerge'nin uygulama alanını belirleyen 2. maddesi incelendiğinde görülür ki, anılan madde gereği üye devletler sadece bölünmeye yönelik bir düzenleme yapmak istemeleri halinde yönerge ile uyum göstermek durumundadırlar. Bu husus birleşmeyi düzenleyen 3. Yönerge'nin 2. maddesinden farklıdır. 3. Yönerge'nin 2. maddesi üzerinden üye devletler, söze konu Yönerge'yi iç hukuka aktarmak yönünde bir yükümlülük altına alınmaktadır. Ayrıca bkz. Helvacı, Bölünme, s. 2.

¹⁴ Almanya bölünmeler dolayısıyla ilk düzenlemesini 1994 yılında yapmıştır. Bkz. Habersack, N. 30. Fransız hukukunda ise mevcut düzenlemeler 3. ve 6. Yönergeler ile uyumlu hale getirilmiştir. Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 3.

yapılmaya başlandığı görülmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK) konu ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır". Buna karşılık anılan dönemde bölünmenin ortaklıklar hukuku bakımından düzenlenmesi anonim ve limited ortaklıkların kısmi bölünmelerine ilişkin bir tebliğ¹⁶ ve halka açık anonim ortaklıkların bölünmelerinde uygulanacak esaslar¹⁷ çerçevesinde ve ikincil düzenlemeler üzerinden giderilmeye çalışılmıştır. eTTK döneminde bölünme işleminin yasada yer almamasının gerekçesini kısmen de olsa mehz hukukta bulmak imkanı mevcuttur. Bilindiği üzere ortaklıklar hukuku bakımından hukukumuzun ana kaynağı İsviçre Hukuku'dur ve İsviçre Borçlar Kanunu (İBK), birleşme ve tür değişikliğine ilişkin hükümler ihtiva etmekle birlikte bölünme konusunu ilk olarak 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Sükelerinin Birleşmesi, Bölünmesi ve Nev'i Değiştirmesi Hakkında Federal Kanun ("FusG" veya "İsvBirK") ile ele almıştır¹⁸. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'muzun (TTK) bölünmeye ilişkin hükümleri de çok büyük ölçüde anılan kanundan veya yeri geldikçe gösterilmeye çalışılacağı üzere anılan kanunun 1997 yılında kamuoyuyla paylaşılan ön tasarısından hukukumuzda aktarılmış durumdadır¹⁹.

Bugün için Türk Hukuku'nda bölünmeyi ortaklıklar hukuku zaviyesinden ele alan bütüncül bir düzenleme artık mevcuttur. Bölünme, TTK'nın 159 ila 179. maddeleri arasında düzenlenmektedir ve bu düzenleme, yukarıda da ifade olunduğu üzere, büyük ölçüde İsvBirK'nın 29 ila 52. maddeleri arasında yer alan hükümleri yansıtmaktadır. Ancak İsviçre Hukuku'nun bölünmeye ilişkin düzenlemeleri pek çok açıdan sorunludur ve 2004 yılında yürürlüğe girdiği andan bugüne kadar şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır. Yasanın yürürlüğe girmesinin üzerinden henüz kısa bir süre geçmişken Böckli

¹⁾ Bkz. **Kaya**, Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi, s. 126.

¹⁶ Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ. 16.09.2003 tarih ve 25231 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ 3.2. Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Düzenlemeler (Seri: I, No: 31; Ek: Seri: I, No: 41, Değişik: Seri I, No: 44). 14.07.2003 tarih ve 25168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁸ Bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) vom 13. Juni 2000, BBl. 2000, s. 4343.

¹⁹ Bkz. **Kaya**, Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi, s. 125 ile Hamdi **Yasaman**, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 695-712, s. 698.

bir makalesinde yasanın bölünmeye yönelik sorunlu alanları **nere**deyse bir manifesto şeklinde tek tek sıralamıştır²⁰. *Böckli*'ye göre bölünme düzenlemesine yönelik sorunlar henüz bölünme işleminin kalbi niteliğindeki devre konu malvarlığının içeriğinin, kapsamının tespitinde **la**makcadır; bu manada yasa, kendi içerisinde bütünlük arz eden bir işletme **veya** **lcune** parçasının mı devre konu edilebileceği ya da tarafların devre konu unsurları seçme serbestilerinin olup olmadığı yönündeki soruları açıkta bırakmaktadır. Yine *Böckli*'ye göre yasa, bölünen şirketin taraf olduğu sözleşmelerin bölünme neticesinde akıbeti meselesini düzenlenmemektedir. Aynı şekilde kanun, asimetrik bölünmeyi öngörmekle birlikte tanımında acz içerisine düşmekte, asimetrik bölünmeye yönelik alınacak bir genel kurul kararının nisabında hatalı davranmakta, alacaklılar ve pay sahiplerini koruma **saiki ile hareket** ederken "mekanik" çözümler getirmekte ve fakat esas korunması **gereken** bölünen şirketin sermaye yapısı ve bölünme sonrası finansal durumuna yönelik tedbirler öngörmeyi unutmaktadır. *Böckli*'ye göre kanunun alacaklıların korunması dolayısıyla öngördüğü tedbirler de abartılıdır ve birleşmenin aksine bölünmede, söze konu bu tedbirlerin işlemin tamamlanmasından önce alınmaları zorunlu kılındığından, bu tedbirler bölünme işlemini hissedilir ölçüde yavaşlatmaya adaydır. Son olarak *B&kli*, kanunun öngördüğü bölünmeye katılan şirketler arası müteselsil sorumluluk hükümlerini de, bu hükümlerin şirketlerin kredilitesini yersiz bir biçimde azaltabileceği ve süre olarak da sınırlanmamış olmaları açısından yermektedir. Bu çerçevede *Böck/i*, yasanın bölünmeye yönelik hükümlerini mekanik, şekilci ve detaysever (*deta-ilverisessen*) olarak tanımlamakta ve yasanın bölünmeler. dolayısıyla bu detaylara boğulup çoğu noktada da esas kaçırıldığı görüşünü dile getirmektedir. Daha sonrasında diğer yazarların da yasaya bu türden eleştiriler getirdiği görülmektedir; binnetice yasanın *Pater Legis*'i konumundaki *Vischer*'in dahi sonradan kabul etmek zorunda kalacağı sorunlu bir yasa²¹ bu çerçevede Türk Hukuku'na aktarılmış bulunmaktadır.

¹⁰ Tamamı için bkz. Peter Böckli, Rechtsfragen zum Spalcungsverfahren des Fusionsgesetzes: Aufbauende Anregungen mit Auslegungsvorschlägen, Der Schweizer Treuhiinder 11/2004, s. 899-914.

²¹ *Vischer*, editörlüğünü yaptığı şerhin 2012 yılı baskısında yasanın çok karışık olduğunu, alacaklı korumasının, özellikle teminat prosedürü nedeniyle abartıldığını ve müteselsil sorumluluğun süreyle sınırlandırılmamış olmasına yönelik eleştirilere katıldığını ifade etmektedir. Bkz. Frank **Vischer**, Einleitung, Zürche,(Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 1 vd.

İlerleyen bölümlerde tafsilatıyla ele alınacağı üzere yasanın sorunları *Böckli'nin* tespitleri ile de bitmemektedir; bu sorunlara, her biri etraflıca bir yorum faaliyeti gerektiren, bölünme düzenlemesinin benzerleri ile ilişkileri, benzerlerini dışlayıp dışlamadığı gibi temel sorunlar da eklenebilmektedir. Bölünme işlemi pek çok merhaleden geçilerek tamamlanabilen bir işlemdir ve neredeyse her merhalede bu sorunlara yeni sorunlar da eklenebilmektedir. Ara bilanço çıkarılması için mevcut bilançolarla yetinilip yetinilmeyeceği, genel kurul kararının ilanının zorunlu olup olmadığı, teminat prosedürü, tescilin etkisi, dava ve talep haklarının kullanımı, davaların birbirleri ile ilişkileri ve benzeri diğer sorunlar henüz bu aşamada dahi telaffuz edilebilecek esaslı sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukuku özelinde, Türk Hukuku'nun İsviçre Hukuku'ndan farklılıkları gözetilmeksizin yürütüldüğü anlaşılan çeviri faaliyeti²² neticesinde ortaya çıkan diğer sorunlara da yeri geldikçe değinilecektir.

Bu söylenenler ışığında huzurdaki çalışmanın amacı bölünme işlemini bütüncül bir şekilde ele almak, yukarıda anılan sorular ile her bir hüküm özelinde tezahür eden diğer sorunları incelemek ve, bazen yasanın lafzını zorlamak pahasına da olsa ve fakat yasanın ayakta kalmasını sağlamak adına, uygun çözüm önerileri sunmaktır.

Bu manada çalışma dört ana bölümden oluşmaktadır; ilk bölümde Bölünme kavramının, ilgili kavramların tanıtılmasına, temel ilkelere ve bölünmenin benzer müesseseler ile ilişkileri değinilecektir. Bu bölüm "Dogmatik Temeller" başlığı altında ele alınmaktadır. Bölüm başlığında kullanılan "dogma" kelimesi o başlık altında anılan hususların aksini ifade olunamayacak mutlak gerçeklikler olarak anlaşıldığı, arılaşılması gerektiği anlamına gelmektedir. Aksine; bir çalışmanın çelişkiden arı bir biçimde yürütülebilmesi için kavramların ve ilkelerin sadece bu çalışmaya has bir biçimde değişmez gerçeklik olarak kabulü zorunluluğunu ifade edebilmek için "dogma" kelimesinden istifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle anılan bölümde ele alınan kavram ve ilke içerikleri orada tespit olundukları haliyle ve değişmeksizin diğer bölümlerde de geçerli olacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise, bölünmeye yönelik hükümlerin zaman, yer ve kişi bakımından uygulama alanları tespit olunduktan sonra,

²² Bkz: Abuzer **Kendigele**, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 171.

üçüncü bölümde bölünmenin içerisinde geçerek tamamlandığı merhaleler mümkün olduğu ölçüde kronolojik bir biçimde ele alınmaya çalışılacaktır. Bu bölümün amacı, bir yandan bölünme kavramının şekli boyutunun ele alınmasıyla tamamlanması, diğer yandan ise, uygulamacılara bölünme işleminin ikmal ettiği aşamaları başından sonuna kadar arz edecek, bir nevi, bir kontrol listesi oluşturmaktır. İleride de gösterilmeye çalışılacağı üzere ve Böckli'nin katıldığımız görüşü uyarınca, Kanun bölünmeler dolayısıyla son derece detaylı ve mekanik hazırlanmıştır; o nedenle bu türden bir kontrol listesine, zannımca ve en basitinden iptal müeyyidesi ile karşılaşmamak adına, her uygulamacının ihtiyacı olacaktır. Anılan bölümün bölünmenin anlaşılmasına hizmet etmek şeklinde teorik bir katkısının olacağı da umulmaktadır.

İleride de görüleceği üzere, bölünmeden etkilenmesi muhtemel çevreler bölünmeye katılan şirketlerin kendisi, ortakları, alacaklıları ve çalışanlarıdır. Bu manada çalışmanın dördüncü ve son bölümü ise, bu çevrelere tanınıllık özel dava ve talep haklarına ayrılmıştır.

Çalışmanın son kısmında çalışma içerisinde varılan tez ve sonuçlara yönelik bir özet de okuyucunun istifadesine sunulmaktadır.

TIK'da bölünmesine izin verilen dört şirket türü bulunmaktadır; ancak Kanun, bölünme işlemini türler üstü bir yaklaşımla ele almakta ve münferit türe yönelik özel düzenlemelerden kaçınmaktadır. Bu manada huzurdaki çalışmada da TTK'nın sistematığı takip edilmekte ve elden geldiğince türler üstü bir yaklaşımla konunun ele alınmasına çalışılmaktadır. Ancak bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir: Yine çelişkiye düşmemek kaygısı ile çalışma, esasen anonim şirketlerin dahil olduğu bir bölünme modelinin bellekte canlandırılması suretiyle kaleme alınmış; anılan modelden münferit bir tür bakımından sapılması zarureti hasıl olduğunda, örneğin kooperatifler bakımından bir farklılığa temas edilmek ihtiyacı hissedildiğinde, bu hususlar ya dipnotlarda ya da parantez içerisinde alınarak ifade edilmeye çalışılmıştır.

Türler üstü bir yaklaşım sergilenmeye çalışıldığında her bir türe ait farklı terminolojinin yeknesaklaştırılması ihtiyacı da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Nitekim TIK'nın 135. maddesi de bu ihtiyaca binaen ortaya çıkmış görünmektedir. İşbu çalışma altında da TTK m. 135'te ele alındığı haliyle ve ortak kavramlar olarak "şirket", "ortak", "ortaklık payı", "genel kurul", "yönetim organı" ve "şirket sözleşmesi" terimleri kullanılmıştır. Her bir terim her bir münferit tür bakımından en yakın düştüğü özel kavramı karşılamak üzere kullanılmaktadır.

I. DOGMATİK TEMELLER

1. Bölünmenin Tanımı ve Unsurları

1.1. Ön Tanım

Aşağıda bölünme türleri incelendiğinde bölünme kavramı daha net anlaşılabilecektir; ancak bu noktada tüm bölünme türlerini ifade edecek şekilde bir ön bölünme tanımı ile başlanması ve bölünme tanımına has unsurların açıklanması da bölünme türlerinin kavranmasını kolaylaştırmaktadır. Az evvel anıldığı üzere takip eden tanım bir ön tanım niteliğindedir. Çünkü tanıma has unsurların içeriği bakımından öğretilde tartışmalar mevcuttur ve ancak bu tartışmalar üzerinden edinilen kanaat ve sonuçlar doğrultusunda nihai bir tanıma ulaşmak mümkün olmaktadır. Bu manada sonda söylenmesi gereken bir kısmını başta söylemiş olmak tehlikesini göze almak gerekmektedir.

İlk bakışta bölünme, belirli bir malvarlığına dahil unsurların bir veya daha fazla şirkete külli intikali neticesinde, intikal eden malvarlığı unsurlarına sahip şirketin veya onun ortaklarının, malvarlığı unsurlarının intikal ettiği şirket veya şirketlerde pay sahibi olmalarıdır'. Görüldüğü üzere bölünmenin temelinde, birleşmede olduğu gibi, malvarlığı unsurlarının nakli yer almaktadır². Bu meyanda, birleşmede olduğu gibi yine bir devreden şirketten ve devralan şirketlerden bahsetmek imkanı mevcuttur. Ancak Kanun'un kimi bazı yerlerde devreden şirket yerine, bölünen şirket ibaresini tercih ettiği görülmektedir³.

1.2. Unsurları

Arz edilen tanımı itibariyle bölünme işlemi üç unsuru bünyesinde barındırmaktadır: Malvarlığı unsurlarının belirlenmesi, bu unsurların külli intikali ve intikal neticesinde edinilen pay sahipliği sıfatı.

Benzer bir tanım için bkz. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, N. 277.

² Bkz. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku-Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 116.

¹ Bkz. TIK m. 159/1-a ve b.

1.2.1. Malvarlığının Belirlenmesi

Malvarlığı unsurlarının belirlenmesi bölünme işleminin ilk unsurudur. Ancak üzerinde en fazla tartışmanın yürütüldüğü unsur da, yine bu unsurdur. Bu noktada akla gelen ve halli lüzumu hissedilen ilk sorun, malvarlığı kavramından ne anlaşılması gerekeceğidir: **Ş**anın malvarlığını tanımlamamaktadır. Ancak hukukta malvarlığı, en geç geçen yüzyılın başından bu yana⁴, aktif ve pasiflerden müteşekkil bir yapıyı ifade etmektedir. Malvarlığının aktif kısmı para ve paraya tahvil edilebilir değerleri kapsarken pasif kısım, en basit tanımıyla, borçları ifade etmektedir. Muhasebe tekniği bakımından aktif ve pasifler de kendi içlerinde bölümlere ayrılırlar⁵: Aktifler duran ve dönen olmak üzere, pasifler ise kısa ve uzun vade olarak kaydı tutulan bölümlere ayrılmışlardır. Her iki ayrımın 'da temelinde, genelde bir takvim yılı ile örtüşen "hesap dönemi" yatar; buna göre, bir hesap dönemi içerisinde elden çıkarılması düşünülmeyen aktifler duran hanesine kaydedilirken, aynı hesap yılı içerisinde ödenmesi lazım gelmeyen borçlar da uzun dönem adı altında hesaba geçirilirler. Netice itibariyle⁶ malvarlığı, aktif ve pasiflerden müteşekkildir.

1 1

1.2.1.1. Sefilmi; Malvarlığı?

Malvarlığı bu şekilde tanımlandıktan sonra bölünme özelinde bir başka sorun ortaya çıkar; o da hangi malvarlığı unsurlarının bölünmeye konu edilebileceği yönünde işlem tarafı şirketlere bir serbesti tanınıp canınmadığıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, anılan bu sual dolayısıyla öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin *Bô'ck/i*, bölünme işlemine taraf olan şirketlerin bu noktada bir serbestileri olduğunu kabul etmekle birlikte, olası kötüye kullanma hallerini bertaraf edebilmek adına, kendi içerisinde bütünlük arz eden, birbirleri ile ilintili malvarlığı unsurlarının devre konu edilebileceğini ifade etmektedir⁶. Yazara göre malvarlığı kavramı her zaman için aktif ve pasifleri birlikte anlatır; dolayısıyla bir veya birden çok aktifin nakli onlarla ilintili pasiflerin de naklini lüzumlu kılar; bir aktif unsurun tek başına nakli

⁴ Terim tartışmaları için bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 99.

⁵ Tamamı için bkz. Yaşar **Karayalçın**, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988, s. 46.

⁶ Bkz. Böckli, Aktienrecht, N. 290. Benzer şekilde Helvacı, Bölünme, s. 100 ve 106; Coştan, Bölünme, s. 22.; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2016, s. 67; Hakan Çebi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2010, s. 26.

bu manada mümkün değildir. Devamında *Böckli*, bölünme ileminin icra olarak işletme veya işletme parçalarını ihtiva edeceğini ifade eder. **Böali'** nin öngördüğü bu kısıtlama hali, Türk Hukuku'nda ticari illecmenin devri dolayısıyla ifade olunan "teminat teorisi"ni anımsatmaktadır'. Anılan teori icabı, bir ticari işletmenin aktifleri, pasifleri devredilmeksizin devredilemeyecek veya aktiflerin devri halinde pasiflerin de devredilmiş olacağı kabul **görecektir**. Teminat teorisinin aktif ve pasifler arasında yarattığı bu bağlantı, *Bödtli* tarafından bölünme işlemi dolayısıyla da yaratılmış görünmektedir.

İfade olunduğu üzere yazar, anılan bağlantıyı, olası kötüye **kullanma** hallerinin önüne geçmek için kurmaktadır. Ona göre böyle bir bağlantının kurulmaması malvarlığın nakleden şirket içerisinde istenmeyen sözleşme ilişkilerinden kurtulmak, arzu edilmeyen aktif unsurları yine arzu edilmeyen pasif unsurlarla birleştirerek bir paket halinde şirket dışına taşımak maksatlarıyla kullanılabilir. Yine yazarın bir diğer çekincesi, aşağıda ayrıntısı ile ele alınacak asimetrik bölünme haline ilişkindir⁸. Buna göre, şirkete bölünmeye konu edilecek malvarlığının belirlenmesi dolayısıyla tanınacak tam bir serbesti, yani seçme özgürlüğü, asimetrik bölünme hallerinde azınlık pay sahiplerine, onun deyimiyle, "çürük yumurtalar"ın verilmesi, çoğunluk pay sahiplerine ise tazelerin bırakılması ile neticelenebilir. Diğer bir ifadeyle seçme hakkı, ayakta kalma ihtimali düşük olan bölümlerin azınlığa verilmesi ile neticelenebilir. *Böckli'* nin aynı çekinceyi alacaklılar bakımından da taşıdığı görülmektedir: Ona göre bir takım borçların, düşük değerli ve/veya devamlılık arz edemeyeceği öngörülen aktifler ile birleştirilip başka bir şirkete nakli, şirket alacaklılarını zarara uğratabilecektir.

Diğer taraftan, özellikle Alman Hukuku'nda, malvarlığının belirlenmesi konusunda işlem taraflarına tam bir serbesti tanınması gerekliliğinin savunulduğu görülmektedir⁹. Buna göre, bölünme bir şirketin yeniden yapılandırılmasıdır. Bu manada, devreden şirketin hangi malvarlığı unsurlarının devre konu edileceği hususu tarafların hangi unsurları seçtikleri ile ilgilidir. Taraflar, yasanın öngördüğü bir envantere belirtmek şartıyla birbirleri ile

⁷ Teorinin içeriği için bkz. Sabih **Arkan**, Ticari İşlecme Hukuku, Ankara 2012, s. 42; Fatih Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008, s. 140 vd.

⁸ Bkz. Böckli, Aktiehecht, N. 297.

⁹ Örnek kabilinden bkz. Teichmann, N. 7 vd. Türk Hukuku'nda benzer şekilde ve tahsisle denge olması şartıyla Ünal Tekinalp, Bölünme/Giriş, Türler, Poroy/fekinalp/Çamoglu, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, N. 161a ve 161 b ve **Karahan/Keşli**, Şirketler Hukuku, Konya 2012, s. 209.

ilişkili olan/olmayan aktif ve pasifleri bir araya getirebilirler ve nakJedebilirler. Hatta sadece tek bir (aktif) unsurun, örneğin bir gayrimenkulün nakli için dahi, bölünme işleminin tercih edilmesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle, anılan görüşe göre bölünme, "seçilmiş" malvarlığı unsur veya unsurlarının nakli işlemidir. Seçme işlemi ise, işlem tarafı kişilerin iradeleri dairesinde tamamlanır.

Bu görüşe taraf yazarlarda bir kötüye kullanma riskine ilişkin değerlendirmelere genellikle rastlanmamakla birlikte, yasanın, kötüye kullanma halleri de dahil, öngördüğü koruma hükümlerinin kafi geleceği yönünde bir ön kabulün mevcut olduğu da görülmektedir.

Burada temsil edilen görüşe göre de bölünme işlemi altında "seçilmiş" malvarlığı unsur veya unsurlarının naklini anlamak ve taraflara bu yönde bir serbesti tanımak uygun olacaktır. Çünkü; öncelikle ifade etmek gerekir ki, TTK'nın lafzı itibariyle böyle bir sınırlama öngörmek imkanı mevcut görünmemektedir. Aksine Kanun, bir envanterden bahsetmekte¹⁰, nakle konu edilecek aktif ve pasiflerin listelenmesini talep etmektedir. Eğer kanun koyucunun aklında birbirleri ile ilintili malvarlığı unsurlarının nakle konu edilmesi yönünde bir kısıtlama düşüncesi olsaydı, devre konu edilecek bir işletme veya işletme parçasının basit şekilde betimlenmesini talep etmekle yetinebilirdi. Aynı şekilde *Biickli'nin* ifade ettiği görüş yasanın genel amacıyla da çelişmektedir. Şöyle ki; İsvBirK'nın vaz edilmesindeki temel amaç mevcut intikal hallerine bir alternatif yaratmak, mevcut külli intikal imkanlarının çoğaltılması ve çeşitlendirilmesi üzerinden şirket malvarlığı dolayısıyla yeniden yapılandırmaları kolaylaştırmaktır¹¹. Ancak İsviçre Hukuku'nda külli intikal bakımından var olmayan alternatifler TTK döneminde hukukumuza girmiş vaziyettedir; TTK m. 11/3, 194/1 hükmü bu manada sayılacak ilk örneklerdendir. Dolayısıyla *Böckli'nin* görüşünün Türk Hukuku'na nakli halinde bölünme işleminin mevcut alternatiflere içeriği itibariyle çok yaklaşan ve fakat öngördüğü usuller nedeniyle uygulama tarafından çok da tercih edilmeyecek bir işlem den ibaret kalması tehlikesi söz konusu olacaktır. Bu noktada *Böckli* ile birlikte bölünme işleminin kötüye kullanılması ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir. Ancak bu kötüye kullanılma ihtimalinin Yasada öngörülen koruyucu hükümler çerçevesinde düşük seyredeceğini öngörmek ve en geç Medeni Kanun'un 2. maddesi üzerinden bu suiistimallerin

¹⁰ Bkz. TTK m. 167/1-b.

¹¹ Bkz. Botschafr, s. 4338.

karşılanabileceğini kabul etmek mümkün görünmektedir. İleride ayrıntısı ile ele alınacağı üzere, intikale konu malvarlığı unsurlarını seçme **serbesti.sinin** kötüye kullanılmasının bölünme hükümleri üzerinden engellenmesi mümkün olduğu gibi, bu tehlike şirket türüne has davalar yoluyla da **bertaraf** edilebilir. Örneğin TTK m. 17 l'de belirtilen inceleme hakkı, TİK m. 174 ve devamında belirtilen teminat usulü ve birlikte sorumluluk halleri alacaklı ve azınlık pay sahiplerinin mağduriyetini engelleyebilir; asimetrik bölünmenin tabi olduğu ağırlaştırılmış nisaplar (TTK m. 173/3) ve işbu çalışma altında öne sürülen diğer ek şartlar da aynı amaca hizmet edebilir. Aynı şekilde, genel kurul kararlarının iptali, yönetim kurulu kararlarının budanının tespiti ve yönetim kurulunun hukuki sorumluluğu yönünde genel davalar da ilgililerin istifadesinde bulunmaya devam edecektir.

Bu nedenlerle, burada temsil edilen görüş uyarınca bölünme kavramından "seçilmiş" malvarlığı unsur veya unsurlarının naklini anlamak gerekir. Diğer bir ifadeyle taraflar hangi unsurların hangi şirkete intikal edeceği veya hangi şirkette kalacağını tespit konusunda tamamen serbesttirler. Bu manada naklolan ve kalan unsurların envanter üzerinden tayini gerekli ve yeterlidir.

1.2.1.2. Malvarlığının Belirlenebilir Kılınması

Ancak bu noktada da başka bir sorun ortaya çıkmaktadır; o da, bölünme işleminin taraflarından qekleyeceğimiz belirleme işleminin yoğunluğu sorusudur: Açıba tara(Tar her bir unsuru tek tek ve ismen anmak durumunda mıdır? Yoksa nakle konu unsurların yon.ı❖yoluyla tamamlanabilecek türden ve k❖ba hatları ile betimlenmesi kafi gelecek midir?

Hemen belirtmek gere❖r ki, ❖[TK döneminde Tebliğ'e dayanılarak yapılan kısmi bölünme işlemlerinde nakle konu unsurların kabaca tarif edilmiş bulunmasının yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Örneğin, anılan dönemde yapılan sözleşmelerde 'J\ şantiyesinin tüm aktif ve pasifleri ile', "B işinin tüm aktif ve pasifleri ile nakli" gibi ifadelere rastlanmakta, her bir unsurun somutlaştırılmadığı görülmektedir.

Kanaatimizce ❖TTK dönemiQdeki uygulamayş. paralel olarak taraflardan belirlenebilirlik kriteri;ıi yerine getirmiş olmalarından fazlasını beklemek kimi bazı hallerde mevcut işlemin süresini ve masraflarını artırabilecektir. Özellikle ek bir takım dokümanlardan, örneğin bilanço ve/veya ticari def-

terler üzerinden hangi malvarlığı unsurlarının kastedildiği anlaşılabilirse, belirlenebilirlik kıstasının da karşılandığını kabul etmek gerecektir. Nitekim uygulamada sadece bilanço üzerinden bölünen malvarlığı unsurlarının tanımlandığı, örneğin şirketin duran malvarlığı unsurları ile uzun vadeli borçlarının nakle konu edildiği bilinmektedir. Ancak yine de hukuki güvenliği sağlamak adına, tek başına nakli bir şekil şartına bağlanmış unsurların, örneğin gayrimenkul, marka, motorlu taşıt ve benzerlerinin ayrıca ifade olunmuş olmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Kanaatimizce TTK m. 167/1-b hükmünü de bu şekilde okumak mümkündür. Çünkü bu hususlar, her ne kadar külli intikal neticesi tek işlemde ve kanun gereği intikal olmuş kabul edilecekse de, ticaret sicilinin bu unsurları görmesi ve ilgili sicillere bildirimde bulunması, olası mülkiyet ihtilaflarını da baştan önleyebilecektir. Nitekim Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128/1-a-3 hükmü ile taraflara, tescil için başvuru anında sicil kaydı bulunan mal ve hakların ayrı bir liste halinde ibrazı yükümlülüğü de getirilmektedir. Aynı şekilde şu hususu da taraflar açısından bir uyarı olarak arz etmek gerekir: Eğer taraflar nakle konu unsurları yeterince açık ifade etmez iseler, nakli istenmiş olmasına rağmen bazı hususlar, TTK m. 168 anlamında "unutulmuş malvarlığı" olarak değerlendirilebilir ve taraflar, aktifler bakımından paylı mülkiyete katlanma ve bir hak kaybı, pasifler bakımından ise bir müteselsil sorumluluk neticesi ile karşılaşabilirler.

1.2.1.3. Aktif-Pasif İlişkisi

Bu noktada son olarak şu soruya da değinmek gerekir: Taraflar hangi unsurların naklolanacağını tespit ve tayinde serbesttirler ve nakle konu unsurların belirlenebilir nicelikte tanımlanmış olınası kafidir. Ancak; acaba tek bir unsur, örneğin tek bir gayrimenkul ya da sadece (bir kısım) aktifler veya sadece (bir kısım) pasifler şeklinde bir tercih yapılması mümkün olacak mıdır?

Yukarıda da kısmen anıldığı üzere, öğretide bu yönde de bir görüş birliği yoktur. Örneğin *Böckli*, tek bir aktif unsurun bölünmeye konu edilemeyeceğini ifade etmektedir¹². Diğer taraftan sadece aktiflerin nakledilemeyeceği de aynı yazarca eklenen hususlardandır. Burada yazar tam olarak ifade etmemekle birlikte, yazarın temel çekincesini satır aralarından okumak mümkündür. Öyle ki, tek bir aktif unsurun bölünmeye konu edilmesi o unsurun

¹² Bkz. Böckli, Aktienrecht, N. 297.

nakli için öngörölmüş şekil şartlarını dolanmak için kullanılması anlamına gelebilir¹³. Yine sadece aktiflerin nakli, devreden şirkette mevcut alacakları, alacakların güvencesi niteliğindeki malvarlığının azalması suretiyle zarara uğratabilir. Çünkü; örneğin, *bir* ticari işletmenin devri işleminin **aksine** bölünme işleminde devreden şirket, iştirak modeliyle kısmi bölünmeden sarfı nazar edilirse, devre konu kısmı para veya benzeri ile ikame **edememektedir**; dolayısıyla malvarlığı azalmaktadır. Bu noktada kanaatimizce şu hususu ifade etmek gerekir: Yukarıda anılan çekinceler temelde haklı çekincelerdir. Ancak bu çekincelerin tamamına yakını yasa koyucu tarafından görölmüş ve bir şekilde önlemi de alınmıştır. Çalışmanın ilerleyen bölümünde ele alınacak koruma hükümlerinin sevki sebebi tam olarak da bu çekincelerdir. Ancak bölünme hükümlerinden maada, bölünen şirket türüne ilişkin özel hükümlerde dahi koruma imkanı bulmak ve bu hükümler üzerinden sınır tayin etmek mümkün olmaktadır. Şöyle ki; örneğin bir anonim şirketin sadece aktiflerinin devrolunduğu bir bölünme işleminde devrolunan aktif tutarının sınırını TTK m. 376'da ifadesini bulan sermaye kaybı ve/veya borca batıklık halleri belirleyecektir. Eğer şirket bölünme neticesinde, farzı misal, esas sermayesinin 2/3'ünü kaybediyorsa 1/3'ü ile yetinme veya sermayeyi tamamlama kararı almak zorunda kalacaktır. Ancak her iki halde de esas sermayeyi azaltmak icap edecektir¹⁴. Nitelikli sermaye kaybında herhangi bir karar alınmaması halinde ise, şirket infisah edecek ve tasfiye hükümlerinde öngörölen özel koruyucu düzenlemeler devreye girecektir. Borca batıklık halinde ise, şirket iflas edeceğinden bu sınırın bölünme işlemi ile aşılması baştan mümkün olmayacaktır¹⁵. Nitekim bu husus Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128/2-a-3 hükmünde de, zımnen de olsa, ifade olunmuştur. Buna göre tescil için başvuru anında şirketin aktiflerinin bölünme sonrasında dahi borç ödemeye yeterli geldiğinin tespit olunmuş olması şartı aranmaktadır.

¹³ Kanaatimizce, bölünme işlemi ile geçilmesi gereken bölünme sözleşmesi, raporu, alacakların teminat altına alınması, genel kurul kararı ve tescil gibi tüm işlemler göz önüne alındığında anılan kötüye kullanma hali son derece düşük bir ihtimal olarak görölebilecektir.

¹⁴ Yargıtay bu noktada yetinme kararı halinde de esas sermayenin azaltılmasını şart koşturmaktadır. Sermayenin tamamlanmasına karar verilecek olması halinde de tamamlama işlemi kaybolan sermaye miktarı kadar bir azalmayı takip eden bir yeniden artırım yapılması suretiyle gerçekleşmekcedir. Yargıtay uygulaması ve doktrindeki görüşler için bkz. Ahmet **Türk**, Bilanço Açığının Gidermek Amacıyla Yapılan Esas Sermaye İndirimi, Bacider 1998, Cilt **XIX**, Sayı 4 içerisinde, s. 145-174, s. 149.

¹⁵ Aynı yönde Karahan/Keşli, s. 205.

Bu vesile ile Şu hususu da ifade etmek gerekir: Burada cemsil olunan g . r Ŗ uyarınca, bölünme iŖleminde aktif ve pasifler birlikte devrolunursa, aktif tutarın pasif tutarı aŖması zorunludur. Bir diğ er ifadeyle devre konu **malvar-** lığı unsurlarının bir aktif fazlasını (*Aktiven berschuss*) ihtiva ermesigerekir". Ancak  ğretide aksi yönde g r Ŗler de mevcuttur¹⁷; bu g r Ŗ sahiplerince, *Sanierimgsspaltung* adı verilen ve bir Ŗirketin mali yönden ıslahı maksadıy. la yürütülecek bölünme iŖlemlerinin, ancak devre konu pasif tutarın aktif tutarı aŖması halinde mümkün olabileceği dile getirilmektedir. Bu türden ıslaha yönelik bölünmelerin mümkün olabilmesini aynı yazarlar Ŗu Ŗarta da bağlamaktadırlar: Devralan Ŗirket veya Ŗirketlerin devraldıkları pasif fazlası- nı karŖılayabilecek ölçüde bir aktif karŖılıđa sahip olmaları ve aktif karŖılık üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek olması. Ancak aktif fazlası yönünde aranan ve bizim de taraftarı olduğumuz bir zorunluluk bölünme hükümlerinden kısmen okunabilmekle birlikte¹⁸, bölünmeye katılabilecek Ŗirketlere, özellikle anonim Ŗirketlere has özel hükümlerden de çıkarılabilmektedir. Ŗ y- le ki; bilindiği üzere anonim Ŗirketlerde itibari değerin aŖađısında pay çıkarı- lamamaktadır¹⁹. Bölünme iŖlemi ise, kabaca ifadesiyle, malvarlığı unsurları- nın devralınması neticesinde devralan Ŗirketlerin, kural olarak, pay çıkarılması ve bu payları devreden Ŗirkete veya onun ortaklarına bahŖetmesini ifade eder. Bu durumda, bölünme iŖlemi neticesinde aktif tutardan daha fazla bir pasif tutarın baŖka bir Ŗirkete nakli, en baŖta, anılan Ŗirketin eksi bedel karŖılıđı pay çıkarılması anlamına gelir ki, bu husus yukarıda anılan yasak dolayısıyla mümkün deđildir²⁰. Aynı kural gereği tek baŖına pasiflerin nakli de mümkün olmayacaktır.

Aktif fazlası yönündeki g r Ŗ n bir diğ er dayanağı da ıslaha yönelik b - l nmeyi mümkün kılacak bir düzenlemenin bölünme bahsi altında yapılma- mıŖ olmasıdır. Örneğin TTK m. 139 birleŖme iŖlemleri bakımından böyle bir imkanı  ng rm Ŗt r. Anılan madde uyarınca devralan Ŗirket, devreden Ŗirketin sermaye eksiği veya pasif fazlasını karŖılamaya yetecek tutarda öz- varlığa sahipse, ıslaha yönelik bir birleŖme de ger ekleŖebilmektedir. Ancak

¹⁶ Bkz. **PulaŖlı**, s. 119.

¹⁷ örnek kabilinden bkz. Ercüment **Erdem**, Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması, Prof Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara 2016, s. 317.

¹⁸ Bu manada bkz. TTK m. 168/1-a., Anılan hüküm devralan Ŗirketlere geçen "nec aktif malvarlığı"ndan bahsetmektedir.

¹⁹ Bu kuralın bölünmelerde de geçerli olduğu yönünde bkz. **Karahan/KeŖli**, s. 206.

²⁰ Benzer Ŗekilde **PulaŖlı**, s. 115.

ifade olunduğu üzere, bu türden bir hükme bölünme hükümleri aiasında yer verilmemiş olması, kanaatimizce, yasa koyucunun ıslaha yönelik bölünmelere izin vermeme iradesi şeklinde de yorumlanabilir. Yıne eklemek gerekir ki, Kanun'un birleşmeler dolayısıyla öngörmüş olduğu ve pasif fazlası an edecek şekildeki birleşmelere izin veren hükmünün kıyasen bölünmelere de uygulanması düşüncesi önünde yine münferit şirket türüne has özel düzenlemelerden kaynaklanan engeller bulunacaktır. Şöyle ki; örneğin devralan şirket bir anonim şirketse ve yedek akçeleri itibariyle devraldđđı pasif **fazlasını** karşılayabilecek olsa dahi, bu şekilde ihraç olunmuş ve bölünen şirketin ortaklarına bahşedilen paylar devralan şirketin iç kaynakları üzerinden **tesis** edilmiş olurlar. Halbuki, TIK'nın 462. maddesi 3. fıkrası geređđi iç kaynaklar sadece mevcut pay sahiplerine pay edindirmek maksadıyla kullanılabilirler; yoksa, ancak bölünmenin tescilinden sonra devralan şirkette pay sahibi sıfatını edinecek bölünen şirketin pay sahiplerine değil.

1.2.1.4. Ara Sonuç

Buraya kadar tespit olunan hususları özetlemek gerekirse;

Bölünmeye konu edilecek malvarlıđđı unsurlarının tespiti tarafların seçimine bırakılmıştır. Tek bir aktif unsurun dahi nakli mümkündür. Sadece aktiflerin naklinin kararlaştırılmış olması da mümkündür. Burada son sınır devreden şirketin borca batıklık halidir; bölünme, bölünen şirketin borca batması ile sonuçlanamaz. Aynı şekilde aktif ve pasifler bir arada nakl olunacak olursa, aktif tutarın pasif tutarı aşması gereklidir; bu husus devralan şirketin pay ihracı koşullarına tabi ve o koşulların geređđidir. Son olarak, devrolunacak hususların, özellikle devri şekle tabi unsurların kalem kalem belirlenmesi tavsiye olunur ve fakat hangi hususların devrolunduđđunun belirlenebilir nitelikte olması da yeterlidir.

1.2.2. Külli İntikal

Malvarlıđđı unsurlarının belirlenmesi hususu bu şekilde ele alındıktan sonra bölünmenin diğer bir unsuru olan külli intikal mevzuuna geçilebilir. Yukarıda da anıldıđđı üzere, bölünme işlemi çerçevesinde devre konu malvarlıđđı unsur veya unsurları bir defa belirlendikten veya belirlenebilir hale getirildikten sonra bu unsur veya unsurlar devralan şirket veya şirketlere bir kül halinde naklolunmaktadır. Bölünme kapsamında külli intikal ilkesinin

geçerli olmasının bu manada iki temel sonucu vardır: Öncelikle devre konu malvarlığı unsurları tek işlemde (*uno actu*) ve kanun gereği (*ipio iure*) devralan tarafın mamelekine katılır'. Aynı şekilde devre konu unsurlar içerisinde borç, marka, gayrimenkul, motorlu taşıt gibi hukukun özel nakil şartlarına tabi kıldığı hususlar olabilir. Bu hususlarda dahi devir, kanunun öngördüğü özel şart gerçekleşmeksizin tamamlanmış olur.

Bölünmede külli intikal sonucunu doğuran işlem bölünme işleminin ticaret siciline tescilidir. Bölünme işleminin tescili neticesinde bölünmeye konu edilen unsur veya unsurlar başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ve kanun gereği devralan şirket ve şirketlere bir bütün halinde geçmiş olurlar²². Nakli, kendine özgü bir sicilde ve sicil memuru önünde işlem gerçekleştirme, sicilde değişiklik şartına bağlanmış unsurlarda dahi bu böyledir; bölünme işlemi bir defa tescil olunduktan sonra bölünmeye konu unsurlara özgü diğer sicil kayıtları yolsuz tescil halini alırlar; hatta anılan unsurların iyiniyede iktisabı dahi mümkün değildir, çünkü ticaret siciline tescil ve ilan ile iyiniyet iddiasını bertaraf edecek şekilde bir aleniyet sağlanmış olur²³.

Bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir: Bölünmeye has külli intikal hali, kısmi külli intikal olarak adlandırılır. Kanun gereği ortaya çıkan külli intikal hallerinde (birleşme, tür değişikliği, miras ve TIK m. 11/3 anlamında bir ticari işletmenin devri gibi) malvarlığının tamamının bir kül halinde nakli söz konusudur. Bölünmede ise, bir kül halinde devrolunanlar, malvarlığının tamamı değil, bir malvarlığının taraflarca seçilen bir kısmıdır. Bu hali betimlemek içindir ki, bölünmede yaşanan külli intikale kısmi külli intikal denmektedir. Bölünmede malvarlığının hangi kısmının nakle konu olacağını tarafların tayin ediyor oluşu, bu intikal halini iradi bir külli intikal haline getirmez; külli intikal yine de kanundan doğmaktadır.

1.2.2.1. Sözleşmelerin İntikali

Külli intikal unsurunun tamamlanması sözleşmelerin intikali²⁴ soru-

²¹ Bkz. **Karahan/Keşli**, s. 200.

²² Bkz. TIK m. 179/4 hükmü.

²³ Bkz. **Pulaşlı**, s. 134 vd. ile Sendi **Yakuppur**, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016, s. 116.

²⁴ Sözleşmelerin intikalinden kasıt, bölünen şirketin tarafı olduğu bir sözleşmenin devralan şirketlerden birine bir bütün halinde devrolunmasıdır. Bu manada bölünme işlemi vasıtasıyla bir sözleşmede, karşı tarafın rızası olmaksızın taraf değişikliği yapıp yapılamayacağı hususu tartışılmaktadır. Diğer taraftan, özellikle Alman Hukuku'nda,

nunu da ele almakla mümkün olmaktadır. Arulan husı.15, özellikle İsviçre öğretisinde ve yine, özellikle İsvBirK'nın kabulünü takip eden ilk yıllarda. üzerinde en çok tartışma yürütülen hususlardan bir tanesicli-2¹. Kısaca ortaya acılan soru şudur: Bölünme çerçevesinde aktif ve pasif unsurlar bir kül halinde devralan şirket veya şirketlere geçmektedir. Ancak bir sözleşme ❖lcisini aktif veya pasif kıstasına tabi tutmak mümkün değildir. Öyle ki, aktif ve pasif unsurları tespit için kullanılan bilançoda sözleşme ilişkileri ayrıca kayıt altına alınmamaktadır. Öyleyse bölünme işlemine sözleşme ilişkilerinin dahil edilmesi mümkün olacak mıdır? Veyahut da; sözleşme ilişkileri bölünme işlemine dahil edilecek olsa dahi, dahil edilen sözleşmeler bir kül halinde ve sözleşmenin karşı tarafının rızası olmaksızın devralan şirket veya şirketlere geçecek midir?

Bu soruların cevabında İsviçre Hukuku'na has şu hususların belirtilmesi, orada yürütülen tartışmaların içeriğinin anlaşılabilmesi bakımından önemlidir²⁶: İsviçre Hukuku'nda aktif ve pasiflerin bir kül halinde naklini öngören malvarlığı devri (*Vermö'gen.sübertragung*) gibi diğer araçlarda dahi, örneğin kira gibi sürekli borç doğuran ilişkilerin tek işlemde ve kanun gereği devredilemeyeceği görüşü hakimdir. Bu görüşün temelinde sözleşmenin tarafını seçmek serbestisinin yasaca sağlanan devir kolaylığına galip geldiği, geleceği görüşü yatmaktadır. Buradan hareketle ve özellikle İsvBirK'nın kabulünü takip eden ilk yıllarda ağırlıklı görüş sözleşmelerin külli bir biçimde intikal edemeyeceği, eğer sözleşmelerin de nakli isteniyorsa, her bir sözleşmenin karşı tarafının nakle ilişkin rızasının alınması gerekeceği yönündeydi²⁷.

sözleşmelerin intikali bahsi altında bir sözleşmenin, örneğin yan edimler ve esas edimler, borçlar ve alacaklar veya sözleşme ve anılan sözleşme dolayısıyla verilen kefalet olarak bölünüp devralan şirketlere naklölunup olunamayacağının da tartışıldığı görülmektedir. Orada çoğunluk görüşü, sözleşmenin borçlar hukuku ve edimlerin bütünlüğü dolayısıyla alacaklının rızası olmaksızın bu ❖ekilde bölünemeyeceği yönündedir. Aynı gör❖9u çalışma altında da temsil olunmakta olup daha fazla ayrıntısına da girilmeyecektir. Anılan tartışmanın boyutu ve tarafları için bkz. Hans-Joachim, Priester, § 126, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Marcin Wincet, Band. I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 64.

^{2❖} Tartışmanın tarafları ve içeriği için bkz. Rolf Waccer/Urs **K.agi**, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2004, s. 231-248, s. 235 vd.

²⁶ Tamamı için bkz. Rudolf Tschan.i, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, s. 78 vd.

²⁷ Bkz. **Watter/K.agi**, s. 235, Dn. 43'ce anılan kaynaklar.

Ancak bu görüşün, ilerleyen yıllarda zayıflamaya başlamış olduğu görülmektedir. Buna göre kimi bazı müellifler, münferit sözleşmenin, bölünmeye ilişkin envanterde anılmak kaydıyla, karşı tarafın rızası olmaksızın da intikal edebileceği yönünde görüş bildirirken²⁸, kimi müellifler de bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının bir işletme veya işletme parçası gibi kendi içeriğinde bütünlük arz ettiği hallerde ilgili sözleşmelerin, bu sözleşmeler envanterde anılmasalar ve karşı tarafın rızası aranmaksızın dahi intikal edeceğini belirtmektedirler²⁹. Bu liberal anlayışa göre sözleşmeler aktif ve pasif yaratan temel kaynaklardır. Bu nedenle yasanın kullandığı aktif ve pasif tabirlerinin sözleşmeleri de kapsayacak şekilde yorumlanması önünde engel yoktur. Aynı şekilde sözleşmelerin intikali için sözleşmelerin karşı taraflarının rızasının aranması, bölünme işleminin çekiciliğini yitirmesine sebep olacaktır. Çünkü şirketlerin malvarlığı, niteliği itibarıyla bir sözleşmeler yumağından ibarettir³⁰.

Burada temsil edilen görüşe göre de bölünme işlemine, sürekli borç doğuran sözleşmeler de dahil, tüm sözleşmelerin konu edilmesi mümkündür³¹. İsviçre'de yürütülen tartışmanın aksine Türk Hukuku'nda kanun koyucunun külli intikal hallerinde taraf seçme serbestisine özel önem atfetmediğini gösteren kıyas noktaları mevcuttur. Örneğin TTK m. 11/3'te kanun koyucu devrin kiracılık hakkını da içerdiğini kabul ile bu hususu desteklemektedir. Aynı şekilde sözleşmelerin devrini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 205/4'te kanuni halefiyet halleri ve özel hükümler saklı tutulmakla Borçlar Hukuku zaviyesinden de tartışma göreceli hale gelmektedir. Dolayısıyla bölünme işlemine sözleşmelerin dahil edilmesi önünde kanaatimizce de bir engel bulunmamaktadır.

Ancak yine Böckli, sözleşmelerin intikaline yönelik bu görüşü şahsen ifası zorunlu sözleşmeler ve devir yasağı getirilmiş sözleşmeler bakımından izafi ,hale getirmektedir³². Yazara göre, şahsen ifası zorunlu sözleşmeler bölünmeye konu edilemezler. Burada temsil edilen görüş uyarınca da şahsen ifası zorunlu sözleşmelerin devri işlemi, sözleşme tarafının rızası olmaksızın gerçekleştirilemez. Fakat, kanaatimizce, bölünen şirketlerin tüzel kişi niteli-

²⁸ Bkz. Watter/Kagi, s. 235, Dn. 44'te anılan kaynaklar.

²⁹ Bkz. Watter/Kagi, s. 235, Dn. 45'te anılan kaynaklar.

³⁰ Bkz. Watter/Kiigi, s. 231.

³¹ Benzer şekil'de Hikmet Sami Türk, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 200 vd.; Çoştan, Bölünme, s. 116; Çebi, s. 230; Pulaşlı, s. 106.

³² Bkz. Böckli, Aktienrecht, N. 338a.

gi, şahsen ifasının zorunlu olduğunu kabul edeceğimiz sözleşmenin ayısıru neredeyse hiçe indirmektedir.

Böck/i tarafından ifade olunan devir yasağı istisnası için de ,u hususları söylemek mümkün görünmektedir: Yazara göre, devir yasağı öngörümü, sözleşmeler bölünme kapsamına alınamayacak, aLnsa dahj sözleşmenin br-şı tarafına sözleşmeyi feshetmek bakımından hakL bir gerekçe sunaJccır. Ancak bu görüşe de bu netlikte katılmak imkanı, kanaacimiu:e, bulunmamaktadır. Şöyle ki; bilindiği üzere, sürekli borç doğuran sözleşmelerde sözleşmenin karşı tarafı çoğu durumda bir taraf değişikliğini kendi onayına cabi kılmaktadır. Bu yönde hükümler ihtiva eden sözleşmelerin bölünmeye konu edilmesi tartışmasında kanaatimizce, bu hükümlerin manasını sorgulamak gerekir. Bu hükümler Türk Borçlar Kanunu'nda ifadesini bulan devir kısıtlamalarının tekrarı niteliğindedir. Halbuki kanun koyucu tam da bölünme hükümlerini vaz etmekle bu kısıtlamaları ortadan kaldıran bir sistem inşa etmektedir. Dolayısıyla kanunda öngörülmüş bir kısıtlama, sözleşmede tekrar edilmiş olsa da, bu hal dahi külli intikale engel teşkil etmemelidir. Bu söylenen husus, sözleşmelerin karşı taraflarının bölünme işlemi neticesi gerçekleşecek taraf değişikliğini sineye çekmek zorunda olup olmadıkları, kendilerine tanınmış bir fesih hakkı doğurup doğurmadığı bakımından da önemlidir. Kanaatimizce haklı sebeple fesih imkanı görüşüne de bu katılıkta karılmak mümkün görünmemektedir. İlerleyen bölümlerde tafsilatıyla değinilecektir; ancak bu noktada şu hususu beyan etmek mümkündür: Şirketler bölünme kararı aldıklarında, sadece bölünen şirketin değil, devralan şirket veya şirketlerin alacaklıları dahi çağrılır ve kendilerine alacakları dairesinde bir teminat isteme hakkı tanınır. Öyle ki; ³³teminat işlemi tamamlanmaksızın bölünme işlemi genel kurul onayına sunulamamaktadır. Bu noktada, devre konu sözleşmenin karşı tarafının taraf değişikliği münasebetiyle yaşayabileceği temel çekince yeni tarafın ödeme kabiliyeti olacaktır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, kanun koyucu bu hususu görmüş ve bir teminat usulü öngörmüştür. Bu nedenle, sözleşmeyi fesih için haklı bir sebebin varlığı da, kanaatimizce ancak, bu teminat sisteminin işletilmediği, teminatın yeterince tatminkar olmadığı hal lerde kabul olunmalıdır³³.

Özetlemek gerekirse; sözleşmede taraf değişikliğine yönelik bir hüküm olsun veya olmasın bölünme işleminde devre konu edilen unsurlar arasına

³³ Benzer şekilde Çebi, s. 231.

alınan tüm sözleşmeler başkaca bir işleme **gerek** kalmaksızın devralan **şirket** veya **şirkedere** intikal ederler. Ancak taraf değişikliğinin onayı ieklinde hükümler ihtiva eden sözleşmelerde, sözleşmenin diğer tarafı tür ve miktar bakımından tatmin edecek bir teminat verilmemişse, anılan tarafa sözleşmeyi haldı sebeple feshetmek hakkını da tanımak gerekir.

1.2.3. Payın Edinilmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, seçilmiş malvarlığı unsur veya unsurlarının külli intikali neticesinde bölünen şirketin kendisi veya ortakları devralan şirket veya şirketlerde pay sahibi olurlar. Bölünme işlemi neticesinde pay sahipliği sıfatı, kural olarak, aslen iktisap edilir. Devralan şirket veya şirketler devralınan malvarlığının içerdiği aktif fazlası tutarına denk gelecek nıtardda bir payı, sermayelerini artırmak suretiyle çıkarırlar ve bu halde paylar, bölünen şirket veya onun ortakları tarafından aslen iktisap olunmuş olur. Ancak bölünme işleminde paylar devren de iktisap olunabilir. Özellikle devralan şirket veya şirketlerin daha öncesinden kendi paylarını iktisap etmiş olduğu hallerde, bölünme neticesinde bölünen şirketin kendisinin ya da onun ortaklarının pay ihtiyacı anılan bu paylar üzerinden de giderilebilir.

1.3. Nihai Tanım

Yukarıda anılan tartışmalar, yapılan tespit ve değerlendirmeler dolayısıyla edinilen kanaat ve sonuçlar itibariyle bölünme işlemini nihai şekilde tanımlamak artık mümkün görünmektedir. Buna göre bölünme, bir şirketin, borca batıklık hali dikkate alınarak seçilmiş ve en azından belirlenebilir kılınmış, sürekli borç doğuran sözleşmele de. ahil, malvarlığı unsur veya unsurlarının, başka şirket veya şirketlere külli ikt^{ali} neticesinde devreden şirket veya ortaklarının devralan şirket veya şirketlerde, payın itibari değerine riayetle aslen veya mevcut payların nakli ile devren pay sahibi olmalarıdır.

2. Bölünme Türleri

Bölünme kavramını bu şekilde bir tanıma kavuşturduktan sonra, kavramı bölünme türleri ile birlikte ele almak suretiyle derinleştirme gerekemektedir. Kanunda anılan bölünme türlerini ise, şu şekilde sınıflandırmak mümkün görünmektedir:

2.1. Bölünen Şirketin Devamı **WJAı Balumında**

Bu ayırmda temel olan husus bölünme **sonrasında bölünen ırktın ıom** erip ermediğidir. Bu meyanda bölünmeyi **cam ve kısmi bölünme olarak iluyc** ayırmak mümkündür.

2.1.1. **Tam Bölünme**

Tam bölünmede bir şirketin tüm malvarlığı ilci **veya daha fazla ıırlcetc** bölünür. Bölünme neticesinde hangi malvarlığı unsurlarının hangi **ıırlcetc** naklolunacağı belirlendikten veya belirlenebilir .ktlındıkcao sonra bu unsurlar ilgili şirketlere naklolunur ve malvarlığı kalmayan bölünen şirket, casfıycsiz bir biçimde sona erer³⁴. Malvarlığını devralan şirketler mevcut **şirkttlcr** ola-bileceği gibi bu şirketler bölünme işlemi neticesinde kurulacak da olabilirler; aynı şekilde bir şirketin, bazıları mevcut ve bazıları bölünme işlemi netice-sinde kurulacak iki veya daha fazla şirkete cam bölünmesi de mümkündür.

2.1.2. **Kısmi Bölünme**

Tam bölünmenin aksine kısmi bölünmede bölünen şirket infisah **etmez**. Çünkü bu işlem neticesinde bölünen şirkete belirli bir malvarlığı bırakılmı-
cır. Bölünen şirketin uhdesinde, o şirketin devamını sağlayacak ölçüde bir malvarlığı bırakıldıktan sonra şirketin kaç şirkete bölündüğü, bölünmenin kısmi bölünme olarak tanınması ve tanımlanmasına mani değildir. Bu ma-nada bir şirket bir veya birden fazla mevcut veya bölünme neticesi kurulacak şirkete kısmen bölünebilir³⁵.

Uygulamada sıklıkla karşılan bölünme modeli kısmi bölünmedir ve kısmi bölünme içerisinde en sık uygulanagelen model de bir şirketin mal-varlığı unsurlarını bka bir şirkete nakletmesi ve kalan malvarlığı unsurları üzerinden faaliyete devam etmesidir.

Bölünmede kural, bölünen şirket ortaklarının devralan şirket veya şirketlerde pay sahibi olmasıdır. Hacca cam bölünmede bu bir zorunluluktur. Çünkü cam bölünme neticesinde bölünen şirket ortadan kalkar. Ancak kısmi bö-
lünme hallerinde Kanun bu hususa bir istisna getirmiştir. Buna göre, bir şirket kısmen bölününce o şirketin ortakları değil, şirketin kendisi de devra-

34 Bkz. TTK m. 159/1-a hükmü.i.

35 Bkz. TTK m. 159/1-b hükmü.

lan şirket veya şirketlerde pay sahibi olabilir. Bu manada kısmi bölünmeyi şu şekilde ikiye ayırmak mümkündür:

2.1.2.1. Ortaklara Pay Edindirilmesi Modeliyle Kısmi Bölünme

Bu halde bölünen şirketin seçilmiş malvarlığı unsurlarının bir kısmı bir veya daha fazla, mevcut ve/veya bölünme neticesi oluşacak şirkete bir küll halinde intikal eder. Ancak işlem neticesinde devralan şirket veya şirketlerde devreden şirketin kendisi değil, o şirketin ortakları pay sahibi olurlar.

2.1.2.2. İştirak Modeliyle Kısmi Bö'finme

Kanun'daki tanımı itibariyle bu kısmi bölünme türünde bir şirket, seçilmiş bir kısım malvarlığı unsur veya unsurlarını bölünme neticesi kurulacak bir şirkete bir küll halinde nakleder ve bölünme neticesi kurulacak bu şirketin paylarının tamamı bölünen şirketin ortaklarının değil, bölünen şirketin kendisinin nezdinde aslen oluşur³⁶.

Bu türden bölünmelere bu nedenle yavru şirket kurmak maksadıyla bölünme dendiği de olur³⁷. Çünkü bölünme neticesi kurulacak şirket, bölünen şirketin iştiraki olarak doğmaktadır. Ancak işbu çalışma altında, yavru şirket kurmak tabiri değil, Sermaye Piyasası mevzuatı dolayısıyla kullanılagelen iştirak modeliyle kısmi bölünme kavramı tercih edilmiştir³⁸. Çünkü işbu çalışma kapsamında bu yöntemin, tıpkı Sermaye Piyasası mevzuatında olduğu gibi, mevcut *bir* şirkete ve hacca o şirket üzerinde kontrol hakkı sağlamayacak miktarda bir pay karşılığı bölünmek halinde dahi kullanılabilecek bir yöntem olması gerektiği düşünülmektedir³⁹. Şöyle ki; yukarıda da belirtildiği üzere, TİK'run yeniden yapılandırmaya ilişkin hükümleri, evvel emirde, mevcut alternatiflerin çeşidini artırmak ve öngörülen külli intikal

³⁶ Bilgili/Demirkapı, bu türden bölünmelerin aynı sermaye konulmak suretiyle yeni kuruluş hükmünde olduğunu ve külli halefiyet ilkesinin geçerli olmayacağını ifade etmektedirler. Bkz. Fatih Bilgili/Ercan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s. 95.

³⁷ Benzer biçimde Tekinalp, Ortaklıklar, N. 161h.

³⁸ Tanım için bkz. 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin m. 4/1-ı hükmü.

³⁹ Bkz. 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin m. 4/1-ı, 14/1 ve 17/1 hükümleri ile EK-5 m. 9. Anılan hükümler gereği, iştirak modeli ile bölünmede mevcut bir şirkete bölünmeyi ve bölünme neticesi elde edilecek payın miktarının kontrole imkan sağlamasını şart koşturmak, payın % 95 ve üstü edinileceği halleri de basitleştirilmiş bölünme usulüne tabi tutulmaktadır.

mekanizması üzerinden bu işlemleri hızlandırmak maksadını gütmektedir. Bir şirketin başka bir şirkette iştirak sahibi olmayı istemesi olasıdır. Bu iştirakin o şirket üzerinde kontrol imkanı sağlamayacak derecede ve belki de sırf yatırım maksatlı tutulmasının istenmesi de meşrudur. Anılan şirketin bu yatırımları para olarak değil de ayın cinsinden karşılamak istemesi de, ticari olarak anlaşılabilir niteliktedir. Ancak bu hallerde bölünme hükümlerinden faydalanılamayacak olunması, şirketleri en basitinden külli intikal kolaylığından malınım bırakmaktadır. Şu basit örnek üzerinden belki de meramımızı nedeştirmek mümkün olur: A şirketi, işlerini geliştirebilmek adına B şirketinin sahibi olduğu yirmi kadar ilaç patentine, tüm malzemeleri ile Bursa ve İstanbul'da bulunan iki adet araştırma geliştirme laboratuvarlarına ve bu laboratuvarlarda çalışan yüzü aşkın uzmana ihtiyaç duymaktadır. B şirketi de artık kozmetik alanına ağırlık vermek istediğinden bu unsurları paylaşabileceğini düşünmektedir. Ancak ilaç işinin iktisadi kabiliyetinin yüksek olduğunu düşündüğünden ne bir lisans ne de bir devir, işine gelmemektedir. Bu noktada her iki şirket de tüm bu unsurlara karşılık pay edinilmesi noktasında uzlaşabilirler. Çünkü bu vesile ile B şirketi anılan unsurlar üzerinden temettü alabilecek ve işine gelmediği noktada paylarını devrederek şirketten çıkabilecektir. Peki bu anlaşma nasıl gerçekleştirilecektir? A şirketi sermaye artırır, B şirketi yeni payları taahhüt eder, bu taahhüdünü ayın cinsinden ve patentlerin ve laboratuvarların nakli ile karşılar. Patentlerin her biri Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tek tek ve noter onaylı şekilde devrolunur; bu bir maliyettir. Laboratuvarların kurulu olduğu gayrimenkuller Bursa ve İstanbul'a gidilmek suretiyle tapuda el değiştirir; bu da bir maliyettir. Uzmanların A şirketine kazandırılması için ise, her bir uzmanın onayı ile gerçekleştirilecek nakiller söz konusu olacaktır. Halbuki; eğer TTK da bu kurumu Sermaye Piyasası mevzuatında tanımlandığı haliyle tanımış olsaydı, taraflar söze konu patent, gayrimenkul ve iş ilişkilerini bir envanter ve iş ilişkileri listesi üzerinden tanımlamakla, paylar da dahil nakil işleminin büyük bir çoğunu tamamlamış olurlardı. Ancak TTK'daki dar canım itibariyle taraflar bu imkandan mahrum kalmış durumdadırlar. Görülebildiği kadarıyla Alman Hukuku'nda da iştirak modeliyle kısmi bölünme (*Ausgliederung*) sadece yavru şirket kurulması yöntemi'olarak değil, mevcut bir şirkette kontrol imkanı sağlamayacak pay edinimlerinde de kullanılabilecek bir yöntem olarak tasarlanmışır⁴⁰. Kanaatimizce TTK'nın ilgili hükmünün de ilk fırsatta bu yönde bir değişikliğe tabi tutulması yerinde olacaktır.

⁴⁰ Bkz. UmWG §123/3.

Ortaklara pay edindirilmesi modeliyle kısmi bölünme haline nazaran iştirak modeliyle kısmi bölünmede bölünen şirketin malvarlığı azalmaz. Çünkü bu türden kısmi bölünmelerde bölünen malvarlığı unsurları devralan **şirketin** payları ile ikame edilmektedir. Bir başka ifadeyle, bölünen şirketin toplam malvarlığını seçilmiş malvarlığı unsurları terk etmekte, ancak onların yerine devralan şirketin payları bölünen şirketin malvarlığına dahil olmaktadır.

İştirak modeliyle kısmi bölünme mehzaz kanunun ön tasarısında öngörülmüştür. Hatta bu yöntem, ön tasarıda, yavru şirket kurmak isteyen şirketlerin istifade edebileceği tek imkan olarak sunulmuştur. Ancak daha sonra malvarlığı devrine ilişkin yeni hükümlerin vaz edilmesi ile birlikte iştirak modeliyle kısmi bölünme kanundan çıkarılmıştır. Türk kanun koyucu aynı yolu takip etmemiş, ön tasarıya sadık kalmıştır. Ancak yavru şirket kurmak isteyen şirketlerin İsviçre ön tasarısında olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da mutlaka bölünme kurallarına riayetle bu isteklerini yerine getirmek zorunda kalıp kalmayacakları tartışmalıdır. Bu tartışmalara aşağıda "Alternatiflerini Yasaklamaması" başlığı altında değinilecek olmakla birlikte bu aşamada şu kadarını ifade etmek mümkündür: Yavru şirket kurmak isteyen şirketler, aynı sermaye konulması gibi başkaca yöntemlerden istifade etmek suretiyle de bu isteklerini yerine getirebilirler. Ancak bu hallerde bölünmeye ilişkin bazı hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Bu husus da aşağıda "Alternatiflerini Etkilemesi" başlığı altında ele alınmaya çalışılacaktır.

Bu noktada son olarak şu hususa da değinmek gerekir: Yukarıda da anıldığı üzere iştirak modeliyle kısmi bölünme Alman Hukuku'nda da düzenlenmiş hususlardandır. Orada bu yöntem *Ausgliederung* kavramı altında ve tam bölünme ve ortaklara pay devri modeliyle kısmi bölünme yanında üçüncü ve müstakil bir bölünme türü olarak değerlendirilmektedir.

2.2. Pay Sahipliği Haklarının Devamlılığı Bakımından

Yukarıda da anıldığı üzere bölünme işlemi neticesinde bölünen şirketin kendisi (iştirak modeliyle bölünme) ya da bölünen şirketin ortakları (ortaklara pay edindirilmesi modeliyle bölünme) devralan şirket veya şirketlerde pay sahibi olurlar. Anılan yöntemlerden esas olanı ortaklara pay edindirilmesi modeliyle bölünmedir. Diğer bir ifadeyle bölünme öyle bir işlemdir ki, onun neticesinde ve kural olarak, bölünen şirketin ortakları devralan şirket veya şirketlerde pay sahibi olurlar. Malvarlığını devreden bölünen şirket olmasına

rağmen, malvarlığını devralan şirketlerde bölünen şirketin ortaJ<lanrun pay sahibi olması kuralı diğer dar manada yeniden yapılandırma hallerinde de (birleşme ve tür değişikliğinde de) ana kuraldır ve hacca iştirak modeli gibi bir istisnası da mevcut değildir. Ancak kanun koyucu bölünme işleiru öze-
linde bu genel kurala iştirak modeli üzerinden bir istisna getirmekle yetin-
memiş, bunun yanısıra ortakların pay edinmesinde asimetric bir uygulamayı
kabul ile diğer yeniden yapılandırma hallerinden yine ayrılırıştır. **Aşağıda**
tafsilatıyla ele alınacak asimetric bölünme benzeri bir yöntem, birleşmeler
dolayısıyla mevcuttur; birleşmelerdeki ayrılma akçesi uygulaması ekonomik
sonuçları bakımından asimetric bölünmeye yaklaşı⁴¹ ve fakat tür değiştirme
hallerinde asimetri yaratılması veya benzeri uygulamalar söz konusu değıl-
dir. Diğer bir ifadeyle birleşme ve tür değişikliğinde paylar, kural olarak hep
simetric dağılır.

Bu manada bölünme işlemini ortakların pay sahipliğı haklarının devam-
Wığı bakımından simetric ve asimetric olarak ikiye ayırmak mümkündür.

2.2.1. Simetric Bölünme

TIK m. 161/2-a hükmü simetric bölünmeyi tanımlamaktadır. Anılan
maddede simetric bölünme ifadesi değıl, oranların korunduğı bölünme ifa-
desi kullanılmaktadır. Aynı şekilde öğretime eşdeğer bölünme kavramının
da tercih edildiğı görölmektedir⁴². İşbu çalışma altında simetric bölünme
ifadesinin tercih edilmesi sebebi kavram içeriğinin matematikle olan yakın
ilgisidir ve kavramın yine matematiksel bir ifade ile karşılanmış olmasının
daha uygun olacağı düşüncesidir. Aynı şekilde oranların korunduğı bölünme
ifadesi, birazdan açıklanmaya çalışılacağı üzere, anlam karışıklıklarına da yol
açabilecek türdendir.

Simetric bölünme yasada mealen şu şekilde tanımlanmaktadır: Eğer
devreden şirketin ortaklarına bölünmeye katılan tüm şirketlerde, özelli-
le devralan şirket veya şirketlerde, bölünen şirketteki payları oranında pay
tahsis ediliyorsa, bu takdirde anılan bölünme simetric bölünmedir. Yasanın
verdiği bu tanım, kanaatimizce, simetric bölünmeyi tam olarak kapsayan

⁴¹ Birleşmeler bakımından öngörölmüş ayrılma hakkına bölünmelerde yer verilmemiş ol-
masına yönelik eleştirisi için bkz. Kağan Susuz, Anonim Şirketlerin Bölünmesinde Pay
Sahiplerinin Ayrılma Hakkı, Legal Mali Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, s. 1291-1296, s.
1295.

⁴² Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 18.

ve bu manada isabetli bir tanım değildir. Talurunimizce tanımlama faaliyeti sırasında yasa koyucunun zihninde, daha çok, yeni kurulacak **şirketlere** tam veya kısmi bölünme halleri yer almaktadır. Bu manada yasal tanımın en büyük eksikliği bölünme türlerinin tamamını kapsamaması ve özellikle mevcut şirketlere tam veya kısmi bölünme hallerinde yanlış anlaşılmaya **müsaıt** olmasıdır. Şöyle ki; yasal tanımla itibariyle simetrik bölünmede, sanki, şu husus öne çıkar gibi görünmektedir: Bir bölünmeye simetrik bölünme diyebilmek için, bölünen şirketin ortakları bölünen şirkete ne oranda iştirak etmekte iseler, bölünme sonrasında devralan şirket veya şirketlerde de o oranda pay sahibi olmalıdırlar. Nitekim öğretilerde verilen somut örneklerin de bu yönde oluşmaya başladığı görülmektedir. Örneğin *Akuğur*, simetrik bölünmeye verdiği örnekte şu hususu beyan etmektedir:

*"Örneğin, bölünen anonim ortaklıkta% 10 pay sahibj olan A, devralan X veY ortaklıklarında da ayrı ayrı % 10 oranında pay sahibi olur;"*⁴³

Yukarıda da belirtildiği üzere simetrik bölünmenin bu şekilde anlaşılması yeni kurulacak şirketlere tam veya kısmi bölünmeler bakımından geçerlilik sağlar. Yeni kurulacak şirketlerde kuruluş sermayesi bölünen şirketten çıkan malvarlığı üzerinden sağlanır. Bu sermayede her bir pay sahibi bölünen şirketteki payı oranında hak sahibi olur ve yeni kurulacak şirketin sermayesi paylara bölündüğünde de her bir pay sahibi bölünen şirketteki payı oranında pay sahibi olur. Ancak mevcut şirketlere tam veya kısmen bölünme hallerinde bu anlayışın devam ettirilmesi, o şirketlerin ortaklarının ve bir sermayelerinin mevcudiyeti nedeniyle, mümkün değildir. Bu söyleneni şöyle bir örnekle açıklamak gerekirse, diyelim ki;

A şirketinin iki ortağı vardır. Bu ortaklar eşit derecede paya sahiptir. A şirketinin 50.000 TL değerindeki bir malvarlığı halihazırda mevcut bir B şirketine devredilmektedir ve B şirketinin de eşit paylara sahip iki ortağı vardır. B şirketinin bölünmeden önceki esas sermayesi 50.000 TL'dir ve bu sermaye her biri 500 TL'den 1000 paya bölünmüştür. Bu noktada bölünme sonrasında B şirketinin esas sermayesi 100.000 TL'ye çıkacaktır ve bölünme ile elde edilen ek 50.000 TL karşılığı çıkarılacak yeni paylar A şirketinin ortaklarına verilecektir. Ancak eğer simetrik bölünme yukarıda arz edildiği şekliyle an-

⁴³ Bkz. **Mehmet Akuğur**, Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2005, s. 19 ile Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012, s. 138.

laşılacak olursa, yani bölünen şirketteki pay oranınca pay edinilmesi klindc anlaşılacak olursa, mevcut şirkeclere bölünme halleri ancak ve ancak asimetrik gerçekteşebilecektir. Yukarıdaki örnekte A şirketinde her bir ortak % 50 pay sahibidir. Ancak bölünme sonrasında bu ortakların her biri ayn ayn % 50 değil, ilcisi birlikte ancak % 50 pay sahibi olabilmektedir.

Bu nedenle simetrik bölünmeyi mevcut şirketlere bölünme halini de düşünmek suretiyle şU şekilde tanunlamak, tamamlamak, kanaatimizce daha uygun olacaktır: Simetrik bölünme öyle bir bölünmedir ki, bölünme neticesinde bölünen şirketteki pay dağılım oranı değişmez ve bölünen şirketin ortakları devralan şirket veya şirketlerin bölünme neticesi arz ettikleri payları bölünen şirketteki pay oranları nispetince edinirler. Nitekim mehz kanunun gerekçesinde de simetrik bölünme tam olarak bu şekilde tanunlanmaktadı_r44

Bu tanımdan sonra yukarıdaki örneğe dönmek gerekirse: Diyelim ki B şirketi bölünme neticesi elde ettiği 50.000 TL karşılığında 1000 pay daha çıkarmaktadır. Eğer bu 1000 pay A şirketinin ortakları arasında A şirketindeki pay oranları nispetince, yani yarı yarıya dağıtılıyorsa, o halde bu bölünme simetriktir. Bölünme sonunda A şirketinin her bir ortağı A şirketinde% 50 pay sahibi kalmaktadırlar, B şirketinin ise sadece % 25'ine sahip olmaktadır. Yine de bu pay sahipliği oranının farklılaşması bölünmenin simetrik bölünme olarak tanınması ve tanımlanması önünde engel teşkil etmez.

Simetrik bölünmenin tanımı üzerinde gösterilen bu hassasiyet şu nedendendir: Asimetrik bölünmeler yasada ağırlaştırılmış nisaba tabi tutulmuřlardır⁴⁵. O nedenle muhteviyatı itibariyle simetrik olan bazı bölünmelerin, tanım yetersizliği nedeniyle asimetrik kabul edilip ağırlaştırılmış nisaplara tabi tutulmak istenmesini baştan önlemek gerekir ve simetrik bölünme ögede, bölünme neticesinde bölünen şirketteki pay oranlarının değişmemesi, devralan şirket veya şirketlerden edinilecek payların ise, bölünen şirket ortakları arasında bölünen şirketteki pay oranları nispetinde dağıtılmasıdır.

2.2.2. Asimetrik Bölünme

Simetrik bölünme bu şekilde bir tanıma kavuşturulduktan sonra asimetrik bölünmeyi tanımlamak biraz daha kolaylaşmaktadır. Buna göre asi-

⁴⁴ Bkz. Botscha.ft, s. 4356.

⁴⁵ Bkz. TIK m. 173/3 hükmü.

metrik bölünmede bölünen şirketteki pay oranları değişir ve/veya devralan şirket veya şirketlerden edinilecek paylar, bölünen şirketin ortakları arasında, bölünen şirketteki pay oranlarına riayet edilmeksizin dağıtılır. Asimetrik bölünmenin en uç halinde bölünen şirketin ortaklarından birinin veya birkaçının bölünen şirkette hiç payının kalmaması ve/veya devralan şirketlerden hiç pay almaması dahi söz konusu olabilir⁴⁶. Bu uç halleri tarumlamak için yabancı kaynaklarda sıfıra bölünme (*Spaltung auf Null*) ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁴⁷. Asimetrik bölünme bu manada, bir şirkete ilişkin malvarlığı ve pay sahipliği kartlarının kısmen veya tamamen yeniden dağıtılmasıdır ve ekonomik sonuçları itibariyle şirketten kısmen ya da tamamen çıkma veya çıkarılma haline denk gelir. Asimetrik bölünme neticesinde pay sahiplerinin her bir paydan doğan münferit pay sahipliği mevkiilerini de kaybetmeleri söz konusudur.

Bu haliyle asimetrik bölünme uygulamada en çok ihtiyaç hissedilen bölünme türlerinden bir tanesidir. Yukarıda anılan özellikleri itibariyle asimetrik bölünme özellikle anonim şirketlerde ve pay sahipleri arasındaki çekişmelerin çözümü yöntemlerinden bir tanesi olarak da karşımıza çıkabilecektir. Bilindiği üzere anonim şirketlerde, limited şirketlerin aksine çıkma ve çıkarılma müessesesi yoktur. Kanun ancak pay bedelinin ödenmemesi haline ilişkin uygulanması güç bir ıskat hali (TTK m. 482) ile şirketler topluluğunda ve % 90 veya üzeri bir paya sahip olmak kaydıyla ve azınlığın menfi davranışları halinde uygulama imkanı bulacak kalan payları satın alma hakkını (TTK m. 208) tanımak suretiyle şirketten çıkarmaya imkan tanımaktadır. Bu haliyle asimetrik bölünmenin de çıkma ve çıkarılma mekanizması olarak (kötüye) kullanılması teorik olarak mümkündür. Aynı şekilde TTK m. 531, yeni dönemde bir anonim şirketin haklı sebeple feshinin dava edilebileceğini düzenlemektedir ve anılan madde hakime, fesih yerine başkaca çözümlere hükmedebilmek yetkisini tanımaktadır. Anılan madde uygulamasında ise, daha şimdiden, fesih yerine kaim olmak üzere feshi talep olunan şirketin asimetrik bölünmeye tabi tutulması yönünde ilk derece mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Bu manada asimetrik bölünmeye taraflar karar verebileceği gibi, hakim de karar verebilmektedir⁴⁸.

⁴⁶ Aynı yönde **Bilgili/Demirkapı**, s. 97. Aksi yönde **Karahan/Keşli**, s. 203.

⁴⁷ Bkz. Böckli, Aktienrecht, N. 334.

⁴⁸ Bu yönde bir kararın nasıl uygulanabileceği ise, kanaatimizce, apayrı ve içinden çıkılmaz başkaca sorunlar doğurabilecektir. Dolayısıyla TTK m. 531 dolayısıyla bölünmeye karar vermek yerine sermayenin azaltılması gibi daha az sorunlu alternatiflere karar verilmesi üzerinde de düşünülebilir.

Ancak asimetrik bölünmenin kendi içerisinde u.hjp olduğu ıt" çazum bekleyen sorunları vardır. Bunlar; asimetrik bölünmenin tabi olduğu ağır b_1-tırılmış nisap ile asimetrik bölünmenin kötüye kullanılabilecek olması bçqı-sında ek uygulama şartları aramanın gerekip gerekmeyeceği soruJandu.

İleride bölünme süreci incelenirken tekrar değinilecektir; ancak bu clşa-mada §U hususu ifade etmek gerekir: Bölünme işlemi, genel kurul on.ayına sunulmaksızın gerçekleştirilemez. Kanun genel kurul onayı bakımından si-metrik ve asimetrik bölünme dolayısıyla farklı nisaplar öngörmektedir. Ör-neğin bir anonim Şırkeç simetrik bölünecekse, Kanun bölünen şirketin genel kurulunda mevcut bulunan oylardan dörtte üçünün olumlu olması ve olum-lu oyların tamamının mevcut sermayenin% 50'sinden fazlasını temsil etme-sini beklemektedir. Bu manada simetrik bölünme dahi ağıdaşcınılımış nisaba tabi iken, Kanun asimetrik bölünmede bir adını daha ileri giderek bölünen şirkette oy hakkını haiz ortakların en az yüzde doksanın olumlu oy **vermiş** olmalarını şart koşturmaktadır.

Evvela ifade etmek gerekir ki, İsviçre ön tasarısında mevcut koşul yüzde doksan değil, oy birliği şeklinde öngörülmüş, daha sonrasında gelen eleş-tiriler üzerine nisap % 90 olarak belirlenmiştir⁴⁹. Ancak görüldüğü üzere Kanun, sermayenin % 90'ı değil, oy hakkına sahip ortakların % 90'ından bahsetmektedir. Diğer bir ifadeyle Kanun, pay miktarına değil, ortak sayı-sına bağlı bir oylama öngörmektedir.

Bu husus İsviçre Hukuku'nda eleştirilen, tartışılan hususlardan bir ta-nesidir⁵⁰. Yazarların bir kısmı, olan hukuk bakımından yasanın lafzına bağlı kalınması gerekliliğini belirtmekle birlikte, ortak sayısına bağlı bir oylama-nın sermaye şirkederinin yapısı ile uyuşmadığıru beyan etmektedir. Bir kı-sım yazar ise, yasanın lafzı ile de bağlı hissetmeyip tüm şirkeder için geçerli olacak şekilde nisaba ilişkin hükmün, sermayenin % 90'ının onayı şeklinde okunması ve anlaşılması gerekliliğini savunmaktadır. Bir kısım yazar ise, sa-dece çok ortaklı şirketler bakımından böyle bir kıstasın kabulünün yerinde olacağını belirtmektedir.

⁴⁹ Bkz. Michel Hopf, Die fusionsrechtlichen Meliorationsverfahren bei der Aktiengesellschaft - Barabfindungsfusion und asymmetrische Spaltung, Zeitschrift zur Rechtseczung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht 3/2005, s. 1-24, s. 4 vd. Asimet-rik bölünme imkanı 6. Yönerge'de öngörülmemişken, Alman Hukuku'nda da oybirliği kıstasına tabi kılınmıştır. Bkz. Hopf, s. 3.

❖o Tartışmaların tarafları ve özeti için bkz. Hopf, s. 8 vd.

Gerçekten de ortak sayısının en az % 90'ının onayı şeklinde öngörülen bir nisap oldukça ağır bir nisaptır. Şöyle ki, ortak sayısının 10'un altında kaldığı şirketlerde bu oran her zaman oybirliğini ifade edecektir. Buh²²rd'e sermayeye katılım oranı % 1 bile olsa bir kişinin asimetrik bölünmeyiSt memesi, veto etmesi, bölünmenin gerçekleştirilememesi anlamına gelecektir: Diğer taraftan me^haz^h hukukta kanun koyucunun, özeli^{iki}e anoni^m şirkederi düşünerek, baştan itibaren asimetrik bölünmeler dolayısıyla oy birliğini aramak istediği de bilinmektedir. Çünkü asimetrik bölünme, yapısı itibariyle çıkma ve çıkarılmaya denk düşebilmektedir ve bu manada azınlığın şirketten çıkarılması sonucunu doğurabilir. Ancak çıkma ve çıkarılma, yukarıda da arz edildiği üzere, anonim şirketlerin yapısı ile bağdaşmamaktadır. Aynı şekilde ve yine yukarıda arz edildiği üzere, asimetrik bölünme öyle bir şekilde kullanılabilir ki, neticesinde azınlık pay sahipleri "çürük yumurtaları" kucaklarında bulabilirler. Bu söylenen hususlar yasanın lafzına riayet edilmesi düşüncesini destekler niteliktedir.

Diğer taraftan aksi görüşlerde de haklılık payı mevcuttur. Şöyle ki; bir sermaye şirketi olarak anonim şirketlerde oylama hep sermaye payına bakılarak gerçekleşir. Bu itibarla ortak sayısına riayetle yapılacak bir oylama çoğunluğun azınlığa mahkum edilmesi anlamına gelebilir. Aynı şekilde, özellikle yeni dönemde çıkma ve çıkarılma artık anonim şirketlere o kadar da yabancı olan unsurlar değildir. Özellikle TİK m. 208'de anılan ve şirketin sermayesinin % 90' ını elinde bulunduran şahsın kalan payları satın almak suretiyle azınlığı şirketten çıkarabilmesi bu meyanda sayılabilecek örneklerdendir. Bu örnekte de görüldüğü üzere kanun koyucu bu türden bir çıkarma halini ortak sayısına değil, sermaye payı oranına bağlamakta bir beis görmüştür. Aynı kanun koyucu, ekonomik sonuçları itibariyle benzeşik bir kurum olan ayrılma akçeli birleşme hallerinin de onayını sermaye payına bağlamıştır. TİK m. 141/2 hükmü gereği şirketler, ortaklarının rızası hilafına dahi, ayrılma akçeli birleşmeler öngörebilirler; örneğin bir veya birden çok ortağa devralan şirkette pay vermek yerine payın gerçek değerini karşılayan bir bedelin ödenmesi kararlaştırılabilir ve bu hallerde Kanun, m. 151/5 hükmü üzerinden onay nisabını, yine sermayenin % 90' ı şeklinde belirlemektedir. Görüldüğü üzere, bedelini vererek şirketten çıkarmak imkanını, kanun koyucu, her iki halde de payların sermayeye oranına göre belirlemektedir, ortak sayısına göre değil.

¹ Bkz. Çoştan, 2012, s. 123.

Buradan harekede kanun koyucunun kendi içerisinde çeliştiği sonucuna varılabilir. Ekonomik sonuçları itibariyle birbirleri ile benzeşik üç yapıdan ikisinin onayında sermaye payına oran ile bağlantı kuran kanun koyucu, asimetrik bölünme halinde onayı ortak sayısına bağlamaktadır. Bu noktada sorulması gereken soru şudur: Acaba kanun koyucu bu çelişkiyi görse idi, çelişkiyi çözmek ihtiyacı hisseder miydi? Kanaatimizce çelişkiyi çözmek ihtiyacı anılan üç uygulamanın benzeşik yapısı itibariyle elzem görünürdü. O halde, öğretilde yürütülecek bir yorum faaliyeti neticesi varılacak sonuç, yasanın lafzının aksine hükmetse dahi, bir *contra /egemyorum* yasağına da tabi olmayacaktır⁵².

Buradan harekede işbu çalışma altında da anılan hükmün **sermayenin** % 90' ı şeklinde okunması gerektiği görüşü hasıl olmaktadır⁵³. Çünkü yasa benzer hallerin tamamında onayı sermaye payına bağlarken ve hatta bir yeniden yapılandırma hali olan birleşmede dahi bu tutumdan vazgeçmezken, kanaatimizce, bölünmede de bu kuraldan vazgeçmemelidir. Aynı şekilde, yukarıda anılan görüşlere katılmak mümkündür; öyle ki ortak sayısı uyarınca yapılacak bir oylama hem sermaye şirketlerinin yapısı ile bağdaşmaz, hem de çoğunluğu az ortaklı ve aile şirketi şeklinde yapılanmış Türk anonim şirketlerinde oy birliği şartını dolaylı yoldan getirmiş olmak anlamına gelir. Yine sermayenin% 90'ının onayı şeklinde bir şart dahi, kanaatimizce, çoğu olayda elde edilmesi güç bir nisap teşkil edecektir ve bu nisap dahi azınlığı koruyucu niteliktedir.

Ancak bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir: Burada temsil edilen görüş uyarınca asimetrik bölünmenin sermayenin% 90'ının onayıyla kabul edilmiş olması asimetrik bölünmenin geçerliliği bakımından tek başına yeterli değildir. Çünkü bu halde pay sahipliği mevkiinin pay sahibinin elinden rızası hilafına alınması söz konusudur. Pay sahibinin münferit pay üzerindeki mülkiyet hakkına saygı gereği, en azından, bir takım ek şartlar aramak gerekecektir. Aynı şekilde benzeşik diğer hallere bakıldığında görülmektedir ki, kanun koyucu bu hallerin bir çoğunda nisabı ağırlaştırmakla yetinmeyip bir takım ek şartlar da aramaktadır. Örneğin TTK m. 208'de öngörülen satın alma hakkında, azınlığın uyumsuz tavırları ile şirket işleyişini bozmaları koşulu, ek bir şart olarak aranmaktadır.

n Aksi yönde **Hopf**, s. 10.

⁵³ Bkz. **Kendigelen**, s. 154. Benzer şekilde Çoştan, 2012, s. 124.

Buradan hareketle, kanaatimizce, asimetrik bölünmenin geçerliliği için de sermayenin % 90'ının onayı yeterli görülmemelidir. Özellikle asimetrik bölünmenin azınlık aleyhine kötüye kullanılabilecek olması, çürük yumurtaların bir şirkette toplanması ve azınlığa devri hali, asimetrik bölünme uygulamasının tercih nedenini sorgulamamızı gerektirir. Bu manada, kanaatimizce, bir asimetrik bölünme, bölünmeye katılan şirkederin devamlılığı bakımından meşru bir sebebe dayanmıyorsa ve azınlığın elinden alınan mülkiyet hakkına nazaran ölçülü değilse, sermayenin % 90'ını temsil eden bir oyla kabul edilmiş olsa dahi, geçerli değildir⁵⁴. Meşru sebep, şirketlerin amacını takip bakımından gereklilik, ortaklar arası uyumsuzluk şeklinde zuhur edebileceği gibi ölçülülük kıstası da, evvel emirde, malvarlığırun dağıtılmasında aranmalıdır. !Diğer bir ifadeyle, eğer bölünen şirketin menfaati gereği asimetrik bölünme tercih edilmediyse, ortaklar arası bir sürtüşme yoksa ve malvarlığı, bölünmeye katılan şirketlerin her birinin devamlılığını sağlayacak şekilde dağıtılmadıysa, asimetrik bölünme uygulamasının da geçerliliğinden bahsedilememelidir.

Özetlemek gerekirse; burada temsil edilen görüşe göre, asimetrik bölünme ortak sayısının değil, sermayenin% 90'ıru temsil eden payların onayı ile gerçekleşir. Ancak asimetrik bölünme meşru bir sebebe dayanmıyorsa ve ölçülü de değilse, o takdirde anılan genel kurul kararı geçersizdir. İleride ayrıntısı ile ele alınacak tescilin iyileştirici etkisi gereği, ilgililerin bölünme işleminin tescilinden önce ve tescilin önlenmesi talebi ile mahkemelere gecikmeksizin başvurularında fayda vardır.

Bu noktada son olarak şu hususu da ifade etmek gerekir: Yukarıda anıldığı üzere, haklı sebeple fesih davalarında hakim, fesih yerine asimetrik bölünmeye karar verebilmektedir. Bu takdirde asimetrik bölünmenin tekrardan genel kurul onayına sunulmasına gerek yoktur; yönetim organı, organları mahkeme kararının gereğini yerine getireceklerdir. Ancak genel kurula başvuru imkanının ortadan kalkması hakime bir de sorumluluk yüklemektedir: Mahkeme kararında asimetrik bölünmenin nasıl gerçekleştirileceği hususunda yönetim organlarına en azından yol gösterici nitelikte betimlemelerin olması icap eder; kim, nerede, hangi malvarlığı unsurlarıyla alarak bölünecektir; mahkeme kararının, bu soruların cevabını içermesi gerekir. Bunun dışında sürecin yasada betimlendiği haliyle ve yönetim organının sorumluluğunda devamı, yani bölünme sözleşmesi/planı hazırlanması, rapor, inceleme hakkı, alacaklıların çağırılması ve alacakların teminat altına alınması ve tescil

⁵⁴ Aynı yönde **Hopf**, s. 17.

8.şamalarından geçilmesi, mahkeme kararıyla yürütülecek **asimetrik bölünmelerde** dahi gereklidir.

2.3. Malvarlığını Devralan Şirketin Varlığı Bakımından

Bölünmeyi son olarak malvarlığını devralan şirket veya şirketlerin bölünme öncesinde var olup olmadıklarına göre ikiye ayırmak mümkün görünmektedir. Bu manada bölünme, devralma ve yeni kuruluş şeklinde bölünme olmak üzere ikiye ayrılabilir.

2.3.1. Devralma Şeklinde Bölünme

Devralma şeklinde bölünmede bir şirketin mevcut bir şirkete veya şirketlere tam veya kısmen bölünmesi söz konusudur. Bir diğer ifadeyle bölünme neticesinde bölünen şirketin malvarlığını terk eden kısım veya kısımlar mevcut şirket veya şirketlerce kabul olunmakta ve bölünen şirketin pay sahipleri⁵ halihazırda kurulu ve işleyen bu şirketlerde pay sahibi olmaktadır. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme neticesinde edindirilecek bu paylar, kural olarak, devralan şirket veya şirketlerin mevcut sermayelerini devralınan malvarlığının aktif fazlası oranında artırmaları sayesinde ihraç olunmaktadır.

İleride ayrıntısı ile ele alınacaktır; ancak bu noktada şu hususu da eklemek gerekir: Devralma şeklinde bölünmede bölünmeye katılan şirketler kendi aralarında bir bölünme sözleşmesi hazırlamakla bölünme sürecini başlatırlar. Daha sonrasında her bir şirketin ortaklarına bir inceleme hakkını tanımaları, alacaklarını çağırarak, sureciyle alacakları teminat altına almaları ve devamında bölünme işleminin her bir şirketçe Kanun'da öngörülen nisaplar üzerinden onaylanması gerekir.

2.3.2. Yeni Kuruluş Şeklinde Bölünme

Yeni kuruluş şeklinde bölünmede ise, bölünen şirketten ayrılan malvarlığı unsurları ile bir veya daha fazla şirketin ilk defa kurulacak olması söz konusudur. Bu türden bölünmede, kural olarak, bölünme işleminden önce

)) Maalesef TTK, Sermaye Piyasası mevzuatının aksine, mevcut şirketlere bölünmede bölünen şirketin kendisinin devralan şirketlerde pay sahibi olmasına müsaade etmemektedir. Ayrıntısı için bkz. yukarıda "İştirak Modeliyle Kısmi Bölünme" başlığı altındaki açıklamalar.

sadece bölünen şirket vardır; malvarlığını devralan şirket veya şirketler ancak bölünme işleminin ve kuruluşu yönelik şirket sözleşmesi gibi diğer **evrakın** tescili neticesinde kurulmuş olurlar. Bu türden bölünmede bölünme işlemi ile kuruluş keyfiyeti eş zamanlı olarak tescil edilir⁵⁶.

Yeni kuruluş şeklinde bölünmede henüz devralan şirket veya şirketler mevcut olmadığından bölünme işlemi bölünen şirketçe yürütülür. Bu manada bölünen şirket önce bir bölünme planı hazırlar, bu plana ek olarak kurulacak şirket veya şirketlere ait şirket sözleşmesi taslakları eklenir. Devamında bölünme süreci, devralma şeklinde bölünme ile aynı merhalelerden ve fakat sadece bölünen şirketin katılımı ile geçmek suretiyle tamamlanır. İşlemin tamamlanması neticesinde ise, devralan şirketler Kanun'da kendi türlerinin kuruluşuna yönelik diğer hükümlere de uyulmak suretiyle kurulmuş olurlar. TTK'nın 164. maddesi ilk cümlesi bunu emretmektedir.

Bu noktada, Kanun'un 164. maddesi ikinci cümlesi üzerinde durmak gerekir. Anılan hükme göre bölünme neticesinde anonim ve limited şirketlerin kurulacak olması halinde, kurucuların asgari sayısına ve aynı sermaye konmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak, burada temsil edilen görüşe göre, ilk kanun değişikliği sırasında ve bölünme ile ilgili en başta düzeltilmesi gereken hükümlerden bir tanesi de bu hükümdür. Şöyle ki;

Anılan hüküm, ilk olarak, sermaye şirketlerinin kurulmasında -ki TIK m. 124 dolayısıyla hukukumuzda anonim, .limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler sermaye şirketleridir- kurucuların asgari sayısına ilişkin şartların yeni kuruluş şeklinde bölünme işlemlerinde dikkate alınmayacağına hükmetmektedir. Anılan bu hüküm İsvBirK m. 34'den tercüme edilmiştir ve İsviçre Hukuku'nda örneğin bir anonim şirket 2008 yılında yürürlüğe giren değişikliğe kadar en az üç, bir limited şirket ise, en az iki kişi ile kurulabilmekteydi. Dolayısıyla anılan hükmün İsviçre'de, en azından 2008 yılına kadar, bir karşılığı vardı ve o da, bölünme işlemi neticesinde bir anonim veya limited şirketin bir kişiyle dahi olsa kurulabileceği, kurulmuş sayılacağını öngörmekti. Ancak Türk Hukuku'nda, TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, anonim ve limited şirketler zaten bir kişi ile dahi kurulabildiğine ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de uygulamada rastlanmadığına göre, anılan hükmün kurucu sayısına ilişkin olan kısmı hukukumuzda malumun ilanından öte bir anlam taşımamaktadır ve ilk fırsatta

⁵⁶ Bkz. Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 129. maddesi 6. fıkrası.

Kanun'dan çıkarılmalı veya düzeltilmelidir. Diğer bir ifadeyle anılan hukuk bölünmesine müsaade edilen şirkederden sadece **kooperatifler ile sermaye** paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından anlam **ifade edebilir**; Kanun sermaye şirketi terimini kullanmak ile kooperatifleri zaten kapsam **da bırakmıştır**, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunup bulunmadığı hususu da pratik fayda bakımından tartışılabilir niteliktedir.

Hükmün aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına öngören ikinci kısmının da isabetli olduğunu söylemek güçtür. **Söyle** ki; bilindiği üzere TTK, henüz yürürlüğe girmeden 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu değişikliğin temelinde de işlem denetçiliği müessesesinin kaldırılması yatmaktadır. İşlem denetçiliği müessesesinin kaldırılması genel olarak ve masrafları azaltması bakımından faydalı olmuştur da, maalesef bölünme işlemlerini menfi etkileyebilecektir⁸. Örneğin, mülga 170. **madde** üzerinden işlem denetçisine, özellikle bölünme sözleşmesini, bölünme planını ve bunlara yönelik bilançoları denetlemek yetkisi tanınmış vaziyetteydi. Bu yetki üzerinden işlem denetçisinin bölünmeye konu malvarlığı unsurlarını, bu unsurları ihtiva eden ve bölünme sözleşmesi veya planının eki konumundaki envanteri ve bu manada ayınları da değerleri bakımından denetlemesi söz konusu olacaktı. Nitekim sırf bu nedenden ötürü mehz kanunda, tekrara düşmemek adına aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmüşken, TTK'da işlem denetçiliğinin kaldırılması ve fakat 164. maddenin aynı sermaye konulmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı emrinin yasada tutulması isabetli olmamıştır. Bu haliyle Kanun, bölünme işlemi neticesi devralınacak ayınların değer tespiti meselesini açıkta bırakmış olmakta ve yönetim organı beyanlarını esas almakla yetinmektedir; bu manada şirket dışı bir üçüncü şahıs, örneğin mahkemece atanacak bir bilirkişiden vazgeçilmekte ve yeni kurulan şirketin sermayesinin beyan edilenden daha düşük bir değere sahip olması tehlikesi göze alınmaktadır. Kanaatimizce bu sebeple de, anılan hükmün yeniden gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Şu an için anılan sakınca, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin m. 128/1-b-3 ve 2-6-3 hükümleri üzerinden kısmen de olsa bertaraf edilmiş görünmektedir. Anılan hükümler gereği ticaret siciline, devre konu malvar-

⁵⁷ Anılan hükmün kooperatifleri de kapsayacağı yönünde bkz. **Kendigelen**, s. 125 ile Karahan/Keşli, s. 206.

⁸ Benzer şekilde Ercüment Erdem, Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar, GÜHFD 2013/2, s. 113-139, s.117; Kendigelen, s. 135.

lığı unsurlarının değerini tespit eden bir YMM veya SMM raporu vadenetçi raporu eklenmelidir. Yine de yeni kurulan diğer şirketlerle yaratılan bu fark bakımından anılan hükmün yeniden gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

Bu noktada yeni kuruluş şeklinde bölünmeler vesilesi ile son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: Yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde bölünme neticesinde kurulacak şirket veya şirketler bakımından kurucu sıfatı⁹ ile ortak sıfatı farklılaşmaktadır. Örneğin bir anonim şirketin olağan kuruluşunda kurucular şirket kurma iradesini gösteren, kuruluş sermayesini de taahhüt eden kişiler olmakta, bu haliyle kurucu sıfatı ile ortak sıfatı aynı kişilerce karşılanmaktadır. Ancak yeni kuruluş şeklinde bölünmede kurucu sıfatının bölünen şirkete, ortak sıfatının ise, bölünme işleminin tescili ile birlikte, bölünen şirketin ortaklarına ait olduğu söylenebilecektir. Çünkü bölünen şirketten ayrılan malvarlığı yeni kurulan şirketin esas sermayesini oluştururken bu sermayenin bölünmesi neticesinde ortaya çıkan paylar da bölünen şirket ortakları üzerinde aslen doğmaktadır. Bu noktada alda şu soru gelebilir? Aca-ba yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde kurucu ile ortak sıfatının farklılaşması, özellikle kuruluştan doğan sorumluluk halleri bakımından nasıl bir sonuç doğuracaktır? Kanaatimizce bu soru, tam bölünme hallerinde, yani bölünme neticesinde bölünen şirketin tasfiyesiz bir biçimde sona erdiği hallerde, daha da önem arz edecektir. İlerleyen bölümlerde bölünme sözleşmesi ve planının hukuki niteliği tartışılırken arz edilecektir; ancak bu noktada sorunun halli bakımından şu husus belirtilebilir: Bölünme işlemi bölünen şirket ortakları lehine yapılan bir işlem olup işlemin tamamlanması ile bölünen şirket ortakları işlemin geleceğe dönük tarafı halini alırlar. Buradan harekede denilebilir ki, yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde kurucu sıfatı bölünen şirkete ait olmakla beraber, kuruluştan kaynaklı bir sorumluluğun vaki olması halinde, bu sorumluluğun tam bölünme hallerinde bölünen şirket ortaklarınca karşılanacağı, kısmi bölünme hallerinde ise, bölünen şirket ile paylaşılacağını söylemek mümkündür. Benzer bir sonuca TTK'nın 337/2 hükmü üzerinden de varmak mümkündür görünmektedir; bu minvalde yeni kuruluş şeklinde bölünmede bölünen şirketin kuruluş işlemlerini ortakları hesabına yürüttüğü ve bu nedenle onların da kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılacakları düşünülebilir.

⁵⁹ Kurucu kavramı için bkz. Halil **Arslanlı**, Anonim Şirketler, C. I, İstanbul 1960, s. 23 vd. ile Ali Murat **Dizdar**, Sermaye Piyasası Kanunu'nun Anonim Ortaklıklarda "Kurucu" Kavramında Yaptığı Değişiklik Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi 1983, Cilt XXX, s. 282-295.

3. Bölünmenin Benzerleri/Alternatifleri İle İlişkileri

Yukarıda bölünmenin tanımı ve unsurları bahsinde de öne çıktığı üzere, bölünme, esasen, bir malvarlığının devri halidir. Bir şirkete ait malvarlığın unsurları bölümlere ayrılmakta ve bu bölümler bir küme halinde, yani **ilgili** bölüme ait münferit unsurların nakli için gerekli olan tasarruf **işlemlerine** riayet edilmeksizin, mevcut başka şirketlere veya yeni kurulacak **şirketlere** devredilmektedir.

Diğer bir yönüyle bölünme, bölünme türleri bahsinde de görüldüğü üzere, özellikle tam bölünme ve ortaklara pay edindirilmesi modeliyle kısmi bölünme hallerinde, şirket sermayesinin ortaklara dolaylı yoldan iadesini de ifade etmektedir. Şirket, bir tüzel kişi olması itibarıyla kendi malvarlığının sahibidir. Ancak bölünme neticesinde, kendi malvarlığını terk eden bir bölüm karşılığında kendisine değil, ortaklarına bir bedel ödenmektedir; bu bedel ise, malvarlığını devralan şirket veya şirketlerin payları şeklinde tezahür etmektedir.

Bu minvalde bölünme, esasen, diğer malvarlığının devri halleri ile sermayenin iadesi hallerine benzemektedir ve bu haller bölünme yerine geçebilecek alternatifler olarak da karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla işbu başlık altında bölünmenin benzerleri ve alternatiflerinden ne ölçüde ayrıldığı ve alternatiflerini nasıl etkilediği sorularına değinilecektir. Özellikle, bölünmenin artık pozitif bir düzenlemeye kavuşmuş olmasının bölünme alternatiflerini yasaklayıp yasaklamadığı veya bölünmeye has pozitif düzenlemede ortaya konan genel kurul kararı; alacaklı ve pay sahiplerinin korunması gibi ilkelere, kıyasen, bölünme alternatiflerine de uygulanıp uygulanmayacağı soruları cevap bekleyen sorulardandır.

3.1. Benzerleri ve Alternatiflerinden Ayrılması

3.1.1. Birleşme

Yukarıda da ifade olunduğu üzere bölünme, birleşme işlemi ile yakından bağlantılı görülmektedir; o kadar ki, bölünmenin, birleşme işleminin aynadaki yansıması olduğu yönünde teşbihler kullanılmaktadır. Teşbihte hata olmayacağı kuralı burada da uygulama alanı bulmakla beraber, birleşme ile bölünmenin birbirlerinden ayırt edilemeyecek kadar yaklaştıkları tek alan tam bölünmedir. •

Birleşmede bir veya daha çok şirkete ait malvarlığı unsurlarının **tama-** mınınm diğer bir mevcut veya birleşme işlemi neticesinde kurulacak **şirkete** devri söz konusudur ve birleşme neticesinde devreden şirket veya şirketler tasfiyesiz bir biçimde sona erer. Devreden şirket veya şirketlerin tasfiyesiz bir biçimde sona ermeleri nedeniyle birleşme kısmi bölünmeden ayrılır. Çünkü kısmi bölünme neticesinde bölünen şirket, kalan malvarlığı üzerinden faaU-yetine devamla kişiliğini korur, sona ermez.

Tam bölünmede de, birleşmede olduğu gibi, bölünen şirketin tüm mal-varlığı devre konu edilir ve şirket bölünme neticesinde tasfiyesiz bir biçimde sona erer; fak❖t tam bölünmede şirketin malvarlığı en az iki bölüme ayrıla-rak yine en az iki şirkete devrolunur. Bu manada birleşme ile tam bölünme arasındaki temel fark, yeniden y;pılandırma işlemine katılan şirketlerin sa-yısında tezahür eder; birleşme işlemine devralan sıfatıyla bir şirket katılırken tam bölünmeye devralan sıfatıyla❖n az iki şirket dahildir⁶⁰. Diğer bir ifadeyle birleşme ile tam bölünme devralan şirketlerin sayısı itibariyle birbirlerinden ayrılırlar.

Bu noktada bölünmenin birleşme benzeri iki temel uygulamadan, sözde birleşme (*Quasifusion*) ve gerçek olmayan birleşmeden (*Unechte Fusion*) nasıl ayırt edildiğini de ifade etmek gerekir:

Sözde birleşmeye öğretide *Sh{tres far Shares* denilmesi de söz konusudur. Bu manada sözde birleşmeyi ,pay değış tokuşu olarak da adlandırmak müm-kındır⁶¹. Sözde birleşmede bir şirket sermayesini artırarak yeni paylar oluş-turur, bu paylar başka bir şirketin pay sahipleri tarafından taahhüt olunur ve yeni oluşan payların bedeli nakden karşılanmaz; payları taahhüt.eden pay sahipleri diğer şirketteki mevcut paylarını, payı ihraç eden şirkete vermekle yeni ihraç olunan payların bedellerini gayrı nakdi bir biçimde karşılamış olurlar⁶². Sözde birleşme işlemi neticesinde bir şirkette pay sahibi olan şahıslar bu paylarını başka bir şirkete vermek suretiyle o şirkette pay edinmiş olurlar. Payı ihraç eden şirket ise, bu vesile ile başka bir şirkette pay sahibi olmuş olur. Bu yönüyle sözde birleşme bölünmeye şu açıdan yaklaşır: Bir şirketin pay sahipleri anılan işlem sonucunda başka bir şirkette pay sahibi olmakta-

⁶⁰ Bkz. **Habersack**, s. 211.

⁶¹ *Couan* bu uygulamayı ifade için "birleşme benzeri" ibaresini kullanmaktadır. Bkz. Coş-tan, Böllinme, s. 29.

⁶² Bkz. Roland von Büren/Walcer A. StoffeVRolf H. Weber, *Grundriss des Aktienrech-* cs, 3. Auflage, Zürich 2011, N. 1395.

dırlar. Ancak sözde birleşmede bölünmeden farklı olarak pay **karuJJğJ** verilen payların ait olduğu şirketin, payları ihraç eden şirkete kendi **malvarlığından** bir *kısmı* nakletmesi söz konusu değildir. Değiş cokuşa konu **payların ait** olduğu şirketin sözde birleşme işleminde taraf sıfatı yoktur; işlem bu **şirketin** dışında, bu şirketin pay sahipleri ile başka bir şirket arasında **gerçekleşmek**-tedir. Bölünme işleminde ise, esasen, bölünen şirketin pay sahipleri devralan şirkette pay sahibi olmakla birlikte kendilerinin bu işleme doğrudan taraf olmaları söz konusu değildir; bölünme işleminin tarafı, bu manada, bölünen şirket ile devralan şirket veya şirketlerdir. Pay karşılığı payı erunilen şirketin işleme taraf olmaması ve malvarlığı devri de yapılmaması nedeniyle bölünmeyi sözde birleşmeden ayırt etmek nispeten kolaydır.

Ancak bölünme ile gerçek olmayan birleşme hususunda bu tespiti sürdürmek biraz daha zorlaşmaktadır:

Gerçek olmayan birleşme iki aşama da cereyan eder⁶³. İlk aşamada bir şirket işletmesini aynı sermaye olarak bir diğer şirkete nakleder, karşılığında da bu şirketin paylarını erunir. Daha sonrasında işletmesini nakleden şirket tasfiye kararı alır ve tasfiye neticesinde diğer şirkette edinilen paylar tasfiye olunan şirketin pay sahiplerine aynen ve tasfiye bakiyesi olarak dağıcılır⁶⁴ ve tasfiyenin kapanmasıyla şirket, sicilden terkin suretiyle son bulur. Bu yönüyle gerçek olmayan birleşme, bölünme işlemine, özellikle şu açılardan çok yaklaşır: İşlem neticesinde devreden şirketin kendisi değil, pay sahipleri, devralan şirkette pay sahibi olmaktadırlar ve yine işlem neticesinde, tıpkı tam bölünmede olduğu *gibi*, şirket sona ermektedir. Ancak bölünme, tek aşamalı gerçekleşmesi, devre konu malvarlığı unsurlarının bir işletme gibi kendi içerisinde bir bütünlük arz etmesi zorunluğunun bulunmaması, devre konu unsurların cüz'i değil, külli intikali ve nihayet cam bölünmede şirketin tasfiyesiz sona ermesi ve kısmi bölünmede sona ermemesi nedenleriyle gerçek olmayan birleşmeden ayrılmaktadır. Yine de bu noktada şu hususu ifade etmek gerekir: Bir şirketin tüm malvarlığı unsurlarını devrederek sona ermeyi istemesi ve fakat birleşme veya bölünme hükümlerini tercih etmemesi veya birden çok şirkete de bölünemeyecek olması halinde gerçek olmayan birleş-

⁶³ Gerçek olmayan birleşme için bkz. Fena İpekel-Kayalı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 34 ile Peter Forstmoser/Archur Meier-Hayoz/Pecer Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57, N. 18.

⁶⁴ Tasfiye bakiyesinin para değil de ayın cinsinden dağıtılabilmesi (*Realteilung*) için bu hususun esas sözleşmede öngörülmüş veya genel kurul kararı ile kararlaştırılması❖ olması gerekir. Bkz. TTK m. 543/3.

me hem birleşme hem de bölünme işlemine karşı hakiki bir alternatif teşkil etmektedir. Birleşme ve bölünme işlemlerinin pozitif bir düzenlemeye **tabi** tutulmasının ardından bu alternatifin uygulanmaya devam edilip eclieme-yeceği tartışması ile ilgili ise, ki aşağıda yeniden ele alınacaktır, bu noktada şu kadarını söylemek mümkündür: Burada temsil edilen görüşe göre, bu alternatif uygulanmaya devam edilebilir. Çünkü anılan alternatifin bünyesinde barındırdığı tasfiye işlemi neticesinde hem alacaklılar hem de pay sahipleri, bölünmede olduğu kadar iyi korunabilmektedir.

3.1.2. Tür Değişikliği

Şirket de bir sözleşmedir, fakat kanun koyucu şirketler bakımından sözleşme serbestisini iki açıdan sınırlandırmıştır. Evvela diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak taraflar yasada belirtilmiş türde bir şirket sözleşmesi yapabilirler. Bu manada her şirket sözleşmesi isimlidir; isimsiz şirket sözleşmesi yaratmak imkanı yoktur. Diğer bir ifadeyle taraflar, mevcut şirket sözleşmelerinin belirli unsurlarını alarak karma şirket sözleşmeleri' yapamazlar veya kanunda düzenlenmemiş türden bir şirket sözleşmesini baştan yarata- mazlar. Bu hususu ifade için şirketler hukukunda "sınırlı sayı" veya "*numerus clausus*" ifadeleri kullanılır⁶⁵.

1

Şirket sözleşmelerini diğer özel hukuk sözleşmelerinden ayırt eden bir başka husus da sözleşme içeriğinde kendisini gösterir. Buna göre, özel hukukun diğer alanlarında taraflar isimli *bir* sözleşmeyi seçmelerine rağmen yasanın o sözleşme ile ilgili olarak çizdiği genel çerçeveden ayrılabilirlerken, şirket sözleşmelerinde taraflar, hem iradi değişikliklere gidemezler hem de mevcut hükümler yasa koyucunun zihninde yarattığı bir modele uygun şekilde yorumlanır. Diğer bir ifadeyle seçilen şirket türüne ilişkin hükümler dispozisyona tabi olmadıkları gibi çoğu türde açıkça izin verilmemiş hususların tamamına yakını yasak edilmiş vaziyettedir ve mevcut hükümlerin yorumunda dahi münferit, yaşanan şirket ilişkisi değil, yasa koyucunun zihnindeki bir model gözetilmek suretiyle yorum yapılır. Bu yönünü ifade için de şirketler hukukunda tip zorunluluğu veya tipe bağlılık ibareleri kullanılır⁶⁶.

⁶⁵ Anılan ilke için bkz. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, § 11, N. 2 vd.

⁶⁶ Anılan ilke için bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 2, N. 59 vd.

Bu yönüyle şirket sözleşmeleri tarafların ihtiyacına göre şekillenebilen sözleşmelerden değildirler. Droey'in ifadesiyle şirket sözleşmeleri tarafların ölçüleri alınmak suretiyle terzilerin diktiği bir elbise değil, genel ölçüler gözetilmek suretiyle dikilen konfeksiyon mamulleridir⁶⁷. Bu manada taraflar kendi Üzerlerine en uygun gelecek şirket elbisesini seçeceklerdir.

Ancak zamanla bu ölçüler değişebilir ya da en baştan yanlış bir elbise seçilmiş olabilir; bu sakıncaları gidermek adına da tür değiştirmeye yönelik hükümler sevk edilmiştir⁶⁸. Ancak tür değiştirmede şirketin malvarlığı ve ortaklık yapısı Y.Önünde bir değişiklik yaşanmaz. Bu manada tür değiştirme, kaba tabiriyle, bir tabela veya unvan değişikliğinden ibarettir. Şirketin, şirket malvarlığının ve ortaklarının tabi olduğu hukuki rejim değişmekle beraber kalan hususlar sabit kalır. Bir malvarlığı nakli veya pay edinme söz konusu olmadığı için de bölünmeden kolaylıkla ayrılabilir.

Yine de bölünmenin sonuçları itibariyle tür değiştirmeye yaklaştığı bir alan mevcuttur: TTK m. 160'a göre sermaye şirketleri ve kooperatifler, yine, sermaye şirketleri ve kooperatiflere bölünebilirler. Bu hükümden hareketle, örneğin, bir anonim şirket bir limited şirkete kısmi bölünebilir veya bir limited şirket bir anonim şirket ve bir kooperatife tam bölünebilir. Kanun'un bu şekilde farklı türlere bölünmek imkanını öngörmüş olmasıyla, esasen, şu sonuç da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır: Bölünme sonucu bölünen şirketin malvarlığını terk eden kısım ve bu kısım karşılığı edinilen ortaklık sıfatı, farklı türlere bölünme işlemlerinde malvarlığının ve ortaklık ilişkilerinin bölünen şirketin tabi olduğu hukuki rejimden farklılaşması sonucunu beraberinde getirmektedir. Örneğin bir anonim şirket bir limited şirket ve bir kooperatife tam bölündüğünde bölünen anonim şirketin malvarlığı ve ortaklık ilişkileri bölünme öncesinde anonim şirketler hukukuna göre tanzim olunmuşken bölünme sonrası dönemde bölünen şirketin ortakları artık bir limited şirket ve kooperatif ortakları haline gelmekte, bölünen şirketin malvarlığı unsurları ise, limited şirketler hukuku veya kooperatif hukukuna göre idare edilmektedir. Bu yönüyle farklı türden şirket veya şirketlere bölünme hali, sonuçları bakımından tür değiştirmeye yaklaşırsa da tür değiştirmede bir malvarlığı devri ve pay edindirme söz konusu olmadığı için bölünme tür değiştirmeden farklılaşır.

⁶⁷ Bkz. Jean Nicolas **Droey**, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Auflage, Zürich 2010, N.46.

⁶⁸ Bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 11, N. 16.

3.1.3. İki AJamalı Bölünme

Bölünme işlemi henüz pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmamışken Şirketlerin bölünme ihtiyacını iki aşamalı bölünme diye tabir edilen bir yöntemi üzerinden giderdikleri bilinmektedir⁶⁹. Bu yöntem şu şekilde işlemektedir: Bir şirket malvarlığını bölümlere ayırmakta, bu bölümlerin tamamını veya bir kısmını mevcut veya kurulmakta olan şirketlere aynı sermaye olarak getirmekte, devir neticesinde elde ettiği payları ise daha sonra mevcut ortaklarına dağıtmaktadır. Payların ortaklara dağıtılması işlemi, anılan payların kar payı veya kurucu sermaye azaltımı neticesinde itfa olunan payların bedeli olarak verilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir.

Anılan bu yöntem iki yönüyle bölünme işleminden ayrılır: Evvela malvarlığının devralan şirketlere intikal⁷⁰ gerçekleşmek durumundadır. Yani, devre konu malvarlığı unsurları tek tek ve her birinin nakli için gerekli olan tasarruf işlemlerine riayetle devrolunur. Diger taraftan malvarlığını devreden şirketin pay sahiplerinin devralan şirket veya şirketlerde pay sahibi yapılması ise kendiliğinden gerçekleşmemekte, ikinci bir işlemin varlığını şart koşmaktadır; bu işlem ise ya bir temettü dağıtımı ya da sermayenin azaltılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Her iki halde de pay sahiplerine borçlanılan bedeller aynı cinsinden, yani sermaye konulan şirketlerin payları biçiminde karşılanmaktadır.

Bu yönüyle anılan işlem, bölünme işleminin gerçek manada bir alternatiftir. Ancak bölünme işleminin pozitif bir düzenlemeye kavuşmasının ardından hukuki akıbeti de sorgulanmış bir alternatiftir. Özellikle İsviçre Hukuku'nda, İsvBirK'nın kabulü ardından çoğu yazar, artık bu yöntemin kullanılamayacağını ifade etmişlerdir⁷⁰. Çünkü çoğu yazar, bu yöntemde bölünme işlemine has alacaklı ve pay sahiplerinin korunmasına yönelik hükümlerin dolanılması tehlikesini görmüşlerdir. Takip eden bölümde de ele alınacaktır; ancak bu vesile ile de ifade etmek gerekir: Burada temsil olunan görüş uyarınca, bu yöntem bölünmeye alternatif olarak kullanılabilir, kullanılmaya de-

⁶⁹ Anılan yöntem için bkz. Hans Caspar von der Crone/Franz J. Kessler/Andreas Gersbach/Martin Dietrich/Katja Berlinger, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 447.

⁷⁰ İsviçre Hukuku'nda iki aşamalı bölünme alternatifine yaklaşımı topluca göstermesi açısından bkz. Michael Pfeiffer/Karolina Dobry-Oesch, Vor Art. 29-52, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 17 vd.

vam edilebilir. Çünkü, kanaatimizce, bu alternatifin özellikle ikinci aproası, yani payların temettü veya sermayenin azaltılması suretiyle pay sahiplerine kazandırılması da alacaklı ve pay sahiplerini yeterince korumaktadır. **Şöyle** ki; devralan şirketin payları devreden şirketin pay sahiplerine temettü olarak dağıtılmak istendiğinde bu bir genel kurul kararını gerektirir. Temettü dağıtımına yönelik kararın ise eşitlik ilkesi çerçevesinde alınmış olması gerekir ki, bu husus pay sahiplerini koruyacak türdendir. Aynı şekilde bir şirketin temettü dağıtabilmesi için mali durumunun yerinde olması gerekir. Diğer bir ifadeyle mali durumu yerinde olmayan bir şirketin temettü dağıtamaması alacaklılar için yeteri ölçüde bir koruma sağlamaktadır. Payların bir sermaye azaltımı neticesinde pay sahiplerine dağıtılması hali de keza, aynı türden ve hatta daha yüksek bir koruma sağlamaya adaydır. Çünkü bu hallerde, tıpkı bölünmede olduğu gibi, alacaklılar çağrılacak, alacakları teminat altına alınacak ve ancak bunun sonrasında sermaye azaltılabilecektir. Buna ek olarak sermaye azaltımı da şirketin borca batıklığı ile sonuçlanamayacaktır ki, bu husus da alacaklılar bakımından ek bir önlem niteliğindedir. Pay sahiplerinin korunması bakımından, sermaye azaltımı vesilesiyle, eşitlik ilkesinin yeniden devreye gireceğini de ifade etmek gerekir. Buna göre devreden şirketin pay sahipleri arasında asimetri yaratacak şekilde gerçekleştirilecek bir sermaye azaltımı zaten geçersizlik veya iptal yaptırımını ile baş başa kalacaktır.

Görüldüğü üzere iki aşamalı olarak tabir olunan bu bölünme yönteminde de alacaklılar ve pay sahipleri yeter ölçüde korunmaktadır. Dolayısıyla uygulanmaya devam olunmasına da izin vermek gerekir. Nitekim İsviçre uygulamasından da bilinmektedir ki, orada şirketler bölünme işlemine tevaccüh etmemekte ve halen alışlagelmiş bu iki aşamalı bölünmeyi uygulamaya devam etmektedirler⁷¹. Aslında bunun sebebini de anlamak pek mümkün değildir. Özellikle bölünmeye has külli intikal mekanizmasının varlığı ve yarattığı kolaylık, kanaatimizce, her zaman için iki aşamalı bölünmeye üstün gelmesine yetecektir. İki aşamalı bölünmenin bu manada, özellikle vergisel sebeplerden ötürü, malvarlığının nakli ile payların dağıtılması arasında zaman geçirilmesi gerekli olan, ha⁷²krde tercih edilebileceğini/edilmesi gerektiğini söylemek mümkündür⁷².

⁷¹ Bkz. Böckli, Akti⁷²recht, §. 343.

⁷² Benzer şekilde Pfeiffer/Dobry-Oesch, N. 17.

3.1.4. Aynı Sermaye Konulması Suretiyle Yavru Şirket Kurulması

Yukarıda bölünme türleri görülürken değinildiği üzere, Türk Hukuku'nda şirketlerin kısmi bölünmek suretiyle paylarının tamamı kendilerine ait olacak yavru şirketler kurmaları mümkün kılınmıştır. Bu manada bir şirket, malvarlığırun bir kısmını bölerek ve bu kısmı tek işlemde devretmek suretiyle bir başka şirketi kısmi bölünme neticesinde kurmuş olabilecektir. Ancak aynı sonucu klasik aynı sermaye ile kuruluş yöntemi ile de elde etmek mümkündür. Bu halde bir şirket bir başka şirketi, kuruluşla ilişkin tüm merhalelerden geçildikten, örneğin kurulan bir anonim şirket ise, esas sözleşme tasdiki, mahkemece atanan bilirkişi değerlemesi ve tescilden sonra yeni kurulan şirkete getirilen malvarlığı unsurlarını tek tek devretmek yöntemi ile de yavru şirketi olarak kurabilecektir.

Aşağıda "Alternatiflerini Etkilemesi" başlığı altında yeniden değinilecektir; ancak bu noktada şu hususu belirtmek gerekir: Klasik aynı sermaye ile yavru şirket kurulması yönteminde yavru şirkete aktarılan aynı sermaye tutarı anne şirketin malvarlığında önemli bir tutara denk düşmekteyse, bu halde yavru şirketin kuruluşuna yönelik anne şirketin genel kurulunun da onayını aramak gerekir. Alman Hukuku'nda genel kurul onayına yönelik bu ek şart, bölünme hükümlerinin kıyasen uygulanması neticesinde elde edilmektedir. Türk Hukuku'nda anılan kıyas ilişkisi bölünme hükümleri ile kurulabileceği gibi, TTK m. 408/2-f hükmü üzerinden de kurulabilir. Anılan hüküm, bir anonim şirketin önemli miktarda malvarlığının satışını genel kurul onayına bağlamaktadır. Her ne kadar malvarlığının aynı sermaye olarak konulması satış olarak nitelendirilemeyecek olsa da, yine de önemli miktarda bir malvarlığının aynı sermaye olarak şirket malvarlığını terk etmesinde dahi genel kurul kararı şartını aramak mümkün görünmektedir.

3.1.5. Malvarlığının İadesi Halleri

İştirak modeliyle kısmi bölünmeden sarfi nazar edilirse, bölünme işleminde bölünen şirketin pay sahiplerinin devralan şirket veya şirketlerde pay sahibi oldukları belirtilmişti. Pay sahipleri tarafından edinilen bu yeni payların bedelinin ise, bölünen şirkete ait malvarlığı unsurlarının nakli ile karşılandığına da değinilmişti. Bu manada bölünmede bölünen şirket, kendi malvarlığı unsurlarını kullanmak suretiyle kendisine değil, pay sahiplerine bir kaza-

nım sağlamaktadır. Dolayısıyla bölünme işlemi her zaman için malvarlığının pay sahiplerine iadesi hususunu da üstü kapalı bir biçimde içermektedir.

Böyle bakıldığında bölünme işlemi yerine malvarlığının veya bedelinin pay sahiplerine doğrudan iade edildiği çıkma, çıkarılma, tasfiye, fiili tasfiye ve sermayenin azaltılması gibi diğer bütün haller de bölünmeye benzeşik ve/veya bölünmeye alternatif bir hal alabilmektedir. Örneğin bir limited **şirkette** asimetrik bölünmeye karar vermek yerine bir kısım pay sahibinin çıkmasına ya da çıkarılmasına karar verilmesi, pekala, mümkündür. Bu kararı müteakip çıkan veya çıkarılan pay sahiplerine ayrılma akçeleri nakden veya ayın cinsinden tevdi edilebilir ve bu kişiler, işlem neticesinde elde edilen bu bedeller üzerinden başkaca şirketler kurabilir veya mevcut şirketlere ortak olabilirler. Aynı husus tasfiye için de geçerlidir. Örneğin bir anonim veya limited **şirket** tasfiye kararı alabilir. Bu halde mevcut malvarlığı, borçlar karşılandıktan sonra payları ölçüsünde pay sahipleri arasında paylaştırılır ve akabinde **şirket** sona ererken pay sahipleri de bu unsurlar ile yeni şirketler kurabilir **veya** mevcut şirketlere ortak olabilirler. Aynı şekilde tasfiye sırasında tasfiyeye tabi malvarlığı unsurlarının bir bütün halinde mevcut şirketlere devrolunması da benzer bir yöntem olarak kullanılabilir.

Be02er bir durum fiili tasfiye halinde de mevcuttur. Fiili tasfiye şu şekilde gerçekleşir⁷³: Şirket, malvarlığı unsurlarını pay sahiplerine bedeli karşılığı tek tek devreder, diğer bir ifadesiyle satar. Anılan bedeller pay sahipleri adına şirkete alacak olarak kaydedilir ve pay sahipleri edindikleri malvarlığı unsurları ile daha sonra başka şirketler kurabilirler veya başka şirketlere ortak olabilirler. Fiili tasfiyenin geçerliliği tartışmalıdır. Öğretide bir şirketin malvarlığının sadece ortaklardan alacaklar şeklinde tezahür edeceği bir fiili tasfiye halinin geçerli olmayacağı dile getirilir. Aynı şekilde ortakların şirkete borçlanma yasağını öngören TTK m. 358 hükmü gereği de bu işlemin Türk Hukuku'nda gerçekleştirilebilmesinin, en azından, şirketin zararda olmaması veya serbest yedek akçelerle mevcut bir zararın kapatılabiliyor olması şartına bağlı olacağını da ifade etmek gerekir. Ancak, geçerli kabul edilecek olması halinde, bir fiili tasfiye neticesinde de bölünmeden beklenen faydayı elde etmek mümkündür.

Son olarak sermayenin azaltılması ile de malvarlığının pay sahiplerine iadesi ve iade olunan unsurlar üzerinden pay sahiplerinin başka şirketler kurmaları veya mevcut şirketlere ortak olmaları mümkün olağıdır.

⁷³ Tamamı için bkz. Böckli, Aktienrecht, N. 76 vd.

3.2. Alternatiflerini Yasaklamaması

Yukarıda gösterilmeye çalışıldığı üzere, ekonomik açıdan bölünme ile aynı sonuçları doğuran benzer yöntemler mevcuttur. Hatta, yukarıda anıl. mayıp da şirketler hukukunun istifademize sunduğu başkaca araçlar kulla. nılmak suretiyle bölünme benzeri yeni yöntemlerin elde edilmesi de mün. kündür; konu uygulamanın yaratıcılığı ile yakından alakalıdır ve sınır, bu yaratıcılıkta yatmaktadır.

Bu noktada esasen şu soru ortaya çıkmaktadır: Kanun'un bölünmeyi pozitif manada düzenlemiş olması, benzer yöntemlerin uygulanması, uygu. lanmaya devam edilmesi önünde bir engel teşkil etmekte midir? Ya da daha basit ifadesiyle, Kanun'un bölünme işlemini, çoğunluğu emredici nitelikteki hükümler üzerinden düzenlemiş olması, ekonomik açıdan aynı sonuca ula. şan ve hatta ulaşması maksadıyla uygulanagelen diğer yöntemleri dışlamakta mıdır? Veyahut da; bölünme ile ekonomik bakımdan benzeşik uygulamaların Kanun'u dolanmak olarak algılanması ve yasaklanması mümkün müdür?⁷⁴

Kanaatimizce anılan bu soruların cevabı kanuni düzenlemenin amaçla. rının ortaya konmasında yatmaktadır. Bu manada evvel emirde ifade etmek gerekir ki, kanun koyucunun dar manada yeniden yapılandırma hallerini (birleşme, bölünme ve tür değişikliğini) düzenlerken güttüğü temel amaç yeniden yapılandırmaya katılan taraflara basit, masrafsız ve hızlı bir imkan sunmaktır. Özellikle yeniden yapılandırma modellerine has külli intikal me. kanizmaları bu amaca hizmet eder; bu manada taraflar bir araya gelir, ' bir sözleşme ve/veya plan çerçevesinde intikal edecek malvarlığı unsurları ta. yin olunur ve genel kurul onaylarını müteakip gerçekleştirilen' tesciller, ta. yin olunan malvarlığı unsurlarının başkaca şekli şartlara riayet olunmaksızın lehdar veya lehdarlara intikalini sağlar. Ancak yeniden yapılandırma halle. rinde kanun koyucunun bir de temel çekincesi vardır: Alacaklı ve azınlık pay sahiplerinin durumu. Özellikle bölünme işleminde, anılan kişilere yönelik tehlikenin boyutu daha da büyüktür. Çünkü bölünme işleminde bölünen şir. ket, şirket alacaklılarına karşı temel güvence niteliğindeki şirket malvarlığı. nı azaltmakta ve iştirak modeli ile kısmi bölünme yöntemi hariç tutulacak olursa, malvarlığının eksilen kısmı yerine herhangi bir başka unsur da ikame

⁷⁴ Benzer soruları tartışması bakımından ayrıca bkz. Michael Pfeifer/Andreas L. **Meier**, AusscWiesslichkeit der Regelung des FusG für Strukanpassungen, insbesondere für Spaltungen? AktueUe Juriscische Praxis 2004, s. 833-838.

olunmamaktadır. Aynı şekilde bölünmenin asimetrik de **uygulanabiliyor** olması, bu haller için Kanun'da her ne kadar yüksek nisaplar öngörülümü olsa da, azınlık pay sahiplerinin mağduriyeti ile sonuçlanabilmektedir. **Birleşme** işleminde malvarlığı dolayısıyla anılan tehlike, devralan şirketin pozitif bir bilanço arz etmesi halinde mevcut değildir; çünkü birleşme ile onaclan *kal-* kan şirketin malvarlığı devralan şirketin malvarlığı içerisinde devam etmektedir ve hatta devralan şirketin malvarlığı ile birleştirilince devreden **şirket** alacaklılarının mevcut güvencesi de artmaktadır⁷⁵. Aynı şekilde birleşmede değişim oranı simetrik hesaplanmaktadır. Bu meyanda, bölünme işleminde alacaklıların ve pay sahiplerinin korunmasına birleşme işlemine nazaran özel önem atfedilir.

Bu bilgiler ışığında yukarıda anılan sorulara kat'i bir cevap vermek mümkün görünmemektedir. Şöyle ki; kanun koyucunun temel amaa mevcut alternatiflere göre yeni ve daha hızlı bir alternatif yaratmaktır. Bu nedenle diğer alternatiflerin dışlandığını söylemek mümkün olmayacaktır. Kişiler isterlerse, somut malvarlığının teşekkülü nazarında diğer alternatifleri de seçmek hürriyetine sahiptirler⁷⁶. Bu manada, kişilerin diğer alternatifleri seçmiş olmaları tek başına bir kanunu dolanma, alacaklı ve pay sahiplerini korumaya yönelik hükümlerin bertaraf edilmesi amacı olarak da adlandırılmaz. Aynı şekilde kişilerin seçmiş oldukları alternatifin geçerliliği de, evvel emirde o alternatife ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilir.

Kanaatimizce bu noktada kat'i çizgi, çok somut olmasa da, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması müessesesi üzerinden ve hakim tarafından çizilebilecektir⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, işlemin amacı anılan çevreleri koruyucu hükümlerin uygulanmasını bertaraf etmekse ve bu husus ispat olunabiliyorsa, bu takdirde işlemin geçerliliği sorulanabilecek ya da aşağıda da açıklanmaya çalışılacağı üzere, işlemi ayakta tutmak gayesi üzerinden bölünmeye has koruma hükümlerinin kıyasen uygulanması gündeme gelebilecektir. Her halükarda ve son olarak, şu hususu ifade etmek gerekir: Yukarıda anılan diğer alternatiflerin pek çoğunda da alacaklı ve pay sahiplerini korumaya yönelik hükümlerin var olduğu gerçeği de göz ardı edilmemelidir.

⁷⁵ Bkz. İpekeli-K.ayalı, s. 309.

⁷⁶ Aynı yönde Lutter, N. 44.

⁷⁷ Benzer şekilde Botschaft, s. 4440.

3.3. Alternatiflerini Etkilemesi⁷⁸

Bu noktada ilk olarak §U hususu ifade etmek gerekir: Kanun koyucu, içlerinde bölünmenin de olduğu dar manada yeniden yapılandırma hallerini düzenlerken sonuçları itibariyle yeniden yapılandırma olarak adlandırılabilir her hali, tahdidi bir biçimde düzenlemek istememiştir⁷⁹. Dolayısıyla Kanun'un bölünmeye ilişkin hükümlerinin benzer yapılanmalar dolayısıyla genel hüküm benzeri bir işlev gördüğünü, oralarda oluşabilecek boşlukların bölünme hükümleri ile tamamlanabileceğini ifade etmek güçtür.

Aynı şekilde kanun koyucunun bölünme özelinde alacaklı ve pay sahiplerini korumaya yönelik hükümler vaz etmiş olması, bu koruma hükümlerinin benzeşik uygulamalara da kıyasen uygulanacağı anlamına gelmez. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere, kanun koyucunun temel maksadı, özellikle külli intikal mekanizması üzerinden hızlı, basit ve masrafsız bir alternatif yaratmaktır.

Ancak bu noktada Alınan Hukuku'nda geliştirilen *Holzmüller* öğretisinden de bahsetmek gerekir. Anılan öğreti, Alınan Federal Mahkemesi'nin 1982 yılında verdiği ve aynı adla anılan bir kararına dayanır⁸⁰. Karara dayanak teşkil eden somut olayda şirket yönetim kurulunun yerii bir yavru şirket kurması ve yavru şirketin kuruluşunda aynı sermaye kalemi olarak korunak üzere şirkete ait bir liman işletmesini devretmesi söz konusudur. Anılan liman işletmesi, şirketin malvarlığının yaklaşık yüzde seksenine tekabül eden bir değere sahiptir. Bu manada işlem, yapısı itibariyle iştirak modeiyle kısmi bölünme işlemine benzemektedir. *Holzmüller* kararında Federal Mahkeme, bu işlemi sıradan bir yönetim kararı ve işlem olarak görmemiş, yapısal bir değişiklik olarak telakki etmiş ve işlemin geçerliliğini genel kurulun onayı şartına bağlamıştır. Bu karardan hareketle Alman doktrini, şirketler bünyesinde alınan kararları yapısal kararlar ve yönetim işlemleri olarak ayırmaktadır.

Bu manada, örneğin şirketin malvarlığı unsurlarının devri -r,,e cüz'i intikali basit bir yönetim kararı ve satış olarak nitelenebilecekken, bu işlemlerin belirli bir zaman diliminde yoğunlaşması ve toplam malvarlığına oranla ye-

⁷⁸ Tamamı için bkz. **Lutter**, N. 45 vd.

⁷⁹ **Lutter**, N. 46.

⁸⁰ Kararın içeriği için bkz. Daniel Beisel, Verfügungsbeschränkungen-Zustimmungsbedürftigkeit durch Dritte, Beisel/Klump, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl., 2009, N. 80.

künde büyük bir yer tutması⁸¹, artık o işlemi yönetsel olmaktan çıkarıp, işlemin yapısal bir değışiklik olarak nitelenmesine sebep olabilir. Bu **takdirde** de bölünmeye has kuralların kıyasen uygulanması, örneğin ağırlaşunlmış *ni-*sapların, inceleme haklarının, teminat gibi taleplerin gündeme gelmesi söz konusu olabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bölünme ile aynı ekonomik sonuçlara sahip alternatifler uygulanmaya devam edebilir. Ancak anılan *Ho/zmülier* doktrininden hareketle Türk Hukuku'nda da bir takım alternatiflere bölünmeye has hükümlerin tamamının veya bir kısmının kıyasen uygulanması da mümkün olabilecektir.

4. Bölünme Nedenleri

Bir şirketin bölünmesi nedenle¹ rini tahdidi olarak saymak ve sıralamak mümkün değildir⁸². Kanun da bölünme işleminin tercihi nedenlerine özel olarak değinmemiş, münferit işlem sebebine yönelik farklı hukuki süreç veya sonuçlar öngörmemiştir. Yine de kanun koyucunun bölünme işleminin nedenleri hakkında bilgi sahibi olunmasını istediği, TTK m. 169/2 hükmünden anlaşılabilmektedir. Anılan madde uyarınca bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları bir bölünme raporu hazırlayacak ve bu raporda bölünmenin amacını hukuki ve ekonomik yönleri ile açıklayacak ve bölünmenin gerekçelerini göstereceklerdir. Bu manada bölünme işlemine sevk eden nedenler, bölünme raporunda gösterilmek şartıyla, dolayısıyla ve en azından şeklen önem arz eder. Ancak bölünme nedenlerinin esas bakımından da önem arz ettiği, edebileceği haller mevcuttur.

Bilindiği üzere bölünme işlemi, bölünmeye katılan şirketlerin payları ve alacaklıları üzerinde etki edebilecek türdön bir işlemdir ve Kanun'un öngördüğü özel koruma hükümleri yanında bölünmeye katılan şirket türlerine has koruma hükümleri de devreye girebilmektedir. Bu manada örneğin, bölünen şirketin pay sahipleri bölünme işleminin onaylandığı bir genel kurul kararının geçersizliğinin tespiti veya iptali istemiyle bölünme işlemini mahkeme önüne taşıyabilmektedir. Aynı şekilde, bölünme işleminin bölünmeye katılan şirket veya şirketleri zarara uğrattığı iddiası ile bölünmeye katılan şirketle-

⁸¹ *Limer* bu noktada % 20 ve üzeri değerde devir ve intikal hallerini bu kapsamda değerlendirmek istemektedir. Bkz. **Lutter**, N. 48.

⁸² **Helvacı**, Bölünme, s. 9.

rin yönetim organı üyelerine karşı sorumluluk davaları da açılabilir. Uygulamada görülmektedir ki, özellikle bu türden sorumluluk davalarında, bölünme işleminin bir ticari karar anlamında yerindeliği de tartışma konusu olmaktadır. Bu hallerde ise mahkeme, günün sonunda, bölünme işleminin hangi saiklerle ve neden yapıldığı sorularını ele almak durumunda kalmaktadır. Bu manada bölünme işlemine sevk eden nedenler, işlemin sıhhatini etkileyebilmek veya yönetim organı üyesi şahısların sorumluluğuna yol açmak bakımından önem arz edebilmektedir. İlerleyen bölümlerde, ticari bir karar olması hasebiyle bölünme işleminin yerindeliliğinin mahkemece denetlenip denetlenemeyeceği meselesine ayrıca değinilecektir. Fakat bu noktada şu kadarını ifade etmekle yetinmek gerekir: Bölünme işlemi ticari bir kararın uygulanmasıdır; kararın yerindeliği ancak kararın alındığı dönemin şartlarına bakılarak (*ex ante*) ve kararın içeriğinin değil, daha ziyade karar alma süreçlerinin düzgü,ajüğü kontrol edilerek denetlenebilir⁸³. Fakat yargılama esnasında işleme sevk eden nedenler bakımından hesap verilememesi veya işlemin nedensiz, keyfe keder sebeplerle gerçekleştirilmiş olduğunun anlaşılması halinde, bölünme işleminin sıhhati bu husustan etkilenebilir; devamla bu husus, yönetim organlarının da sorumluluğuna yol açabilir. Bölünme nedenleri, esas itibariyle, bu manada önem arz eder.

Bu söylenenler ışığında uygulamada şirketlerin, özellikle takip eden nedenlerden ötürü bölünmek istedikleri görülmektedir:

4.1. Küçülme ihtiyacı/Zorunluluğu

Ekonomik faaliyetin büyüklüğü faaliyetin yürütülmesine yönelik masraflar bakımından önem arz eder. Her bir işletmenin faaliyet gösterdiği sektör bakımından ulaşması gereken optimal bir büyüklük söz konusudur. Bu optimal noktaya ulaşıncaya kadar büyüme, tüm masrafların düşerek devam etmesine vesile olurken bu noktanın aşılması ise, masrafların yeniden artması ve/veya ek masraf kalemlerinin doğması sonucunu beraberinde getirir⁸⁴. Örneğin bir işletme, satışlar arttıkça satışa konu ürün için gerekli ham maddeyi daha çok ve daha ucuza satın alabilmektedir; ancak üretimi ve satışların

⁸³ *Business Judgement Rule* adı verilen sistemin bölünmeler vesilesi ile de uygulama alanı bulacağı düşünülmektedir. Sistemin ayrıntısı için bkz. Sevgi **Bozkurt Yaşar** Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (*Business Judgement Rule*) Uygulanması, İstanbul 2015, s. 59 vd.

⁸⁴ Bkz. Klaus Herdizina, *Wettbewerbspolitik*, Stuttgart 1999, s. 40 vd.

timal büyüklüğü aşması halinde daha önceden hiç mevcut olmayan ya da bu ölçekte mevcut olmayan depoculuk, kırtasiyecilik, koordinasyon ve denetim gibi ek masraflar ortaya çıkabilmektedir⁸⁵. İşletme teorisinde anılan bu hususu ifade etmek için "skala ekonomisi" ya da "ölçek ekonomisi" **kavramları** da kullanılır.

Bu manada şirketler, yürüttükleri işletme faaliyeti anılan optimal büyüklüğü geçtiği için de bölünmek isteyebilirler⁸⁶. Bölünme neticesinde optimal büyüklüğü geçen tutar kadar bir ölçüde, bir kısım işletme bölümlerinin şirketten ayrılması masraflar bakımından istenilen düzeyin de yeniden **yakalanmasını** beraberinde getirecektir. Aynı şekilde küçülme ihtiyacı ekonominin kötüye gittiği hallerde⁸⁷ "safraların atılması" yöntemi ile de karşılanabilir. Bu hallerde de bölünme işleminden istifade etmek mümkündür.

Ancak bazı hallerde küçülme ihtiyacı mevzuat gereği de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin enerji piyasalarında faaliyet gösteren şirketlerin pazar paylarının bir üst sınıra tabi tutulduğu görülmektedir. Nitekim Enerji Piyasası Kanunu'nun m. 2/4 (2) hükmü uyarınca herhangi bir gerçek kişinin ya da özel sektör tüzel kişinin, kontrol ettiği ortalım şirketleri aracılığıyla sahip olacağı toplam elektrik enerjisi kurulu gücü, bir önceki yıla ait yayımlanmış Türkiye toplam elektrik enerjisi kurulu gücünün yüzde yirmisini geçemeyecektir. Yine Petrol Piyasası Kanunun. 7/4 hükmüne göre akaryakıt dağıtım şirketlerinin yurtiçi pazar payı % 45'i geçemeyecektir. Bu nedenle anılan pazarlarda faaliyet gösteren şirketlerin pazar paylarının anılan üst sınırları geçtiği hallerde de fazlaya ilişkin kısmın bir küle halinde ve bölünme yöntemi kullanılarak şirket dışına çıkarılması üzerinde düşünülebilir. Örneğin toplam elektrik enerjisi kurulu gücünü azaltmak adına bir adet hidroelektrik santralin tüm aktif ve pasifleri ile bölünmeye konu edilmesi ve şirketin malvarlığı dışına çıkarılması yasal gerekliliği sağlamak adına uygun bir yöntem olabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: İlgili mevzuatta şirketlerin pazar payları yavru şirketleri ile birlikte hesap edildiğinden iştirak modeliyle kısmi bölünme yöntemi mevzuatın öngördüğü küçülme zorunluluğunu yerine getirmez. Bu nedenle, şirketin ortaklarına pay edindireceği ve ortaklık yapısının değişeceği türden bir bölünme ile ancak, bu türden küçülme gereklilikleri yerine getirilebilecektir.

s, Bkz. Coştan, Bölünme, s. 23.

86 Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 10.

87 Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 14.

Bu noktada son olarak Şu hususa da değinmek gerekir: Bazı hallerde rekabet hukuku gereği de bölünme zorunluluğu ortaya  ıkabilir⁸⁸. Örneğin; eğer bir birleşme Rekabet Kurumu'na haber verilmeksizin gerçekleŐtirildiyse, Rekabet Kurulu *eski* halin iadesi anlamında bir bölünmeye karar verebilir⁸⁹. Onun dışında Türk Rekabet Hukuku'nda Şirket büyüklüklerinin denetimi sadece egzogen (dıŐsal ya da sacın alarak) büyümeler ile sınırlıdır. Eğer bir Şirket endogen (i  kaynakları ile) büyümüŐse, Rekabet Kurulu bu büyümeyi, bir tekel oluşmuş olsa dahi, engelleyemez ve bölünmeye hükmedemez.

4.2. İŞletme Konusunun Düzenlenmesi İhtiyacı

Geçtiğimiz yüzyıl Şirketler bakımından çeşitlendirme (diversifikasyon) yüzyılı idi. Çeşitlendirme stratejisi üzerinden Şirketler birbirleri ile ilgisiz ürün pazarlarında faaliyet göstermekteydiler. Bu manada bir Şirket,  rneğin hem inşaat alanında hem de turizm sektöründe faaliyet g sterebilmekteydi. Bu stratejinin tercihi sebebi, riskin paylaŐtırılarak azaltılması ve bir pazarda yaŐanacak talep daralmasının başka pazarlarda yaŐanacak talep artıŐları ile dengelenmesini sağlamak idi. Bu surette Şirketler, en azından belirli hesap dönemlerini kayıpsız adatmayı baŐarabilmekceydi. Geçen yüzyılın parapolitik belirsizlikleri, özellikle geliŐmekte olan ülkelerde faaliyet gösteren Şirketleri bu yönde bir strateji uygulamaya yönelmiŐti.

Ancak yeni yüzyıl Şirketlerin bu stratejiyi terk etmeye yönelmesi ile baŐladı. KüreselleŐmenin artması, sermayeye ulaŐımın kolaylaŐması yanında sektörel bazda rekabeti de arttırdı. O nedenle artık Şirketler tüm kaynaklarını ve enerjilerini en iyi bildikleri alanlara yöneltmeyi, bu sayede tek bir alanda elde edilebilecek en yüksek karlılıkları hedeflemeyi ve iyi bilmedikleri alanlardan çıkararak sektöre! bazda kaybedileceği belli rekabet yarıŐlarına baştan katılmamayı tercih etmektedirler⁹⁰. Aynı Şekilde yeni yüzyılda, belirli bir işletme konusuna eğilen ve bu konuda uzmanlık gösteren Şirketlerin yatırımcılara daha rahat ulaŐabildikleri, kredi edinmek konusunda da daha rahat hareket edebildikleri g zlemlenmektedir⁹¹.

Bu manada yeni yüzyıl, çekirdek işletme konularına dönüŐün yaşandığı bir yüzyıl olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu eğilimin bölünme işlemleri-

⁸⁸ Yurtdışı  rnekleri için bkz. Coştan, Bölünme, s. 25 ve özellikle Dn. 68.

⁸⁹ Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 13.

⁹⁰ Bkz. Coştan, Bölünme, s. 24.

⁹¹ Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 10.

nin sayısını çok da artırdığını söylemek mümkün **görürunemektedir**. Çürr kü şirketler çeşitlendirme stratejilerini çoğunlukla yavru **şirketler kurmak** üzerinden geliştirmişken geriye dönüş stratejileri de bu **şirketlerin payluının** elden çıkarılması suretiyle gerçekleşmektedir. Bu manada yüzyılın **başındaki** pay devirleri (*Share Deal*) bölünme gibi malvarlığı devirlerinin (*Asset DM*) üstünde seyretmiştir. Yine de bölünme, yavru şirketler kurmaksızın birden çok ve farklı alanlarda tek bir şirket üzerinden gerçekleştirilen yaunmJann geri döndürülmesi açısından ve bu hallerde kullanılabilecek bir yeniden yapılandırma modeli olarak ortaya çıkmaktadır.

Aynı şekilde bölünme işlemi, çekirdek işletme konusuna dönmek ihtiyacının yanında birbirleri ile tezat teşkil eden, bir arada yürütülmesi güç faaliyetlerin birbirlerinden ayrılması makadıyla da kullanılabilir⁹².

4.3. İşletme Coğrafyasının Düzenlenmesi İhtiyaa

Bölünme sadece işletme konusunun dönüşümü değil, işletme coğrafyasının dönüşümü maksatlı da kullanılabilir. Nitekim, görülebildiği kadarıyla Türkiye'de gerçekleşen bölünmelerin bir kısmı esasen bu maksatla yapılmıştır. Burada işletme coğrafyasından kasıt, şirketin çekirdek işletme konusu içerisinde kalmış ve fakat eoğrafi açıdan pazarlarını genişletmiş olmasıdır. Bu hallerde de şirketler genellikle yavru şirketleri vasıtasıyla yeni pazarlara girmişlerdir; ancak özellikle inşaat gibi sektörlerde bir şirketin kendi tüzel kişiliği üzerinden farklı bölgelerde veya ülkelerde aynı işi yaptığı ve bu nedenle ayrı bölge veya ülkelerde farklı işletmelere sahip olduğu, o bölge veya ülke ekonomisinde yanan değişimler neticesinde ise, bu pazarları mevcut ortaklardan bazılarına veya yeni kurulan şirketlere bırakarak kaynak bölge veya ülkeye geri döndüğü görülmektedir. Bu sebeple de bölünme işlemine b÷vurulmuş olduğu gözlemlenmektedir.

4.4. Ortaklar Arası Uyuşmazlıklar

Çekirdek işletme konusu veya bölgesine dönmenin yanı sıra bölünmenin ortaklar arası uyuşmazlıkları gidermek konusunda baş÷ulan bir araç olduğu da bilinmektedir⁹³. Yukarıda asimetrik bölünme bahsi altında değinilmiştir; ancak bu noktada da ve kısa da olsa tekrarında fayda vardır: Ortakla-

⁹² Bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 12.

⁹³ Bkz. Mutlu **Kağıtçıoğlu**, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İsc,anbul 2012, s. 61.

nn, özellikle, şirketin üst düzeyde yönetimi konusunda anlaşmazlık yaşadığı halJerde kendi iradeleri ile veya bu anlaşmazlıkların bir haklı sebeple fesih davasına yol açması üzerine mahkemece bölünmeye karar verilebilmektedir. Tahminimizce, Türk Hukuku'nda bölünme uygulamasının ağırlıklı olarak bu sebepten gerçekleştiği ve gerçekleşmeye devam edeceğini kestirmek mümkündür.

4.5. Ortak Girişimin Oluşturulması ya da Dağıtılması

Sermayeye katılmalı bir ortak girişimin oluşturulması veya dağıtılması esnasında da bölünme işleminden, işlemin arz ettiği külli intikal mekanizmasından faydalanılabileceği ifade olunmaktadır⁹⁴. Sermayeye katılmalı ortak girişim⁹⁵, esasen, iki şirketin eşit paylara sahip olduğu bir diğer şirketi ifade etmektedir. Burada eşit paylara sahip şirketler anılan şirket üzerinde birlikte hakimdirler ve o şirketi ancak oy birliği ile idare edebilmektedirler. Bu manada bu ortaklık yapısında iki anne ve bir yavru şirket bulunmaktadır.

Eğer sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşturulmasında yavru şirket ilk defa kurulacaksa, bu takdirde iki anne şirketin bu yavru şirkete aynı anda ve tek işlemde bölünmesi ihtimali yoktur. Yasa bölünen şirketin tek, devralan şirketlerin bir veya daha çok olduğu bir bölünme halini düzenlemiştir. Tanımı itibariyle ortak girişimde ise, bölünen şirketler iki, devralan şirket ise tek olmak durumundadır. Ancak bu engel özellikle Alınan Hukuku uygulamasında şu şekilde aşılmaktadır⁹⁶: Anne şirketlerden biri bölünüp yavru şirketi oluşturduktan sonra diğer anne şirket de mevcut yavru şirkete bölünmektedir. Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünen şirketin devralan şirkette pay sahibi olabilmesi imkanını Türk Hukuku sadece yeni kurulacak yavru şirketlere bölünmek konusunda tanımıştır. Bu nedenle Alman uygulamasının Türk Hukuku'na tamamıyla nakli mümkün görünmemektedir. Buna göre Türk Hukuku'nda ilk anne şirket kısmen bölünerek yavru şirketi kurduktan sonra yavru şirketin sermayesini artırması ve ikinci anne şirketten gelecek malvarlığını cüz'i olarak, yani tek tek edinerek, bu şirketi ortak sıfatıyla şirkete kabul etmesi mümkün olabilecektir. Bu husus dahi göstermektedir ki, TTK m. 159/1-b hükmü ortak girişimlerin oluşturulması

⁹⁴ Bkz. Botschaft, s. 4373.

⁹⁵ Kavram içeriği için bkz. Sıtkı A_nlam Altay, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, İscanbuJ 2009, s. 82 vd.

⁹⁶ Bkz. Teichmann, N. 29 vd.

bakımından da yeniden düşünölmeli ve bölönen şirketin payları eclinmesi karşılığında mevcut şirketlere kontrol imkanı sağlamaksızın **dahi bölünebilmes**ine imkan tanınmalıdır.

Bu noktada son olarak ifade etmek gerekir ki, bölünme, **ortak girişim**in dağıtılması aşamasında da kullanılabilecek bir yöntemdir. **Ortak girişim**, anne şirketler bakımından yürütölmesi zor bir süreçtir. Çünkü **karar alın**a mekanizmaları, eşit pay sahipliği nedeniyle, her an tıkanabilir ve yavru şirket işlemez hale gelebilir. Bu halin çözümünde uygulamacılar satma, satın alma ve ön alım hakları üzerinden ve payın devri mekanizmalarını işletmeyi daha, kolay bulsalar da, ortak girişime getirilen malvadağı unsurlarının getiren şirket bakımından önem arz ettiğı ve diğör anne şirket bakımından da yavru şirketin devamlılığının tercih edildiğı durumlarda bu unsurların iadesi, diğörleri yanında, (asimetrik) bölünme üzerinden de gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda yavru şirket kendi bünyesini terk eden malvarlığı oranında, bu oranı karşılayacak öz malvarlığı yoksa, sermaye azaltımına gitmek zorunda kalacaktır. Anne şirketlerden malvarlığını iade alanın ise, sermayesini artırmasına gerek yoktur. Çünkü artırım neticesi oluşacak paylar yine kendi payı olacağından, eğer bu payları temettü olarak kendi pay sahiplerine dağıtmayı düşünmüyorsa, kendi payını iktisap edip sonradan itfa etmek yerine, hiç çıkarmamayı tercih edebilir.

4.6. Holdinge Dönüşme İsteğı

Görölebildiğı kadarıyla öölünme işleminin sıklıkla kullanılabileceğı hallerden bir tanesi de şudur: Bir şirket çekirdek bir işletme konusu ile faaliyete başlamıştır, sonrasında diğör alanlarda yürötmek istediğı faaliyetleri yavru şirketleri üzerinden organize etmiştir. Bu manada şirketin malvarlığı çekirdek işletmesi ve yavru şirketlerdeki iştiraklerinden müteşekkildir. Şimdi ise şirket, çekirdek işletmesini de bırakmak ve saf bir holding, amacı ve faaliyet konusu başka şirketlere iştiraktan ibaret bir şirket halini almak istemektedir⁹⁷. Bu hallerde de şirketin çekirdek işletmesini kurulacak bir yavru şirkete bölünerek devretmesi ve oluşacak payları ortaklarının değil, kendisinin iktisap etmesi ile bu arzusu gerçekleştirilmiş olacaktır⁹⁸.

⁹⁷ Bkz. İTK m. 519/4 hükmü.

⁹⁸ Bkz. Teichmann, N. 31.

Ancak bilindiği üzere, holding olarak kurulmak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın onayına tabidir ve Bakanlık bu onay.1. sadece anonim şirketlere bahşetmektedir⁹⁹. Bu noktada şu iki soru ortaya çıkar: Sonradan saf bir holding halini almak için yapılacak bölünmeler Bakanlık onayına tabi midirler? Ve; eğer saf bir holding halini almak maksadıyla bölünmek isteyen bir şirket halihazırda bir anonim şirket değilse, örneğin bir limited şirket ise, o halde bu şirketin, Bakanlık'tan ilgili onayı alabilmek için, bölünmeden evvel tür değiştirmesi mi gerekecektir? Kanaatimizce yukarıda holdinglerin kurulması bakımından anılan hüküm sadece ticaret unvanında holding ibaresine yer vermek isteyen şirketler bakımından geçerli bir hükümdür. Holding ibaresinin finansal güç anlamında tüketici ve müşteriler üzerinde yanıltıcı bir etkisinin olduğu ve bu etki dolayısıyla böyle bir izin mekanizmasının getirildiği ve ciddiyeti deneclenmeksizin bu ibarenin kullanılmak istenmediği tarafımızca düşünülmektedir. Hal böyle olunca, hukukumuzda başka şirketlere iştirak etmek amacıyla kurulan şirketler veya sonrasında tek amacı başka şirketlere iştirak etmekten ibaret kalan şirketlerin oluşması, eğer ticaret unvanlarında holding ibaresini kullanmayacaklarsa, izne tabi olmamalıdır. Dolayısıyla bölünme suretiyle saf holding halini alacak bir şirket de, eğer unvan değişikliğine gitmeyecek ise, ne bölünme işlemine onay almak zorundadır ne de tür değiştirmek.

4.7. Aile Şirketlerinde Miras Paylaşımı

Bölünme, aile şirketlerinde miras paylaşımı isteği dolayısıyla da kullanımı gündeme gelebilecek araçlardandır. Aile şirketlerinde kurucu ortak veya ata ortak, ölümünden sonra 0111'tayla çıkabilecek miras problemlerini sağlığında halletmeyi isteyebilmektedir¹⁰⁰. Bu hallerde de mevcut şirket malvarlığının bölümlere ayrılarak şirketin bölünmesi ve mirasçılar arasında paylaşılması gündeme gelebilir.

4.8. Vergi Avantajı

Bölünme işlemi katma değer ve; gisi, damga vergisi ve harçtan rhuaf tu-

⁹⁹ Bkz. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği izne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in m. 5 hükmü.

¹⁰⁰ Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 11.

culmuştur¹⁰¹. Bu türden vergi avantajları nedeniyle de bölünmenin tercih edilmesi söz konusu olabilir. Ancak vergi mevzuatındaki bölünme tanımı dolayısıyla kooperatiflerin İştirakiyle gerçekleşen bölünmeler ile kendi içerisinde bütünlük arz etmeyen malvarlığı unsurlarının konu edildiği bölünme işlemlerinin vergi avantajlarından faydalanamaması ihtimali de mevcuttur¹⁰².

¹⁰¹ Bkz. Çeker, s. 117.

¹⁰² Bkz. Hamdi Deniz Ege Göktuna, Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Devrimi işlemleri, İstanbul 2013, s. 12,215 ve 234. Anılan sebeplerden ötürü yazar, vergi mevzuatı ile TİK'nın kavram içerikleri bakımından uyumlu hale getirilmesi gerektiğini de vurgulamaktadır. Bkz. Göktuna, s. 247 vd.

II. BÖLÜNME HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

Bölünme işlemine yönelik temellerin, **kavram içeriğinin, bölünme türlerinin ve bölünmeye yönelten sebeplerin** ilk bölümde **arz edilmesinin ardından** bu ikinci bölümde, bölünme işlemine yönelik **TTK'da yer alan pozitif** hukuk düzenlemesinin zaman, yer ve kişi bakımından uygulama alanlarının tespiti ile maddi uygulama alanının kısaca ele alınmasına geçilebilecektir.

1. Zaman Bakımından Uygulanması

Yukarıda Giriş bölümünde de ifade olunduğu üzere, bölünme işlemi ortaklıklar hukuku zaviyesinden ve kanun düzeyinde ilk defa TTK ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bilindiği üzere TTK 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve TTK'nın bölünmeyi düzenleyen 159 ila 179. maddeleri de aynı tarih itibarıyla yürürlük kazanmışlardır. Bu manada 1 Temmuz 2012 tarihinden sonra gerçekleştirilen bölünme işlemlerine TTK'nın uygulama alanı bulacağı hususunda tartışma yoktur.

Ancak anılan tarihten önce gerçekleştirilen bölünme işlemlerine **TTK'nın** bölünmeye yönelik öngördüğü düzenlemelerin kısmen veya tamamen uygulanıp uygulanamayacağı soruları, Ortadadır. Daha şimdiden, özellikle uygulamada görülmektedir ki, TTK öncesi dönemde gerçekleştirilen bölünmeler dolayısıyla TTK'nın alacaklıları korumaya yönelik vaz ettiği müteselsil sorumluluk ve ikinci dereceden sorumluluğa yönelik hükümlerinin geçmiş tarihli bölünme işlemlerine uygulanması hususu talep olunmaktadır. Bu manada işbu bMlık altında incelenmesi gereken temel sorun, TTK'nın öngördüğü bölünme düzenlemesinin kısmen veya tamamen geriye etki edip etmeyeceği şeklinde tezahür etmektedir.

Sorunun çözümüne yönelik düzenlemeleri: 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un ("Uygulama Kanunu.") içerisinde bulmak mümkündür. Uygulama Kanunu'nun 2. mad-

desi 1. fıkrası a ve b bendine göre TİK, yürürlük tarihinden önce meydana gelen olaylara uygulanmayacaktır. *Diğer* bir ifadeyle, TİK'nın yürürlük tarihinden önce gerçekleşen olaylara, bu olayların etkileri devam **etmekte** olsalar dahi, gerçekleştikleri dönemde cari olan hukuk düzenlemeleri uygulanmaya devam edecektir. Araştırmaya konu bölünme işlemi özelinde ayrıksı bir hüküm öngörülmediği hususundan harekete, anılan bu ana kuralın, yani geçmişe etkili olmama kuralının, bölünme işlemleri açısından da geçerli olduğunu ifade etmek mümkün olacaktır.

Ancak hukukta hemen her kuralın bir istisnası mevcuttur; nitekim yukarıda anılan 2. maddenin istisnası da hemen 3. maddede ifade edilmiş vaziyettedir. Uygulama Kanunu'nun 3. maddesine göre, tarafların iradelerinden bağımsız olarak kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere, bu ilişkiler TİK yürürlüğe girmeden önce kurulmuş olsalar bile, TTK hükümleri uygulanacaktır. Bu manada; eğer TTK, araştırmaya konu bölünme işlemlerini taraf iradelerinden bağımsız bir biçimde düzenlemiştir denilebilecekse, o takdirde TTK'nın bölünmeye yönelik hükümlerinin de geçmişe etki edeceği, yani **TTK** öncesi dönemde kurulmuş bölünme işlemleri üzerinde de uygulama alanı bulabileceğini söylemek mümkün olacaktır.

Fakat; açıkçası anılan 3. maddenin anlam içeriği ile lafzı yeterince sarıh değildir. İlk o kumada anılan madde şu hususu ifade eder gibi görünmektedir: "Eğer TİK bir işlemi emredici bir biçimde düzenlediyse, bu düzenleme geçmişe de etki edecektir". Ancak bilindiği üzere, TTK'nın neredeyse tamamı, özellikle sermaye şirketlerine has maddeleri, niteliği itibarıyla emredici hükümlerden oluşmaktadır. Hal böyle olunca bu maddeden Kanun'un önemli bir kısmının geriye yürüyeceği yönünde bir anlam çıkar ki, bu anlam da ilk anılan ve geçmişe etkili olmama prensibini vaz eden Uygulama Kanunu'nun 2. maddesi ile çelişir; hatta onu işlevsiz kılar. O halde anılan bu 3. maddeden ne anlamak gerekecektir?

Hemen ifade etmek gerekir ki, anılan 3. maddenin benzerleri 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da da bulunmaktadır. Anılan her iki Kanun'un 3. maddeleri **de** aynı minvaldedir. Bu maddeler ise kaynağını İsviçre Hukuku'ndan alır; İsviçre Medeni Kanunu'nun Kapanış Hükümleri b3§lığı altında yer alan bir 3. madde anılan Türk Hukuku düzenlemelerine kaynaklık teşkil eder. Anı-

lan madde İsviçre Hukuku'nda da uzun dönem tartışma konusu olmuştur. Orada da maddenin anlam içeriği, yasanın hukuki ilükiler **bakımından hangi** hallerde geçmişe etki edeceği muğlak kalmıştır. Ancak gelinen noktada İsviçre Hukuku'nda genel olarak kabul gören husus şudur: Kanun brr **J111c11k1** ilişkinin kuruluşu/geçerlilik şartları bakımından eski döneme *nazaran* farklı bir düzenleme tesis etmiş olabilir; ancak bu düzenleme emredici nitelikte dahi olsa, eski dönemde kurulmuş hukuki ilişkilerin kısmen **veya wnamen** geçersizliklerine yol açmaz². Anılan madde hukuki ilişkilerin içeriği **ile ilgili**dir ve yeni hukuk bir hukuki ilişkinin içeriğine yönelik ilişkinin **tarafına**, emredici şekilde yeni yükümlülük ve sorumluluklar getirmişse ve bu yükümlülük ve sorumluluklarla korunmak istenen menfaat kanunun kabulünden önceki dönem için de aynı şekilde korunmaya değer ve muhtaçsa, o takdirde kanun geçmişe etki etmek suretiyle ilişkinin taraflarını bu yükümlülük ve sorumluluklara tabi kılacaktır³.

Buradan hareketle denebilecektir ki, TTK'dan önce kurulmuş bölünme işlemleri, TTK ile bölünme işleminin kuruluşuna/geçerliliğine yönelik emredici farklı düzenlemeler öngörülmüş olsa dahi, geçerliliklerinden bir şey kaybetmezler. Diğer bir ifadeyle, TTK'nın emredici şekilde öngördüğü bölünme usulüne yönelik hükümler, TTK öncesinde gerçekleştirilen bölünme işlemlerini geçersiz hale getirmeyecektir; o işlemler, önceki dönemde cari hükümlere uyulmak suretiyle kurulmuş, geçerlik kazanmışlardır ve bu geçerliklerini TTK'ya rağmen korumaktadırlar.

Diğer taraftan Kanun'un öngördüğü müteselsil sorumluluk ve ikinci dereceden sorumluluk düzenlemeleri kural olarak geçmişe edici edebilecektir; ancak bu hallerde de anılan düzenlemelerin koruduğu menfaat ile eski

Tartışmanın tarafları ve içeriği için bkz. Markus Vischer, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 49 vd.

2 Bu yönde bir anlayış İsviçre Federal Mahkemesi'nin genel işlem şartları vesilesi ile verdiği bir kararında da tasdik edilmiş vaziyettedir. Bkz. BGE 15. **Juli** 2014, 4A-475/2013. Anılan kararda mahkeme, yukarıda anılan sebeplerden ötürü, eski hukukta o hukuka uygun olarak kaleme alınan genel işlem şartlarını yeni hukuk düzenlemesini **geçmişe** etki ettirerek geçersiz saymamıştır. Kanaatimizce bu anlayış, hukuka güven ilkesi ile de bağdaşır niteliktedir. Hukuk süjelerinin işlemin gerçekleştiği tarih itibarıyla mer'in hukuk kurallarına uygun şekilde tesis ettikleri işlemler, sonrasında yapılan kanun değişiklikleriyle, yani devlet müdahalesi ile, kısmen veya tamamen geçersiz hale getirilememelidir. Aynı yönde Alfred Koller, Rückkaufsrecht, Incertemporales Recht zu Art. 216a OR, Aktuelle Juristische Praxis 2001/1, s. 120.

3 Bkz. Vischer, Intertemporal, s. 62.

hukuk düzenlemesi karşılaştırılmalı, eğer eski hukuk bu menfaatleri bilvesi koruyamıyorsa, Kanun'un geçmişe erki ermesine müsaade edilmelidir. **Diğer** bir ifadeyle Kanun'un öngördüğü müteselsil sorumluluk ve ikinci derecede sorumluluk hükümleri şu şartla geriye yürüyecektir: Eski hukuk döneminde de alacaklıların korunmasına yönelik bir menfaat vardır, ancak bu menfaat eski hukukça korunamamış, eksik kalmıştır. Bu minvalde eski hukukun bölünmeler dolayısıyla ortaya koyduğu düzenin araştırılması ve bu düzenlemenin, özellikle alacaklıların korunması bakımından eksik kalmadığı hususlarının değerlendirilmesi gerekir:

Yukarıda da ifade olunduğu üzere, TTK'nın yürürlük tarihinden önce bölünme işlemlerinin önemli bir çoğunluğu 2003 yılında Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlıklarının ortaklaşa çıkardığı Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Anılan Tebliğ kısmi bölünmeye ilişkindir. Bir diğer ifadeyle Tebliğ, bölünme neticesinde bölünen şirketin tüzel kişiliğini yitirdiği ve tasfiyesiz bir biçimde ortadan kalktığı bir tam bölünme halini düzenlememiştir. Bu nedenle anılan dönemde tam bölünme işlemleri de gerçekleştirilememiştir. Diğer bir yönüyle Tebliğ, bugünkü manada ve TTK'da düzenlendiği haliyle gerçek bir bölünme işlemini değil, o yıllarda mer'i TTK ile uyum içerisinde olacak ve bu manada hukuken imkan dahilinde olan bir bölünme alternatifini düzenlemiş vaziyetteydi. Bu minvalde Tebliğ'in bölünme diye tabir ettiği işlemle TTK'nın tasvir ettiği bölünme işlemi birbirlerinden şu açılardan ayrılmaktadır:

Birincisi; Tebliğ ile düzenlenen bölünme işlemi TTK'nın aksine bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının külli intikalini değil, cüz'i intikalini öngörmektedir⁴. Buna göre TTK'nın yürürlüğü öncesinde Tebliğ'e dayanarak gerçekleştirilen bölünme işlemlerinde, örneğin aktif unsurlar, tek tek ve devirleri için gerekli olan tasarruf işlemleri gerçekleştirilmek suretiyle devredilmiş; pasifler ve özellikle borçların naklinde ise Tebliğ, alacaklılardan onay alınması şartına yer vermiş ve bölünme işleminin alacaklılardan onay alınmaksızın tescil edilemeyeceğini öngörmüştür⁵.

⁴ Benzer şekilde Esin Taboğlu/Sezer Çalışkan, Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma Son Adım: Bölünme, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 565-574, s. 568 vd.

Bkz. anılan Tebliğ'in 5. maddesi. Aynı madde, muaccel borçların ödenmesi veya tevdi ile muaccel borçların teminat altına alınmasını öngörmektedir.

İkinci bir farklılık ise, kendisini, işlemin yürütölüş biçiminde **göstermek**tedir. Buna göre Tebliğ'in öngördüğü bölünme işlemi şu aşamalardan **geçer**: Malvarlığını devralacak şirket sermayesini artırır ve yeni paylar ihraç **eder**, bölünen şirket bu sermayeyi taahhüt eder ve pay bedellerini, böldüğü malvarlığı unsurlarının tek tek nakli ile karşılar. Bu manada devralan şirket veya şirketlerin payları öncelikle bölünen şirket üzerinde doğar, bu payların pay sahiplerine nakli ise, ikinci bir işlem üzerinden, yani sermayenin azaltılması suretiyle gerçekleşir. Bu yönüyle Tebliğ'in bölünme diye tabir ettiğı **işlem**, esasen, yukarıda bölünmeye alternatif olarak zikrettiğimiz ve "ilci aşamalı bölünme" diye tanımladığımız bölünme alternatifinden başkası değildir⁶. Açıkçası anılan dönemde Bakanlıkların konuyu başka türlü düzenlemek şansı da bulunmamaktadır; uygulamada bölünme ihtiyacı vardır, fakat eTTK konuyu düzenlememiştir. Bu nedenle Bakanlıklar, eTTK'nın düzenlediğı/ izin verdiği sermaye artırımını, aynı sermaye konulması ve sermaye azaltımı mekanizmalarından faydalanmak suretiyle bölünmeyi olmasa da, bölünme benzeri bir işlemi düzenleyerek anılan ihtiyacı gidermişlerdir. Bu manada TTK öncesi dönemde Tebliğ'e dayandırılarak gerçekleştirilen işlemlerin geçerlilikleri de tartışmalı olarak görölmemelidir⁷.

Bu açıklamalardan sonra TTK'nın koruma hükümlerinin Tebliğ'e dayanılarak gerçekleştirilen bölünme işlemlerine ve geriye dönük uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna artık geçilebilir:

Sonda söylenmesi gerekeni belki başta söylemiş olacağız; fakat burada temsil edilen görüşe göre, TTK'nın alacaklılar lehine öngördüğü müteselsil sorumluluk ve ikinci derecede sorumluluğa dönük hükümleri Uygulama Kanunu'nun 3. maddesi üzerinden geçmişe etki etmeyecektir. Çünkü müteselsil sorumluluk ve ikinci derecede sorumluluk öngören hükümlerin korumaya çalıştığı menfaat şudur: Yeni hukuk bölünmeyi bir külli intikal mekanizması şeklinde tasarlamaktadır. Diğer bir ifadeyle TTK bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının tek tek değil, kendilerine ait tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek kalmaksızın bir kül halinde devrine olanak tanımaktadır. Bölünen şirketin borçları bakımından külli intikalin sonucu ise, borçların naklinin, alacaklıların rızası olmaksızın ve tek işlemde gerçekleşiyor

⁶ Aynı yönde Gerekçe, s. 58.

⁷ Yukarıda da ifade olunduğı üzere Tebliğ, eTTK hükümlerinin izin verdiği mekanizmaları birleştirerek bölünme benzeri bir işlem tesis etmekten öteye gitmediğı için, kanaatimizce anılan döneme yönelik bölünme işlemlerinin eTTK ile de uyumlu olduğunu düşünmek gerekir.

olmasıdır. Hal böyle olunca yeni hukukta bölünen şirketin alacaklıları borcu devralan şirketin ödeme kabiliyeti ile ilgili bir değerlendirme yapamamakta, alacağın tahsili bakımından alacağa konu varlığı tahsis ederken yaptıkları değerlendirmeler borçlunun değişmesiyle geçerliliğini kaybedebilmektedir. Bu nedenledir ki İTK, yeni dönemde alacaklıların korunması bakımından eski borçluyu ya da devralan diğer şirket veya şirketleri de sorumluluk altına almaktadır. Ancak eski hukuk döneminde yürürlükte olan Tebliğ cüz'ü intikale yer vermektedir. Alacaklılar bakımından bunun bir sonucu şudur: Bölünme neticesinde bölünen şirketten olan alacaklar, alacaklıların ancak bu yönde bir rıza göstermiş olmaları halinde devralan şirket veya şirketlere geçmiş kabul edilebilecektir. Dolayısıyla eski hukuk, alacaklıların korunması bakımından farklı bir yol tercih etmiştir; yeni hukukun müteselsil sorumluluk ve ikinci dereceden sorumluluk vaz etmesi altında yatan sebepler eski hukuk döneminde mevcut değildir ve bu nedenle TTK'nın ilgili hükümlerinin, ana kuraldan saparak geçmişe etki etmesini mazur gösterecek bir menfaat ya da koruma boşluğu da bulunmamaktadır.

Ancak bu noktada şu hususu da gözden kaçırmamak gerekir: TTK'nın bölünmeye yönelik hükümlerinde kanun koyucu alacaklıların hak kaybına uğramamaları için her türden önlemi almıştır ve hatta alacaklılardan işçiler bakımından özel hükümler dahi tesis etmiştir. Eski hukukta Tebliğ'e dayanılarak gerçekleştirilen bölünme işlemlerinde hukuka şeklen uygunluk sağlanmış olabilir; ancak işlemlerin yürütülüş süreci bakımından somut uygulamanın, özellikle aktiflerin başka şirketlere sevki dolayısıyla, mağduriyetlere yol açacak şekilde gerçekleşmiş olması ihtimali de yüksektir. Bu nedenle, burada temsil edilen görüşe göre, TTK'nın koruma hükümleri bakımından hakime, Uygulama Kanunu'nun 2. maddesi 2. fıkrasında tanınan yetkiyi bölünme işlemi özelinde ayrıca tanımak gerekir. Bu madde üzerinden hakim, Tebliğ'de oluştuğunu gördüğü boşlukları TTK hükümleri ile somut olay özelinde tamamlayabilir ve hukukun son amacı niteliğindeki hakkaniyeti tesis edebilir.

2. Yer Bakımından Uygulanması

Özel hukuka yönelik bir pozitif hukuk düzenlemesinin yer bakımından uygulanması, düzenlemeye konu iş, işlem veya eylemin yabancılik unsuru taşıması ihtimalinin değerlendirilmesidir. Bir düzenlemenin, düzenlemeyi yapan ülke hukukuna tabi süje ve objeler dolayısıyla herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanacağı açıktır. Ancak düzenlemeye konu iş, işlem veya eylem bir başka hukuka tabi bir unsurun karışması halinde halli gereken iki

temel sorun ortaya çıkar: Yabancılık unsuru barındıran işlem veya eylem geçerli bir biçimde meydana gelebilecek midir? Eğer gelebilecekse, anılan iş, işlem veya eyleme ilgili hukuklardan hangisi uygulanacaktır? Konu bu yönüyle bir millederarası özel hukuk sorunudur. Ancak öz.el hukuk düzenlemesinin ait olduğu maddi hukuk dalı ile de yakından ilgili olduğu içindir ki, yukarıda anılan soruların cevaplanması milleclerarası öz.el hukuk ile ilgili maddi hukuk dalının ortaklaşa çalışmasını gerektirir.

Bu söylenenlerden hareketle TIK'nın bölünmeye yönelik 159 ila 179. maddelerinin yer bakımından uygulanmasında evvel emirde şu tespiti yapmak mümkündür: Anılan maddeler yabancılık unsuru taşımayan her türden bölünme işlemine ve herhangi bir kısıta uğramaksızın uygulanacaklardır. Diğer bir ifadeyle; bölünmeye Türk Hukuku'na tabi şirketler katılmakcaysa ve bölünmeye konu malvarlığı unsurları da Türkiye'de bulunmaktaysa, o takdirde TTK'run bölünmeye yönelik hükümleri kısıtlanmaksızın uygulama alanı bulacaktır.

Peki ama; bölünme işleminin taraflarından biri veya bir kaç yabancı şirketler ise veya bölünmeye konu malvarlığı unsurlarından biri veya birkaçı yurtdışında bulunmaktaysa, o takdirde ne olacaktır? Yukarıda da değinildiği üzere, anılan bu hallerde halli gereken ilk soru yabancılık unsuru taşıyan bölünme işlemine izin verilip verilmediğidir:

Yabancılık unsuru taşıyan bölünme işlemlerine izin verilip verilmediği sorusu, ilgili hukukların tamamına bakılarak cevaplanması gereken bir sorudur. Eğer söze konu hukuk sistemlerinden bir tanesi dahi böyle bir işleme izin vermemişse, o takdirde bölünme işlemi gerçekleştirilemez. İzin bahsini de kendi içerisinde bölümlere ayırarak incelemek gerekir. Öncelikle bakılması gereken, bizatihi bir bölünme işleminin ilgili her hukuk sisteminde düzenlenmiş olup olmadığıdır. Bağlantılı hukuk sistemlerinden herhangi birinde bölünmeye ilişkin bir düzenleme yoksa, o halde bölünme, yabancılık unsuru taşıyacak bir biçimde gerçekleştirilemez. Burada bölünme tanımı önem arz eder; yukarıda da anıldığı üzere bölünme, malvarlığı unsurlarının tek işlemde ve külli şekilde intikalini anlatır. Bu manada ilgili her hukuk düzeninin bu yönde bir külli intikali içeren bir bölünme düzenlemesine sahip olması gerekir⁸.

⁸ Bkz. Roland M. Müller, Anhang zu Art. 29-52 (Grenzüberschreitende Spaltung)/1. Art. 163d IPRG: Grenzüberschreitende Spaltung, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 13.

Bir bölünme düzenlemesine sahip olmanın yanı sıra izin kıstasının ikinci bir boyutu, bölünme ile bağlantılı her bir hukuk düzeninin yabancılık unsuru taşıyacak bölünme işlemlerine izin vermiş olmasıdır. Bu izin, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi pozitif bir hukuk düzenlemesiyle ve açık bir biçimde verilmiş olabilir⁹. Veyahut da; Alman Hukuku'nda olduğu gibi, yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere izin verilmediği hususu yasanın yorumundan elde edilir. Alman Hukuku'nda öğreti, konuyu düzenleyen Tür Değişirme Kanunu ("UmwG") m. 1/1'de geçen "merkezi yurt içinde bulunan hukuk sükeleri" ibaresinden yola çıkarak yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere izin verilmediği; ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Centros*, *Daily Mail* ve *InspireArt* gibi ünlü kararlarından sonra Birlik üyesi devletlerin dahil olduğu bölünme işlemlerine izin verilmesi gerekeceğini ifade etmekteydi¹⁰; nitekim anılan kanunun değiştirilmesi sonucu bu yönde bölünmelere Alman Hukuku'nda da açıkça izin verilmiş oldu. Anılan izin bazen de üstü kapalı bir biçimde verilebilir¹¹. Kanunun lafzı, celeolojik, sistematik ve tarihi yönden tahlili sonucunda elde edilecek önerme bu yönde bir iznin verildiğine işaret etmekteyse, o takdirde iznin zımnen verilmiş olduğu hususu da kabul görebilir.

Nitekim Türk Hukuku'nda ne Alman Hukuku'nda olduğu gibi üstü kapalı bir yasaklamadan ne de İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi açık bir izinden bahsetmek imkanı vardır. Tarihi açıdan bakıldığında görülür ki, Türk kanun koyucu İsviçre Hukuku'ndan bölünmeye yönelik hükümleri iktibas ederken İsviçre Hukuku'nda yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere açıkça izin veren milletlerarası özel hukuk normlarını almamıştır. Aynı şekilde, Kanun'un Gerekçesi incelendiğinde görülmektedir ki,- kanun koyucu sınır aşan bölünmelere temkinli ve hatta menfi sayılabilecek ifadelerle yaklaşmaktadır¹². Bu hususlar yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere izin verilmediği şeklinde yorumlanabilir.

Ancak bilindiği üzere, tarihi yorum, ancak diğer yorum yöntemleri ile elde edilen sonuçları desteklemesi kaydıyla dikkate alınır¹³. Kanun'un lafzı

⁹ Bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 163a vd ile İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü m. 146.

¹⁰ Bkz. Marcus Lutter/fim Drygala, § 1, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Wincer, Bd. I, 3. Auflage, Köln 2004N. 5 vd.

¹¹ Bkz. **Mililer**, N. 16.

¹² Bkz. Gerekçe, s. 45.

¹³ Bkz. Lutz **Treder**, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Heidelberg 1998, s. 58.

bakımından yapılan bir inceleme neticesindeyse görülmektedir ki, sınır :qan bölünmelere zımnı de olsa izin verilmiş olduğu şd<linde bir yoruma **destek** verecek maddeler bulunmaktadır. Örneğin; TİK m. 176/2-e hükmünde me-alen denmektedir ki, borcu devralan ve bu surette borçran birinci dcrecttfc sorumlu olan bir şirketin yurtdışındaki merkezi taşıymış ve bu sebeple anılan şirketin takibi güçleşmiş ise, alacaklılar borcu devreden şirketi de ilgili alacak dolayısıyla doğrudan takip edebilirler¹⁴. Görüldüğü üzere anılan maddttfe Kanun, bölünmeye katılan şirketlerden birinin merkezinin başlangıçtan itibaren yurtdışında olabileceğini kabul etmektedir. Yasanın lafzından da öte, yapılacak teleolojik bir çıkarım da yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere izin verildiği savını destekleyebilecektir. Yasanın genel amaa küreselleşme neticesinde ortaya çıkan, çıkabilecek ihtiyaçları gidermektir'❖. Aynı şekilde Kanun, yeniden yapılandırma hallerinde malvarlığı devirlerini kolaylaştırma gayesi gütmektedir. Bu manada uygulamada sınır aşan **bölünmelere talep** henüz oluşmamış olabilir ama bu husus, bu talebin yakın zamanda olUşma-yacağı anlamına da gelmez. Öyleyse, özellikle Kanun'un lafzı itibariyle ve amacı doğrultusunda, Kanun'un yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere izin verdiğini söylemek mümkün olacaktır. Ancak bu noktada şu hususu da da açık yüreklilikle ifade etmek gerekir: Sicil uygulamasının ilerleyen yıllarda bu yorum sonucunu destekler yönde gelişmemesi halinde, yapılan bu çıkırımların bir kıymeti harbiyesi de kalmayacaktır¹⁶.

Bu noktada şu hususu da eklemek gerekir: İTK'nın yabancılık unsuru taşıyan bölünmelere izin vermesinin yanında, yatırım hukuku, yabancılar hukuku ve eşya hukuku gibi bir takım tali düzenlemelerin de bu yönde bir bölünmeyi engellemiyor olması gerekir¹⁷. Görülebildiği kadarıyla ilgili tali

¹⁴ Anılan hükme dikkat çekmesi b'akımından **Kendigelen**, s. 156.

¹⁵ Bkz. Genel Gerekçe, s.14.

¹⁶ Türk sicil hukuku uygulamasında görülm,el,ctedif ki, sicil müdürlükleri **Kanun'danziya-**de Ticaret Sicili Yönetmeliği'ni esas almaktadırlar. Eğer bir husus, anılan yönetmelikte düzenlenmemişse, sicil müdürlükleri bu husus Kanun'da ele alınmış olsa dahi, Yönetmelik'çe düzenlenmemiş bir hususu uygulamaktan imtina etmek eğilimindedirler. Sınır aşan bölünmelerle ilgili de Sicil Yönetmeliği'nde açık bir hüküm yoktur. Ancak sicil uygulamasının menfi gelişmesi halinde, yabancılık unsuru taşıyan bölünme işlemleri için yabancı hukuklarda da önerile'n, şirket merkezini yurtdışına taşımak alternatifi gündeme gelebilir. Bu alternatifte şirket önce yurtiçinde bölünür, bölünme sonucu ortaya çıkan yeni veya mevcut şirketin merkezi daha sonrasında yurcdışına taşınır. Anılan bu alternatif Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 116 vd. maddeleri uyarınca gerçekleştirilebilecektir. Anılan alternatifi yurtdışı uygulaması bakımından bkz. Müller, N. 14.

¹⁷ Bkz. MülJer, N. 17.

düzenlemelerde de sınır aşan bölünmeleri malvarlığı unsurlarının nakli bakımından kısıtlayabilecek türden hükümler bulunursa da, sınır aşan bölünmeleri tümünden yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır.

Söze konu *izin* şartı bağlamında son olarak ifade etmek gerekir ki, yabancılaşma unsuru taşıyan bir bölünme işlemine izin verilmiştir denilebilir. Somut bölünme işleminin bölünmeye katılan şirketler özelinde de tahlilini gerektirir. Diğer bir ifadeyle bölünmeye katılan şirketlerin türleri ve şirketlerin güncel durumları bölünmeye engel olabilir. Örneğin; ileride de görüleceği üzere Türk Hukuku sermaye şirketleri ile kooperatiflerin bölünmesine izin vermektedir. Bu manada somut bölünme işlemine taraf olan yabancı şirket, özü itibarıyla, bir sermaye şirketini veya kooperatifi karşılamıyorsa, Türk Hukuku anlamında bir sermaye şirketi veya kooperatif ile karşılaştırılabilir. Niceliklere sahip değilse, o halde bu bölünme mümkün olmayacaktır¹⁸. Aynı şekilde Türk Hukuku'nun aynısını veya bir benzerini tanımadığı şirket türlerinin dahil olduğu bölünmelere de izin verilmediğinin kabulü gerekecektir. Yine, bölünmeye katılan şirketlerin güncel durumları da sınır aşan bölünmeye mani olabilir. Örneğin; ileride görüleceği üzere TTK, borca batık veya sermaye kaybı olan şirketlere yönelik özel bir düzenleme yapmamakla bu şirketlerin bölünmeye katılmalarını imkansız kılmıştır. Dolayısıyla yabancılaşma unsuru taşıyan bir bölünmeye borca batık veya sermaye kaybı olan bir şirketin katılmak istemesi halinde de bu bölünmeye izin verilmediği sonucunu çıkarmak gerekecektir.

Görüldüğü üzere yabancılaşma unsuru taşıyan bölünmelerde izin kısıtı, yasanın izin vermiş olması, başka düzenlemelerin engel teşkil etmemesi ve bölünmeye katılan somut şirketlerin yasada belirtilen şartları taşıması unsurlarını içerisinde barındırmaktadır. Son söylenen kısıt ancak somut olayda belirlenebilecektir; ancak yine de bu noktada şu hususu tespit etmek mümkündür: Türk Hukuku yabancılaşma unsuru taşıyan bölünmelere zımnen de olsa izin vermiş vaziyettedir.

Buradan hareketle sorulması gereken ikinci soru artık sorulabilir: Yabancılaşma unsuru taşıyan bir bölünmeye hangi hukuk uygulanacaktır? Maalesef bu soru da, önceki soru kadar ve hatta ondan daha zordur.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ne TTK ne de MİLLÎ HUKUK Kanunu ("MÖHUK") bu yönde bir özel düzenleme içermektedir.

¹⁸ Bkz. Müller, N. 10.

Dolayısıyla uygulanacak hukukun cespisinde mevcut MÖHUK kuralları yorumuna başvurmak gerekecektir. Görülebildiği kadarıyla **timdiyc kadar** öğretide yabancılik unsuru taşıyan birleşmeler dolayısıyla ortaya **çıkabile-**cek yorum alternatifleri üzerinde durulmuşur¹⁹. Ancak kanaatimizce, bu yorum sonuçları niceliği itibarıyla birleşmeye yaklaşan bölünme işlemine de teşmil edilebilecek niteliktedir. Bu manada öğretide, haklı bir biçimde ifade edilmektedir ki, birleşme, bölünme gibi işlemlerin devralan veya devreden şirketin tabi olduğu hukuk şeklinde tek bir hukuka bağlanması anılan işlemlerin niteliğine uygun düşmeyecektir. Öğretide öne çıkarılan ve bizim de katıldığımız görüş, bu türden işlemlerde her bir hukuk düzeninin mümkün olduğunca birlikte uygulanmasıdır. *Teksoy'un* da belirttiği gibi bu birlikte uygulama, kural olarak dağıtıcı, istisnai hallerde ise toplayıcı olmak durumunda kalacaktır²⁰. Yani şirketlerin her birine, işlemin şirketin iç işleyişini ilgilendirdiği hallerde kendi hukuku uygulanacak, işlem dolayısıyla birlikte hareketin zorunlu olduğu hallerde ise ilgili hukuk düzenlerinin tamamına riayet mecburiyeti ortaya çıkacaktır. *Teksoy* çalışmasında birleşme dolayısıyla geçilen merhaleleri tek tek ele almakta ve görülebildiği kadarıyla uygulanacak hukuk bakımından şu sonuca ulaşmaktadı-²¹: Birleşme sözleşmesinin içeriği, şekli gibi hususlara, ilgili tüm hukuk sistemleri birlikte uygulanacakken, işlemin yönetilmesine ilişkin her bir şirket, işlemde yüklendiği rol ve sıfat bakımından kendi hukukunun emrettiği hususları da yerine getirecektir. Alacaklıların korunması bakımından ise kanaatimizce, alacaklılar bakımından en lehe olan hukuk düzenine öncelik tanınması uygun olacaktır.

Ancak *Teksoy'un* da ifade ettiği gibi, tüm bu tespit olunan hususlar, uygulanacak hukukun tespiti bakımından açık bir yasal düzenleme ihtiyacının ne denli acil olduğunu göstermekten de ileri gidememektedir²².

3. Kişi Bakımından Uygulanması

Bir pozitif hukuk düzenlemesinin kişi bakımından uygulanması başlığı altında düzenlemenin yöneldiği, muhatap aldığı kişilerin tahlili yapılır. Bir

¹⁹ Bkz. Barış **Teksoy**, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilafında Kuramsal Sorunlar, Batider Haziran 2013, C. XXIX, S. 2, s. 167-224.

²⁰ Bkz. **Teksoy**, s. 185 vd ve özellikle s. 223.

²¹ Bkz. **Teksoy**, s. 198 vd.

²² Bkz. *Teksoy*, s. 224. Yazar bu noktada TTK hükümleri ile uyumlu olması bakımından İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının iktibasından yanadır.

diğer ifadesiyle bir düzenlemenin emirlerine uyacak kişiler ile düzenlemenin getirdiği haklardan istifade edecek kişilerin belirlenmesi sayesinde ilgili düzenlemenin kişi bakımından uygulama alanı tespit edilmiş olur.

Bu manada TTK'nın bölünmeye yönelik 159 ila 179. maddelerinin 1/4'i bakımından uygulama alanı dendiğinde tahlili lazım gelen husus, anılan maddelerin hangi şirket türlerine uygulanacağını, hangi şirketlerin bölünmeye katılabileceğinin tespiti. Kanun, bölünmeye yönelik maddelerin 1/4'i bakımından uygulama alanını "Geçerli Bölünmeler" başlığı altında, 160. maddesinde belirlemektedir. Ancak düzenlemenin kat'i kişisel uygulama alanına, Sermaye Piyasası mevzuatının tahlili ile 160. maddede anılan şirketlerden olup da özel durumları gereği, örneğin borca batık veya tasfiye halinde olmaları nedeniyle bölünmeye kaçınılmayabilecek şirketlerin ortaya konmasıyla ulaşılabilecektir.

3.1. Geçerli Bölünmeler

TTK m. 160 gereği TTK'nın bölünmeye yönelik hükümleri sermaye şirketleri ile kooperatiflere uygulanacaktır. Bir diğer ifadeyle sermaye şirketleri ile kooperatifler yine sermaye şirketleri ve kooperatiflere bölünebileceklerdir.

TTK m. 124 gereği sermaye şirketi tabiri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri kapsar. Bu manada TTK'nın bölünmeye yönelik hükümlerinin muhatabı da anonim ve limited şirkeder ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkederle kooperatiflerdir.

Bu şirkederden her biri bir diğerine bölünebilir²³. Diğer bir ifadeyle bölünmede, dar veya geniş manada bir "aynı cinsten olana bölünmek" zorunluluğu yoktur²⁴. Örneğin bir anonim şirket sadece anonim şirkedere bölünür denemez; bir anonim şirket bir limited şirket ile bir kooperatife tam olarak bölünebilir ya da bir kooperatif, bir limited ve bir sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete kısmi olarak bölünebilir. Bu bölünmeler mevcut şirketlere bölünmeler olabileceği gibi, bölünme, yeni kuruluş yöntemi ile de gerçekleştirilebilir. Örneğin bir anonim şirket bölünerek içerisinde bir kooperatif ve bir limited şirket çıkarabilir.

²³ Aynı yönde Kağıtçıoğlu, s. 78.

²⁴ Bkz. Gerekçe, s. 59.

Görüldüğü üzere Kanun, sadece sermaye şirketleri ile **koopcraüflerin** bölünebileceğini esas almakla şahıs şirketlerinin bölünemeyeceği **kucaL.ru da.**, hükmün mefhumu muhalifinden vaz etmiş bulunmaktadır. Bu noktada şu soru akla gelebilir: Kanun birleşmeyi şahıs şirketlerinin de dahil olabileceği şekilde düzenlemişken bölünmeyi neden sadece sermaye şirketlerine **ve koo-**peratiflere hasretmiştir?²⁵

Kanun'a ilişkin materyallerde anılan soruya yönelik bir bilgiye rastlanmamaktadır. Gerekçe'de sadece şu hususun altı çizilmekte ve mealen denmektedir ki, sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine ya da şahıs şirketlerinin sermaye şirketlerine bölünmesine müsaade edilmek istenmemiştir; bu türden bölünmelerin engellenmesi ile alacaklıların korunması hedefledir²⁶. Ancak Kanun, diğer taraftan ve 137. maddesi üzerinden birleşme işlemleri vesilesiyle hem her iki şirket grubunun (sermaye ve şahıs şirketlerinin) birbirlerine karışmalarına müsaade etmiş hem de şahıs şirketlerinin kendi içlerinde birleşmelerini de olanaklı kılmıştır. Diğer bir ifadeyle Gerekçe'de ifadesini bulan - haklı, haksız- sebep, sadece grupların birbiri ile karışacağı türden bir bölünmenin düzenlenmemiş olmasının sebebidir; şahıs şirketlerinin kendi içlerinde neden bölünemediğinin veya aynı şirketlerin bir bölünmeye en azından devrolunan şirket sıfatıyla neden katılamadığının ise, bir izahatı verilmemektedir.

Şahıs şirketleri bakımından mehzaz hukukta da bölünmeler dolayısıyla ayrı kısıtlama mevcuttur ve maalesef mehzaz hukuk kaynaklarında da kısıtlamanın sebebi üzerinde çok durulmamaktadır. İsvBirK Gerekçesi'nde kısaca denmektedir ki, sermaye şirketlerinin şahıs şirketlerine bölünmesi sermaye şirketlerine yönelik tasfiye kurallarının dolanılmasına yol açabilecektir ve aynı şekilde şahıs şirketleri ile sermaye şirketleri birbirleri ile uyumlu değildir²⁷. Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu da, temelde gruplar arası bölünmelere neden müsaade etmediğini izah etmekte, şahıs şirketlerinin kendi aralarında bölünmelerinin kapsam dışı bırakılmış olmasının sebebini açıklamamaktadır. Soru ile ilgili sınırlı bir başka kaynakta ise, şahıs şirketlerinin İsviçre Hukuku'nda hukuk süjesi olmamaları, tüzel kişilikleri bulunmaması

²⁵ Anılan hususun eleştirisi ve Türk Hukuku'ndaki doktriner görüşlerin özeti için bkz. Sevgi Epçeli, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Bölünmeye İlişkin 159, 160 ve 161. Maddeleri Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, Sayı 2010/1, s. 193-216, s. 197 vd.

²⁶ Bkz. Gerekçe, s. 60.

²⁷ Bkz. Bocschaft, s. 4432.

ve içlerinden adi şirketin sicile kaydının yapılmaması, bölünmelerine müade edilmemiş olmasına bir sebep olarak ifade edilmektedir. Halanılan sebeplerin tamamı gereği, İsviçre Hukuku'nda şahıs şirketlerinin hırleşmelerine de müsaade edilmemiş olmalıydı ya da anılan bu sebepler, aşirket dışında, Türk Hukuku'ndaki kısıtlamayı mazur gösterebilecek seeler değildir. Çünkü Türk Hukuku'nda şahıs şirketlerinin tüzel kişiliği hulanmaktadır ve hukuk süjesidirler²⁹. Diğer taraftan Alınan Hukuku'na hıkıldığında görülmektedir ki, orada şahıs şirketlerinin kendi aralarında ve bir limited şirket ile bölünmelerine müsaade edilmek suretiyle şahıs şirketlerine de bölünmeden istifade etmek imkanı tanınmış vaziyettedir³⁰.

Sorunun halinde *de lege lata* yapılabilecek bir şey bulunmamaktadır; kanun koyucu İsviçre modelini takiple şahıs şirketlerini bölünme dışı bırakmıştır. Bu şirketler ise, bölünmeden beklenen faydaya ancak bölünmeye alternatif bir yöntemle, tasfiye olarak ya da tür değiştirerek ulaşabileceklerdir³¹. Ancak, ileride yaşanabilecek yasa değişiklikleri göz önünde tutularak *de lege ferenda*, değerlendirmeler de aynı sonucu verecek midir? Bu noktada son olarak bu hususun tartışılması icap eder:

Olması gereken hukuk tahlilinde ilk ele alınması gereken husus pratik faydadır. Diğer bir ifadeyle ve konu özelinde şu soru sorulmalıdır: Şahıs şirketlerinin bölünmesini teminen bir yasal düzenleme yapılması ihtiyacı var mıdır? Bilindiği üzere şahıs şirketleri uygulamada, sorumluluk hükümleri dolayısıyla çok tercih edilmemekte, bu şirketlerin sayısı gün geçtikçe azalmaktadır. Ancak kanaatimizce, sayıca az olmak, düzenleme yapılmamasını gerektirecek hususlardan değildir. Nitekim kanun koyucu artık uygulaması bulunmayan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri bölünme düzenlemesine katmakta bir beis görmemiştir. Aynı şekilde, TIK'nın bahsettiği araçlardan istifade imkanları kısıtlandıkça şahıs şirketlerinin çekiciliği azalmakta, sayılarının azalması süreci hızlanmaktadır.

²⁸ Bkz. Pecar R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner **Lederer**, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, s. 94.

²⁹ Benzer şekilde Bahtiyar, s. 67.

³⁰ Bkz. Martin Epper, Art. 30, Fusionsgesetze sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015, N. 2.

³¹ Bkz. von der Crone/Kessler/Gersbach/Dietrich/Berlinger, N. 453; Bahtiyar, s. 68 ile Kendigelen, s. 149.

Pratik fayda bakımından bir diğer husus, bölünmelerine **müsaade**  dahj, şahıs şirketlerinin bu imkandan istifade etmek isteyip **istcmeyeceJdc-**riclidir. Anılan şirketlerin sermaye yapısı ve tasfiyelerinin kolaylığı bir **bakıma** bölünme gibi yoğun bir süreçten kaçmalarına sebep olabilecektir. Bu **nok-**tada özellikle sermaye yapıları üzerinde durmak icap eder: BiUndiği üzere şahıs şirketlerinde sermaye payı, payı getiren ortak temelinde takip edilir ve payın iadesi, şahıs şirketlerinde ortakların ikinci dereceden sorumlulukları baki kalacağı için, sermaye şirketlerinde olduğu gibi, sermayenin **azaltılması** şeklinde özel ve sıkı usullere tabi tutulmamıştır³². Bu söyleneni en **güzel adi** şirketteki sermaye payının iadesi somutlaştırır; adi şirketlerde yönetici ortak faaliyetin yürütülmesi için gereksiz gördüğü takdirde sermaye payını **kısmen** veya tamamen iade edebilir, iade alan ortak da bu pay ile yeni bir **şirket ku-**rabilir veya mevcut bir şirkete ortak olabilir³³. Kollektif ve komandit **şirkette** de sermaye payının iadesi, ortaklık kararından başkaca bir şana bağlanmamış vaziyettedir. Bu çerçevede denebilir ki, şahıs şirketlerinde bölünme düzenlense dahi, şahıs şirketlerinin ortakları bu yöntemi tercih etmeyecektir. Ancak kanaatimizce, aynı sebepten ötürü şahıs şirketlerinin birleşmesinin de kapsam dışında bırakılması gerekirdi ve fakat bırakılmamışlardır.

Burada temsil edilen görüş uyarınca, TTK bir alet çantasıdır. Bu çantadaki aletlerin sayısı ne kadar çok olursa, ihtiyaç hasıl olduğunda ihtiyaç sahiplerinin kullanabilecekleri araçlar da o denli çok ve çeşitli olur. O sebeple, TTK'nın şahıs şirketlerini bölünme dışı bırakmış olması, *de /ege ferenda* bir eksiklik³⁴. Bu eksiklik ise, yukarıda ele alınan alacaklıların korunmasına yönelik haklı çekincesi karşısında, birleşme düzenlemesine paralel olarak yeniden doldurulabilir. Diğer bir ifadeyle, ilk kanun değişikliğinde şahıs şirketlerinin kendi içlerinde bölünebilmelerine ve devrolunan sıfatıyla bölünme işlemlerine katılmalarına olanak yaratmak gerekir.

32 Şahıs şirketlerinde sermaye payının takibi ve muhasebe düzeni için bkz. Lukas **Hands-**chin/Han-Lin Chou, Der Kapitalanteil, Zürcher Kommemar Band/Nr. V/4b, Zürich 2009, N. 45 vd.

33 Bkz. Walter Fellmann/Karin Müller, Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8, Bern 2006, N. 11 1 vd.

34 Benzer şekilde Durguc, s. 10.

3.2. Halka Açık Ortaklıkların Bölünmeye Katılması

Yukarıda da ele alındığı üzere anonim ortaklıklar TTK uyarınca bölünebileceklerdir. Ancak bu husus, halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından geçerlidir. Bölünmeye bir halka açık anonim ortaklığın katılması halinde ise, hukuki çerçeveye değişmektedir. Şöyle ki;

Sermaye Piyasası Kurulu'nun 28.12.2013 tarih ve 28865 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren II-23.2 numaralı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin 1. ve 14. maddeleri gereği, bölünmeye katılan şirket kederden sadece bir tanesinin dahi halka açık olması halinde, İşlem öncelikli olarak anılan tebliğe göre yürütülür hale gelmektedir. Anılan tebliğ, genel olarak TTK hükümleri ile uyum içerisindedir. Sadece yukarıda da anıldığı üzere, iştirak modeliyle bölünme canımı tebliğde daha geniştir. Bunun dışında da tebliğ, tarafların kayıt altına alınması, işlemin denetimi ve malvarlığının değerinin tespiti hususlarında taraflara TTK'nın öngörmediği ek yükümler getirmektedir. Taraflardan en az birinin halka açık bir anonim ortaklık olduğu bölünme işlemlerinde tarafların hem tebliğ hükümlerine hem de TTK hükümlerine riayet etmeleri gerekecektir.

3.3. Tasfiye Halindeki Şirketlerin Bölünmeye Katılması

Kanun, tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye katılması dolayısıyla özel bir hüküm vaz etmişken, tasfiye halindeki şirketlerin bölünmeye katılmaları hususunda suskun kalmaktadır. TTK m. 138/1 hükmü uyarınca, tasfiye halindeki bir şirket, malvarlığının dağıtımına başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması şartıyla birleşmeye katılabilecekken tasfiye halindeki bir şirketin hangi hal ve şartlar altında bölünmeye katılabileceği belirsizdir.

Bu belirsizlik ışığında öğretilerdeki genel eğilim, anılan birleşme düzenlemesinden yola çıkılarak, tasfiye halindeki şirketlerin de, belirli şartlar altında bölünmeye katılabilmesine müsaade etmek yönündedir. Bu şartlardan ilki ve en önemlisi tasfiyenin aşama kaydetmemiş olmasıdır. Bu manada ve kısaca denmektedir ki; eğer tasfiye halindeki şirket henüz tasfiyeden dönebilecek durumdaysa, o takdirde bölünebilecektir de³⁵. Anılan bu şart ise, son tahlilde, tasfiye halindeki şirketin malvarlığının henüz pay sahipleri arasında dağıtılmasına başlanmamış olmasını ifadeden ibarettir. Diğer bir ifadeyle öğreti,

³⁵ Bkz. Rolf Watter/Raffael Büchi, Art. 29, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 24.

tasfiye halindeki bir şirketin malvarlığı henüz pay sahipleri arasında dağıtmaya başlanmamışsa, bu şirketin bölünmeye kacılabilceğini ifade etmektedir. Öğretide savunulan bu görüş çerçevesinde bir takım yazarın, bir adım daha ileri giderek şu hususu da vurguladığı görülmektedir: **Tasfiye halinde** olan, fakat malvarlığı henüz pay sahipleri arasında dağıtmaya başlamamış bir şirket bölünmeye katılma kararı alırsa, bu karar, zımnen, tasfiyeden dönme kararını da içerir³⁶. Diğer bir ifadeyle, bölünmeye katılma bir devam kararı niteliğindedir ve bu durumlarda genel kurul tarafından ayrıca **ve açıkça** bir şirketin devamı kararı alınmasına dahi ihtiyaç yoktur.

Burada temsil edilen görüşe göre de tasfiye halindeki şirketlerin bölünmeye katılmalarına, kural olarak, müsaade etmek gerekir. Bu yönde bir çıkarım, özel hukuka has "yasaklanmamış bir hususa izin verildiği" ve ticaret hukukuna has "pratik fayda" ilkeleri ile de uyum içerisinde olabilecektir. Örneğin tasfiye halindeki bir şirket iki veya daha fazla şirkete cam olarak bölündüğünde, tasfiye aşaması hızla sonuçlandırılmış olacaktır.

Ancak kanaatimizce, yukarıda anılan görüşlerde göze çarpan temel sıkıntı ya da gözden kaçırılan temel husus, tasfiye halindeki şirketlerin bölünmeye katılma şartlarının, anılan şirketlerin bölünme kapsamında üstlendiği rol bakımından değişebilecek olmasıdır. Diğer bir ifadeyle; tasfiye halindeki şirketlerin, bölünme işlemine bölünen veya devralan şirket sıfatıyla katılacak olması arasında, bölünmeye katılma şartları bakımından bir fark yaratılması icap etmektedir. Aynı şekilde, bölünme kararının zımnen bir devam **kararını** da içerdiğine yönelik görüşün ayrıca ve derinlemesine tetkiki ihtiyaa da hissedilmektedir. Kanun'un bölünmelerine müsaade ettiği sermaye şirketleri ile kooperatiflerin tasfiyesi bakımından ortak hüküm niteliğindeki anonim şirketlerin tasfiyesine ilişkin TTK m. 529 ila 548 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi, bu yönde bir ayırımın ve derinlemesine bir tahlilin zorunlu olduğu hususunu da göz önüne sermektedir.

3.3.1. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Bölünen Sıfatıyla Bölünmeye Katılması

TTK m. 533/2 ve 535/1 hükümleri gereği, tasfiye halindeki bir şirketin fiil ehliyeti ile bu şirketin organlarının görev ve yetkileri tasfiye amacı doğrultusunda ve tasfiye memurlarınca yapılamayacak işlemlere özgü bir bi-

³⁶ Yine Watter/Büchi, Art. 29, N. 24.

çimde sınırlanır. Diğer bir ifadeyle, tasfiye halindeki bir şirket dolayısıyla girişilebilecek işlemler bakımından hukuki sınırı, tasfiye amacı belirlemektedir. Bu noktada akla §U soru gelebilir: Acaba tasfiye halindeki bir şirket, ehliyeti itibariyle bir bölünme işlemine bölünen şirket sıfatıyla katılabilecek midir? Ya da, tasfiye halindeki bir şirketin yönetim organı bölünme işlemi hazırlayabilecek ve genel kurulu da bu yönde bir karar alabilecek midir?

Yukarıda da anıldığı üzere, şirketin bu yönde bir işleme girişebilmesi bu işlemin tasfiye amacı ile bağdaşıp bağdaşmayacağı sorusuna bağlı olacaktır. Bu ise, son tahlilde, tasfiye amacından ne anlamak gerekeceği ile bağlantılıdır:

Kanun tasfiye amacını betimlememektedir. Ancak faal ticaret şirketlerinin genel amacı ile tasfiye işlemlerinin içeriği, tasfiye amacının somutlaştırılmasına hizmet edebilecek türdendir. Faal ticaret şirkederi ekonomik amaç güderler. Daha geniş ifadesiyle ticaret şirkederi, işletme konuları kapsamında gelir elde etmek ve giderler düşüldükten sonra arta kalan miktarı, yani karı, ortaklar arasında paylaşmak gayesi ile faaliyette bulunur, hukuki işlemler tesis ederler. Bir şirket yasada öngörülen bir sebepten ötürü sona erdiğinde, başkaca bir hususa gerek kalmaksızın tasfiye süreci başlar. Bu süreç şirketin mümkün olan en kısa zamanda ve ticaret sicilinden terkin suretiyle resmen sona ermesi için yürütülür. Bu manada, tasfiye kapsamında süregelen işlemler tamamlanır, alacaklar tahsil olunur, borçlar ödenir, pay sahiplerine pay bedelleri iade olunur ve nihayetinde arta kalan aktif tutar, yani tasfiye bakiyesi, pay sahipleri arasında payları oranında bölüştürülür³⁷. Görüldüğü üzere tasfiyenin amacı işlemlerin tamamlanması, alacakların tahsili, borçların ödenmesi, pay bedellerinin iadesi ve tasfiye bakiyesinin paylaşılması suretiyle şirket malvarlığının çözülmesi ve malvarlığından mahrum kalan şirketin de ticaret sicilinden terkin ile tüzel kişiliğinin kaybı etrafında şekillenmektedir.

Bu manada ve kanaatimizce, tasfiye halindeki bir şirketin bölünme işlemine bölünen şirket sıfatıyla katılmak istemesi tasfiye amacı ile bağdaşır niteliktedir ve şirket ve organları bu yönde bir işlem tesis etmeye de ehildirler. Şöyle ki; bölünme işleminde bölünen şirket malvarlığının tamamı veya bir kısmı dolayısıyla alacak ve borçlarını ve sözleşmelerini nakletmekte, kalan

37 Tasfiye süreci için bkz. Sami **Karahan**, Anonim Şirketlerde Tasfiye, **Konya** 1998, s. 165 vd.

aktif malvarlığı unsurların devralan şirket veya tirket.ltre devteırnekce ve bunun karşılığında bölünen şirket ortakları devralan ,irket veya JJrket.lerde pay sarubi olmaktadırlar. Bu yönüyle bölünme, dolaylı bir (t2m veya kıs-mi) tasfiyeden ibaret görünmektedir. Dolaylıdır; çünkü bölünmede **alacak**-lar tahsil olunmamakta, borçlar ödenmemekte, fakat devrolunmak suretiyle temizlenmektedir. Dolaylıdır; çünkü tasfiyede pay sahipleri rnalv❖rlığırun kendisine veya paraya çevrilmesi halinde denk tutarda bir paraya sahip ol-mak.tayken, bölünmede bu tutar karşılığında başka Şirket paylarına sahip ol-maktadırlar. Aynı şekilde tam bölünme, tıpkı tasfiyede olduğu **gib❖şidcttin** ticaret sicilinden terkin ve tüzel kişiliğin son bulmasıyla sonuçlanmaktadır. O halde tasfiye halindeki bir şirketin tasfiyeden dönmek zorunda olmadan dahi bölünme karan alabileceği hususu bir önerme olarak tespit edilebilir.

Peki o zaman, yukarıda anılan doktriner görüş, neden bölünen **şirket.ler**-de de, tasfiyeden dönebilme şartını aramaktadır? Çünkü görüldüğü üzere bö-lünen şirket tasfiyeden dönmekte, bilakis, tasfiye sürecini **luz.Ludırmakra**-dır. Ya da; tasfiye halindeki bir şirketin bölünmek istemesinde de **tasfiyeden** dönülebilmeye şartları, yani malvarlığının pay sahipleri arasında henüz taksini edilmemiş olması şartı öğreti tarafından neden aranmaktadır?

Kc}naatimizce, tasfiye halindeki bi,r şirketin tam bölünme isteğinde *dahi* bu şart aranacaktır, aran.mıalıdır. Ancak genel kurulun ayrıca bir devam ka❖arı 3ıfmasın❖ ihtiyaç y❖ktur. Çünkü şirket devam etmek değil, tasfiyeyi hızlandırın❖ istemektedir. Malvar)ığının henüz pay sahipleri arasında tak-simine b3.şlanınamış.9.lması şartıçın bu. hallerde dahi aranmasının sebebi de Kanun'un geçerli bölünmeleri sınırlı sayıda tespit etmiş olmasında ve bö-lünebileceklerini öngördüğü sermaye şirketleri ile kooperatiflerin raoımında yatmaktadır. Bir anonim şirketi örnek almakla bu son söylenen husus daha da açık bir biçimde ifade olunabilir:

Kanun, 329. maddesi üzerinden anonim şirketi mealen şöyle tanım-lar: Anonim şirket, belirli bir sermayeye sahiptir, bu sermaye paylara bö-lünmüştür, anılan sermaye bu payların bedellerinin toplamını ifade eder ve münferit pay bedelleri pay sahipleri tarafından taahhüt olunmakla sermaye oluşur. Yukarıda da ifade olunduğu gibi, Kanun tasfiyeden dönmeye mal-varlığının pay sahipleri arasında bölüştürülmeye başlanmamış olması şartı ile izin vermektedir. Tasfiye sürecinde ise, malvarlığı pay sahipleri arasında taksim olunurken geçilen ilk aşama, yine yukarıda ifade olunduğu üzere, pay bedellerinin iadesidir. Yani Kanun, esasen demektedir ki, pay bedelle-

rinin iadesine başlandıktan sonra, tasfiyeden dönülemez. Acaba Kanun, bu şartı neden getirmektedir? Konu tamamen anonim şirketin canımı ile ilgili. dir. Önceki aşamalardaki işlemlerin tamamlanması, yani alacakların tahsil, ve borçların ödenmesi anonim şirket tanımına zarar vermez; faal bir şirket de bu işlemleri yapabilecektir, yapmalıdır. Ancak pay bedelleri iade edildiğinde, şirketin sermayesi çözülmüş olur; artık şirketin, yasal canımın aksine, ne bir sermayesi vardır, ne de bu olmayan sermaye paylara bölünmüştür. Dolayısıy. la bu aşamadan sonra elde kalan varlığa, bir şirket demek zordur, bu varlığı bir anonim şirket olarak nitelendirmek ise, imkansızdır.

Bu nedenle pay beqellerinin iadesi aşamasından sonra, yani şirketin ta. nuru gereği sahip olması gereken sermaye çözülp de pay bedelleri dahi iade edildikten sonra, bu varlığın bölünebilmesi de mümkün olamamaktadır. Çünkü Kanun, anonim şirketlerin bölünebileceğini öngörmektedir. Tasfiye aşaması bu denli ilerlemiş bir varlığı ise, tüzel kişiliğini ve unvanını şeklen muhafaza ediyor olsa da, artık bir anonim şirket olarak tanımlamak imkanı kalmamıştır³⁸.

Özetlemek gerekirse; tasfiye hindeki bir şirket bölünmeye bölünen sıfatıyla katılabilir. Bu yönde bir işlemin tasfiye hacı kapsamında kalmakla ehliyet bakımından da gereken sıhhati Havi olacaktır. Bölünme işleminden önce, bir tasfiyeden dönme kararı-alınması da itap etmez; çünkü esasen şirketin devamı istenmemekte, aksine tasfiye süreci bölünme işlemi ile hızlandırılmaktadır. Yi'ne de tasfiye sürecinin çok ilerlememiş olması gerekir; özellikle pay bedellerinin iadesine başlandığı hallerde bölünme kararı alınamaz. Çünkü bu hallerde şirket artık yasal tanım itibariyle bölünebilir bir şirket türünü karşılamamaktadır. Anılan bu sebepten ötürü, ticaret sicili müdürlüğünün bölünmeyi tescil ederken, tasfiye kapsamında pay bedeli iadesinin yapılmadığı yönünde bir belge talep etmesi gerekir.

38 Bir şirketin sona ermesi bakımından tatili boyunca üç görüş savunulmuştur. Birinci görüş şirketi, sona erme sebebinin ortaya çıkmasıyla doğrudan sonlandırır. Bu görüşe göre sicilden terkin açıklayıcı niteliktedir. Ancak bu görüş hakim normatif sistem ile uyumsuzluğu nedeniyle artık savunulmamaktadır. Bir ikinci görüş, cari normatif düzen itibariyle, bir şirketi sicilden terkin edilinceye kadar mevcut görür. Üçüncü bir görüş ise, şirketin varlığını sicilden terkin ile kaybedeceğini kabul etmekle birlikte, şirketin malvarlığından mahrum kaldığı noktada şirket tanımını artık karşılamayacağını ve bu tanım ancak yeniden kuruluş ritüellerine uymakla kazanacağını ifade eder ki, bu çalışma altında da bu son görüşe öncelik tanınmaktadır. Görüşlerin ayrıntıları için bkz. Oruç Hami Şener, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Ankara 2015, s. 18 vd.

3.3.2. **Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Devralan Sıfatıyla BölünmeJ Katılması**

Tasfiye halindeki şirketlerin bölünmeye katılmaları konusunda yukarıda anılan hakim görüşün, bölünmeye devralan sıfatıyla kaalınak **isteyecek şirketlere** teşmili halinde ise, şöyle bir sonuç çıkmaktadır: Eğer tasfiye halindeki şirket henüz pay bedellerini iade etmemiş ise, bu şirket bölünmeye devralan sıfatıyla katılabilir. Ve hatta, özel bir tasfiyeden dönme **karan** olmasına dahi gerek yoktur; çünkü bu karar zımnı bir şekilde bölünmeyi **onaylayan** genel kurul kararında mevcuttur.

Kanaatimizce, bu görüşün ikinci kısmına, bu şekliyle katılmak imkaru yoktur. Burada temsil edilen görüş uyarınca, bir bölünme işlemine devralan sıfatıyla katılmak isteyen tasfiye halindeki bir şirketin, en azından aynı genel kurulda ve fakat bölünme kararından önce ve açıkça, tasfiyeden dönmesi gerekir. Bu önerme, kendisini, hem ehliyet bakımından hem de tasfiyeden dönme usulü açısından zorunlu hissettirmektedir. Şöyle ki;

Tasfiye halindeki bjr şirket devralan şirket sıfatıyla bir bölünme işlemine katılacaksa, bu dun.mi, anılan şirketin yeni malvarlığı unsurlarını, örneğin yeni alacak ve borçları iktisap edeceği ve bunun karşılığında ise, yeni paylar ihraç edeceği anlamına gelecektir. Yukarıda da izah edildiği üzere, tasfiye halindeki şirketin ve organlarının yetkileri tasfiye amacı ile sınırlıdır; bu amaç ise, son tahlilde, şirketin son bulmasıdır. Hal böyle iken, bölünme neticesinde şirkete yeni ortaklar kabul edilece olması ve yeni malvarlığı edinilmesi tasfiye amacı kapsamında değerlendirilemeyecek, anılan bölünme işlemi yetki bakımından sakat olacaktır. Öyleyse, bölünme işleminden önce tasfiyeden dönülmesi ve şirketin devamı kararı üzerinden şirket organlarına yetkilerinin iadesi ile bölünme işleminin tamamlanması icap edecektir.

Tasfiyeden dönme kararını düzenleyen TTK m. 548 hükmü, dönme kararının tescilini öngörür. Her ne kadar dönme kararı ile şirketin amacı tasfiye olmaktan çıkıp eski ekonomik gaye tekrar ediniliyorsa da, bu değişiklik bir esas sözleşme değişikliği olmadığından, anılan tescil de kurucu nitelikte değildir³⁹. Diğer bir ifadeyle Kanun'un aradığı tescil şartı açıklayıcı olduğundan, tasfiyeden dönme kararının bölünme ile aynı genel kurulda ve fakat bölünme kararından önce alınması mümkün ve yeterlidir. Bu noktada ŞU soru akla gelebilir: Acaba bu karar alınmazdan evvel yönetim kurulunun bö-

³⁹ Bkz. Şengül **Al Kılıç**, Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara 2017, s. 236.

bölünme hazırlıkları kapsamında müzakereler yürütmüş olması ve hatta bölünme sözleşmesini imzalamış olması ehliyet bakımından geçerli midir? İleride bölünme süreci bahsinde de ifade olunacaktır; ancak bu noktada şu hususun ifade edilmesiyle yetinilebilir: Bir bölünme sözleşmesi yönetim kurulunun imzası ile bağlayıcı hale gelir; ancak sözleşmenin kendisi, son tahlilde, genel kurul onayına bağlıdır. Dolayısıyla genel kurul onay verdiği andan önce tasfiyeden dönülmüş olunması ve bu surette genel kurul onaya ehil bulunması, işlemin sağlıklı kazanması bakımından yeterli olacaktır. Bölünme sözleşmesinde genel kurul onayı taliki şart niteliğindedir. Şartın gerçekleştiği anda ise, her iki kurul da halihazırda bu işlemi tamamlamaya ehil durumdadır.

Bu noktada son olarak şu hususu da ilave etmek gerekir: Tasfiyeden dönme kararı ile bölünme kararı arasındaki öncelik sonralık ilişkisi gereği, tasfiyeden dönme kararı tescil olunmaksızın bölünme kararı tescil olunamaz ve yine hatırlatmak gerekir ki, tasfiyeden dönme kararının tescili için pay bedellerinin iade edilmemiş olduğunu ispata yarayan bir belgenin sicile ibrazı gerekmektedir.

Özetlemek gerekirse; tasfiye halindeki bir şirket devralan sıfatıyla bir bölünme işlemine katılabilir. Ancak bu işlem şirketin devamını gerektirdiğinden, şirket genel kurulunca önceden alınacak bir tasfiyeden dönme kararını zorunlu kılar. Bu dönme kararının alınmasını müteakip aynı genel kurulda dahi bölünme kararı alınabilir. Ancak bölünme kararının tescil edilebilmesi için tasfiyeden dönme kararının tescil edilmiş olması gerekir. Bu ise son tahlilde sicile pay bedellerinin iadesine başlanmadığını gösterir bir belgenin ibrazını gerektirir.

Bu başlık altında son olarak şu soruyu sormak gerekir: Tasfiye halindeki bir şirket devralan şirket sıfatıyla bir bölünme işlemine ancak tasfiyeden dönmek suretiyle katılabilecekse, bazı tasfiye halindeki şirketlere özel sona erme sebepleri bakımından tasfiyeden dönememek ve dolayısıyla bir bölünmeye devralan sıfatıyla katılamamak söz konusu olabilecek midir?

Hemen belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku'nda tasfiyeden dönme hallerinin ihtiyari/iradi sona erme hallerine has olduğu yönünde bir görüş hakimdir⁴⁰. Buna göre bir şirket, örneğin genel kurul kararıyla sona ermişse, tasfiyeden dönebilecektir. Ama eğer şirket, mahkeme kararıyla sona ermişse tasfiyeden dönemeyecektir. İşbu çalışmanın konusu tasfiyeden dönme olma-

⁴⁰ Pekçokları yerine bkz. **Al Kılıç**, s. 102 ve 372 vd.

makla birlikte kanaatimizce, anılan bakını gözetilerek katılmak i.m.karar yoktur. Öncelikle hakim görüşü, Kanun'un kendisi çürütmektedir. **Örneğin TTK m. 548/2** hükmü yine bir mahkeme kararına dayanan iflas halinde dahi **şirketin** belirli şartlar dahilinde devam edebileceğini öngörmektedir. Diğer taraftan ve burada temsil edilen görüş uyarınca, şirket iradi bir birliktir ve sona erme sebeplerinden bir tanesinin zuhur etmesi, şirketi gerçekten sona **erdirmez**; Şirketi sona erdirecek olan, pay bedellerinin iadesidir. Dolayısıyla **şirketin** sona ermesine yönelik bir sebebin ortaya çıkması şirketin sona ermesine yol açmaz, sadece ortaklara, şirketin tasfiyesinin tamamlanmasını talep hakkı verir. Ancak bu haktan da daima feragat edilebilir.

Fakat bu da demek değildir ki, mahkeme kararıyla fesih hallerinde dahi ortaklar belirli bir nisaba uygun olarak bir karar almakla tasfiyeden dönebilecektir. Kanaatimizce, her sona erme sebebi bakımından TTK m. 548'de aranan dönme şartlarına yenilerini eklemek suretiyle şirketlerin tasfiyeden dönmesini sağlamak mümkün olacaktır. Örneğin; eğer bir şirket TTK m. 531 anlamında haklı bir sebeple mahkemece fesholunmuşsa, bu takdirde tasfiyeden dönmek maksadıyla toplanan genel kurulda verilen olumlu oylar arasında mutlaka, haklı nedenle feshi dava eden pay sahibinin de oyunu aramak gerekir. Aynı şekilde; eğer şirket organ yokluğundan fesholunmuşsa, bu halde organların tamamlandığının mahkemece tespiti sağlandıktan sonra tasfiyeden dönme kararı tescil olunmalıdır. Burada feshe yönelik olarak alınan mahkeme kararları talep üzerine veya belirli eksiklikler dolayısıyla verilen kararlardır. Dolayısıyla yürütülmeleri zorunlu olmayan veya geri alınmaları da mümkün olan kararlardandır. Nasıl ki bir şahıs, lehine sonuçlanan bir alacak davası ilamını alacağın tahsili cihetiyle icra ettirmeye zorlanamıyorsa, haklı sebeple şirketin feshini talep eden şahıs da, şirketin tasfiyesinin tamamlanmasını istemeye zorlanamayacaktır. Aynı şekilde eksiklik dolayısıyla şirketin feshine karar veren mahkeme, eksikliğin tamamlandığını görmekle fesih kararını malvarlığının iadesine başlanılmasına kadar geri alabilecektir.

Bu söylenenlerden harekete, işbu çalışma altında ek bir takım şartları olmakla birlikte hemen her sona erme halinde tasfiyeden dönülmesinin mümkün olduğu görüşü ve dolayısıyla sona erme hallerinden bağımsız bir şekilde ve tasfiye halindeyken dahi, bu şirketlerin, bölünmeye devralan veya devrolunan sıfatıyla katılmalarının mümkün olduğu tezi savunulmaktadır. Kanaatimizce, ticaret hukukuna has "kurulu tezgahın bozulmaması" ilkesi de bu yönde bir yorum faaliyetini destekleyecek niteliktedir.

3.4. Sermayesi Kaybolan veya Borca Batık Durumda Bulunan Şirketlerin Bölünmeye Karılması

Tasfiye halindeki şirketlerin bölünmeye katılmasında olduğu gibi, sermayesi kaybolan veya borca batık şirketlerin bölünmeye katılması bahsinde de Kanun suskun kalmaktadır. Halbuki, yine birleşme dolayısıyla, anılan durumda bulunan şirketlerin birleşmeye katılmaları şartları Kanun'un 139. maddesinde açıkça öngörülmüş vaziyettedir. Buna göre, sermayesi ile yedek akçeleri toplamının, yani özvarlığının yarısı zararla kaybolan veya borca batık durumda olan şirketler, kaybolan sermayeyi veya borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan şirketler ile birleşebileceklerdir. Diğer bir ifadeyle Kanun, mali durumun ıslahına yönelik birleşmelere açıkça ve fakat belirli şartlar altında izin vermişken, mali durumun ıslahı amacıyla bir bölünme yapılıp yapılamayacağı konusunda suskun kalmaktadır.

Anılan suskunluğu gidermeye yönelik öğretilde dile getirilen görüşlerde temel eğilim, ıslah amaçlı bölünmelere de, birleşme hükümlerini kıyasen uygulamak suretiyle izin vermek yönündedir⁴¹. Buna göre sermaye kaybı özvarlığının yüzde ellisini aşmayacağı şirketler ile borca batık şirketler, bölünmeye katılan diğer şirket veya şirketlerin bu açığı, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri öz kaynaklarından karşılayabiliyor olmaları şartıyla, bölünmeye katılabileceklerdir.

Kanaatimizce sermaye kaybı olan şirketler ile borca batık şirketlerin mali durumlarının ıslahı amacıyla bölünmelerine olması gereken hukuk bakımından müsaade etmek gerekir. Nitekim yukarıda, malvarlığının intikali başlığı altında da ifade olunduğu üzere, pasif tutarın aktiflerden fazla olacak şekilde intikalinde olduğu gibi, bölünme yoluyla mali halin ıslahı imkanı da şirketlerin ıslahı sürecini kolaylaştırmak bakımından da önem arz edebilmektedir. Ancak *de lege ferenda* yapılan bu çıkarımın *de lege lata* uygulanabilirliği üzerinde ayrıca düşünmek gerekir. Çünkü, özellikle sermaye kaybı yaşayan şirketler ile borca batık şirketlerin bölünmelerinde, şirketler hukukuna has "itibari değer altında pay çıkarılamaması" ve "iç kaynaklar kullanılmak suretiyle ihraç olunacak payların mevcut pay sahiplerine ait olması" gibi temel ilkelere aykırılık söz konusu olabilecektir. Bu nedenledir ki aklı şu soru gelebilir: Acaba Kanun açıkça izin vermemişken, bu yönde bölünmeleri kıyas yo-

⁴¹ Bkz. Tekinalp, Ortaklıklar, N. 162a.

luyla olumlamak, bir diğ er ifadesiyle yukarıda anılan **ilkelere**, yorum **yoluyb** istisnalar oluşturmak mümkün olacak mıdır? Ancak bu **soruya geçmeden**  nce, kanaatimizce, sermaye kaybı ve borca batıklık hallerinin irddenmesi ve yukarıda anılan ilkeler ile ilişkinin ortaya konması gerekir.

şirketler hukukunda, özellikle sermaye şirkederinde, sabit **sermaye** sistemi hakimdir. Buna göre şirket muayyen bir sermaye ile kurulur ve bu sermaye yıllar içerisinde edinilen kar veya zararlardan etkilenmeksizin **sabit** kalır⁴². Diğ er bir ifadeyle hesap dönemi karla kapandığında şirket **sermayesi** kendiliğinden artmaz, zararlar kapandığında ise kendiliğinden azalmaz. Ancak yine de hesap dönemlerinin zararlar kapatılması halinde mevcut **sermaye**-nin bir uyarı işlevi vardır.  nceki yıllar zararını da içeren bilanço zararı mevcut özsermayeye oranlandığında elde edilen oran üzerinden kanun koyucu şirket yönetim organına bir takım görevler yüklemiştir. Örneğın anılan oran yüzde elliyi aşmışsa, yönetim organı genel kurulu durumdan haberdar eder; anılan oran yüzde altmış altıyı aştığında ise, genel kurul eksilen sermayeyi tamamlamak veya sabit sermayeyi de anılan oran kadar eksiltmek yönünde bir karar almak durumunda kalır. Bu yönde bir kararın alınmaması halinde şirket infisah eder.

Sermaye kaybı ile borca batıklık aynı kavramlar değildir. Borca batıklıkta Kanun, oranlamayı şirket sermayesi ve aktiflerdeki erime ve kayıplarla değil, şirket aktifleri ile borçları arasında yapar. Buna göre; eğ er bir şirketin borçları aktiflerinden fazla ise, bu halde şirket borca batmış demektir ve şirket yönetim organının şirketin iflasını mahkemeden talep etmesi **gerekir**⁴³. Yine şirket, eğ er bu taleple birlikte iyileştirici önlemlere de karar verirse ve bu önlemler haklın tarafından ,uygun görülürse şirketin iflası açılmaz; şirket mamelekinin yönetimi iflas idaresine geçmez.

Bu söylenenler ışığında sermaye kaybı olan şirketler ile borca batık şirketlerin bölünmeye katılmaları, esasen ve kaba tabiriyle, eksilen sermayenin devralan şirket veya şirketlerce tamamlanma:sını veya bölünen şirket borçlarının devralan şirket veya şirketlerce ödenmesini ifade eder. Bu hal ise, bölünen ve devralan şirketler bakımından ve şu açılardan sıkıntılı olabilir: Sermaye kaybı olan bir şirketin, örneğın kısmi bir bölünmeye bölünen şirket sıfatıyla katılması, şirket malvarlığı içerisindeki bir takım aktif kalemlerin,

⁴² Bkz. **Türk A.**, s. 151.

⁴³ Bkz. von Büren/Stoffel/weber, N. 715.

yerlerine bir şey ikame edilmeksizin, başka şirketlere intikaline izin verilecek olmasıdır. Bu ise son raddede, mevcut sermaye kaybını daha da artırabil,, ve son tahlilde şirketin infisahına yol açabilir. Bu haldeki bir şirketin cam bölünmesi ise, devralan şirketlerin iç kaynakları kuşanılarak bölünen şirketin sermayesinin tamamlanması ve aynı iç kaynaklardan bölünen şirket ortaklarına pay edindirilmesi anlamına gelir.

Borca batık bir şirkette ise, bu şirketin aktif tutarı fazla olacak şekilde kısmi bölünmesi borca batıklığı derinleştirebileceği gibi, tam bölünmesi ise, devralan şirketlerin aktiften çok pasif devralması ile sonuçlanacaktır. Bu durumda ise bölünme sonrası ihraç olunan paylar itibari değerinde bir değerle ihraç olunmuş olacaktırlar. Her halükarda, devralan şirketlerden biri veya tamamında devralınan malvarlığı için bölünen şirket ortaklarına verilecek payların karşılığı, devralan şirketlerin iç kaynaklarından karşılanacak ve fakat bu durumda ise, münhasıran devralan şirketlerin mevcut ortaklarına pay edindirmek için kullanılması lazım gelen kaynaklar, bölünen şirketin ortaklarına pay edindirmek için kullanılmış olacaktırlar. Bu haller ise, kanaatimizce, bu hali mümkün kılan bir yasal düzenleme ile ancak söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifadeyle ve burada temsil edilen görüş uyarınca, yasal açık bir izin olmaksızın bu türden işlemlerin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Unutulmamalıdır ki, yorum yolu ile elde edilen her sonuç mevcut pozitif hukuk düzenlemeleri ile uyumlu olması halinde uygulama alanı bulabilecektir.

Özetlemek gerekirse; sermaye kaybı veya borca batık durumda olan şirketlerin bölünmeye katılmaları olması gereken hukuk bakımından arzu edilebilecek bir husus olsa da, açık yasal düzenleme olmaksızın yorum yoluyla gerçekleştirilebilecek bir durum değildir. Olan hukuk bakımından en temel engeli itibari değerinde altında pay ihraç edilmesi yasağı ile iç kaynakların mevcut ortaklar için kullanılacağı ilkeleri getirmektedir.

4. Maddi Uygulama Alanı

İşbu bölüm altında son olarak Kanun'un bölünmeye yönelik 159 ila 179. maddelerinin maddi uygulama alanına değinmek gerekir. Pozitif bir hukuk düzenlemesinin maddi uygulama alanı, düzenlemenin getirdiği hükümlerin içeriği ile ilgilidir. Çoğunluğu amir hükümlerden oluşan ticaret hukukunda bu içeriği Kanun'un getirdiği emirler şeklinde de anlamak mümkündür. Bu manada Kanun, bölünmeler bakımından kalan hükümlerinde bölünme işle-

minin geçeceği merhaleleri, yani bölünme sürecini ve sonrasında bölünmeden etkilenen şahısların korunmasına ilişkin emirleri öngörmektedir.

Ancak bu iki temel başlık da, maddi uygulama alanı başlığı altında ve alt başlıklar halinde ele alınması güç ve tafsilatlı konulardır. Dolayısıyla anılan hükümler, ilerleyen bölümlerde bölünme süreci ve koruma hükümleri olmak üzere kendilerine has iki başlık altında ve ayrı ayrı değerlendirilecektir.

111. BÖLÜNME SÜRECİ

Nihai hedefi seçilmiş malvarlığı unsurlarının devralan şirket veya **şirket-**lere külli intikali neticesinde bölünen şirketin veya onun ortaklarının **devra-**lan şirket veya şirketlerde pay sahibi olmalarının sağlanması olan bölünme işlemi, temel olarak, bölünme sözleşmesi veya planının hazırlanması, genel kurulca onayı ve bölünmenin tescili aşamalarından geçer. Ancak Kanun, bu üç temel aşama arasında veya öncesinde ve belirli şartlar altında geçilmesi gereken başka bir takım ön aşamalar da öngörmüş vaziyettedir. Hatta bu aşamalar dışında bir bölünme işleminin sağlıklı yürütülmesi bakımından Kanun'un öngörmediği, fakat uygulamanın tercih ettiği/edebileceği ek aşamalar da mevcuttur. Bu yönüyle bölünme işlemi, bir alt işlemler yumağı veya bütünüdür; yani bir süreçtir.

Bölünme sürecini oluşturan alt işlemler bakımından bir öncelik-sonralık ilişkisi kurmak çoğu zaman mümkün olmaktadır. Ancak uygulamada zaman kazanmak bakımından bu alt işlemlere aynı anda başlanması, farklı kişilerce eş zamanlı olarak yürütülmesi de düşünülebilir. Yine de işbu çalışma altında ve didaktik kolaylık sağlaması adına, söze konu alt işlemler, kronolojik bir sıra içerisinde verilmeye çalışılacaktır.

1. Yönetim Organı Kararı

Yukarıda bölünme **ş**edenleri başlığı **ş** altında da ele alınmış üzere bölünme, aşırı ve dengesiz büyüme, işletme konuları bakımından püzensizlik ve verimsizlik gibi sorunların baş göstermesi üzerine şirketlerce öngörülebilecek çözüm yöntemlerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu manada bölünme süreci, Kanun tarafından açıkça öngörülmüş olmasa da, fiilen, şirket içerisinde bölünme ile çözülebilecek bir sorunun tespiti ile başlamaktadır. Bu yönde bir sorunun tespiti üzerine yönetim kademelerinde bir çözüm arayışı da başlamakta, yürütülen fikir teatileri neticesinde ve fikir belirli bir olgunluğa eriştirildikten sonra, bölünme bir yöntem olarak benimsenmekte ve ilgili

sorunun çözümü olarak bölünme işleminin içeriği ilgili şirketlerin yönetim organlarına, kaba hatlarıyla, raporlanmaktadır.

Bu yönde bir çözüm önerisinin yönetim organlarınca da benimsenme,, üzerine, anılan yönetim organları alacakları bir karar ile bölünme sürecini başlatmaktadırlar'. Bu yönde bir kararda, yönetim organının bölünme sözleşmesinin müzakerelerine ya da bölünme planının hazırlanmasına başlanmasını öngördüğü ve hacca yönetim organı üyelerinden biri veya bir kaçını bu işle görevlendirdiği de görülmektedir. Aynı karar ile bölünme sürecini yönetmek üzere komiteler kurulması ve hatta bölünme sözleşmesinin imzası bakımından üyelerden biri veya birkaçının birlikte ve peşinen yetkilendirilmesi dahi mümkün olmaktadır². Bu yönde bir karar ile ileride ortaya çıkması muhtemel bir takım yetkisizlik itirazlarının da önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Yönetim organının aldığı müzakerelere başlanması ve yetkilendirme içerikli kararı müteakip girilebilecek aşamalardan ilki ara bilanço çıkarılmasıdır. Kanun bu aşamayı açıkça düzenlemiştir; fakat anılan aşama sadece belirli şartlar altında geçilmesi, yürütülmesi zorunluluk arz eden aşamalardan, işlemlerdendir.

2. Ara Bilanço Çıkarılması

Ara bilanço çıkarılması Kanun'un 165. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre; eğer bölünme sözleşmesinin imzası veya bölünme planının düzenlenmesi tarihi ile son bilanço tarihi arasında altı aydan fazla bir süre bulunmaktaysa³ veya bölünmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında son bilanço tarihi itibarıyla önemli değişiklikler meydana gelmişse, bir ara bilanço çıkarılması icap edecektir. Diğer bir ifadeyle, tarihi veya dayandığı veriler itibarıyla güncel olmayan bir bilançoya dayanarak bölünme sözleşmesini imzalamak veya bölünme planını düzenlemek mümkün olmayacaktır.

Benzer şekilde **Helvacı**, Bölünme, s. 40.

² Bkz. Kağıccıoğlu, s. 80.

³ Mevzuat Kanun'un görüşülmesi sırasında bu sürenin dokuz ay olması yönünde teklifler sunulmuşsa da, bu tekliflerin, Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergesinde belirlenen sürenin altı ay olduğundan bahisle kabul görmediği aktarılmaktadır. Bkz. Watter/Büchi, Art. 35, N. 5. Burada temsil edilen görüşe göre de Kanun'un öngördüğü altı aylık süre bölünme işleminin güncel verilere dayanılarak yapılması bakımından uygun bir süredir.

Bu haliyle anılan hüküm ara bilanço çıkarılmasını imza Ytva düütülem: tarihinden hemen önce yapılacak bir İşlcm gibi göstermektedir. Ancak takip eden sebeplerden ötürü, belki de yönetim organının ..bqlangı atqı" nıul,.. ğindeki kararını müteakip yapılması gereken ilk iş bir ara bilanço çıkarılma-sıdır. Şöyle ki;

Hesap dönemi takvim yılı ile örtöş şirketlerde son tarihli bilanço, r-maye şirkederinde, en geç, içinde bulunulan hesap yılının mart ayuu, koo-peratiflerde ise ha.iran ayma tarihli olmak durumundadır. Çünkü r-maye şirketleri hesap yılı sonunda ve en geç üç, kooperatifler ise hesap yıl sonunda ve en geç altı ay içerisinde olağan genel kurullarını toplamak zorundadırlar ve yıl sonu bilançosu bu kurullara sunulmak durumundadır. Öyleyse kurula uygun hareket eden bir şirketin en güncel bilançosunun içinde bulunulan hesap yılının mart veya haziran ayına yönelik olarak tarihlendiğini kabul etmek mümkündür. Aynı şekilde, yönetim organı karan öncesinde belirli bir olgunluğa ulaştınlmamış işlemlerde bölünme sözleşmesinin veya planının imza veya düzenleme olgunluğuna eriştirilmesi de yaklaşık bir iki ay alabilmektedir. Özellikle bölünmeye konu edilecek malvarlığı unsurlarının tespiti, değişim oranlarının takdiri ve bu hususların müzakere edilmek durumunda kalınması bu süreyi gerektirmektedir. Öyleyse, normal şartlar alanda ve temmuz sonu itibariyle başlanan bölünme işlemlerinde bölünme sözleşmesi veya planının hazır edilmesi Eylül ayı sonunu bulabilecektir. Bu halde ise, imza aşamasına gelindiğinde son bilanço tarihi ile imza tarihi arasında ala aydan fazla bir zaman geçmiş olacağındandır ki, imza işlemi gerçekleştirilemeyecektir. Bu nedenle, özellikle sermaye şirketleri bakımından temmuz ayı sonu itibariyle başlanacak bölünme işlemlerine bir ara bilanço çıkarılarak başlanması gerekir⁴.

Bu noktada şu hususa da işaret etmek gerekir: Kanun sadece son bilançonun güncelliğinin değil, aynı zamanda şirket malvarlığının değerini yansıtmayı gerekliliğinin de altını çizmektedir. Öyle ki, TTK m. 165, malvarlığında önemli değişiklikler olması halinde de bir ara bilanço çıkarılması gerektiğini bildirmektedir. Anılan madde, "önemli değişiklik" ibaresi ile ilgili b-kaca bir açıklama içermemektedir. Ancak mehaz hukuk öğretisinde önemli değişiklik kavramının şu şekilde netleştirilmeye çalışıldığı görölmektedir⁵: Önemli değişiklik sadece bölünen şirket bakımından değil, devralan

⁴ Aynı şekilde Watter/Büchi, Art. 35, N. 5.

⁵ Bkz. Watter/Büchi, Art. 35, N. 11.

şirket veya şirketler bakımından da gözetilmesi gereken bir husustur. Devamlı; bölünmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında gözlemlenen sadece menfi değişiklikler değil, müspet değişikliklerde de bir ara bilanço **çıkarmak** gerekecektir. Değişikliği önemli kılan farklılık, tabii ki, evvel emirde bölünen şirketin malvarlığını terk eden kısımda yaşanabilecektir. Eğer bu kısımdaki değer düşüşü itibariyle anılan kısım devralan şirketlerin ihraç edecekleri payların bedellerini karşılayamaz hale geliyorsa ya da bölünen şirkette kalan malvarlığı şirketin devamlılığını sağlayamayacak hale gelmişse, o takdirde malvarlığında meydana gelen bu değişiklik önemli olarak addedilir ve bir ara bilanço çıkarılması gerekir. Devralan şirketler bakımından da bu şirketlerin sermaye kaybı yaşamaları, borca batık bir hal almaları ya da iflas tehlikesi yaratacak şekilde nakit darlığına düşmeleri önemli değişikliklerden kabul edilebilir. Bölünmeye katılan şirketlerin malvarlıklarındaki önemli değişiklikler büyük zararlardan, öz sermayeyi etkileyecek bir biçimde kendi payını iktisap etmiş olmaktan veya yine aynı yöndeki temettü dağıtımlarından da kaynaklanmış olabilir. Ancak görüldüğü üzere anılan kriterler daha ziyade soyut nitelikte olup somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken hususlardandır. Dolayısıyla önemli değişikliğin tespitinde daha somut nitelikte bir kriter önermiş olmak adına mehzaz hukuk öğretisinde bir takım oranlardan da bahsedildiği görülmektedir. Örneğin *Watter/Büchi*'ye göre öz sermaye ya da net malvarlığı son bilanço tarihi itibariyle yüzde on veya daha fazla bir oranda azalmışsa, bu halde önemli bir değişikliğin var olduğu da kabul edilebilecektir⁶. Burada temsil edilen görüş uyarınca da bu yönde bir oranın kabulü uygulamanın ihtiyacı olan türden bir netliğin sağlanmasına hizmet edebilecektir.

Özetlemek gerekirse; son bilançonun güncelliğini tarih ve/veya değer itibariyle önemli ölçüde yitirmiş olması halinde bir ara bilanço çıkarılması gerekecektir. Nitekim Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128. maddesi de ticaret siciline teslim edilecek belgeler arasında ara bilançoğu hem bölünen hem de devralan şirketler bakımından açıkça saymaktadır. Bu noktada dikkat çeken husus, yönetmeliğin bu sayımı sadece tam bölünme halleri için yapmış olmasıdır. Diğer bir ifadeyle kısmi bölünme hallerinde teslimi lazım gelen belgeler arasında ara bilanço açıkça sayılmamıştır. Ancak Kanun'un açık lafzı karşılığında kısmi bölünme halleri de dahil olmak üzere her bölünme işleminde ve

⁶ Bkz. *Watter/Büchi*, Art. 35, N. 13.

güncelliğin emrettiği hallerde ara bilançonun çıkarılması lüzumunun kabulü gerekecektir.

Peki ama, ara bilanço tam olarak nedir ve nasıl çıkarılacaktır? Kanun'un 165. maddesinde de ifade olunduğu üzere, ara bilanço fiziki envanter çıkarılmasına gerek olmaksızın çıkarılabilecek türden bir bilançodur. Bu manada ara bilanço son bilançoya dayanılarak ve defter kayıtları üzerinden **çıkartılır**. Diğer bir ifadeyle son bilanço tarihi itibarıyla yevmiye defteri, defter-i kebir, depo/stok defterleri gibi defterler incelenir ve bu inceleme neticesinde elde edilen veriler ışığında son bilanço güncellenerek ara bilanço elde edilmiş olur. Yıllık bilançoda olduğu gibi işletmeye, depolarına girilip envanter sayımı yapılması gerekliliği yoktur⁷. Son bilançonun aktif kısmı yeniden değerlendirilmeden aynen alınabilir. Eğer neticesinde aşırı değerlendirilmiş olmayacaklarsa, aktifler bakımından amortisman bedellerinin düşülmesine de gerek yoktur. Bu manada ara bilanço çıkarılması uzun, masraflı ve zor bir işlem değildir. Bu kolaylıklardan faydalanılarak çıkarılan ara bilançolarda bu hususların dipnotlar halinde verilmesinde de fayda vardır⁸.

Bu noktada son olarak §U hususlar⁹da değinmek gerekir: Bilindiği üzere TTK'nın 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmesinin ardından işlem denetçiliği müessesesi kaldırılmış bulunmaktadır. Mevzuat hukukta ise, ara bilançonun işlem denetçisi tarafından denetleneceği öngörülmüştür. Bu durumda şu soru akla gelebilir: Acaba ara bilanço denetlenmeyecek midir? Bu sorunun cevabını ise yine Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128. maddesi vermektedir. Buna göre ara bilanço, denetime tabi şirketlerde denetçi, diğer şirketlerde ise yönetim organı tarafından onaylanmış olmalıdır. Diğer bir ifadeyle ara bilanço, şirket denetçisinin ya da ara bilanço çıkaran yönetim organının onayını ihtiva eder nitelikte olmalıdır. Ancak sorumluluğu bertaraf etmek adına son anılan türden şirketlerde de ara bilançonun bağımsız denetime tabi tutulmasında fayda vardır.

Yine; ara bilanço çıkarılması lazım gelirken çıkarılmamış ise veya ara bilanço onaylı değilse, bölünme işleminin tescil olunmaması gerekir⁹. Aynı şekilde usulüne uygun bir ara bilanço olmaksızın alınan genel kurul kararlarının da iptali kabil kararlardan olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak burada

⁷ Watter/Büchi, Art. 35, N. 15.

⁸ Watter/Bilchi, Art. 35, N. 16.

⁹ Watter/Büchi, Art. 35, N. 20.

mahkeme ölçülülüğü de dikkate alınmalıdır: Eğer ara bilanço usulüne uygun olarak çıkarılmış olsaydı dahi bölünme kararı alınırdı, usulsüzlük **bölünme** kararını etkiler ölçüde değildir denilebiliyorsa, bu takdirde mahkemenin iptal davasını reddetmesi gerekecektir¹⁰. Yanlış, usulsüz ve güncel olmayan bir bilançoya dayanılarak yürütülen bölünme işlemlerinde, her halükarda, yönetim organlarının sorumluluğu gündeme gelebilir¹¹.

3. Bölünme Sözleşmesi ve Bölünme Planı

Yukarıda da ifade olunduğu üzere bölünme sürecinin çatısını bölünme sözleşmesi ve/veya planının hazırlanması oluşturur. Bölünme sözleşmesi ile bölünme planı taraf sayısı bakımından farklıdır; yoksa içerikleri itibarıyla önemli farklılıklar ihtiva etmezler. Bölünme sözleşmesi bölünme işleminin mevcut şirketler arasında gerçekleşecek olması halinde hazırlanır. Bölünme planı ise, devralan şirketlerden en az birisinin bölünme işlemi neticesinde kurulacak olması halinde hazırlanır. Bu yönüyle, örneğin, eğer devralan şirketlerden biri mevcut ise ve diğeri bölünme neticesinde kurulacaksa, böyle bir bölünme işleminde hem bölünme sözleşmesi hem de bölünme planının hazırlanması gerekebilir. Mevzuat hukuk kaynaklarında, bu hallerde her iki belgenin de tek belgede birleştirilebileceği ifade olunmaktadır¹².

Bölünme sözleşmesi de bölünme planı da bölünme işleminin *essentialia negotii* denilebilecek türden verilerini ihtiva eden belgelerdendir. Yasal düzenlemeye bakıldığında görülür ki, bölünme sözleşmesi veya planı bölünmenin taraflarını, bölünmeye konu malvarlığı unsurlarını ve payların değişim oranlarını göstermesi bakımından temel işlem niteliğindedir. Ancak bu işlemin şekli, içeriği ve imzası gibi konulara geçmeden önce, özellikle bölünme sözleşmesinin hukuki niteliğinin netleştirilmesi ihtiyacı mevcuttur.

3.1. Hukuki Niteliği

Bölünme sözleşmesi TTK'da düzenlenmiş olması nedeniyle isimli sözleşmelerdendir¹³; dolayısıyla bölünme sözleşmesinin hukuki niteliği yönündeki

¹⁰ Watter/Büchi, Art. 35, N. 21.

¹¹ Watter/Büchi, Art. 35, N. 22.

¹² Bkz. Rolf Watter/Corrado Rampini, Art. 36, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 1.

¹³ Bkz. Markus Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Uncernehmen, Schweizerische Juristen-Zeitung, 100/2004, s. 105-113, s. 105.

bir soru da, ilk bakışta fuzuli görülebilir. Çünkü bu soruya verilecek cevap, yine ifade etmek gerekir, sözleşme TTK'da düzenlenmiş isimli bir sözleşme olduğu için, kısa ve basittir: Bölünme sözleşmesi, bölünme sözleşmesidir.

Ancak bölünme sözleşmesi, TTK'da tüm yönleri ile ele alınmış, bölünme işlemi ile ilgili ortaya çıkabilecek temel soru ve sorunlara yönelik olsalar dahi, her türden sorunun cevabını ihtiva eden bir düzenlemeye sahip değildir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu bölünme sözleşmesini TTK'da düzenlemekle onu isimli sözleşmeler kategorisine dahil etmiş ve fakat sözleşmeyi derinlemesine düzenlememekle sözleşmenin yorumu ve tamamlanması ihtiyacının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İsimli sözleşmeler dolayısıyla ortaya çıkabilecek bu türden boşlukların doldurulmasında hakim, somut sözleşmeyi objektif veya subjektif nicelikteki taraf iradelerini gözetererek tamamlayabilir veya bunun mümkün olmadığı hallerde - ki çoğu durumda taraf iradelerinin tespiti güçtür- sözleşmedeki boşlukları, sözleşmeyi yasanın düzenlediği başka tür isimli sözleşmelere benzeterek ve bti sözleşmeler dolayısıyla öngörölmüş hükümleri kıyasen uygulamak suretiyle doldurabilir¹⁴. Nitekim uygulamada isimli sözleşmeler kolayısıyla oluşan boşlukların sıklıkla, niteliği itibariyle kendisine yakın puran başkaca isimli sözleşmelere yönelik vaz olunmuş hükümler üzerinden doldurulduğu gözlemlenmektedir.

Bu çerçevede bölünme sözleşmesinin hukuki niteliği başlığı altında bölünme sözleşmesinin ne türden bir başka isimli sözleşmeye yakın durduğumın cevaplanması gerekir. Bu konuda öğretildeki hakim kanaat şu yöndedir: Bölünme sözleşmesini bilinen bir başka sözleşme tipine dahil etmek zordur; bölünme sözleşmesinde hem şirketler hukuku hem de borçlar hukuku sözleşmelerinden unsurlar bulmak imkanı mevcuttur¹⁵. Azınlıkta kalan diğer bir kanaat ise, bölünme sözleşmesinin iki veya daha çok taraflı bir borçlar hukuku işlemi olduğu ve niteliği gereği devir sözleşmesine yakın durduğu yönündedir¹⁶.

¹⁴ Bkz. Walter R. Schluep, Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1-OR, Basel 1979, s. 782.

¹⁵ Bkz. Hörtnagl, N. 6; Frank Wardenbach, UmWG, §126, Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 2014, N. 3; Strotz, §4, Schmitt/Hörtnagl/Strotz, Umwandlungsgesetz, 6. Auflage, 2013, N. 7. Türk Hu.kuku'nda birleşme sözleşmeleri bakımından benzer görüş İpek-Kayalı, s. 148.

¹⁶ Bkz. Michael Pfeifer/Martina Schwaninger-Preiss, Art. 36, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 9 ve N. 23.

Burada temsil edilen görüşe göre de bölünme sözleşmesinde hem şirketler hukuku hem de borçlar hukuku sözleşmelerinden unsurlar bu maksadın mevcuttur. Ancak kanaatimizce bölünme sözleşmesi öncelikle bir **şirketler** hukuku edimidir ve ayrıca bu tespit ile de henüz, yukarıda anıldığı haliyle bir boşluk doldurma amacı doğrultusunda çok fazla bir kazanım sağlanmış olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bölünme sözleşmesinin düzenlenmesinde öncaya çıkabilecek boşlukları doldurabilmek için, kanaatimizce, bölünme sözleşmesinin yakın durduğu diğer isimli sözleşmeleri daha net ve somut bir biçimde ortaya koymak gerekir. Ancak bu sayede, kıyasen uygulama yolunu açmak mümkün olacaktır.

Bu minvalde ve yine burada temsil edilen görüş uyarınca, bölünme sözleşmesinin öncelikle bir şirketler hukuku edimi olduğu düşünülmektedir ve sözleşmenin şirketler hukuku anlamında bir sermayenin/payın taahhüdü işlemine (*Einlagevertrag*) yakın durduğu söylenebilecektir¹⁷ Bilindiği üzere bölünme sözleşmesinin uygulanması neticesinde, bölünen şirketin malvarlığı kısmen veya tamamen devralan şirket veya şirketlere naklolunmakta ve bu devir neticesinde devralan şirket veya şirketlere ait paylar, iştirak usulü ile bölünmeden sarfi nazar edilecek olursa, bölünen şirketin pay sahiplerine verilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bölünme işleminin temelinde bir pay ihracı ve ihraç olunan payların bedellerinin bölünen şirketin malvarlığı ile karşılanması esası yatmaktadır. Bölünme sözleşmesinin bu yönüyle klasik pay veya sermaye taahhüdünden tek farkı, payı edinen kişiler ile edimi yerine getiren kişinin farklı kişiler olmasıdır. Bölünen şirketin pay sahipleri bölünme sözleşmesinin tarafı değildirler; bu yönüyle devralan şirketlerin ihraç ettiği paylar bölünen şirketçe taahhüt edilmiş olunmaktadır. Ancak yine de bu taahhüt, bölünen şirketin pay sahipleri lehine yapılmakta ve sonuçlarından onlar yararlanmaktadır. Nitekim bu yönü dolayısıyla bölünme sözleşmesinin üçüncü kişi lehine akdedilen bir sözleşme olarak addedilmesi eğilimi de öğretide mevcuttur¹⁸.

¹⁷ Benzer şekilde Christoph **Hurni**, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, 2008, s. 190 ve **Vischer**, Rechts- und Sachgewährleistung, s. 106. *Vischer'e* göre payın taahhüdü, şirketin kuruluşu aşamasında ortaklık sözleşmesinin bir parçası, şirket kurulduktan sonra ise, şirket ile payı taahhüt eden kişi arasında akdedilen, her ilci tarafa da borç yükleyen bir sözleşmedir. Bkz. Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung, s. 106, 107. Türk Hukuku'nda *Yararman* da, en azından kısmi bölünmeyi, benzer şekilde bir aynı sermaye konulması işlemi olarak görmektedir. Bkz. Yasaman, s. 704. Bölünmenin aynı sermaye konulması olarak nitelendirilmesi bakımından ayrıca bkz. Çeker, s. 117.

¹⁸ Bkz. Vischer, Rechts- und Sachgewährleistung, s. 107.

Özetlemek gerekirse; burada temsil olunan gö? göre bolun? sözleşmesi, niteliği gereği bir payın taahhüdü qleminc yakın durur ve bölünme neticesinde devralan şirketin paylan bölünen şirketin pay sahiplerine bahşedildiği için de bölünme sözleşmesini üçüncü kişi **lehine yapılan bir sözleş?** olarak görmek imkanı da mevcuttur.

Bu çıkarımdan şu yönde pratik faydalar beklemek mümkün **görünmek**tedir: Bölünme sözleşmesini evvel emirde bir payın taahhüdü **işlemi olarak** gördüğümüz vakit, bölünmeye konu malvarlığı unsurların **niteliğini de** şirketler hukuku ilkelerine uygun olarak belirlemek mümkün **olabilmektedir**. Bu minvalde sermaye şirketlerinde sermaye olarak **getirilemeyecek ticari** itibar, müşteri çevresi ve emek gibi unsurların bölünme dolayısıyla eladevrolunamayacağını tespit etmiş oluruz. Aynı şekilde bölünme sözleşmesinin özünde bir payın taahhüdü işlemini gördüğümüz zaman, sermayenin korunmasına yönelik TIK'nın vaz ettiği diğer türden koruyucu hükümleri de kapsam içerisine dahil etmiş oluruz. Örneğin, bölünme işlemi neticesinde devralan şirketlerden birine bir menkulün mülkiyeti nal<lolunduysa ve fakat bölünme işlemi sonrasında anılan menkuiün gerçek değerinin payın itibari değerini karşılamadığı anlaşılacak olursa, bu halde sermayenin tamamlanması yükümü ile karşılaşılabacağı sonucunu anılan hükümlerin kıyasen uygulanması ile elde edebiliriz.

Bu noktada bölünme sözleşmesinin üçüncü kişi lehine akdedilen bir sözleşme olarak addedilebilecek olmasının da pratik sonuçları olacaktır: **Örneğin;** tam bölünmede bölünen şirket tasfiyesiz bir biçimde ve kendiliğinden sona erer. Ancak üçüncü kişi lehine akdedilen sözleşmelerde, sözleşmenin ifası ile üçüncü kişi sözleşmenin tarafı halini alacağından ¹⁹, yukarıdaki gibi sermaye taahhüdünün sonradan tamamlanması zorunluluğunun ortaya çıktığı hallerde, bu türden ileride ortaya çıkabilecek yükümlülüklerin muhatabının da bölünen şirketin pay sahipleri olacağı hususu netleştirilmiş olur.

Bölünme sözleşmelerinin tali bakımdan ve özelde, sözleşmeye mündemiç malvarLğı unsurlarının nakli dolayısıyla bir satım sözleşmesi benzeri olarak addedilecek olmasının da pratik sonuçları olacaktır: Sermaye olarak getirilen malvarlığı unsurlarının ayıplı olması halinde ya da bölünen **şirketin** nakle konu malvarlığı unsurlarının mülkiyeti dolayısıyla çıkabilecek sorun-

¹⁹ Bkz. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht- Allgemeiner Teil, Bern 2003, N. 86.01 vd.

larda satım sözleşmesine has ayıba ve zapta kağıt tekeffül hukumları uygulan-
lama alanı bulabilecektir. Ancak ifade etmek gerekirse ki, bu hukuklar ayıp
veya zapt dolayısıyla eksik kalan sermayenin tamamlanmasına değil - nitc.
kim yukarıda da ifade olunduğu üzere sermayenin korunması **ilkesi gereği**
bu boşluk kapanabilmektedir- daha çok devralan şirket veya **şirketlerin ser-**
mayenin tamamlanmasını aşan tazminat taleplerinin karşılanmasında anlam
ifade edecektir²⁰.

Bu noktada son olarak bölünme planının da hukuki niceliğine değinmek
gerekir²¹: Yukarıda da ifade olunduğu üzere bölünme planı yeni kuruluş **şek-**
linde bölünmelerde, yani devralan şirket henüz mevcut değilken ve mevcut
olmadığı için, bölünen şirket tarafından hazırlanmaktadır. Öğretideki haklın
görüş bölünme planının tek taraflı bir irade beyanı ile oluşan bir hukuki
işlem olduğu yönündedir. Yine aynı görüş uyarınca bu irade beyanının ge-
çerliliği beyanın karşı tarafa varmasına bağlı değildir. Dolayısıyla bölünme
planından, bölünme işleminin tesciline kadar serbestçe cayılabilir, bölünme
planı yine tescile kadar serbestçe değiştirilebilir. Hem cayma hem de plan
değişiklikleri yönetim organınca karara bağlanmalıdır; eğer bölünme pla-
nı bölünen şirket genel kurulunca onaylandıktan sonra bölünme planından
cayılacak veya bölünme planı değiştirilecek olursa, cayma ve değişiklik de
bölünen şirket genel kurulunun onayına tabidir. Bölünme sonrası dönem
için bölünme planında bölünme neticesi kurulacak şirket için öngörülen yü-
kümlülükler, şirketin kurulup da bu borçları kabul etmesi halinde, bu şirketi
bağlayıcı hale gelirler²².

Bölünme sözleşmesi de bölünme planı da genel kurulun onayı şeklinde
taliki bir şarta bağlanmış işlemlerdendir²³. Sözleşmenin veya planın hüküm

²⁰ Ayni sermaye konulması bakımından genel olarak ve yine de benzer şekilde M. Halil Çonkar, Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul 2016, s. 591.

²¹ Bölünme planının hukuki niceliği için bkz. Henning Schröer, §136, Spaltungsplan, Semler/Stengle, Umwandlungsgesetz, 3. Auflage, 2012, N. 1 vd. ile **Pfeifer/Schwabinger-Preiss**, Art. 36, N. 18.

²² Bu noktada *Watter/Rampini*, kurulan şirketin kabulü yönünde belirttiğimiz şartı aramaktadırlar. Onlara göre, bölünen şirket bölünme planı ile ve başkaca bir hususa ihtiyaç duymaksızın, bölünme neticesi kurulacak şirketi ileriye dönük yükümlülükler altına, örneğin alım-satım veya kooperasyon yükümlülükleri altına sokabilir. Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 36, N. 13. Kanaatimizce bu görüşün Türk Hukuku'na nakli önünde en büyük engel TTK m. 355/2 hükmüdür. Bu hüküm ışığında bölünen şirketin bölünme planı ile getirdiği yükümlülüklerin, bölünme neticesi kurulan şirketçe kabul edilmedikçe bağlayıcı olmayacakları sonucunu çıkarmak gerekir.

²³ *Watter/Rampini*, Art. 36, N. 13.

İfade edebilmesi bunların genel kurullarca onaylanmış olması halinde mümkündür. Genel kurullarca onaylanmış bulunan bir bölünme sözleşmesi ve tanınan sonradan bir taahhüt işlemine de vücut verir. İleride de görüleceği üzere, bölünmede tasarruf işlemi bölünmenin ticaret siciline tescilli ile gerçekleşmektedir.

3.2. Şekli

Yasa, bölünme sözleşmesinde de bölünme planında da tutulması **gereken** şekil bakımından adi yazılı şekil şartını öngörmektedir. Adi yazılı şekil şartının öngörülmüş olması, devri resmi şekle tabi gayrimenkul gibi malvarlığı unsurları bakımından eleştirilebilir; yine de Kanun'un açık lafzı karşısında, caraf veya tarafların asgari zorunlu içeriği havi bir metni yazarak imzalamaları halinde bölünme sözleşmesi veya planının geçerli şekilde vücuda getirildiğini kabul etmek gerekecektir²⁴.

Şekil şartına aykırılık halinde, bölünme sözleşmesi veya planının **geçersizliği** gündeme gelebilir. Ancak ileride de görüleceği üzere, şekli noksana rağmen tescil olunmuş bulunan bir bölünme işleminin geçersizliği, tescilin iyileştirici etkisi nedeniyle artık ileri sürülemez. Ancak bu hallerde dahi sicil²⁵ ve dolayısıyla devletin sorumluluğuna gitmek mümkündür. Çünkü sicil, bölünme sözleşmesi veya planının şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını denetlemek ile yükümlüdür.

3.3. İmzalanması

Bölünme sözleşmesi veya planı anonim şirketlerde, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ve kooperatiflerde yönetim kurulu ve limited şirketlerde müdürlerin Kanun, ana sözleşme ve iç yönergeye uygun nissaplarla alacağı bir karar üzerine imza yetkilisi şahıslarca imza olunur. Diğer bir ifadeyle Kanun'un, ana sözleşme veya iç yönergenin verdiği genel temsil yetkisi bölünme sözleşmesi veya planını imza etmeye yetmez; daha öncesinde ilgili şirketlerin yönetim organlarının bölünme sözleşmesi veya planının kabulü ve imza edilmesi yönünde olumlu bir karar alınış olmaları gerekir. Bu yönde bir iznin yerini sonradan verilen bir icazet de alabilir; izin ya da icazete dayalı olarak temsile yetkili şahıslarca atılan imza şirketi bağlayıcı nicelik-

²⁴ Bkz. Pulaşlı, s. 117.

²⁵ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 36, N. 14.

ce olacaktır. Mevzuat hukuk kaynakları arasında bölünme sözleşmesi veya planı ile elektronik imza ile de imza edilebileceği ifade olunmaktadır²⁶. Temyiz edilecek noksanlar ise, en geç genel kurul kararı ile ortadan kaldırılm²⁷. Bu yönde oluşan noksanlıklar genel kurul onayından sonra ileri sürülm²⁸ler²⁷. Çünkü, yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme sözleşmesi veya planı genel kurul onayı şeklinde tezahür eden calıkı rucelikceki bir\arı. bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bölünme sözleşmesi veya planı genel kurul kararı ile hüküm ifade etmeye başlamaktadır. O nedenle de, genel kurulun bölünme sözleşmesi ya da planını onaylayan iradesi, genel kurul öncesinde şirketin temsili bakımından zuhur eden eksikliği de tamamlayacak, ilgili metni şirket açısından bağlayıcı hale getirecektir.

3.4. İçeriği

3.4.1. Genel Olarak

Bölünme sözleşmesi ve planının içeriği TTK m. 167'de düzenlenir. Anılan madde kaynağını İsvBirK m. 37'den alır; İsvBirK m. 37 ise Avrupa Birliği'nin bölünmeye yönelik 6 sayılı Yönergesi'nin 3. maddesinin bir tek. rarıdır²⁸.

Bölünme sözleşmesi ve planının içeriğini düzenleyen 167. madde hem de planın asgari zorunlu içeriğini tespit eder. Anılan maddede öngörülen hususlar dışında taraflar, bölünme sözleşmesi veya planında bölünme işlemi dolayısıyla ihtiyaç hissedilen başkaca hususları da düzenleyebilirler. Nitekim uygulamada sır saklama yükümlülükleri, bölünmeye katılan şirketlerin tutmakla yükümlü oldukları rekabet yasakları, bölünme sonrası bölünmeye katılan şirketler arasında uygulanacak alım-satım ve işbirliğine yönelik hükümler, devralınan malvarlığı unsurlarına yönelik beyan ve re. keffüller, ayıba ve zapta karşı tekeffül düzenlemeleri, fikri ve sınai hakların kullanımına yönelik lisans düzenlemeleri, müşterilerin, çalışanların ve med. yanın haberdar edilmesi, masrafların paylaşımı, uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve benzeri sair hususlara da bölünme sözleşmesi veya planında yer verildiği gözlemlenmektedir²⁹.

²⁶ Bkz. Watter/Rampini, Art. 36, N. 8.

²⁷ Watter/Rampini, Art. 36, N. 10.

²⁸ Rolf Watter/Thomas U. Reutter, Art. 37, Basler Kommentar•Fusionsgesetz, 2. Aufl. ge, Basel 2015, N.1.

²⁹ Bkz. Watter/Reutter, N. 43-45; Urs Schenker, FusG 37, Staempflis Handkommentar, Bern 2003, N. 18-23 ve Çebi, s. 64 vd.

Bilindiği üzere bölünme sözleşmesi veya planının TTK m. 171 gereği incelemeye açılması ve İşlemin tamamlanmasını müteakip uyarıcı itihac de
 ceslimi gerekmektedir. İsviçre öğretisinde sicile teslim edilecek öziqme vcy
 plan örneğinin yukarıda anılan ihtiyari unsurları yansıtmasının mümkün
 olabileceği ifade edilmektedir³⁰. Diğer bir söyleyişle, İsviçre öğretisinde goçt.,
 sicile teslim edilecek nüshanın Kanun'un aradığı asgari zorunlu içeriği havi
 olması gerekli ve yeterlidir. Zira taraflar, bölünme sözleşmesi veya planı ile
 ilgili ihtiyari bir takım hususların gizli kalmasını isteyebilirler. Burada temsil
 edilen görüşe göre de, sicile teslim edilecek nüshanın anlamının tamamını
 değil de, asgari zorunlu hususları ihtiva ediyor oluşu ticari sır bakımından ill
 anlaşılır niteliktedir. Ancak bu noktada şu hususu da açıkça **ifade etmek ge-**
reker: TTK m. 171 gereği incelemeye sunulan nüshanın anlamının tüm
 yönlerini ihtiva etmesi gerekir; sadece asgari zorunlu içeriği havi bir ni.i.sha,
 bölünmeye katılan şirket ortaklarının onay kararını sağlıklı bir biçimde al-
 malarında yeterli gelmeyecektir; ortakların bu kararı anlaşmanın tamamını
 görüp değerlendirerek verebilmeleri gerekmektedir.

Bölünme sözleşmesi veya planının asgari zorunlu içeriğini **düzenleyen**
 TTK'nın 167. maddesi, birleşme sözleşmesinin asgari zorunlu içeriğini dü-
 zenleyen 146. madde ile hemen hemen aynıdır. TTK m. 167'nin TTK m.
 146'ya göre temel farkı, TTK m. 167'nin devre konu malvarlığı unsurlarını
 gösterir bir envanter ve bölünme neticesi devralan şirketlere geçecek iş ilişki-
 lerine yönelik bir liste talep ediyor oluşudur³¹.

Bölünme sözleşmesi veya planının asgari zorunlu içeriğine yönelik her
 bir unsur birazdan tek tek ele alınacaktır; ancak bu noktada son olarak şu
 hususu ifade etmek gerekir: Kanun'un öngördüğü asgari zorunlu içeriğe ait
 unsurlardan herhangi birinin eksikliği sözleşme veya planı geçersiz kılar³²;
 dolayısıyla sicilin bu hususların varlığı ve tamlığını kontrol ettikten sonra
 bölünme işlemini tescil etmesi gerekir. Ancak İsviçre öğretisinde, yazılma-
 mış olsa da belirlenebilir nitelikte olan hususlar - örneğin şirket merkezi ve
 ticaret unvanı- ile sözleşme veya planın yorumu neticesinde tamamlanabile-
 cek veya somut bölünme işlemi bakımından mevcut bulunmayan hususların

³⁰ Örnek kabilinden bkz. **Watter/Reutter**, N. 5a.

³¹ Bkz. Michael Pfeifer/Andreas L. Meier, Art. 37, Zürcher Kommentar zum Fusionsge-
 setz, Hrsg. von Frank Vischer, 1. Auflage, Zürich 2004, N. 1.

³² **Watter/Reutter**, N. 5.

eksik bırakılmış olmasının tescile engel teşkil etmeyeceği belircilmektedir. Yine de kanaatimizce, bölünme sözleşmesi veya planı hazırlanırken Kanun'un emrettiği her hususa yönelik bir başlık açılmasında **fayda** vardır & yönde bir yaklaşım her şeyden evvel bölünme işleminin sicil tarafından korunmasını kolaylaştıracaktır. Aynı şekilde TTK. m. 171 dolayısıyla **girişilecek** bir inceleme faaliyetinde de ortaklar, eksik bırakılan hususların **araştırarak** Ya da yorumlanarak tamamlanması külfetinden kurtarılmış olacaktır. Bu illa. nada ve burada temsil edilen görüşe göre, Kanun'un aradığı her bir unsurun bölünme sözleşmesi veya planı içerisine alınması, somut bölünme işlemi bakımından mevcut olmayan, bu bölünme işlemine isabet etmeyen hususlara dahi negatif bir tespit ile yer verilmesi uygun olacaktır³⁴. Bu şekilde bölünme sözleşmesi veya planında yer bulacak negatif tespitler, bölünme dolayısıyla alınacak kararların, karar alma süreçlerinin sıhhatine olumlu etki edecek ve hukuki manada bir beyan veya tekeffül yerine de geçeceklerdir³⁵.

Bu söylenenler ışığında bölünme sözleşmesi veya planının zorunlu unsurlarına geçilecek olursa, münferit unsurlar şunlardır:

3.4.2. Münferit Unsurlar

3.4.2.1. Katılan Şirketlerin Tanımlanması

TTK m. 167/1-a hükmü bölünme sözleşmesi veya planının bölünmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini ve türlerini içermesi gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, bölünme sözleşmesi veya planı bölünmeye katılan şirketleri tanımlamakla işe başlamak durumundadır. Eğer somut bölünme işlemi halihazırda mevcut şirketler arasında gerçekleşmekteyse, bu şartı sağlamak kolaydır; bölünmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarının "Taraflar" başlığı altında yazılması ile bölünmeye katılan şirketlerin türü de belirtilmiş olur. Aynı şekilde şirket esas sözleşmelerinde yazılı şirket merkezlerinin il bazında yazıya geçirilmiş olması TTK m. 167/1-a hükmü tahtında aranan şartın gerçekleşmiş sayılması için yeterli gelecektir.

Ancak yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde devralan şirket veya şirketlerin bölünme planında tanımlanması sorun olabilir. Çünkü devralan şir-

³³ Bkz. **Watter/Reutter**, N. 5.

³⁴ Örneğin; eğer bölünme İşleminde bölünen Şirket ortaklarına TTK. m. 167/1-d anlamında özel haklar tanınmamışsa, burada temsil edilen görüş uyarınca, bu başlığın yine de açılması ve özel haklar tanınmadığı hususunun açıkça yazılması gerekir.

³⁵ **Watter/Reutter**, N. 6.

veya şirketler henüz bölünme planı hırlarurk.cn me- .cuc dtildıdr v
 kee bölünme planına taraf da değildirler. Bu nedenle lsvaı; r? oğıct inde
 es...:0 bölünme planında sadece bölünen **şirketin** ticaret **unvanı ve mttkczue** yer
 verHınış olmasını kafi gören görüşler mevcuttur⁶. **Ancak k.anuc.unucc v**
 ağıda 3.5.1. başlığı altında da ayrıntısı ile ele alınacağı **üzttte**, bölünme **II--**
 leininin bu aşamasında kurulacak şirket veya şirketlerin **esas sözlqmdcnru.o**
 caslak düzeyinde de olsa, **hazırla** bulunması ve bölünme planına ddcn-
 nesini bölünen şirket ortaklarının bilgilendirilmesi bakımından önemlidir ve
 esas sözleşme taslakları mevcutken de, bu taslaklarda **yer verildikt haliyle**
 devralan şirket veya şirketlerin ticaret unvanlarının bölünme **raporunda yer**
 alması mümkün ve uygundur.

3.4.2.2. Envanter

TTK m. 167/1-b hükmü envanteri bölünme sözleşmesi veya planının
 bir bölümü olarak ifade etmektedir. Ancak uygulamada envanterin bölünme
 sözleşmesi veya planına dahil edilmediği, ayrı bir belge olarak düzenlenip
 sözleşme veya plana ek yapıldığı görülmektedir. Kanaatimizce envanterin,
 bölünmeye konu edilen malvarlığı unsurlarını şekil, adet, *cins* ve değer bakı-
 mından nitelendirmesi itibarıyla bölünme sözleşmesi veya planı içerisinde, bu
 sözleşme veya planın bir bölümü olarak yer alması fiziken mümkün değildir;
 dolayısıyla envantere ek olarak yer verilmesi uygulaması daha uygundur.. Bu
 nedenle envantere, aşağıda "ekleri" bahsi ve 3.5.3. başlığı altında aynnası ile
 değinilmesi daha yerinde olacaktır.

3.4.2.3. Değişim Oranı, Tarzı ve Denk/Qtirme Tutan

TTK m. 167/1-c ve e bentlerinde bölünme sözleşmesi veya planının as-
 gari zorunlu içeriğine dahil olması bakımından bir değişim oranından ve pay-
 ların değiştirilmesi usulünden bahsedilmektedir. Özellikle bu değişim oranı
 ifadesi mehz hukuk kaynaklarında eleştirilmektedir ve lafzı itibarıyla yersiz
 ve yetersiz bulunmaktadır³⁷. Bu düşünceye göre, payların değiştirilmesi bö-
 lünen şirket paylarının verilerek bunlar yerine devralan şirket veya şirketlerin
 paylarının alınmasını, değişim oranı ise, bölünen şirketin bir payına karşılık
 devralan şirket veya şirketlerden kaç pay alınacağını ifade eder. Bu manada,
 her bölünme işleminde payların değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu

¹⁶ Bkz. Waccer/Reuccer, N. 7.

³⁷ Bkz. Watter/Reutcer, N. 21 vd.

görüŖe göre, esasen, sadece asimetrik veya tam bölünme hallerinde bir "değişim" olmaktadır ve sadece bu hallerde bir değişim oranının belirlenmesi gerekmektedir. Kalan hallerde ise, yani kısmi bölünme ve simetrik bölünme hallerinde, değişim oranı ve değiştirme ifadesi yersiz kalmaktadır³⁸. Bu yönüyle Kanun'un değişim oranı ibaresi ile ifade etmek istediğı husus, bölünme sözleşmesi veya planında bölünen şirket ortaklarının devralan şirket veya şirketlerdeki Ortaklık haklarına yer verilmesi gerekliliğinden başka bir şey olamayacaktır.

Bu tartışma ilk bakışta basit bir lafız tartışması olarak görülebilir. Ancak kanaatimizce, bölünme işleminin özüne, özünün daha iyi anlaşılmasına yönelik bir tartışmadır ve aslında, burada temsil edilen görüş uyarınca, bölünme neticesinde bölünen şirketin sermaye azaltmasının gerekli olduğu her halde, ister kısmi, ister simetrik veya asimetrik, payların değiş-tokuşu, yani bir "değişim" yaşanabilmektedir. Şöyle ki; eğer bölünme neticesinde bölünen şirketin malvarlığının terk eden aktif tutar, şirketin yedekleri ile karşılanamıyorsa, bu takdirde şirket sermaye azaltacaktır. Sermaye şirketlerinde sermaye, payların itibari değerlerinin toplamını ifade eder ve sermayenin azaltılması ya payın itibari değerinin düşürülmesi ya da payın yok edilmesi ile gerçekleştilebilecektir. Bu manada; eğer bölünme neticesinde sermayenin azaltılması söz konusu olacaksa - ki aşağıda da ele alınacağı üzere, pek çok bölünmede sermaye azaltılır- ve sermayenin azaltılması payların yok edilmesi suretiyle gerçekleşecekse - ancak çoğu halde payların itibari değerinin azaltılması, eşitlik ilkesine ve mülkiyet haklarına daha uygun olacaktır³⁹, bu halde bölünen şirketin ortakları bir takım paylarını bırakmış ve karşılığında bir takım yeni paylar almış olacaktır; yani bir değişim bu hallerde de yaşanabilmektedir. Belki de bu hususu düşünerek ve sermayenin azaltılması ile paralellikler kurarak kanun koyucu, TTK m. 167/1-e bendinde bir değiştirme tarzından da bahsetmektedir. Burada kastedilen husus da, büyük ihtimalle, TTK m. 476/2'de tanımlandığı haliyle ve payları senede bağlanmış şirketlerde, eski payların getirilmesi ve yerine yeni payların verilmesi, süresi içerisinde geri rilmeyen pay senetlerinin iptali usulüdür⁴⁰. Bu yönüyle, mümkün olan her halde, devreden şirketce terk olunan paylar ile bu paylar yerine devralınan

³⁸ Aynı yönde Pujaşlı, s. 116.

³⁹ Bkz. Koray Demir, Uygulanabilirlik Şaıları Bakımından Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, Batider, Mart 2017, Cilt XXXIII, Sayı 1, s. 107-133, s. 125.

⁴⁰ Benzer şekilde ve fakat sermayenin azaltılması müessesesi ile bağlantı kurmaksızın Pfeifer/Schwaninger•Preiss, Art. 37, N. 32 vd.

.Bu çerçevede bölünme sözleşmesi veya planında bir **değişim ormi gos-**
erilir. Değişim oranı, esasen, müzakereye tabi konulardandır^{4'}. **Ancak bu**
ranın pay sahipleri bakımından da denetlenebilir olınası **gerckir**⁴². **Nicekırn**
değişim oranının hesabı bölünme işleminin en esaslı noktasıdır ve değişim
nın hesabında hata esaslı hatadır ve tescile kadar ileri sürülcbilir⁰.

Ancak yine de her bölünme işlemi neticesinde bölünmeye katılan şirketlerin pay sahipleri bakımından müspet bir sonuç çıkması söz konusu olmaz. Diğer bir ifadeyle bazı bölünme işlemlerinde bölünmeye katılan şirketlerin pay değerlemesi bakımından, bölünme işlemi, pay sahiplerini, örneğin kesirli paylara yol açmak suretiyle, bölünmeden önceki halden daha kötü bir duruma sokuyor olabilir⁴⁵; bu hallerde TTK m. 167/1-c hükmü uyarınca ilgili pay sahiplerine aradaki fark kadar bir denkleştirme tutarı ödenir, bu tutar remettü dağıtımı şartları uyarınca ve temettü şeklinde dağıtılır⁴⁶.

16 **Pfeifer/Meier**, Art. 37, N. 23.

3.4.2.4. Özel Hak Sahiplerine Tahvil Edilen Haklar

TTK m. 167/1-d hükmü gereği bölünme sözleşmesi veya planında yer verilmiş olması gereken hususlardan bir diğeri de bölünen **şirkette** Ö-ttl haklara sahip kişilere, devralan şirket veya şirketlerde cahsis edilen hakla,ın belirlenmiş olmasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere bölünme **işlemlerind**t de "hakların devamlılığı" esastır. Bu çerçevede bölünen şirket nezdinde öic haklara sahip kişilerin bölünme işlemi dolayısıyla haklarının korunması, bu hakların devamlılığının sağlanması ve devralan şirket veya şirketler nezdinde bu haklarını olanaklar dahilinde aynıyla veya muadiliyle devam ettirebilme. leri gerekir⁴⁷. Ancak özel hak sahiplerine tanınacak haklar meselesi, bölün. me düzenlemesinin sorunlu alanlarından bir tanesidir.

Sorunlu hususlardan ilki özel hak sahibi çevresinin belirlenmesinde ortaya çıkar⁴⁸: Kanun, özel hak sahipleri olarak intifa senedi ve oydan yoksun pay sahiplerini ismen anmaktadır ve fakat özel hak sahibi statüsünün bu sayılan kişilerle sınırlı olup olmadığı sorusunu açıkta bırakmaktadır. Burada temsil olunan görüşe göre, özel hak sahibi kavramı, şirket ortaklarından olup diğer ortaklara nazaran daha üstün hak veya önceliklere sahip kişileri ifade ettiği gibi, şirket ortaklarından olmamasına rağmen şirketle ilişkileri bakımından alelade bir alacaklı sıfatını aşan ve ortak sıfatına yaklaşan kişileri de içine almaktadır⁴⁹. Bu çerçevede oy hakkı, kar ve tasfiye payı ve rüçhan hakkı bakımından imtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri, değiştirme veya alım hakkı tanıyan tahvil alacaklıları⁵⁰ ve oydan yoksun pay sahipleri özel hak sahibi statüsünü haiz bulunmaktadır ve bölünme işlemi neticesinde bu hakların devralan şirket veya şirketlerce ve imkanlar dahilinde karşılanmış olması gerekir.

Bu çerçevede bir diğer sorunlu alan da Kanun'un kullandığı "oydan yoksun pay" kavramıdır. Bilindiği üzere hukukumuzda pay, sermayeye katılımı ifade eder ve bölünme işlemini yürütebilecek anonim, limited, kooperatif ve sermayesi paylara bölünmüş şirketler göz önünde bulundurulduğu vakit, her

⁴⁷ Bkz. Pfeifer/Schwaninger-Preiss, Art. 37, N. 28.

⁴⁸ Özel hak sahipleri çevresinin belirlenmesi dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk tahlili için bkz. Hülya Çoşcan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Bacider Haziran 2008, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 403-431, s. 405 vd.

⁴⁹ Benzer şekilde Çoşcan, Özel Hak, s. 417 vd.

⁵⁰ Görülebildiği kadarıyla *Ço;tan* bu alacaklıları özel hak sahibi olarak görmemektedir. Bkz. Çoşcan, Özel Hak, s. 425.

bir payın en az bir oy hakkı bulunur. Bu **manada hukuku.muzda oy ha.kJo** bahşecmeyen bir pay bulunmaz ve oydan yoksunluk **tabırı, paya ba&--oy** hakJcırın belirli durumlarda donması, kullanılamaması **veya kwdı iekil** kullanılmasını ifade eder⁵¹. Orneğin Şİrkeçler topluluğunda ve **JcarıJıklı II-** cirak halinde oy hakkı dooarn, pay sahibi kendisi **ile ilgili bir oylanw:ia oy** hakkını kullanamazB veya esas sözleşme ile birden fazla **paya sahip olan1an** canınacak oy sayısı smırlandırılabilir⁵⁴. Hukukumuzda oydan yoksunluk bu ve benzeri haller için kullanılan bir terimdir. Ancak bu yönüyle oydan yoksun pay sahiplerini özel hakka sahip kişiler olarak görmek ve başlangıçta ifade olunan hakların devamlılığı ilkesi kapsamında ve bölünme **sözleşmesinde** kendilerine ayrıca bir yer verilmesini talep etmek anlamsız olacaktır⁵⁵. Kanaacımızca, TTK m. 167/1-d hükmünde anıldığı haliyle oydan yoksun **paylar** hukukumuzda katılım senedi (*Partizipationsschein*) olarak anılan **senetleri ifa-** de etmelidir. Diğer bir deyişle Kanun, katılım senedi sahiplerini de özel hak sahibi kişilerden saymak ve bunlara bölünen Şirkette tanınmış olan hakların devralan Şirket veya Şirketlerde devamının sağlanması hususunun bölünme sözleşmesi veya planında ele alınması gerektiğini ifade etmek istemiştir. Bilindiği üzere şirketler, esas sermaye dışında ve fakat öz sermayelerine sayılmak üzere bir katılım sermayesi oluşturabilirler. Katılım sermayesinde payı bulunan kişi, Şirket karından pay alır ve fakat Şirket İşleyişine, oy hakkı üzerinden, etki edemez⁵⁵. Bu yönüyle katılım senetlerinin oy hakkından mahrum senet şeklinde ifade edildiği de olur; kanaatimizce TTK m. 167/1-d hükmünde ifade olunmak istenen husus da budur. Nitekim mehz kanunun Fransızca metninde katılım sermayesinin ifade olunmak istendiği hususu daha açık bir biçimde anlaşılabilmektedir.

Özel hak sahiplerine yönelik bir diğer sorunlu husus da bu hakların devamlılığının devralan Şirket veya Şirketler bünyesinde nasıl sağlanacağıdır. Acaba özel hak sahiplerine devralan Şirket veya Şirketler nezdinde aynı haklar mı tanınacaktır? Yoksa bölünmeye katılan şirketler, bu haklara denk başka haklar canıyarak ya da bu hakları denkleştirip sona erdirerek hakların devamlılığı ilkesine riayet etmiş olacaklar mıdır? Bu noktada ŞU hususu belirtmek

51 Bkz. Ömer **Teoman**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983, s. 14 vd.

52 Bkz. TTK m. 201.

H Bkz. TTK m. 436.

54 Bkz. TTK m. 434/2.

5) Bkz. von Büren/Scoffell/Weber, N. 228 vd.

gerelcir: Bölünme işlemi neticesinde devralan şirket veya şirketlerdc boluncn şirket nezdinde sahip olunan hakların aynıyla sağlanamayacağı hu.swun<Ja hemen herkes hemfikir görünmekredir⁵⁶. Bölünmeye karılan şirkeder, maJ. varlığı unsurları ve pay sahipliği çevreleri bakımından farklı hüviyete sahip şirketlerdir ve bir şirkette sahip olunan bir hakkrn aynısının diğer bir şirktt. re sağlanması pratik olarak mümkün olmayabilir. Bu nokradan **harekttlt** öğretide, söze konu hakka denk bir hakkın tanınabileceği **veya** bu hakkın devamına, hak sahibine ödenmesi öngörülen bir bedel karşılığında (**denkleştirme bedeli**), devralan şirket veya şirketlerde izin verilmeyebileceği üzerinde de durulmaktadır⁵⁷. Burada temsil edilen görüşe göre de, TTK m. 167/1-d kapsamında özel hakların devamlılığından bu hakların aynıyla devralan şirket veya şirketlerde bahşedilmesini değil, daha çok dengi haklarla ikame edilmesi veya denkleştirilmesini anlamak gerelcir⁵⁸.

Ancak bu son söylenen husus da, bizi, özel hak sahipleri bakımından sonuncu ve belki de en sorunlu noktaya taşımaktadır; o da özel hak sahiplerinin nasıl korunacağı sorusudur: Yukarıda da izah olunduğu üzere bölünme sözleşmesi veya planına ne bölünen şirkederin pay sahipleri ne de bu şirketlerdeki özel hak sahipleri taraftır. Bu manada bölünme sözleşmesi veya planı üçüncü kişilerin hukuki durumunu da düzenleyen hukuki işlemlerdendir; bu yönlerini ifade için bölünme sözleşmesi veya planının üçüncü kişi lehine işlem olarak görüldüğüne de yukarıda, hukuki nitelik başlığı altında değinilmişti.

Bölünme sözleşmesi veya planı, bu manada, bölünmeye katılan şirket yönetim kurulları tarafından hazırlanmakta ve genel kurulların onayına sunulmaktadır. Ancak, yukarıda da ifade olunduğu üzere, özel hak sahipleri, imtiyazlı pay sahiplerinden sarfı nazar edilecek olursa, kural olarak pay sahibi sıfatına sahip değildir ve bu nedenle veya bu sıfatları dolayısıyla genel kurula katılamamakta ve bölünme işlemine bu noktada müdahale de edememektedirler. İleride ayrıntısı ile incelenecektir; ancak bu noktada özel hak sahiplerinin bölünme *işleminin* iptali için TTK m. 192'de ifadesini bulan iptal davasını açabilmek yönünde, *de lege lata*, bir ehliyederi bulunmadığını da ifade etmek gerekir⁵⁹. Yine özel hak sahipleri, özel kurullar halinde toplanmak

⁵⁶ Örnek kabilinden bkz. Grunewald Barbara, § 23, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winzer, Band I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 8.

⁵⁷ Bkz. Pfeifer/Schwaninger, Art. 37, N. 29 ve **Watter/Reutter**, N. 28.

⁵⁸ Aynı yönde Çoşcan, Özel Hak, s. 420.

⁵⁹ Aksi yönde bkz. Pfeifer/Schwaninger, Art. 37, N. 28. Yazarlar, FusG m. 2'de yapılan tanımlama nedeniyle özel hak sahiplerinin de "ortak" sıfatına sahip olduğu ve dolayısı-

1.,...ınınından da mahrum bırakılmış görünmektedir. Mevaz hukuk **kaynak-** lıflı odıı. AJman⁶⁰ ve AB Hukuku'nuo aksine, ozcl hak sarupleri bakımından 1. **?** kurullar coplanması ve bu kurulların müspet kararlan neuccsinde bo- :nıne **?**lemine devam edilebilmesi yönünde bir tedbire bilinçli olarak yer ,erilinediği belircilmektedir⁶¹. Bu türden özel kurulların bölünme işlemi sekceye uğratabileceği, bu yönde belirtilen çekincelerin başında **gelmckcedir**.

Burada temsil edilen görüş uyarınca da, bölünme işlemi kapsamında, ıncıyazlı pay sahipleri de dahil⁶², özel hak sahipleri bakımından bir özel ku- rıllı kararı bulunmaması bölünme işleminin sıhhatini etlcilemez⁶³. Şirkccle iüşkileri bakımından özel hak sahipleri alelade bir alacaklıdan fazlasını ifade eder. Ancak bu kişiler, her türden yakın ilişlcilerine rağmen, şirket içerisinde değildirler ve özel kurullar halinde toplanmaları bölünme işlemini yavaşla- cabilir, sekteye de uğratabilir ve bu da ağır bir koruma halini ifade **eder**. Aynı şekilde Türk Hukuku'nda, eTTK'nın aksine TIK'da tahvil sahipleri özel kurulları dahi kaldırılmışken, Türk kanun koyucusunun da bilinçli bir cerdhce bulunduğunu ve bu manada özel hak sahipleri bakımından bir boş- hık olmadığının kabulü kolaylaşmaktadır⁶⁴. Diğer bir ifadeyle özel hak sa- hiplerinin özel kurullar eliyle korunmaları işbu çalışma kapsamında da kabul edilememektedir.

Ancak bu söylenenlerden §U husus da çıkarılmamalıdır: Özel hak sa- hipleri bütün olarak korumasızdırlar ve bölünen şirket yönetim organları ve genel kurullarının insafına terk edilmişlerdir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, özel hak sahipleri ile Şirket arasındaki ilişki ortaksal olmaktan z.iya-

la bölünme **?**lem.inin iptalini dava edebileceğini öngörmektedir. Ancak kanaatimizce, bu görüş, İsviçre Hukuku bakurundan dahi, *dtlegt/ara*, geçerli kabul edilemez. Çünkü TIK m. 192 hükmünün kaynağı niteliğindeki FusG m. 106 hükmünde de açıkça belir- tilmektedir ki, iptal davasını açabilecek k.işiler, genel kurula katılmış ve bölünme işlemi aleyhine oy kullanıp bu hususu tutanağa geçirtmiş kişilerdir. Ancak *dt ltgt fında* ifade etmek gerekir ki, bir kanun değişikliği ile söze konu iptal davasını açabilecek kişiler arasında özel hak sahiplerinin de sayılması uygun olabilecektir.

113 Alman Huku..ku'nda özel kurullar halinde coplanmak yetkisi sadece imtiyazlı paysahip- lerine verilmiş görünmektedir. Bkz. Grunewald, § 23, N.8 vd.

⁶¹ Bkz. Pacrick Schleiffer, Art. 8, Basler Kommencar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 8.

⁶² Bu noktada kanaatimizce, imtiyazlı pay sahipleri lehine özel kurul öngören TTK m. 454 de uygulama alanı bulmaz. Çünkü bölünme sözleşmesinin onaylandığı ve bölünme işlemine yönelik genel kurul kararı esas sözleşmeyi değiştirir nitelikte değildir.

⁶³ Aynı yönde Coştan, 2012, s. 70.

⁶⁴ Benzer şekilde Coştan, Özel Hak, s. 425.

de akdî niteliktedir. Örneğin değiştirme hakkını havi bir tahvil alacakJısı 1k şirket arasındaki ilişki bu manada ve hala bir ödünç sözleşmesine dayanmaktadır. Hal böyle olunca, özel hak sahibi kişiye bölünme sözleşmesi veya planında hiç hak tanınmaz veya tanınan hak mevcut hakkı hiç ya da tam olarak karşılamaz ise, bu takdirde anılan kişi akitten kaynaklanan yetkilerin,, kısmi bölünmede bölünen şirkete, tam bölünmede ise bölünen şirketin halefi sıfatıyla devralan şirketlere yöneltebilir. Özel hak sahibi, akde dayaL talep hakkJ neticesinde alacaklı sıfatına da sahiptir. Alınan Hukuku'nda özel hak sahibinin, böyle bir hakkın devralan şirket veya şirketlerde tesis edilmesini anılan şirketlerden talep hakkı olduğunun, bu talebin yerine getirilmemesi bilinde ise, özel hak sahibinin tazmjnaca hak kazanacağıının kabul edildiğini görmekteyiz⁶⁶. Kanaatimizce, özel hak sahiplerini alacaklı olarak görmek ve neticesinde onların zararlarının en azından tazmin edilmesini sağlamak, mevcut hukuk bakımından en adil sonuçları yaratacaktır⁶⁶.

3.4.2.5. Kara İştirak Hakkı ve Zamanı

TTK m. 167/1-f hükmü gereği bölünme sözleşmesi veya planında⁶⁷ şirket paylarının bilanço karına hangi tarihten itibaren hak kazanacakları ile bu hakkın özelliklerinin de belirlenmiş olması gerekmektedir. Bir diğer ifadesiyle bölünme sözleşmesi veya planında kara iştirak hakkının doğumu tarihi ile bu hakkın özelliklerine⁶⁸ de yer verilmiş olınası gerekir.

⁶⁶ Bkz. **Grunewald**, §23, N. 8.

⁶⁶ Bu noktada *Ço;ıarı*, denkleştirme sağlanması gereğini ortaya koyan TTK m. 467/2 hükmüne işaret etmektedir. Bkz. *Çoştan*, *Özel Hak*, s. 425.

⁶⁷ Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme planı yeni kuruluş şeklinde bölünme işlemlerinde hazırlanmaktadır. Buradan harekede kanun koyucunun yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde de kara iştirak hakkının doğumu tarihi şeklinde bir veriyi bölünme planında görmek istediği anlaşılmaktadır. Ancak yeni kurulan bir şirkette önceden mevcut pay sahipleri bulunmadığı gibi, şirket faaliyetlerine de henüz başlanmış olacağından temettü hakkının doğum tarihi bir özellik arz etmemektedir. Bkz. **Kendigelen**, s. 142 ve *Schenker Urs*, N. 13. O nedenle ilerleyen bölümlerde bu hususa ayrıca değinilmeyecek, anılan bölüm mevcut şirketlere bölünme haline, yani bölünme sözleşmesine hasredilecektir.

⁶⁸ Burada kanun koyucunun temettü hakkının özellikleri ifadesi ile neyi kastetmek istediği açık değildir. Eğer kastedilen kar payına yönelik imtiyazlar ise, bu imtiyazlara TTK m. 167/1-d bendi gereği bölünme sözleşmesi veya planında halihazırda değinilm⁶⁸ olacaktır. Bu noktada *Pfeifer/Schwaninger-Preiu*, "özellikler" başlığı altında bölünme sözleşmesi veya plarının imzası ile tescili arasında dağıtılacak temettülere değinilmesi gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz. *Pfeifer/Schwaninger-Preiss*, Art. 37, N. 39. Ancak bu ara dönemde dağıtılacak temettü ile bölünme işlemi neticesinde ihraç olunacak yeni

Esasen bir pay, ihraç tarihi itibarıyla kara iştirak hakkını da **benberinde** ecirir. Sadece bir bölünme işlemi neticesinde değil, yeru kuruhqta ya da bfr g sermaye artırımı neci ces'in^d e o¹ uşan yeru paylar da oluştukları tarih itibarıyla _ ki bu, çoğu halde payın oluşumuna yönelik işlemin, bölünme, kuruluş veya sermaye artırımı olsun, tescili tarihini ifade eder- kara iştirak hakkını bahşederler. Payın oluştuğu andan önce ilgili şirkette başka paylar var olsa da, bu yeni paylar ihraç edildikleri andan itibaren ve *pro rata temporis* kara iştirak hakkını bahşederler⁶⁹. Bu yönüyle TIK m. 167/1-f hükmünün yasaya konuluş amacı ilk bakışta pek anlaşılamaz; öyle ya, bölünme işlemi neticesinde devralan şirketlerde oluşan yeni paylardan dolayı mevcut kara iştirak hakkı, zaten, bölünme işleminin tescili tarihi itibarıyla doğmuş kabul edilecektir; yani, bölünme sözleşmesi veya planında böyle bir tarihin ayrıca zikredilmesi zarureti yoktur veya böyle bir tarih zikredilmemiş olsa dahi, bölünme işleminin tescili tarihi aynı zamanda kara iştirak hakkının da doğumu tarihi olarak kabul edilebilecektir.

Ancak yine de Kanun, bu konuda bir açıklık getirmek adına olsa gerek, bölünme sözleşmesi veya planında kara iştirak hakkının doğumu bakımından bir tarih belirlenmiş olmasını talep etmektedir. Öğretide anılan tarihin belirlenmesi bakımından bölünmeye katılan şirketlerin esnek davranabilecekleri belirtilmektedir⁷⁰. Buna göre taraflar, örneğin 1.1.2018 şeklinde kesin bir tarih zikredebilecekleri gibi, bölünme işleminin tescili tarihi veya bölünme işleminin tescilini takip eden hesap döneminin başı gibi tanımlayıcı bir zamana atıf yapmakla da yetinebilirler. Nitekim uyguladıada da anılan bu hükmün gereği, çoğu zaman, tescil tarihine veya takip eden hesap döneminin başına atıf yapılmak suretiyle yerine getirilmiş olmaktadır,

Bu noktada son olarak şu hususa da yer vermek gerekir: Burada temsil edilen görüş uyarınca taraflar, bölünme işlemi neticesinde oluşan yeni paylara geçmişe yönelik bir kara iştirak hakkı tanıyamazlar; çünkü bu paylar, yukarıda da ifade olunduğu üzere, ilk olarak bölünme işleminin tescili ile birlikte doğmuş bulunmaktadır⁷¹. Ve yine şu hususu da eklemek gerekir ki, tarafların bölünme sözleşmesinde kara iştirak hakkı bakımından bir tarih

paylar arasında bir bağlantı kurulması, burada temsil olunan görüş uyarınca, güç olacağından, "özellikler" meselesine takip eden bölümde ayrıca değinilmeyecek, açıklamalar sadece kar payının doğumu tarihine hasredilecektir.

69 Bkz. Pfeifer/Schwaninger-Preiss, Art. 37, N. 36.

70 Bkz. Pfeifer/Schwaninger-Preiss, Art. 37, N. 36.

71 Bkz. Watter/Reutter, N. 33. Aksi yönde Pfeifer/Schwaninger-Preiss, Art. 37, N. 36.

belirlemiş olmaları devralan şirket veya şirketlerin anılan tarih ve son...¹ ccmcrü dağıtma yönünde bir yükümlülüğü doğurmaz, bu tirktt² a şirketlerin temettü dağıtıp dağıtmayacağı veya ne tutarda bir ccmcttu ³h⁴ca cacakları, evvel emirde, ilgili şirketin alacağı bir genel kurul kararına in⁵611. d.Jr12.

3.4.2.6. Devralan Şirket veya Şirketler Hesabına Yapılan İşlemler

TTK m. 167 /1-g hükmü uyarınca bölünme sözleşmesi veya planında devreden şirketin işlemlerinin hangi tarihten itibaren devralan şirketin hesabına yapılmış kabul edildiğinin de belirtilmiş olması gerekir. Görüldüğü üzere bu hükümde de kanun koyucu bir tarihin belirtilmiş olması husu ile ilgilenmektedir; bu halde anılan tarih, devreden şirketçe girilen işlemlerin devralan şirket veya şirketler hesabına yapılmış sayılacağı tarihtir.

Normal şartlar altında devreden şirketin yapmış olduğu işlemler, bölünme işlemine has kısmi külli halefiyet ilkesi gereği ve aşağıda ayrıntısı ile incelenecek envanter uyarınca, bölünme işleminin tescili tarihi itibarıyla devralan şirket veya şirketlere nakl olunmuş olurlar. Diğer bir ifadesiyle devreden şirketin yapmış olduğu işlemlerden doğan hak, borç, yarar ve zarar/hasar⁷² ku. ral olarak, tescil tarihi itibarıyla devralan şirket veya şirketlere geçmiş olurlar. Bu çerçevede TTK m. 167/1-g hükmü ile taraflara, sadece, bu nakil tarihini, yani yarar ve zararın geçiş tarihini öne çekmek imkanı tanınmıştır⁷⁴. Bu şekilde taraflar, tescil tarihinden önceki bir tarihi bölünme sözleşmesi veya planında zikretmek suretiyle belirli işlemlerden doğan yarar ve zararın tescilden önce dahi devralan şirket veya şirketlere geçmesini ve bu şirketler bünyesinde muhasebeleştirilmesini sağlamış olurlar.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, işlemlerin devralan şirket veya şirketler hesabına yapılmış sayılması hali, eğer bölünme sözleşmesi veya pla-

⁷² Bkz. **Watter/Reutter**, N. 32.

⁷³ Hasar ve yararın geçişi bakımından TTK'da açık bir hüküm yoktur. Ancak yukarıda da **ele** alındığı üzere, bölünme sözleşmesinin şirketler arası borç doğurucu niteliği ve seçilmiş malvarlığı unsurlarını bedel (pay) karşılığı nakleden yönü itibarıyla satış sözleşmesine benzetilmesi mümkündür. Bu minvalde TTK m. 179/4 ile TBK m. 208/1'de anılan tescilli geçiş halleri gereği bölünme işleminde de, her ne kadar işleme taşınır unsurlar dahil olsa da, hasar ve yararın tescil tarihi itibarıyla geçtiği kabul olunabilecektir. Satış sözleşmesinde hasar ve yararın intikali için bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, İstanbul 2012, s. 36 vd.

⁷⁴ Bkz. Pfeifer/Schwaninger-Preiss, Art. 37, N. 40.

da anılan tarih tescil tarihinden önceki bir **zamaru ifade ediy** UCKU⁰. Üüneye kaçılan taraflar arasında ve iç ilişkide hüküm ifade eder-**Ö** Oju¹. ifadeyle, somut işleme taraf üçüncü kqi için işlerrnin tarafı, böl**Ö** b**Ö**cıJan şirkeder arasında kararlaştırılan tarihten bağımsız bir biçimdc **ve bo**,² nıne işleminin tescili tarihine kadar devreden şirketin k.cndisıdır; uçuncu kişi anılan işlemde kaynaklı taleplerini bu süre zarfında devreden **ırketc** önelcecektir. Buradan harekede ŞU hususu da eklemek gerelcir: Tam bölünme bölünen şirketin bölünme işleminin tescilinden sonra tasfiyesiz bir biçimde ortadan kalkmış ve bu surede tescilden önceki işlemlerden kaynaklı **yuu** ve zararlar başından bu yana ve kısmi külli halef sıfaayla devralan ırkctlcrc geçmiş olacağından, tam bölünmeye yönelik sözleşmelerde işlcmJerin hangi tarihten itibaren devralan şirkeder hesabına yapılmış sayılmasına yönelik bir tarih belirlenmiş olması pek anlamlı değildir⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, TIK m. 167/1-g hükmünün öncelikli uygulama alanının tam bölünmeler olması beklenmemelidir; bu hüküm daha ziyade kısmi bölünme halleri düşünülerek konulmuş görünmektedir. Uygulamada kısmi bölünme hallerinde ve bölünme tescil edilinceye kadar, yani devreden şirketin de bölünmeye rağmen var olmaya devam ettiği hallerde, bu yönde bir tarih belirlenmiş olması, üçüncü kişilere tescil tarihine kadar olan dönemde devreden şirkete başvurabilmek imkanını tanıyacaktır ve fakat bu hallerde devreden şirket, bölünme sözleşmesinde tespit olunan tarihe dayanarak devralan şirket veya şirketlere rücu hakkını kullanabilecektir. Diğer bir ifadeyle kısmi bölünme hallerinde taraflar, bölünme sözleşmesinde tescil öncesi bir tarihi öngörmekle bölünmenin etkilerini iç ilişkide geçerli olacak şekilde öne çekebileceklerdir.

Bu noktada da son olarak şu hususu da eklemek gerekir: Taraflar işlemlerin yarar ve zarar bakımından geçişine yönelik tarihi belirlemek konusunda serbesttirler. Uygulamada anılan tarihin içinde bulunulan mali yılın başı, ortası veya çeyrekleri olarak belirlenmeye ve bu sayede ilgili işlemlerin muhasebeleştirilmesinin kolaylaştırılmaya çalışıldığı bilinmektedir⁷⁷. Yine uygulamada, aşağıda tafsilatıyla incelenecek olan bölünme bilançosunun kabulü tarihi ile işlemlere yönelik yarar ve zararın geçişi tarihinin de örtüştürülmeye çalışıldığı hususu nakl olunmaktadır⁷⁸.

⁰ **Schenker** Urs, N. 14.

⁷⁶ **Schenker** Urs, N. 14.

⁷⁷ **Schenker** Urs, N. 14.

⁷⁸ Bkz. Jurg Luginbühl, Art. 13, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 26.

3.4.2.7. Yönetici ve Denetçilere Tanınan Özel Menfaatler

TTK m. 167/1-h hükmü uyarınca bölünme sözleşmesi veya planın<fa yönetim organlarının üyelerine, müdürlere, yönetim hakkına sahip kısımlar ve denetçilere tanınan özel menfaatlerin de belirlenmesi⁷⁹ olması gerekmektedir. Hükmün lafzından da anlaşılabileceği üzere, bölünme sözleşmesi veya planının bu kısmı, ancak bu yönde bir menfaat tanınması söz konusu ise, oluşmaktadır. Ancak kısımlardandır; somut bölünme işleminde bu yönde bir menfaat tesisi söz konusu değil ise, bu hususun menfi surette tespiti yeterli gelecektir.

Yönetici ve denetçilere tanınan özel menfaatlerin açıklanmasını öngören hükmün kaynağı İsvBirk m. 37/h hükmüdür. Anılan hüküm incelendiğinde görülmektedir ki, İsviçre kanun koyucusu bölünme işlemi dolayısıyla tanınan menfaatler bakımından denetçileri anmamaktadır. Mevzu hukukta denetçilere tanınan menfaatlerin açıklanması yükümlülüğünün kanun taslağında yer aldığı, ancak sonrasında, bu yükümlülüğe yasalaşan metinde yer verilmediği bilinmektedir; zira mevzu hukukta, İsvBK m. 727-c/1 hükmü üzerinden denetçilerin özel menfaat temin etmeleri de yasaklanmış vaziyettedir⁷⁹.

Türk Hukuku'nda denetçilerin özel menfaat teminini yasak eden açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, TTK m. 167 /1-h hükmünün bu yönde bir menfaat teminine cevaz verdiği yönünde bir yorum da, kanaatimizce, denetçilik müessesesinin özü ile bağdaştırılamayacaktır. Temel olarak ücret karşılığı yürütülen denetçilik görevi, kendine özgü bağımsız, tarafsız olmak yükümlülüğü ile birlikte değerlendirildiğinde özel menfaat teminini kapsam dışı bırakmalıdır; bu yönde bir menfaat temininin TTK m. 398/1'de zikredilen meslek etiği ile bağdaştırmayacağı da söylenebilecektir. Her halükarda; 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçisi müessesesinin kaldırılmış olması ve sadece belirli büyüklükteki şirketlerde denetçi atanmış olması zorunluluğunun getirilmesi, bölünme işlemi dolayısıyla denetçilere tanınan özel menfaatler meselesinin de ağırlığını kaybetmesine yol açacak niteliktedir.

Bu minvalde TTK m. 167/1-h hükmünü "yöneticilere tanınan özel menfaatler" şeklinde okumak ve anlamak mümkün olacaktır. Bu yönüyle hükmün amacı, bölünmeye katılan şirket genel kurullarında bölünmenin mali boyutlarını tilin açıklığı ile ortaya sermek olarak tarumlanabilmektedir⁸⁰.

⁷⁹ Bkz. Watter/Reutter, N. 35.

⁸⁰ Bkz. Watter/Reutter, N. 36.



—madde anlamında yönetici kavramı, şirketin iradcsirun oluıwnu tabun-
::yönetime katılan, onaklar da dahil, her türden kişiyi **kapsadJ** bu
,önde bir hükmün varlığı sayesinde malvarlığının bölünme dolayısıyla hak
y ıhibi olacak kişiler arasında dengeli dağılıp dağılmadığı yine bu **lercc**
eneclenebilir hale gelecek, bölünme işlemine mündemiç **malvarlığının nakli**
boyutu bu vesile ile daha şeffaf gerçekleşebilecektir.

Maddede anıldığı haliyle "özel menfaat" kavramından **paraya wrvil edi-**
lebilir, her türden karşılığı anlamak gerekir; olağan menfaatleri **aşan, bö-**
lünme işlemi ile illi bir bağa sahip menfaatler bu kapsamda **değerlendirilir;**
bölünme öncesinde mevcut menfaatlerin bölünme sonrasına taşınması ise,
madde kapsamında ele alınacak özel menfaatlerden değildir⁸¹. Yöneticilere
bölünme işlemi dolayısıyla tanınan huzur hakkı, ayrılma tazminatları, pay
alım hakları, faizsiz veya düşük faizli ödünçler, kira yardımı ve benzerleri bu
kapsamda özel menfaat olarak görülebilecek ve bu hususların bölünme söz-
leşmesi veya planında açıklanmış olmaları gerekecektir⁸².

Görülebildiği kadarıyla İsviçre Hukuku'nda bu madde dolayısıyla şu
yönlü bir tartışma da yürütülmektedir⁸³: Acaba özel bir menfaat tanınmış
olmasına rağmen bu menfaatin bölünme sözleşmesi veya planı ile açıklanma-
mış olması özel menfaatin tanınmasına yönelik hukuki işlemin geçerliliğini
etkileyecek midir? İsviçre Hukuku'nda *P/eifer/Schwaninger-Preiss* ve *Glanz-*
mann'ın öncülüğünü yaptığı bir grup müellifin bu soruyu olumladığı görül-
mektedir. Anılan yazarlara göre, bölünme sözleşmesi veya planında açıklan-
mış olmak özel menfaat teminini mümkün kılan işlem bakımından sıhhat
şarudır; bu yönde bir açıklamanın yapılmamış olması menfaat teminine yö-
nelik işlemi de geçersiz kılacaktır. Yazarlar bu noktada ulaştıkları geçersizlik
sonucunu büyük ölçüde İsvBirK m. 13'e yönelik gerekçe metnine dayandır-
maktadırlar⁸⁴. Buna göre İsviçre kanun koyucusu yöneticilere tanınan özel
menfaatler bakımından anonim şirketlerde kurucu menfaatlerini düzenleyen
İsvBK m. 627 /9 ve 628/3 hükümleri ile paralellik kurmaktadır; kurucu-
lara tanınan menfaatler ise, ancak esas sözleşmede yer verilmekle geçerlik
kazanabilmektedirler; o halde bölünme işlemi ile yöneticilere tanınanacak
menfaatler bakımından da geçerlilik şartı, bölünme sözleşmesi veya planında

81 Bkz. **Pfeiffer/Schwaninger-Preiss**, Art. 37, N. 45.

82 Bkz. **Watter/Reutter**, N. 37.

83 Tartışmanın içeriği ve tarafları için bkz. **Watter/Reutter**, N. 36.

84 Bkz. **Botschaft**, s. 4409, Dn. 78.

bu menfaatlcrin açıklanmış olmasına bağlı olmalıdır. Diğer taraftan *Watter/Reutter* ise, yöneticilere tanınan özel menfaatlerin bölünme sözleşmesi, "CJa planında arulmaıruş olmasının bu menfaatlere mesnet teşkil eden rşlemi tek başına sakaclamayacağı, olası bir sakatlığın daha özel hüküm ruteliğinde olan şirket türüne has hükümlerden, örneğin anonim şirket düzenlemelerinden veya borsa kanunundan kaynaklanabileceğini belirtmektedirler.

Yukarıda anılan bu tarıcı.şmaya Türk Hukuku zaviyesinden yaklaşıldı. ğında, kanaatimizce, şu hususları belirtmek mümkün olacaktır: TIK *Gt-rekçesi*'nde İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi yöneticilere tanınan menfaaclar bakımından kuruculara yönelik hükümlerle bir bağlantı kurulmuş değildir. Ancak bu demek değildir ki, bu yönde bir sonuca tarihi yorum dışında, örneğin gai yorum gibi bir yorum yöntemi kullanılmak suretiyle de ulaşılamayacaktır. Yukarıda da anıldığı üzere, bölünme sözleşmesi veya planında yöneticilere tanınan menfaatlerin açıklanması yükümlülüğünün temelinde bölünmeden etkilenen şirket ortaklarının malvarlığı üzerindeki haklarının korunması ihtiyacı yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yönetime dahil olan kişilerin, çoğu zaman kendi kendilerine ya da etki etmek suretiyle de olsa, görünürde başka kişilere yaslanarak özel menfaat temin etmeleri malvarlığı dağılımının görünürdeki dengesini, tarafların üzerinde hemfikir olduğu dağılımın dengesini değiştirmeye adaydır. Bu nedenle bu yönde bir açıklama yükümlülüğünün mevcudiyeti, ortakların bölünmeye onay vermek yönündeki kararlarının sıhhatini de etkileyecektir. Diğer bir ifadeyle bölünmeye yönelik TTK hükümleri arasına bu yönde bir açıklama yükümlülüğünün özel olarak alınmış olmasının, yine bölünme işlemi tahtında özel bir sebebi bulunmaktadır. Dolayısıyla şirket türüne has diğer hükümlere atıf yoluyla veyahut da halka açık şirketlere yönelik özel hükümler çerçevesinden konuyu *ele* alan, çözümü bu hükümlere bırakan *Watter/Reutter'e* ait bakış açısı kanaatimizce tatminkar değildir; her türden bölünme işleminin çekirdeğini malvarlığı unsurlarının dağılımı oluşturduğu için, malvadığının menfaat temini suretiyle ve üstü kapaL *bir* biçimde dağılması, kanaatimizce, kabul edilemez. Bu noktada, kanaatimizce, kuruculara tanınan menfaatler ile anolojik bir bağ kurulmasına dahi gerek yoktur; şirketler hukukunda şirketten temin edilen menfaatlerin ilgili çevreler nezdinde alenileştirilmesi, neredeyse, genel ilke seviyesine yükselmiş vaziyettedir. Dolayısıyla ve burada temsil olunan görüş uyarınca da, yöneticilere tanınan menfaadere yönelik bir açıklamanın bölünme sözleşmesi veya planında yer almamış olması menfaat teminine mesnet teşkil eden işlemi de sakatlayacak, geçersiz hale getirecektir.



3.4.2.8. İl İlişkileri Listesi

TTK m. 167/1-i hükmü gereği devralan şirketler **geçecek q aqlcilttırın** de bölünme sözleşmesi veya planında belirtilmiş olması **gerekir; ancak bura.-** dıa da, iş ilişkilerinin sayıca çokluğu nedeniyle bu hu.susun içerikcen ziyadçk olarak öngörülmesi gerekebilir.

TTK m. 167/1-i hükmü lafzı itibarıyla talihlidir; Kanun'un **kulbndığı** iş ilişkisi terimi her türden sözleşme ilişkisini kapsayacak **§Ckilde a-** bilecek niteliktedir. Ancak mehz kanun incelendiğinde **görülmektedir** burada iş ilişkisinden kasıt bir hizmet/istihdam ilişkisidir. **Diğer bir ifadeyle** anılan hüküm, bölünme sözleşmesi veya planına ek olarak bölünme **lemi** neticesinde devralan şirket veya şirketler bünyesinde istihdam **olunacak qçi-** lerin listelenmesi gerekliliğini öngörmektedir.

Ancak bu işçi listeleri dolayısıyla da mehz hukukta **taruşma mevcuttur.** İsviçre uygulamasında sicillerin, söze konu işçilerin isim isim **ve kimlik bil-** gileri ile anıldığı bir liste talep ettiği bilinmektedir⁸⁵. Ancak şahsen de katıldığımız bir görüş bu uygulamayı eleştirmekte, bu türden bir talebin kişisel verilerin korunması yükümlülüğü karşısında mümkün olmadığına değinmektedir⁸⁶. Ayrıca, kanaatimizce, iş ilişkileri de şirketler bakımından dinamik niteliktedir; henüz tescile kadar olan sürede dahi, işe girme ve işten **çık-** ma/çıkarmalar ve dolayısıyla bu detayda bir listenin neredeyse günlük bazda güncellenmesi gereği ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla devre konu malvarlığının bir bütün teşkil ettiği hallerde naklolan iş ilişkilerinin belirlenebilir şekilde casvir edilmiş olması, kanaatimizce, yeterli gelmelidir ve bir ek yapılması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Seçilmiş malvarlığı unsurlarının devri halindeyse, iş akülerine yönelik bir liste yapılmasında fayda vardır.

Bu noktada şu hususu da belirtmek gerekir: Bölünme sözleşmesi veya planında iş ilişkilerinin nakli konusunda yapılan bir tespit sadece açıklayıcı niceliktedir⁸⁷; çünkü burada iş ilişkisinin geçiş şartlarını TTK m. 167/1-i hükmü değil, özel hüküm olması sebebiyle TTK m. 178 hükmü belirlemektedir. Anılan hüküm ise devir konusunda münferit işçinin rızasını aramaktadır. Kanaatimizce bölünme işlemlerinde işçinin rızasını arayan TTK m. 178

⁸⁵ Bkz. Watter/Reutter, N. 29.

⁸⁶ Bkz. Wacker/Reutter, N. 29.

⁸⁷ Bkz. Schenker Urs, N. 16.

hükmü TBK m. 428 ve 429 ile İş Kanunu m. 6 hükümlerine göre de 6. hüküm niteliğindedir ve öncelikli uygulama alanı bulur⁸⁸. 1.tl

3.5. Ekleri

Bölünme sözleşmesi veya planı her şeyden evvel genel kurulların bilgilendirilmiş vaziyette bölünme veya bölünmeye iştirak kararını almaların, sağlamaya yönelik belgelerdir⁸⁹. Bu manada bölünme sözleşmesi veya planından ziyade bu belgelerin eklerinin de bu amaç doğrultusunda hazırlanması ve hatta Kanun'un açıkça öngörmediği başkaca eklerin de yaratılmasına, gerekir. Kanun, bölünme sözleşmesi veya planına bölünme envanterinin ve iş ilişkileri listesinin eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128. maddesi gereği de, yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde aralarında esas sözleşme taslağının da bulunduğu kuruluş belgelerinin hazır edilmiş olması gerekmektedir. Ancak bu sayılanlar dışında, kanaatimizce, bölünme bilançosu, rapor ve bağımsız denetim raporunun da ek yapılması gerekir. Özellikle son söylenen iki belge, ileride ortaya çıkması muhtemel sorumluluk davaları bakımından da önem arz edecektir. Ayrıca bunların sunulmaması ileride bölünme belgelerinin incelemeye sunulması başlığı altında da ifade olunacağı üzere, bu ek belgeler pay sahiplerinin incelemesine sunulmaktadır. Ne kadar pay sahibi, bölünme işleminin gerekliliği, ticari bir karar olarak yerindeliği ve yürütülme biçiminin ciddiyeti konusunda baştan ikna edilirse, ki bu belgeler bu işe yarayacaktır, bölünme işlemi sonrasında da o kadar az iptal ve sorumluluk davaları ile muhatap olunacaktır.

3.5.1. Yeni Kurulutta Kuruluş Belgeleri

Yukarıda da ifade olunduğu üzere bir şirket halihazırda mevcut olmayan, bölünme işlemi neticesinde ortaya çıkacak şirket veya şirketler, her ne kadar plan bu yeni kuruluş şeklinde bölünmeler dolayısıyla kuruluş belgeleri: bölünme planına ek yapılacağı hususunu açıkça öngörmemişse, yine de, anılan bu husus, Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128. maddesinden anlaşılabilmektedir. Anılan yönetmelik hükmü uyarınca, yeni kuruluş şeklindeki gerek kısmi, gerekse tam bölünme hallerinde bölünme işlemi neticesinde ortaya çıkacak şirket

⁸⁸ Ayrıca bkz. ileride IV.4. İşçilerin Korunması başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁸⁹ Bkz. Watter/Reutter, N. 2.

,⁹¹ şirkedere au kuruluş belgelerinin Ticaret Sicili'ne ıbtu.ı **gerekmckce-** dir Görüldüğü üzere anılan huku.ım, hcnuz bölünme pluunun ⁹²rl nm ı su.a.sında bu kuruJuş belgelerinin de hazır edilml\ olmasınl tt **KO\fflamaJd beraber**, aralarında esas sözleşmenin de bulunduğı kurul**belgclerinin** c - ıaklanrun bu aşamada hazır edilffii olması bölünme planının. ornej'm cıcarct unvanı gibi hususlar bakımından tamamlanmasını kolay**ıracaktır**

Kanaatimizce Ticarec Sicili Yönetmeliği'ndc yer verilen **bu a.c;ılc** hüküm dolayısıyla İsviçre Hukuku'nda kuruluş belgelerinin hazırlarutUSJ **ve ek** yapılması dolayısıyla yaşanan tarcışmaların⁹⁰ Türk Hukuku'nda **yeyaca-** ğıru öngörmek de mümkün olacaktır.

3.5.2, Bölünme Bilanfosı,

Yukarıda da ifade olunduğı üzere Kanun, bir bölünme bilançosunun hazırlanmasını ve bölünme sözleşmesi veya planı ekinde **incelemeye sunul-** masını açıkça emretmemektedir. Görülebildiğı kadarıyla kanun koyucu bu noktada, aşağıda da ele alınacağı haliyle, bir bölünme envanteri **ile yetin.mdc** istemektedir⁹¹. Ancak, özellikle mehaz hukuk kaynaklarında da **nercdcy,c** fikir birliği ile ifade olunduğı üzere, bir bölünme bilançosunun hazırlanmış olınası, bölünmeye onay verecek genel kurulların ve bölünme işleminden doğrudan etkilenen alacaklıların bilgilendirilmesi bakımından **elzem görün-** mektedir⁹². Aynı şekilde bölünme bilançosunun **hazırlanmış olması bölün-** me işlemini yürütecek yönetim organları bakımından da **önemlidir. Bölünen** şirket yönetim organı bölünme neticesinde esas sermayenin azaltılıp azal- tılınayacağını, devralan şirketler ise esas sermayelerini ne ölçüde **anırmak** durumunda kalacaklarını evvel emirde bu belge üzerinden tayin edebilecek- lerdir. Aynı şekilde ticaret sicili de bölünme işlemine konu malvarlığı unsur- ları ile, bölünme işlemine katılan şirketlerin bölünme öncesi ve sonrasındaki mali durumlarını bu belgeye bakarak tayin ve takdir edebilecektir. Anılan bu nedenlerden ötürü, burada temsil edilen görüş uyarınca da, bir bölünme bilançosunun hazırlanması ve bölünme sözleşmesi veya planına ek yapılması,

90 Mehaz hukukta bir kısım müellifin kuruluş belgelerinin bu aşamada ha.ınlaru:uş ve bölünme planına ek yapılmış olması gerektiğini, diğer bir kısım müellifin ise, henüz bu aşamada sadece esas sözleşme taslağının hazırlanmış ve bölünme planına **eklenmiş** olmasının yeterli görülebileceğini ifade ettiğı görülmektedir. Arulan tartışmaların taraf ve içerikleri için bkz. Watter/Reutter, N. 7.

91 Bkz. Watter/Büchi, Art. 35, N. 2.

92 Bkz. Watter/Büchi, Art. 35, N. 2.

her ne kadar Kanun açıkça emretmiş olmasa da, uygun olacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu noktada bir bölünme envanteri ile yetinmek teorik olarak mümkündür. Ancak aşağıda da gösterilmeye çalışıldığı üzere, bölünme envanteri sadece bölünmeye konu malvarlığı unsurlarını tek tek ve kalem kalem gösterir. Bölünme envanterinde toplam değer ve bu değerlerin aktif ve pasif kalemlerine dağılımını göremediğimiz için bölünmenin bölünmeye katılan şirketler üzerindeki genel ve kuşbakışı etkisinin anlaşılması, ikinci ve mali açıdan uzmanlık gerektiren bir işlemi gerektirmektedir ki, kanaatimizce bu yönde bir çabayı bölünme bakımından aydınlanmayı bekleyen pay sahiplerinden beklemek adil olmaz. Aynı şekilde, bölünme bilançosunun hangi şirkete hangi aktif ve pasif unsurların tahsis olunduğu sorusu bakımından yürütülmesi icap edebilecek bir yorum faaliyetinde de kullanılabilmesi mümkündür. İleride, unutulmuş malvarlığı unsurları dolayısıyla da gösterilmeye çalışıldığı üzere, bir malvarlığı unsurunun "unutulmuş unutulmuş" yorum yoluyla cevaplanacak sorulardandır. Bölünme bilançosunun bu yönlü bir işlevinin alınması da, bu manada mümkündür. Bu noktada son olarak ifade etmek gerekir ki, bölünme bilançosunun çıkarılması bölünmeye konu malvarlığı unsurları üzerinde yürütülen işlemlerin akıbeti bakımından da önemlidir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere Kanun, devre konu malvarlığı unsurları üzerinde yürütülecek işlemlerin hangi tarihten itibaren devralan şirket veya şirketler adına yapılmış sayılacağına bölünme sözleşmesi veya planında tespit edilmiş olmasını emretmektedir; anılan hüküm ile ifade olunan tarih ise, esasen, bölünme bilançosunun tarihidir.

Bu çerçevede bölünme bilançosu da, ara bilanço gibi, kolay, masrafsız ve kısa sürede çıkarılabilecek bir bilançodur. Bölünme bilançosu, yıllık bilanço veya, çıkarılmışsa, ara bilanço dikkate alır. Bu manada bölünme bilançosu üç bölümden oluşur⁹³ ve ilk bölüm yıllık veya ara bilançonun kendisidir. Bu ilk bölüm bölünen veya devralan şirket veya şirketlerin bölünme öncesindeki malvarlığı durumlarını aktif ve pasif kalemler halinde ve bir bütün olarak ortaya serer.

Yıllık veya ara bilançonun aksine bölünme bilançosunda bir ikinci bölüm daha mevcuttur. Bu bölümde ise, bölünmeye konu malvarlığı unsurları aktif ve pasif kalemlerine ayrılmak suretiyle gösterilir. Bu bölümün hazırlanmasında bölünme envanterinden faydalanmak mümkündür ve anılan bölü-

93 Bölünme bilançosunun içeriği için bkz. **Watter/Büchi**, Art. 35, N. 7 vd.

ınün aınacı, bölünmeye konu malvarlığı unsurlarını ve dtAerlttttı UJ< Jık- lıth halinde ve yekün itibariyle göstermektedir. Bu ikmcı bolum saynınde pay sahipleri ve ticaret sicili bölünmeye konu malvarlığı unıırlarınm **akuf-puı**(dengesi, aktif fazlasının miktarı ve bu miktarın bölünmc **nöuceünde elde** edi}ecek payların itibari değeriioj karşılamaya yecip **yetmeyceğJ hakJon.da** bilgileruniş olurlar.

Bölünme bilançosunun üçüncü ve sonuncu bölümü ise, bölünme **sonrası** ınalvarlığı durumunu gösteren bölümdür. Bu bölüm birinci bölümden ikin- ci bölümün çıkarılması veya devralan şirketler bakımından, birinci bölüme ikinci bölümün *eklenmesi* suretiyle elde edilir. Diğer bir ifadeyle ikinci bö- türode ele alınan aktif ve pasif unsurların birinci bölüme dağılması sonu- cunda bölünme bilançosunun üçüncü bölümü elde edilm♦ olur. Bu üçüncü bölüm vesilesiyledir *ki*, bölünmeye katılan şirketlerin pay sahipleri **bölünme** neticesinde bölünmeye katılan şirketlerin mali durumlarının ne yönde şekil- leneceğini görmÜş ve bilgilenmiş olurlar.

Bölünme bilançosu, ara bilançoda olduğu gibi, bölünmeye katılan her bir şirket bakımından ayrı ayrı hazırlanır. Eğer devralan şirketlerden biri veya bir kaç bölünme neticesinde ilk defa kurulmÜş olarsa, bölünme bilançosu bu şirkeder adına bölünen şirketçe hazırlanır ve bu şirkeder için hazırlanan bölünme bilançosunun üçüncü ve son kısmı aynı zamanda anılan şirketlerin açılış bilançosunu da karşılamış olur.

3.5.3. Bölünme Envanteri

Yukarıda da belirtildiği üzere TTK m. 167/1-b hükmü bölünme sözleş- mesi veya planında bir envantere de yer verilmesi gerekliliğini öngörmekte- dir; ancak envanterin içeriği itibariyle sözleşme veya plan içerisine alınması fiziken mümkün olmayıp bu belgelere ek yapılması daha uygundur.

Bu yönüyle envanter, bölünme işleminin çekirdeğini oluşturur. Bölün- me işlemi seçilmiş malvarlığı unsurlarının devralan şirket veya şirketlere bir kül halinde nakli olduğundan hangi unsurların bölünen şirket bünyesini terk ettiğİ, (kısmi bölünmelerde) hangi unsurların kaldığı ve herhalükarda hangi unsurların hangi devralan şirkete tahsis olunduğu sorularının cevabı envan- tere bakılmak suretiyle ortaya konabilecektir. Bu manada envanter, malvar- lığını terk eden aktif ve pasif unsurların listelenmesidir⁹⁴.

94 Bkz. **Watter/Reutter**, N. 9.

Bu noktada envanter ile ilgili temel tartışma bu belgenin ne derete ek-taylı hazırlanmış olması gerekliliği üzerinden yürütülmektedir. Mevzu hukukca bir kısım yazar, malvarlığını terk eden unsurların envanter üzerinden belirlenebilir şekilde izah olunmuş olmasının yeterli görmektedir⁹⁵. Bu yazarlara göre her bir unsurun ismen anılması ve detaylandırılması lazım gelmez, sicil kaydı bulunan malvarlığı unsurlarının ismen anılması, kalan hususların üst başlıklar halinde ve bilanço düzeneğinde belirtilmesi kafi gelecektir; ne de olsa intikal ettiği şüpheli malvarlığı unsurları bakımından kanun, Türk Hukuku'nda TTK m. 168 hükmünü karşılar nicelikte, bir yedek tedbir öngörmüştür. Bu yönde görüş bildiren yazarların Alman ve Avrupa Birliği düzenlemelerinde bir envantere dahi yer verilmemiş, malvarlığı unsurlarının tasviri bir biçimde belirtilmiş olmasının yeterli görüldüğü hususuna da destekleyici nitelikte yaslandıkları ve özellikle dönen malvarlığı unsurlarının açıkça belirtilmesi ve listelenmesinin zaten imkan dahilinde olmadığını belirttikleri görülmektedir. Diğer taraftan, diğer bir takım yazarlar ise, envanterin devre konu aktif ve pasifleri açıkça tanımlaması, gayrimenkul, kıymetli evrak ve marka gibi gayrimaddi unsurları tek tek sayması, bu unsurların ait oldukları yeri⁹⁶, kime tahsis olunduğu ve değeri ile birlikte anmış olması gerektiğini belirtmektedirler⁹⁷. Diğer bir ifadeyle envanter, devre konu malvarlığı unsurlarını imkan dahilinde olduğu müddetçe ve aynı oranda detaylı bir biçimde açıklamış olmalıdır. Bu görüş taraftarlarının mevzu kanun gerekçesine yaslandıkları görülmektedir; mevzu hukukta kanun koyucu envanterin hukuki güvenlik esasınca yeterince detaylandırılmış olması gerekliliğinden ve özet şeklinde bir listelemenin kafi gelmeyeceğinden bahsetmektedir⁹⁸. Bu görüş taraftarlarınca envanterde yazılı hususlar bölünme işleminin tescili ile birlikte *uno actu* naklolunmaktadır. Dolayısıyla hangi unsurların naklolunduğu hususunun tespitinde envanter ve onun hazırlanış biçimi büyük önem arz etmektedir. Devri şekle tabi unsurlar bakımından da envanter önemlidir; çünkü bölünme neticesinde bu unsurlar anılan şekle riayet olunmaksızın devrolunmuş kabul olunacaklardır. Bu nedenle de envanterin basit tasvirlerle yetinmemiş olması gerekir. Bu görüş taraftarlarınca dile getirilen son bir husus da, bu detayda bir envanterin çıkarılmasının uygulama bakımından zor ol-

95 Örnek kabilinden bkz. Watter/Reutter, N. 12; Schenker Urs, N. 5 ve Böckli, Akzienrecht, N. 308a.

96 Örneğin X fabrikasının Y unsuru gibi.

97 Örnek kabilinden bkz. Pfeifer/Meier, Art. 37, N. 3 vd.

98 Bkz. Botschaft, s. 4438.

inadığıdır; çünkü şirketler bilançolarını tanzim ederken zaten bu yönde bir envanter çıkarmış bulunacaklardır.

Türk kanun koyucu, İsviçre'nin aksine, envanterin düzenleniş biçimi ve içerik detayı ile ilgili bir görüş bildirmemektedir. Görülebildiği kadarıyla Türk öğretisinde de şu ana kadar bölünme işlemi sırasında envanterin detay düzeyi hakkında görüş bildirilmiş değildir. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca da, envanterin imkan dahilinde, olabildiğince detaylı hazırlanması, malvarlığına terk eden duran malvarlığı unsurlarını ismen ve yer göstermek suretiyle anmasında, devri şekle tabi unsurları ayrıca belirtmesinde, tüm unsurların değerlerine ve tahsis olunduğu kişiye de ayrıca yer vermesinde büyük fayda vardır. Kanaatimizce bu türden bir envanterin hazırlanması taraflar bakımından külfetli değildir; pratik bir zorluk da barındırmamaktadır. Zira şirketler yıllık bazda bu türden bir defteri halihazırda tutar vaziyettedirler, tutmak yükümlülüğü altındadırlar. Aynı şekilde bölünme işlemine has külli intikal müessesesi de, ancak detaylı bir envanter üzerinden sağlıklı işleyebilecektir. Envanterin detay vermeksizin hazırlanmış olması sicil uygulamalarını da aksatabilecek, devri şekle tabi unsurlarda özellikle, maliğin kimliği dolayısıyla sorunlar başgösterebilecektir. Kanaatimizce bu noktada TTK m. 168 hükmünde yer alan veya eşya hukukuna has yolsuz tescil gibi yedek tedbirlere başvurulabileceğini bilmek de, bu türden sorunların baştan doğmasına engel olacak detaylı envanter çözümüne yeğ tutulmamalıdır. Sorun zuhur ettikten sonra, hukuk elbette ki çözüm bulacaktır; ancak pratik zorluk; ve külfet de içermeyen detaylı bir envanter, sorunun doğumuna mani olduğundan tercihi şayandır. Nitekim Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 128. maddesi de, en azından herhangi bir sicil üzerinden kaydı tutulan malvarlığı unsurları bakımından açık ve ayrı bir listeleme talep etmektedir. Ancak böyle detaylı bir liste sayesinde Ticaret Sicil Müdürlüğü diğer sicil memurlukları *uno actu* geçiş dolayısıyla haberdar edebilecektir. Envanterin detaylı bir biçimde hazırlanmış olmasının devralan şirketler bakımından da faydası bulunur; bu sayede nakle konu unsurun sermaye olarak nitelenip nitelendirilemeyeceği, üzerinde takyidat bulunup bulunmadığı, devrinin kabil olup olmadığı gibi hususlar baştan kontrol edilmiş olacaktır. Ancak bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir: Envanterin bu detayda hazırlanmamış olmasının işlem geçersizliği gibi bir müeyyidesi olmamalıdır. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, envanterin hazırlanışı bakımından gösterilebilecek olası özensizlik halleri dolayısıyla kanun koyucu TTK m. 168 hükmünü vaz etmiş bulunmaktadır.

3,5,4, *Fairness Opinion*

Şirketler hukukunda yönetim, karar alınmasını, kararların uygulanmasını, alınan ve uygulanan kararların hukuki ve mali açıdan denetlenmesini ifade eder. Tek tek şirket türleri incelendiğinde görülmektedir⁴ Kanun bu aşamaları farklı organlara teslim etmekle şirketlerin de düzgün işlemlerini sağlamaya gayret göstermektedir. Örneğin anonim şirketlerde ticari kararları kural olarak yönetim kurulu alıp uygularken, bu kararların hukuki ve mali denetimi kimi zaman genel kurul kimi zamansa denetçiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak görüldüğü üzere, alınan ve uygulanan kararların ticari bakımdan yerindeliğini denetleyen bir kurum, organ ya da kuruluş bulunmamaktadır.

Tam da yeniden yapılandırma hallerinde ve dolayısıyla bölünme işlemlerinde ise, temel soru işlemin yerindeliğinde düğümlenmektedir. Diğer bir ifadeyle aynı veya benzer koqumda olan bir yöneticinin de bu yönde bir kararı alıp almayacağı, çoğu zaman bölünme işlemi sonrasında ve yöneticilerin sorumluluğu bahsi çerçevesinde sıklıkla tartışılır hale gelmekte ve hatta tamamlanmış bir bölünme işlemi, yerindelik denetimi yapılması maksadıyla mahkemelere taşınmaktadır.

Bu çerçevede ve öncelikle ifade etmek gerekir ki, bir bölünme işlemi neticesinde bölünmeye katılan şirketler bu işlemde kaynaklı zararlara duçar olmuş olabilirler. Ancak yukarıda da anıldığı üzere, yöneticilerin bu işlemde kaynaklı zararlardan ötürü çoğu zaman şirketlerine yönelik sorumluluktan üzerinde karar verilmesi, bu işlemin tedbirli ve tecrübeli bir yönetici tarafından da ve işlemin yapıldığı tarih itibarıyla geçerli koşullara bakılarak sorgulanması suretiyle gerçekleşmektedir. Buradan nareketle de, çoğu zaman, anılan İşlem henüz yapılmamışken üçüncü, objektif ve tarafsız bir gözün, planlanan işlemi, işlemin yerindeliği bakımından denetlemiş olmasında fayda bulunmaktadır.

Bu nedendir ki, esasen Kanun taqısından öngörölmüş olmasa da, uygulamada yeniden yapılandırma kararları alınmadan önce, *faimess opinion* olarak tabir edilen bir görüşün alındığı görölmektedir. Bu görüş, genellikle bağımsız denetim kuruluşlarından alınmaktadır ve planlanan işlemi, mevcut koşullar altında ve işlemin yapılması yönünde alının kararın yerindeliği bakımından sorgulamaktadır. Eğer görüş olumlu ise, bu görüşün hem işlem öncesinde hem de işlem sonrasında bir takım hukuki etkileri olabilmekte-

dır:öncelikle bölünme işlemi de dahil tilin yeniden yapılandırılm2. h2.llı pay s,hjplcri tarafından onaylanmaktadır. Eğer pay sahipleri bu **onay öncesinde** jşlcının ticari yerindeliği ve gerekliliği bakımından böyle bir göü okumak unJcaru bulurlarsa, işleme gerekli onayı da daha bilinçli bir **şekilde vercbtl-** nekceclirler.

Aynı şekilde, işlemin tescili ile birlikte yöneticiler aleyhine **açılabilircek** sorumluluk davalarında da bu türden görüşlerin olumlu etkisi **hissedilmekte-** dir. Bir işlem zararlı sonuçlanmı,ş olabilir; ancak yukarıda da ele alındıJğı üze- re, bu türden davalarda hakim şu sorunun cevabını aramaktadır: Tedbirli ve tecrübeli bir yönetici kararın alındığı dönem itibariyle mevcut şartlar alanda aynı kararı alır mıydı? Görüldüğü üzere, bugünkü sonuçları itibariyle **geçmi-** şf bakarak değil (*ex post*), sonuçları göz ardı edip, geçmişe dönerek ve kararın alındığı şartları yeniden oluşturarak, yani *ex ante* gerçekleşmesi gereken bir cahlilde de, bu yönde bir görüşün alınmış olmasının olumlu etkisini yadsıma- mak gerekir; dolayısıyla ve her ne kadar Kanun tarafından açıkça emredilmiş olmasa da, bölünme işleminin genel kurul onayına sunulmasından evvel bir *fairness opinion* alınması ve alınan bu görüşün bölünme sözleşmesi veya planı eklerinde pay sahiplerinin incelemesine sunulması şiddetle salık verilir.

3.5.5. Bağımsız Denetim Raporu

TIK'nın 6335 sayılı Kanun'la değiştirilmesini müteakip işlem denetçi- liği müessesesi tümüyle kaldırılmıştır. Bu durumdan etkilenen kurumların başında ise bölünme işlemi gelmektedir. 6335 sayılı Kanun ile değiştirilme- den evvel TTK pek çok yerde bölünme işleminin işlem denetçisi marifetiyle adım adım takip edilmesini sağlıamaktaydı. Yukarıda anılan/airness *opinion*'ın aksine buralarda işlem denetçisi, anılan münferit işlemin kanuna uygun yü- rütölüp yürütölmediğini denetlemekteydi. Bu sayede ise, pay sahipleri ve alacaklılar nezdinde işlem güveıcesı ile doğru bilgilenme amaçlarına hizmet edilmiş olmaktaydı. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, işlem denetçiliği- nin külliye ortadan kalkmasıyla ortada neredeyse hiç denetlenmeyen, çoğu yerde yönetim organının ihtiyarıyla hareket edilen bir kımaşık işlemler yu- mağı kalmış vaziyettedir. Dolayısıyla ve her ne kadar Kanun yine açıkça em- retro4 olmasa da, bölünme işleminin baştan sona bağımsız denetçi marife- tiyle denetlettirilmesinde fayda bulunmaktadır. Nitekim halka açık anonim ortaklıklar bakımından, basit usulde bölünmeler hariç, bağımsız denetim



raporunun alınması kanuni bir zorunluluk olarak öngörülmüştür⁹⁹. **Yukarıda** ele alındığı haliyle bir *fairness opinion*'un bu yönde bir raporun parçası **olarak** canım ettirilmesi de mümkündür.

4. Bölünme Raporu

Bölünme işleminin bölünmeye katılan şirket genel kurullarının onayına sunulmasından önce hazırlanması ve TTK m. 171 gereği incelemeye açılması gerekli belgelerden bir diğerini de bölünme raporu oluşturur. Bölünme raporu TTK m. 169'da düzenlenmiştir. Anılan hükmün kaynağı İsvBirK m. 39 hükmüdür. Bu yönüyle TTK m. 169 bölünmeye yönelik *bir* raporun hazırlanması yükümlülüğü ile raporu hazırlayacak organı, raporun içeriğini ve raporun düzenlenmesinden feragati düzenler. TTK m. 169/3'te kanun koyucu yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde bölünme planına yeni şirketin sözleşmesinin de ekleneceğini belirtmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu hüküm yanlış çevrilmiştir; mehzaz kanunda yeni şirket sözleşmesinin bölünme planına değil, bölünme rapbruna ek yapılması öngörülmüştür.

Bölünme sözleşmesi ve planı bölünmenin hukuki çerçevesini, metnini tedarik ederken bölünme raporu, hukuki metinlerden alışık olduğumuz, gerekçe kısmına vücut verir. Kanun koyucu bölünme raporu ile bölünmenin hukuki ve ekonomik yönleri ile açıklanmasını ve işlemin önemli boyutlarının hukuken ve ekonomik açıdan gerekçelendirilmesini talep etmiştir. Bu yönüyle bölünme raporu, evvel emirde, bölünmeye katılan şirket ortaklarının bilgilendirilmesi ve bu bilgiler doğrultusunda bölünme işlemine onay kararının yine ortaklarca ve sağlıklı bir biçimde alınmasına hizmet eder. Bu yönüyle bölünme raporunun ortakları koruyucu bir işlevi de vardır.

Mehaz hukukta bölünme raporunun alacaklı ve işçileri koruyucu niteliğinin olup olmadığı yönünde bir tartışma da mevcuttur¹⁰⁰. Bu manada kimi bazı müellifler bölünme raporunun içeriği itibariyle bölünmenin alacaklılar ve işçiler üzerindeki etkilerine de değinmesi hasebiyle bu anılan kesimleri de koruyucu nicelikte olduğunu ileri sürmektedirler. Diğer bazı yazarlar ise, bölünme raporunun alacaklı ve işçiler tarafından incelenemediği ve genel kurul onaylarından sonra sicile ibrazı gerekli belgelerden de olmadığı için

99 Bkz. Birleşme ve Bölünme Tebliği (11-23.2) n;1. 6 ve 8.

100 Tartışmanın içeriği ve tarafları için bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 2 ve **Pfeifer/Schwaninger-Preiss**, Art. 39, N. 2.

İşçi, alacaklı korumasına, en azından doğrudan, hizmet etmesiyle: 1. Bölünme raporunun hazırlanması. Hukukumuzda da bölünme raporu bölünme 14. maddesinin işçi ve alacaklıları üzerindeki etkilerine değinmek durumundadır; **ancak rapor TTK m. 171 gereği sadece bölünmeye katılan şirketlerin onakları tarafından incelenebilecektir.** Ancak hukukumuzda, İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak bölünme raporu TSY m. 128/3 gereği sicile sunulması **gerekli evraktır..** Sicilin aleni oluşu da, en geç bölünme işleminin tescilinden sonra bu belgenin alacaklı ve işçiler tarafından da incelenebileceği ve orada bölünmeye katılan şirket yönetim organlarının kendileri hakkında varılan sonuçların bu çevrelerce de görülebileceği düşünüldüğünde bölünme raporunun, dolaylı da olsa, işçi ve alacaklı korumasına da hizmet edebileceğini söylemek mümkün görünmektedir. Mevzuat hukuk kaynaklarında bölünme raporunun bu yönleriyle kuruluş ve/veya sermaye artırımı raporları yerine geçtiği de ifade edilmektedir¹⁰¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun, evvela, bir bölünme **raporu** hazırlanması yükümlülüğünü öngörmektedir ve bu rapor bölünmeye **karılan** şirketlerin yönetim organlarının ayrı ayrı hazırlanacaktır. TTK m. 169/1 hükmü gereği bölünmeye katılan şirkete ortak bir bölünme raporu da hazırlayabilirler; ancak bölünme raporunun bilgilendirme amacı ışığında bu ortak raporun her bir şirket özelinde bilinmesi gereken hususları ayrı ayrı ederek incelemesi gerekir¹⁰².

Bu rapor, Kanun'da da ifade edildiği üzere, yönetim organlarının hazırlanacaktır; raporun hazırlanması işi alt kademe yöneticilere, üçüncü şahıslara delege edilebilir; ancak rapor son haliyle yönetim organı üyelerinin tamamı veya yönetim organının yetkilendirilmiş bir üyesi tarafından imzalanmalıdır; her halükarda raporun eksik veya yanlış hazırlanmış olmasından dolayı raporun hazırlanmasına etki etmiş kişiler ile denetiminden sorumlu organ üyeleri kusurları oranında ve farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumlu olurlar¹⁰³. Bölünme raporuna alınmış bir sorumsuzluk kaydı da bu manada geçerli değildir; çünkü anılan sorumluluk sözleşme dışı bir sorumluluk halidir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Bkz. Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs R. Behnisch/Andrea Sieber, Art. 39, OFK-FusG 2012, N. 3.

¹⁰² Bkz. Watter/Rampini, Art. 39, N. 5.

¹⁰³ Bkz. Watter/Rampini, Art. 39, N. 4; Urs Bertschinger, Die Klagen gemäss Fusionsgesetz-Ein Überblick, Aktuelle Juristische Praxis 2004, s. 839-850, s. 845.

¹⁰⁴ Bkz. Bertschinger, s. 846.

Bölünme raporunun asgari zorunlu içeriğine TTK m. 169/2'de yer verilmiştir. Buna göre rapor, öncelikle, bölünmenin amacı ve sonuçlarına değinmelidir. Bölünmenin amacından maksat bölünme işlerrunun tercihi sebepleri dir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere bölünme esas işletme konusuna rücu, miras, holding halini almak isteği gibi çeşidi sebeplerden tercih edilebilir. Bu manada bölünme raporunun ilk bölümünde bölünme işleminin **sebeplerine** değinmek, bu sebepleri açıklamak gerekir. Aynı bölümde bölünmenin hukuki ve ekonomik sonuçlarına da değinmek icap edecektir; hukuki sonuçlar bakımından bölünme bilançosundaki verilere ve bölünme sonrası ortaklık yapılarına değinilebileceği gibi bölünmenin ekonomik sonuçları başlığı altında bölünmeye katılan şirketlerin bölünme sonrasında pazardaki konumlarına, bölünmenin ciro ve nakit akışı üzerindeki etkilerine, bölünmeye bağlı stratejik, finansal, idari, vergisel ve hukuki değişimlere değinilmelidir¹⁰⁵.

Bölünme raporunda ikinci olarak, bölünme sözleşmesi veya planında öngörülen hususlar gerekçelendirilmelidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bölünme raporu, bir nevi, bölünme sözleşmesi ve planının gerekçesi hükmündedir. Ancak bu noktada şu husu da eklemek gerekir: Bölünme raporunda bölünme sözleşmesi veya planının madde madde gerekçelendirilmesi gerekmemektedir; ortaklar, alacaklılar ve işçiler bakımından önem arz eden işlemlerin ve iş ilişkilerinin nakli tarihi gibi hususların anlatılması ve gerekçelendirilmesi yeterlidir. Kanun zaten bu hususlardan değişim oranı, denkleştirme tutarı gibi önemli bazılarını raporun içeriği anlamında ayrıca ve açıkça anmıştır.

Bölünme raporunda üçüncü olarak değişim oranı, denkleştirme tutarları ve ortaklık haklarına yönelik düzenlemelerin açıklanması ve gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Raporun ortaklar bakımından en pnemli kısımlarından bir tanesi de bu anılan kısmı olacaktır. Bu kısımda bölünen şirketi terk eden malvarlığı unsurlarının değerlemesinde kullanılan yöntem, bu yönteme bağlı olarak tespit edilen değişim oranı ve öngörölmüşse denkleştirme tutarlarının hesaplanması yöntemlerinin ve anılan yöntemlerin tercih sebeplerinin ortaklarca anlaşılır bir biçimde anlatılmış olması gerekir¹⁰⁶.

Bölünme raporunda dördüncü olarak, ortaklar bakımından doğacak yükümlölöklere değinmek icap edecektir. Bu yükümlölöklükler ek ödeme ve yan

¹⁰⁵ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 11; **Pfeifer/Schwaninger-Preiss**, Art. 39, N. 16.

¹⁰⁶ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 15 ve 17.

tdın yilkümlüJüklerj olabileceği gibi, şirket borçlarından lahsi sorumluluk. rel-.bct yasağı gibj hususla.cm da bu çerçevede belirtilmesi gerekjr. **Ancak he--**,nen belirtmek gerelcir lci, bu türden yükümlülöklere daha çok limited veya kooperatif şirketlere bölünölmesi halinde rasdanacaktır¹⁰⁷.

Bölünme raporunun son olarak bölünmenin işçi **ve alacaklılar üurindda** eckiJerini de bir başlık halinde ele alması gerekmektedir. Bu **manada** bölünm? raporu evvela bölünme sözleşmesi veya planının iş ilişkilerinin nakline il?kin bölümünü açıklaması ve gerekçelendirmesi gerekir. Ardından bölünmenin iş akitlerine etkisi üzerinde durulacaktır. Bu manada bölünme **neticesinde** iş akitlerinin feshinin planlanıp planlanmadığı, bölünmenin ücretlere etkisi ve yer ve görev değişikliği düşünölüp düşünölmediğinin bölünme raporunda incelenmesi gerekir; Kanun her ne kadar bir sosyal plandan söz etse de, ilgili hükmün bir sosyal plan hazırlanması yükümlölüğünü öngörmediği me-haz hukuk kaynaklarınca da belirtilmektedir¹⁰⁸. Alacaklılar bakımından da bölünmeye katılan şirketlerin bölünme neticesinde mevcut malvarlıklarının durumu, gelişimi, borç dengesi ve nakit akışı ile ilgili öngörülerin bölünme raporuna alınması icap edecektir.

TIK m. 169/4'e göre bölünme raporunun düzenlenmesi hususundan feragat, küçük ve orta ölçekli şirketler bakımından mümkündür. Küçük ve orta ölçekli şirket, bugün için hukukumuzda, ikiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri kırk milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹. Bu tanıma uygun şirketlerin bölünme işlemine dahil olınası halinde, her bir şirketin ortaklarından alınacak ayrı ayrı veya bir belgede toplanmış ve fakat ayrı ayrı imzalanmış feragat beyanları üzerinden bu imkandan istifade edilmesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle bir ortağın dahi feragat etmemesi halinde, ilgili şirketçe bölünme raporunun hazırlanması icap edecektir. Kanun, ortakların verecekleri feragat beyanlarının şekli ile ilgili bir şart öngörmemiştir. Ancak TSY m. 128/3 bu beyanları gösterıp- bir belge talep ettiğinden, bu beyanların en azından adi yazılı şekilde hazırlanması gerekliliğinden yola çıkılabilir; bu husus ispat balômından da önerı arz edecektir.

¹⁰⁷ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 18^ıvd.

¹⁰⁸ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 20; Isabelle **Wildhaber**, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011, s. 341 vd.

¹⁰⁹ Bkz.4 Kasım 2012 tarih ve 28457 sayılı RG'de yayımlanan 2012/3834 sayılı Yönetmelik.

Bu noktada son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: Bölünme raporunun hazırlanması talebinden feragat TIK m. 17 l/3'te öngörülen **incitlrnt** hakkından feragati kendiliğinden getirmez; bu hususun da ayrı **olarak bel. gclenmesi** gerekecektir. Yine feragat beyanı, bölünme raporunun **tamam,** na yönelik olabileceği gibi, bir kısmına yönelik de olabilir' ¹⁰. Örneğin tüm ortakların muvafakati halinde ilgili küçük veya orta ölçekli şirket, bölünme raporunun değişim oranı, ek ödeme yükümlülükleri gibi bölümlerinin yazılmasından imtina edebilir.

Bölünme raporunun tamamının veya bir kısmının hazırlanmasından imtina edilebilmesi ortaklarca verilen beyanların yeterince somuclaştırılmış bir bölünme işlemine yönelik olması şartına bağlıdır; diğer bir ifadeyle geleceğe yönelik, şirketler bakımından belirlenmemiş, soyut bir feragat açıklaması geçerli olmayacaktır¹¹. Aynı şekilde feragat beyanından dönme imkanı da bulunmamaktadır; somut olayda ortaklardan biri veya birkaçı ancak yeterince bilgilendirilmedikleri savından hareketle feragat işleminin iptalini dava edebilir; feragat ile bölünme işleminin genel kurullarca onayı arasında geçen sürede payı devralan kişiler de feragat ile bağlıdır¹¹².

Bu yönde bir feragat imkanının sağlanmış olmasına gerekçe olarak me. haz hukukta, bölünme raporu hazırlanmasının küçük ve orta ölçekli şirketlere getireceği mali külfetlerin boyutu gösterilmektedir¹¹³. Kanaatimizce bu mali külfetler büyük şirketler bakımından da mevcuttur ve bölünme raporu uygulamada ve esasen; bölünme sözleşmesi veya planını bir adım detaylandırmaktan öteye geçmeyecektir. Bilindiği kadarıyla raporun hazırlanmasından feragat imkanı Alman ve AB Hukuku'nda küçük ve orta ölçekli şirketlere canınınış bir imtiyaz da değildir; ortakların tamamının muvafakati ile tüm şirketler bu imkandan istifade edebilmektedirler¹¹⁴. Kanaatimizce ilk

¹¹⁰ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 6.

¹¹¹ **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 7.

¹¹² Bkz. VogeVHeiz/Behnisch/Sieber, N. 17 ve Olivier Triebold, Art. 39, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012, N. 10. Yazarlar anılan feragat beyanını ibra ve rüçhan hakkından feragat gibi paya bağlı işlemlerden görmektedirler. Biz de bu görüşü benimsemekteyiz. Diğer taraftan **Watter/Rampini**, payı devralan şahsın feragatten haberi olmaması, olabilecek durumda da bulunmaması halinde, feragat ile bağlı olmayacağı görüşündedirler. Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 7. Kanaatimizce bu görüşün kabulü, her şeyden evvel somut bölünme sürecinin akışını zodaştıracağından ve genel kurul kararlarını bir hayli geciktirebileceğinden, güçtür.

¹¹³ Bkz. **Pfeifer/Schwaninger-Preiss**, Art. 39, N. 8.

¹¹⁴ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 39, N. 27.

tirsarr•. bu yönde bir imkanın büyük şirketler bakımından da öngörülmaa
\'trinde olacaktır.

Bu başlık altında son olarak bölünme raporunun eksikliği veya yanlışlığı haline bağlı hukuki sonuçlara da değinmek gerekir: Eğer bölünme **raporu** J<1.nun'un aradığı hususları eksile bırakmış veya yanlış olarakleiniipc, o halde yönetim organı üyeleri ile raporun hazırlanmasına iştirak etmiş **kişile-** rinsorum1uluğuna gidilmesi söz konusu olabilir; aynı şekilde **eksile ve hatalı** bölünme raporuna istinaden genel kurulca alınan bölünme **emnin onayı** kararı da iptal edilebilecektir¹¹⁵.

5. İlan ve Teminat

5.1. Genel Olarak

Bölünme sözleşmesi veya planının hazırlanmasından sonra geçilecek merhalelerden bir diğerini de TTK m. 174 ve 175'te betimlendiği haliyle alacaklıların alacaklarını bildirmek üzere çağrılmaları ve istemde bulunan alacaklıların alacaklarının teminat altına alınması oluşturmaktadır. Buna göre bölünmeye katılan şirket alacaklıları¹¹⁶ TTSG'de yedişer gün aralıkla yapılacak üç ilan üzerinden alacaklarını bildirmeye ve teminat istemeye davet edileceklerdir. Anılan ilanların yayımı tarihinden itibaren üç ay içerisinde başvuran alacaklıların alacakları ise, teminat altına alınacaktır.

Anılan ilan ve teminat prosedürünün kaynağı İsvBirK m. 45 ve 46'dır. Ancak her iki düzenleme arasında ilan ve teminat isteme süreleri bakımından farklılıklar bulunmaktadır: İsviçre Hukuku'nda alacaklıların, sicil gazetesinin farklı nüshalarında yayımlanmak kaydıyla peş peşe üç defa çağrılmasıyla ilan yükümlüğü yerine getirilmiş olmaktadır. Aynı şekilde teminat için baş-

¹¹⁵ Watter/Rampini, Art. 39, N. 24.

¹¹⁶ Kanun'da da ifade olunduğu üzere teminat isteyebilecek alacaklılar bölünmeye katılan şirket alacaklılarıdır. Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 320. Esasen bölünme **emni**, bölünmeye katılan şirket ortaklarının şahsi alacaklılarını da tehlikeye düşürebilir. Örneğin bölünmeden önce bir anonim şirket ortağı olan bir kişinin şahsi alacaklısı, bu ortağın malvarlığına el atılamayacağını bilirken, bölünme neticesinde aynı kişi ek ödeme yükümlülükleri olan bir limited şirket ortağı halini alırsa, o halde ortağın şahsi alacaklısının da durumu kötüleşebilir. Bkz. Urs Kagi/Feli.xR. Ehrat, Art. 45, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 1f Ancak ifade olunduğu üzere, Kanun bu kişileri kapsam dışı bırakmıştır.

vuru süresi de İsviçre Hukuku'nda iki ayla sınırlandırılmıştır¹¹⁷. Bu halryk ilan ve teminat prosedürü mehz hukukta altmış üç gün gibi bir **sürede** bi. tirilebilmekte iken, hukukumuzda bu süre yüz otuz yedi günü bulmaktadır

Kanun'un böyle bir ilan ve teminat prosedürü öngörmüş olmasının sebe. bi alacaklıların korunmasıdır¹¹⁸. Bilindiği üzere kısmi bölünme işlemi **netice**-sinde bir kısım malvarlığı bölünen şirketin bünyesini terk etmektedir; bu da alacaklılara karşı güvence niteliğini taşıyan malvarlığının azalmasına **sebe**p olabilmektedir. Diğer türden bölünmelerde, örneğin tam bölünme hallerinde ya da yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde ise, malvarlığının azalmasından zi-yade, başka şirketlere kaydırılması söz konusudur. Bu yönüyle cam bölünme ve yeni kuruluş şeklinde bölünme hallerinde alacaklıların zarar görmesi ihti-mali bir nebze de olsa düşmektedir. Ancak ilan ve teminat prosedürü sadece bölünen şirket alacaklılarını korumaya yönelik bir tedbir değildir. Nitekim mehz hukukta ön tasarı metni, sadece bölünen şirket alacaklılarına teminat istem hakkını tanımışken tasarı metninde bu hak bölünmeye katılan tilin şirketlerin alacaklılarını kapsayacak şekilde genişletilmişcir¹¹⁹. Bu genişleme-nin sebebi açıktır: Bölünme işlemi neticesinde, devralan şirketin aktifleri art-makta ise de¹²⁰, bu işlemle, kural olarak, bir takım pasifler de devralan şirket veya şirketlerin malvarlığına dahil olmaktadır. Bu yeni pasif kalemlerin ise, nitelikleri itibariyle¹²¹ devralan şirketin eski alacaklılarının durumunu kö-tüleştirmesi ihtimali mevcuttur. Aynı şekilde bölünme işlemi için yapılacak masraflar ile ortaklara ödenmesi muhtemel denkleştirme bedelleri de mal-varlığının küçülmesine sebep olabilecekcir¹²².

Bölünme işlemi dolayısıyla öngörülen ilan ve teminat sistemi Kanun'un birleşme *işlemi* için öngördüğü ilan ve teminat sisteminden de ayrılır. Buna göre birleşme işleminde ilan ve teminat prosedürü birleşme işleminin tesci-linden sonra gerçekleştirilecekken, bölünme işleminde bu husus öne alın-

¹¹⁷ İsviçre Hukuku'nda İsvBirK'nın ön taslağında anılan sürenin üç ay olarak belirlendiği, daha sonra taslak metinde bu sürenin şimdiki hali ile iki aya indirildiği bilinmektedir. Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 46, N. 3.

¹¹⁸ Bkz. Helvacı, Bölünme, s. 122 vd.

¹¹⁹ Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 46, N. 3.

¹²⁰ İşbu çalışma altında aktif fazlası ibraz etmeyen bir bölünmenin (*Sanierungsspa/ung*) ya-pılması hukuken mümkün görülmemektedir. Bkz. yukarıda*1.2.1.3'. Aktif-Pasif İlişkisi başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹²¹ Örneğin muacceliyet tarihi, işçi alacağı gibi iflas halinde öne geçecek alacak sınıfından *olması*. Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 46, N. 34.

¹²² Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 317.

ilan ve teminat prosedürü tamamlanmadan bölünme işleminin genci kuruUar onayma sunulması imkanına yer verilmem_l}tir. Diğer bit ife ve birleşme işleminin aksine, ilan ve teminat prosedürü camamlarunacnn bölünme işlemi de tamamlanamayacaktır.

Yukarıda da ifade olunduğu üzere bölünme işlemi malvarlığının bit kısmı pay sahiplerine iade etmek üzerine kuruludur ve bu yönüyle kurucu sermaye azaltımı müessesesine benzemektedir; her ilci halde de şirket casfiye edilmeksizin, şirkete ait malvarlığı unsurları pay sahipleri lehine şirket bünyesini terk etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu ilan ve teminat prosedürünü düzenlerken esas sermayenin azaltılması hükümleri ile paralellik kurmuş ve hatta sırf bu sebepten ötürü, bölünme işlemi neticesinde gerçekleştirilecek bir sermaye azaltımının, işlem tekrarlarını önlemek adına, basitleştirilmiş usule tabi olacağını öngörmüştür¹²³.

5.2. Hükümün Eleştirisi

Bu noktada, ilan ve teminat prosedürünün ayrıntılarına girmeden evvel, TTK m. 174 ve 175'te öngörülen usulün genel bir değerlendirmesini yapmak gerekir: Yukarıda da ifade olunduğu üzere, anılan hükümle alacaklıların korunması amacın matuftur: Ancak bu koruma, TTK m. 176'da öngörülen müteselsil sorumluluk müessesesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce, amacını aşar niteliktedir¹²⁴. Türk Hukulcu'nda süreler, yukarıda da belirtildiği üzere, dört buçuk ayla varabilip.ekte, bölünme işleminin gerçekleştirilmesini uzatabilmektedir. Aynı şekilde bölünme işleminde alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmesi istisnai hallerde söz konusu olacaktır. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, burada temsil edilen görüş uyarınca, hukukumuzda pasif fazlası ibraz edecek şekilde, bir bölünme mümkün olmamalıdır. Bu da devralan şirketlerin alacaklıları bakımından bir tehlikenin oluşması önünde en büyük engeldir¹²⁵. Bölünen şirket alacaklıları için ise de, tehlikenin boyutu, kanaatimizce, büyük değildir; çünkü bölünme işleminde bölünen şirketin aktifleri azalmakla birlikte pek çok bölünme işleminde pasifler de devredilmekte ve bu yönüyle bölünen şirket alacaklıları daha az alacaklı ile muhatap olmaktadır. Her halükarda bölünmeye katılan şirketler

¹²³ Bkz. TTK m. 162.

¹²⁴ Aynı yönde Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 11. Benzer şekide Helvacı, Bölünme, s. 126 vd.

¹²⁵ Bkz. Kendigelen, s. 156.

arasında TTK m. 176 üzerinden yaratılan müteselsil sorumluluk ilikini de, bir alacığın tahsili kabiliyetini oldukça yükseltmektedir.

Bu minvalde *de /egelata* ilan ve teminat prosedürünü ve bölünmeye katılan şirketlere bu kapsamda yüklenen yükümlülükleri, kanaatimizce, olabildiğince dar yorumlamak gerekir. *De /ege ferenda* ise, ilan ve teminat proseduru. Bu birleşme işleminde olduğu gibi tescil sonrasına bırakmak veya en azından İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi daha kısa sürelerle tabi kılmak ve bölünme işleminin genel kurullarca onayına değil, tescile mani olacak şekilde düzenlenmekte fayda vardır. Bir adım öteye giderek TTK m. 176'da yazılı müteselsil sorumluluğu birinci dereceye çıkarmak ve ilan ve teminat prosedüründen tamamen vazgeçmek üzerinde de düşünülebilir. Nitekim bu türden alternatifli çözümlere bölünme işleminin temelini teşkil eden 6. Yönerge'de yer verildiği bilinmektedir¹²⁶.

5.3. İlan ve Teminat Prosedürü

Bu söylenenler ışığında ilan ve teminat prosedürünün ayrıntılarına geçmek gerekirse;

Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun, bölünmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarına karşı yapılacak bir ilandan söz etmektedir. Bu ilan yedişer gün arayla üç defa ITSG'de ve varsa, bölünmeye katılan şirketlerin İnternet sitelerinde yayımlanacaktır. Bölünmeye katılan her bir şirket bu ilanı kendi alacaklıları için yapacaktır¹²⁷. İlanda bölünme işleminin taraflarına değinilmesi, süresi de belirtilmek üzere alacaklıların alacaklarını bildirmeye ve teminat istemeye davet edilmesi gerekmektedir. Söz konusu ilanlar bu şekilde gerçekleştirilmekle Kanun'un aradığı şartlar yerine getirilmiş olacaktır; bu noktada, sermayenin azaltılması müessesesinde olduğu gibi, bilinen alacaklılara ayrıca bir mektupla başvurulması lüzumu da bulunmamaktadır¹²⁸. Yine; bilinen tüm alacaklılar teminat isteminden feragat etmiş olsalar, bilanço üzerinden ilgili şirketin herhangi bir alacaklısı olmadığı hususu anlaşılabilir ve hatta, aşağıda da ele alınacağı üzere, bölünmenin şirket alacaklılarını tehlikeye düşürmediği ispat olunmuş olsa dahi bu ilanların yapılması zorunlu-

¹²⁶ Bu alternatifler için bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 318 vd.

¹²⁷ Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 6.

¹²⁸ Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 7.

---S.,-a---

urı19_ Çünkü gün sonunda bu değerlendirmelerin tamamı şirk.et kayıd:ın
rioden ve bilinen, kabul olunan borçlar dolayısıyla yapılmaktadır Aksine
ilurum, yani ilgili şirkecin iJan yükümünden çeşicli gerekçelerle muaf cu-
bırl ası bilinmeyen alacakWar ile ihcilafu alacak sahiplerini mükul duruma
(il in i
d?ürebilecektir.

Teminat isteyebilecek olan alacaklılar, ilk ilan **tarihine kadar alacakları** oluşmuş ve fakat muacceliyec kesbetmemiş olan alacak **sahipleridir**¹⁰. Bu süreye kadar muacceliyec kesbetmiş olan alacakların zaten tatmin edilmiş olmaları gerekir; paraya tahvil edilebilir türden her müeccel alacak, Kanun'un aradığı türden temini mümkün olacaktır. Bu minvalde alacağın oluşmı.q olmasından kasıt, tek başına alacağı ortaya çıkaran mesnedin varlığı değildir; aynı şekilde talep hakkının da oluşmUş olması gerekir. Bu manada örneğin; **taliki** şarta bağlı alacaklarda anılan tarihe kadar şart henüz **gerçekleşmemiş**-se, o halde teminat talep etmek hakkı da bulunmayacaktır.

Yukarıda da ifade olunduğu üzere teminat talep etme hakkı ilk ilana kadar oluşmuş alacaklar bakımından söz konusudur. Çünkü sonradan oluşan alacaklarda alacaklının bölünme işlemini ve sonuçlarını bilerek işlemi tesis ew-ğı farzedil¹³¹.

Bu şartları taşıyan alacaklılar son ilan tarihinin üzerinden üç ay geçinceye kadar, daha doğru ifadesiyle, üçüncü ayın son gününe kadar, alacaklısı oldukları şirkete başvurarak teminat talep etmelidirler. Teminat talebi şek.le bağlı değilse de¹³², ispat bakımından yazılı bir taleple ilgili şirkete başvurulması önerilir ve teminat miktarını da içerir şekilde bir teminat talebinin en geç üçüncü ayın son gününe kadar ilgili şirkete ulaşmış olması gerekir. Bu

129 Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 9b. Aksi yönde Cüneyt Büyükyaka, Yeni Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi 2011, S. 1, s. 79-139, s. 116.

130 Kagi/Ehrat, Art. 46, N. 7. Aksi yönde Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 321. Erdem, ilandan sonra ve fakat bölünmenin tescilinden önce doğan alacakların da teminat altına alınabilmesi görüşünü benimsemektedir. Çoştan bir adım ileri giderek TIK m. 36/1 hükmü çerçevesinde bölünmenin tescilinden sonra doğan talepler için dahi teminat talebinde bulunabileceğini ifade eder. Bkz. Hülya Çoştan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009, s. 137.

1,1 Kiigi/Ehrat, Art. 46, N. 7.

132 Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 327.

süre **hak** düşürücü süredir¹³³. Bu sürenin kaçırılması halinde alacağın **kendisi** **sönmez**.¹³⁴ ancak teminat talep etmek hakkı düşer¹³⁴.

Başvuru neticesinde teminat verilecek alacaklar halihazırda teminatı ol. ma)fan alacaklardır. Bu manada teminat kefalet, garanti gibi şahsi veya rehin gibi aynı bir teminat olabilir¹³⁵. Aynı şekilde teminatın tutarını da, alacağın nonunal miktarına değil, bölünme işlemi neticesinde tehlikeye düşecek kısmının miktarına göre belirlemek gerekir¹³⁶. Bu sayede bölünmeye katılan şitkederin işlem masrafları da hükmün gayesi doğrultusunda düşürülmüş olur.

5.4. Teminat Yükümlülüğünün Ortadan **Kalkması**

TIK m. 175/2'de de belirtildiği üzere bölünmeye katılan şirketlerin teminat yükümlülüğü mutlak değildir; bölünmeye katılan şirketler tarafından bölünme ile alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediği hususu ispat edilebilirse¹³⁷, o halde teminat yükümlülüğü de ortadan kalkar. Görüldüğü üzere, teminat yükümlülüğünün ortadan kalkabilmesi için bölünme işlemi nin alacaklıların alacaklarını tehlikeye düşürmediğinin ispatı gerekmektedir. Kanun'da ispat yöntemi bakımından bir açıklık bulunmamakla birlikte, alacakların tehlikeye düşmediği hususu kar-zarar hesapları, bölünme bilançosu üzerinden ve yeminli mali müşavir veya özel bir bağımsız denetçi raporu ile ispat edilebilecektir¹³⁸.

Kanun, hangi hallerde alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşebileceği sorusu bakımından da suskun kalmaktadır; ancak bu noktada da şu hususu tespit ile yetinilebilir: Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme işlemi nin, kural olarak, bölünen şirket alacaklılarını tehlikeye düşürmesi beklenir. Çünkü bölünme işlemi neticesinde bölünen şirketin malvarlığı, işlem neticesinde şirket malvarlığını terk eden kısım kadar azalacaktır. Eğer somut olayda malvarlığında yaşana,n bu azalma bölünen şirketin yedek akçeleri ile

¹³³ Bkz. **Kagi/Ehrat**, Art. 46, N. 9.

¹³⁴ Bkz. **Erdem**, Alacaklıların Korunması, s. 326.

¹³⁵ **Kagi/Ehrat**, Art. 46, N. 10.

¹³⁶ Bu husus İsviçre Hukuku'nda fark teorisi („Differenztheorie") adıyla anılır. Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 58, N. 160 vd. Aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bkz. Manfred **Küng**/ Niklaus Schoch, Art. 734, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Hrsg. von Honsell/Vogt/Watter, 4. Auflage, Basel 2012, N. 7.

¹³⁷ Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 329.

¹³⁸ Bkz. Roland Truffer, Art. 25, Basler Kommentar-Fusioosgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 15.

kapatılabilir ve bu nedenle şickecin sermayesinin **alulmasına dahi ihtiyaç** duyulmuyorsa, bu halde şirketten alacak.L olanların alacaklarının **cchlikeye** dümediği hususu da kabul olunabilecektir¹³⁹.

Teminat yükümlülüğünün mevcudiyeti alacakların tehlikeye düşmedi halinin bölünme işleminden kaynaklanıyor olmasına bağlıdır¹⁴⁰. Bu mana-da alacağın tehlikeye düşmesi ile bölünme işlemi arasında bir **illiyet** bağırın mevcudiyeti, teminat yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla da **gerek-şarttır**. Diğer bir ifadeyle, bölünme mevcut bir tehlikeyi en azından arttırıyor olınadır ki, teminat yükümlülüğünün de doğduğu kabul olunabilsin.

5.5. Teminat Yükümlülüğünün İşlem Sıhhatine Etkisi

Bu noktada son olarak teminat yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin bölünme İşleminin sıhhatı üzerindeki etkilerine de değinmek gerekir: Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünmeye katılan şirkeder bölünme işlemi genel kurullara sunmadan evvel alacaklılarını alacaklarını bildirmeye davet etmelidirler. Son ilan tarihi üzerinden hesaplanacak üç aylık bir süre içerisinde de bölünmeye katılan şirkeder, bölünme İşlemi dolayısıyla alacakları tehlikeye düşecek alacaklıların alacaklarını teminat altında almak durumundadırlar. Bu minvalde akla gelmesi muhtemel sorular şunlardır: Eğer bölünmeye katılan bir şirket, kendisine teminat talebiyle başvuran bir alacaklısının alacağını hiç ya da talep olunan miktarda ve/veya türde bir teminat ile teminat altına almazsa ne olacaktır? Acaba bu türden bir teminat talebinin kısmen veya tamamen reddi bölünme işleminin tesciline mani midir? Ya da, bölünme işlemi tescil olunmuş olsa dahi, teminat talebinin reddi keyfiyeti bölünme işlemi ya da ona mesnet teşkil eden genel kurul kararını geçersiz kılacak mıdır?

Bu sorular dolayısıyla şu hususları dile getirmek mümkün görünmektedir¹⁴¹: Evvela ifade etmek gerekir ki, bölünmeye katılan şirket kendisine başvuran bir alacaklının alacağını, alacağın kendisi bakımından ihtilaflı olmaması ve alacağın tehlikeye düşmesi şartıyla teminat altına alacaktır. Eğer alacak, şirket bakımından ihtilaflı bir alacak ise veya alacak tehlikeye düşmüyor ya da mevcut tehlike bölünme işleminden kaynaklanmıyorsa, şirket

¹³⁹ Benzer şekilde **Kagi/Ehrat**, Art. 46, N. 7a.

¹⁴⁰ **Kagi/Ehrat**, Art. 46, N. 34.

¹⁴¹ Tamamı için bkz. **Kagi/Ehrat**, Art. 46, N. 116 vd.

bu incmi tddtdrblrcektir. Böyle bir re<l beyanı karşısında alacaklı, remı-
nann tt"dJi hu1usunu, kanaatimizce, gecikmeksizin mahkemeye taşımalı **?**
 mahkcm**?** bölünme işleminin tesdlıni önleyecek türde bir ihtiyari tedbir
??nlmnini snğlamaya çalıřmaldır¹⁴². Çünkü hukukumuzda sicil, sadece.yu-
kanJa anılın türJcn üç ilan, süreleri içerisinde yapılp yapılmadığını t**?**
 pit ile yükümlüdür". Bir diğr ifadesiyle ve her ne kadar Kanun, bil<lırılan
 tüm alacukJar teminat altına alınmadan genel kurulların toplanamayacağJru
ifade etse de, genel kurullar toplanabilir, bölünme işlemi geçerli bir **şekilde**,
 onaylanabilfr¹⁴⁴ ve ticaret siciline tescil işlemi de gerçekleştirilebilir. **Aksint**
 bir düşünce, halihazırda çok uzun sürelerle sahip bölünme işleminin daha da
 uzamasına ve ihtilaflı alacaklar veya haksız teminat talepleri dolayısıyla bir
 türlü tamamlanamamasına sebep olabilir. Yukarıda da anıldığı üzere, ilan ve
 teminat prosedürü alacaklıların korunmasına hizmet etmekle beraber mü.
 teselsil sorumluluk gibi başkaca önlemler de Kanun'ca alınmış vaziyettedir.
 Bu minvalde ve henüz ifade olunduğu üzere, teminat talepleri reddolunan
 alacaklıları aktif kılacak bir çözüm, kanaatimizce, en uygunu olarak görül-
 mektedir¹⁴⁵.

Burada temsil edilen görüş uyarınca, teminat şartı yerine getirilmeksi-
 zin alınan bir genel kurul kararının yokluğu veya butlanı da söz konusu ol-
 maz¹⁴⁶. Çünkü buradaki gibi teminatın sağlanmaması yönünde bir eksiklik,
 genel kurul kararından sonra dahi ortadan kaldırılabilir nitelikte ve münferit
 alacaklıya has bir eksiklik; dolayısıyla bu eksiklik genel kurul kararının
 yokluğuna veya butlanına temel teşkil etmeyecektir. Her halükarda teminat
 yükümlülüğü dolayısıyla açılmış bir davada tescili engelleyici nitelikte bir
 tedbir öngörülmemişse, tescil gerçekleştirilebilir ve gerçekleşen tescilin, ileri-
 de de izah edileceği üzere, iyileştirici bir etkisi vardır; diğr bir ifadesiyle bu
 türden eksiklikler, artık geriye dönük bir şekilde bölünme işleminin ortadan
 kalkmasına vesilesi olamayacaktır; fakat bu türden eksiklikler dolayısıyla za-

¹⁴² Teminat verilmemesi halinde dava açılabilceğı hususunu tespit bakımından Y 11. HD.
 E. 2015/12540, K. 2016/7000, T. 27.06.2016.

¹⁴³ Bkz. TSY m. 128/5.

¹⁴⁴ Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 333.

¹⁴⁵ Bu yönde bir ihtiyati tedbir kararı bulunmasa da dava sonucunun beklenmesi gerekece-
 ği yönünde Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 333 ile Çoştan, Alacaklıların Korunma-
 sı, s. 211.

¹⁴⁶ Hukukumuzda alacaklılara genel kurul kararlarının iptalini talep yönünde bir hak ta-
 nınmamıştır. Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 333.

raf' uğnıynn alacaklılar, zararlarının tazmini için kusurlu yönetim orgaru ve n,ensuplarıru dava edebileceklerdir¹⁴⁷.

6. Bölünme Belgelerinin İncelemeye Sunulması

Bölünme sözleşmesi veya planı hazırlandıktan sonra ve bölünme işlemi genel l-urullar onayına sunulmadan evvel geçilmesi gereken **merhalelerden** bfr diğeri de bölünme belgelerinin incelemeye sunulmasıdır. **Anılan incele-** me hakkı TTK m. 171'de düzenlenmiş vaziyettedir. Buna göre bölünme- ye katılan şirketlerden her biri, bölünme işlemini onaylayacak genel kurul roplantısmdan en az iki ay¹⁴⁸ evvel, ekleri ile birlikte bölünme sözleşmesi veya planını, bölünme raporunu ve son üç yıla ait finansal tablo ve faaliyet raporları ile, varsa, ara bilançolarını şirket merkezinde¹⁴⁹ ortaklarının incelemesine sunacaktır. İncelemeye sunulacak belgeler sadece incelemeye sunan şirkete ait belgeler değildir; incelemeye sunan şirket, ortaklarının incelemesi- ni temin maksadıyla 'bölünmeye katılan diğer şirketlerin de, örneğin finansal tablo ve faaliyet raporlarını, incelemeye hazır bulundurmalıdır¹⁵⁰. Söze konu belgelerin incelemeye sunulduğu hususunun yine TTSG'de ve varsa internet sitelerinde ilanı gerekmektedir. Ortakların talebi halinde incelemeye sunulan belgelerin kopyaları da kendilerine bila bedel takdim olunmalıdır¹⁵¹.

Görüldüğü üzere inceleme hakkı sadece bölünmeye katılan şirket ortak- larına tanınmıştır¹⁵². Diğer bir ifadeyle hükmün amacı genel kurul öncesinde ortakların planlanan bölünme hakkında bilgilenmelerini sağlamak ve genel kuruldaki kararlarını bu çerçevede sağlıklı alabilmelerine hizmet etmektir.

¹⁴⁷ Kagi/Ehrat, Art. 46, N. 43.

¹⁴⁸ Kanaatimizce bu süre de gereğinden uzun tutulmuştur. Her ne kadar mehz hukukta da inceleme süresi iki ay olarak öngörülmüş olsa da, AB Yönergesinde bu süre 1 aydır ve birleşme işleminde de benzeri bir inceleme hakkı otuz gün ile sınırlandırılmıştır. Bkz. Art. 41 FusG, 6. Yönerge m. 4 ve TTK m. 149. İlk fırsatta bu sürenin de kısaltılarak düzeltilmesinde fayda vardır. Aynı yönde Watter/Rampini, Art. 41, N. 17 ve 28.

¹⁴⁹ HAAO'larda ayrıca Sermaye Piyasası Kumlu'nun uygun gördüğü diğer yerlerde de inceleme yapılması söz konusudur. Bkz. TTK m. 171/1 hükmü.

¹⁵⁰ Bu husus TTK m. 171'e temel teşkil eden İsvBirK m. 41'in Almanca metninden açıkça anlaşılabilir. Her ne kadar bölünme sözleşmesi gibi pek çok belge bölünmeye katılan şirketlerce ortak hazırlanmış olaksa da, bu şirketlerin ayrı ayrı hazırladıkları belgelerin tamamının bölünmeye katılan her bir şirketin ortaklarınca ayrı ayrı görülebilmesi maddenin aydınlatma amacı ile de örtiişecektir.

¹⁵¹ Bu belgelerin kopyalarının internet sitesinde erişilebilir olması halinde kopya verme zorunluluğunun kalkacağı yönünde bkz. **Watter/Rampini**, Art. 41, N. 2 ve 20.

¹⁵² Bkz. **Kendigelen**, s. 153.

Bu manodn hüküm, ortaklara bahşecÜlen özel nicelikli bHgi alma ve inceleme haklnnm yerine geçmez; bu hükümleri tamamlar. Diğer bir ifadeyle öül şirket türünden kaynaklı bilgi alma ve inceleme hakları bakidir¹⁵³.

Mehaz hukukta kanunun ön tasarısında bu yönde bir inceleme hakkının alacaklılara da bahşedilmiş olduğu bilinmektedir; ancak bu imkan tasarıya alınmamıştır¹⁵⁴. Kanaatimizce bu inceleme hakkının sadece ortaklara tanınmış olması ve alacaklıların bu imkandan mahrum bırakılmaları, yukarıda anılan teminat müessesesinin varlığını devam ettirmesi halinde, büyük bir eksikliktir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, alacaklılara alacaklarının tehlikeye düşmesi haline mahsus bir teminat talep hakkı bahşedilmiştir. Ancak bölünme sözleşmesi veya planını inceleyemeyen, bu belgelere ek niteliğindeki bölünme bilançosu gibi belgelere göz atamayan bir alacaklı, bölünme işleminin ekonomik etkilerini de kestiremeyecek ve bu nedenle teminat talebi hakkını sağlıklı bir şekilde kullanamayacaktır¹⁵⁵. Bu nedenle; eğer teminat müessesesi bu haliyle kalacak olursa, ilk fırsatta, alacaklılar lehine de bir inceleme hakkı tesis edilmesi uygun olacaktır¹⁵⁶.

Yukarıda ele alınan teminat müessesesinde olduğu gibi inceleme hakkı müessesesi de mutlak değildir; tüm ortakların onaylaması halinde küçük ve orta ölçekli şirketler bu inceleme hakkını sağlamak yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Bu onay genel kurul öncesinde ve tek tek alınabileceği gibi, genel kurul sırasında bölünme işlemi oylanmadan evvel de kararlaştırılması mümkündür. Ortaklar bu inceleme hakkından temelli vazgeçebilecekleri gibi, anılan sürenin kısaltılmasına da karar verebilirler¹⁵⁷.

Yukarıda da anıldığı üzere inceleme hakkından feragat imkanı sadece küçük ve orta ölçekli şirketler bakımından tanınmıştır. Hukukumuzda küçük ve orta ölçekli şirketler iki yüz elli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri kırk milyon Türk Lirasını aşmayan işletmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸. Görüldüğü

¹⁵³ Anonim Şirkederde bilgi alma ve inceleme hakları için bkz. Arslan **Kaya**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, İstanbul 2001, s. 1 vd.

¹⁵⁴ Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 3.

¹⁵⁵ Aynı yönde Çoştan, Bölünme, s. 94 ile Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 332. Aksi yönde Helvacı, Bölünme, s. 126.

¹⁵⁶ Aynı yönde Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 2.

¹⁵⁷ Bzk. Watter/Rampini, Art. 41, N. 23.

¹⁵⁸ Bkz. 4 Kasım 2012 tarih ve 28457 sayılı RG'de yayımlanan 2012/3834 sayılı Yönetmelik.

❖❖ inceleme hakkında feragat hususu şirketlerin **çalışan sayıları** ❖❖ takları mali büyüklüklere göre tanınmış vayıycttedir. **Kanuumizce ince)eme** bıJclc.ından feragat hususu da ilk fırsatta yeniden düññJtnmcsi **gettktn ko-** nular dandır. Yukarıda da ifade olunduğı üzere, Kanun bu hakkı onaJ<lvın)'f'terince bilgi *sahibi* olabilmeleri için tallUIUŞ vaziyettedir. Diğer bır *ifadçyle* hükmün konuluş amacının Şİrketin çağışan sayısı veya mali büyüklüğü ile bu ilgisi bulunma.maktadır. Hal böyle olunca, az ortaklı ve fakat büyük **Jİrkct-** llerde, ortakların yönetime de dahil olmaları nedeniyle bölünme işlemi hakkında zaten yeterince bilgi sahibi oldukları da düşünülecek olursa, oy birliği ile feragat imkanının kanaatimizce büyük şirketlere de tanınması **gerckir^{1w}**.

Bu noktada son olarak şu hususu da eklemek gerekir: Bölünme işlemi dolayısıyla TIK m. 171 'de betimlendiğı haliyle bir inceleme hakkının hiç rarunmamış olması veya tanınması usulündeki eksiklikler bölünme ❖!emi- nin onaylandığı genel kurul kararının yokluğu veya butlanına değil, iptaline sebebiyet verebilirler. Burada da bölünme işleminin tescili iyileştirici niteliktedir ve bu eksiklikler tescil sonrası bölünme işlemini ortadan kaldıracak şekilde ileri sürülemezler. Her halükarda inceleme hakkının bahşedilmesinde yaşanan usulsüzlük veya eksikliklerden kaynaklı oluşan zararlar bakımından, kusur gibi diğer şartların da karşı.lanması kaydıyla, ilgili yönetim organı üyelerinin sorumluluğı söz konusu olabilir¹⁶⁰.

7. Malvarlığındaki Değişiklikler Beyanı

7.1. Genel O!arak

Yukarıda değişim oranı bahsinde de kısaca ele alındığı üzere, bölünme işleminin temelinde bölünmeye katılan şirketlerin malvarlığı unsurlarının değerlerinin belirlenmesi yatmaktadır. Buna göre, bölünme İşlemi neticesinde bölünen şirketin malvarlığını terk edecek bölünmeye konu malvarlığı unsurları ile devralan şirket veya şirketlerin malvarlığı unsurlarının ekonomik değeri tespit edildikten sonra, bölünen şirket veya ortaklarının hangi değişim oranı üzerinden ne kadar paya sahip olacakları meselesi bölün.n'e işleminin de ekonomik özünü teşkil etmektedir. Bu değerleme işleminin de temelinde malvarW<larına dahil unsurlara tek tek değer biçilmesi yanında geleceğe clö-

U9 Aynı yönde Watter/Rampini, Art. 41, N. 22.

100 Bkz. Watter/Rampini, Art. 41, N. 26 vd.

nük beklentiler, bölünme neticesinde oluşacak yeni malvarlığı **bileşimJeri •c** bölünme ile yaratılacak sinerji önemli bir rol oynamaktadır.

Bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları bu yönde bir değerlemeyi henüz müzakereler sırasında gerçekleştirmiş vaziyettedir ve bu değerlendirme sonucunun bölünme sözleşmesi veya planına alınması ile **Şirket ve** malvarlığı değerleri statik, sabit bir hal alır. Ancak değerlemeye tabi tunılan malvarlığı unsurları kesinlikle statik değildir, dinamikdir; henüz değerlendirme faaliyetinin üzerinden çok az bir zaman geçmiş olsa dahi, değerlemeye konu malvarlığı unsurları, özellikle dönen malvarlığı, menfi veya müspet anlamda değişime uğramış olacaktır. Yine değerlendirme faaliyeti sırasında kıstas alınan geleceğe dönük beklentiler, pazar koşulları ve benzeri hususlar da sabit olmaktan uzaktır. Ezcümle; bir değer bulgusu ve buna bağlı olarak bölünme sözleşmesi veya planıyla tespit olunmuş ve sabitlenmiş değişim oranı, değişen iç ve dış koşullar itibariyle güncellenmek durumunda kalabilir.

Bu çerçevede kanun koyucu, TTK m. 172 hükmünü vazetmiştir. Anılan hükmün atfıyla TTK m. 150'ye göre bölünmeye katılan şirketlerden birinin aktif veya pasif varlıklarında bölünme sözleşmesi veya planının imzası tarihiyle genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında önemli değişiklik meydana gelmişse, değişikliğin yaşandığı şirketin yönetim organı bu durumu kendi genel kuruluna ve bölünmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına yazılı olarak bildirecektir. Bu bildirim üzerine yönetim organları malvarlığındaki değişimi inceleyecek ve bölünme sözleşmesi veya planının değiştirilmesine yahut bölünmeden vazgeçmeye gerek olup olmadığı hususlarını değerlendireceklerdir. Görüldüğü üzere kanun koyucu bölünme sözleşmesi veya planının imzası ile bu sözleşme veya planın genel kurullar onayına sunulmasından evvel bölünmeye katılan şirketlerin malvarlığı unsurları dolayısıyla yaşanan bir önemli değişiklik olması haline istinaden bir bildirim ve inceleme yükümlülüğü ile, gerekli görülmesi halinde, sözleşme veya planın bu çerçevede güncellenmesi gereğini ortaya koymuştur.

Anılan hükmün kaynağı İsvBirK m. 42'nin atfıyla İsvBirK m. 1Tdir. Kaynak kanun ile Türk düzenlemesi arasındaki tek fark şudur: Mevzuat hukukta genel kurullara değil, sadece yönetim organlarına bildirim yapılması gerekli iken Türk kanun koyucusu değişiklik keyfiyetinin genel kurullara da yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğunu öngörmüştür. Ancak bilindiği üzere, hukukumuzda şirket genel kurullarının bir sekrete(yası bulunmamaktadır.

Dolayısıyla bu yazıyı kabul edebilecek bir makam, mcvlw de yoktur. Bu 12n-lar alanda genel kurullara hitaben değışiklik keyfiyetinin yazı ile bildiril.mai şartınd? kanaatimizce, genel kurulların, en geç, bölünmenin onaylanacağı oturumda bilgilendirilmesi zaruretinin anlamak gerekir.

Yukarıda da ifade olunduğı üzere, bu yönde bir bildirim zorunluluğı malvarLğında önemli bir değışiklik olması halinde teciklenmektedir. Bu manada değışiklik, ister menfi ister müspet yönde olsun, önemli nitelilcte olmalıdır. Bu noktada değışikliğin türü ile boyutu, bildirim yükümlülüğünün varLğma etki etmektedir. Ancak Kanun, ne hangi türden değışikliklerin bildirilmesi gerektiğini ne de hangi boyutta değışikliklerin önemli addolunacağı hakkında bilgi vermektedir. Bu nedenle anılan hükmün amacı dairesinde yürütülecek bir yorum faaliyetine ihtiyaç duyulacaktır.

7.2. Hükümün Amacı

Mehaz hukuk kaynaklarında anılan hükmün amaanın ortakların ve bu surette, dolaylı yoldan da olsa, alacaklıların korunması olduğu hususu dile getirilmektedir¹⁶¹. Diğer bir ifadeyle bu hüküm ortakların, bölünme işlemi neticesinde bölünme müzakereleri sırasında tespit olunan net aktif tutarını ilk öngörüldüğü haliyle almalarını garanti altına almaya çalışmaktadır. Kanaatimizce de hükmün amaçlarından biri bu olmakla birlikte, özellikle bölünme sözleşmesinin borçlar hukukundan kaynaklı her iki tarafa borç yükleyen sinalagmatik sözleşme niteliğinde olması dolayısıyla, bu hüküm bölünmeye katılan taraflar arasında bir aydınlatma yükümlülüğü de öngörmektedir ve hatta, hükmün bu yönü, kanaatimizce ortakların ve alacaklıların korunması keyfiyetinden de bir adım öne çıkmaktadır.

Yukarıda da ifade olunduğı üzere, bölünme işleminin özünü bir değış-tokuş ilişkisi oluşturmaktadır. Buna göre bölünmeye konu malvarlığı karşılığında bölünen şirket veya onun ortakları devralan şirket veya şirketlerin paylarına sahip olmaktadır. Bu manada işlemin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği yönünde oluşacak taraf iradeleri de bu esaslı unsur etrafında şekillenmektedir. Aşağıda da ifade olunacağı üzere, bölünme sözleşmesi veya planı yönetim organlarınca imzalanmakla işlem kurulmaktadır, fakat işlemin yürürlüğü anılan işlemin genel kurullarca onayı şeklinde tezahür eden taliki bir şarta bağlıdır. Bu manada işlemi gerçekleştirme iradesi ile yürürlük

¹⁶¹ Bkz. Watter/Rampini, Art. 42, N. 1.

tarihi orasında geçecek bir sürede işlemin esaslı unsuru olan değiş--tokuşa konu malvarlığı unsurlarının değerinde y $\diamond$ anacak bir değişim, işlemi **ger-**çekleştirme iradesine sirayet edebilecektir; bu nedenledir ki, kanun koyucu, değişikliğin y $\diamond$ andığı tarafı, İşlemin karşı tarafına bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğü altına almıştır. Bu şekilde bilgi verilen taraf ise, işlemle bağılı kalınıp kalınmayacağı, İşlemin uyarlanması suretiyle işleme devam edip edilmeyeceği üzerinde düşünmek imkanına kavuşacaktır. Aksine bir tavır, yani önemli nitelikteki bir değişikliğin görülmesine rağmen, karşı tarafın bu durumdan haberdar edilmemesi, yeri geldiğinde borçlar hukuku anlamında bir "hile"ye dahi vücut verebilecek ve işlem iradesini sakalayabilecektir. Ez-cümle ve kanaatimizce, TTK m. 172 hükmünün temel amacı bölünme iradelerinin sağlıklı bir şekilde oluşmasını ve tamamlanmasını temin maksadına hizmet etmektir. Bu manada yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde dahi bir bildirim yükümlülüğünün kabulü gerekir. Burada değişikliğin bildirileceği kişiler bölünme işlemi neticesinde kurulacak şirketin müstakbel yöneticileridir. Bu bildirim neticesinde anılan kişiler, kurulmakta olan şirkette görev alıp almama hususunu yeniden değerlendirebilirler¹⁶².

7.3. Hükmün Uygulanışı

Bu noktada anılan hükmün amacından maada, hükmün uygulanışı da önem arz eder; ki bu yönde sağlıklı bir uygulamayı sağlamak adına ne türden ve hangi boyutta değişikliklerin bir aydınlatma yükümlülüğünü tetikleyeceği hususunun da somucl $\diamond$ tırılması gerekir:

Mehaz hukuk kaynaklarında, evvel emirde değişim oranını ve bölünme bilançosunu etkileyecek türden menfi ya da müspet değişikliklerin bildirileceği belirtilmektedir¹⁶³. Bölünmeye konu malvarlığına dahil bir deponun ara zamanda yanması buna örnek olarak verilebilir¹⁶⁴. Ancak hükmün amacı doğrultusunda bilançoya ve değişim oranına doğrudan yansımayacak olsa da, değerlendirmeye etki edecek türde diğer değişikliklerin de bildirim yükümlülüğünü tetikleyeceği ifade olunmaktadır. Bu minvalde önemli bir tedarikçi ile mevcut bir sözleşmenin feshi, bahse konu şirketin bir rakibinin yeni bir

¹⁶² Aynı yönde **Watter/Rampini**, Art. 42, N. 16.

¹⁶³ **Watter/Rampini**, Art. 42, N. 4.

¹⁶⁴ Bkz. Peter Hommelhoff/Martin Schwab, § 143, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Band I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 14.

buJunu•\, ıynı şirketfo faaJiyette buJunduJu **pazarda** ya.pnan **yasal** ya **cb** fiiJi değijikJikJer ve yine ciro ve murafları erk.ılemc-ye aday türden diğér değışim-ler¹⁶⁶ işlemin karşı tarafına bildirilmesi gereken türden **değışir**dir.

Ancak yukarıda da ifade olunduğı üzere, bir biJdirim yükümluluğünün doğması değışikliğin önemli olmasına bağılıdır. Diğér bir ifadc-yle minor nice-likteki değışiklikler bildirim yükümlülüğünü tetikJemeyecekur. *Bu* hu.1usca da Kanun suskun kalmaktadır; doktrinde ise değışim oranının yüzde ondan fazla değışeceğı, bölünmeden sonra kalan kısmın ayakta kaJamayacag1 veya ödeme güçlüğü yaşayacağı gibi haller üzerinden "önemlilik" kıstası tanım-lanmaya çalışılsa da ¹⁶⁷, kanaatimizce bu hususun bölünme sözleşmesi veya planında taraflarça tespit edilmiş olmasında fayda vardır.

Kanun, bildirim zamanlaması hakkında da suskun kalmakta.dır. Bura-da cemsil olunan görüş uyarınca, ilgili tarafın değışiklik gerçekleşir, gerçek-leşmez ve değışikliğin boyutu kendisince kavranır, kavranmaz diğér tarafları değışiklikten haberdar etmesi gerekir. Böyle bir bildirim yapılmaması ha-linde i) değışikliğin boyutuna göre bölünmeyi onaylayan genel **kurul karar-**larının TTK m. 192 uyarınca iptali gündeme gelebilir; ii) TIK m. 191 **uya-**rınca bir denkleştirme bedeli,talep edilebilir ve iii) diğér şartların da oluşması halinde bildirim yapmayan şirketin yönetim organı üyelerinin sorumluluğ-u na gidilebilir¹⁶⁸.

Bildirim yapılması halinde nasıl ilerleneceğini hususu ise, TIK m. 150/2 hükmünde öngörölmüş vaziyettedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hükmün lafzı hem mehaş kanunda hem de Türk Hukuku'nda sorunlu-dur. Hüküm öncelikle taraf şirket yönetim organlarının bir araya gelmesi ve bir inceleme yapmasını talep etmektedir. İnceleme sonucunda ise taraflar, şu üç sonuca varabilir görünmektedirler: i) sözleşmenin değıştirilmesi ii) sözleş-menin değıştirilmesine gerek duyulmaması ve iii) bölünmeden vazgeçilme-si. Kanun bölünmeden vazgeçilmesine karar verilmesi halinde onaya suruna önerisinin geri çekileceğini, yani genel kurulun toplanmasından yapılacak bir çağrı *ile* vazgeçileceğini belirtmektedir. Açık kanaatimizce, bu husus, iki açıdan sorunludur. Birincisi, hüküm bölünmeden vazgeçilmesi hususunda yönetim organları arasında fikir birliğı oluştuğı savından hareket etmektedir.

¹⁶⁵ **Watter/Rampini**, Art. 42, N. 7.

¹⁶⁶ Bkz. **Hommelhoff/Schwab**, N. 14.

¹⁶⁷ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 42, N. 4 ve 8.

¹⁶⁸ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 42, N. 26.

Ancak uygulamada pek çok halde bu fikir birliğinin oluşamayacağı, özellikle değişikliğin yaşandığı şirketin bölünmeye yine de devam etmek yönünde bir kararlılık göstermesi ihtimali yüksektir. Böyle bir fikir birliği olsa dahi, bölünme iradesi ortaklar da dahil, kamuoyuna açıklanmış vaziyette dir. Bu **yardar** altında oluşan bölünme beklentisinin yönetim organlarının alacağı bir kararla boşa çıkarılması, bölünmeye katılan şirket malvarlıklarını menfi yönde **etkile**yebilecektir. Bu halde ise, böyle bir sorumluluğu hiçbir yönetim organı gönüllü şekilde üstlenmek istemeyecektir. Devamla; her ne kadar bölünme işlemi şimdiye kadar yönetim organlarınca yürütülmüş olsa da, bölünme sözleşmesinin imzalanması, alacaklılar ilan ve teminat gibi merhalelerden geçilmiş veya geçilmekte olması, bu işlem den ekonomik manada "dönülemeyecek" olduğu bir noktaya gelindiğini de ifade edebilir. Bu şartlar altında kanaatimizce, her ne kadar Kanun, "dönme" hakkını yönetim organlarına bahsetmiş görünse de, uygulamada "dönme" iradesine rağmen genel kurullar gerçekleştirilmeli, genel kurullarda yönetim organlarınca bölünme işleminin reddi yönünde tavsiyede bulunulmalı ve gerekçelendirilmelidir. Aşağıda da detayıyla ifade olunacağı üzere, bölünme işlemi yönetim organınca yürütülse de, işlemin esas efendisi genel kuruldur ve genel kurul güncel verilerle beslendikten sonra son kararı verebilmelidir. Hükmün bu şekilde yorumlanması Avrupa Birliği ve Alman Hukuk kaynaklarına bakılarak da desteklenebilmektedir¹⁶⁹. Her iki kaynaktan da görülebilmektedir ki, değişiklikler dolayısıyla yönetim organlarına genel kurulları bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir ve bu bilgiler dairesinde son karar genel kurullara bırakılmıştır.

Kanaatimizce aynı husus sözleşmenin uyarlanması veya sözleşmenin uyarlanmasına gerek duyulmaması hallerinde de geçerlidir. Bu iki halde de genel kurul bilgilendirilmeli ve bu bilgiler üzerinden genel kurulun sağlıklı bir karar alabilmesi sağlanmalıdır. Aksine bir tutum, alınan genel kurul kararının iptali ile neticelenebilir.

7.4. Önemli Değişikliğin İnceleme Hakkı ve Teminat Prosedürüne Etkisi

Bu noktada son olarak önemli değişiklik bildiriminin TTK m. 171'de öngörüldüğü haliyle inceleme hakkına ve TTK m. 175'te betimlendiği haliyle teminat prosedürüne etki edip etmeyeceğini değerlendirmek gerekir.

169 Bkz. 6. Yönerge m. 7/3 ve UmwG m. 143.

Kanaatimizce önemli değişlik biJdiriminin alacaklıların ,tminat isre-
me sürelerini yeniden başlatmasına veya mevcut süreyi uzatmaına¹¹⁰ **imkan**
ranımaması gerekir. Çünkü mevcut düzende Kanun, **alacaklılara** bölün-
işJemini inceleme hakkı tanımadan teminat isteme hakkını **bahıetmekt**¹¹¹dir.
Dolayısıyla malvarlığındaki değişiklikleri incelemeye hakkı olmayan **alacak-**
lılar için teminat süresini yeniden başlatmak veya uzatmak Kanun'un mev-
cut haJiyle çelişecektir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bu süre **halihazırda**
oldukça uzundur.

Ancak ortakların inceleme hakkı bakımından aynı hususu **dile getirmek**
imkanı bulunmamaktadır. Kanaatimizce bölünme sözleşmesi **uyarlanmışsa**
veya uyarlanmasına gerek duyulmamışsa dahi, ortaklara bu **malvarlığındaki**
değişiklik vakasını incelemek, anlamak ve sonuçlarını tartmak konusunda
bir zaman tanınmalıdır. Somut olayda ilgili şirket türü ve inceleme için kalan
mevcut süre gözetilmek suretiyle genel kurulun toplantı tarihinin ötelen.mesj
üzerinde düşünölebilir. Aksine bir tutum, söze konu genel kurul kararının
iptaline sebebiyet verebilecektir.

8. Genel Kurul Kararı

8.1. Hukuki Niteliği

şimdiye kadar ele alınan bölümlerde de gösterilmeye çalışıldığı üzere
bölünme pek çok merhaleden geçilerek tamamlanan bir süreç olmakla birlik-
te bölünme sürecinin çekirdeğini bölünme sözleşmesi veya bölünme planı¹⁷¹
oluşturmaktadır. Bölünme sözleşmesinde bölünen şirket ile devralan şirket
veya şirketlerin yönetim organları bir araya gelmekte, müzakereler yürüt-
mekte ve bir mutabakata vararak bölünme sözleşmesini imza etmektedirler.

¹¹⁰ Kanun teminat prosedürü tamamlanmadan genel kurulların toplanamayacağını öngör-
mektedir. Bkz. TTK m. 173/1. Bu hüküm üç aylık teminat isteme süresi bitmeden ge-
nel kurulların toplanamayacağını öngörse de, bu süre bitmeden genel kurulların **çağrıl-**
masına engel değildir. O sebepten ötürü teminat isteme süresinin uzatılması ihtimaline
değinilmiştir.

¹⁷¹ Yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde bölünme işlemleri neticesinde kurulacak **şirket** huku-
ken henüz mevcut olmadığından bölünme planı sadece bölünen şirket genel kurulun-
ca onaylanır. Bkz. Thomas U. **Reutter**, Art. 43, Basler Kommenrar-Fusionsgesetz, 2.
Auflage, Basel 2015, N. 2. Dolayısıyla bölünme planının onaylanması süreci daha az
problemlere neden olabilecek türdendir. Bu nedenle ilerleyen açıklamalar bölünme söz-
leşmesine hasredilmiş olup aksine bir açıklama yapılmadığı müddetçe bölünme planının
onayı için de kıyasen geçerlidir.

Bu iekilde tırnllır nrası vorılan mutabak da bölünen şirkete ait bir **malvarl.**, **?**ınm devralan şirket veya şirketlere nakü karşı.lığında, belirlenen bir deAitim oran1 üzerinden, bölünen şirketin ortaklarının devralan şirket veya **şirketler nezdinde** pny sahibi olması yönünde şekillenmektedir.

Ancak bu şekilde özetlenebilecek taraflar arası mutabakatı yansıtan bölünme sözleşmesi taahhüt işlemi niteliğindedir ve taliki şarta bağlıdır; yukarıda da ifade olunduğu üzere, burada taliki şart, TTK m. 173 gereği, bölünme sözleşmesinin bölünmeye katılan şirket genel kurullarınca tek tek onaylanmasıdır¹⁷². Her bir şirkete ait genel kurulların farklı zamanlarda toplanacak olması ihtimaline binaen, bir şirketin genel kurulunun aldığı onay kararı da taliki şarta bağlıdır; burada taliki şart, bölünmeye katılan diğer şirket genel kurullarının da bölünme sözleşmesini mutabakata varıldığı haliyle onaylamalarıdır¹⁷³.

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda ifade olunan taliki şart düşüncesi, öğretildeki çoğunluk görüşünü yansıtmakla beraber, üzerinde ittifak e<lilin4 bir görüş değildir. Bu manada öğretilde, genel kurul ç>nayının kanuni şart olduğu da bir takını yazarlarca dile getirilmektedir¹⁷⁴. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca kanuni şart düşüncesine katılmak imkanı şu sebeplerden ötürü bulunmamaktadır:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, kanuni şart mefhumu belirsizdir. Borçlar hukuku kaynaklarında kanuni şart (*Rechtsbedingung*) bir normun, bir hukuki işlemin geçerliliğini bir vakanın gerçekleşmiş olması şartına bağlaması olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁵. Bu tanınıdan hareketle genel kurul onayını kanuni şart olarak niteleyen görüş, bölünme sözleşmesinin genel kurul onayıyla tamamlanacağını ifade etmektedir. Bir diğer söyley◆şle genel kurul onayı işlemin tamamlayıcısı olmakta ve hatta genel kurul onayı alınıncaya kadar işlem hukuken bağlayıcı şekilde kurulmuş olarak addedilememektedir. Yani bölünme sözleşmesi imzalanmış olmasına rağmen taraflarca tutulması gereken bir söz, yukarıda anıldığı haliyle temel bir nakil borcu ve pay edindirme

¹⁷² Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın 3. maddesinin yasalaşması halinde bölünmelerde de basideştirilmiş usul cari olabilecektir. Bu halde bir şirket tam hakimi olduğu bir yavru şirketi genel kurul kararı olmaksızın da bölünme suretiyle devralabilecektir.

¹⁷³ Bkz. Schleiffer, Art. 18, N. 12.

¹⁷⁴ Türk Hukuku'nda birleşme sözleşmeleri dolayısıyla İpek-Kayalı, s. 148.

ın Bkz. Schwenzer, N. 11.01.

yükümlülüğü. ancak ve ancak genel kurul onaylarından sonra olU411)Ul1 kabul edilmektedir. Kanaatimizce, bu yönde bir anlayışa bölünme sözleşmesinin imzalanmasını talip eden süreçte bölünmeye katılan taraflarca yasanın öngördüğü biçimde yürütülmesi gereken inceleme, bölünme raporunun hazırlanması, alacakların teminat altına alınması ve son olarak bölünme sözleşmesinin genel kurullara sunulması aşamalarının sürüncemede bırakılmasına sebep olabilir ve bu sürünceme hali karşısında işlemi tamamlamak işceym taraf lehine, bu anlayış uyarınca henüz taahhüt işlemi tamamlanmış bölünme edilemeyeceğinden, *culpa in contrahendo* gibi muğlak bir sorumluluk haline yaslanmak dışında bir alternatif bırakılmamış olur.

Halbuki genel kurul onayını taliki şart olarak niteleyen ve bizim de taraftarı olduğumuz görüş, bu türden sakıncaları daha sağlam bir zeminde bertaraf edebilecek niteliktedir. Bu görüş uyarınca bölünme sözleşmesinin imza edilmesi ile birlikte taahhüt işlemi tamamlanır, fakat genel kurul onaylarına kadar hüküm ifade etmemektedir. Bu manada, taahhüt işleminin gerçekleşmesi ile genel kurul onayları arasında geçen sürede taahhüt işlemi askı halindedir; işlemin hüküm ifade edip etmeyeceği genel kurulların bu işlemi onaylaması şartına bağlıdır. Görüldüğü üzere burada taliki şart taraf iradelerine bağlı bir niteliktedir; bir diğer ifadeyle ileride oluşması muhtemel vaka, yani genel kurulların işlemi onaylaması, genel kurulların çağırılması ve toplanması şeklinde tezahür eden, taraf iradelerine bağlı bir husustur; taraflar dışı bir üçüncü kişinin şarta yönelik bir dahli bulunmamaktadır. Ancak taahhüt işlemi ile taliki şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi arasında geçecek ara dönemde, genel kurul onayının taliki şart niteliği gereği, tarafların her birinin beklenen bir hakkı (*Anwartschaftsrecht*) bulunmaktadır¹⁷⁶. Çünkü taraflardan birinin taliki şartın gerçekleşmesini hakkaniyete aykırı biçimde engelleyemeyeceği, geciktiremeyeceği kabul olunur¹⁷⁷. Bu manada taraflardan her biri, bölünme sözleşmesinin imzalanmasını müteakip yasanın öngördüğü inceleme, rapor hazırlama, teminat, genel kurulların çağırılması ve karar alınmasının sağlanması yönünde bir beklentinin hamili olacaklardır; bu beklentinin kusura binaen boşa çıkarılması ise, örneğin genel kurul sürecinin bölünmeye katılan bir şirketçe sürüncemede bırakılması, diğer şirketler nezdinde tazmini kabil bir vaka olarak da görülmeye başlanabilecektir. Bu minvalde taliki şart anlayışı bölünmeye taraf olan şirketlerin bölünme söz-

¹⁷⁶ Bkz. Schwenzer, N. 12.01.

¹⁷⁷ Bkz. Schwenzer, N. 13.05.

İC1mesinin imzasını raJdp edtn sürece de belirli bir ciddiyetle yakJa.tml" tim sağlayacaktır.

TaJiki şart anlayışının tarafımızca kabulüne sebebiyet veren bir diğer hJ-. sus da, bu yönde bir anlayışın taraf kusurlarından bağımsız bir iekilde <>rrQya çıkabilecek sorunJarı da çözmeye aday olmasıdır. Taliki şart müesse,,esi gereğince yukarıda arulan askı haJi ilanihaye devam edemez⁷⁸. Diğer bir ifadtyk taraflardan şartın gerçekJeşmesini uzunca bir süre bekJemeleri beklenemn taahhüt işlemi niteliğindeki sözleşmede ayrıca bir hüküm yoksa, ki bölünme sözleşmeleri dolayısıyla ara döneme ilişkin böyle bir hükmün bölünmt sözleşmesinde vaz edilmiş olması şiddetle saJık verilir, taahhüt işleminin üzerinden makul bir süre geçmekJe askı hali de kendiliğinden sona erer; taraflar artık taahhüt işlemi ile bağılı değildirler. Buradan harekede taliki şart anlayış, örneğin taraf iradelerinden de bağımsız ve taraflara isnad edilebilecek bir kusur olmasa dahi, genel kurulların toplanamadığı hallerde taahhüt işlemi niteliğindeki bölünme sözleşmesinin akıbetine yönelik soru ve sorunları da cevaplamaya adaydır.

8.2. Hükümün Uygulanışı

Bu söylenenler ışığında TTK'nın 173. maddesinin incelenmesine geçilebilir:

Anılan hükmün birinci fıkrası yukarıda ele alındığı haliyle teminat prosedürünün tamamlanmasını müteakip bölünme sözleşmesi veya planının bölünmeye katılan şirketlerin tamamınca genel kurullarına sunulmasını öngörmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, teminat sürecinin henüz tamamlanmamış olması genel kurulların toplanmasına mani değildir; taraf menfaatleri göz önünde bulundurulduğunda, alacağı Kanun'un öngördüğü üç aylık süre içerisinde teminat altına alınmamış alacaklılardan mahkemeye başvurmaları ve genel kurulların toplanmasını engelleyecek mahiyette bir tedbirin alınmasını sağlamalarını beklemek mümkündür ve böyle bir tedbirin yokluğunda genel kurulların anılan üç aylık sürenin hitamıyla toplanabileceklerinin kabulü gerekir.

Yine aynı fıkra hükmünden genel kurulların yönetim organlarınca bölünme sözleşmesinin onayı gündemi ile toplantıyı çağrılmaları gerektiği anla-

¹⁷⁸ Bkz. Schwenzer, N. 13.09.

¹¹ 1ınakadır¹⁷⁹. Toplantıya çağrı usulu ile tlgılı Kanun un holurınyı nn • yen maddelerinde özel bır huküm buJunmamakıadır. o haldıt r btı r tın kendilerine uygulanacak özel hu.kumJer daırnınde kendi **genci** kuıullınn, coplaocıya çağırmaJan icap edecektir. Orncğın anonım ırkedcr<k TTKm 414 vd. hükümJerine riayetle genel kurulun coplanması mümkündür. Aynı şek.ilde kooperatiflerde, Kooperatif Kanunu 43 vd. rnadddm uyarına❖ pcratif üyelerinin çağrılması ve genel kurulun fwkcı t0plarunası unb.n da❖ hilindeyken, genel kurul oylamalarının anılan kanunun ❖4. maddesi uyanınca mektup usulüyle de yapılması mümkündür¹⁸⁰.

Kendi özel hükümleri dairesinde bölünme sözleşme❖i veya pl.arurun onaylanması gündemi ile toplanan şirket genel kurullarında., burada temsil olunan görüüş uyarınca, ilci türden karar alınabilir. Bu manada genel kurullar bölünme sözleşmesi veya planını ya kabul edeceklerdir ya da **reddedecck**-lerdir¹⁸¹. Doktrinde özellikle, bölünme sözleşmesi veya planının şana. bağı olarak kabul edilebileceği veya bölünme sözleşme❖esi veya planında **genel ku**-rulca (ufak) değişikliklere gidilebileceği ifade olunmaktadır¹⁸². **Ancak kanaa**-timizce genel kurullara, bölünme sözleşmesinin yapısı ve bölünme sürecinin sıhhati gereği, böyle bir imkanı tanımamak gerekir. Şöyle ki; yukarıda bölünme sözleşmesinin hukuki niteliği başlığı altında da ifade olunduğu **üzere** bölünme sözleşmesi bölünmeye katılan şirketler arasında akdedilmektedir ve bölünme sözleşmesi, imzası tarihi itibarıyla bölünmeye katılan **şirketlerin** irade uyuşmalarını ifade etmektedir. Hal böyle olunca, halihazırda imza edilmiş bir bölünme sözleşmesi üzerinde, ufak dahi olsa, genel kurullarca **gerçekleş**-tirilecek değişiklik❖sözleşmenin karşı tarafı niteliğindeki **şirket** veya şirketlerce kabulü zorunlu, kabul edilmeksizin geçerli olamayacak yeni icaplar olarak değerlendirilebileceklerdir¹⁸³. Bu ise, son tahlilde, bölünme sözleşmesinin yeniden müzakeresi ve neredeyse bölünme sürecine baştan başlanması anlamına gelebilecektir. Şimdiye kadar ele aLndığJ haliyle bölünme sürecini d❖ününüz; bölünme sözleşmesinin bölünmeye ka❖ılan şirket yönetim or-

¹⁷⁹ Bkz. Lukas Glanzmann, Der Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss im neuen Fusionsgesetz, SchweizerischeJuristen-Zeitung 101/2005, s. 157-165, s. 158.

¹⁸⁰ Aynı yönde Schleiffer, Art. 118, N. 6 ile Glanzmann, SJZ, s. 165.

¹⁸¹ Aynı yönde **Glanzmann**, SJZ, s. 159.

¹⁸² Örnek kabilinden bkz. **Reutter**, N. 7.

¹⁸³ **Glanzmann**, bölünme sürecinde yönetim organı ve genel kurul arasında iş bölümü olduğunu ve bölünme sözleşmesinin hazırlanması yetkisinin devredilemez ve elinden aL-namaz bir biçimde yönetim organına tevdi edilmiş bulunduğunu da eklemektedir. Bkz. Glaozmann, SJZ, s. 159.

ganlarınca imzasını müteakip alacaklılar teminat istemlerini bildirmek üzere çağrıldılar ve daha da önemlisi, bu sözleşmeye binaen ortaklar inceleme haklarını kullandılar ve bölünme raporu da imza edilen bu sözleşme üzerinden hazırlandı. Bu noktada bölünme sözleşmesinde genel kurullarca yapılacak bir değişikliğe izin verilmesi, en azından bu inceleme sürecinin de yeniden başlatılması ve bölünme raporunun güncellenmesi ile sonuçlanacaktır. Bu sebeplerden ötürü, kanaatimizce, genel kurulların bölünme sözleşmesi veya planını olduğu şekliyle kabul veya reddetmeleri gerekir; şartlı kabul veya değişiklik yapmak hakları bulunmamaktadır, bulunmadığının kabulü gerekir.

8.3. Nisap

Bu noktada son olarak genel kurullarda alınacak bölünme sözleşmesi veya planının onayı kararının hangi nisaplarla alınabileceğine değinmek gerekir. Genel kurullarda aranacak nisap meselesi TTK m. 173/2 hükmünün atfıyla TIK m. 151/1, 3, 4 ve 6 hükümleri dairesinde ele alınacaktır¹⁸⁴.

TTK m. 151/1-a bendi uyarınca bölünme sözleşmesi veya planı, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket genel kurullarında, esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunu temsil etmesi şartıyla toplantıda hazır bulunan oyların dörtte üçüyle onaylanabilecektir. Her ne kadar TIK m. 151/1-b hükmü anılan şirketler ile limited şirketlerin bir kooperatifçe devralınacak olması hali için özel bir hüküm sevk etmiş olsa da, anılan hükümde de sermayenin çoğunluğu ve mevcut oyların dörtte üçü prensibi muhafaza edilmiş olduğundan, TIK m. 151/1-b hükmü anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından gereksiz bir tekrardan ibaret kalmaktadır.

TTK m. 151/1-c bendi uyarınca bölünme sözleşmesi veya planı, limited şirketlerde sermayenin en az dörtte üçünü temsil etmeleri şartıyla tüm ortakların dörtte üçünün oylarıyla onaylanabilecektir. Bu kural gereği ortak sayısı dörtten az limited şirketlerde bölünme kararının alınması, mehzaz hukukun

¹⁸⁴ Kanun'un öngördüğü bu nisaplar nisbi emredici niteliktedir. Yani esas sözleşme ile ağırlaştırılabilir ve fakat hafifletilemezler. Bkz. Schleiffer, Art. 18, N. 44. Devamlı belirrmek gerekir ki anılan hükümler mehzaz İsvBirK m. 18 hükmünden hem seçilen nisapların daha ağırlaştırılmış olması hem de kimi bazı hallerde, örneğin limited şirketlerde, oybirliği sonucuna varılabilecek olması yönleriyle tamamen ayrılmaktadır. Ancak atıf yapılan TTK hükmü hem çelişik ve karmaşık hem de kimi bazı hallerde gereksiz tekrarları barındırmaktadır. Bu çelişik ve tekrarlara yeri geldikçe değinilecektir. Ancak kanaatimizce, anılan hükmün tamamının ilk fırsatta yeniden ele alınması zaruridir.

aksine, oy birliği şartına bağlanmış olmaktadır. TTK m. 151/1-b bncii uyarınca ise; eğer bir limited şirket bir kooperatifçe devralımyorsa, bu ca.J«ürdc limited şirket sermayesinin çoğunluğunu temsil etmesi şanıyla genel kuruJda mevcut bulunan oyların dörtte üçünün kabul yönünde olması kafi gelecektir. Görüldüğü üzere, devralan veya devreden sıfatına sahip olup olmadığı **farket-** meksizin limited şirketin bölünme sözleşmesi veya planını onay nisabı kural olarak ortak sayısına bağlanmış ve ağırlaştırılmışken, bir limited şirketin bir kooperatifçe devralındığı, yani ortaklar bakımından hukuki zeminin tamamen değiştiği bir hal, ana kurala nazaran daha da hafifletilmiş vaziyettedir.

Devamla; TTK m. 151/1-d bendi uyarınca bölünme sözleşmesi veya planı, kooperatiflerde, kural olarak, verilen oyların üçte ikisinin müspet olması halinde kabul edilmiş olacaktır. Eğer bölünme işlemi neticesinde kooperatif üyelerine ek ödeme ve başka edim yükümlülükleri ya da sınırsız sorumluluk getiriliyorsa, bu takdirde bölünme sözleşmesi veya planı tüm üyelerin en az dörtte üçünün müspet oylarıyla onaylanabilecektir. Bölünme sözleşmesi veya planının onaylanmasında temel ilke bölünme işleminin ortaklara yeni yükümlülükler getirmemesi veya ortakların mevcut yükümlülüklerini ağırlaştırmamasıdır; ağırlaştırıyor ise de, bu hususun durumu ağırlaşan ortakların tamamının muvafakati dahilinde gerçekleşmesidir¹⁸⁶. Ancak bu hükümde de Kanun'umuz me~~h~~atı:dan ayrılmakta ve durumu ağırlaşan ortakların tamamının değil, dörtte üçünün oylarıyla kalan dörtte bir ortağın rızaları hilafına ve onların aleyhine olacak bir kararın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Kanaatimizce bu hususun da ilk fırsatta düzeltilmesi gerekir.

Yine TTK m. 151/3 hükmüyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin devralan sıfatıyla katıldığı bölünmelere ilişkin ayrıksı bir kural vazedilmiştir. Buna göre devralan sıfatına sahip sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ortakların tahiamının bölünmeye yazılı olarak onay vermiş olmaları gerekmektedir. Kanun bu noktada mehzazla örtüşmektedir¹⁸⁷. Ancak kanaatimizce, benzer bir onay zorunluluğunun sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketçe devralanan diğer şirket ortaklarından bölünme işlemi neticesinde komandite ortak sıfatını alacak ortaklar bakı-

¹⁸⁵ TTK m. 151/1-d hükmü verilen oyların üçte ikisinin "çoğunluğu"ndan bahsetmektedir. Matematiksel ifadesiyle bu halde verilen oyların üçte birinin olumlu olması bölünme sözleşmesi veya planının kooperatiflerde onaylanmasına kafi gelmektedir. Ancak kanaatimizce, "çoğunluğu" ibaresi sehven yazılmış olmalıdır.

¹⁸⁶ Bkz. Schleiffer, Art. 18, N. 2 ile Glanzmann, SJZ, s. 160 ve 162.

¹⁸⁷ Bkz. İsvBirK m. 18/3.

mından da Kanun'da açıkça öngörülmüş olması gerekir¹⁸⁸. Diğer bir ifadeyle bölünme işlemi neticesinde komandite ortak sıfatını edinecek ortakların bölünme işlemine ayrıca ve açıkça muvafakat etmiş olmaları şartını aramak gerekir. Aksi halde bu ortaklar bölünme işlemi neticesinde devralan şirketin borçlarından dolayı, ikinci dereceden de olsa, tüm malvarlıkları ile ve diğer komandite ortaklarla birlikte müteselsilen sorumlu hale gelmektedirler. Bu hal ise, yukarıda anılan temel ilke uyarınca, kabul edilebilir nitelikte değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bölünmenin onaylanmasına hakim temel ilke, bölünme işlemi neticesinde yükümlülük ve sorumlulukları bakımından durumu kötüleşen ortakların bölünme işlemini ayrıca ve açıkça onaylamış olmalarıdır. Bu ilkenin bir yansıması da, TTK m. 151/4 hükmünde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre bir limited şirket tarafından devralınan anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, bu şirketlerin ortakları aleyhine ek ödeme, yan edim gibi ek yükümlülükler öngörülmüyorsa veya bunlar mevcut olup da genişletiliyorsa, o halde limited şirket tarafından devralınan anonim şirket veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ortaklarının oybirliği ile bölünme sözleşmesi onaylanabilecektir. Bu hüküm genel ilkeyi yansıması itibariyle selamlanmalıdır. Ancak oybirliği ibaresi yerine "ek yükümlülüklerden etkilenen ortakların muvafakati" ibaresi, kanaatimizce, daha tercihi şayandır. Aynı şekilde söze konu hükümde kooperatiflerin anılmaması büyük eksikliklerdir. Bir limited şirket tarafından devralınan bir kooperatifte de kooperatif ortaklarına yüklenmesi öngörülmüş ek yükümlülükler ya da mevcut yükümlülüklerin genişletilmesi hali söz konusu olabilir¹⁸⁹. Bu madde dolayısıyla son olarak şu hususu da ifade etmek gerekir: Maddede geçen "ek yükümlülük" ve "kişisel edim" tabirlerinden TTK m. 603 ve 606'da ifadesini bulan ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini anlamak gerekir. Yoksa, kanaatimizce, limited şirkete has özen borcu ve rekabet yasağı gibi hususların bölünme işlemi neticesinde re'sen ortaya çıkacak olması her bir ortağın ayrıca muvafakatının alınmasına sebep olmamalıdır¹⁹⁰. Kanun koyucu limited şirketlere bölünmeyi kabul etmekle bu hususu zaten kabullenmiş vaziyettedir.

Nisaplar bahsinde son olarak TTK m. 151/6 hükmüne değinmek gerekir. Bölünme işlemi kural olarak bir esas sözleşme değişikliği değildir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Aynı yönde Reutter, N. 20.

¹⁸⁹ Aynı yönde Reutter, N. 20.

¹⁹⁰ Bkz. Reutter, N. 20.

¹⁹¹ Bkz. Reutter, N. 9.

Bölünme işlemini takip eden sermayenin azaltılması veya artırılması kararları bu meyanda esas sözleşmeyi değiştirirler ve bu haller de her bölünmede alınması gereken kararlardan değildirler. Ancak; eğer bölünme işlemi bölünen şirketin işletme konusunun yeniden tesisi amacına matuf ise, bu halde esas sözleşmenin işletme konusu hükmünün değiştirilmesi ihtiyacı da ortaya çıkabilir. Bu minvalde TTK m. 151/6 hükmü işletme konusunun değiştiği hallere hasreten genel kurul nisaplarını esas sözleşmenin değiştirilmesi nisaplarına atıfla yükseltmektedir¹⁹². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, anonim şirketler bakımından bu yükseliş işletme konusunun tamamen değiştirildiği haller ile sınırlı görünmektedir¹⁹³.

Görüldüğü üzere Kanun, her bir alternatifte yönelik ayrı ayrı nisaplar öngörmektedir ve bu nisaplar eksik de olsa, çelişik de olsa, somut olayda uygulanmak durumundadır. Ancak bu başlık altında şu hususa da değinmek gerekir: Burada temsil edilen görüş uyarınca, anılan nisaplara uyulmadan alınmış bir genel kurul kararı yokluk veya butlanla malul olmayacaktır; bu türden bir karar iptali kabil niteliktedir¹⁹⁴. Çünkü bölünme dolayısıyla nisapları düzenleyen TTK m. 151 hükmünün genel maksadının bölünmeye katılan şirket ortaklarının korunması olduğunu, bölünmeye yönelik genel kurul nisaplarının sırf ortakların menfaatinin koruyabilmek adına ve genel nisaplara nazaran ağırlaştırıldığını ifade etmek mümkündür. Bölünme, yapısı itibarıyla bölünmeye katılan şirketlerin malvarlığı ve ortaklık yapılarını esaslı bir biçimde değiştirse de, bölünme işlemi son raddede, Kanun'un öngördüğü şirket temel yapısını değil, ortakların mevcut durumlarını, menfaatlerini etkilemektedir. Bölünme sözleşmesinin ortaklar lehine girilen bir işlem olması da bu hususa delalet eder. Bu çerçevede TTK m. 151 hükmüne aykırılık halinde, menfaatinin ihlal edildiği düşüncesiyle o kararın iptali halinde ortaya çıkabilecek bir iptal iptaldir. Bu iptal, bu yapıların bölünme özelinde hakimce resen gözetilmediği durumdaki ve sınırlanmamış bir yokluk ve bu yapıların tercihi ile ilgilidir.

¹⁹² Bkz. Glanzmann, SJZ, s. 162.

¹⁹³ Bkz. TTK m. 421/3-a, hükmü. Anılan hüküm, anonim şirketler bakımından işletme konusunun tamamen değişmesi halinde elzamlıdır. Örneğin anonim şirket bir ticari faaliyeti tamamen terk etmekte ve bir saf holding halini almaktadır. Bu halde Kanun, ilgili genel kurul kararının sermayenin yüzde yetmiş beşini temsil eden olumlu oylarla alınmasını şart koymaktadır. Bu nisap ise, TTK m. 151/1-a'da belirtilen nisaptan daha yüksektir ve bu olaya hasreten atıf yapılmış nisapın uygulanması gerekir.

¹⁹⁴ Bkz. SchJeiffer, Art. 18, N. 48.

olacağı kanaati hasıl olmaktadır. Her ne kadar Türk Hukuku'nda **Yargıtay**'a da hakim olan genel kanaat, nisaplara aykırılık halini kategorik bir biçimde yokluk yaptırımına tabi kılmak eğiliminde olsa da ¹⁹¹, kanaatimizce her bir müessese tahtında ilgili nisabın yöneldiği amaca bakılmalı, **Şirketin temel yapısı** ve şirket türüne has temel ilkeler ile ilgili olmaktan ziyade ortakların menfaatlerinin korunması amacının ön planda olduğu hallerde iptal yaptırımına başvurulmalıdır.

8.4. Kararın İlanı

Bu noktada son olarak şu hususu da eklemek gerekir: Her ne kadar Kanun'da açık hüküm olmasa da, bölünmeye katılan şirketlerce alınan genel kurul kararlarının ilanı gerekmektedir. Bu husus genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK'nın 192. maddesi 1. fıkrasından çıkarılabilmektedir.

Bu noktada genel kurul kararının ilanı ile bölünmenin tescili arasında da bir fark olduğunun belirtilmesinde fayda vardır; bölünmeye katılan şirketlerin her biri genel kurullarında bölünme sözleşmesini onayladıktan sonra bu kararlar TTSG'de ayrı ayrı ilan edilecek, her bir ilan bu surette tamamlandıktan sonra diğer belgelerin de ibrazı ile sicil, bölünme olgusunu tescil ile bu hususu ayrıca ilan edecektir¹⁹⁶.

9. Sermaye Değişikliklerinin Genel Kurulca Karara Bağlanması

Şimdiye kadar ele alınan bölümlerde de ifade olunduğu üzere bölünmeye konu, kural olarak aktif ve pasiflerden müteşekkil ve tutar olarak aktif unsurların pasif unsurları aştığı bir malvarlığı parçası bölünme işlemi neticesinde bölünen **Şirketin malvarlığını** terk edecek, devralan **Şirket** veya şirketlere naklolunacaktır. Bunun karşılığında ise bölünen şirketin ortakları veya kendisi devralan şirket veya şirketlerin paylarına sahip olacaktır. Yine yukarıda ifade olunduğu üzere, malvarlığının bu şekilde nakli bölünen şirketin malvarlığının azalmasına yol açabilecekken, devralan şirket veya şirketlerin bölünen şirket veya ortaklarına pay edindirme taahhüdü de yeni payların ihracını gündeme getirebilecektir. Diğer bir ifadeyle bölünme işlemi neticesinde bölünen şirket nezdinde gerçekleşecek malvarlığındaki eksilmeler serma-

¹⁹⁵ Ayrımısı için bkz. İlhan **Yiğic**, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005, s. 270 vd.

¹⁹⁶ Ayrıca bkz. ileride "Tescil" başlığı altındaki açıklamalar.

nin azaltılması gerekliliğini beraberinde gecirebilecek yen.1 pay ihracı ciyaa da devralan şirket veya şirketlerde sermayenin arınması yönünde dunJan zorunlu kılacaktır. Yukarıda da ifade olunduğu üurc bölünme işlemi, işletme konusunun değişmediği hallerde, tek ına bir esas sözleşme değişikliği anlamına gelmemektedir; fakat bölünme işlemi neticesinde sermayenin azaltılması ve/veya artırılmasının gerekli olduğu hallerde ilgili şirketlerin esas sözleşmelerinin de bu yönde değiştirilmesi gerekecektir. Bu değişiklik ise ancak hır genel kurul kararı ile mümkündür. Bu kararın bölünme sözleşmesinin onaylandığı genel kurulda alınması mümkündür. Ancak sermayenin azaltılması ve/veya artırılması ayrı bir gündem olarak ve niteliği itibariyle bölünme sözleşmesinin onayından sonra oylanmalıdır. Çünkü her şeyden evvel sermayenin azaltılması ve artırılması bir esas sözleşme değişikliğine vücut vereceğinden bu kararların da genel kurullarda kendilerine has nisaplar üzerinden alınmış olması gerekir. Diğer bir ifadesiyle sermayenin azaltılması veya artırılmasının mesnedi her ne kadar bölünme işlemi de olsa, anılan bu işlemler bölünmeyi takip eden ve fakat bölünmeden bağımsız nitelikteki işlemlerdendir. Bölünme işlemi neticesinde genel kurullarca alınacak sermayenin azaltılması ve/veya artırılması kararları bölünme sözleşmesinin onaylandığı genel kurullarda alınmaz ise, bu kararların en geç bölünme işleminin tescilinden önce alınmış olması icap eder. Çünkü TSY m. 129 gereği, bölünme ile sermayenin azaltılması ve/veya artırılması kararlarının eş zamanlı olarak tescili zorunlu kılınmıştır.

Görüldüğü üzere sermayenin azaltılması veya artırılması işlemleri mesnedini bölünme keyfiyetinde bulmakla beraber bölünmeden müstakil işlemlerdir ve Kanun, bölünme dolayısıyla gerçekleştirilecek azaltım veya artırım işlemlerini özel olarak düzenlemiş değildir. Bu meyanda Kanun, 162 ve 163. maddeleri üzerinden, bu işlemleri basideştirmiş veya somut şirket türüne has özel hükümlere istisnalar getirmiştir. Bu basideştirme ve istisnaları ise, her bir işlem üzerinden şu şekilde açıklamak mümkündür:

9.1. Bölünme Dolayısıyla Sermayenin Azaltılması

Bölünme dolayısıyla sermayenin azaltılması hali TTK m. 162'de düzenlenmiştir. Buna göre, bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması haHnde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, anqnim ve limited şirketler ile kooperatifler bakımından cari TIK'nın 473 ve 474. maddeleri uygulanmayacaktır. Kanun, ayrıca, anılan hükümle limited şir-

ketler bakımından cari TTK'nın 592. maddesinin de uygulama alanı bulmayacağını öngörmektedir.

TTK m. 473 esas sermayenin azaltılmasına yönelik temel hükümdür; bu hükümle kanun koyucu, sermayenin azaltılması işleminin bir genel kurul kararına muhtaç olduğunu, genel kurul öncesinde yönetim kurulu tarafından esas sermayenin azaltılmasını mucip kılan hallerin ve azaltma yönteminin de açıklandığı bir rapor hazırlanması gerektiğini, sermayenin azaltılması neticesinde şirketin borca batık bir hal alamayacağını, sermayenin azaltılması kararına uygulanacak nisabı, sermayenin azaltılması neticesinde sermayenin kanuni asgari tutardan aşağı düşmeyeceğini ve son olarak sermayenin azaltılması neticesinde oluşabilecek defter karının kullanım usulünü kurallaştırmaktadır.

TTK m. 474'te ise sermayenin azaltılması keyfiyetinin alacaklılara ilan veya mektup yoluyla bildirilmesi ve talep halinde alacakların teminat altına alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Son olarak TTK m. 592 ile limited şirketler bakımından şu husus düzenlenmektedir: Eğer bir limited şirket sözleşmesinde ortaklar bakımından ek ödeme yükümlülükleri öngörülmüş ise, o halde sermaye kaybı dolayısıyla sermayesini azaltmak isteyen limited şirketler önce bu ek ödemeleri talep etmeli ve sermaye kaybının ek ödemeler neticesinde kapanmayan kısmı için ancak, sermayenin azaltılması gündeme gelmelidir.

Bu haliyle içeriği netleştirilen TTK m. 162'nin kaynağı İsvBK m. 32'dir. Anılan hükümle İsviçre kanun koyucusu İsvBK m. 733 ve 734'ü bölünme dolayısıyla gerçekleştirilecek sermayenin azaltılması işlemleri bakımından uygulanmaz ilan etmiştir. Bu haliyle mehzaz hükmün içeriği TTK m. 162'den daha dardır. Çünkü kapsam dışına çıkarılan İsvBK m. 733 ve 734, sadece, sermaye azaltımlarında alacaklılara bildirim ve teminat usulüne ilişkindir. Bu yönüyle İsvBK m. 733 ve 734, birlikte, TTK m. 474'ü karşılar. Diğer bir ifadeyle İsviçre kanun koyucusu sadece TTK m. 474'ün uygulanmamasını uygun görmüşken, Türk kanun koyucu bir adım daha ileri gitmiş ve içeriği yukarıda verildiği haliyle temel hüküm niteliğindeki TTK m. 473 hükmü ile limited şirketler bakımından ek ödeme konulu TTK m. 592 hükmünü de kapsam dışına çıkarmıştır.

Esasen mehzaz kanunun temel maksadı bölünme işlemi dolayısıyla gerçekleştirilecek esas sermayenin azaltılması işlemlerini basitleştirmek ve kimi

ba1.1 işlemlerin tekrarını engelleyerek taraflara zaman **kazandırma.kı.u r:**)ıkarıda da görüldüğü üzere Kanun bölünme işlemi dolayısıyla **zaten, ab-** caklılara duyuru ve alacakların teminat altına alınması yönünde bir usuJ ön- görmüş vaziyettedir. Bu minvalde, aynı işlemin esas sermayenin azalcılrnası dolayısıyla da tekrarı arzu edilmemiştir. Bu yönüyle alacaklılara çağn ve te- minat usulünü öngören TTK m. 474'ün bölünme işlemleri dolayısıyla uygu- lanmayacağını öngören TTK m. 162 hükmünü selamlamak gerekir. Ancak burada temsil edilen gör◆uyarınca, TTK'run 473. maddesinin de, bir bütün halinde kapsam dışına alınmış olması uygulamada önemli sorunlara yol aç- a-bilecektir¹⁹⁸. Şöyle ki;

Yukarıda da ifade olunduğu üzere TIK m. 473'ün birinci fıkrası ile ser- mayenin azaltılmasının bir genel kurul kararına muhtaç olduğu ifade olun- maktadır. Anılan hükmün bölünmeler dolayısıyla kapsam dışına çıkarılmış olması bu hallerde sermaye azaltılırken bu işlemin ayn bir genel kurul kara- rına muhtaç olup olmadığı tartışmalarına yol açabilir, ki burada temsil edilen görüş uyarınca, her ne kadar Kanun kapsam dışına çıkarmış olsa da, esas sermayenin azaltılması kural olarak esas sözleşmeyi de değiştireceğinden, bu hususun genel kurulca ayrıca karara bağlanması zorunludur.

Yine anılan birinci fıkra, yukarıda da ifade olunduğu üzere, sermayenin azaltılması işleminin amacı ve yöntemi ile ilgili bir rapor hazırlanmasını ta- lep etmektedir. Bölünme işlemi dolayısıyla bu yönde bir raporun hazırlan- ması işlem tekrarına yol açabilir. Çünkü bölünmeler dolayısıyla hazırlanan bölünme raporunda işlemin amacı, sermayenin azaltılmasına ihtiyaç duyulup duyulmadığı ve yöntemi de halihazırda belirtilmiş vaziyettedir. Bu yönüyle hükmün bu kısmının kapsam dışına alınmış olmasını selamlamak gerekir.

Devamla; bölünme işleminin kendisi bölünen şirketin borca batıklığı ile sonuçlanamayacağı için ve borca batıklık sorunu en geç bölünme bilançosun- da görülebilir kılındığı için TTK m. 473'ün ikinci fıkrasının da bölünmeler dolayısıyla kapsam dışına çıkarılmış olmasında bir beis görülmemektedir.

Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca TTK m. 473/3, 4 ve 5'in kapsam dışına çıkarılmamış olması icap ederdi. Şöyle ki; anılan hükmün 3.

¹⁹⁷ Bkz. Watter/Büchi, Art. 32, N. 1.

¹⁹⁸ Kısmi bölünme dolayısıyla sermaye azaltımının bu şekilde basitleştirilmiş olmasının sa- kıncalı olabileceği yönünde ve benzer şekilde Hayrettin Çağlar, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara 2010, s. 30 vd.

fıkrası esas sermayenin azaltılması kararına uygulanacak nisap ile ilgilidir,, Her ne kadar kanun koyucu sehven de olsa¹⁹⁹, esas sermayenin azaltı hallerde sermayenin en az yüzde yetmiş beşini temsil eder tutarda bir olumlu oy şartı getirmiş olsa da, anılan hükmün kapsam dışına çıkarılın olması dolayısıyla şu an için bölünme işlemleri sebebiyle esas sermayenin azaltılacağı genel kurullarda karar nisabı belirsiz kalmaktadır. Kanaatimizce, **TIK 473** hükmünü kapsam dışına çıkaran **TTK 162** hükmü bu yönde düzeltilinceye kadar bölünme dolayısıyla alınacak esas sermayenin azaltılması kararlarına, azaltımla aynı tutarda eş zamanlı artırım hallerinde, ki bu hallerde esas sözleşme değişmemektedir, **TIK m. 418**'in, diğer hallerde ise **TTK m. 421**'in uygulanacağını kabulü gerekir.

TTK m. 473'ün 4. fıkrası, yukarıda da belirtildiği üzere, sermayenin azaltılması dolayısıyla ortaya çıkabilecek defter karının kullanımı ile ilgilidir. Bu fıkra hükmü her şeyden evvel sermayenin azaltılmasının primli de gerçekleşebileceğini ifade eder²⁰⁰; yani azaltılan sermaye tutarının itibari değeri malvarlığını terk eden unsurların defter değerinden fazla olabilecektir; bu halde oluşan defter karı ise, pay sahiplerine dağıtılmayacak ve (itfa akçesini-teliğindeki) yedeklere ayrılacaktır²⁰¹. Bölünme dolayısıyla gerçekleştirilecek esas sermayenin azaltılması hallerinde de bu manada bir defter karı doğabilir. Diğer bir ifadeyle bölünme neticesinde bölünen şirketin malvarlığını terk eden kısmının da defter değeri azaltılan sermayenin itibari değerinden düşük kalabilir. **TTK m. 473/4**'ün **TTK m. 162** üzerinden kapsam dışına çıkarılmış olması ise, bu hallerde oluşacak defter karının kullanımı bakımından sorulara yol açabilir. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca, Kanun açıkça kapsam dışına çıkarmış olsa da, **TIK m. 162** hükmü bu yönde düzeltilinceye kadar, bölünme işlemi neticesinde gerçekleşecek sermaye azaltımlarında oluşacak defter karının dahi, ortaklara dağıtılamayacağı ve yedeklere ayrılması gerekliliğinin kabulü gerekir. Aksi halde primli sermaye azaltımının önüne geçilmiş olur.

Son olarak, kanaatimizce, **TIK m. 473/5**'in de kapsam dışına alınmış olması isabetli olmamıştır. Anılan hüküm gereği esas sermaye ancak Kanun'un öngördüğü asgari sermaye tutarına kadar azaltılabilmektedir. Yani

¹⁹⁹ Esas sermayenin azaltılması kararına uygulanacak nisabın eleştirisi ve sehven yapıldığı tespiti için bkz. Kendigelen, s. 379.

²⁰⁰ Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 58, N. 55 ve 178 vd.

²⁰¹ Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 58, N. 183; Küng/Schoch, Art. 732, N. 35.

anılan hüküm, esas sermaye azaltımının, **esas sermayenin** ı,ermayeı, paykta bölünmüş komandit şirkeder ile anonim şirketlerde elli bin, *kayıtlı* ırmayt sistemine tabi anonim şirketlerde yüz bin ve nihayet Jimjted ırkıderdeon bin Türk Lirasının aluna düşülecek şekilde gerçekleştirilemeyeceğini ifad etmektedir. Ancak TTK m. 162 hükmünün TIK m. 473/5 hükmünü ıamlı olması, bölünme işlemi dolayısıyla yürütülecek esas sermayenin **azalcdması** işlemleri bakımından asgari kanuni esas sermaye tutarlarının altına d(qwüp düşülemeyeceği hususunda kafa karışıklığı yaratabilir. Bu manada **TTK m. 473/5** hükmünü kapsam dışına çıkaran TTK m. 162 hükmünün bu **yönüyle** de düzeltilmesi gerekir. Anılan hüküm düzeltilinceye kadar ise, somur **şirket** türüne has asgari kanuni sermaye hükümlerinin yorumu yoluyla, bölünme işlemlerinde dahi, sermayenin ancak asgari kanuni sermaye tutarına **kadar** azaltılabileceğinin kabulü gerekir.

Buraya kadar ele alınan hususları özetlemek gerekirse; TIK'run bölünme işlemleri dolayısıyla gerçekleştirilecek esas sermayenin azaltılması işlemlerini kolaylaştırmak maksadıyla öngördüğü 162. maddesi bu amaa aşar şekilde TIK'nın 473. maddesini de kapsam dışına almıştır. Burada temsil edilen görüş uyarınca TTK m. 473'ün birinci fıkrası birinci cümlesi, üç, dört ve beşinci fıkraları ilk fırsatta yeniden kapsam içine alınmalıdır. Böyle bir değişiklik sırasında esas sermayenin azaltılması kararlarına uygulanacak nisaba yönelik yapılan yanlışlığın da giderilmesi üerinde düşünülebilir.

TTK'nın 162. maddesini, olan ve olması gereken hukuk bakımından ve mehaz hukukla karşılaştırmalı bir biçimde ele aldıktan sonra bu başlık altında son olarak şu hususlara da değinil.inelidir:

Esasen her bölünme işleminde esas sermayenin azaltılmasına gerek duyulmamaktadır; tam bölünmelerde, bölünme neticesinde bölünen şirket sona ereceğinden, esas sermayenin azaltılmasına da ihtiyaç yoktur²⁰². Kısmi bölünmelerde c;le, eğer bölünen şirketin ortakları değil de, şirketin kendisi devralan şirket veya şirketlerin paylarını ediniyorsa esas sermayenin azaltılmasına gerek kalmaz. Çünkü bu hallerde bölünen şirketin malvarlığını terk eden kısım devralan şirket veya şirketlerin payları ile ikame edilmiş olur. Yine; özellikle bölünen şirketin malvarlığını terk edecek net aktif tutar bölünen şirketin serbest yedekleri ile karşılanabiliyorsa, bu halde bir sermaye

²⁰² **Bkz. Watter/Büchi, Art. 32, N. 1** ve Michel **Heinzmann**, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich 2004, s. 186, Dn. 697.

kayıbıyla yaşanmayacağından, esas sermayenin azaltılmasına da ihtiyaç; bu, bulunmayacaktır²⁰³. Bu manada esas sermayenin azaltılmasına, TTK m. 376'nın gereği, bölünme işlemi neticesinde bölünen şirketin esas sermayesi ile yedek akçeler toplamının, yani öz sermayesinin en geç üçte ikisinin karı, lık, ın kalacağı hallerde, ihtiyaç duyulacaktır. Her ne kadar TTK m. 376/2, lafa itibariyle, bu hallerde bir sermayenin azaltılmasını zorunlu kılmıyor²⁰⁴ da LA Yargıtay'ın tutarlı uygulaması ve doktrindeki hakim görüş²⁰⁵, bu hallerde sermayenin azaltılmasının zorunlu olduğu yönündedir²⁰⁶. Bu haliyle Yargıtay uygulaması ve hakim doktrin İtalyan ve Fransız sistemlerine yaklaşımla OGe temelinde mevcut alacaklılardan ziyade, müstakbel alacaklıların korunması kaygısını taşır. Çünkü sermaye kaybı ile artık fiili durumu yansıtmayan esas sermaye rakamı da güncellenmez ise, bu halde, şeklen mevcut esas sermaye rakamına bakmak suretiyle kredi kullandırmış alacaklıların yanılması, yani ılması söz konusu olabilir. Kanaatimizce anılan Yargıtay uygulaması ile hakim görüşü en azından bölünme işlemi özelinde selamlamak gerekir; çünkü bölünme işlemi sırasında mevcut alacaklılar zaten, ileride de ele alınacağı üzere, müteselsil sorumluluk hükümleri ile ziyadesiyle korunmaktadır; bu manada bölünme işlemlerinde müstakbel alacaklıların korunması daha önde görülmelidir²⁰⁷.

9.2. Bölünme Dolayısıyla Sermayenin Artırılması

Bölünme işlemi dolayısıyla sermayenin artırılması da TTK m. 163'te düzenlenmiştir. Buna göre devralan şirket veya şirketler sermayelerini devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak tutarda artıracaktır ve bölünme sebebiyle yürütülen sermaye artırımlarında aynı sermaye konulmasına yönelik hükümler uygulama alanı bulmayacak, kayıtlı sermaye sisteminde bulunan

²⁰³ Bkz. Watter/Büchi, Art. 32, N. 2.

²⁰⁴ Kanun'un bu zorunluluğu öngörmemesinin temelinde sermayenin azaltılmaması halinde elde edilen dönem karlarının sermayenin tamamlanması yönünde kullanılacak olması yatar. Bkz. Bkz. TTK'nın 509. maddesi 2. fıkrası. Anılan fıkra da geçen "net dönem karı" ibaresi bilanço zararı kapatıldıktan sonra kalan karı ifade etmektedir. Bu baliyle hüküm mevcut alacaklıları korumak amaçlıdır.

²⁰⁵ Bkz. Türk, A., Dn. 25'te belirtilen kaynaklar. TSY'nin 80. maddesi 2. fıkrası a bendi de bu görüşü onaylar niteliktedir. Aksi yönde Akar Öçal, Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Hukuki Sorunlar, ATOD, 6/1975, s. 9-22, s. 14 vd.

²⁰⁶ Anılan sistemler için bkz. Kagi/Ehrat, Art. 45, N. 1k.

²⁰⁷ Aynı yönde Watter/Büchi, Art. 32, N. 9.

anonim şirketlerde de, Kanun'un lafzı itibariyle, yönetim kurulu **genel kurulca** öngörülen tavan sermayeye dahi riayet etmeksizin çıkarılmış **sermayeyi** artırılabilecektir.

Görüldüğü üzere bu hükümle de kanun koyucu, bir takım işlemlerin tekrarını engellemek suretiyle bölünmeler dolayısıyla yürütülecek **sermayenin** artırılması İşlemlerini kolaylaştırmak istemektedir. Ancak burada da hemen ifade etmek gerekir ki, her bölünme işleminde devralan **şirket veya** şirketlerce esas sermayenin artırılması zarureti doğmayacaktır. Özellikle bölünme işlemi öncesinde, devralan şirket veya şirketlerin uhdesinde **kendi** payları bulunmakta ise²⁰⁸, bölünme işlemi neticesinde bölünen **şirkete veya** onun ortaklarına tevdi gereken paylar anılan bu paylardan karşılanabilir ve karşılanabildiği ölçüde sermayenin artırılması ile yeni pay ihracına da gerek duyulmaz. Yine; yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde de, devralan şirket henüz mevcut olmadığı için, bir sermaye artırımından, bu yönde bir zarureten bahsetmek imkanı yoktur²⁰⁹. Aynı şekilde bölünen şirketin devralan şirket veya şirketlerde **pay sahibi olduğu** ve bölünmeye konu malvarlığının da bu paylardan ibaret olduğu hallerde, devralan şirket veya şirketlerin bir sermaye artırımı **karaa** **imasına** gerek kalmayacaktır; çünkü bölünme işlemi neticesinde anılan bu paylar doğrudan bölünen şirketin ortaklarına geçmiş olacaktır²¹⁰.

Burada da esas sermayenin artırılması işlemi, kayıtlı sermaye sistemine dahil olan anonim ortaklıklar²¹¹ ile **koo_peratifler**²¹² hariç, bir genel kurul kararına muhtaçtır. Genel kurullarda uygulanacak nisap bakımından her şirket türüne has hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu manada sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve andnün şirketler bakımından TTK m.

¹⁰⁸ Şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerine belirli şartlar dairesinde izin verilmiş bulunmaktadır. Bu şartlar için bkz. Alihan Aydın, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.

²⁰⁹ Bkz. Watter/Büchi, Art. 33, N. 1.

²¹⁰ Bkz. Watter/Büchi, Art. 33, N. 4.

²¹¹ Bu şirketlerde yönetim kurulu kararı ile sermayenin arttırılması mümkündür; dolayısıyla bu yönde bir genel kurul kararına ihtiyaç duyulmaz,

²¹² **Kooperatifler** sabit bir sermaye ile kurulmak durumunda değildirler. Yine kooperatiflerin bir **sermayesi** bulunsa da bu sermaye değişir niteliktedir. Yani sermaye, örneğin yeru onak kabulü ile kendiliğinden artmaktadır. Bkz. Kooperatifler Kanunu m. 1. Bu yönüyle kooperatiflerde, bölünme kararını alan genel kurullar dışında ayrıca bir sermaye artırılması kararına ihtiyaç duyulmayacaktır.

421/1² H; limited şirketler bakımından ise, TTK m. 621/1-d hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Bu noktada son olarak Kanun'un bölünme dolayısıyla yürütülecek esas sermaye artırımlarında getirdiği kolaylaştırmaların *de lege ferenda* tahlili gerekir:

Yukarıda da ifade edildiği üzere TTK m. 163/2 hükmü bölünme dolayısıyla yürütülecek sermayenin artırılması işlemlerinde aynı sermaye konulmasına yönelik hükümlerin uygulanmayacağına hükmetmektedir. Ancak kanaatimizce bu noktada da Kanun, iki açıdan maksadı aşar nitelikte bir hüküm vazetmiştir. Örnek kabilinden anonim şirketlerde aynı sermaye konulmasına yönelik hükümler düşünülecek olursa, burada üzerinde takyidat bulunan türden hakların, malların sermaye olarak konamayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce kanun koyucunun TTK m. 163/2 hükmünü sevk ederken sahip olduğu saik, sınırlanmış hak ve malların dahi bölünmeyle sermaye olarak nakline izin vermek değildir. Esasen burada kanun koyucu, mehz hukukta da olduğu gibi ve yukarıda da ifade olunduğu üzere, ayın cinsinden ifade olunan ve bölünmeye konu malvarlığı unsurlarına yönelik değer tespiti işlemlerinin tekrarından çekinmektedir ve bu nedenle TTK m. 163/2 hükmünü sevk etmiştir. Ancak Türk Hukuku bakımından 6335 sayılı Kanun ile TTK'da yapılan ve işlem denetçisi müessesesini bölünmeler dolayısıyla da ortadan kaldıran değişiklikten sonra, TTK m. 163/2'de öngörülen daraltıcı hüküm üzerinde de yeniden düşünmek gerekir. Bu haliyle Kanun, örneğin anonim şirketler bakımından sadece yönetim kurulunun sermaye artırımına yönelik raporunda yaptığı beyan ve tekeffüllere güvenir vaziyettedir²¹⁴. Bu yönde bir değişiklik yapılmıyca kadar, bölünme işlemini yürüten şirketlere önerimiz, yukarıda anıldığı haliyle ve en azından bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının varlığı ve değeri hakkında bağımsız denetçi raporlarına yaslanarak işlemleri yürütmeleridir. Aksi halde sermayenin sulanması iddiaları ile

²¹³ Bu noktada anonim şirkeder ve anonim şirket hükümlerine atfen sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından TTK m. 456/3 hükmüne dikkat çekmek gerekir. Anılan hüküm uyarınca sermayenin artırılmasına yönelik genel kurul veya yönetim kurulu kararının karar tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde tescil edilmesigerekir; aksi halde alınan sermaye artırım kararı kadük kalacak ve İşlemin tekrarı gerekecektir. Bölünme dolayısıyla gerçekleştirilen sermaye artırımlarında da anılan hüküm caridir. Dolayısıyla, özellikle Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gibi izne tabi bölünmelerde bu üç aylık süreye, planlama bakımından, ayrıca dikkat edilmesi gerekir. Aynı yönde Watter/Büchi, Art. 33, N. 3.

²¹⁴ Bkz. TTK m. 457/2-a.

muhatap olunabileceği gibi bölünme işlemi tamamlandıktan sonra dahı sermayenin eksile kalan kısmının yeni ortaklarca karşılanması talep olunabilecek ve bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organı üyelerinin sorumluluğu doğabilecektir.

De lege ferenda eleştirilmesi lazım gelen bir diğer husus da Kanun'un kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim şirketler bakımından öngördüğü "kolaylaştırma"dır. Yukarıda da anıldığı üzere TTK m. 163/2'ye göre kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim şirketlerde yönetim kurulu, bölünme işlemi dolayısıyla yürütülecek çıkarılış sermayenin artırılması işlemlerinde genel kurulun önceden tayin ettiği tavan ile bağlı kalmaksızın sermayenin artırılması kararını verebilecek görünmektedir. Benzer bir hüküm mehzar kanunda da mevcuttur. İsvBirK m. 33'e göre, İsvBK m. 651/2 hükmü bölünme dolayısıyla yürütülecek sermaye artırımlarında uygulanmayacaktır. Söze konu İsvBK m. 651/2 hükmü artık yürürlükte değildir; bu madde hükmü İsvBK m. 653s/2 hükmünde tekrar edilmek suretiyle yaşamaya devam etmektedir. İsvBK m. 651/2 veya şimdi 653s/2 hükümleri özü itibarıyla şu hususu tespit etmektedirler: Kayıtlı sermaye sisteminde genel kurul esas sermayeyi artırma yetkisini yönetim kuruluna devredebilir; ancak burada bir tavan sermaye belirlenmelidir ve bu tavan da, kanun gereği, esas sermayenin yarısından fazlasını aşamaz. Diğer bir ifadeyle İsvBirK m. 33'ün atıf yaptığı "tavan" genel kurullarca yönetim kuruluna yapılacak yetki devrinde kanunun öngördüğü üst limit ile ilgilidir ve mehzar hukukta bu yetki, ancak mevcut esas sermayenin yüzde ellisinden fazla olmayacak biçimde yönetim kurulları ile paylaşılabilir²¹⁵. Dolayısıyla mehzar hukukta ele alınan İsvBirK m. 33 şöyle anlaşılır: Bölünme dolayısıyla yürütülecek sermaye artırımlarını göz önünde bulunduran genel kurullar sermayeyi artırma yetkisini anılan yüzde ellilik kısıtlamaya riayet etmeksizin dahi tanıyabilirler; her halükarda ama, yönetim kurulu genel kurulun tespit ettiği üst limit ile bağlıdır²¹⁶. Türk Hukuku'nda

m Örneğin İsviçre'de bir anonim şirketin esas sermayesi 100.000 Frank iken, genel kurul yönetim kuruluna sermayeyi kendisinden ayrıca izin almaksızın artırma yetkisini en fazla 150.000 Frank tutarına kadar verebilir.

²¹⁶ Bkz. Watter/Büchi, Art. 33, N. 14 ve 15. Bu noktada Watter/Büchi anılan hükmü şu şekilde anlamaktadırlar: Genel kurul toplanır, yönetim kuruluna sermayeyi artırma yetkisi tanıyan esas sözleşme hükmünü onaylar. Bu hüküm normal artırımlar bakımından esas sermayenin yansından fazla olmayan bir yetkiyi yönetim kuruluna vermektedir. Aynı hükümde genel kurulun bölünme halleri için de önceden ve özel bir hüküm sevk ederek bu yüzde elli şartını bertaraf edecek şekilde yönetim kurulunu yetkilendirmesi mümkündür. Ancak her halükarda yönetim kurulu kendisine genel kurulca bahsedilen sınırlar içerisinde kalmalıdır.

ise, bu yönde, Kanun'un yetki devri bakımından tespit ettiği bir üst limit yoktur. Diğer bir ifadeyle Kanun'da, kayıtlı sermaye sistemine cabi şirket genel kurullarının yönetim kurullarını en fazla mevcut sermayenin **yarısına** kadar sermayeyi artırmak konusunda yetkili kılınacaklarına dair bir hüküm mevcut değildir. Bu yönde bir üst limit Halka Açık Olmayan Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği'nin²¹⁷ 5. maddesi 5. fıkrası ile getirilmiş vaziyettedir. Buna göre genel kurulun tespit edeceği kayıtlı sermaye tavanı başlangıç sermayesinin veya çıkarılmış sermayenin beş katından fazla olamayacaktır. Türk Hukuku'nda, bu manada, genel kurulun tespit ettiği bir tavan mevcuttur ve bu tavan yukarıda anılan Tebliğ gereği başlangıç sermayesi veya çıkarılmış sermayenin beş katından fazla olamaz. Hal böyle olunca, TTK m. 163/2 hükmünü, kanaatimizce, mehzaz hukukta ifade edildiği şekliyle anlamak gerekir; buna göre Türk Hukuku'nda da yönetim kurulları, bölünme dolayısı ile dahi olsa, genel kurulun öngördüğü tavan ile bağlı kalmalı ve fakat genel kurullar yönetim kurullarını bölünme dolayısıyla yürütülecek sermaye artırımları bakımından yukarıda anılan beş katı kuralına riayet etmeksizin yetkilendirebilmelidir. Kanaatimizce TTK m. 163/2-son hükmünün bu şekilde okunması, kayıtlı sermaye sisteminin özüne, yani genel kurulun verdiği yetki çerçevesinde yeni bir genel kurul kararı alınmaksızın sermayenin yönetim kurulunca artırılabilmesi ilkesine, daha uygun olacaktır.

10. Rekabet Kurulu İzni

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca bir veya birden fazla teşebbüsün bir başka teşebbüsün malvarlığını veya paylarının tümünü veya bir kısmını devralması işleminin geçerlilik kazanabilmesi için bu hususun Rekabet Kurulu'na bildirilmesi ve Kurul'dan söze konu işlem için izin alınması gerekir. Aynı madde uyarınca Kurul, bildirim usulü ve izin şartları dolayısıyla ayrı bir tebliğ çıkaracaktır. Bugün için anılan tebliğ çıkarılmış vaziyettedir; Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 no'lu tebliğ, yasanın çıkarılmasını öngördüğü tebliğdir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile anılan tebliğin 5 ila 13. maddeleri ve anılan tebliğe ekli bildirim formu birlikte değer-

²¹¹ 19.10.2012 t. ve 28446 s. RG.

Jendirildiğinde hangi işlemlerin, en geç ne zamana kadar bildirilmesi **gerek-**tiği ve hangi işlemlere izin verileceği hususları ŞU şekilde ortaya **çıkılmaktadır:**

Öncelikle Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gereken işlemler bir tqcb-büsiin malvarlığının veya paylarının devralınması işlemleddir. Devamla; bu işlemlerin hepsi değil, sadece belirli vasıflara sahip olanları bildirimle yüküm-lüdür. Bu yönde bir işlemin bildirim yükümlüsü olabilmesi için söze konu işlemin bir veya daha fazla teşebbüsün kontrolünde kalıcı değişiklik meydana getirmesi ve işlem tarafı teşebbüslerin birlikte veya ayrı ayrı belirli ciro eşik-lerini aşıyor olmaları gerekir.

Kontrolün kalıcı olarak değişmesi kriteri dolayısıyla ifade edilmek **iste-**nen husus, bir teşebbüs üzerinde belirleyici nicelikte bir etki uygulayabilme olanağının elde edilmesidir. Sermaye şirketleri zaviyesinden bakıldığında bu kıstas, kural olarak, sermayeye katılım oranının yüksekliği üzerinden gerçek-leşecektir. Özellikle işlem sonucunda sermayeye katılım oranı yüzde ellinin üzerine çıkacaksa, yönetim organı da bu nisaplarla tek başına tespit olunabi-leceğindendir ki, kontrolün kalıcı olarak değişmesi kıstası, şirket sözleşmele-rinde ağırlaştırılmış nisap veya imtiyazlar öngörmeyen çoğu şirket bakımın-dan karşılanmış olur.

Ciro eşikleri bakımından ise tebliğ iki aşamalı bir sistem getirmektedir. Buna göre, işlem taraflarının Türkiye ciroları toplamı yüz milyon TL'den fazla ise ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye ciroları ayrı ayrı otuz milyon TL'yi aşıyorsa, işlem Rekabet Kurulu'na bildirilecektir. Devre konu varlık değerinin otuz milyon TL'yi aştığı ve işlem taraflarından en az biri-nin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aştığı hallerde de işlemi Rekabet Kurulu'na bildirmek gerekeektir. İşlem taraflarının TTK'nın 195. maddesi anlamında bir şirketler topluluğuna dahil olmaları halinde anılan ciroların hesabında, devralanlar bakımından topluluğun toplam cirosu, devreden ba-kımından ise yalnızca kendi cirosu hesaba katılacaktır. Öyleyse kontrolde kalıcı değişiklik meydana getiren ve ekonomik manada belirli bir önemi haiz her işlem Rekabet Kurulu'na bildirilecek ve Kurul'dan alınacak bir izin ile geçerlilik kazanacaktır.

Yukarıda anılan kontrolde kalıcı değişiklik ve ciro şartlarını taşıyan iş-lemler taahhüt işleminin gerçekleşmesinin ardından ve fakat tasarruf işlemi gerçekleştirilmeden önce Kurul'a bildirilmek durumundadır. Taahhüt işleminin gerçekleşmiş olması işlemin artık tüm hatları ile ortada olması, olgunlaş-

mış ve geri dönülemez bir hal alınış olması bakımından önemlidir. Bu halde Kurul, neye izin istendiğini ve neye izin verdiğini bilecektir. Tasarruf İşleminin izin sonrasına bırakılması ise, İşlemin ancak izin üzerine tamamlanabilmesinden kaynaklanır. Bildirim, işlem taraflarınca birlikte veya herhangi bir işlem tarafınca tek başına yapılabilir. Tasarruf İşlemi gerçekleştirildikten sonra yapılan ya da bildirilmeksizin tamamlanan işlemlerde devralan teşebbüslerin idari para cezasına çarptırılması söz konusu olur.

Bu noktada son olarak ŞUhususu da ifade etmek gerekir: Rekabet Kurulu ilgili pazarda hakim durum yaratan ya da mevcut hakim durumu güçlendiren işlemlere izin veremez ya da şartlı bir biçimde izin verebilir.

Bu söylenenler ışığında bir bölünme işleminin Rekabet Kurulu'na bildirilmesi bakımından şu hususlar tespit olunabilir:

Bölünme işlemi, temelinde, bir malvarlığının devri işlemidir ve bölünme işlemi ile bölünen şirketi terkeden malvarlığı unsurları karşılığında devralan şirket veya şirketlerde pay edinilmesi söz konusudur. Bu manada bölünme işlemi, kural olarak, bildiri gereken işlemlerdendir. Eğer bölünme işlemi neticesinde bölünmeye katılan şirketlerin kontrolünde kalıcı değişiklik meydana gelecekse ve bölünmeye katılan şirketlerin ciroları yukarıda anılan tebliğde belirtilen eşikleri de aşarsa, o takdirde söze konu bölünme işlemi Rekabet Kurulu'na bildirilmelidir²¹⁸.

Bölünme işleminde devralan şirket veya şirketlerin payları bölünen şirketin mevcut pay sahiplerine mevcut payları oranında simetrik veya bu oran dikkate alınmaksızın asimetrik bir *biçimde* dağıtılabilir. Bu hallerde dikkat

²¹⁸ Burada ek olarak belki de şu istisnai hali ifade etmek gerekir: Birleşme ve devralmaların Rekabet Hukuku zaviyesinden kontrolünde amaç, teşebbüslerin eksogen büyümelerini denetim altına almaktır. Eksogen büyümeden kasıt mevcut bağımsız kaynakların bağlı hale getirilmesi ile büyümedir. Örneğin bir şirket şimdiye kadar bağımsızolan bir şirketin pay ve oy çoğunluğunu ele geçirirse, o şirketin bağımsız kaynaklarını dolaylı olarak kendi bağımlı kaynakları haline getirmiş olur; Rekabet Hukuku eliyle denetlenmek istenen büyüme şekli budur. Diğer taraftan, endogen, yani iç büyümede, zaten kontrol altında olan kaynakların kullanılması söz konusudur. Örneğin bir şirket, mevcut malvarlığını kullanmak suretiyle yavru bir şirket kurarsa, bu endogen büyümedir. Bu haller birleşme ve devralma denetlenmesi pratiğinin dışındadır; çünkü işlem dolayısıyla halihazırda bağlı kaynaklar kullanılmıştır. Bkz. Roger Zach, Schweizcrischcs Kanellrechc, Bern 2005, N. 751 vd. Bu söylenenlerden harekede ve bölünme özelinde şu husus tespit olunabilir: Yavru şirketler kurulması için bölünme işleminin kullanılması halinde Tebliğde anılan ciro/değer eşikleri aşılırsa dahi, bu işlemlerin Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gerekmemektedir.

edilmesi gereken husus, söze konu pay edinimleriyle bölünen şirket veya devralan şirket veya şirketlerde bir kontrol değişikliği yaşanıp **yaşarunadığıdır**. Örneğin mevcut bir şirkete kısmi bölünme neticesinde bölünen **şirket ortak**larından birinin devralan şirketteki payı yüzde elliye geçiyor ise, bu **takdirde** kontrolde kalıcı değişiklik kıstası yerine gelmiş sayılacaktır. Bundan **sonra** ise, ciro eşiklerini kontrol etmek gerekecektir. Örneğin bölünerek **şirket** malvarlığını terk eden kısmın değeri otuz milyon TL'yi aşmakta ve bölünmeye katılan şirketlerden en az birinin dünya cirosu da beş yüz milyon TL'nin üzerindeyse, bu takdirde söze konu bölünme işlemini Rekabet Kurulu'na bildirmek gerekecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, özellikle devralan şirket veya şirketlerin bir idari para cezası ile muhatap olmalarını engellemek adına bildirimin zamanlamasına da dikkat edilmelidir. Yine yukarıda belirtilen hususlardan harekede bölünmeye katılan şirketlerin kontrolünde kalıcı değişiklik meydana getiren ve ciro/değer eşiklerinin aşıldığı bir bölünme işleminin, bölünme sözleşmesinin genel kurullar tarafından kabulünün ardından en geç bölünme işleminin tesciline kadar Kurul'a bildirilmiş olması gerekir. Çünkü bölünme işleminde taahhüt işlemi genel kurul onayı ile hüküm ifade etmeye başlar; casarruf işlemi ise ticaret siciline tescildir. Ancak uygulamada zaman kaybını engellemek adına yönetim kurullarının bölünme sözleşmesini imza etmesiyle de Kurul'a başvurulması üzerinde düşünülebilir. Bildirim neticesinde bölünme işleminin bir hakim durum yaratmayacağı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyeceği görüşü hasıl olursa, Kurul bölünme işlemine izin verecek ve bölünme İşlemi tescil olunabilecektir.

11.Tescil

Tescil, bir çok merhalelerden geçtikten sonra tamamlanacak bölünme İşleminin son aşamasını oluşturur ve TTK m. 179'da düzenlenmiştir. Anılan hükmün kaynağı İsvBirK m. 51 ve 52'dir. Türk kanun koyucu anılan hükümleri, küçük farklılıklarla olsa da²¹⁹, Türk Hukuku'na dahil etmiştir; bu manada İsvBirK m. 51 TTK m. 179'un ilk üç fıkrasını, İsvBirK m. 52 de TTK m. 179'un dördüncü ve sonuncu fıkrasını karşılar.

²¹⁹ İsvBirK m. 52'de tescilin etkileri dolayısıyla rekabet hukuku lehine bir öncelik tanınmıken anılan hükmü karşılayan TTK m. 179/4'te bu yönde bir önceliğe yer verilmiştir. Yine de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinden bu yönde bir önceliğin mevcudiyeti çıkarılabilecektir.

TIK m. 179/1'de bölünme sözleşmesi veya planının bölünmeye katılan şirketlerin genel kurullarınca onaylanmasını müteakip bölünmenin tescilinin talep olunacağı ifade olunmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, iznecabi bölünmelerde ilgili iznin alınmış olması, sermayenin azaltılması ve artırılmasının söz konusu olduğu hallerde, bu işlemlerin de tamamlanmış olması bölünmenin tescili için ön şart niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle bölünmenin tescili, genel kurul onaylarını müteakip gerekli izinlerin ve sermayenin azaltılması ve/veya artırılması kararlarının alınması üzerine talep olunabilecektir.

TTK m. 179/1'de tescili "yönetim organı"nın talep edebileceğinden bahsedilmektedir; ancak bölünmeye katılan şirketlerin birden çok olması halinde, ki yeni kuruluş şeklinde bölünmeler hariç her bölünmeye en az ilci şirket katılmaktadır, anılan maddede hangi şirket yönetim organından bahsedildiği açık değildir. Özellikle bölünmeye katılan şirketlerin farklı sicil çevrelerinden olmaları halinde, hangi sicil müdürlüğünün tescil ile görevli olduğu sorunu da ortaya çıkabilecektir; bu konuda da Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Konu ile ilgili TSY m. 128 ve 129 hükümleri birlikte incelendiğinde yukarıda anılan sorunun halli bakımından Türk Hukuku'nda şu yönde bir çözümün benimsendiği düşünülebilmektedir: Bölünmeye katılan her bir şirket kendi müdürlüğüne ve hepsi birlikte her müdürlüğe başvuracaktır. Ancak kanaatimizce bu yönde bir çözüm, bölünme işleminin sıhhatinin de doğru şekilde değerlendirilebilmesi ve işlem tekrarlarının engellenmesi bakımından tercihi şayan olmamalıdır. İsviçre Hukuku'na bakıldığında görülmektedir ki²²⁰, bölünmeye yönelik tescil işlemi bölünen şirketin bağlı bulunduğu sicil memurluğunca yönetilmektedir. Bu meyanda devralan şirketlerin sermayelerinin artırılması kararları da dahil olmak üzere, tescil için gerekli her türden belge bölünen şirketin tabi olduğu sicil memurluğuna teslim olunmakta ve bölünme işleminin hukuka uygun yürütüldüğünün kontrolü ve tespiti anılan bu memurlukça yerine getirilmektedir. Sonrasında ise anılan bu memurluk, diğer sicil memurlukları ile malvarlığına dahil sicile tabi unsurların bağlı olduğu diğer sicilleri de bilgilendirmektedir. Kanaatimizce TSY'nin ilgili maddelerinin bu yönde bir açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

Bölünmenin tescili için lazım gelen belgeler TSY m. 128' de belirtilmiştir. Anılan bu madde tam bölünme ve kısmi bölünme ile yeni kuruluş şeklinde bölünmeler için istenen belgeleri ayrı ayrı belirtmekle beraber, her bir

²²⁰ İsviçre sicil uygulaması için bkz. **Warcer/Büchi, Art. 51, N. 5.**

tı(')lunme işleminde tescil için istenen belge **ve bt-yanlai, kuiaJolaialc** u 1-
fir: Dölünme sözleşmesi veya planının onrtğı, genci **lcuruJlarda aJ1nan ona**
ktrırlıırı, bölünmeye katılan şirketlerin ticaret unvanı vt sicil **bflıkı, dc-Yie**
konu malvnrılığından sicile tabi unsurların bir lıstesi ile sıc,I bilgileri, izM cahi
bölünmelerde gerekli iznin aLndığını gösterir belgeler, son bilinço **veya ıb-**
nlınıışsa ara bilançolar, yeni kuruluşta kuruluş belgeleri, devre konu ma.lvailı-
ğının değerinin tespitine yönelik YMM/SMM veya denetime tabı **şırke-dttde**
denetçi raporu, sermaye azalamı ve artırımına ilişkin genel kurul **kan.rb.rı,**
kısmi bölünmelerde bölünmenin borca batıklık ile sonuçlanmaya.cağına yö-
nelik YMM/SMM veya denetçi raporu, bölünme raporu **ile alaaklıbn. yoot-**
lik ilan ve teminat prosedürünün işletildiğine yönelik beyan ve ticaret sıcılı
gazetesi çıktıları.

Bu belgelerin ticaret sicili müdürlüklerine tevdii ile birlikte bölünme
keyfiyeti tescil olunabilecektir. Bu noktada TSY m. 129/1 öncelikle bölünen
şirketin bölünmenin onayı yönündeki genel kurul kararının tescil olunaca-
đını ifade etmektedir. Tüm sicillerde bölünme bu şekilde tescil olunduktan
sonra ise, bölünmenin kendisi tescil olunur, bölünme keyfiyeti malvarlığın-
daki tescile tabi unsurlar bakımından diğer tescillere de bildirilir ve tam bö-
lünme halinde bölünen şirket bu tescil ile birlikte tasfiyesiz bir biçimde sona
erer, bölünen şirketin ticaret unvanı da ticaret sicilinden silinir'.

Bu başlık altında son olarak tescilin etkilerinden bahsetmek gerekir:

Bölünmenin ticaret siciline tescili kurucu niteliktedir²²² ve malvarlığının
nakli taahhüdü bakımından tescil, tasarruf işlemine de vücut verir. **Diğer**
bir ifadeyle bölünmeye konu malvarlığına dahil olan aktif ve pasif unsurların
camamı, daha önce envanter bahsi altında da ele alındığı üzere, envanterde
kayıt altına aLnımıştır ve bu şekilde kaydı gerçekteşen tüm unsurlar bölün-
menin tescili ile birlikte devralan şirket veya şirketlere bir kül halinde ve
b?kaca bir işleme gerek kalmaksızın (*imo actıı*) geçmiş olurlar. Bölünmeye
konu malvarlığının içerisinde alacak gibi kimi bazı unsurların daha bölünme
sözleşmesi veya planının imzası veya genel kurulca onayı ile geçmiş olabi-
leceği ve bu nedenle bölünme sözleşmesi veya planına da, kısmen de olsa,
casarruf işlemi olarak bakılabileceği düşünölebilse de, burada temsil edilen
görüş uyarınca, devre konu malvarlığı unsurlarının münferit olarak tabi ol-

²²¹ Bkz. TTK m. 179/3 ile 159/1-son.

²²² Aynı yönde **Çoşcan**, Bölünme, s. 104; **Pulaşlı**, s. 134.

duğu taahhüt-tasarruf işlemleri bölünme gibi külli intikal hallerinde devr dışı kalır ve söze konu malvarlığı bir bütün halinde ve tescil ile devraları geçmiş kabul edilir. Bölünme İşleminde tescilin kurucu niceliği gereği, bölünen şirket veya ortaklarına bahşolunacak payların da tescil ile ve bu kişilerin uhdesinde aslen oluştuğunun kabulü gerekir²²³. Bu kişilerin pay sahibi sıfatı tescil tarihi itibarıyla başlar ve bu tarihten itibaren payları üzerinde tasarrufta bulunabilirler²²⁴.

Yukarıda ele alınan başlıklardan da görülebildiği üzere Kanun, bölünme işleminin her bir aşamasında tarafları pek çok şartı yerine getirmekle yükümlü tutmaktadır. Bu yükümlülükler bakımından noksanı olan bir bölünme işleminde, bu noksanlıklar, burada temsil edilen görüş uyarınca, tescil ile birlikte "iyileşmiş" kabul edilir. Bu meyanda tescilin iyileştirici etkisinden de (*Heilungswirkung*) bahsedilmektedir²²⁵. Ancak yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına tescilin iyileştirici etkisi bakımından şu hususları da eklemek gerekir: Tescil yukarıda anılan türden noksanlıkları gidermez, tamamlamaz; bu türden noksanlıkların giderilmesi, tamamlanması yükümlülüğünü de ortadan kaldırmaz. Bölünmeye katılan şirketlerin, bu manada ve imkan dahilinde, bu noksanlıkları gidermesi gerekir; anılan noksanlıkların giderilmemesi halinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, tescile rağmen baki kalmaktadır. Bu yönüyle tescil, sadece, bölünme işleminin, eski halin iadesi ile sonuçlanacak bir biçimde ortadan kaldırılmasına mani olmaktadır; bölünme işleminde yaşanan eksikliklerin giderilmesi için işlemin geriye dönük ortadan kaldırılması dışında çözümlerin aranması lüzumu ortadan kalkmamaktadır²²⁶. İleride ayrıntısı ile ele alınacaktır; ancak bu noktada da kısaca ifade olunmasında fayda vardır: Bölünmeye katılan şirket ortaklarına TİK m. 192 hükmü ile bölünmeye dönük genel kurul kararlarının iptalini talep yönünde bir hak tanınmıştır. Eğer genel kurul kararlarına karşı bölünmenin tescilinden önce İptal davası açılmış ise, davayı gören mahkemenin tescili öteleyici yönde bir tedbire hükmetmiş olması gerekir.

²²³ Bölünme neticesinde oluşan paylar pay sahiplerince aslen iktisap olunduğu için bu paylara kanuni veya sözleşmese! bağlam hükümleri uygulanmaz. Bkz. Forstmoser/Meier• Hayoz/Nobel, §43 N 44 vd.

²²⁴ Bkz. Watter/Büchi, Art. 51, N. 19. Anılan yazarlar da bölünmeye konu malvarlığının intikal tarihi olarak tescil tarihini dikkate almakla birlikte, malvarlığının geçişi bakımından tescilin üçüncü kişilere etkisini tescil keyfiyetinin ilanı ile başlatmak eğilimindedirler.

²²⁵ İptal davası başlığı altında tescilin iyileştirici etkisi olduğu savına ayrıntılı bir biçimde yeniden değinilecektir.

²²⁶ Aynı yönde Watter/Büchi, Art. 51, N. 21.

IV. KORUMA HÜKÜMLERİ: TALEP VE DAVA HAKLARI

Şimdiye kadar ele alınan bölümlerden de anlaşılabilceği üzere kanun koyucu bölünme işleminin bölünmeye katılan şirketlere, anılan şirketlerin ortaklarına ve yine bu şirketlerde çalışan işçiler de dahil olmak üzere alacaklılarına zarar verebileceğini öngördüğü için bölünme işlemini şeklen kacı usullerin hakim olduğu detaylı bir sürece tabi tutmuş, bu zararların ortaya çıkışını baştan önlemeye gayret sarf etmiştir. Ancak kanun koyucu, yine de ve özellikle Kanun'da öngörülen usule bihakkın riayet edilmemiş olabileceğini de öngördüğünden, bölünme işleminin tabi kılındığı usulün yanı sıra bu usulü tamamlayıcı ve koruyucu nitelikte talep ve dava hakları da bahşetmiştir. Bu çerçevede bu dördüncü ve son bölümde Kanun'un tanıdığı talep ve dava hakları bölünme işlemi özelinde araştırılmaya çalışılacaktır.

1. Genel Koruma: Sorumluluk Davası

1.1. Genel Olarak

İlerleyen bölümlerde de görülebilecektir; ancak henüz bu noktada dahi ifade etmek gerekir ki, kanun koyucu dava hakları bakımından bölünmeye katılan şirket ortaklarını, alacaklıları ve işçileri koruyucu nicelikteki dava haklarını ayrı ayrı düzenlemek yoluna gitmiştir. Kanun'un dava hakları ile ilgili temelinde yatan sistem bu olmakla birlikte, bu sistemden ayrılarak ilgili tüm kişilere ortaklaşa tanıdığı tek genel koruma ve bu manada dava hakkı TTK'nın 193. maddesinde yer alan sorumluluk davasıdır. Anılan bu hüküm bölünme işlemi özelinde kaleme alınmış bir hüküm değildir; birleşme ve tür değişikliği hallerinde de uygulama alanı bulur; ancak bölünme işlemi özelinde anılan hüküm şu hususu ifade eder: Bölünme işlemine herhangi bir şekilde kacılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Hükümün içeriği incelendiğinde anonim şirketlerde sorumluluk bahsini düzenleyen özellikle TTK'nın

553/1 hükmü ile benzerlikler göze çarpmaktadır'. Bu paralellik kanun koyucu tarafından da istenmiş olacak ki, İTK'nın sorumluluk davasını dünen. leyen 193. maddesi, boşluk bulunan hallerde uygulanmak üzere TIK'nın 555, 556, 557, 560 ve 570. maddelerine atıf yapmaktadır. Aynı şekilde Kanun, şirketler topluluğu içerisinde cereyan eden bölünmelerde (diğer yeniden yapılandırma hallerine de cari olacak şekilde) TTK'nın 202 ila 208. madde hükümlerini de saklı tutmaktadır².

TTK'nın 193. maddesinin kaynağı İsvBirK m. 108 hükmüdür; ancak içeriği itibariyle kaynak hükümden belirli noktalarda ayrılmaktadır: 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçiliği müessesesi kaldırıldığından TTK m. 193/2 de ilga edilmiş bulunmaktadır; dolayısıyla mehzaz hüküm işlem denetçisinin sorumluluğunu ayrıca düzenlemişken, bu yönde bir hüküm Türk Hukuku'nda bulunmamaktadır. Aynı şekilde TTK m. 193/3 şirketler topluluğuna yönelik hükümlerimizi saklı tutarak, bu yönde herhangi bir düzenlemeye sahip olmayan İsviçre Hukuku'ndan ayrılır³.

1.2. Sorumluluğun Kaynağı

TTK m. 193'te düzenlendiği haliyle sorumluluk, yasaya aykırılıktan kaynaklanmaktadır⁴. Bölünme işlemi özelinde ifade etmek gerekirse; TTK m. 193'te düzenlendiği haliyle sorumluluk, TTK'nın bölünme işlemini düzenleyen 159 ila 179. hükümlerinde ifadesini bulan, koruyucu nitelikteki esasa ve usule dönük hususlara riayet olunmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Yasanın öngördüğü bu hususların eksik bırakılması, hiç uyulmaması, yanlış uygulanması, yanıltıcı olacak şekilde uygulanması da sorumluluğa yol açacak hallerdendir. Burada altını çizerek ifade etmek gerekir ki; bölünmeye katılan şirket türlerine has ve bu türlere yönelik olarak Kanun'un vaz ettiği diğer türden borç ve yükümlülöklere (bihakkın) riayet olunmamış olması halinde

Benzerlikler ve farklar için bkz. Gürbüz-Usluel, s. 157 vd.

² TIK'nın 193. maddesinin 1. fıkrası 202 ila 208, 555 ila 557 ve 560 ile 570 hükümlerinin tamamını "saklı" cucmaktadır. Ancak kanaatimizce Kanun, 202 ila 208 hükümlerini saklı cucmak, yani öncelikle uygulanır kılmak isterken, anılan diğer hükümleri kıyasen uygulamak istemiş; fakat lafzında başarılı olamamıştır.

³ Bu noktada son bir farklılık olarak İpekel-K.ayalı, TTK 193/1 hükmünün İsvBirK m. 108 hükmüne nazaran muhtemel sorumlu kişiler çevresini, TTK m. 198/l'de geçen "herhangi bir şekilde kacılımış bulunan bütün kişiler" ifadesi dolayısıyla daha geniş ifade ettiğini beyan ermektedir. Bkz. İpekel-Kayalı, s. 349.

Bkz. Bencdikt Maurenbrecher/Scefan Weller, Art. 108, Basler Kommentar-Fusions-gesecz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 6.

ITK'nın 193. maddesinin değil, sou konu şirket öüJındt Kanun un fı2 cttiji öıd hükmün uygulanması söz konwudur>. Örneğin bir ananım lıl'- ◆cin bölünmesi sırasında ortaya çıkan ısrar bölünme söı.lqmni, raponmua haı.ırlarunıısı, inceleme hakkı ve alacaklılara çağrı gibi böJüruncye yooid.ik hükümJerin ihlali dolayısıyla değil de, yönetim kurulu üyesjnin genel oun ve sadakat yükümlülüğünün ihlalinden kaynakJanırış ise, o halde ITK m. 193'ün değil, TTK m. 553'ün uygulanması gerekir.

1.3. İptal Davası ile İlişkisi

İsviçre Hukuku'nda bir kısım müellif, ileride de ele alınacak ve **Türk** Hukuku'nda TIK m. 192'de kurallaştırılmış iptal davası ile ◆bu başlık altında ele alınan sorumluluk davası arasında bir $\frac{3}{4}$ ki kurmakta ve onakJa- rın iptal davası açmak imkanı varken sorumluluk davası açmış olmalarını menfaat dengesi bakımından uygun bulmamaktadırlar⁶. Bu görüştemsilcilerine göre, iptal davası açılacak olursa, hakiın hukuka aykırılığı düzeltici yönde tedbirlere de karar verebilir; bu tedbirlerin uygulanması neticesinde de ortada tazmini gerekli bir ihlal kalmamış olur. Ancak kanaatimizce takip eden çekinceler ışığında bu görüşe katılmak imkanı yoktur: Öncelikle; sorumluluk davası bir zararın tazminine yöneliktir; iptal davasında ise hakimden zararın tazmini değil, hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılması talep olunmaktadır. İleride iptal davası başlığı altında ayrıca görülecektir; ancak hakim, yukarıda anılan görüş temsilcilerince de dile getirildiği üzere, iptal talebi ile bağlı değildir; işlemi ayakta tutacak ve hukuka aykırılığı giderecek bir tedbire de karar verebilir. Ancak bu tedbir, Yasa'da da açıkça ifade olunduğu üzere, hukuki sakatlığın giderilmesine yöneliktir. Diğer bir ifadeyle hakim, yine işlem özelinde bir karar verecektir. Örneğin eksik kalan bir raporun tamamlanması ya da yanlış bir beyanın düzeltilmesi gibi bir tedbir verilecektir; hakimce öngörülen uygun bir süre içerisinde tedbire uygunluk sağlanırsa da bölünme işlemi iptal olunmayacaktır. Ancak burada da görüldüğü üzere, hakimın iptal davası içerisinde bölünme işlemine düzeltme yönündeki müdahalesine rağmen, davacı yanda tazmini zaruri bir zarar baki kalabilir. **Diğer** bir ifadeyle iptal davasında verilecek bir tedbir, davacı yanın doğrudan ya da dolaylı zararlarının giderilmesini de, en azından taleple bağlılık ilkesi gereği,

◆ Bkz. Maurenbrecher/Weller, N. 11.

6 Bkz. Maurenbrecher/Weller, N. 15. Federal Mahkemenin içtihadının da bu yönde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Gürbüz-Usluel, s. 167, Dn. 96.

içeremeyeceğinden, yukarıda anılan bu görüşe katılmak imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeplerden ötürü ve burada temsil edilen gönq uyarınca, işbu başlık altında ele alınan sorumluluk davası, bir iptal davası açmak imkanının varlığı dolayısıyla ve bu sebepten reddolunamaz, reddolunmamalıdır⁷.

1.4. Tarafları

TTK m. 193'te sorumluluk davasını açabilecek şahıslar ile bu davanın açılacağı kişiler sayılmış değildir. Diğer bir ifadeyle anılan madde, sorumluluk davasında aktif ve pasif dava ehliyeti hususlarını açıkça düzenlemiş değildir. Bu noktada pasif dava ehliyeti ile başlamak gerekir⁸:

Kanun, sorumluluk davasının açılacağı kişiler çevresini bölünme işlemine "herhangi bir şekilde kacılmış bütün kişiler" olarak ifade etmiştir. Hükmün lafzına itibar edilecek olursa, bölünme işleminin hazırlanması ve yürütülmesine katkısı olan yönetim kurulu üyeleri, alt düzey yöneticiler, danışmanlar ve denetçiler bu hüküm dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilecek kişilerdir. Ancak bu haliyle pasif dava ehliyeti, kanaatimizce, sorumluluk davasına yönelik maddenin amacını da aşacak bir şekilde genişletilmiş olacaktır⁹. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, söze konu hükmün amacı Yasa'nın bölünme işlemi dolayısıyla öngördüğü yükümlülükler uyulmamasından kaynaklanan zararların tazminini mümkün kılmaktır. Dolayısıyla tazminat borcunun muhatabının da ihlale konu yükümlülüğün muhatabı olması gerekir. Yukarıda da görüldüğü üzere Yasa, bölünme işleminin hazırlanması ve yürütülmesi konusunda yetki ve yükümlülüğü esasen yönetim kurullarına bahşetmiştir. O halde hükmün muhatabının da evvel emirde yönetim kurulu olması icap eder. Ancak yönetim kurulu kendi üyelerinden bir veya birkaçına ya da alt düzey yöneticilere bu yetki ve görevi tevdi etmiş olabilir. O takdirde bu kişi veya kişilerin de sorumluluğu doğacaktır; fakat yönetim kurulunun

⁷ Aynı yönde Gürbüz-Usluel, s. 168. Yazar her iki davanın bir arada açıldığı hallerde iptal davasının reddolunmasının sorumluluk davasını konusuz bırakacağını tespit etmektedir. Bizce de, iptal davasının reddi derdest bir sorumluluk davasını konusuz bırakmalıdır. Çünkü iptal davası da, sorumluluk davası da aynı sebebe, yani yasaya aykırılık haline dayanmaktadır. Bu minvalde; eğer iptal davası yasaya aykırılık görülmediği için reddolunmuşsa, ay01 tespitinin sorumluluk davası için de geçerli olması ve bu davayı konusuz bırakması gerekir. Aksi halde, aynı sebebe yönelik çelişkili mahkeme kararlarının ortaya çıkması tehlikesi baş gösterecektir. Ayrıca bkz. **Erdem**, Yeni Davalar, s. 132.

⁸ Tamamı için bkz. Maurenbrecher/Weller, N. 27 vd.

⁹ Ay01 yönde Erdem, Yeni Davalar, s. 133.

da bu kişilerin seçiminden, denetlenip gölümün n ka1n l, **sorumlu** luğunun da devam edeceği ifade olunmalıdır. O1..cdtmt-k sctt-**ol, ve, sorum** luluk davasının muhatabı şirketin, şekli ya da yerkilendimlmdt't• n:ailıf'l"Jnk. organlarıdır¹⁰. Aynı şekilde yetkisi olmam33ına rağmen, bölünme mine vasıflı etkisi olmuş, bu işlemi yönlendirmiş olan şahıslar **da, kan2aumrv"**. fiili organ sıfatıyla sorumlu tutulabilirler¹¹. Bu manada ha.kim orcağ,n lun- disi, şirketler topluluğunda hakim şirket, sorumluluğuna gidiJebiJ«ek 1afia- lardandır. Hemen ifade etmek gerekir ki, tüzel kişinin sorumlu cutuJabddJğı hallerde, tüzel kişinin organı niteliğindeki gerçek kişilerin sorumJuJuğum artık gidilmemelidir¹². Her halükarda sorumluluğun varlığı ve miktarın2 "farklılaştırılmış teselsül"¹³ ve "iş adamı kararı"¹⁴ ilkeleri ışığında **karar** te- rilmelidir¹⁵.

Pasif dava ehliyeti ile ilgili bu noktada son olarak şu hususu da **belirtmek** gerekir: Danışmanlar ve denetçiler gibi şirket ile aralarında akdedilen bir iş görme sözleşmesi üzerinden bölünme işleminin hazırlanması ve yürürülmesi işlemine katılmış şahısların, sözleşme ilişkisini aşarak fiili organ gibi hareket etmemiş olmaları kaydıyla, TTK m. 193 üzerinden dava edilebilmeleri mümkün değildir¹⁶. Çünkü yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme işle- minden kaynaklı sorumluluk Yasa'nın ihlalini takip etmekte ve Yasa'nın yü- kümlü kıldığı şahsı muhatap almaktadır; bu şahıs da şirketin şekli veya fiili bir organı olmalıdır. Bir organ sıfatına sahip olmayıp da şirketle bir sözleşme ilişkisi üzerinden bölünme işlemine katılmış şahısların kusurlu harekede❖ ancak şirket tarafından ve aralarındaki sözleşme ilişkisine istinaden dava edi- lebilir. Aksine bir anlayış sözleşmelerin nisbiliği ilkesini de zedeleyecektir. Bu son söylenen husus, kanaatimizce, aktif dava ehliyetine sahip kişilerin ortaya konması ile daha da açık hale gelecektir.

Aktif dava ehliyeti bakımından ifade olunan genel husus, bu ehliyetin

¹⁰ Benzer şekilde Coştan, Alacaklının Korunması, s. 273.

¹¹ Aynı yönde Maurenbrecher/Weller, N. 29b ile Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 348.

¹² Kanaatimizce bu organ kişilerin sorumluluğuna ancak anılan tüzel kişinin ortakları veya alacaklıları gidebilirler. Aksi yönde Maurenbrecher/Weller, N. 29h.

¹³ Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 349. Kavram içeriği için bkz. Mehmet Hel- vacı, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, GÜHFD 2013/2, s. 77-97.

¹⁴ Anılan ilke somut olayın *Ex-ante* değerlendirilmesi gerekliliğini ifade eder.

¹⁵ Aynı yönde Gürbüz-Usluel, s. 165.

¹⁶ Aynı yönde Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 348 ile Gürbüz-Usluel, s. 164.

bölünmeye katılan şirketlere, bu şirketlerin ortaklarına ve alacaklarına düş-
tüğü yönündedir". Bu noktada hemen ifade olunmalıdır ki, tam bölünmede
bölünen şirket bölünme işlemi neticesinde sona ereceği için, bölünen şirketin
dava hakkı halef sıfatıyla devralan şirketlere geçmektedir¹⁸. Yine ifade **etmek**
gerekir ki, TTK m. 193'te öngörüldüğü haliyle bir sorumluluk davası ilişki-
de bulunulan tarafa, organa karşı açılabilir¹⁹. Örneğin A şirketinin alacaklısı
bölünmeye katılan B şirketinin yönetim kurulunu dava edemeyeceği gibi,
B şirketinin alacaklısı da ancak B şirketinin yönetim kurulunu dava edebi-
lecektir. TTK m. 193'teki atıflar nedeniyle anonim şirketlerde sorumluluğa
has ilkeler burada da aynıyla caridir²⁰. Bu manada şirketin iflas etmiş olup
olmamasına ve zararın doğrudan veya dolaylı olarak nitelendirilebilmesine
göre ortaklar ve alacak. Varın aktif dava ehliyetlerini incelemek gerekecektir.

Bilindiği üzere anonim şirketler hukukunda sorumluluk bahsinde dolay-
lı zarar, şirketin düçar olduğu zararın pay sahibine veya alacaklıya yansması
halidir²¹. Diğer bir ifadeyle yasanın (ve esas sözleşmenin) ihlali önce şirkete
zarar vermiş, onun malvarlığındaki azalma veya artışın engellenmesi sonra-
dan pay sahibi veya alacaklının malvarlığına da yansmıştır. Doğrudan za-
rarda ise, şirketin malvarlığında bir azalma yaşanmadan ya da malvarlığının
artması engellenmeden pay sahibi veya alacaklıların malvarlığında azalma
olmuş ya da olası bir artış engellenmiştir. Bu türden bir zarara bölünme işle-
mi özelinde şu örnekler verilebilir: Değişim oranı yanlış hesaplanınca şirket
malvarlığı etkilenmez; ancak pay sahibi daha az pay almış olur²². Bu bir
doğrudan zarardır. Yahut alacaklılardan birinin alacağı teminat altına alın-
mak yerine vadesinden önce ödenirse, diğer bir alacaklı alacağına kavuşama-
yabilir. Bu halde de şirketin uğradığı bir zarar söz konusu değildir; alacak-
lının doğrudan kendi malvarlığında yaşanabilecek bir artış engellenmiştir.

Doğrudan ve dolaylı zarar bu şekilde tanımlandıktan sonra ortaklar ve
alacaklıların açacakları davalar bakımından şu hususları ifade etmek mwn-
kündür: Doğrudan zararların tazmini için açılacak davalarda şirketin iflas

¹⁷ Bkz. **Maurenbrecher/Weller**, N. 17.

¹⁸ **Maurenbrecher/Weller**, N. 17.

¹⁹ **Maurenbrecher/Weller**, N. 29e.

²⁰ Bu ilkeler için bkz. **Maurenbrecher/Weller**, N. 19 vd. ile Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, s. 13 vd ile 117 vd.

²¹ Bkz. **Çamoğlu**, s. L20.

²² Bkz. **Maurenbrecher/Weller**, N. 45.

tdip etmemesinin bir önemi yoktur; alacaklılar da, **orrakJır da bu alacaJdarı** nı doğrudan takip edebilirler²³. Yine doğrudan zararlarda **ortak vey2 alac.aJclJ** SJfAtının 1a.rarın ortnya çıktığı anda mevcut olması yeterlidir; **dava** açıldığı, sıradı bu sıfat bulunmasa da dava dinlenir²⁴.

Dolaylı zararlarda dava, zararın zarara uğrayan ıirket nezdinde **gide** rilmesi için açılır. O nedenle dolaylı zararlarda ortak veya alacaklı **sıfatının** davıurun açıldığı gün itibariyle de korunuyor olması gere.lcir; aksi halde **dava** husumetten reddolunur²⁵s. Yine dolaylı zarar bakımından alacaklılar **davala** nru, ancak şirket iflas etmiş ise açabilirler; bu halde dahi iflas masasının **dava** açmaktan imtina etmiş olması gerekir²⁶. Çünkü şirketin iflas ettiği hallerde şirket adına talepte bulunmak hakkı iflas masasına geçer. Aynı sebepten ötü rü, şirketin iflas etmiş olduğu hallerde ortaklar da ancak, iflas masasının dava açmaması halinde dolaylı zararı dava edebileceklerdir.

Yine anonim şirket hükümlerine atıf dolayısıyla ortakların açacakları so rumluluk davaları bakımından ibra kararının da etkisine değinmek gerekir: Bölünme işleminin genel kurulun onayına sunulduğu bilinmektedir. Buna göre Yasa'nın aradığı nisaba uygun bir nisapla onaylanmış bölünme işlemlerinde genel kurulun onayı ibra hükmündedir²⁷. İbra kararının ayrıca alınmış olması da mümkündür. İbra kararı dolayısıyla artık zarar gören Şirketin dava açmak hakkı ortadan kalkmış olur.

İbranın ,doğrudan zararların tazmini bakımından ise bir etkisi yoktur²⁸; diğer bir ifadeyle bölünme işlemi yönüde olumlu oy kullanmış ortaklar, ibra kararına katılmış ortaklar dahi, doğrudan zararlarının tazmini için dava açabilirler. Yine şirketin iflas etmiş olması halinde de ibra hüküm ifade etmez; genel kurulda olumlu oy kullanmış olan ortaklar dahi, dolaylı zararlar açısından dava açabilir hale geliden İflas masasının dava açmaktan imtina etmiş olması yönündeki şart bakidir. .

Bu minvalde ibra, iflas etmemiş Şirketlerde ve dolaylı zararlar bakımından etkindir: Buna göre (genel kurul onayına veya ayrıca alınan) ibra kararına katılmış ortaklar dolaylı zararlar bakımından dava açamazlar.

²³ Bkz. Çamoğlu, s. 135.

²⁴ Bkz. Maurenbrecher/Weller, N. 19.

²⁵ Bkz. Maurenbrecher/Weller, N. 19.

²⁶ Bkz. Maurenbrecher/Weller, N. 23a.

²⁷ Maurenbrecher/Weller, N. 24.

²⁸ Maurenbrecher/Weller, N. 26.

1.5. Zamanaşımı

Bu noktada son olarak sorumluluk davasına uygulanacak zamanaşımına da değinmek gerekir: TTK m. 560 hükmüne yapılan atıf nedeniyle TTK m. 193'te öngörülen sorumluluk davasını açarak tazminat istemek hakkı, **zararın** ve failin öğrenildiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden başlamak üzere beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Özellikle beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasında, kanaatimizce, dikkatli olunmalıdır; zararı doğuran fiil her olayda farklılık arz edebilir, genel kurul ya da tescil tarihi her halde anılan sürenin başlangıcı olmayacaktır. Kimi bazı hallerde, örneğin alacaklılara yönelik çağrının yapılmasında, bu süre anılan temel tarihlerden daha önce dahi başlamış olabilir.

2. Ortakların Korunması

Bölünme dolayısıyla zarar görebilecek çevrelerin başında bölünmeye katılan şirketlerin ortakları gelmektedir. Kanun bu çevreyi, inceleme davası ve denkleştirme talebi ile iptal davası üzerinden iki araçla açıkça ve ayrıca koruma altına almıştır.

2.1. İnceleme Davası: Denkleştirme Akçesi

2.1.1. Davanın Amacı

Bilindiği üzere bölünme işlemi neticesinde seçilmiş malvarlığı unsurları bölünen şirketin malvarlığını terk etmektedir. Tam bölünmede bölünen şirketin tüm malvarlığının iki veya daha fazla şirkete devri söz konusudur ve işlem neticesinde bölünen şirket tasfiyesiz bir biçimde sona erer. Kısmi bölünmede ise, bölünen şirketin sadece bir kısım malvarlığının devri söz konusudur ve bölünme işlemi neticesinde bölünen şirket kalan malvarlığı unsurları üzerinden faaliyetine devam eder.

Hem cam hem de kısmi bölünmede bölünmeye konu malvarlığının devralan şirket veya şirketlere nakli neticesinde, bu şirket veya şirketlerin payları, yeni kuruluş şeklinde bölünmede bölünen şirkete veya her halükarda onun ortaklarına bahşedilebilir. Bölünmeye konu malvarlığının devri karşılığında bölünen şirket ortaklarına devralan şirket veya şirketlerin paylarının takdim edileceği hallerde ise, son olarak, bu paylar bölünen şirketteki pay bileşimini yansıtır şekilde simetrik veya bu pay bileşiminden ayrılmak suretiyle asimetrik dağıtılabilir.

Görüldüğü üzere bölünme işleminin özünde, JcuaJ olatak, unen r, kere ait malvarlığı unsurlarının devri oeticesinde bölünmın ırkft onaklat başka şirket veya şirketlerde pay edindirilmesi hususu yarmaktadır. Bu o-- nüyle bölünen şirket orcamlanna devralan **şirket veya şirketinde veriJı:ak** pay adedi de, esasen, bölünmeye konu malvarlığı unsurları **ile devralan 4Jrker** veya şirketlerin malvarLğırın ekonomik değerinin **tespiti ve bu ilci de erin** birbirlerine oranlanması neticesinde bu.lurunaktad.ır29. **Anılan bu değer us,,** pitinde ve oranlama işleminde yapılacak bir yanlılık ise, **son tahhlde. bölü-** nen şirket ortaklarının devralan şirketlerde, yerine göre haddinden **fazla veya** gereğinden az pay almaları ile sonuçlanabilir. Eğer bölünmeye **konu mal-** varlığı unsurlarının ekonomik değeri haddinden fazla veya devralan **tirkct** veya şirketlerin malvarlığı gereğinden az hesaplanmış **ve neticesinde bölünen** şirket pay sahiplerine devralan şirket veya şirketlerde **fazla pay verilmişse. bu** durumda devralan şirket veya şirketlerin bölünme öncesi **mevcut pay sahip-** lerinin hakları sulanacaktır. Tersi bir durumda ise, yani **bölünmeye konu mal-** varlığı unsurlarının değeri gereğinden az veya devralan **şirket veyaşirketlerin** malvarlığı haddinden fazla hesaplanmış ise de, bu halde bölünen **şirketin pay** sahiplerinin hakları haleldar edilmiş olacaktır.

Bu çerçevede Kanun, 191. maddesi üzerinden, bu değerlendirme faaliyetinin mahkemece incelenmesi amacına matuf bir özel dava türü öngörmüş bulunmektedir³⁰. Anılan madde bölünme işlemine has bir madde değildir; her üç yeniden yapılandırma hali dolayısıyla da uygulama alanı bulabilecek bir maddedir. Diğer bir ifadeyle Kanun, inceleme davasını birleşme, bölünme ve tür değişikliği işlemlerinin tamamında geçerli olacak şekilde ve genel bir biçimde kaleme almış vaziyettedir. Hemen belirtmek gerekir **ki;her ne kadar** Kanun, her üç işlem türüne uygulanabilecek, bu manada, bir **genel dava türü** vaz etmiş olsa da, lafzı itibariyle maddenin birleşme işlemi **düşünülerek ya-** zıldığı söylenebilir. Bu nedenle işbu başlık altında anılan maddenin bölünme işlemi özelinde nasıl okunabileceği meselesi üzerinde durmak **gerekecektir.**

2.1.2. Hükümün Kaynağı ve Konttsu

İnceleme davasını düzenleyen TTK m. 191 hükmünün kaynağı İsvBirK

29 Hesaplama usulü için bkz. Lukas Glanzmann, Art. 7, Fusjongs-gesetz sowie clie einschla- gigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015, N. 13 vd.

30 Bkz. Pulaşlı, s. 147.

m. 105 hükmüdür. Benzer bir dava türüne Alman Hukuku'nda da rastlanmaktadır. Ancak Alman Tür Değiştirme Kanunu m. 15'te düzenlendiği haliyle Alman kanun koyucusunun bu yönde bir inceleme davasını sadece birleşme işlemleri bakımından düzenlemiş olduğu görülür. İnceleme davasının Alman Hukuku'nda sadece birleşme işlemi açısından düzenlenmiş olması, kanaatimizce, tesadüf olmamalıdır. Yine takip eden bölümlerde gösterilmeye çalışılacağı üzere, bölünme işlemleri bakımından inceleme davasını konu alan TTK m. 191 hükmü, farklı okunmayacak olursa, sadece sınırlı bir biçimde bölünme işlemlerine uygulanabilir. Çünkü Alman ve İsviçre Hukuku kaynakları incelendiğinde görülecektir ki, anılan dava bu sistemlerde "değişim oranı" olarak tabir edilen oranın, doğruluk bakımından incelenmesi davası olarak görülmektedir³¹. Halbuki, yukarıda da ifade edildiği üzere, bölünme işlemi özelinde bölünen şirketin paylarının devralan şirket veya şirketlerin payları ile değiştirilmesi, kural olarak ve sadece tam bölünme halinde, söz konusudur. Kısmi bölünmede ise, bölünen şirket sona ermediği için ve bu şirket sermayesini azaltmak zorunda kalsa dahi, bu işlemi, eşitlik ilkesine riayetle payın itibari değerinin azaltılması suretiyle gerçekleştireceğinden paylar baki kalmaktadır. Diğer bir ifadeyle kısmi bölünmede bölünen şirketin payları bırakılarak yerine devralan şirket veya şirketlerin payları alınmadığı içindir ki, bu halde bir payların değişiminden ve neticesinde bir değiştirme oranından da bahsedilemeyecektir.

Bu söylenenler ışığında ve burada temsil edilen görüş uyarınca, TTK m. 191 'de düzenlendiği haliyle bir inceleme davası değişim oranının değil, bölünmeye konu malvarlığı unsurları ile bölünmeye katılan diğer şirketlerin malvarlığının ekonomik değerlemesi yönünde girilen işlemlerin mahkemece incelenmesini sağlamak için getirilmiş bir olanak olarak görülmelidir. Ancak bu davanın içeriği, hukuki niteliği ve diğer özelliklerine geçmeden önce, kısaca, bölünme işleminde de geçerli olduğu dile getirilen, "hakların devamlılığı ilkesi"ne değinmek gerekir. Çünkü ilgili kaynaklarda da belirtildiği üzere, TTK m. 191'de düzenlendiği haliyle bir inceleme davası, esasen anılan ilkenin de korunmasına, tutulmasına hizmet etmektedir³².

³¹ Örnek kabilinden bkz. Reinhard Bork, § 15, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Marcin Wiercz, Band I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 3; Lutter/Drygala, § 5, N. 36 ve Diecker Dubs/Fabienne Frehner, Art. 105, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 11.

³² Örnek kabilinden bkz. Dubs/Frehner, Art. 105, N. 7.

İlkların devamlılığı ilkesi her üç *yeniden* yapılandırma haJ, w;m ,. ,h ,a ? şekilde İTK m. 140'ta düzenlenmiştir. Her nt kadar anılan hucum ,k\.-olunan şirket ortakları lehine kaleme alınmış ol,a da, csa,n, devralan ?rl-ct ortaklarının da yeniden yapılandırma işlemlerinden zarar gormei ih.. nmaJi mevcuttur. O halde hakların devamlılığı ilkesinden temel **olar2.k 1U** hususu anlamak gerekir: Bölünme de dahil, her türden yeniden yapılandırma halinde yeniden yapılandırmaya katılan her bir şirketin her bir ortağı söze konu işlem neticesinde işlem öncesindeki halinden daha kötü bir duruma düşürülmemelidir³³. Hakların devamlılığı ilkesi dairesinde, şartlar **elvercliği** ölçüde her bir ortak ayrı ayrı gözetilmeli ve işlem neticesinde işleme katılan şirketlerin menfaatleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle **kaalan** her bir süjenin yararına olacak, en az zarara uğratan yöntem tercih edilmeli ve yeniden yapılandırma işlemi, ilgili her bir tarafın menfaati göz önünde bulundurularak ve yasanın tanıdığı hak ve imkanlardan mutedil, ılımlı bir biçimde faydalanılarak gerçekleştirilmelidir. Bu haliyle hakların devamlılığı ilkesi, esasen *schonende Rechtsausübung* olarak bilinen ve MK m. 2'de **ifade** olduğu haliyle hakkın sakınılması kullanılması müessesesinin özel bir görünümünden ibarettir.

Diğer bir yönüyle hakların devamlılığı ilkesi hukuki anlamda mutlak bir ilke de değildir³⁴. Bir defa kanun koyucunun bu ilkeyi şahsen deldiği, göreceli bir hale getirdiği hükümler mevcuttur. Bölünme özelinde ele almak gerekirse, asimetrik bölünme, bu son söylenen hususa örnek olarak verilebilir. Birleşme özelinde de, TTK m. 141/2'de d4zenlendiği haliyle "zorunlu ayrılma akçesi" müessesesi söylenen hususa örnek gösterilebilir. Kanaatimizce, ilkenin bu şekilde anlaşılması TTK m. 191'de düzenlendiği haliyle inceleme davasının yorumunu da etkileyebilecektir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bölünme işlemi de dahil yeniden yapılandırma işlemleri katılan şirketlerin menfaatine olacağı için yürütülürler. Bu manada şirket menfaati, her zaman ortağın münferit haklarının aynen devamına galebe çalabilir. Hatta çoğu halde aynen ve mutlak devamWık yeniden yapılandırma işleminin fiilen gerçekleştirilememesi ile de sonuçlanabilir. Bölünme özelinde bir örnekle açıklamak gerekirse; farzedelim bir şirket halihazırda mevcut diğer bir şirkete kısmen bölünmek istemektedir ve bölünen şirkette A şahsı ve devralacak şirkette B şahsı çoğunluk paylarına sahip-

³³ Bkz. von der Crone/Kessler/Gersbach/Dietrich/Berlinger, N. 1026.

³⁴ Bkz. Glanzmann, Art. 7, N. 5.

tirler. Bölünme işlerru neticesinde hem A'nın hem de B'nin devralan **tirkett** çoğunluk hisselerine sahip olması matematiksel olarak mümkün değildir. Bu halde devralan şirketteki pay sahipleri bileşimi, devre konu malvarLğı unsurları ile devralan şirketin malvarlığımm ekonomik olarak değerlemesinin yapılması neticesinde A veya B'nin aleyhine gerçekleşebilecektir.

Bu manada hakların devamlılığı ilkesi şirket menfaati dolayısıyla yaşanabilecek münferit hak kayıplarının ekonomik olarak tazminine yönelik bir ilke olarak anlaşılmalıdır³⁵. Nitekim incelemeye konu TTK m. 191 ve yukarıda ifade olunan TIK m. 140 ilkeyi bir defa öngördükten sonra bir "denkleştirme akçesi" müessesesi *ile* anılan ilkeyi tamamlamaktadır³⁶. **TIK** m. 191/4'te ise, bu yönde bir davanın işlem sıhhatini etkilemeyeceği açıkça ifade edilmektedir.

Öyleyse ve toparlamak gerekirse; hakların devamlılığı ilkesi hukuken mutlak bir *ilke* olarak anlaşılabilir; ilke daha ziyade, işlemde zarar gören münferit pay sahiplerinin bu kayıplarının telafi edilmesi gerekliliğini ifade etmekten ibarettir. Bu haliyle anılan ilke, münferit işlemin hukuki sıhhatini etkileyecek türden sonuçlara da sahip değildir³⁷. Aynı şekilde anılan ilke üzerinden mahkemece taraf iradelerine müdahale edilebilmesi, işlemin mahkemece uyarlanması ve giderek işlemin yerindeliğinin sorgulanması da söz konusu olamaz, olmamalıdır³⁸. Bölünme de dahil, tüm yeniden yapılan-

35 Ayru yönde Glanzmann, Art. 7, N. 1.

36 Her iki maddede denkleştirme akçesi terimi kullanılmakla birlikte her bir madde özelinde anılan terimin farklı anlamlara geldiğini ifade etmek gerekir. TTK m. 140'ta kullanıldığı haliyle denkleştirme akçesi değıştirme oranını hiç ya da tam olarak karşılamayan küsuratlı payların şirkette edinilmesi karşılığında ödenen bir bedeldir. Örneğin bir birleşme işleminde paylar 4:1 şeklinde değıştirilecektir. Bu durumda 5 payı olan bir ortağa devralan şirkette bir payedindikten sonra değıştirmeyemediği bir pay için denkleştirme akçesi ödenecektir. Burada kullanıldığı haliyle denkleştirme akçesi değışim oranını karşılamayan payları birleştirmek yerine bedelini ödeyip itfa etmek için öngörölmüş bir araçtır ve bu madde anlamında denkleştirme akçesi payın gerçek değerinin % 10'unu aşamaz. Bkz. RudolfTschani(fino Gaberthüel, Art. 7, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 28. Denkleştirme akçesine TTK m. 140'ta bu yönde bir üst sınır konmuş olmasının sebebi ise, bu aracı birleşme İşlemleri bakımından cari ayrılma akçesi kavramından ayırt edebilmek, denkleştirme akçesi aracının kullanılarak hukukun dolanılmasını engellemektir. Bkz. Glanzmann, Art. 7, N. 24.

37 Aksi yönde Dubs/Frehner, Art. 105, N. 7. Anılan yazarlar hakların devamlılığı ilkesine riayet edilmemesini yeniden yapılandırma işleminin yokluğu sonucuna bağlamaktadırlar.

38 Bkz. Paul Bürgi/Lukas Glanzmann, Art. 105, Fusionsgesetz sowie die einschlagigen Bescimmungen des IPRG und des Sceuerrechcs, N. 1. Aksi yönde Dubs/Frehner, Art.

Jırma halleri, iradi işlemlerdir; bu işlemlere clqarıdan **yapılacak her tuiden** o,üdüho..le, taraf iradelerinin noksanı ile sonuçlanıp 1_şlemi **geçersiz hale geti-**rebilir. Diğer bir ifadeyle; şu soruyu her zaman için sormak **gerelor**. **Mahke-**menin müdahalesi neticesinde uyarlandığı haHyle bir bölünme **veya birleme** söyleşmesini acaba katılan şirket genel kurulları bu haliyle de kabul eder miydi? "Etmezdi" denilen her halde, işlemin irade noksanı bakımından sa- katlığını da kabul etmek gerekecektir. Bu hallerin ağırlığı, kasdiliği, **burada** remsi! edilen gör❖ uyarınca, hakiin müdahalesi ile değil, işlemin iptali ile neticelenebilir. İlerleyen bölümlerde bu hususa iptal davası bahsi altında ay- rıca değinilecektir.

2.1.3. İnceleme Davasının Özellikleri

Bu söylenenler ışığında inceleme davası ile ilgili şu hususlar ifade edile- bilir³⁹:

Bu dava malvarlığı unsurlarının değerlemesine yönelik yapılan işlemlerin denetimi için açılabilir bir davadır. Dava bölünme işleminin geçerliliğine etki etmez⁴⁰; bölünme işlemi neticesinde ortaya çıkan pay sahipliği bileşimini de dava neticesinde değişmez. İşleme temel teşkil eden değerlendirme faaliyetinde bir hata mevcut ise, bu halde bu dava anılan husustan kaynaklı kayıpların ekonomik olarak telafisine yönelik ilk adımı oluşturur.

TTK m. 191'in lafzı gereği inceleme davası bir bedelin ödenmesi değil, ödenecek bedelin tespiti ile sııırlıdır⁴¹. Bu yönüyle dava bir eda davası değildir⁴². Ancak davayı açan ortak, dava neticesinde hesaplanacak bedelin ödenmesi hususunu da mahkemeden ayrıca ve açıkça talep edebilir⁴³. Dava neticesinde varılan karar ödenecek bedelin tespiti ile ilgilidir. Bu yönüyle bu bedel aynı durumda bulunan tüm ortaklara ödenecek toplam tutarı gös- termelidir. Ancak bu haliyle anılan dava, TTK m. 191/2'de kaleme alınan

105, N. 34 ve 49. Anılan yazarlar incelemeye konu davayı hakimın taraf iradeleri yerine geçerek yeniden yapılandırma işlemine temel teşkil eden sözleşme veya planı düzeltebileceği ve hatta yeni pay ihracına olanak sağlayacak bir genel kurul kararına dahi hükmedebileceği bir inşai dava olarak anlamaktadırlar.

39 Tamamı için bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 2 vd.

40 Bkz. Erdem, Yeni Davalar, s. 122.

41 Bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 2.

42 Aksi yönde Yurdal Özatlan, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul 2014, s. 168.

43 Bürgi/Glanzmann, N. 2a.

Enma-Orgtı etkisine sahip olabilir. Diğer bir ifadeyle bu dava cek birOrtak rarafından açılmış olsa dahi, kendisi ile aynı şartlarda olan ortaklar da bu dnva neticesinde verilen ilamı alarak kendi eda davalarını ikame edebilirler. bunun için de davanın buna imkan sağlayacak bir hükümle sonuçlanmış olmasması gerekir.

TIK m. 191'de yer verildiği haliyle inceleme davası inşai nicelikte bir davadır⁴⁴. Ancak buradan şu sonuç çıkarılmamalıdır: Bu dava neticesinde hakim, taraf iradelerinin yerine geçerek bölünme sözleşmesi veya planı ile bölünme raporunu değiştirip uyarlıyor değildir. Hakimin verdiği karar, bu anılan belgeleri sadece denkleştirme talepleri bakımından tamamlamış olur⁴⁵. Diğer bir ifadeyle anılan dava neticesinde verilen karar ile, sanki, bölünme sözleşmesine yeni bir hüküm eklenmiş olur ve bu eklenen hüküm üzerinden mağduriyeti olan pay sahipleri ve ortaklar talep haklarına kavuşurlar. Dava, bu manada ve sadece bu manada, inşaidir.

Bu davayı pay oranından bağımsız bir biçimde bölünme işlemine katılan şirketlerin her bir ortağı açabilir⁴⁶. Ortaklık sıfatının bölünme kararının alındığı anda mevcut olması gerekli ve yeterlidir⁴⁷. Sonrasında devir ve sair nedenlerle bu sıfatın kaybedilmiş olması davayı açmaya engel değildir. Çünkü bu dava ile zarar gören kişinin zarar gördüğü anda ortaya çıkan talep hakkının geriye dönük bir biçimde oluşturulması söz konusudur. Bu yönüyle talep hakkı, paya değil, kişiye bağlı bir haktır. Eğer payın devri sırasında bu talep hakkı da devredilmişse, bu halde devralan şahıs da, pay sahibi sıfatıyla değil belki ama, talep hakkını devralan, temlik alan sıfatıyla bu davayı ikame edebilir⁴⁸.

Bu davanın, ancak bölünme işleminin onaylandığı genel kurulda bölünme kararına muhalif kalınış ortaklarca açılabileceği yönünde bir görüş mevcuttur⁴⁹. Burada temsil edilen görüş uyarınca bu görüşe katılmak imkanı bulunmamaktadır. Çünkü, yukarıda da ifade edildiği üzere, dava, bir talep hakkının oluşturulması ile ilgilidir. Davacı şahıs, bölünmeye kural olarak onay vermekle birlikte ve onay vermesine rağmen, bölünmenin ekonomik

⁴⁴ \$ İnşai dava kavramı için bkz. Ergun Önen, İnşai Dava, Ankara 1981.

⁴⁵ Bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 2. Benzer şekilde Erdem, Yeni Davalar, s. 117.

⁴⁶ İntifa senedisahiplerinin de bu davayı açabilmesi yönünde Erdem, Yeni Davalar, s. 118.

⁴⁷ Bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 12; Bork, N. 2, On. 2 ve Dubs/Frehner, Art. 105, N. 40.

⁴⁸ Bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 14.

⁴⁹ Örnek kabilinden bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 13 ve Dubs/Frehner, Art. 105, N. 42.

„\&tunun mahkemece dcncetlenmesini ayrıca. a istcm11, lttrch etmr, olahılı,1.1.; ,tt"ım TIK'dnkl işlem denetçiliği müessesesinin kaJdırılmaı ilt btrılıcu açıdan pny sahipleri. işlem bağımsız bir denetimden de geçmem?, ? ..-nltkta kalmaktadırlar)'.
1

Bu dava. bölünmeye katılan tüm şirketlere karşı açılırH. Her ne kadar rrK m. 191/3'te davanın muhatabı devralan şirketmil gibi ifade olunmıJ1 olsa da, yukarıda da ifade olunduğu üzere, burada denetlenecek **husus, geneli** itibariyle birbirleri ile ekonomik manada göbekten bağlı ekonomik **değerleme** yöntemleridir ve bu değerlendirme her bir şirket bünyesinde ve **katılan her** şirket için diğerlerini de etkileyecek şekilde gerçekleşmektedir. Bu **nokta-** da ifade etmek gerekir ki, tam bölünmede bölünmenin **tescili ile birlikte** bölünen şirket infisah etmiş olacağından bu dava ancak devralan **şirketlere** yönelcilebilir⁵³. Bu dava sırasında davalı şirketler HMK m. 59 **anlamında** mecburi dava arkadaşlarıdır⁵⁴. Bu manada dava neticesinde alınan **karardan** da müteselsilen sorumludurlar.

Öğretide bu davanın değerlendirme yönünden faydalanan ortaklar aleyhi- ne de açılabilceğı belirtilmekle beraber⁵⁵, bu husus mehzaz hukukta yasama faaliyeti sırasında tartışılmış, tek borç ilkesi, ortağın anonim yapısı ve ortak sayısının çok olması ihtimaline binaen reddolunmuştur⁵⁶. Bu manada ya- sada, yasakoyucu tarafından bilinçli bir biçimde bırakılmış gerçek olmayan bir boşluk söz konusudur ve bu boşluk yorum yolu ile de doldurulamaz. Bu nedenle, işbu çalışma içerisinde temsil edilen görüş uyarınca da, bu dava, değerlendirme yönünden faydalanan ortaklara karşı açılmaz. Her halükarda şirketin yapacağı bir denkleştirme ödemesinden sonra değer fazlalığından faydalanan ortaklara ait payların da değeri düşmektedir⁵⁷. Bu nedenle değer farkından faydalanan ortaklara kağı bir dava açılmasına da, kanaatimizce, gerek kalmamaktadır.

10 Aynı yönde **İpekeli-Kayalı**, s. 279 vd. ile Erdem, Yeni Davalar, s. 119. **Alman Huku-** ku'nda **Bork**, N. 4.

H Bkz. **Erdem**, Yeni Davalar, s. 117.

12 Bkz. von der Crone/Kessler/Gersbach/Dietrich/Berlinger, N. 1036. Aksi yönde Özatlan, s. 192. Kısmi bölünmede ortağa tahsis edilen malvarlığıru edinen ortaklığın davalı olabileceğı yönünde Erdem, Yeni Davalar, s. 119.

H Aynı yönde Erdem, Yeni Davalar, s. 119.

H Aynı yönde Dubs/Frehner, Art. 105, N. 44.

11 Örnek kabilinden bkz. Dubs/Frehner, Art. 105, N. 43.

16 Bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 11 ve 15.

H Bkz. Bürgi/Glanzmann, N. 11.

Belirtildiği üzere bu dava neticesinde ödeneceği tespit edilen rakamın ödenmesi için (davayı açmamış ortaklarca) ayrıca bir eda davasının ikame edilmesi gerekir⁵⁸. Ancak bu noktada şu hususu belirtmek gerekir: Burada ödeme yükümlülüğü olan şirketler, yasada açık hüküm bulunmasa da, bu miktarı sermayenin korunması ilkesi gereği, ancak gerekli ve yeterli serbest yedekleri bulunması halinde ödeyebilirler⁵⁹. Bu serbest yedekleri aşan bir miktarda ödeme bu şirketlerden beklenemez; aksine bir tutum şirketlerin sermaye kaybı yaşaması ve hatta borca batması ile sonuçlanabilir. Bu hususta Alman Hukuku'nda açık yasal düzenleme de mevcuttur⁶⁰.

Bu noktada şu hususa da ayrıca ve açıkça değinmek gerekir: Yukarıda da ifade edildiği üzere bu davanın konusu bölünme işlemi dolayısıyla yürütülen değerlendirme işlemlerinin doğru olup olmadığının tespitidir. Ancak hemen herkesin üzerinde hemfikir olduğu husus odur ki, şirket değerlemesi tam bilimsel kesinliğe sahip bir alan değildir⁶¹. Hangi değerlendirme yöntemi tercih edilmiş olursa olsun, bir noktada değerlendirme yapan şahsın subjektif tahmin ve görüşleri devreye girebilmektedir. Bu nedenle dava sırasında, kanaatimizce, bilirkişi marifetiyle belirlenmesi gereken husus bir değer aralığıdır. Eğer somut işlem bu değer aralığı içerisinde cereyan etmişse, davanın da reddi gerekir⁶². Aynı şekilde somut olayda seçilen yöntemlerin yeknesaklığı, ilgili çevrelerce bilinir, tanınır bir yöntem olması, somut hesap yönteminin makul ve denetlenebilir niteliği mevcutsa, başkaca bir araştırmaya gerek kalmaksızın da davanın reddedilebilmesi mümkün olmalıdır⁶³. Somut değerlendirilme faaliyetinde mümkün mertebe her bir şirket aynı yöntem dahilinde değerlendirilmiş olmalıdır. Ancak şirketlerin niteliksel farklılığı farklı yöntemlerin tercih edilmesini de meşru kılabilir⁶⁴.

⁵⁸ Ayrıca bkz. Bork, N. 2.

⁵⁹ Bkz. Tschani/Gaberthüel, N. 30. Anılan yazarlar açıkça vurgulamaktadır ki, denkleştirme ödemesi niteliğigereği bir sermayenin iadesi halidir. Dolayısıyla bu ödemeserbest yedeklerden kaçılabildiği ölçüde gerçekleştirilir ve borca bacıklıkla sonuçlanamaz. Benzer şekilde *Biirgi/G/anzmann* da denkleştirme akçesinin sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde sınırlı tutulması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. *Bürgi/Glanzmann*, N. 22. Aksi yönde Felix G. Meier-Diererle, Art. 105, *Zürcher Kommencar zum Fusionsgesecz*, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 12.

⁶⁰ Alman Hukuku dolayısıyla bkz. Bork, N. 5.

⁶¹ Örnek kabilinden bkz. *Glanzmann*, Art. 7, N. 11a.

⁶² Aynı yönde *Glanzmann*, Art. 7, N. 1 la.

⁶³ Aynı yönde von der Crone/Kessler/Gersbach/Dietrich/Berlinger, N. 1021.

⁶⁴ Bu noktada *Lulltr/Drygala* duran malvarlığı çok olup da geliri az olan bir şirketle duran malvarlığı az olmasına rağmen geliri yüksek olan bir şirketin birleşmeleri halinde her

İnceleme davası genel kurul kararının Hanını takip eden iki ay içinde açılmalıdır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir. Anılan dava şirketten herhangi birinin merkezinin bulunduğu yargı çevresinde açılabilir.

2.1.4. Diğer Davalarla İlişkisi ve Denkleştirme Akçesinin Niteliği

Bu noktada son olarak, inceleme davasının diğer davalarla ilişkisine ve denkleştirme akçesinin niceliğine de değinmek gerekir:

Yukarıda da ifade olunduğu üzere Alman Hukuku'nda benzer bir dava yasada öngörölmüş vaziyettedir ve ilgili hükümde açıkça, bu davanın açılabilirdiği hallerde iptal davasının 'açılamayacağı öngörölmüştür. İsviçre Hukuku'nda ve dolayısıyla Türk Hukuku'nda böyle bir sınırlama olmamasına rağmen öğretildeki ağırlıklı görüş bu davanın özel bir dava türü olduğu yönündedir⁶⁶. Diğer bir ifadeyle; eğer bölünme işlemindeki hukuki sakarlık değerkeme yöntemi ve neticesinde elde edilen değerin yanlışlığından kaynaklanıyorsa, bu aksaklık işlemin iptaline değil, fark bedelin tazminine sebep olur, olmalıdır⁶⁷. İfade edildiği üzere Yasa'da iptal davasını dışlayan açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, değerkeme haca ve yanlışlıkları kanaatimizce de, ancak TTK m. 191'de ifade olunduğu haliyle bir inceleme davasında tartışılabilir ve neticesinde takip eden bir denkleştirme akçesi davası ile de ekonomik manada giderilmiş olur. İfade etmek gerekir ki, kanun koyucu, bölünme işlemi de dahil, yeniden yapılandırma işlemlerinin ayakta tutulabilmesi için azami gayreti sarf etmektedir⁶⁸. TTK m. 191/4 ile bu türden bir noksanın işlemin hukuki sıhhatini etkilemeyeceği kuralını getiren kanun koyucu, iptal davasında da hakimi makul bir süre tanıyarak ve/veya başka önlemler olarak işlemi ayakta tutmaya teşvik etmektedir. Bu açıdan da kanun koyucunun değerkeme hatası olan hallerde işlemin iptalini değil, fark bedelin tazminini tercih ettiği söylenebilecektir⁶⁹.

iki şirketin de gelire göre ya da tasfiye bedeline göre değerkemesinin yapılmasının adil olmayacağını ifade etmektedir. Bu halde her bir, şirket kendisine uygun bir yöntemle değerkendirilmiş olmalıdır. Bkz. **Lutter/Drygala**, § 5, N. 19 ve 19a.

65 Bkz. **Dubs/Frehner**, Art. 105, N. 45 ile **İpekkel-Kayalı**, s. 276.

66 Örnek kabilinden bkz. **Meier-Dieterle**, Vor Art. 105-108, N. 5.

67 Benzer şekilde **İpekkel-Kayalı**, s. 287. İptal davası ile inceleme davasının yarışma içerisinde olmadığı yönünde **Erdem**, Yeni Davalar, s. 119 ve 124.

68 Aynı yönde **Meier-Dieterle**, Vor Art. 105-108, N. 10 vd. ile **Erdem**, Yeni Davalar, s. 128.

69 İnceleme ve denkleştirme davasının açılabilirdiği hallerde aynı sebebe istinaden sorumluluk davasının da açılamayacağı ya da ancak tamamlayıcı şekilde açılabileceği yönünde **Dubs/Frehner**, Art. 105, N. 9. İle **Meier-Dieterle**, Vor Art. 105-108, N. 8.

Öğretide denkleştirme akçesinin yeniden **yapılandırma itlemine katılan** şirket paylarını da kapsayacağı görüşü hakimdir⁷⁰. **Diğer bir ifadeyle; öğie,** tiye göre, denkleştirme akçesi terimi, sadece nakdi **karşılığ1 değil, ayrı btr** karşılık manasında şirket paylarını da ifade edebilecektir. **Yukarıda da ifadt** olduğu üzere, burada temsil edilen görüş uyarınca, **mahkeme taraf irade-** lerinin yerine geçerek davalı şirketleri sermaye artırımı yapmaya ve pay ihraç etmeye zorlayacak türden bir kararı alamaz. Aynı şekilde davalı şirketlerin ödeyecekleri nakdi bedel de serbest yedekleri ile sınırlıdır. Günlük kullanımı itibariyle akçe terimi parasal, nakdi bir karşılığı ifade etmekle birlikte yeniden yapılandırmalar özelinde bu terimin şirket paylarını da kapsayabileceği ifade olunmaktadır⁷¹. Kanaatimizce de, şirket payları denkleştirme akçesi olarak verilebilir. Ancak yukarıda ifade edilen sınırlara riayetle, bu halin, ilgili şirketlerin kendi paylarını iktisap etmiş olmaları durumu ile sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle; eğer ödeme yükümlüsü **şirketin** elinde halihazırda kendi hisseleri bulunmaktaysa, ödemeyi pay cinsinden de yapabilir. Ancak şirket, bu türden payları ihraç etmeye zorlanamaz.

Bu noktada son olarak şu hususları da ifade etmek gerekir: İnceleme davası ve neticesinde açılacak denkleştirme akçesine yönelik eda davaları yukarıda da ifade olduğu gibi ekonomik yaptırımları olan davalardandır ve bölünme işleminin hukuki geçerliliğini etkilemezler. Bu açıdan anılan davalar dolayısıyla bölünme işleminin tescilini engeller türden ihtiyati tedbir kararlarının da alınamaması gerekir. Diğer bir ifadeyle inceleme ve denkleştirme akçesine yönelik davaların neticesinde bölünme işlemi, dava neticesinden bağımsız bir biçimde ayakta kalacak olduğundan, anılan davaların görülmesi sırasında bölünme işleminin tesciline yönelik bir tedbire de karar verilememesi gerekir; bölünme işlemi bu davalara rağmen tescil edilebiliyor olmalıdır⁷². Yine; başka hukuki aksaklıklara, eksikliklere ve sebeplere istinaden ayrıca açılmış bir iptal davası mevcut ise ve bu dava inceleme ve denkleştirme davasından önce iptalle sonuçlanır ve karar kesinleşir ise, o halde inceleme ve denkleştirme davası da konusuz kalmış olur⁷³.

⁷⁰ Örnek kabilinden bkz. **Dubs/Frehner**, Art. 105, N. 25, 29 ve 34,

⁷¹ Bkz. Türk Hukuk Lügatı, s. 44 ile Ünal **Tekinalp**, Birleşmede Ayrılma Akçesi, Regesca Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 2., Sayı 1, Yıl 2012, s. 21-27, s. 27.

⁷² Bkz. **Meier-Diecerle**, Art. 105, N. 46.

⁷³ Bu halde bölünme işlemi iptal olunmuştur ve işlem geriye dönük olarak tasfiye olacaktır. Dolayısıyla ortada tazmini gereken bir değerlendirme yanlışı da kalmayacaktır. Bkz. **Meier-Dieterle**, Vor Art. 105-108, N. 6. Aynı nedenden ötürü iptal davasının derdest niceliğinin inceleme ve denkleştirme davaları bakımından bekletici mesele yapılmasının da uygun olacağı kanaatindeyiz.

2.2. İptal Davası

Bölünmeye katılan şirket ortaklarını koruyucu nitelikteki imkanlardan bir diğeri de iptal davasıdır. İptal davası TIK m. 192'de düzenlenmiştir. Anılan hükmün kaynağı İsviçre m. 106 ve 107 hükümleridir; İsviçre m. 106, TTK m. 192'nin ilk ilci fıkrasını karşılarken, İsviçre m. 107, TIK m. 192'nin son fıkrasına tekabül etmektedir. Her iki düzenleme arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır; bu farklılıklara ilerleyen başlıklar altında ayrıca değinilecektir.

İptal davası da, yukarıda ele alındığı haliyle, inceleme davası ve denkleştirme akçesi talebi gibi her üç yeniden yapılandırma modeli dolayısıyla uygulama alanı bulabilecek şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır; bu manada iptali düzenleyen TTK m. 192 hükmü ortak hüküm niteliğindedir. Ancak bu hüküm de, mehz hukukta dahi, lafzı itibariyle sorunludur; iptal davası dolayısıyla akla gelebilecek pek çok soru ve sorun bakımından Kanun suskun kalmaktadır. Bu nedenle söze konu madde yoğun bir yorum faaliyetine muhtaçtır. Aynı şekilde mehz hüküm İsviçre kanun koyucusu tarafından kaleme alınırken ve Türk Hukuku'na aktarılırken yapılan (bilinçli/bilinçsiz) tercihler veya olası çeviri hataları, bölünme de dahil, yeniden yapılandırma hallerinin sistematik açıdan başarı ile uygulanmasına engel olabilecek türdendir. İptal yaptırımını, özü itibariyle, işlemin geçersizliği ile ilgilidir. Ancak görülebildiği kadarıyla ne İsviçre ne de Türk kanun koyucusu, bölünme de dahil yeniden yapılandırma hallerinin geçersizliği ile ilgili sonuçları yeterince düşünebilmiş ve/veya tatminkar çözümleri yasaya yansıtabilmiştir. O nedenle, henüz iptal davasının konusu, tarafları ve diğer özelliklerine geçmeden evvel, genel bir başlık altında bölünme işleminin geçersizliği sorununa değinilmelidir. Kanaatimizce bu başlık altında varılacak sonuçlar, sonrasında, iptal davası ile ilgili düzenlemenin yorumuna da temel teşkil edebilecektir.

2.2.1. Bölünme İşleminin Geçersizliği Sorunu: Tescilin İyileştirici Etkisi

Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme işleminin özünü bir takım malvarlığı unsurlarının bölünen şirket bünyesini terk ederek başka şirket veya şirketlere naklolanması, bu nakil karşılığında ise, kural olarak, bölünen şirket ortaklarının simetrik veya asimetrik bir biçimde devralan şirket veya şirketlerde ortak olmaları oluşturmaktadır. Yine yukarıda ele alınan bölüm-

lerde gösterilmeye çalışıldığı biçimde, tam bölünme halinde bölünen **şirket**, bölünme işleminin tescili ile birlikte sona ermekte ve yine her türden bölünmede, bu tescil işlemi neticesinde ve başkaca bir işleme ihtiyaç duyulmaksızın iş ilişkileri, sözleşmeler, alacaklar ve borçlar da dahil, bölünmeye konu tüm malvarlığı unsurları naklolunmuş ve pay sahipleri bileşimi de değişmiş bulunmaktadır. Yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde ise, tescil işlemi ile birlikte devralan şirket başkaca bir işleme gerek duyulmaksızın varlık kazanmaktadır. Diğer bir ifadeyle bölünme işleminin tescili, işleme katılanlar ve işlemde etkilenenler bakımından hukuk alanında pek çok yenilik ve değişikliği beraberinde getirmektedir; bu manada şirketler kurulmakta veya sona ermekte, işçi-işveren, alacaklı-borçlu ilişkileri değişmekte ve mülkiyet, katılan şirketlerin tercihlerine bağlı olarak oluşturulan bir envanter üzerinden ve organik açıdan bir bağ olması zorunluluğu da bulunmaksızın el değiştirmektedir.

Bu çerçevede bölünme işleminin geçersizliği tartışılırken şu hususun her zaman göz önünde bulundurulması gerekir: Temelinde yine, kural olarak, bir sözleşme ilişkisi yatan bölünme işleminin geçersizliği basit bir devir sözleşmesinin geçersizliği ile aynı kefedeyse görülemeyecektir. Çünkü basit bir devir sözleşmesinin geçersizliği halinde taraflar devrolunan şeyi iade ve ödenen bedelin geri verilmesi ile işlem sonuçlarını geriye dönük bir biçimde ortadan kaldıracaklarken, en basitinden bir bölünme işleminde eski halin iadesi, sona ermiş bir şirketin yeniden ihyası, kurulmuş bir şirketin sona ermesi, ortaklık yapılarının eski hale uygun bir biçimde yeniden kurulması, malvarlığı unsurları ile iş ilişkileri de dahil tüm sözleşme ilişkilerinin eski hale uygun bir biçimde iadesi ve/veya yeniden tesisi anlamına gelecektir. Bırakınız orta ölçekli bir şirketin bölünmesini, küçük ölçekli bir şirkette dahi eski halin iadesi, geriye dönük yüzlerce yeni işlemin tesisine sebep olacak, bölünme için harcanan enerjinin bir o kadarı eski halin iadesi için harcanacaktır. Bölünme işleminin tescili üzerinden geçen süre arttıkça, daha başka hukuki sorunlar da boy gösterecektir. Şöyle ki; bölünme sonrasında malik sıfatını edinmiş şirket, malvarlığı unsurları üzerinde tasarrufta bulunmuş, onları yeniden devretmiş olabilir. Bir takım işçiler işten çıkmış, yerlerine yenileri alınmış, bir takım tedarikçilerle çalışılmaya başlanmış, bir takım alıcılar ise, şirket portföyünü terk etmiş bulunabilir. Yine bir takım gerçek kişi ortaklar geçen zaman içerisinde ölmüş veya tüzel kişi ortaklar tasfiye edilmiş olabilirler. Sözün özü; bölünme işlemi de dahil, her türden yeniden yapılandırma işleminin geçersizliği

lı: Lâfian, konu ile ilgilenen hemen herkesin üzerinde hemfikir **olduğu** **kilde**,
n basitinden kaotik bir ortam yaratacaktır⁷⁴.

İşte bu kaotik ortamı tahayyül etmiş olacağımdan ya **da** **geçersizlik** **kara**,
nın çözdüğünden fazla soruna yol açacağını kestirmiş olacağından **Alman**
kanun koyucu, her türden yeniden yapılandırma haline uygulanacak **ickilde**
ve yine her türden geçersizlik sebebinin mevcudiyetinde, tescilin iyilçici
etkisini açıkça öngörmüş, kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle; Alınan Huku-
ku'nda, bölünme de dahil, bir yeniden yapılandırma hali bir defa tescil olun-
duktan sonra, bu işlemin yokluğu, butlanı ileri sürülememekte ve İptali ek
talep olunamamaktadır.

Mehaz hukuk niteliğindeki İsviçre Hukuku'nda yasada bu yönde bir tes-
cilin iyileştirici etkisinden açıkça bahsedilmemektedir. Ancak İsviçre Öğreti-
si'nde baskın görüş, farklı düşünenler olmakla birlikte, Alman Hukuku'nun
aksine, tescilden sonra dahi, bir yeniden yapılandırma işleminin yokluğu,
buclarun ileri sürülebileceği, iptalinin de talep olunabileceği yönündedir.
Esasen İsvBirK hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, tescilin iyileştirici
etkisinin yorum yoluyla kabulü önünde ve yasanın lafzı itibarıyla bir **engel**
de bulunmamaktadır⁷⁶. Yine de İsviçre Hukuku'nda genel kanaat, tescilin
iyileştirici etkisi olmadığı yönündedir.

Ancak mehaz hukuk kaynakları incelendiğinde görülmektedir **ki**, tes-
cilin iyileştirici etkisinin olmadığı yönündeki genel kanaat, yine bu **kanaat**
sahiplerince, açılacak davalar arasında bir öncelik-sonralık veya birbirini
dışlama ilişkisi yaratılmak veya eski halin iadesi rejiminin esnek tutulması
suretiyle göreceli hale getirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin Federal **Mahke-**
me'ye göre, yukarıda ele alındığı haliyle bir sorumluluk davasını açmak im-
kanı varken iptal davasını açmak mümkün olmamalıdır⁷⁷. Görüldüğü üzere
Federal Mahkeme, bu içtihadıyla esasen tazmini kabil zararların tazminat

⁷⁴ Örnek kabilinden bkz. Altenburger/Colderan/Lederer, N. 1409.

⁷⁵ Örnek kabilinden bkz. Franz Schenker, Art. 107, Fusionsgesetz sowie die einschlagi-
gen Bestimmungen des -IPRG und des Steuerrechts, N. 11. Aksi yönde **Watter/Büchi**,
Art. 51, N. 21.

⁷⁶ Maalesef Türk Hukuku'nda çeviri yanlışından kaynaklandığı tahmin edilen bu yönde
bir hüküm mevcuttur. TTK m. 192/I'de kanun koyucu, mehaz hukuktan farklı olarak,
iptal davasının tescilden sonra dahi açılabilmesi anlamına gelebilecek bir farklılık yarat-
mıştır. Bu hükme ileride "Süre" başlığı altında yeniden değinilecektir.

⁷⁷ Anılan içtihadı konu kararlar ve içtihadın içeriği ve eleştirisi için bkz. **Maurenbrecher/**
Weller, N. 15.

yoluyla giderilebilmesi, mümkün olduğu ölçüde ve sadece iptali gerektirir basit nitelikteki ihlaller nedeniyle işlemin ayakta tutulamamasına mani olmaya çalışmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, İsviçre Öğretisi'nde Federal Mahkeme'nin bu içtihadı şiddetle eleştirilmekte ve hacca aksi savunulmaktadır; denmektedir ki, iptal davası açılabilirken yukarıda ele alındığı haliyle bir sorumluluk davası açılammalıdır; çünkü iptal davası kapsamında hakiin hukuki sakatlığın giderilebilmesine hükmetme yetkisine de sahiptir; o halde hukuki sakatlık giderilince ortada tazmini gerektirir bir noksan veya yanlışlık da kalmayacaktır⁷⁸.

Yine yukarıda ifade olunduğu üzere İsviçre öğretisinin büyük bir çoğunluğutescilin iyileştirici etkisinin kabul edilmemesinden kaynaklı sorunları eski halin iadesi rejiminin esnetilmesi ile aşmaya çalışmaktadır. İsviçre öğretisinde hakim görüş, yokluk, butlan veya iptal nedeniyle eski halin iadesine karar verildiğinde, ilişkinin başlangıçtan itibaren (*ex tunc*) geçersiz kılınmadığı, onun yerine, anılan sözleşme ilişkisinin o sözleşmeye dayalı olarak edinilen şeylerin iadesini konu alan bir başka sözleşmeye dönüştüğü yönündedir⁷⁹. Bu manada, geçersizliğe dayalı iade talebi de, sebepsiz zenginleşmeden değil, sözleşmeden kaynaklanacaktır ve iade, mümkünse, aynen (*in natura*), değilse, bedelen (*wertmassig*) gerçekleştirilecektir⁸⁰. Görüldüğü üzere İsviçre öğretisi tescilin iyileştirici etkisi prensibini reddetmekle beraber, aynen iadenin mümkün olmadığı hallerde, ki kanaatimizce bölünme de dahil yeniden yapılandırma işlemlerinde özellikle belirli bir sürenin geçmesiyle aynen iade hukuken de imkansız hale gelecektir, bedelen kağılama, yani tazminata hükmedilebileceğini ifade ile yine tescilin iyileştirici etkisine yaklaşmaktadır. Aradaki çek fark şudur: Tescilin iyileştirici etkisini kabul eden Alman

⁷⁸ Örnek kabilinden bkz. **Dubs/Frehner**, Art. 106, N. 9. Kanaatimizce yeniden yapılandırma hallerine has sorumluluk davası ile iptal davası arasında bu yönde bir öncelik-sonralık veya dışlayıcı etkinin kabulü mümkün değildir. Çünkü her iki davanın da muhatapları, yetkili kıldığı **kişi** çevresi ve amaçları birbirlerinden tamamen farklıdır. O nedenle her iki davanın birbirlerinden bağımsız, birbirine paralel olarak açılabilmesi mümkündür. Aynı yönde Annemarie **Nussbaumer**, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 FusG am Beispiel der Aktiengesellschaft, Zürich 2012, N. 521.

⁷⁹ Örnek kabilinden bkz. Nussbaumer, N. 436.

⁸⁰ İsviçre Öğretisi bu noktada *Gauch* tarafından onaya acılan ve *Umwandlungstheorie* olarak adlandırılan teoriden istifade etmektedir. Anılan teorinin içeriği ve detayları için bkz. Ahmet **Kut**, Art. 31 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012, N. 26 ve Marius Schraner, Art. 83 OR, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/le, Zürich 2000, N. 51.

Hukuku'nda yokluk ve budanın tespiti ile iptal imkanları tescil sonrasında doğrudan bertaraf edilmekte ve ilgililer için geriye sadece tazminat **imkanı** bırakılmaktadır. İsviçre öğretisi ise, bu imkanları tescile rağmen canL tutmakla beraber eski halin iadesinin güçlüğünü göz önünde bulundurarak yine bir nevi tazminata hükmedilebileceğini öngörmektedir. Kanaatimizce İsviçre öğretisi bu yönüyle Türk Hukuku'na emsal teşkil edemez ve aktanlamaz.

Burada temsil edilen görüş uyarınca Türk Hukuku'nda da, Alınan Hukuku'nda olduğu *gibi* tescilin iyileştirici etkisini kabul etmek gerekir. Bu manada, bölünme işlemi de dahil, her türden yeniden yapılandırma işlemi yokluk, budan veya iptal nedeniyle geçersiz olabilir. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca, yokluk, budan veya iptal sebepleri tescile kadar **ileri** sürülebilmelidir. Bu sebeplerin tescilden sonra ileri sürülebilmelerine müsaade etmek demek, esasen ve yukarıda da gösterilmeye çalışıldığı haliyle, fiilen veya hukuken mümkün olmayan bir eski halin iadesi kararına imza atmak demektir. Esasen yeniden yapılandırma hallerinin düzenlendiği TTK'nın 134 ila 190. maddeleri arasında tescilin iyileştirici etkisini kabul etmemizi engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu noktada tek mani, yukarıda da belirtildiği üzere, TTK m. 192/1 hükmü olabilir. Bu hükme göre, iptal davası genel kurul kararının ilanından sonra veya ilan gerekemediği hallerde bölünmenin tescili kararından itibaren iki ay içerisinde açılabilir. Görüldüğü üzere anılan hükmün lafzından tescil sonrasında dahi, iptal davası açılabilirliği yönünde bir sonuç çıkarılabilmektedir. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, anılan hüküm *İpekel-Kaya/ı*'nın da isabetle ifade ettiği üzere Türk Hukuku bakımından zaten ölü doğmuş, kadük bir hükümdür⁸¹. Çünkü yukarıda "Genel Kurul Kararı" başlığı altında da gösterildiği üzere, Türk Hukuku'nda bölünmeyi onaylayan genel kurul kararı her halükarda ilan edilmelidir. Devamla; anılan hükmün mehzasında "tescilden itibaren" değil, "ilan gerekemediği hallerde kararın alındığı tarihten itibaren" denilmektedir; kaldı ki, İsviçre kanun koyucusu ilan gerekemediği haller derken tescilsiz dernekleri düşündürmektedir; Türk Hukuku'nda ise ne bir tescilsiz dernek olabilir ne de dernekler, bölünme de dahil herhangi bir yeniden yapılandırma işleminin süjesi olabilirler. Bu haliyle anılan hüküm yanlış bir çeviri veya uyumsuz, gereksiz bir aktarımdan ibaret olup dikkate alınmaması icap eder.

⁸¹ Takip eden açıklamalar için dahi bkz. İpekel-Kayalı, s. 296. Bu noktada *Kendigelen* de **TIK** 35/3 hükmüne dayanarak anılan hükmün Türk Hukuku bakımından uygulama kabiliyetinin bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. *Kendigelen*, s. 170.

Esası itibariyle de Türk Hukuku'nda tescilin iyileştirici etkisine yasal bir dayanak bulmak mümkündür. Bilindiği üzere TTK m. 353/ 1 hükmü uyarınca anonim şirket kuruluşlarındaki şekli, iradi eksiklikler He hukuka aykırılıklar tescil sonrasında şirketin geçmişe dönük olarak yokluğuna, budanma sebep olmamaktadır. Anılan hüküm her ne kadar anonim şirket özelinde ele alınmış olsa da, "eksik şirket" kavramı ile ifade olunan bu ilkenin tüm ticaret şirketleri için geçerli olduğu da genel kabul görmektedir⁸². Bu hallerde ancak Bakanlık, o da ilgili şahısların istemi üzerine ve etkilerini karar tarihi itibariyle gösterebilecek bir fesih davası açabilmektedir. Bölünme de dahil yeniden yapılandırma hallerinde, bir şirketin ilk defa kurulduğu durumlar mevcuttur⁸³. Bu hususa örnek olarak yeni kuruluş şeklinde bölünme ve birleşme halleri gösterilebilir. Kalan hallerde ise, esasen bir şirketin yeni kurulması söz konusu olmasa da, yeniden yapılandırma işlemi, niceliği itibariyle kuruluşa çok yaklaşmakta ve hatta örtüşmektedir. Örneğin mevcut iki şirkette devrolunmak suretiyle gerçekleşen simetrik bir tam bölünmede devralan şirketlerin malvarlığı ve ortaklık yapısı baştan aşağı değişmektedir; sanki bu şirketler ilk kurulmuş gibi olmaktadır. Asimetrik bölünmelerde de devralan şirketlerin bölünme sonrası hallerinin önceki hale kıyasla yenilendiği söylenebilecektir. O halde yeni kurulan bir şirketin yokluğu veya butlanına karar verilemeyeceği, yani geriye dönük olarak ortadan kaldırılamayacağı yönündeki kuralın kıyasen yeniden yapılandırma hallerine uygulanması önünde de, kanaatimizce, bir mani bulunmamalıdır.

Bu noktada son olarak ifade etmek gerekir ki, tescilin iyileştirici etkisinin kabulüne yönelik çekinceler, esasen ticaret sicil müdürlüklerinin kontrol yükümlülükleri dairesinde de azalabilecektir. Sicil, Kanun'a aykırılık, noksan işlemleri tescil etmemekle, düzeltilmesini talep etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uyulmadan gerçekleştirilecek bir tescil ise, TTK m. 25/2 hükmü uyarınca devletin dahi sorumluluğunu doğurabilecektir.

Toparlamak gerekirse; burada temsil edilen görüş uyarınca Türk Hukuku'nda da tescilin iyileştirici etkisinin olduğu kabul edilmelidir. Buna göre bölünme de dahil, yeniden yapılandırma İşlemlerine yönelik genel kurul kararlarının alınması ile birlikte bu kararların yokluğu, butlanı veya iptali

⁸² Bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, N. 38.

⁸³ *Narbay* sadece bu hallerde tescilin iyileştirici etkisini kabul etmektedir. Bkz. Şafak Narbay, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararının İptali ve Eksikliklerinin Hukuki Sonuçları (TTK m. 192), İstanbul 2017, s. 89.

keyfiyeti bu işlemlerin tesciline kadar ileri sürülebilmeli. İleri sürüldükleri zaman mahkemeden tescilin ötelenmesi yönünde bir ihtiyari tedbir de talep olunmalıdır. Ancak bir defa işlem tescil olunduktan sonra artık işlemin yokluğu, butlanı veya iptaline karar verilememelidir. Çünkü bu işlemlerin geriye dönük tasfiyesi oldukça zor ve hatta imkansızdır. Hukuki sakatlık nedeniyle zarara uğrayan çevreler her halükarda bu zararlarının tazmini için **geneJ ve** özelsorumluluk davalarını açabilirler. Hatta hukuken sakat bir yeniden yapılandırma işlemini, Kanun'un öngördüğü kontrol yükümlülüğüne **uymadan** tescil eden sicil müdürlüklerinin görev ihmali dolayısıyla devlete karşı dahi bu istemlerin yöneltilebilmesi mümkündür.

Bu tespitler ışığında TTK m. 192'de düzenlendiği haliyle iptal davasının özelliklerine geçilebilir.

2.2.2. *İptal Sebepleri*

TTK m. 192, iptal sebeplerine dair genel bir ifade kullanmış, 134 ila 190. maddelerin ihlali iptal sebebi olarak tanımlamıştır. Bölünme işlemi 159 ila 179. maddeler arasında bağımsız bir biçimde düzenlendiğine göre bölünme işleminin iptali de yine bu anılan hükümlerin ihlali sebebiyle olabilecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanun yeniden yapılandırma halleri bakımından sadece bir iptal rejimi öngörmüştür. Ancak bu demek değildir ki, bölünme işleminin sadece iptali talep olunabilir. Yerine göre işlemin yokluğu ve butlanı da söz konusu olabilir. Hangi hallerin yokluk ve budan ve hangi hallerin iptal rejimine tabi olduğu hususunda genel bir anlayış mevcut olmamakla ve hatta hemen her kaynakta farklı çözümler sunulmakla birlikte bölünmeler bakımından yokluk, butlan ve iptal sebepleri ile ilgili şu kadarı söylenebilir: İşlemin vücuda gelmesini mümkün kılan irade açıklamalarını, şekli unsurları sakatlayan, ihlal eden haller yokluğa, işlemin içeriği dolayısıyla Kanun'un ağır ihlali, kasdi ve zarar vermeye yönelik, kötünüyedi davranışlar butlana ve en nihayetinde, sadece dava açmaya ehil kimselerin çıkar alanına yönelen ihlaller iptale sebep olacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere sonuç yokluk ve budan ile iptal sebepleri **üzerinde** öğretilen bir fikir birliğinden bahsetmek imkanı bulunmamaktadır. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca aşağıdaki sebepler bölünme işleminin yokluk veya butlanına sebep olabilecektir⁸⁴:

84. Yokluk ve budan halleri için genel olarak bkz. Nussbaumer, N. 548 vd.

Bunıda tt"msll olunan görüş uyarınca bölünme kararının yetkili organ ""lan  c-nel kurulca alınmamış olması bir yokluk sebebidir. Aynı şekilde ve 01-elWde kooperatifler balonundan genel kurulun delegelerle toplanmış olması da  lemin yoklukla maluliyetine sebep olabilecektir. Bilindjği üzere Kanun pek çok yerde, özelükJe bölünme sözleşmesi ve planı dolayısıyla yazılı **şekil** şartı öngörmüştür. Kanun'un şekil şanına tabi kıldığı işlemlerde anılan **şekJe** riayet edilmemiş olması hali de, kanaatimizce yokluk sebebidir⁸). Tarafımızca benimsenmemekle birlikte bölünmeye onay veren genel kurul kararında Kanun'un aradığı nisaplara uyulmamış olması da bir yokluk sebebi olarak çoklukla dile getirilmektedir⁸⁶. Çünkü bölünme iradesi tam olarak da bu nisaplar üzerinden tespit olunabilmektedir. Yine Kanun'un geçerli görmediği türden bölünmelere, örneğin bir anonim şirketin bir kollektif şirkete bölünmesine karar verilmesi halinin de yoklukla malul olacağı ifade edilmektedir.

Yukarıda inceleme davası ve denkleştirme akçesi başlığı altında da ifade olunduğu üzere bölünme de dahil her türden yeniden yapılandırma işleminde hakların devamlılığı ilkesi mevcuttur. Bu manada bölünen veya devralan şirket ortaklarının mevcut haklarının en azından ekonomik manada korunması, yine ekonomik olarak telafisi mümkün olmalıdır. Ancak hakların devamlılığı ilkesinin sonuçları bakımından ağır ihlali, kötüniyetli ihlali, artık ekonomik olarak telafi edilmekle giderilebilecek bir ihlal değildir; kanaatimizce işlemin budanma yol açar. Örnek kabilinden ifade etmek gerekirse, anonim şirketlerde pay sahibi rızası dışında şirketten çıkarılamaz; bu manada ve asimetric bölünme hallerinden sarfi nazar edilecek olursa, bir bölünme işleminin de pay sahiplerinin rızası hilafına bu kişilerin şirketten çıkarılması ile sonuçlanmaması gerekir. Bölünmeye katılan şirket yönetim organlarının şirketten çıkarmayı engelleyecek şekilde, payların birleştirilmesi veya bölünmesi gibi ön önlemleri almaya çalışmış olması icap eder.

⁸   **Aksi** yönde **Meier-Dieterle**, Art. 106, N. 10. *Meier-Dieterle*'ye göre yazılı **şekil** şartına riayet edilmemesi iptal sebebidir.

⁸⁶ Bkz. Nussbaumer, N. 548. Aksi yönde Dubs/Frehner, Art. 106, N. 17; **Meier-Dieterle**, Art. 106, N. 10. Anılan yazarlara göre nisaplara uyulmamış olması iptal sebebidir. Çünkü, yine anılan yazarlara göre, genel kurul kararı oylama sonucunun doğru bulunmasıyla değil, divan başkanının açıklamasıyla oluşmaktadır. Kanaatimizce bu şekli yakl ma herhangi bir biçimde katılmak imkanı yoktur; ancak burada temsil olunan görüş uyarınca da ve genel kurul nisaplarıru düzenleyen madde yeniden ele alınmadığı müddetçe nisaplara uyulmamış olmasını iptal sebebi olarak görmek gerekir. Ayrıntısı için bkz. "Nisap" b lığı altında yapılan açıklamalar.

Bölünme sözleşmesinin esaslı unsurlarındaki eksikliklerin **de bulunma** işleminin butlanı ile sonuçlanacağı görüşü dile **getirilmektedir**'. **Kanaati-**mizce de, bölünme sözleşmesi veya planındaki objektif manada esaslı un-surların eksikliği işlemin butlanına sebep olabilecektir. Ancak bölünme söz-leşmesi veya planının içeriği incelendiğinde görülür ki, içerik kalemlerinin hemen tamamındaki eksiklik, yorum yoluyla doldurabilir niteliktedir veya Kanun, bu eksikliğin telafisi için başka bir araç öngörmüştür. Örneğin somut bölünme sözleşmesinde devre konu malvarlığı unsurlarının tespitini önemli ölçüde güçleştiren bir envanter mevcutsa, o halde TTK'nın 168. **maddesi** devreye girebilecek ve bölünme işlemi neticesinde naklolunup olunmadığı belirsiz unsurlar bakımından sorun, paylı mülkiyet veya müteselsil sorumlu-luk müesseseleri üzerinden çözülecektir⁸⁸.

Son olarak bölünmeye katılan şirket türlerine has ilkelere riayet edilmemiş olması da kanaatimizce bölünme işleminin butlanı ile sonuçlanabilir. Örneğin anonim şirketlere hakim tek borç ilkesi gereği pay sahiplerine pay bedellerini ödemek dışında bir ek borç veya yan edim yüklenememektedir. Kanaatimizce, bölünme işlemi dolayısıyla da bu ana ilkelere riayet edilmesi gerekir.

Bu anılan yokluk ve butlan halleri dışında kalan hallerde bölünme işle-minin iptali söz konusu olabilir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme işleminin iptali Kanun'un 159 ila 179. maddelerine riayet edilmemesi ne-ticesinde ortaya çıkabilecek bir sonuçtur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ileride de ayrıca değinileceği üzere, Kanun, iptal davası açma yetkisini sadece ortaklara tanımıştır. Diğer bir ifadeyle alacaklılar ve işçiler bu yönde bir iptal davasını ikame edemeyeceklerdir. O halde, öğretide de neredeyse ittifakla dile getirildiği üzere, Kanun'un sadece ortakları koruma amacına matuf hükümlerinin ihlalinin TTK m. 192'de öngörüldüğü haliyle bir iptal davasına mesnet teşkil edeceğinin de kabulü gerekecektir. Diğer bir ifadeyle Kanun'un 159 ila 179. maddeleri arasında yer alan ve alacaklı ve işçilere ko-rumaya yönelik hükümlerin ihlali, örneğin TTK m. 174 ve 175'te öngörül-düğü haliyle ilan ve teminat prosedürünün ihlali, kanaatimizce de, TTK m. 192'de öngörülen iptal davasına mesnet teşkil edemeyecektir⁸⁹; bu hallerde

87 Bkz. **Dubs/Frehner**, Art. 106, N. 19. Aksi yönde Nussbaumer, N. 549.

88 Benzer şekilde Dubs/Frehner, Art. 106, N. 33.

89 Bkz. Dubs/Frehner, Art. 106, N. 31; Schenker, Art. 106, N. 14. *Schenker*, alacaklı ve işçileri korumaya yönelik hükümlerin ihlalinin ortaklarca bir iptal da-vasında dile gecirilmemesini hukuki menfaat kıstası ile açıklamaktadır. Aksi yönde Ipekli-Kayalı, s. 293.

alacaklı ve işçiler sorumluluk davalarını ikame edebilirler. Buradan hareketle TTK'nın özellikle inceleme hakkını öngören 171. maddesinin ihlali ve yine bölünme kararının sağlıklı alınabilmesi amacına hizmet ettiği için TTK m. 169'da öngörüldüğü haliyle bir bölünme raporunun olmaması veya eksikliği bölünme kararının iptaline sebep olabilecektir.

Birazdan tekrar ele alınacağı üzere, iptal davasının konusu, esas itibarıyla, bölünmeyi onaylayan genel kurul kararıdır. Ancak bu kararı hazırlayan, bu kararın sağlıklı alınmasına hizmet etmesi maksadıyla Kanun'un öngördüğü diğer türden işlemlerdeki eksiklik ve yanlışlıklar da, genel kurul kararına etki ettikleri ölçüde, anılan kararın iptaline sebep olabilirler⁹⁰.

Devamla; Kanun sadece Kanun'un bölünme ile ilgili hükümlerinin ihlali halini iptal sebebi olarak belirtmektedir. O halde bölünmeye katılan şirket sözleşmesine veya söze konu şirket türüne has diğer düzenlemelere aykırılık halleri TTK m. 192'de belirtilen iptal davasının mesnedini teşkil edemezler; bu hallerde somut türe yönelik genel iptal davasının açılması gerekecektir⁹¹.

Bu noktada son olarak ve altını çizerek ifade etmek gerekir ki, iptal davası, yokluk veya budanın tespiti davalarında hakim, işlemin hukukiliğini denetleyecektir; yerindelik denetimi, yani bölünme kararının ticari açıdan yerinde olup olmadığı hususu, kanaatimizce, bu davaların konusu değildir⁹². Yine hukukun genel bir ilkesidir; ancak bu noktada da ifade olunması gerekir: İptal davasının sırf tescili geciktirmek maksadıyla, yani kötüniyetli açıldığının anlaşıldığı hallerde de, davanın reddi gerekir⁹³.

2.2.3. İptalin Konusu.

Her ne kadar TTK m. 192 ile mehzazı niteliğindeki İsvBirK m. 106'nın lafzından tam olarak anlaşılamasa da, bugün için üzerinde ittifak olunan husus şudur ki, iptali talep olunabilecek karar, bölünme İşleminin onaylandığı genel kurul kararıdır⁹⁴. Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere genel kurul

⁹⁰ Bkz. Schenker, Art. 106, N. 16. Türk Hukuku'nda *Narbay*, iptal davalarına has etki prensibinin yeniden yapılandırma halleri bakımından uygulama alanı bulamayacağını ifade ecmektedir. Bkz. *Narbay*, s. 102.

⁹¹ Bkz. İpekel-Kayalı, s. 294 ve Schenker, Art. 106, N. 12. Aksi yönde Dubs/Frehner, Art. 106, N. 34.

⁹² Aynı yönde AJrenburger/Colderan/Lederer, N. 1438.

⁹³ Aynı yönde Altenburger/Colderan/Lederer, N. 1446.

⁹⁴ Örnek kabilinden bkz. Schenker, Art. 106, N. 15. Basitleştirilmiş usulde birleşmede

kararının sırf kendisinden kaynaklı eksil<lil<ler değil, bu kararı **hazırlayıcı** nicelikteki *öncül* işlemlerdeki eksiklik ve yanlışlı<lar da genel kurul kuanrun iptaline sebep olabilir⁹⁵.

Kural olarak iptali istenebilecek kararlar genel kurulun bölünme işlemi-
RU onaylar türde olumlu kararlarıdır, genel kurulun bölünme işleminin reddi yönündeki olumsuz kararları iptale konu olamazlar⁹⁶.

2.2.4. İptali Talebe Yetkili KiJiler

TTK m. 192'de öngörüldüğü haliyle bir iptal davasını açabilecek **◆iler** bölünmeye katılan şirketlerin ortaklarıdır; alacaklı ve işçiler bu davayı ikame edemezler; bu dava onlar hesabına ortak<larca da ikame edilemez. Aynı şekilde bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları da bu davayı açmak konusunda ehil kılınmamışlardır⁹⁷.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, her bir ortak ortağı olduğu şirketin genel kurul kararının iptalini talep edebilecektir⁹⁸. Diğer bir ifadeyle bölünmeye katılan diğer şirketlerin bölünme sürecinin işletilmesinde içine düştüğü ihlal halleri, bu şirketin ortağı bulunmayan diğer şirket ortaklarınca iptal davasına konu edilemezler.

Devamla; TTK m. 192/1 hükmü gereği, iptal davasını genel kurula katılmış, bölünme kararı aleyhine oy kullanmış⁹⁹ ve bu hususu tutanağa geçirmiş bulunan ortaklar açabilir. Bu noktada Kanun'umuz mehz kanundan ayrılmaktadır. Şöyle ki; İsvBirK m. 106 gereği İsviçre Hukuku'nda iptal davasını olumlu oy vermemiş her ortak açabilmektedir. Hükmün lafu bu şekilde olunca genel kurula katılmamış, genel kurulda olumsuz veya çekimser oy kullanmış, toplantıda olmasına rağmen oylamaya katılmamış her bir ortak iptal davasını açabilmektedir; mehz hukukta bir tutanağa geçirme zorunluluğu da, haliyle bulunmamaktadır¹⁰⁰. Kanaatimizce TTK m. 192/l'de getiri-

eğer birleşme kararı yönetim organınca alınmış ise, o halde bu kararın da iptali istenebilir. Bkz. Schenkeç, Art. 106, N. 17. Ancak bölünmede basitleştirilmiş usule henüz yer verilmediği için, bölünmede ancak genel kurul kararı iptal olunabilir.

95 Bkz. Erdem, Yeni Davalar, s. 125. Ayrıca bkz. Dubs/Fcehnec, Art. 106, N. 28.

96 Bkz. İpekel-Kayalı, s. 289.

97 Bkz. Dubs/Frehnec, Art. 106, N. 48; Schenker, Art. 106, N. 21.

98 Bkz. Dubs/Frehner, Art. 106, N. 45.

99 Aynı yönde Erdem, Yeni Davalar, s.

126. 100 Bkz. Meier-Dieterle, Art. 106, N.

11.

len sınırlamalar yerindedir. Çünkü bu haliyle hüküm, hem genel iptal davası ile uyum göstermektedir, hem de iptal davasını sadece şirketle **ilgisi** bulunan, bölünme işlemini başından bu yana ciddiyle takip etmiş ve henüz **genel** kurula gelmeden önce dahi tespit edebildiği aksaklıklar nedeniyle olumsuz oy kullanmış ve bu hususu da tutanağa geçirmiş ortakların açabilmesine olanak sağlamaktadır. Belirtildiği şekilde İsviçre Hukuku'nda tutanağa şerh düşülmesi yönünde bir hüküm bulunmamaktadır; ancak hemen her kaynak tutanağa şerh düşülmesini olumlu oy kullanılmadığının ispatı bakımından şiddetle salık vermektedir. Kanaatimizce ispat meselesini çözmesi bakımından da TTK m. 192/1 hükmü tercihi şayandır. Aynı şekilde bu hüküm¹ olumlu oy kullananların bölünme işleminin iptalini hiçbir surette dava edemeyecekleri anlamına da gelmemektedir. Şöyle ki; eğer bir ortağın olumlu oy vermesi şirketçe edindirilmesi gereken bilginin noksan kalması, yanıltma ve benzeri iradeyi sakatlayan hallere dayanıyorsa, o halde olumlu oy kullanan o ortağın dahi iptal davası açabileceği genel kabul gören hususlardandır¹⁰¹.

Bu noktada son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: İptal davasını açabilecek ortaklar hem karar anında hem de davayı açarken bu sıfatı haiz olanlardır. Dava açılırken ortak sıfatı yok ise veya dava sırasında ortaklık sıfatının devir ve sair sebeplerden kaybı halinde, dava da düşer; çünkü ortada artık bu davanın davacı tarafından takibi yönünde meşnı bir sebep de kalmamıştır¹⁰².

2.2.5. Süre

TTK m. 192/1 hükmü gereğince iptal davasının, bölünmeyi onaylayan genel kurul kararının ilanından itibaren en geç **iki ay** içerisinde açılmış olması gerekir. Yukarıda "Genel Kurul Kararı" başlığı altında da ifade olunduğu üzere, bölünmenin onaylandığı genel kurul kararının ilanı gereklidir. Burada ifade olunan **iki ayLk süre hak düşürücü niteliktedir**¹⁰³.

¹⁰¹ Örnek kabilinden bkz. Schenker, Arc. 106, N. 19; Dubs/Frehner, Art. 106, N. 46. Bu noktada *Dubi/Frehutr*, öncelikle iradeyisakatlayan halin ve olumlu oyun bu nedeni, geri çekildiği keyfiyetinin şirkete ihtaren tebliğini şart koşturmaktadır.

¹⁰² Bkz. Dubs/Frehner, Art. 106, N. 47. Benzer şekilde İpekel-Kayalı, s. 292. *İptktl-Kuyalı* ortak sıfatının karar kesinleşinceye kadar devam etmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir. Aksi yönde Nussbaumer, N. 205. *Nimbaumer'* e göre, payı devralan kişi, davalının rızası olmaksızın dahi davaya dahil olabilecektir.

¹⁰³ Bkz. Dubs/Frehner, Arr. 106, N. 52; İpekel-Kayalı, s. 295; Schenkcr, An 106,  24.

Süre bakımından şu hususu da ifade etmek gerekir♦Her ne **kadar Ka-**nun, davanın ilandan itibaren jk.i ay içerisinde açılabilceğini öngöl'mü.j oba da, burada temsil edilen görüş uyarınca iptal davası, genel **kurul kararırın** alınmasından sonra ve kararın ilanını beklemeksizin de açılabilir¹⁰⁴. Çünkü görülebildiği kadarıyla Kanun'un ilk uygulamasında henüz **genel kuru1Jann** onay kararları ilan olunmadan, ilgililer ticaret sicil müdürlüklerine **bölün-**menin tescili için doğrudan başvurmakta ve uygulamada genel **kurul ka-**rarının ilanı ile bölünmenin tescil ve ilanı keyfiyetleri arasında **şimdiden** bir kafa karışıklığı olduğu gözlemlenmektedir. Halbuki, yukarıda "Gend Kurul Kararı" ve "Tescil" başlıkları altında da ifade olunduğu üzere, bu iki ilan birbirinden farklıdır; tüm genel kurul kararları ilan edildikten sonra bölünme işlemi, varsa sermayenin azaltılması ve artırılması kararları ile birlikte **tescil** olunacak ve bölünmenin gerçekleştirildiği hususu ayrıca ilan olunacaktır.

Kanaatimizce sırf bu kafa karışıklığını engellemek ve ilgililerin **mahke-**melerden tescili engelleyici nicelikte tedbir kararlarını alabilmelerini **sağla-**mak adına dahi, ki işbu çalışma kapsamında tescilin iyileştirici etkisi olduğu görüşü savunulmaktadır, iptal davasının hemen genel kurul kararının aka-binde açılmasına izin vermek, bu sürede açılan davaların da mevsimsiz açıl-dığı iddialarını dinlememek gerekir.

2.2.6. *İptal Kararı ve İptalin Etkisi*

TTK m. 192/3 hükmüne göre mahkeme, bölünme işleminin iptaline ancak giderilemeyen türde bir eksikliğin, hukuki sakatlığın olması halinde ya da giderilebilir türde bir sakatlığın mahkemece tanınan süre içerisinde gi-derilmemesi halinde karar verebilecektir. Hangi türden hukuki sakatlık hal-lerinin bu manada "giderilebilir" nitelikte olduğu hususunda Kanun suskun kalmaktadır.

Konu öğretilde de tartışmalı niteliktedir. Kimi yazarlar ilgili genel ku-rulun tekrarı ile dahi sonuçlanabilecek şekilde hemen her türden eksikliği giderilebilir türden hukuki sakatlık halleri olarak görmek eğilimindedirler¹⁰). Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca giderilebilir türden eksiklik kav-ramı altında genel kurul kararına, oylamaya etki etmeyen türden noksanları

¹⁰⁴ Aynı yönde Schenker, Art. 106, N. 27 ile Dubs/Frehner, Art. 106, N. 53. Benzer şek.ilde Narbay, s. 64.

¹⁰) Bkz. **Meier-Dieterle**, Art. 107, N. 3.

anlamak icap eder¹⁰⁶. Bu noktada akla şu soru gelebilir: Madem eksiklik sonuca etki etmemiştir, neden düzeltilmesi gereksin ve mahkeme düzeltilmesi yönünde ilgili şirkete bir süre versin? Yukarıda da belirtildiği üzere ve bu çalışma altında temsil olunan görüş uyarınca, Kanun'un emrettiği her türden yükümlülük yerine getirilmelidir. Bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonuca etki etmemiş olsa da, bu yükümlülüğün sonradan yerine getirilmesi ve tamamlanmasını talep etmek her ortağın hakkı olmalıdır; ilgili şirket organlarının da tamamlama yükümlülükleri mevcuttur. Bu meyanda mahkemenin işlemin tamamlanması yönünde vereceği süre, Kanun'a harfiyen uyumu garanti eder nitelikte olacaktır; çünkü sürenin tutulmaması halinde işlemin iptali söz konusudur.

Bu manada düzeltilebilir, giderilebilir nitelikte aksaklıklara örnek olarak bölünme sözleşmesi veya planında mevcut, esasa etkisi olmayan hususlardaki eksiklikler verilebilir¹⁰⁷; esasen bundan başkaca bir örnek bulmak da zor olacaktır. O nedenle TTK m. 192/3'de ele alındığı haliyle bir giderme imkanından çok bir fayda beklememek gerekir.

Bu noktada son olarak şu hususa da değinmek gerekir: İptal davası sırasında bölünme işleminde bir eksiklik, hukuki sakatlık olduğu iddiasını davacı, bu eksikliğin giderilebilir nitelikte olduğu hususunu ise davalı şirket ispat edecektir; davalı şirketin mahkemeye, eksikliğin giderilebilmesi yöntemleri hakkında önerilerde bulunması da yararına olacaktır¹⁰⁸.

Toparlamak gerekirse; burada temsil olunan görüş uyarınca, ancak genel kurul kararına etki etmemiş türden noksanlar giderilebilir niteliktedir ve işlemin iptali bu noksanların mahkemece verilecek süre içerisinde düzeltilmesi suretiyle engellenebilir. Ancak uygulamada pek çok halde, bölünme kararının iptali ile karşılaşılması, bu manada, daha olasıdır.

Bu noktada son olarak olası bir iptal kararının etkileri üzerinde durmak gerekecektir: Yukarıda da ayrıntısı ile ele alındığı üzere, işbu çalışma kapsamında tescilin iyileştirici etkisi olduğu, dolayısıyla tescilden sonra bölünme işleminin yokluğu ve butlanının tespiti ile iptalinin talep olunamayacağı görüşü savunulmaktadır. Bu nedenle iptal kararının etkisi de, halihazırda tescil

¹⁰⁶ Bkz. Oubs/Frehner, Art. 107, N. 6; Schenker, Art. 107, N. 7; Nussbaumer, N. 396.

¹⁰⁷ Bkz. Schenker, Art. 107, N. 9.

¹⁰⁸ Bkz. Oubs/Frehner, An. 107, N. 14.

edilmiş bir bölünme işleminin geriye dönük bir biçimde tasfiyesi olarak ortaya çıkamayacaktır. Ancak tescilden önce ve tescili engelleyici nitelikte bir tedbire karar verilen bir muhakeme neticesinde alınan iptal kararı geriye (o; ıımc) etki edecektir.

Bilindiği üzere bölünme pek çok merhalelerden geçerek tamamlanmaktadır. Dolayısıyla bu noktada sorulması gereken esas soru şudur: İptal karar ne kadar geriye etki edecektir? Bu konu ile ilgili görüş bildiren kaynaklarda iptal kararı ile bölünmeye onay veren genel kurul kararının ortadan kaldırıldığı, anılan bu genel kurul kararına kadar geçilen merhalelerde yürütülen işlemlerin iptal kararından etkilenmediği savunulmaktadır¹⁰⁹. Bu görüş takip olunacak olursa, sadece genel kurulun tekrar edilmesiyle pek çok bölünme işlemi hukuki sıhate kavuşturulabilecektir. Şahsi kanaatimiz de bu yönde olmakla birlikte, yani iptal kararının sadece genel kurul kararını ortadan kaldırdığı yönünde olmakla birlikte, bu noktada ufak bir çekincemizi de ifade etmek isteriz: Şimdiye kadar ele alınan bölümlerde de görüldüğü üzere, Kanun pek çok hususu sıkı süre şartlarına bağlamış ve bölünme kararının mümkün olan en güncel veriler üzerinden alınmasını talep etmiştir. Örneğin bölünmenin onaylanmasına yönelik genel kurul kararı son bilanço tarihi altı ay öncesinden fazlasına dayanıyorsa, alınamamaktadır; bu halde bir ara bilanço çıkarılması gerekecektir. Yine malvarlığındaki değişikliklerin takibi zorunluluğu, şirket değerlemelerinin güncelliğini yitirmiş olacağı gerçeği ve ülkemizde, iptal davası da olsa, bir davanın kesinleşinceye kadar geçecek sürenin uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda, iptal kararının, hukuken olmasa bile fiilen, işlemi en başından bu yana geçersiz kıldığı ve hemen tüm merhalelerin tekrarlanmasına yol açacağını ifade etmek gerekir.

3. Alacaklıların Korunması

Bölünme dolayısıyla zarar görmesi muhtemel bir diğer çevre de alacaklılar çevresidir¹¹⁰. Kanun bu çevreyi ilan ve teminat gibi müesseseler üzerinden koruduğu gibi bu müesseseleri tamamlayıcı nitelikte müteselsil sorumluluk halleri de vazetmiştir. İşbu başlık altında, bu manada, Kanun'un 168 ile 176. maddelerinde öngörüldükleri şekliyle bu sorumluluk halleri incelenecektir.

¹⁰⁹ Bkz. **Schenker**, Art. 107. N. 10.

¹¹⁰ Bölünmeye katılan tüm şirketlerin alacaklılarının korunduğu tespiti ve koruma nedenleri için bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 315 vd.

3.1. Unutulmuş Malvarlığı ve Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluğu

Yukarıda da ifade olunduğu üzere, bölünme işleminin temelinde seçilmiş malvarlığı unsurlarının devralan şirket veya şirketlere nakli yacmakadır. Bu manada devre konu malvarlığı aktif ve pasiflerden müteşekkildir, kural olarak bir envanter üzerinden tespit edilmiş bulunmaktadır ve yine, envanter üzerinden tespit olunmuş bulunan bu aktif ve pasif malvarlığı unsurları, bölünme işleminin tescili ile birlikte ve bıkaca bir işleme gerek duyulmaksızın devralan şirket veya şirketlere naklolunmuş olurlar. Bu manada envanterin hazırlanması hususu, belki de bölünme işleminin, en dikkat gerektirir ara işlemlerindendir.

Ancak yukarıda envanter bıkılığı altında da ele alındığu üzere, taraflar, envanterin hazırlanması amasında gerekli özeni göstermemiş, devre konu tüm unsurları belirlememiş, sadece belirlenebilir kılmakla yetinmiş olabilirler. Aynı şekilde envanter son derece detaylı bir şekilde hazırlanmış olsa dahi, tescil öncesinde bölünen şirketçe varlığı ve miktarı bilinmeyen bölünen şirkete ait bir rakım aktif veya pasif unsurlar tescil sonrasında da ortaya çıkabilir¹¹¹. Özellikle cam bölünme neticesinde bölünen şirketin de tescil ile birlikte infisah etiruş olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, varlığı önceden bilinmeyen veya kime tahsis olunduğu anlaşılamayan ve bu manada "unutulmuş", aktif unsurların kime aic olduğu ve pasif unsurlardan kimin sorumlu tutulabileceği sorunu ortaya çıkabilir. Ancak bu noktada hemen eklemek gerekir ki, bir malvarlığı unsurunun "unutulmuş" olduğunun kabulü için, bu unsurun bölünme sözleşmesi veya planının yorumu neticesinde dahi devralan şirketlerden herhangi birine tahsis edilemiyor olması gereklidir¹¹². Özellikle bir işletme veya işletme parçası gibi kendi içerisinde bütünlük arz eden hususların devri halinde, yorum yoluyla bu bütüne dahil olduğu öngörülebilen aktif ve pasif unsurların, envanterde yazılı olmasalar dahi, bu bütünü devralan şirkete tahsis olunduğunu söylemek mümkün olacaktır.

İşte bu sorunlara yönelik bir çözümü Kanun 168. maddesinde öngörmüş bulunmaktadır. Anılan maddenin kaynağı İsvBirK m. 38 hükmüdür ve TİK'nın 168. maddesi bu maddeyi, herhangi bir değişiklik yapmaksızın, Türk Hukuku'na aktarmış bulunmaktadır.

¹¹¹ Bkz. **Helvacı**, Bölünme, s. 106.

¹¹² Bkz. Waccer/Rampini, Art. 38, N. 7 ile Urs Zenhausern, Art. 38, Fusionsgesetz sowie die einschlagigen Bescimmungen des IPRG und des Steurrechts, 2. Auflage, Bern 2015, N. 2.

TIK'run 168. maddesi aktifler bakımından özü **itibariyle şu huwsu ku-** rallaştırmaktadır: Kısmi bölünmede bölünmeye katılan **ıirketlerden hangui-** ne tahsis olunduğu anlaşılamayan, yorum yoluyla da tahsisi sorunu **çözüleme-** yen aktif unsurlar bölünen şirketin mülkiyetinde **k**  tır. Tam **bölünmede** ise, tam bölünen şirket tescil ile birlikte infisah etmiş olacağından, devralan şirketlerden hangisine tahsis olunduğu anlaşılamayan aktif unsurlar üzerinde devralan şirketlerden her biri paylı mülkiyet hakkına sahip olacaklardır. Bu noktada Kanun, Medeni Kanun'dan ayrılarak, paylı mülkiyetin eşit paylarla değil, bölünen şirketten devralınan net malvarLğı değerinin toplam net ımalvarlığı değerine oranla bulunması suretiyle tesisini uygun bulmuştur¹¹³. Örneğin A şirketi B ve C şirketlerine tam bölünmüştür. A şirketinin net malvarlığı 100 birim değerindedir ve B şirketi bu değer 40 birimi  C şirketi ise 60 birimini devralmıştır. Bu halde bölünen şirkete ait olduğu sonradan ortaya çıkan 10 birim değerindeki bir arsa üzerinde B ve C şirketleri % 40'a % 60 şeklinde tezahür eden bir paylı mülkiyete sahip olacaklardır. Paylı mülkiyet ilkesinin benimsenmiş olması gereğı, her bir devralan şirket kendi payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilecektir.

TIK'nın 168. maddesi 3. fıkrası paylı mülkiyete dayalı bu kuralın alacaklar ve maddi olmayan malvarlığı haklarına da kıyasen uygulanacağını öngörmektedir. Bu hükümle tesis edilmek istenen kıyas ilişkisi de, esasen, paylı mülkiyete elverişli olmayan unsurlarda dahi, net malvarLğının edinildiğı oranda bir hakka sahip olunacağını ifade etmekten ibarettir¹⁴. Örneğin bir alacak hakkı üzerinde, anlam içeriğı itibariyle bir paylı mülkiyet kurulduğundan bahsedilemez. Ancak söze konu alacak, yine yukarıdaki örnek üzerinden devam etmek gerekirse, 10 birim değerinde ise, bu alacağın 4 biriminin B, 6 biriminin ise C şirketine tahsis olunmuş bulunduğu kabul olunacaktır. Bu noktada devralan şirketler alacak üzerinde ancak müştereken tasarrufta bulunabilirler ve alacağın borçlusu da, ancak tüm alacaklıları, yani B ve C şirketini birlikte tatmin etmekle, borcundan kurtulur. Alacaklılardan herhangi birisinin ifayı kabul etmemesi veya edememesi halinde, örneğin B şirketinin ödemeyi kabul etmemesi halinde, alacaklının temerrüdü koşulları oluşur. Bu manada borçlu, alacağı tevdi için bir mahal belirlenmesini mahkemeden talep ile belirlenen mahale tevdi neticesinde borcundan kurtulur. Alacaklar üzerinde bu şekilde birlikte hak sahibi olunması hususunu ifade için İsviçre

¹¹³ Bkz. **Zenhausern**, N. 5.

¹¹⁴ Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 38, N. 13.

Hukuku'nda "*gümeimchafiliche Glaubigerschaft mil Quoienbtütigung*" kavramı kullanılmaktadır¹¹⁵.

Bu noktada son olarak ifade etmek gerekir ki, aktif kavramı sözleşme ilişkilerini kapsamaz. O nedenle unutulmuş sözleşmeler varsa şayet, kısmi bölünmede bu sözleşmelerin bölünen şirketle devam edeceği, tam bölünmede ise, fesholunmuş olacağı kabul olunmalıdır¹¹⁶. Fesih dolayısıyla oluşan alacaklardan ötürü devralan şirketler, ileride ele alınacak TTK m. 176 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle müteselsilen sorumlu tutulabilirler.

Amlan hükmün üçüncü fıkrası "unutulmuş" borçlar dolayısıyla da benzeri bir çözüm öngörmüştür. Esasen anılan fıkra sadece tam bölünme halinden bahsetmekle ve başkaca bir ayrıntıya yer vermemekle birlikte, unutilan borçlar bakımından da şu kural tespit olunabilir: Bir borcun kime tahsis edildiği envanterden anlaşılamıyor ve bölünme sözleşmesi veya planın yorumu ile de tespit edilemiyorsa, bu halde kısmi bölünmelerde söze konu borcun bölünen şirkette kaldığı kabul olunur¹¹⁷. Tam bölünmelerde ise Kanun, devralan şirketlerin bu borçtan dolayı müteselsilen sorumlu olmalarını öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle somut alacaklı bu borcun tamamı veya bir kısmı için devralan şirketlerin tamamını veya bir kısmını ayrı ayrı veya birlikte takip edebilecektir. Kanun devralan şirketlerin iç ilişkileri bakımından suskun kalmaktadır. Ancak İsviçre Hukuku'nda, bizim de katıldığımız bir biçimde, tarafların birbirlerine karşı devraldıkları net malvarlığı oranlarında rücu hakları olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸. Yukarıda verilen örnekten devam etmek gerekirse; 100 birimlik "unutulmuş" bir borcu tek başına ödemek zorunda kalmış B şirketi bu borcun 60 birimlik kısmını C şirketine rücu edebilecektir.

11

Bu noktada son olarak ifade etmek gerekir ki, bu hüküm dairesinde kullanılan borç kavramı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kaynaklı (iade) borçlarını da kapsar¹¹⁹.

115 Bkz. **Watter/Rampini**, Art. 38, N. 14.

116 Bkz. **Zenhausern**, N. 4. Aksi yönde görüşler de mevcuttur. Örneğin **Watter/Rampini**, sözleşmelerden devralan şirketlerin birlikte istifade edeceklerini ifade etmektedir. **Watter/Rampini**, Art. 38, N. 17. Ancak kanaatimizce bu yönde bir birlikte istifade olanağı bölünmenin niteliği gereği pek mümkün olmayacaktır.

117 Aynı yönde Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 343.

118 Bkz. **Zenhausern**, N. 8a.

119 Bkz. **Zenhausern**, N. 8.

3.2. Bölünmeye Kanlan Şirketlerin İkinci Derecede Sonim.lu1upı

Alacaklıların korunması bakımından bir diğer araç da Kanun'un 176. maddesinde öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, bölünme öncesinde bölünen şirkete ait bir borç bölünme işleminin tescili ile birlikte **açıkça vey** işletme veya işletme parçası gibi kendi içerisinde bir bücünJük arz eden malvarlığı unsurlarının naklinde olduğu gibi, bölünme sözleşmesi veya planının yorumu yoluyla devralan şirketlerden birine naklolurunuş olabilir, nal<loJun<duğu kabul edilebilir. Bu halde borç, alacaklının rızası aranmaksızın bölünme işleminin tescili ile birlikte devralan şirkete geçmiş olur ve bu şirket borcun asıl borçlusu halini alır. Kanun, borcu bu şekilde devralan şirketi ifade etmek için "birinci derecede sorumlu bulunan şirket" ifadesini kullanmaktadır. Ancak bu şirket anılan bu borcu yerine getiremeyebilir. Bu halde Kanun, bölünen şirket de dahil, bölünmeye katılan diğer şirketleri bu borçtan dolayı müteselsilen sorumlu kılmaktadır. Görüldüğü üzere ikinci dereceden müteselsil sorumluluk, sadece bölünme çerçevesinde devrolunmuş borçlar dolayısıyla öngörülmüştür¹²⁰.

Ancak müteselsil sorumluluğun doğabilmesi ve diğer şirketlerin anılan borçtan dolayı takip edilebilmeleri için ek bir takım şartlar mevcuttur. Bunlardan ilki anılan borcun daha önceden teminat altında alınmamış olmasıdır. Bilindiği üzere bölünmeye katılan şirket alacaklıları henüz bölünme karar şirket genel kurullarınca onaylanmazdan evvel, alacaklarının şahsen veya ayın cinsinden teminat altına alınmasını talep edebilirler. Bu şekilde teminat altına alınmış borçlarda bölünmeye karılan diğer şirketlerin ikinci dereceden dahi olsa müteselsil sorumluluğu bulunmamaktadır¹¹¹.

¹¹⁰ Bu noktada öğretilde bu müteselsil sorumluluk halinin bölünen şirketin devredilmeyen borçları ile devralan şirketlerin bölünme öncesinde mevcut borçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmemiş olması bir eksiklik olarak nitelenmektedir. Bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 336 vd. ile Çoştan, Alacaklının Korunması, s. 245 vd. Bölünmenin bu alacaklı çevresini de etkilediği, etkileyebileceği muhakkaktır. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca bu alacaklı çevresini Kanun halihazırda başka vasıtalarla korumaktadır. Örneğin bölünen şirketin devredilmeyen borçları dolayısıyla Kanun ve ikincil mevzuat, bölünmenin borca batıklık ile sonuçlanamayacağını öngörmekle, devredilmeyen borçların ifa edilebilirliğini garanti altına almaktadır. Aynı şekilde devralan **şirketlerin** bölünme neticesinde ancak aktif fazlası içerecek bir malv<rlığını edinebilecek olmaları yönündeki görüü.şümüz de, tam olarak, devralan şirkederin mevcut alacaklılarını koruma amacına matuftur. Bu söylenenler lışığında huzurdaki çalışma kapsamında yukarıda anılan görüü.şlere katılmak imkanı görülememektedir.

¹²¹ Erdtm, cemjnatin borcu karşılayamayacağının en baştan açıkça anlaşılabilirdiği hallerde diğer sorumlu şirketlere başvurulabilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. Erdem,

Yine diğer şirkederin takip edilebilmeleri için öncelikle asıl borçlunun takip edilmiş olması ve takibin (kesin aciz vesikası alınmak suretiyle) semeresi¹²² z kalmış olması gere¹²³kır¹²². Ancak Kanun, bu noktada takibin faydasız olacağı gerçeğinden harekede bazı halleri saymakta ve bu hallerde asıl borçluya karşı takip dahi yapılmaksızın bölünmeye katılan diğer şirketlerin takip olunabileceğini ifade etmektedir. Bu haller şunlardır:

- Asıl borçlunun iflas etmiş olması
- Asıl borçlunun konkordato süresi almış olması¹²³
- Asıl borçlu aleyhinde yapılan başka bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartlarının doğmuş olması¹²⁴
- Asıl borçlunun merkezinin yurtdışına taşınmış olması ve bu nedenle Türkiye'de takip edilemez hale gelmesi¹²⁵
- Merkezi halihazırda yurcdışında bulunan asıl borçlunun yer değiştirmesi ve yine bu sebepten ötürü takibin güçleşmesi.

Anılan bu şartların karşılanması halinde bölünmeye katılan diğer şirketler de doğrudan takip edilebilirler; bu şirketler de alacaklıya karşı müteselsilen sorumludurlar. Burada da Kanun, ödeme yapan tarafın rücu hakkı konusunda suskun kalmaktadır. Ancak bu noktada da, yukarıda önerildiği haliyle bir çözüm önerilebilir: Ödeme yapan taraf, devralınan malvarlığına katılım-

Alacaklıların Korunması, s. 340. Kanaatimizce, bu görüşe katılmak imkanı bulunmamaktadır. Çünkü borca karşılık gelmek üzere bahşedilen teminat alacaklının talebi ve karşılıklı uzlaşma doğrultusunda verilmiş olup teminatın miktarı ve yeterliliği hususu alacaklı tarafından da kabul olunmuş vaziyettedir. Yukarıda da anıldığı üzere alacaklıların teklif olunan teminatı yeterli bulmamaları halinde mahkemeye başvurmak imkanı da mevcuttur.

¹²² Haklı eleştirisi için bkz. Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 342.

¹²³ Kanun'un bu hükmünün kaynağı İsvBirK m. 47 hükmüdür. O hükmün bu kısmının kaynağı da adi kefile başvuru şartlarını düzenleyen İsvBK m. 495/1 hükmüdür. Bkz. Michael Pfeifer/Roland M. Mililer, Art. 47, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012, N. 3. Anılan bu hüküm Türk Hukuku'nda TBK m. 585/1 hükmünü karşılar. Bu yönüyle Kanun'un bu hükmünde boşluk bulunan hallerde adi kefalet hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Ayrıca mehzaz kanun, konkordato süresi yanında iflasın ertelenmesi halini de doğrudan takip sebebi olarak saymıştır.

¹²⁴ Bu şartlar için bkz. İİK m. 143. Mehzaz kanunda şartların doğmuş olması değil, vesikanın alınmış olması şart koşulmuştur.

¹²⁵ Asıl borçlunun, örneğin bir acentesinin Türkiye'de bulunması halinde, bu şartın gerçekleşmediğinin kabulü gerekir. Bkz. TTK'nın 105. maddesi.

lan oranında diğer şirketlere karşı rücu hakkını kullanabilir¹²⁶; bu şekilde ödeme yapan şirketlerin tamamı da asıl borçluya karşı ödedikleri miktar oranında rücu hakkına sahiptir. Yukarıdaki örnekten devam etmek gerekirse; A şirl"Ctinin 100 birimlik bir borcunun B'ye naklolunduğunu varsayalım. B'nin ödeme yapmaması halinde alacaklı Aile C'yi birlikte takip edebilir. Eğer A borcun tamamını öderse, 60 birim kadar C'ye ve kalan 40 birim kadar B'ye rücu edebilir. C'nin B yerine ödemek zorunda kaldığı 40 birimi de C, daha sonra B'ye rücu edebilir.

Bu noktada son olarak zamanaşımı meselesine de değinmek gerekir: Benzer bir ikinci dereceden müteselsil sorumluluk hali Alman Hukuku'nda da mevcuttur; ancak orada kanun koyucu bu müteselsil sorumluluk halini beş yıllık bir süre ile sınırlandırmıştır¹²⁷. Mehaz hukukta ise kanun koyucu bu yönde bir sınırlandırma getirmemiştir. Bu noktada mehaz hukukta çeşitli görüşler dile getirilmektedir; bir görüş taraftarları bu boşluğun gerçek olmayan boşluk niteliğinde olduğu, kanun koyucunun bu türden bir zaman sınırlaması istemediği için öngörmediğinden bahisle, ortada doldurulması gerekli bir boşluk da olmadığını ve bu nedenle müteselsil sorumluluk halinin alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olarak bu sürede sona ereceğini ifade etmektedirler¹²⁸. Diğer bir görüş ise, bu boşluğun sehven oluştuğu ve yorum yoluyla kapatılabileceğini ve hatta, çok ileri giden bir alacaklı koruması nedeniyle, kapatılmasının da zorunlu olduğunu ifade etmektedir¹²⁹. Kanaatimizce de bölünmeler dolayısıyla alacaklı koruması, özellikle burada ele alındığı haliyle bir zaman sınırlaması olmaması nedeniyle bir ölçüde ileri gider görünmektedir. Evet borç, alacaklının rızası alınmaksızın naklolunmuştur. Bu nedenle alacaklı yeni borçlunun ödeme kabiliyetini dahi ölçememiştir. Dolayısıyla eski borçlu ile eski borçlunun malvarlığını devralan diğer şirketler de sorumlu olmalıdır. Ancak benzer sebeplerden ötürü öngörülen diğer sorumluluk halleri de, örneğin TBK m. 202, zamanla sınırlı bir sorumluluğu öngörmüş durumdadırlar. Aynı şekilde borcun naklinin üzerinden geçen süre zarfında borcun borcu devralan şirketçe ödenememiş olması hususuna, bölünme nedeniyle malvarLğı kaybı değil, bu malvarLğının kötü yönetilmesi de etki

¹²⁶ Ayru yönde Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 339 ile Çoşcan, Bölünme, s. 96 vd.

¹¹⁷ Bkz. UmWG § 133.

¹¹⁸ Bkz. Markus Mfenttanger, An. 47, Fusionsgesecz sowie die einschlagigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015, N. ld. Ayru yönde Erdem, Alacaklıların Korunması, s. 339.

¹¹⁹ Bkz. Pfeifer/Müller, N. 6. Benzer şekilde Çoşcan, Alacaklının Korunması, s. 248.

ermiş olabilir. Ancak diğer sorumlu şirketler, kendilerinin tasarruf yetkisi ve etkisi olmayan bu husustan dolayı ilanihaye sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla burada temsil olunan görüş uyarınca da, TTK m. 176 kapsamında öngörülen ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu zaman bakımından sınırlamak yerindedir. Kanaatimizce benzer nitelikteki TBK m. 202 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle¹³⁰ bu sorumluluğu tescilden önce muaccel olan borçlar bakımından tescil tarihinden itibaren, diğerleri için ise muacceliyec tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlamak gerekir.

3.3. Ortakların Kişisel Sorumluluğu

Bölünme dolayısıyla alacaklıların korunmasına yönelik bir diğer araç da, TTK m. 177'de öngörüldüğü haliyle ortakların kişisel sorumluluğunun bölünme sonrasında dahi belirli bir süreyle devam etmesidir. Anıldığı üzere bölünme dolayısıyla ortakların şahsi sorumluluğunun devamı ilkesi TTK'nın 177. maddesinde öngörülmüştür. Ancak anılan madde TTK'nın 158. maddesine, yani birleşme dolayısıyla ortakların şahsi sorumluluğu hükmüne atıfla yetinmektedir.

Bu haliyle bölünmede ortakların şahsi sorumluluğunu düzenleyen hükmün kaynağı İsvBirK'nın 48. maddesinde yapılan yollama dolayısıyla İsvBirK'nın 26. maddesidir. Ancak TTK, mehz kanundan §U iki noktada ayrılır: Mehz kanunda sorumluluğun süresi tescilden itibaren 63.şlamakta iken, TTK'da anılan süre genel kurul kararının ilanından itibaren başlamaktadır¹³¹. Bir ikinci farklılık ise TTK m. 158/4 hükmünden kaynaklanmaktadır. Anılan hüküm üzerinden Türk kanun koyucu İş ilişkilerinden doğan borçlar ile ilgili 178. madde hükmünü saklı tutmuştur. Bu yönde bir hüküm

¹³⁰ Kıyas ilişkisinin TBK m. 202 ile değil de, TTK m. 158 hükmü ile kurulması yönünde Hülya Çoştan, Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlanması, Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2013, s. 231-245, s. 238.

¹³¹ Yukarıda "Tescil" başlığı altında da ele alındığı üzere, bölünme dolayısıyla hakların ve borçların intikali bölünmenin genel kurullarca tasdiki ile değil, bölünme işleminin tescili ile birlikte gerçekleşmektedir ve uygulamada genel kurul tasdikinin ilanı ile tescil arasında üç aylık bir boşluk olabilecektir. Hal böyle olunca Türk Hukuku düzenlemesi mehz hukuka göre anılan süreyi üç ay kadar kısaltmış bulunmaktadır. Aynı şekilde Türk Hukuku düzenlemesi bölünmenin temeli olan "tescil ile külli intikal ilkesi" ile de uyum içerisinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işbu çalışma altında temsil olunan görüş uyarınca, anılan hükmün ilk fırsatta "tescil tarihinden itibaren" şeklinde değiştirilmesi gerekir.

inehaı kanunda bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce, soru.mluJuJc halleri-ni düzenleyen birden fazla hükmün varLğı nedeniyle, bu hükümlerin maddi u)•guJn.ma alanlarını birbirlerinden ayırt etmeyi kolaylaştırdığı için Türle k.a-nun koyucunun me haz hukuktan ayrılarak yaptığı bu eklemeyi seJamlamaJc lı!ttekir.

3.3.1. Sorum/ulItğu.n İferiği

Bölünmelere de uygulanacak TIK'nın 158. maddesi bölünen şirket ala-caklılarını korumaya yöneliktir ve özü itibarıyla şu ilkeyi getirmektedir: Bö-lünmeden önce bölünen şirkette o şirketin borçlarından dolayı şahsi sorum-luluğu bulunan ortak veya ortakların bu sorumluluğu, aynı şartlar dairesinde ve mesnedi bölünmeden önce ortaya çıkmış borçlar bakımından belirli bir süreyle devam edecektir¹³².

Kanun•un bu, yönde bir şapsi sorumluluğun devamı ilkesini öngörm◆ olmasının temelinde şu husus yatmaktadır¹³³. Bölünme öncesinde bölünen şirket ile işlem tes .is etmiş olan alacak.War, örneğin bölünen şirkete kredi vermiş bir banka, bu alacağın tahsili hususunda şirketin ödeme kabiliyeti yanında ortak veya ortakların şahsi sorumluluğuna da güvenmiş bulunmak-tadıL O halde bölünme neticesinde bu şahsi sorumluluğun ortadan kalkacağı hallerde, alacaklıların bu yönde oluşmuş bulunan güvenlerinin korunması gerekmektedir.

Buradan harekede maddenin uygulama alanı bulabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir¹³⁴:

1. Bölünme öncesinde bölünen şirketin ortaklarının bölünen şirketin borçlarından dolayı şahsen sorumlu olmaları,
2. Bölünme neticesinde bu şahsi sorumluluğun kısmen veya tamamen ortadan kalkması.

Ancak bu iki şanın birlikte varlığı halinde bölünen şirketin ortaklarının şahsisorumluluğunun devam ettiği kabul olunabilecektir. Ancak hemen ifa-de etmek gerekir ki, şahsi sorumluluğun devamı yönündeki bu hüküm, tam

¹³² **Kendigtlm** bu sorumluluk halinin sadece tam bölünmeler dolayısıyla uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir. Bkz. Kendigelen, s. 156.

^{1H} Bkz. Kigi/Ehrat, Art. 48, N. 1.

¹³⁻⁴ Anılan şanlar için bkz. Kigi/Ehrat, Art. 48, N. 3b.

olarak da anılan bu iki şart dolayısıyla, bölünmeler bakımından son **derece** sınırlı bir biçimde uygulama alanı bulabilecektir. Şöyle ki;

Bilindiği üzere bölünme dört farklı türden şirket arasında cereyan edebilecektir; bunlar anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile kooperatiflerdir. Bölünen şirket sıfatıyla bölünmeye katılabilecek şirket türleri de bu anılan şirketlerden ibarettir. Yukarıda da anıldığı üzere, şahsi sorumluluğun devam edebilmesi için ilk şart, şahsi sorumluluğun bölünme öncesinde mevcut bulunmasıdır. Ancak anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı yasal olarak asli ya da fer'i herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı gibi, bu yönde bir sorumluluk, anılan türe has tek borç ilkesi gereği, esas sözleşme ile de öngörülemez. Dolayısıyla anonim şirketlerin bölündüğü türden somut bölünme işlemlerinde TİK'nın 158. maddesi de uygulama alanı bulamayacaktır.

Bilindiği üzere limited şirketlerde de kural, özellikle TTK'nın yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla, şirketin özel hukuktan kaynaklı borçlarından dolayı ortakların sorumlu olmamasıdır. 1 Temmuz 2012 öncesinde kurulmuş limited şirkelerde ortaklar ödememiş sermaye tutarları oranında alacaklılara karşı ikinci dereceden bir sorumluluğa tabi idiler. Ancak TİK'nın yürürlüğü ile birlikte limited şirket ortakları taahhüt ettikleri sermaye tutarını hiç ya da tamamen ödememiş olsalar dahi, tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi, şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmamaktadırlar. Bu noktada akla şu soru gelebilir: Acaba bir limited şirketin bölünmesi halinde mesnedi 1 Temmuz 2012 öncesine dayanan özel hukuktan kaynaklı borçlardan ötürü sermaye borcunu kısmen veya tamamen yerine getirmemiş limited şirket ortağının bölünme sonrasında bir sorumluluğu söz konusu olacak mıdır? Esasen anılan sorunun cevabı 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla limited şirket ortakları dolayısıyla yaşanan sorumluluk rejimi değişikliğinin geçmişe etkili olup olmadığı sorusunun cevabına bağlıdır. Yukarıda da ifade olunduğu üzere TTK, kural olarak, 1 Temmuz 2012 sonrası gerçekleşen vakalara uygulanacaktır. Yine; huzurdaki hükmün amacı mevcut bir sorumluluk rejimine güven duyarak borç ilişkisinin kurulmasına müsaade etmiş alacaklıların bu güvenlerinin korunmasıdır. O halde eski sorumluluk rejimine tabi borçlarda da, limited şirket ortaklarının bölünmeye rağmen sorumluluklarının devam edeceği kabul olunmalıdır.

Limited şirketler dolayısıyla cevaplanması gereken bir diğer husus da ortakların kamu borçlarından dolayı sorumluluğudur. Bilindiği üzere Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesi gereği, *birinci* ced şirket ortakları vergi, resim, harç, ceza soruşturma ve takiplerine ilkin muhakeme masrafları, vergi cezası, para cezası, gecikme zammı ve **gecilmeye** faizi gibi kamu alacakları dolayısıyla hisseleri oranında ve *ikinci dereceden* bir sorumluluğa sahiptirler¹³⁶. Bu noktada akla şu soru gelir: Acaba **TTK**'nin konu ile ilgili 158. maddesi kamu alacakları dolayısıyla da uygulama aları bulacak mıdır? Anılan hükmün lafzına bakıldığında hükmün bu yönde özel veya kamu alacağı arasında bir ayrım yapmadığı görülmektedir. Alman Hukuku'nda da benzer bir sorumluluğun devamı hükmü mevcuttur. O hüküm dolayısıyla yazılan eserlerde hükmün kamu borçlarını da kapsadığı hususu açıkça dile getirilmektedir¹³⁶. Kanaatimizce, hükmün uygulanması bakımından özel ve kamu borçları arasında bir ayrım yapılmasını ve kamu borçlarının dışlanmasını gerektirir bir özellik bulunmamaktadır. Dolayısıyla limited şirketin bölünen şirket sıfatı ile dahil olduğu bölünmelerde bölünen şirket ortaklarının kamu borçlarından dolayı sorumluluklarının devam ettiğinin kabulü gerekir.

Limited şirketler bakımından bir diğer husus da ek ödeme yükümlülükleridir. **TTK** m. 603'e göre limited şirket sözleşmesinde yer verilmek kaydıyla limited şirket ortaklarına, özellikle şirketin iflası halinde muaccel olacak şekilde bir ek ödeme yükümlülüğü yüklenebilmektedir. Bu noktada akla şu soru gelebilir: Acaba bu ek ödeme yükümlülüklerinin de bölünme sonrasında devam etmesi söz konusu mudur? Yoksa kanun koyucu, şahsi sorumluluk kavramı altında şirket türüne has kanuni bir sorumluluk halini mi düşünmektedir ve **TTK** m. 158'in uygulama alanı bu hususla mı sınırlandırılmıştır? Kanun bu noktada da suskun kalmaktadır. Öğretide *İpeke/-Kayalı*, hükmün ek ödeme yükümlülüklerini kapsamadığı görüşündedir¹³⁷. Benzer görüşler İsviçre Hukuku'nda da dile getirilmektedir¹³⁸. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca, **TTK** m. 158 hükmü, limited şirketlerde sözleşme ile

m Limited şirket ortaklarının kamu alacaklarından sorumluluğu için bkz. Levent **Yaralı**, Limited Şirkette Kamu Borçlarından Dolayı Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 121 ile 239 vd.

136 Bkz. Harry Schmid, § 45, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Marcin Winter, Band I, 3. Auflage, Köln 2004, N. 20.

1,7 Bkz. *İpeke/-Kayalı*, s. 327.

138 Bkz. Roland Truffer, Art. 26, N. 11.

öngörölmüş ek ödeme yükümlölüklerinin de devam edeceği yönünde okunmalıdır¹³⁹. Çünkü ek ödeme yükümlölükleri de, uygulamada alacaklılar bakımından, şahsi sorumluluk gibi bir işleve sahiptir. Diğer bir ifadeyle alacaklı borcu, ek ödeme yükümlölüğüne güvenmek suretiyle de bahşedebilmektedir. O halde bu güvenin de boşa çıkarılmaması icap eder. Ancak bu noktada şu hususu da ifade etmek gerekir: TTK m. 158 hükmü sözleşmeden kaynaklı kefalet, garanti gibi sorumluluk hallerine uygulanmayacaktır¹⁴⁰.

Kooperatifler de bölünmeye bölünen şirket sıfatıyla katılabilirler; kooperatiflerde de kural, anonim şirketlerde olduğu gibi, ortağın kooperatif borçlarından dolayı sorumsuz olmasıdır. Ancak bilindiği üzere, kooperatif ana sözleşmeleri üzerinden ortakların kooperatif borçlarından ötürü sınırsız sorumluluğu veya belirli bir meblağ ile sınırlı sorumlulukları öngörülebilir. Bu yönde hükümlere sahip olan kooperatiflerde de TTK m. 158 hükmünün uygulama alanı bulacağını ifade etmek gerekir.

Bu noktada son olarakı uygulamada sık rastlanmıyor olsa da, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler vesilesiyle TTK m. 158 hükmünün değerlendirilmesi icap eder. Bilindiği üzere sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ve komanditer olmak üzere iki tip ortak bulunmaktadır. Komandite ortaklar yönetici ortaklardır ve şirket borçlarından dolayı tüm malvarlıkları ile ikinci dereceden sınırsız sorumludurlar. Bu komandite ortaklar bakımından Kanun'un öngördüğü ikinci dereceden sınırsız sorumluluk halinin bölünme sonrasında da devam edeceği açıktır. Komanditer ortaklar ise, TTK m. 564 gereği bir anonim şirket ortağı gibi sorumlu olduklarından, TTK m. 158 hükmü onlar bakımından uygulama alanı bulmaz¹⁴¹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere hükmün uygulama alanı bulabilmesi için ilk şart, bölünme öncesinde bölünen şirket ortağının şahsi sorumluluğunun bulunmasıdır. Ancak bu şart tek başına sorumluluğa yol açmaz; ikinci bir şart olarak şahsi sorumluluğu bulunan ortağın bölünme sonrasında bu sorumluluğunun azalmış ya da ortadan kalkmış olması da gerekmektedir. Bu şart özellikle türler arası bölünmelerde gündeme gelebilir. Örneğın bir

¹³⁹ Aynı yönde **Kagi/Ehrat**, Art. 48, N. 3b.

¹⁴⁰ Bkz. **Kagi/Ehrat**, Art. 48, N. 3b.

¹⁴¹ Bu kişilerin adlarının ticaret unvanında geçiyor oluşu ve ortak sıfatıyla şirket adına işlem tesis etmiş olmaları hallerini ayrıksı tutmak gerekebilir. Çünkü bu hallerde komanditerler komandite ortaklar gibi sorumlu olurlar.

k❖ semmıyesı paylara bölünm❖ komandit ırketcc komandJte ortak iken, (İblünme neticesinde anonim şirket ortağı haline gelmiJ ise, o halde **sou le.onu** ortağm sorumluluğu ortadan kalmış olacaktır, ancak TTK m. 158 **çerçn-e**❖nde, sırlı bir süreyle de olsa, devam edecektir. Ancak aynı türler **arasında** frçkeleşecek bölünmelerde dahi anılan ikinci şart gerçekleşebilir. **Örneğin** ;k ödeme yükümlülüğü olan bir limited şirket, bu türden bir yükümlülüğü şirket sözleşmesinde öngörmemiş veya daha az öngörmüş bir lırruted **ırkete** bölündüğünde de bölünen şirketin ortağının sorumluluğunun ortadan kalkc-ması veya azalması söz konusu olacaktır. Asimetrik bölünmeler neticesinde ortaklıktan çıkma hallerinde de sorumluluk ortadan kalkabilir veya azalabilir. Bu hallerde de, eski sorumluluk rejiminin ortadan kalktığı haliyle ve ortadan kalktığı oranda TTK m. 158 üzerinden devam edeceğinin kabulü gerekir.

Bu başlık altında son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: TTK m. 158/1 hükmü gereği bölünen şirket ortağının sorumluluğu bölünme kararının ilanından önce doğmuş veya mesnedi bu tarihten önce oluşmuş borçlar bakımından söz konusudur. Kanun'un "mesnedi bölünme kararının ilanından önce doğmuş alacaklar" ifadesiyle kastettiği, esasen, zararın sonradan ortaya çıktığı haksız fiil alacakları ile taliki şarta bağlı alacaklar olmalıdır¹⁴².

3.3.2. Sorumluluğun Türü ve Diğer Sorumluluk Halleri ik İlişkisi

Yukarıda da ifade olunduğu üzere ,TTK m. 158 hükmü üzerinden bölünen şirkette mevcut sorumluluk rejiminin bölünme öncesi mevcut alacaklılara karşı tür ve miktar bakımından aynen devam edeceği öngörülmektedir. Bu haliyle-hükmü şu açıdan da netleştirmek gerekir: Türk Hukuku'nda ortakların şirket borçlarından sorumluluğu, adi şirket hariç, varsa, hep ikinci derecedendir. Bu nedenle TTK m. 158 çerçevesinde devam edecek sorumluluğun da ikinci dereceden ofm❖ı i'cap eder. Diğer bir ifadeyle alacaklı önce borçlu şirketi takip etmeli, bu takibin semeresiz kalması halinde sorumluluğu devam eden ortağı takip edebilmelidir. Bu noktada TTK m. 168 ve 176 hükümleri uyarınca şU soru akla gelir: Bilindiği üzere anılan hükümler bölünmeye katılan şirketler arasında da müteselsil veya ikinci dereceden sorumluluk halleri öngörmektedir. TTK m. 168 tam bölünmede "unutulan" borçlar dolayısıyla devralan şirketile; arasında teselsül yaratırken, TTK m. 176 borcu devralan şirket yanında bölünmeye katılan diğer şirketleri ikinci

¹⁴² Bkz. Truffer, Art. 26, N. 9.

dereceden ve müteselsilen sorumlu nitmektedir. Acaba bu çerçevede bölünen şirket ortağının sorumluluğu hangi dereceden olacaktır? Yukarıda da ifade olduğu üzere bölünen şirket ortağının sorumluluğu tali/fer'i niteliktedir ve bölünme kapsamında bölünen şirketin malvarlığı, yani mevcut borcun ekonomik karşılığı, devralan şirket veya şirketlerce edinilmiştir. Dolayısıyla; bu noktada önce bölünmeye katılan şirketlerin takip edilmeleri, bu takiplerin semeresiz kalması halinde ise bölünen şirket ortağının sorumluluğuna gidilmesi şirkeder hukuku bakımından daha uygun bir çözüm olacaktır. Bu manada diğer sorumlu şirketler de düşünüldüğünde, bölünen şirket borçlarından şahsen sorumlu olan ortağın sorumluluğu bölünme sonrasında ikinci dereceden üçüncü dereceye düşmektedir¹⁴³.

3.3.3. Sorumluluğun Süresi

Kanun, bölünen şirket ortağının sorumluluğunu üç yıl ile sınırlamıştır. Bu noktada anılan süre zamanaşımı süresidir; yani hakimce re'sen dikkate alınamaz, ilk itiraz şeklinde ifade olunmuş olması gerekir¹⁴⁴.

Bu üç yıllık süre bölünmeden önce muaccel hale gelmiş borçlar için bölünme kararının ilanı tarihinden itibaren, müccel borçlarda ise, muacceliyet tarihinden itibaren başlamaktadır. TTK m. 158/3 hükmü gereği tahvil ve benzeri borç senetlerinden sorumluluk itfa tarihine kadar devam edecektir. Ancak hukukumuzda tahvil ve benzeri borç senetleri Sermaye Piyasası Mevzuatı gereği sadece anonim şirketler tarafından çıkarılabileceğinden, anılan hükmün uygulama alanı bulunmamaktadır¹⁴⁵.

Bu noktada son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: Mevzuat bir alacak için, kamu veya özel, daha uzun ya da daha kısa zamanaşımı süreleri öngörmüş olabilir. Bu hallerden bağımsız olarak ortağın şahsi sorumluluğunun üç yıl boyunca devam edeceği kabul olunmalıdır. Çünkü bölünme dolayısıyla ortağın şahsi sorumluluğunun devamını düzenleyen TTK m. 158 hükmü her halükarda özel hüküm niteliğindedir. Ancak sırf zamanaşımı süresini kısaltmak maksadıyla bölünmenin gerçekleştirildiği kötüniyetli halleri saklı tutmak gerekir.

¹⁴³ Bkz. Kagi/Ehrat, Art. 48, N.3.

¹⁴⁴ Alman Hukuku'nda süre beş senedir ve fakat hak düşürücü niteliktedir. Bkz. Schmidt, N.4.

¹⁴⁵ Aynı yönde İpekeli-Kayalı, s. 330. Tahvil ve benzeri borçlanma senetlerinin ihracı koşulları için ayrıca bkz. Koray Demir, Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Tahvil Benzeri Borçlanma Araçları Kavramı, Batider, Eylül 2015, Cilt XXXI, Sayı 3, s. 59-74, s. 65.

4. İşçilerin Korunması

Tür değiştirme hariç diğer tüm yeniden yapılandırma hallerinde devre-den şirket alışanlarınm yeniden yapılandırma kapsamında mevcut jđiJqlci-leri esaslı bir değişikliğe tabi olabilmektedir. En basitinden bir yeniden ya-pılandırma işlemi neticesinde, eğer işçilere haklı nedenle feshe yönelik bir itiraz hakkı dahi tanınmayacak olursa, iş akdinin diğer tarafı olan işveren değişmiş olacaktır. Yeniden yapılandırma hallerinin iş ilişkilerinde esasL de-ęiřikliklere yol açabileceğini öngören hukuk sistemleri, bu nedenle, yeniden yapılandırma düzenlemeleri çerçevesinde işçileri de koruyucu genel veya özel nitelikte hükümler sevk ederler. Bu koruyucu hükümlerin başında iş akdinin ve işçi alacaklarının akıbetinin özel olarak düzenlenmesi geldiği gibi, işçilerin yeniden yapılandırma sürecine dahil edilmesi de mutad düzenlemelerdendir. Bu manada örneğin Alınan Hukuku'nda, işçi temsilcileri bizatihi karar alma süreçlerine dahi katılırlarken, İsviçre Hukuku'nda işçilerin devir keyfiyeti, devrin sonuçları hakkında bilgilendirilmeleri ve olası olumsuz sonuçların ber-taraf edilmesine yönelik tedbirler bakımından işçilere danışılması öngörül-mektedir¹⁴⁶.

Ancak Türk Hukuku'nda işletmenin devrini de kapsayacak şekilde ve en geniş anlamıyla yeniden yapılandırma haVerinin düzenlenmesi aşamasında istihdam ilişkileri ile ilgili akla gelen ilk kaynak eteliğindeki TBK'da ve İş Kanunu'nda bu yönde katılımcı düzenlemelere yer ve'rilmemiştir. Bu mana-da Türk Hukuku'nda yeniden yapılandırınhallhi dolayısıyla işçilerin ko-runması meselesi iş akitleri ile işçi alacaklarının akıbeti soruuna indirgenmiş bulunmaktadır. Hatta TBK ve İş Kanunh'ritın ilgili hükümleri incelendi-ğinde görülecektir ki, anılan düzenlemeler, bu türden yenedin yapılandırma halleri dolayısıyla işçi lehine bir haklı nedenle fe1sih¹ hakkınıdahi içermemek-tedir. TTK ise, işçilerin 'ye'A'iaeh yapııarıclırma sü;eçldrine dahil edilmemesi anlamında TBK* ve İş Kaiıunu'nda bseneri.prehsipleri takip ederken, 178. maddesinde işçiler lehıe ık'a öö}düğü 'itiraz hakkı vesilesiyle bı anılan düzenlemelerden ayrılmakdır¹⁴⁷. Bh çerçevede; işbu başlık altında TIK'nın 178. maddesinin uygulama alanı ele alınacaktır.

¹⁴⁶ İsviçre Hukuku için bkz. İsvBK m. 333a ile İsvBirK m. 50. Alman Hukuku için bkz. § 106, 111 Betriebsverfassungsgesetz ile § 325 UmWG.

¹⁴⁷ 1TK'nın bu yönde bir itiraz hakkı tanımış olmasının ardında bölünmenin işletme bütünlüğü korunrnaksızın da gerçekleştirilebiliyor olması olgusu yatabilir. İşletme bütün-lüğünün korunmadığı bölünmelerde iş ilişkisinin esaslı değişikliğe maruz kalacağı açık-tır.

TTK'nın 178. maddesinin kaynağı İsvBK m. 333 ile İsvBirK m. 27 ve 49 hükümleridir. TTK m. 178'in ilk dört fıkrası, esasa etki etmeyen değışikliklerle İsvBK m. 333 hükmünden alınmış iken, beşinci fıkra İsvBirK m. 49'un 2. fıkrasını, altıncı fıkra ise İsvBirK m. 27'nin 3. fıkrasını karşılar.

4.1. Maddenin Uygulama Alanı

TIK'nın 178. maddesi 1. fıkrası her türden bölünme işleminde **iş ilişkilerinin** bölünme işleminin tescili ile birlikte devralan şirket veya şirketlere geçeceğini kural olarak öngörür. Yukarıda iş ilişkileri listesi başLğı altında da görüldüğü üzere, bölünmeye katılan şirketler, esasen, bölünme neticesinde devrolunacak iş ilişkilerini listelemek durumundadırlar. Bu nedenle, bu noktada şu husus tespit edilebilir: Bölünme işleminin tescili tarihi itibariyle bölünme işleminin eki niteliğindeki iş ilişkileri listesinde belirtilen iş akitleri, bu listede belirtildikleri biçimde, devralan şirket veya şirketlere geçerler. Ancak bu noktada akla şu soru gelebilir: Acaba listede açıkça belirtilmemiş iş akitlerinin, devir keyfiyeti bakımından akıbetleri ne olacaktır? Esasen bu soru öğretide de tartışmalıdır. Bir kısım yazar, devre konu malvarlığı unsurlarının kendi içerisinde bir bütün, örneğin bir işletme veya işletme parçası teşkil edip etmediğine göre anılan soruyu yanıtlamaktadırlar¹⁴⁸. Buna göre; eğer devre konu malvarlığı unsurları kendi içerisinde bütünlük arz ediyorlarsa, o bütünün devri, o bütünün doğal parçası niteliğindeki iş akitlerini de kapsayacaktır. Diğer bir ifadeyle işletme veya işletme parçasının devri halinde, ilgili iş akdi, iş ilişkileri listesinde açıkça belirtilmiş olmasa dahi, tescil tarihi itibariyle devralana geçmiş, olacaktır. Kanaatimizce devre konu malvarlığı unsurlarının kendi içerisinde bir bütünlük arz ettiği hallerde, iş akitlerinin akıbeti dolayısıyla varılan bu yorum sonucu isabetlidir. Çünkü bu surette hem işçi alışageldiği çalışma ortamından koparıl.mamakta hem de iş ilişkileri listesinin özensiz ve/veya yeterince detaylandırılmaksızın hazırlanmış olması ihtimalinin - ki kanaatimizce orta ve büyük ölçekli şirketlerde bu ihtimal yüksektir - ortaya çıkarabileceği zararlar da en aza indirgemektedir.

Ancak işbu çalışma altında temsil olunan görüş uyarınca bölünme kendi içerisinde bütünlük arz eden işletme veya parçalarını konu almak zorunda değildir; diğer bir ifadeyle organik bağı olup olmadığına bakılmaksızın seçilmiş malvarlığı unsurlarının da bölünme yoluyla devredilmesi, pekala, müm-

¹⁴⁸ Bkz. Urs L. Baumgartner/Matdias Oenle, Art. 49, Basler Kommencar-Fusionsgesecz, 2. Auflage, Basel 2015, N. 2.

kündür. Bu türden bölünmelerde ise, yukarıda anıldığıJ haliyle hır yorum fıaliyctinio yürütülemeyeceği açıktır ve Kanun da, tam olarak bu noktada suskun kalmaktadır. Kanaatimizce, devre konu malvarlığı umurlarının kendJ içerisinde bir bütünlük arz etmediği hallerde, İş akclirun devri **keyfiyetirun** rahlili için öncelikle İş ilişkileri listesine bakılmaudJC. Bu listeye **bakılmak** suretiyle somut iş akdinin akıbeti hakkında fikir yürütülemediği **hallerde ise**, kısmi bölünmelerde iş akdinin devreden şirkette kaldığı¹⁴⁹, tam bölünmelerde ise, fesholunduğu sonucuna ulaşmak gerekir¹⁵⁰.

İş ilişkileri bu şekilde tescil tarihi itibariyle ve tilin hak ve borçlarla devralan şirkete geçtikten sonra TTK'nın 178. maddesi 2. fıkrası işçiye bir itiraz hakkı tanımış bulunmaktadır. Anılan hükümde işçinin tescilden sonra ne zamana kadar bu itiraz hakkını kullanabileceğine yer verilmese de, kanaatimizce iş ilişkilerinde esaslı değişiklik hususunu düzenleyen İş Kanunu m. 22 hükmünü kıyasen uygulamak ve işçiye itirazını bildirmek için devir keyfiyetinin işçi tarafından öğrenildiği tarihten başlamak üzere¹⁵¹ altı günlük bir süre tanımak uygun olacaktır. Yine TTK m. 178/2 hükmü gereği itiraz hakkının (süresi içinde) kullanılması, her ne kadar itiraz işçiden gelmekteyse de, iş akdinin işveren tarafından olağan feshinin sonuçlarını doğurmakcadır¹⁵². Diğer bir ifadeyle işçinin itirazı halinde iş akdi, akit belirli süreli ise sürenin hitamıyla, belirsiz sürelielerde ise, bildirim önelinin sonu itibariyle sona ermiş olmaktadır¹⁵³. Her ne kadar Kanun, o tarihe kadar devralan şirket ve işçinin iş akdini ifayla yükümlü olduklarını ifade etse de, kanaatimizce, belirsiz süreli

¹⁴⁹ Bkz. Baumgartner/Oertle, N. 2.

¹⁵⁰ Tam bölünmelerde *Baumgartner/Oertle* TTK m. 168 hükmünün mehazı niteliğindeki İsvBirK m. 38 hükmünü kıyasen uygulamak, iş listesinde yer almayan işçileri bu manada "unutulmuş işçiler" olarak görmek ve yorum yoluyla devralan şirkederden birine tahsis etmek eğilimindedirler. Bkz. Baumgartner/Oerde, N. 2. Ancak işbu çalışma kapsamında temsil olunan görüş uyarınca ve yukarıda ayrıntısı ile ele alındığı üzere, TTK m. 168 hükmü "unutulmuş" aktif ve pasif unsurlara uygulanır; "unutulmuş" sözleşmelerin ise fesholunduğu kabul edilmelidir. İşakdi de bu manada bir sözleşme olduğu için, kendi içerisinde bütünlük arz etmeyen tam bölünmelerde iş ilişkileri listesinde bulunamayan iş akitlerinin fesholunduğunun kabulü gerekir. Fesih neticesinde oluşan işçi alacakları için devralan şirketlerin TTK m. 168/3 gereği müteselsil sorumlulukları bakidir.

¹⁵¹ Kanaatimizce bu tarih her zaman için tescil tarihiyle örtüşmek zorunda değildir; en geç fiili işbaşı itibariyle İşÇinin işveren değişikliğinden haberdar olduğu kabul edilmelidir.

¹⁵² Aynı yönde Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İşSözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010, s. 196.

^{1H} Alpagut, s. 196.

iş akitlerinde önel süresi kadar ya da belirli sürelielerde kalan süreyi ifade eden bir ücretin işçiye ödenmesi ile de akit sona erdirilebilmelidir; motivasyonunu yicirmiş bir İşçinin çalıştırılmasının devamında işçinin de işverenin de bir faydasının olmadığı açıktır.

TIK'nın 178. maddesi 3. fıkrası tescil öncesi muaccel olmuş veya işçinin itirazı ile sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar muaccel olacak işçi alacaklarından dolayı bölünen şirket ile devralan şirketi müteselsilen sorumlu kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle işçi, anılan sürede muaccel hale gelen alacaklarının bir kısmı veya tamamı için (yeni işverenin yanında) eski işverene (bölünen şirkete) de başvurabilecektir¹⁵⁴. Bu hüküm kısmi bölünmeler dolayısıyla tam olarak uygulama alanı bulabilir. Çünkü kısmi bölünmelerde bölünmeye rağmen bölünen şirket varlığını devam ettirmektedir. Ancak tam bölünmelerde bölünen şirket, bölünmenin tescili ile birlikte infisah ettiği için işçinin eski işverene başvurmak imkanı kalmamıştır. O nedenle tam bölünme hallerinde itiraz nedeniyle oluşan işçi alacakları bakımından, TIK'nın 176. maddesinin tamamlayıcı bir biçimde uygulanmak durumunda olduğunun kabulü gerekecektir. Bu manada tam bölünme neticesinde iş ilişkisinin nakline itiraz eden işçi, muaccel alacaklarından dolayı önce devralan şirketi takip edecektir; takibin semeresiz kalması halinde veya iflas, aciz vesikası gibi TTK m. 176/2'de anılan sebeplerden semeresiz kalabileceği anlaşılan hallerde ise, diğer devralan şirket veya şirketlere başvurabilecektir. Aynı şekilde işçiler, diğer muaccel alacakları yanında bu şekilde muaccel olacak alacakları için de, bölünmenin genel kurul onayına sunulmasından evvel teminat talep edebilirler¹⁵⁵.

TIK'nın 178. maddesi 4. fıkrasında işverenin iş akdinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemeyeceği ifade olunmaktadır. Bu hükmün bölünmeler özelinde ne anlam ifade ettiği açık değildir. Ancak hükmün mehası niteliğindeki İsvBK m. 333/4'e yönelik kaynaklar incelendiğinde görülmektedir ki, bu hükümle kastedilen, bölünme ile iş akdini devralan işverenin de, işçinin rızası olmadıkça ya da halin gereği olmadığı sürece işçiyi başka

¹⁵⁴ Kanun eski işverenin sorumluluk halini bir süre ile sınırlamamıştır. Kanaatimizce devir keyfiyeti yanında alacaklının rızası alınmaksızın borcun nakli hallerin de içermesi bakımından TBK m. 202 veya işçi alacakları bakımından benzer bir hüküm olması nedeniyle TBK m. 428 hükmü burada kıyasen uygulanabilir ve eski işverenin önceki borçlardan tescil veya tescil sonrası muacceliyet tarihinden itibaren sadece iki sene süreyle birlikte sorumlu olacağı kabul edilebilir.

¹⁵⁵ Bkz. TTK m. 178/5.

işverene ödünç verme ya da başkasının yanında geçici görevlendirme dahi yapamayacağıdır¹⁵⁶.

Son olarak TTK m. 178/6 hükmüne de değinmek gerekir. Anılan hükme göre bölünen şirket ortaklarının şahsi sorumlulukları İşÇi alacakları bakımından da devam etmektedir. Kanaatimizce anılan hüküm, yukarıda ele alındığı haliyle bölünme dolayısıyla ortakların şahsi sorumluluğunun devamını ilkesini işçi alacakları bakımından tekrar eder niteliktedir. O nedenle, bu noktada, yukarıda ele alındığı haliyle ortakların şahsi sorumluluğu bahsine atıf yapmakla yetinilebilir.

❖ **Bla. Adrian Sischelin, Art. 333, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c, Zürich 2014, N. 16vd.**

TEZVE SONUÇLAR

İşbu çalışma altında gösterilmeye çalışıldığı üzere bölünme, pekçok al ve ön işlem den oluşan bir hukuki süreç olmakla birlikte bölünmeye yönelik kanuni düzenleme henüz bölünme tanımından başlayan birçok soruna sahiptir ve bölünme işleminin sahip olduğu *uno actu* intikal olanağından kaynaklanan çekiciliğini yitirmemesi adına bu sorunların yorum yoluyla ya da kanun değişikliği suretiyle aşılması gerekmektedir. Bu minvalde huzurdaki çalışma altında varılan temel tez ve sonuçlar ile önerileri şu şekilde özetlemek mümkün görünmektedir:

1. *Bölünme*, bir şirketin, borca batıklık hali dikkate alınarak seçilmiş ve en azından belirlenebilir kılınmış, sürekli borç doğuran sözleşmeler de dahil, malvarlığı unsur veya unsurlarının, başka şirket veya şirketlere külli intikali neticesinde devreden şirket veya ortaklarının devralan şirket veya şirketlerde, payın itibari değerine riayetle aslen veya mevcut payların nakli ile devren pay sahibi olmalarıdır. Buna göre bölünme, bölünen şirketin borca batmasıyla sonuçlanamayacağı gibi, bölünmeye konu malvarlığı unsurlarının bölünme işlemine taraf şirketlerce serbestçe tayin edilmesi mümkündür. İşbu çalışma altında temsil olunan görüş uyarınca, sözleşmeler de bölünme işlemine konu edilebilirler ve yeterli teminatın verildiği hallerde sözleşmenin karşı tarafı bölünme neticesi ortaya çıkan taraf değişikliğine itiraz edemez. Yine burada temsil olunan görüş uyarınca bölünmeye konu edilen malvarlığının her zaman için bir aktif fazlasını içermesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bölünen şirketin mali açıdan isliUU neticesini elde etmek maksadıyla pasif tutarın aktif tutarı aştığı bir bölünme mümkün olmamalıdır. Bu husus özellikle itibari değer altında pay ihraç edilemeyeceği ve iç kaynaklardan istifade suretiyle ihraç edilecek payların mevcut pay sahiplerine tahsis olunabileceği yönündeki genel kaidelerden çıkarılabilmektedir.

2. SPK mevzuatının aksine TTK düzenlemesi sadece *yavru şirket kurulması suretiyle gerçekleştirilecek kısmi bölünmelerde* bölünen şirketin kendisinin bölünme neticesi oluşacak payları edinmesine cevaz vermektedir. Burada temsil

olunan görüş uyarınca ve ilk fırsatta mevcut şirketlere kısmi bölünme halinde de bu imkanı bölünen şirketlere tanımak gerekir. Ancak bu şekilde Kanun'un maksadı olan malvarlığının devrinde mevcut alternatifleri artırmak ve devir işlemlerini hızlandırmak gayesine varılabilecektir.

3. Pay sahipliği haklarının devamlılığı bakımından bölünmeleri *simetrik ve asimetrik bölünmeler* olarak sınıflandırmak mümkündür. Görülebildiği kadarıyla simetrik ve asimetrik bölünme kavramları, Kanun'da ve mevcut kaynaklarda, bölünen şirketteki pay oranlarının devralan şirket veya şirketlerde de aynen tesis edilip edilmediği kıstasına göre tanımlanmak istenmektedir. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca bu yönde bir tanım, özellikle mevcut şirketlere bölünme hallerinde esasen simetrik olan bölünmelere asimetrik bölünme kurallarının işletilmesi gibi istenmeyen sonuçların doğmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle huzurdaki çalışma kapsamında simetrik bölünme şu şekilde tanımlanmıştır: Simetrik bölünme öyle bir bölünmedir ki, bölünme neticesinde bölünen şirketteki pay dağılım oranı değişmez ve bölünen şirketin ortakları devralan şirket veya şirketlerin bölünme neticesi tahsis ettikleri payları bölünen şirketteki pay oranları nispetince edinirler. Devralan şirket veya şirketlerin tahsis ettikleri payların bölünen şirketin pay sahipleri arasında bölünen şirketteki payları oranında paylaştırılmadığı veya bölünen şirketteki pay oranlarının değiştiği türden bölünmeleri de, bu minvalde, asimetrik bölünme olarak kabul etmek ve ağırlaştırılmış genel kurul nisabını bu hallere hasretmek gerekir.

4. *Asimetrik bölünmelerde* Kanun daha ağır bir *nisap* öngörmektedir. Ancak bu nisabın ortak sayısını mı yoksa sermayeye katılım oranını mı ifade ettiği tartışmalıdır. Burada temsil olunan görüş uyarınca asimetrik bölünmeler dolayısıyla uygulanacak nisap, her ne kadar Kanun'un lafzı aksini ifade eder görünse de, sermayeye katılım oranı üzerinden hesap edilmelidir. Çünkü ayrılma akçeli birleşmeler ve şirketler topluluğunda ıskat halleri gibi benzeşik durumlarda kanun koyucu ilgili nisabı sermayeye katılım oranı üzerinden belirlemiş vaziyettedir; asimetrik bölünmelerde nisabın daha da ağırlaştırılmasını gerektirir bir sebep bulunmamaktadır. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca asimetrik bölünmelerde bölünmenin geçerliliği için asimetrik bölünmeyi mazur gösterir meşru bir sebep ile ölçülülük ilkesine riayet şartlarını da aramak gerekir.

5. Kanun gereği bir şirket henüz mevcut olmayan, bölünme işleminin cescili neticesinde oluşacak şirketlere de bölünebilir. Bu türden bölünmelere *yemi kuruluşu iek/inde bô'liimne* denilmektedir. Bu türden bölünmelerde Kanun, ilgili şirketin kurucu sayılarına ve aynı sermaye konulmasına yönelik hükümlerin uygulama alanı bulmayacağını ifade etmektedir. Ancak 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçisi müessesesinin kaldırılmış olması karşısında, özellikle aynı sermaye konulmasına yönelik getirilen istisna üzerinde yeniden düşünülmesi gerekebilir. Çünkü bu haliyle bölünmeye konu malvarlığırun taraflarca yapılan değerlemesi herhangi bir kontrole tabi bulunmamaktadır. Sadece TSY, bölünmenin tescili için YMM veya SMM'den alınmış bir mali raporu şart koşar vaziyettedir. Yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde kurucu sıfatı ile ortak sıfatının farklılaştığını da ifade etmek gerekir. Bu farklılaşma ise, özellikle tam bölünmelerde kuruluştan doğan sorumluluk açısından sorun çıkarabilecek türdendir. Bu sorunları aşabilmek adına işbu çalışma altında şu husus önerilmektedir: Bölünme işlemi bölünen şirket ortakları lehine yapılan bir işlem olup işlemin tamamlanması ile bölünen şirket ortakları işlemin geleceğe dönük tarafı halini alırlar. Buradan hareketle denilebilir ki, yeni kuruluş şeklinde bölünmelerde kurucu sıfatı bölünen şirkete ait olmak. la beraber, kuruluştan kaynaklı bir sorumluluğun vaki olması halinde, bu sorumluluğun tam bölünme hallerinde bölünen şirket ortaklarınca karşılanacağı, kısmi bölünme hallerinde ise, bölünen şirket ile paylaşılacağını söylemek mümkündür. Benzer bir sonuca TTK m. 337/2 hükmü üzerinden de varmak mümkün görünmektedir; bu minvalde yeni kuruluş şeklinde bölünmede bölünen şirketin kuruluş işlemlerini ortakları hesabına yürüttüğü ve bu nedenle onların da kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılacakları düşünülebilir.

6. *İki* aşamalı bölünme, gerçek olmayan birleşme ve aynı sermaye konulması suretiyle yavru şirket kurulması gibi uygulamalar bölünme işlemine ekonomik sonuçları bakımından yaklaşmakta, bölünme işlemine alternatif teşkil edebilmektedirler. Bölünmenin TTK tahtında pozitif bir hukuk düzenlemesine kavuşmasının ardından *bölünmeye alternatif te;kil edebilecek* anılan bu *yö11temltrin hukuki akıbeti* hakkında tartışmalar yürütülmektedir; bu tartışmaların b◆ında ise pozitif hukuk düzenlemesinin bölünmenin alternatiflerini yasaklayıp yasaklamadığı veya bölünmeye yönelik pozitif hukuk düzenlemesinin bu alternatiflere kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı soruları gelmektedir. Huzurdaki çalışmada temsil olunan görüş uyarınca anılan bu

alternatifler uygulanmaya devam olunabileceklerdir. Diğer bir ifadeyle Kanun'un bölünmeyi düzenlemiş olması, alternatiflerini yasakladığı anlamına gelmemektedir. Ancak kimi bazı hallerde bölünme dolayısıyla öngörülmüş, genel kurul onayı gibi kimi bazı hükümlerin, Alman Hukuku'nda geliştirilen *Holzmiiller* doktrini çerçevesinde anılan alternatiflere kıyasen uygulanması da mümkün olabilecektir.

7• TTK'nın bölünmeye yönelik düzenlemeleri, kural olarak, *geriye etki* etmez. Ancak hakim, somut olayda hakkaniyetin tesisi bakımından, eski hukukta boşluk bulunan halleri tespit edip yeni hukuktaki düzenlemeyi anılan boşluğu gidermek için kullanabilir.

8. TTK'nın bölünmeye yönelik düzenlemesi *sınır cıqan bölünmelere* açıkça izin vermemektedir. Ancak çalışmanın ilgili bölümünde de gösterilmeye çalışıldığı üzere, bu yönde bir iznin zımnen de verilmiş sayılması, pekala, mümkündür. TTK'nın özellikle 179/2-e hükmü üzerinden Türk Hukuku'nda bu yönde bir iznin, zımnen de olsa, bahşedilmiş olduğu ifade edilebilecektir. Dolayısıyla, işbu çalışma altında, sınır aşan bölünmelerin Türk Hukuku bakımından imkan dahilinde olduğu görüşü savunulmuştur. Sınır aşan bölünmelere uygulanacak hukukun tespiti bakımından ise, şu hususu ifade etmek mümkündür: Bu türden bölünmelere ilgili her bir hukuk düzeni mümkün olduğunca birlikte uygulanacaktır; bu birlikte uygulama ise, kural olarak dağıtıcı, istisnai hallerde de toplayıcı olmak durumunda kalacaktır. Yani şirketlerin her birine, işlemin şirketin iç işleyişini ilgilendirdiği hallerde kendi hukuku uygulanacak, işlem dolayısıyla birlikte hareketin zorunlu olduğu hallerde ise ilgili hukuk düzenlerinin tamamına riayet mecburiyeti ortaya çıkacaktır. Alacaklıların korunması bakımından ise, kanaatimizce, en lehe olan hukuk düzenine öncelik tanınması uygun olacaktır.

9. Kanun, birleşmenin aksine, sadece sermaye şirketleri ile kooperatiflerin bölünmelerine müsaade etmiştir. Bu yönde bir kısıtlamayı mazur göstermek için dile getirilen çekinceler, kanaatimizce, tutarlı değildir ve şahıs şirketlerinin azalan çekiciliklerini daha da azaltmamak adına ve ilk fırsatta, Alman düzenlemesini takip ile, *ıahıs Jirketlerinin* en azından kendi aralarında *bôliinebilmelerine* ve devrolunan sıfacıyla bölünme işlemlerine katılmalarına olanak yaratmak gerekir.

10. Kanun, birleşmenin aksine, *tasfiye halindeki Jirketlerin bô'linmeye katıhnası* ile ilgili özel bir hüküm öngörmemiştir. İşbu çalışma kapsamında ko-

uya. tasfiye halindeki bir şirketin bölünmeye, bölünen ve devralan **sıfatıyla** katılması arasında bir fark yaratılarak yaklaşılmaya çalışılmıştır. Buna göre tasfiye halindeki bir şirket bölünmeye bölünen sıfatıyla katılabilecektir. Bu yönde bir işlem tasfiye amacı kapsamında kalmakla ehliyet bakımından gereken sıhhati havidir. Aynı şekilde bölünme işleminden önce, bir tasfiyeden dönme kararı alınması da icap etmez; çünkü esasen şirketin devamı istenmemektedir. Yine de tasfiye sürecinin çok ilerlememiş olması gerekir; özellikle pay bedellerinin iadesine başlandığı hallerde bölünme kararı alınamaz. Çünkü bu hallerde şirket, artık, yasal tanım itibarıyla bölünebilir bir şirket cürünü karşılamamaktadır. Anılan bu sebepten ötürü, ticaret sicili müdürlüğünün bölünmeyi tescil ederken, tasfiye kapsamında pay bedeli iadesinin yapılmadığı yönünde bir belgeyi de talep etmesi gerekir. Burada temsil olunan görüş uyarınca tasfiye halindeki bir şirket devralan sıfatıyla da bölünmeye katılabilir. Ancak bu işlem, şirketin devamını gerektirdiğinden, şirket genel kurulunca önceden alınacak bir tasfiyeden dönme kararını lüzumlu kılar. Bu dönme kararının alınmasını müteakip aynı genel kurulda dahi bölünme kararı alınabilir. Ancak bölünme kararının tescil edilebilmesi için tasfiyeden dönme kararının tescil edilmiş olması gerekir. Bu ise, son tahlilde, sicile pay bedellerinin iadesine başlanmadığını gösterir bir belgenin ibrazını gerektirir.

11. Kanun, mali durumun ıslahına yönelik birleşmelere açıkça ve fakat belirli şartlar altında izin vermişken *mali durumun ıslahı amacıyla bir bölünme* yapıp yapılamayacağı konusunda suskun kalmaktadır. Anılan suskunluğu gidermeye yönelik öğretide dile getirilen görüşlerde temel eğilim, ıslah amaçlı bölünmelere birleşme hükümlerini kıyasen uygulamak suretiyle izin vermek yönündedir. Buna göre sermaye kaybı özvarlığırun yüzde ellisini aşmayan şirketler ile borca batık şirketler, bölünmeye katılan diğer şirket veya şirketlerin bu açığı, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri öz kaynaklarından karşılayabiliyor olmaları şartıyla, bölünmeye katılabileceklerdir. *Delege ferenda* aynı görüşte olmakla birlikte, bu yönde bir görüşün *de lege lata* savunulamayacağı işbu çalışma altında dile getirilen hususlardandır. Çünkü bu yönde bir **kıyas**, özellikle, itibari değerin altında pay çıkarılamaması ve iç kaynakların sadece mevcut ortaklar lehine kullanılabileceği yönündeki hükümler ile bağdaştırılamamaktadır.

12. Bölünme çeşitli merhalelerden geçilmek suretiyle tamamlanabilen bir süreçtir. Anılan süreç, kural olarak, bir yönetim organı kararı ile başlamakta, bir *ara bilanço* çıkarılması ile devam etmektedir. Özellikle temmuz

ayısonu itibariyle b?lanacak bölünme işlemlerine bir ara bilanço çıkarılarak ?aşlanması şiddetle salık verilir. Kanun, malvarlığında meydana gelen önemli değişiklikler dolayısıyla da bir ara bilanço çıkarılması gerekliliğini vaz etmektedir. İşbu çalışma altında temsil olunan görüş uyarınca öz sermaye ya da net malvarlığı son bilanço tarihi itibariyle yüzde on veya daha fazla bir oranda azalmışsa, bu halde önemli değişikliğin var olduğu kabul edilebilecektir.

13. Bölünmelerde bölünmenin ana çatısını *bô"linme sözleşmesi veya planı* oluşturmaktadır. Bölünme sözleşmesi veya planı niteliği gereği bir payın taahhüdü işlemine yakın durur ve bölünme neticesinde devralan şirket payları bölünen şirketin pay sahiplerine bahşedildiği için de bölünme sözleşmesini üçüncü kişi lehine yapılan bir sözleşme olarak görmek imkanı da mevcuttur. Yine bölünme sözleşmesi veya planında satım sözleşmesinden unsurlar da bulmak mümkündür. Mevaz hukuk öğretisinde, bölünme planında yeni kurulacak bir şirketi bağlayıcı, alım-satım taahhütleri gibi hükümler öngörülebileceği hususu *dile* getirilmektedir. Ancak burada temsil olunan görüş uyarınca, bu türden borçlar yeni kurulan şirketin kuruluşundan sonra bu yükümlülükleri kabul etmesi şartına bağlıdır.

14. Bölünme sözleşmesi veya planı *ekleriyle* birlikte bölünmenin ana çatısını oluşturur. İşbu çalışma kapsamında, Kanun'da açıkça yer verilmemiş olsa da, bölünme bilançosu ve *fairness opinion'un* da bölünme sözleşmesi veya planına ek yapılması önerilmektedir. Bölünme bilançosu bölünmenin etkilerini göstermesi bakımından ortakların bölünme kararını daha sıhhatli vermeleri amacına hizmet ederken bölünme işleminin ticari yerindeliliğini *teyid* eden bir *fainness opinion* ise, işlem sonrası olası sorumluluk hallerinin değerlendirilmesinde kullanılabilecektir.

15. Kanun bölünme sözleşmesi veya planında *özel hak sahiplerinin* de anılması ve haklarının devamlılığı lüzumunu ortaya koymaktadır. Ancak işbu çalışma altında temsil edilen görüş uyarınca, bölünme kapsamında hakları haleldar edilen ortak olmayan özel hak sahipleri, ancak alacaklı sıfatı ile ve sadece şirket ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklı tazminat taleplerini dermeyen edebilirler.

16. Burada temsil olunan görüş uyarınca bölünme sözleşmesi veya planının *eki* niteliğindeki *envanterin* olabildiğince detaylı hazırlanmış olmasında, malvarlığını terk eden duran malvarlığı unsurlarını ismen ve yer göstermek suretiyle anmasında, devri şekle tabi unsurları ayrıca belirtmesinde, tüm un•

1rfann değerlerine ve tahsis olunduğu kişiye de ayrıca yer verminde büyüJc :}-da vardır. Ancak bu şekilde Kanun'un öngördüğü *uw aall* incibl melt.a-oiJJlBSI sorunsuz işleyebilecekler.

17. TTK m. 169/4'e göre *bölünme raporunun diizenknmnı huumund4n /t-r11gııl*, küçük ve orta ölçekli şirketler bakımından mümkündür. Bu yönde hır feragat imkanının sağlanmış olmasına gerekçe olarak mehaz hukuJcc? bölünme raporu hazırlanmasının küçük ve orta ölçekli şirketlere getireceği mali külfetlerin boyutu gösterilmektedir. Kanaatimizce bu mali külfetler büyük şirketler bakımından da mevcuttur ve bölünme raporu uygulamada bölün-nesözleşmesi veya planını bir adım detaylandırmaktan öteye geçmeyecektir. Bilindiği kadarıyla raporun hazırlanmasından feragat imkanı Alman ve **AB** }-lukuku'nda küçük ve orta ölçekli şirketlere tanınmış bir imtiyaz da değildir; ortakların tamamının muvafakatı ile büyük şirketler de bu imkandan istifade edebilmektedirler. Burada temsil olunan görüş uyarınca, bu yönde bir **fera-**gat imkanının büyük şirketler bakımından da öngörülmesi yerinde olacaktır.

18. Bölünme sözleşmesi veya planının hazırlanmasından sonra geçilecek merhalelerden bir tanesini de TTK m. 174 ve l 75'te betimlendiği haliyle *alacaklıların alacaklarını bildirmek üzere çağrılmaları ve istemde bulunan alacak-lıların alacaklarının teminat altına alınması* oluşturmaktadır. Anılan hüküm-ler alacaklıların korunması amacına matuftur. Ancak bu koruma, TTK m. 176'da öngörülen müteselsil sorumluluk müessesesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce, amacını aşar niteliktedir. Türk Hukuku'nda ilan ve ceminat süreleri, dört buçuk aya varabilmekte, bölünme işleminin **gerçek-**leştirilmesini uzatabilmektedir. Aynı şekilde bölünme işleminde alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmesi istisnai hallerde söz konusu olacaktır. **Burada** temsil edilen görüş uyarınca, hukukumuzda pasif fazlası ibraz edecek şekilde bir bölünme mümkün olmamalıdır. Bu da devralan şirketlerin alacaklıları bakımından bir tehlikenin oluşması önünde en büyük engeldir. Bölünen şir-ketin alacaklıları için ise, tehlikenin boyutu, kanaatimizce, büyük değildir; çünkü bölünme işleminde bölünen şirketin aktifleri azalmakla birlikte pek çok bölünme işleminde pasifler de devredilmekte ve bu yönüyle bölünen şirket alacaklıları daha az alacaklı ile muhatap olmaktadır. Her halükarda bölünmeye katılan şirketler arasında TTK m. 176 üzerinden yaratılan müte-selsil sorumluluk ilişkisi bir alacağın tahsili kabiliyetini oldukça yükseltmek-tedir. Bu minvalde *de /ege lata* ilan ve teminat prosedürünü ve bölünmeye katılan şirketlere bu kapsamda yüklenen yükümlülükleri, kanaatimizce, ola-

bildiğince dar yorumlamak gerekir. *De lege ferenda* ise, ilan ve teminat prosedürünü birleşme işleminde olduğu gibi tescil sonrasına bırakmak veya en azından İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi daha lasa sürelerle tabi lalmak ve bölünme işleminin genel kurullarca onayına değil, tescile mani olacak şekilde düzenlemekte fayda vardır. Bir adım öteye giderek TTK m. 176'da öngörülen müteselsil sorumluluğu birinci dereceye çıkarmak ve ilan ve teminat prosedüründen tamamen vazgeçmek üzerinde de düşünülebilir.

19. Burada temsil olunan görüş uyarınca bilinen tüm alacaklılar teminat isteminden feragat etmiş olsalar, bilanço üzerinden ilgili şirketin herhangi bir alacaklısı olmadığı hususu anlaşılabilse ve hatta, bölünmenin şirket alacaklılarını tehlikeye düşürmediği ispat olunmuş olsa dahi Kanun'da belirtilen ilanların yapılması zorunludur. Çünkü gün sonunda bu değerlendirmelerin tamamı şirket kayıtları üzerinden ve bilinen, kabul olunan borçlar dolayısıyla yapılmaktadır. Aksine bir tutum, yani ilgili şirketin ilan yükümünden çeşitli gerekçelerle muaf tutulması, bilinmeyen alacaklılar ile ihtilaflı alacak sahiplerini müşkül duruma düşürebilecektir.

20. Bölünme çerçevesinde *teminat* isteyebilecek olan alacaklılar, ilk ilan tarihine kadar alacakları oluşmuş ve fakat muacceliyet kesbetmemiş olan alacak sahipleridir. Bu sürede muacceliyet kesbeden alacakların zaten tatmin edilmiş olması gerekir; paraya tahvil edilebilir türden her müeccel alacak, Kanun'un aradığı türden temini mümkün olacaktır. Bu minvalde alacağın oluşmuş olmasından kasıt, tek başına alacağı ortaya çıkaran mesnedin varlığı değildir; aynı şekilde talep hakkının da oluşmuş olması gerekir. Bu manada örneğin; taliki şarta bağlı alacaklarda anılan tarihe kadar şart henüz gerçekleşmemişse, o halde teminat talep etmek hakkı da bulunmayacaktır.

21. Bölünme çerçevesinde *teminat* verilecek alacaklar halihazırda teminatı olmayan alacaklardır. Bu manada teminat, kefalet ve garanti gibi şahsi veya rehin gibi aynı bir teminat olabilir. Aynı şekilde teminatın tutarını da alacağın nominal miktarına değil, bölünme işlemi neticesinde tehlikeye düşecek kısmının miktarına göre belirlemek gerekir. Bu sayede bölünmeye katılan şirketlerin işlem masrafları da hükmün gayesi doğrultusunda düşürülmüş olur.

22. TTK m. 175/2'de de belirtildiği üzere bölünmeye katılan **şirketlerin** teminat yükümlülüğü mutlak değildir; bölünmeye katılan şirketler tarafından bölünme ile *alacaktı/arın alacaklarının tehlikeye düşmediği husus* r/J ispat

edilebilirse, o halde teminat yükümlülüğü de ortadan kalkar. Kanun'da **ispat** },öncemi bakımından bir açıklık bulunmamakla birlikte, alacakların **tehlike-** }-e düşmediği hususu kar-zarar hesapları, bölünme bilançosu üzerinden ve),eminli mali müşavir veya özel bir bağımsız denetçi raporu ile ispat edilebilecektir. Kanun, hangi hallerde alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşebileceği hususunda da suskun kalmaktadır; ancak bu noktada da şu hususu tespit ile yetinilebilir: Bölünme işleminin, kural olarak, bölünen şirket alacaklılarını tehlikeye düşürmesi beklenir. Çünkü bölünme işlemi neticesinde bölünen şirketin malvarlığı, işlem neticesinde şirket malvarlığını terk eden net tutar oranında azalacaktır. Eğer somut olayda malvarlığında yanan bu azalma bölünen şirketin yedek akçeleri ile kapatılabiliyor ve bu nedenle şirketin sermayesinin azaltılmasına dahi ihtiyaç duyulmuyorsa, bu halde şirketten **alacaklı** kalanların da alacaklarının tehlikeye düşmediği kabul olunabilecektir.

23. Bölünme sözleşmesi veya planı hazırlandıktan sonra ve bölünme işlemi genel kurullar onayına sunulmadan evvel geçilmesi gereken merhalelerden bir diğeri de *bölünme belgelerinin incelenmeye sunulmasıdır*. Mehzaz kanunun ön tasarısında bu yönde bir inceleme hakkının alacaklılara da bahşedilmiş olduğu bilinmektedir; ancak bu imkan tasarıya alınmamıştır. Kanaatimizce bu inceleme hakkının sadece ortaklara tarunmuş olması ve alacakların bu imkandan mahrum bırakılmaları, anılan teminat müessesesinin varlığını devam ettirmesi halinde, büyük eksikliktir: Alacaklılara alacaklarının tehlikeye düşmesi haline mahsus bir teminatı talep hakkı bahşedilmiştir. Ancak bölünme sözleşmesi veya planını inceleyemeyen, bu belgelere ek niteliğindeki bölünme bilançosu *gibi* belgelere göz atamayan bir alacaklı, bölünme işleminin ekonomik etkilerini de kestiremeyecek ve bu nedenle teminat talebi hakkını da sağlıklı bir şekilde kullanamayacaktır. Bu nedenle, eğer teminat müessesesi bu haliyle kalacak olursa, ilk fırsatta, alacaklılar lehine de bir inceleme hakkı tesis edilmesi uygun olacaktır.

24. Hukukumuzda *inceleme hakkından feragat* imkanı sadece küçük ve orta ölçekli şirketler bakımından tanınmıştır. Bu minvalde inceleme prosedüründen feragat hakkı şirketlerin çalışan sayıları ile ulcıkları mali büyüklüklere göre tanınmış vaziyettedir. Burada temsil olunan görüş uyarınca bu feragat hakkı da ilk fırsatta yeniden düzenlenmesi gereken hususlardandır: Kanun bu hakkı ortakların yeterince bilgi sahibi olabilmeleri için tanımış vaziyettedir. Diğer bir ifadeyle hükmün konuluş amacının şirketin çalışan sayısı veya mali büyüklüğü ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Hal böyle olunca,

az Ortaklı ve fakat büyük şirketlerde, ortakların yönetime de dahil olmaları nedeniyle bölünme işlemi hakkında zaten yeterince bilgi sahibi oldukları da düşünülecek olursa, oy birliği ile feragat imkanının kanaatimizce büyük şirketlere de tanınması gerekir.

25. TIK m. 150'ye göre bölünmeye kanlan şirketlerden birinin aktif veya pasif varlıklarında bölünme sözleşmesi veya planının imzası tarihiyle genel kurulda onaya sunulacağı tarih arasında *önemli değişiklik* meydana gelmişse, değişikliğin yandığı şirketin yönetim organı bu durumu kendi genel kuruluna ve bölünmeye katılan diğer şirketlerin yönetim organlarına *yazılı* olarak bildirecektir. Bu bildirim üzerine yönetim organları, malvarlığındaki değişimi inceleyecek ve bölünme sözleşmesi veya planının değiştirilmesine veya bölünmeden vazgeçmeye gerek olup olmadığı hususlarını değerlendireceklerdir. Anılan madde, değişiklik keyfiyetinin genel kurullara da yazılı olarak bildirilmesi zorunluluğunu öngörmektedir. Ancak bilindiği üzere, hukukumuzda şirket genel kurullarının bir sekreteryası bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yazıyı kabul edebilecek bir makam, mevkii de yoktur. Bu şartlar altında genel kurullara hitaben değişiklik keyfiyetinin yazı ile bildirilmesi şartından, kanaatimizce, genel kurulların, en geç bölünmenin onaylanacağı oturumda bilgilendirilmesi zarureti anlamak gerekir. Önemli değişiklikler dolayısıyla her ne kadar Kanun, "dönme" ve "uyarlama" hakkını yönetim organlarına bahşetmiş görünse de, burada temsil olunan görüş uyarınca, uygulamada "dönme" ve "uyarlama" iradesine rağmen, genel kurullar mutlaka gerçekleştirilmeli, genel kurullarda yönetim organlarınca bölünme işleminin reddi veya uyarlanması yönünde tavsiyede bulunulmalı ve gerekçelendirilmelidir. Hükmün bu şekilde yorumlanması Avrupa Birliği ve Alman Hukuk kaynaklarına bakılarak da desteklenebilmektedir. Her iki kaynakta da görülebilmektedir ki, değişiklikler dolayısıyla yönetim organlarına genel kurulları bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir ve bu bilgiler dairesinde son karar genel kurullara bırakılmıştır.

26. Bölünme sözleşmesi veya planı *taahhüt işlemi* niteliğindedir ve *taliki iarta bağlıdır*; burada taliki şart, TIK m. 173 gereği, bölünme sözleşmesinin bölünmeye katılan şirket genel kurullarınca tek tek onaylanmasıdır. Her bir şirkete ait genel kurulların farklı zamanlarda toplanacak olması ihtimaline binaen, bir şirketin genel kurulunun aldığı onay kararı da taliki şarta bağlıdır; burada taliki şart, bölünmeye katılan diğer şirket genel kurullarının da bölünme sözleşmesini mutabakata varıldığı haliyle onaylamalarıdır. Taliki

şart anlayışı bölünme sözleşmesinin iması ile genci kurul kurulması ile doğması muhtemel "ağırdan alma" gibi sorunları daha tımkın bir şekilde çözmeye aday olduğu için tercih edilmektedir.

27. Kendi özel hükümleri dairesinde bölünme sözleşmesi veya planının onaylanması gündemi ile toplanan *Jirket genel kurullarında*, burada toplanan görüş uyarınca, *iki türden karar alınabilir*. Bu manada genel kurullar, bölünme sözleşmesi veya planını ya kabul edeceklerdir ya da reddedeceklerdir. Doktrinde, özellikle, bölünme sözleşmesi veya planının şarta bağli olarak kabul edilebileceği veya bölünme sözleşmesi veya planında genel kurulca (ufak) değişikliklere gidilebileceği ifade olunmaktadır. Ancak kanaatimizce, **genel** kurullara, bölünme sözleşmesinin yapısı ve bölünme sürecinin sıhhati **gereği**, böyle bir imkanı tanııhamak gerekir.

28. Bölünmenin genel kurullarca onaylanmasına hakim temel ilke, bölünme işlemi neticesinde yükümlülük ve sorumlulukları bakımından durumu kötüleşen ortakların bölünme işlemini ayrıca ve açıkça onaylamış olmaları olmalıdır. Kanun'un *genel kurullarda aranacak nisaplara yönelik maddesi* hem çelişik, hem karışık hem de lüzumsuz tekrarlardan ibarettir. **Yukarıda** anılan bu çekinceler ışığında anılan maddenin yukarıda anılan **ilke çerçevesinde** ve ivedilikle gözden geçirilmesi gerekmektedir.

29. Burada temsil edilen görüş uyarınca, anılan *nisaplara uyulmadan alın-*
ma bir genel kurul kararı yokluk veya butlanla malul olmayacaktır; bu türden bir karar iptali kabil niteliktedir. Çünkü nisapları düzenleyen TTK m. 151 hükmünün genel maksadının bölünmeye katılan şirket ortaklarının korunması olduğunu ifade etmek mümkündür. Bölünme, yapısı itibariyle bölünmeye katılan şirketlerin malvarlığı ve ortaklık yapılarını esaslı bir biçimde değiştirse de, bölünme işlemi son raddede, Kanun'un öngördüğü şirket temel yapısını değil, ortakların mevcut durumlarını, menfaatlerini etkilemektedir. Bu çerçevede TTK m. 151 hükmüne aykırılık halinde iptal yaptırımının kabulünün daha uygun olacağı kanaati hasıl olmaktadır.

30. *Sermayenin azaltılması veya artırılması* işlemleri mesnedini bölünme keyfiyetinde bulmakla beraber bölünmeden müstakil işlemlerdir ve **Kanun**, bölünme dolayısıyla gerçekleştirilecek azaltım veya artırım işlemlerini özel olarak düzenlemiş değildir. Bu meyanda Kanun, 162 ve 163. maddeleri üzerinden, bu işlemleri basitleştirmiş veya somur şirket türüne has özel hükümlere istisnalar getirmiştir. TTK'nın bölünme işlemleri dolayısıyla gerçekle-

cirilecek esas sermayenin azaltılması işlemlerini kolaylaştırmak maksadıyla öngördüğü 162. maddesi bu amacı aşar şelcilde TTK'nın 473. **maddesini** de kapsama almıştır. Burada temsil edilen görüş uyarınca TIK m. 473'ün birinci fıkrası birinci cümlesi, üç, dört ve beşinci fıkraları ilk fırsatta yeniden kapsam içine alınmalıdır. Böyle bir değişiklik sırasında esas sermayenin azaltılması kararlarına uygulanacak nisaba yönelik yapılan yanlışlığın da giderilmesi üzerine düşünülebilir. Bölünmeler vesilesiyle esas sermayenin azaltılması ihtiyacı, kısmi bölünme hallerinde ve bölünmenin sermaye kaybı ile sonuçlanacak olması dolayısıyla gündeme gelebilir. Esasen Kanun'un lafzı sermaye kayıplarında esas sermayenin azaltılmasını zorunlu kılmasa da doktrin ve Yargıtay uygulaması, mevcut alacaklılardan ziyade müstakbel alacaklıları korumak adına, sermaye azaltımının zorunlu olduğu yönündedir. Bölünme nedeniyle mevcut alacaklılar yeterince korunduğu için biz de, anılan doktrin ve Yargıtay uygulamasına, bölünmeler dolayısıyla da olsa, katılmaktayız. Kanun'un kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim şirketler bakımından sevk ettiği "tavana uyulmaksızın artırım yapılabilmesi" hükmü de, burada temsil edilen görüş uyarınca, genel kurulun tavan belirleme yetkisinin kaldırılması veya bu tavana riayet edilmeksizin sermayenin artırılabilceği şeklinde anlaşılmalıdır. Anılan madde ile kastedilen husus, bölünme dolayısıyla genel kurulların yönetim kurulJarını ilgili tebliğde anılan kanuni tavanı aşacak şekilde yetkilendirebilecekleridir.

31. Bölünmeye katılan şirketlerin kontrolünde kalıcı değişiklik meydana getiren ve ciro/değer eşiklerinin aşıldığı bir bölünme iJleminin, bölünme sô-ztqmesinin genel kurullar tarafından kabulünün ardından en geç bölünme iJleminin tesciline kadar Rekabet Kurulıt'na bildirilmiJ olması gerekir. Aksi halde bölünmeye katılan şirketler idari para cezaları ile muhatap olabilirler.

32. Bô'linmenin tescili, genel kurul onaylarını müteakip gerekli izinlerin ve sermayenin azaltılması ve/veya artırılması kararlarının alınması üzerine talep olunabilecektir. İsviçre Hukuku'na bakıldığında görölmektedir ki, bölünmeye yönelik tescil işlemleri bölünen şirketin bağılı bulunduğu sicil memurluğunca yönetilmektedir. Bu meyanda devralan şirketlerin sermayelerinin artırılması kararları da dahil olmak üzere, tescil için gerekli her türden belge bölünen şirketin tabi olduğu sicil memurluğuna teslim olunmakta ve bölünme işleminin hukuka uygun yürütüldüğünün kontrolü ve tespiti, anılan bu memurlukça yerine getirilmektedir. Sonrasında ise anılan bu memurluk, diğler sicil memurlukları ile malvarlığına dahil sicile tabi unsurların bağılı ol-

duğu diğer sicilleri de bilgilendirmektedir. Kanaatimizce **Türk Hukuku'nda** da bu yönde açık bir düzenleme yapılmalıdır.

33. *Bö"iinmenin ticaret siciline tescili kurucu niteliktedir ve malvarlığının nakli uuuhiidii bakımından tescil, tasarruf i;lemine vücut verir.* Kanun, bölünme işleminin her bir aşamasında tarafları pek çok şartı yerine getirmekle yükümlü rurmaktadır. Bu yükümlülükler bakımından noksanı olan bir bölünme işleminde, bu noksanlıklar, burada temsil edilen görüş uyarınca, tescil ile birlikte "iyileşmiş" kabul edilir. Bu meyanda *tescilin iyileştirici etkisinden de (Heilungswirkung)* bahsedilmektedir. Ancak yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına tescilin iyileştirici etkisi bakımından ŞU hususları da eklemek gerekir: Tescil yukarıda anılan türden noksanlıkları gidermez, tamamlamaz; bu türden noksanlıkların giderilmesi, tamamlanması yükümlülüğünü de ortadan kaldırmaz. Bölünmeye katılan Şirkerlerin, bu manada ve imkan dahilinde, bu noksanlıkları gidermesi gerekir; anılan noksanlıkların giderilmemesi halinde ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, tescile rağmen baki kalmaktadır. Bu yönüyle tescil sadece, bölünme işleminin, eski halin iadesi ile sonuçlanacak bir biçimde ortadan kaldırılmasına mani olmaktadır; bölünme işleminde yaşanan eksikliklerin giderilmesi için işlemin geriye dönük ortadan kaldırılması dışında çözümlerin aranması gerekmektedir. Alman Hukuku'nun aksine mehzaz hukukta tescilin iyileştirici etkisi ekseriyetle reddolunmaktadır. Ancak bölünme işlemlerinde eski halin iadesinin hukuken ve fiilen imkansızlığı orada da görülüyor olacak ki, sorumluluk davasına öncelik tanımak suretiyle ya da *Umwandlungstheorie* üzerinden tazminata hükmedilebileceğini ifade ile İsviçre Hukuku'nda da tescilin iyileştirici etkisi, dolaylı yolda da olsa, kabul edilmektedir.

34. Bölünme işlemine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara kaCŞ1 kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. TTK m. 193'te düzenlendiği haliyle *sorumluluk*, 'TTK'nın bölünme işlemini düzenleyen 159 ila 179. hükümlerinde ifadesini bulan, koruyucu nitelikteki esasa ve usule dönük hususlara riayet olunmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Yasanın öngörd üğü bu hususların eksik bırakılması, hiç uyulmaması, yanlış uygulanması, yanıltıcı olacak şekilde uygulanması da sorumluluğa yol açacak hallerdendir. Burada altını çizerek ifade etmek **gerekir ki**; bölünmeye katılan şirket türlerine has ve bu türlere yönelik olarak Kanun'un vaz ettiği diğer türden borç ve yükümlülüklerle (bihakkın) riayet olunmamış olması halinde 'TTK'nın 193. maddesinin değil, söze konu

şirket özelinde Kanun'un vaz ettiği hükmün uygulanması söz konusudur. Burada temsil edilen görüş uyarınca TTK m. 193'te ele alınan sonumluluk davası, bir iptal davası açmak imkanının varlığı dolayısıyla ve bu sebepten reddolunamaz, reddolunmamalıdır. Her iki davanın da konuları ve amaçları birbirlerinden farklıdır.

35. Kanun, *sorumluluk davasının afilebileceği kiti/er fevresiru* bölünme işlemine "herhangi bir şekilde katılmış bütün kişiler" olarak ifade etmiştir. Hükmün lafzına itibar edilecek olursa, bölünme işleminin hazırlanması ve yürütülmesine katkısı olan yönetim kurulu üyeleri, alt düzey yöneticiler, danışmanlar ve denetçiler bu hüküm dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilecek kişilerdir. Ancak bırı haliyle pasif dava ehliyeti, kanaatimizce, sorumluluk davasına yönelik maddenin amacını aşacak şekilde genişletilmiş olacaktır. Danışmanlar, denetçiler gibi şirket ile aralarında akdedilen bir iş görme sözleşmesi üzerinden bölünme işleminin hazırlanması ve yürütülmesi işlemine katılmış şahısların, sözleşme ilişkisini aşarak fiili organ gibi hareket etmemiş olmaları kaydıyla, kanaatimizce, TTK m. 193, üzerinden dava edilebilmeleri mümkün değildir.

36. Kanun, 191. maddesi üzerinden, bölünme dolayısıyla girişilen değerlendirme faaliyetinin mahkemece incelenmesi amacına matuf özel bir dava türü olan inceleme davasını öngörmüş bulunmaktadır. Anılan dava *hakların devamlılığı ilkesi* ile yakından ilintilidir. Ancak işbu çalışma kapsamında temsil olunduğu haliyle hakların devamlılığı ilkesi mevcut hakların aynen ve mutlak bir biçimde devam ettirilmesini değil, bu yönde bir çabanın şirket menfaatleri gereği boşa olacağının anlaşılması halinde kaybolan hakların ekonomik olarak tazmin, telafi edilmesi gerekliliğini ifade eder. Aynı şekilde anılan ilke üzerinden mahkemece taraf iradelerine müdahale edilebilmesi, işlemin mahkemece uyarlanması ve giderek işlemin yerindeliğinin sorgulanması da söz konusu olamaz, olmamalıdır.

37. *İnceleme davası* malvarlığı unsurlarının değerlemesine yönelik yapılan işlemlerin denetimi için açılacak bir davadır. Dava bölünme işleminin geçerliliğine eiki etmez; bölünme işlemi neticesinde ortaya çıkan pay sahipliği bileşimi de dava neticesinde değişmez. İşleme temel teşkil eden değerlendirme faaliyetinde bir hata mevcut ise, bu halde dava, bu husustan kaynaklı kayıpların ekonomik olarak telafisine yönelik ilk adımı oluşturur. TTK m. 191'in lafzı gereği inceleme davası bir bedelin ödenmesi değil, ödenecek bedelin tes-

piti ile sınırlıdır. Bu yönüyle dava bir eda davası değildir. Ancak davayı açan t>rtak dava neticesinde hesaplanacak bedelin ödenmesi hwusunu da mahkc-
ineden ayrıca ve açıkça talep edebilir. Dava neticesinde varılan karar ödene-
cek bedelin tespiti ile ilgilidir. Bu yönüyle bu bedel aynı durumda buJuıwı
cüm ortaklara ödenecek toplam tutarı göstermelidir. Ancak bu haliyle **anıfan**
dava TTK m. 191/2'de kaleme alınan *Emna-Orgeı* etkisine sanıp olabilir. Bu
şekilde diğer ortaklar da bu dava neticesinde varılan ilamı alarak keneli eda
davalarını ikame edebilirler.

38. TTK m. 191'de yer verildiği haliyle *incelemedavau İnJaİ nitelikte bir
davadır*. Ancak buradan şu sonuç çıkarılmamalıdır: Bu dava neticesinde
hakırrı taraf iradelerinin yerine geçerek bölünme sözleşmesi veya planı ile
bölünme raporunu değiştirip uyarlıyor değildir. Hakimin verdiği karar, bu
anılan belgeleri sadece denkleştirme talepleri bakımından tamamlamış olur.
Diğer bir ifadeyle anılan dava neticesinde varılan karar ile, sanki, bölünme
sözleşmesine bedeli gösterir yeni bir hüküm eklenmiş olur ve bu eklenen hü-
kilin üzerinden mağduriyeti olan pay sahipleri ve ortaklar da talep haklarına
kavuşurlar. Dava, bu manada, inşaidir.

39. *İnceleme davaunu pay oranıncıtm bağımsız bir bîfimde bôlünme iilemine
katılan Jirketlerin her bir ortağı afabilir*. Ortaklık sıfatının bölünme kararının
alındığı anda mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Sonrasında devir ve sair ne-
denlerle bu sıfatın kaybedilmiş olması davayı açmaya engel değildir. Çünkü
bu dava ile, zarar gören kişinin zarar gördüğü anda ortaya çıkan talep hakkı-
nın geriye dönük bir biçimde oluşturulması söz konusudur. Bu yönüyle talep
hakkı, paya değil, kişiye bağlı bir haktır. Eğer payın devri sırasında bu talep
hakkı da devredilmişse, bu halde devralan şahıs da, pay sahibi sıfatıyla değil
belki ama, talep hakkını devralan, temlik alan sıfatıyla bu davayı ikame ede-
bilir. *Bu dava, bôlünmeye katılan tümjirketlere kar;ı afltr*. Bu dava sırasında da-
valı şirketler mecburi dava arkadaşlarıdır. Bu manada dava neticesinde alınan
karardan da müteselsilen sorumludurlar. Öğretide inceleme davasının değer-
leme yanlışıdan faydalanan ortaklar aleyhine de açılabilceği belirtilmekle
beraber, bu husus mehaz hukukta yasama faaliyeti sırasında tartışıl-
tek borç
ilkesi, ortağın anonim yapısı ve ortak sayısının çok olması ihtimaline bi-naen
reddolunmuştur. Bu manada yasada yasa koyucu tarafından bilinçli bir
biçimde bırakılmış, gerçek olmayan bir boşluk söz konusudur ve bu boşluk
yorum yolu ile de doldurulamaz.

40. Burada temsil edilen görüş uyarınca Türk Hukuku'nda da, Alman Hukuku'nda olduğu gibi, *tescilin iyileştirici etkisinin* olduğu kabul edilmelidir. Buna göre bölünme de dahil, yeniden yapılandırma işlemlerine yönelik genel kurul kararlarının alınması ile birlikte bu kararların yokluğu, butlanı veya iptali keyfiyeti bu işlemlerin tesciline kadar ileri sürülebilmelidir. İleri sürüldükleri zaman mahkemeden tescilin ötelenmesi yönünde bir ihtiyati tedbir de talep olunmalıdır. Ancak bir defa işlem tescil olunduktan sonra artık işlemin yokluğu, butlanı veya iptaline karar verilememelidir. Çünkü bu işlemlerin geriye dönük tasfiyesi oldukça zor ve hacca imkansızdır. Bu sonuç, eksik şirket başlığı ile anılan ve kuruluştaki eksikliklerin, şirketin sadece ileriye dönük olarak feshine yol açacağı yönündeki temel ilke ile de uyum halindedir. Hukuki sakatlık nedeniyle zarara uğrayan çevreler her halükarda bu zararlarının tazmini için genel ve özel sorumluluk davalarını açabilirler. Hatta hukuken sakat bir yeniden yapılandırma işlemini, Kanun'un öngördüğü kontrol ykmllğne uymadan tescil eden sicil müdürlüklerinin görev ihmali dolayısıyla devlete karşı dahi bu istemlerin yneltilebilmesi mümkündür.

41. Kanun yeniden yapılandırma halleri bakımından sadece bir iptal rejimi öngörmüştür. Ancak bu demek değildir ki, bölünme işleminin sadece iptali talep olunabilir. Yerine göre *işlemin yokluğu ve butlanı* da söz konusu olabilir. Hangi hallerin yokluk ve budan ve hangi hallerin iptal rejimine tabi olduğu hususunda genel bir anlayış mevcut olmamakla ve hatta, hemen her kaynakta farklı çözümler sunulmakla birlikte bölünmeler bakımından yokluk, butlan ve iptal sebepleri ile ilgili şu kadarı sylenabilir: İşlemin vücuda gelmesini mümkün kılan irade açıklamalarını, şekli unsurları sakatlayan, ihlal eden haller yokluğa, işlemin içeriği dolayısıyla Kanun'un ağır ihlali, kasdi ve zarar vermeye yönelik, ktniyecili davranışlar butlana ve en nihayetinde, sadece dava açmaya ehil kimselerin çıkar alanına yönelen ihlaller iptale sebep olacaktır.

42. İptal davasını düzenleyen TTK'nın 192. maddesi hemen her açıdan sorunlu ve yoğun bir yorum faaliyetine ihtiyaç duyan bir hkmdr. İşbu alışma kapsamında *iptal davası ile ilgili varılan temel yorum neticelerini ise, kısaca i" iekildeaksettirmek mümkündür:*

42.1. Bölünme işleminin iptali Kanun'un 159 ila 179. maddelerine riayet edilmemesi neticesinde ortaya çıkabilecek bir sonuçtur. Ancak Kanun, *iptal davasını arına yetkisini* sadece ortaklara tanımıştır. Diğer bir ifadeyle alacaklılar ve işçiler bu yönde bir iptal davasını ikame edemeyeceklerdir. O

hılde, öğretide de neredeyse ittifakla dile getirildiği üzere, Kanun'un sadece orıakları koruma amacına matuf hükümlerinin ihlalinin TTK m. 192'de öngörüldüğü haliyle bir iptal davasına mesnet teşilcil edeceğinin de k.abuJ gerekecektir. Diğer bir ifadeyle Kanun'un 159 ila 179. maddeleri **arasında** yer alan ve alacaklı ve işçilere korumaya yönelik hükümlerin ihlali, örneğin **ffK** m. 174 ve 175'te öngörüldüğü haliyle ilan ve teminat prosedürünün ihlali, kanaatimizce de, TTK m. 192'de öngörülen iptal davasına mesnet ceşkil edemeyecektir.

42.2. *İptali talep olunabilecek karar, bölünme iş,leminin onaylandığı genel!Nm/ kararıdır.* Ancak genel kurul kararının sırf kendisinden kaynaklı eksiklikler değil, bu kararı hazırlayıcı nicelikteki öncül işlemlerdeki eksiklik ve yanlışlıklarda genel kurul kararının iptaline sebep olabilir.

42.3. İptal davasını açabilecek kişiler bölünmeye katılan şirketlerin ortaklarıdır; alacaklı ve işçiler bu davayı ikame edemezler; bu dava onlar hesabına ortaklarca da ikame edilemez. Aynı şekilde bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları da bu davayı açmak konusunda ehil kılınmamışlarıdır. *Her bir ortak, ortağı olduğu şrketin genel kurul kararının iptalini, bu karara muhali/ kalmusa, talep edebilecektir.* İptal davasını açabilecek ortaklar hem karar anında hem de davayı açarken bu sıfatı haiz olanlardır. Dava açılırken ortak sıfatı yok ise veya dava sırasında ortaklık sıfatının devir ve sair sebeplerden kaybı halinde, dava da düşer.

42.4. İptal davasının bölünmeyi onaylayan genel kurul kararının ilanından itibaren en geç iki ay içerisinde açılmış olması gerekir. Burada temsil edilen görüş uyarınca *iptal davası, genel kurul kararından sonra ve kararın ilanını beklemeksizin de açılabilir.*

42.5. Burada temsil olunan görüş uyarınca, genel kurul kararına etki etmemiş türden noksanlar giderilebilir niteliktedir ve işlemin iptali bu noksanların mahkemece verilecek süre içerisinde düzeltilmesi suretiyle engellenabilir. Ancak uygulamada pek çok halde, bölünme kararının iptali ile karşılaşılması, bu manada₁ daha olasıdır.

42.6. Tescilden önce ve tescili engelleyici nicelikte bir tedbire karar verilen bir muhakeme neticesinde alınan *iptal kararı geriye (ex tunc) etki edecek ve söze konu genel kurul kararını ortadan kaldıracaktır.* Bu manada, sadece genel kurulun tekrar edilmesiyle pek çok bölünme işlemi hukuki sıhhate kavuştu-

rulabilecektir. Ancak bölünmeye temel teşkil eden bilgi ve verilerin de güncellerunesine dikkat edilmelidir.

43. *Bir malvarlığı rınsurımın "ımutulmıj" olduğımın kabu/ii için*, bu unsurun bölürüne sözleşmesi veya planının yorumu neticesinde dahi devralan şirketlerden herhangi birine tahsis edilemiyor olınası gereklidir. Özellikle bir işletme veya işletme parçası gibi kendi içerisinde bütünlük arz eden hususların bölünme suretiyle devri halinde, yorum yoluyla bu bütüne dahil olduğu öngörülebilene aktif ve pasif unsurların, envanterde yazılı olmasalar dahi, bu bütünü devralan şirkete tahsis olunduğunu söylemek mümkün olacaktır.

44. Kısmi bölünmede bölünmeye katılan şirketlerden hangisine tahsis olunduğu anlaşılamayan, yorum yoluyla da tahsisi sorunu çözölemeyen aktif unsurlar bölünen şirketin mülkiyetinde kalmıştır. Tam bölünmede ise, ram bölünen şirket tescil ile birlikte infisah etmiş olacağından, devralan şirketlerden hangisine tahsis olunduğu anlaşılamayan aktif unsurlar üzerinde devralan şirketlerden her biri paylı mülkiyet hakkına sahip olacaklardır. Bu noktada Kanun, Medeni Kanun'dan ayrılarak, paylı mülkiyetin eşit paylarla değil, bölünen şirketten devralınan net malvarlığı değerinin toplam net malvarlığı değerine oranla bulunacak bir *paylı mülkiyet* hakkının tesisini uygun bulmuştur. Aktif kavramı sözleşme ilişkilerini kapsamaz. O nedenle *unutulmuu sözleşmeler varsa ;ayet, kısmi bölünmede bu söz/z/şmelerin bölünen ırketle devam edeceği, tam bö'fiinmede ise, fesholımmıu olacağı kabul olunmalıdır*.

45. Bölünme kapsamında *ımutulan borçlar* bakımından da şu kural tespit olunabilir: Bir borcun kime tahsis edildiği envanterden anlaşılamıyor ve bölünme sözleşmesi veya planının yorumu ile de tespit edilemiyorsa, bu halde kısmi bölürunelerde söze konu borcun bölünen şirkette kaldığı kabul olunur. Tam bölünmelerde ise Kanun, devralan şirketlerin bu borçtan dolayı müteselsilen sorumlu olduklarını öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle somut alacaklı bu borcun tamamı veya bir kısmı için devralan şirketlerin tamamını veya bir kısmını ayrı ayrı veya birlikte takip edebilecektir. Kanun devralan şirketlerin iç ilişkileri bakımından suskun kalınmaktadır. Ancak İsviçre Hukuku'nda, bizim de katıldığımız bir biçimde, tarafların birbirlerine devraldıkları net malvarlığı oranlarında *riicu hakları* olduğu kabul edilmektedir.

46. TTK m. 176 kapsamında öngörölen *ikinci dereceden müteselsil sorımı-/u/uğu zaman bakımından sınırlamak yerindedir*. Kanaatimizce benzer nitelikteki TBK m. 202 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle bu sorumluluğu

-Jden önce muaccel olan borçlar bakımından tescil tarihinden itibaren, **2**rleri için ise muacceliyet tarihinden itibaren *iki* yıl ile sınırlamak **gerekir**.
j'''

47. Bölünmelere de uygulanacak TTK'nın 158. maddesi bölünen şirket et
11 **2**-aklılarını korumaya yöneliktir ve özü itibarıyla şu ilkeyi getirmektedir:
2uninden önce bölünen şirkette o şirketin borçlarından dolayı *ahhionim-*
1, fii" *bulunan ortak veya ortakların bu sorumluluğu*, aynı şartlar dairesinde ve
01 esnedi bölünmeden önce ortaya çıkmış borçlar bakımından üç yıl süreyle
de, lllflledecektir. Geçerli bölünmeler göz önünde bulundurulduğunda bö-
lanmeler dolayısıyla anılan hükmün uygulama alanının sınırlı olacağı görü-
ıccceJccir. Bu meyanda hükmün uygulama alanının, sermayesi paylara bölün-
/il **2**komandit şirketlerde özellikle komandite ortaklar ile ana sözleşmesi ile
2si sorumluluk yaratılmış kooperatifler ve şirket sözleşmesi ile ek ödeme
yül-,funlülüğü öngörülmüş limited şirketlerden ibaret kalması olasıdır. TTK
JTL 168 tam bölünmede "unutulan" borçlar dolayısıyla devralan şirketler ara-
sında teselsül yaratırken, TTK m. 176 borcu devralan şirket yanında bölün-
neye katılan diğer şirketleri ikinci dereceden ve müteselsilen sorumlu tut-
naktadır. Burada temsil olunan görüş uyarınca ortakların şahsi sorumluluğu
busorumluluk hallerinden de sonra gelir.

48. Devre konu malvarlığı unsurlarının kendi içerisinde bir bütünlük arz
eunediği hallerde, iş akdinin devri keyfiyetinin tahlili için öncelikle *Qili;kileri*
/iuttrine bakılmalıdır. Bu listeye bakılmak suretiyle somut iş akdinin akıbe-
dnin anlaşılamadığı hallerde, kanaatimizce, kısmi bölünmelerde iş akdinin
devreden şirkette kaldığı, tam bölünmelerde ise, fesholunduğu sonucuna
ulaşmak gerekir.

49. TTK'nın 178. maddesi 2. fıkrası işçiye bir *itiraz hakkı* tanımış bulun-
maktadır. Anılan hükümde işçinin tescilden sonra ne zamana kadar bu itiraz
hakkını kullanabileceğine yer verilmese de, kanaatimizce iş ilişkilerinde esasL
değişiklik hususunu düzenleyen İş Kanunu m. 22 hükmünü kıyasen uygula-
mak ve işçiye itirazını bildirmek için devir keyfiyetinin işçi tarafından öğre-
nilcliği tarihten başlamak üzere alıcı günlük bir süre tanımak uygun olacaktır.

50. Tam bölünme neticesinde iş ilişkisinin nakline itiraz eden işçi muac-
cel alacaklarından dolayı önce devralan şirketi takip edecektir; takibin seme-
resiz kalması halinde veya iflas, aciz vesikası gibi TTK m. 176/2'de anılan se-
beplerden semeresiz kalabileceği anlaşılan hallerde ise, diğer devralan şirket
veya şirkedere başvurabilecektir.

KAYNAKÇA

- .,\kar Öçal, .Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Onaya Çıkakı&jı Bazı Hukuki Sorunlar, ATOD, 6/1975, s. 9-22.
- .,\kuğur Mehmet, Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2005.
- ıU Kılıç, Şengül, Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara 2017.
- Afcay, Sıtkı Anla":1, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Onak Girişimler, İstanbul 2009.
- ı\lcnburger, Peter R./Colderan Massimo/Lederer Werner, Schweizerisches **Umst**-ruktrierungsrecht, Zürich 2004.
- Afpagut Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Halda, İstanbul 2010.
- Arıcı Fatih, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008.
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2012.
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler, C. I, İstanbul 1960.
- Aydın Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008.
- Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2016.
- Baumgartner, Urs L./Oerde Matthias, Art. 49, Basler Kommencar-Fusionsgesecz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Beisel Daniel, Verfügungsbeschränkungen-Zustimmungsbedürftigkeitdurch Dritce, Beisel/Klump, Der Uncernehmenskauf, 6. Auflage, 2009.
- Bertschinger Urs, Die Klagen gemass Fusionsgesecz-Ein Überblick, Aktuelle Juristische Praxis 2004, s. 839-850.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- Böckli Peter, Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes: .Aufbauende Anregungen mit Auslegungsvorschlägen, Der Schweizer Treuhander 11/2004, s. 899-914.
- Böckli Peter, Schweizer Akcienrechc, Zürich 2009. ("Böckli, Aktienrecht" olarak anılmıştır)
- Bork Reinhard, § 15, Umwandlungsgesetz-Kommencar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Band I, 3. Auflage, Köln 2004.
- Bozkurt Yaşar, Sevgi, Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgement Rule) Uygulanması, İstanbul 2015.

- Bürge Paul/Glanzmann Lukas, Arc. 105, Fusionsgesetz sowie die einschlagigen Bescimmungen des IPRG und des Sceuerrechcs, 2. Auflage, Bern 2015.
- Büyükyaka Cüneyt, Yeni Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme işlemlerinin Hukuki Prosedürü, Regesca Ticaret Hukuku **Dergisi** 2011, S. 1, s. 79-139.
- Çağlar Hayrettin, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azalması, Ankara 2010.
- Çamoğlu Erkin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007.
- Çebi Hakan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Jarın Bölünmesi, İscanbul 2010.
- Çeker Mustafa, Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları, EUHFD C. XVI, S. 3-4, 2012, s. 99-120.
- Çonkar, M. Halil, Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, İstanbul 2016.
- Çoşcan Hülya, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara 2004. ("Çoşcan, Bölünme" olarak anılmıştır)
- Çoştan Hülya, Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması, Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2013, s. 231-245.
- Çoşcan Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009. ("Çoştan, Alacaklının Korunması" olarak anılmıştır)
- Çoştan Hülya, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batider Haziran 2008, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 403-431. ("Çoştan, Özel Hak" olarak anılmıştır)
- Çoştan Hülya, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Kararları, Ankara 2012. ("Çoşcan, 2012" olarak anılmıştır)
- Demir Koray, Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Tahvil Benzeri Borçlanma Araçları Kavramı, Batider, Eylül 2015, Cilt XXXI, Sayı 3, s. 59-74.
- Demir Koray, Uygulanabilirlik Şartları Bakımından Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, Batider, Mart 2017, Cilt XXXIII, Sayı 1, s. 107-133. ("Demir, Esas Sermayenin Azaltılması" olarak anılmıştır)
- Dizdar, Ali Murat, Sermaye Piyasası Kanunu'nun Anonim Ortaklıklarda "Kurucu" Kavramında Yaptığı Değişiklik Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi 1983, Cilt XXX, s. 282-295.
- Druey, Jean Nicolas, Gesellschafts- und Handelsrechc, 10. Auflage, Zürich 2010.
- Dubs Dieter/Frehner Fabienne, Art. 105, Art. 106, Art. 107, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015. •
- Durgut Ramazan, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Şirketlerin Bölünmesi ve Bölünmeye Hakim Temel İlkeler, e-Akademi-Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 126, Ağustos 2012.

- İpçeli Sevgi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Bölünmeye İlişkin 1,9, 160 ve 161. Maddeleri Üzerine Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84 Sayı 1, 2010/1, s. 193-216.
- Epper Martin, Art. 30, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015.
- Erdem Ercüment, Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacakların Korunması, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Ankara 2016, s. 313-352. (Erdem, "Alacaklıların Korunması" olarak anılmıştır)
- Erdem Ercüment, Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar, GÜHFD 2013/2, s. 113-139. (Erdem, "Yeni Davalar" olarak anılmıştır)
- Fellmaier Walter/Müller Karin, Berner Kommentar Band/Nr. VU2/8, Bern 2006.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Glanzmann Lukas, Art. 7, Fusionsgesetz sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015 ("Glanzmann, Art. 7" olarak anılmıştır)
- Glanzmann Lukas, Der Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss im neuen Fusionsgesetz, Schweizerische Juristen-Zeitung 101/2005, s. 157-165. ("Glanzmann, SJZ" olarak anılmıştır)
- Gökruna, Hamdi Deniz Ege, Vergi Hukukunda Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemleri, İstanbul 2013.
- Grunewald Barbara, § 23, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Band I, 3. Auflage, Köln 2004.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- Gülbüz-Usluel, Aslı E., Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılandırma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu, Batider, Mart 2013, Cilt XXIX, Sayı 1, s. 141-169.
- Habersack Mathias, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 2006.
- Handschin Lukas/Chou, Han-Lin, Der Kapitalanteil, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/46, Zürich 2009.
- Heinzmaier** Michel, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Zürich 2004.
- Helvacı** Mehmet, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme), İstanbul 2004. ("Helvacı, Bölünme" olarak anılmıştır)
- Helvacı Mehmet, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, GÜHFD 2013/2, s. 77-97.
- Herdzina Klaus, Wettbewerbspolitik, Stuttgart 1999.
- Hommelhoff Peter/Schwab Martin, § 143, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Band I, 3. Auflage, Köln 2004.

- Hopf Michel, Die fusionsrechtlichen Meliorationsverfahren bei der **Akuengesellschaft** - Barabfindungsfusion und asymmetrische Spaltung, Zeitschrift zur Rechtssetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht 3/2005, s. 1-24.
- Hörmagel Robert, § 126, Schmirr/Hörmagel/Scrazz, Umwandlungsgesetz, 6. Auflage, 2013.
- Hurni Christoph, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, 2008.
- İpek-Kayalı, Fena, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014.
- Kagi Urs/Ehrat, Felix R., Art. 45, Art. 46, Art. 48, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Kağıtçıoğlu** Mutlu, Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme, İstanbul 2012.
- Karahan Sami, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998.
- Karahan** Sami (Edit), Şirketler Hukuku, Konya 2012.
- Karayalçın** Yaşar, Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.
- Kaya Arslan, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alınma Hakkı, İstanbul 2001.
- Kaya Arslan, Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi ve Hisse Değişim Konularında 4684 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme ile Oluşan Hukuki Durumun Değerlendirilmesi, Makalelerim I, İstanbul 2012, s. 123-133. (..Kaya, Sermaye Şirketlerinin Bölünmesi" olarak anılmıştır)
- Kendişelen Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.
- Koller Alfred, Rückkaufsrecht, Incertemporales Recht zu Art. 216a OR, Aktuelle Juristische Praxis 2001/1, s. 119-120.
- Küng** Manfred/Schoch Niklaus, Art. 732, Art. 734, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Hrsg. von Honsell/Nogt/Watter, 4. Auflage, Basel 2012.
- Kut Ahmet, Art. 31 OR, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012.
- Luginbühl Jürg, Art. 13, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Lücker Marcus, Einleitung, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lücker/Marcin Winter, Bd. I, 3. Auflage, Köln 2004.
- Lücker Marcus/Drygala Tim, § 1, § 5, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lücker/Marcin Winter, Bd. I, 3. Auflage, Köln 2004.
- Maurenbrecher Benedikt/Weller Stefan, Art. 108, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Meier-Dierkerle, Felix G., Vor Art. 105-108, Art. 105, Art. 107, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.

- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007.
- Müller, Roland M., Anhang zu Art. 29-52 (Grenzüberschreitende Spaltung)/1. An. 163d IPRG: Greozüberschreitende Spaltung, Zürcher Kommentar zum Pensionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Narbay Şafak, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Kararının İptali ve Eksikliklerinin Hukuki Sonuçları (TTK m. 192), İstanbul 2017.
- Nussbaumer Annemarie, Die Anfechtung von UmstrukturierungsbeschJüsseo nach Art. 106 und 107 FusG am Beispiel der Aktiengesellschaft, Zürich 2012.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2014.
- Önen Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981.
- Özatlan Yurda!, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul 2014.
- Pfeifer Michael/Meier, Andreas L., Ausschiesslichkeit der Regelung des FusG für Strukturanpassungen, insbesondere für Spaltungen? Akuelle Juristische Praxis 2004, s. 833-838.
- Pfeifer Michael/Meier, Andreas L., Art. 37, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 1. Auflage, Zürich 2004. ("Pfeiffer/Meier, Art. 37" olarak anılmıştır)
- Pfeifer Michael/Müller, Roland M., Art. 47, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Pfeifer Michael/Schwaninger-Preiss, Martina, Art. 36, Art. 37, Art. 39, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Pfeiffer Michael/Dobry-Oesch, Karolina, Vor Art. 29-52, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Priester**, Hans-Joachim, § 126, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Band. 1, 3. Auflage, Köln 2004.
- Pulaşlı** Hasan, Şirketler Hukuku-Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Reutter**, Thomas U., Art. 43, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Schenker** Franz, Art. 106, Art. 107, Fusionsgesetz sowie die einschlagigen Bescimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015.
- Schenker** Urs, FusG 37, Stampfli Handkommentar, Bern 2003.
- Schleiffer** Patrick, Art. 8, Art. 18, Basler Komrnentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- SchJuep, Walter R.**, Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1-OR, Basel 1979.

- Schmidt Harry, § 45, Umwandlungsgesetz-Kommencar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Wincer, Band I, 3. Auflage, Köln 2004.
- Schraner Marius, Art. 83 OR, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1e, Zürich 2000.
- Schröer Henning, §136, Spaltungsplan, Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 3. Auflage, 2012.
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht- Allgemeiner Teil, Bern 2003.
- Staehelin Adrian, Art. 333, Zürcher Kommencar Band/Nr. V/2c, Zürich 2014.
- Susuz Kağan, Anonim Şirketlerin Bölünmesinde Pay Sahiplerinin Ayrılma Hakkı, Legal Mali Hukuk Dergisi, Mayıs 2011, s. 1291-1296.
- Şener, Oruç Hami, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Ankara 2015.
- Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012.
- Taboğlu Esin/Çalışkan Sezer, Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılanmada Son Adım: Bölünme, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 565-574.
- Teichmann Arndt, § 123, Umwandlungsgesetz-Kommentar, Hrsg. von Marcus Lutter/Martin Winter, Bd. I, 3. Auflage, Köln 2004.
- Tekinalp Ünal, Birleşmede Ayrılma Akçesi, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2012, s. 21-27.
- Tekinalp Ünal, Bölünme/Giriş, Türler, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014. („Tekinalp, Ortaklıklar" olarak anılmıştır)
- Teksoy Barış, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinden Doğan Kanunlar İhtilafında Kuramsal Sorunlar, Bacider Haziran 2013, C. XXIX, S. 2, s. 167-224.
- Teoman Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983.
- Treder Lucz, Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Heidelberg 1998.
- Triebold Olivier, Art. 39, CHK-Handkommencar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2012.
- Truffer Roland, Art. 25, Art. 26, Basler Kommeocar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Tschani Rudolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003.
- Tschani Rudolf/Gaberthüel Tino, Art. 7, Basler Kommencar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Türk Ahmet, Bilanço Açığını Gidermek Amacıyla Yapılan Esas Sermaye İndirimi, Batider 1998, Cilt XIX, Sayı 4, s. 145-174. („Türk A." olarak anılmıştır)
- Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.
- Vischer Frank, Einleitung, Zürcher Kommencar zum Fusionsgesez, Hrsg. von Frank Vischer, 2. Auflage, Zürich 2012.

- Vischer Markus, Die allgemeinen Bestimm.ungen des schweizerischen **incertempo-**ralen Privatrechts, Zürich 1986. ("Vischer, Intertemporal" olarak anılmıqtu)
- Vischer Markus, Rechts- und Sachgewahrleistung bei Sacheinlage- und Übcrt-ragungsvercragen über Uncernehmen, Schweizerische Juristen-Zeirung, 100/2004, s. 105-113. ("Vischer, Rechts- und Sachgewahrleistung" olarak anılmıştır)
- Vogel Alexander/Heiz Christoph/Behnisch, Urs R./Sieber Andrea, Art. 39, **OFK-**FusG 2012.
- von Büren, Roland /Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H., Grundriss des Akcienre-chts, 3. Auflage, Zürich 2011.
- von der Crone, Hans Caspar/Kessler, Franz J./Gersbach Andreas/Dietrich Mar-tin/Berlinger Katja, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- Wardenbach Frank, UmWG, §126, Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Auf-lage, 2014.
- Watter Rolf /Büchi Raffael, Art. 29, Art. 32, Art. 35, Art. 51, Basler Kommen-tar-Fusionsgesecz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Watter Rolf /Rampini Corrado, Art. 36, Art. 38, Art. 39, Art.41, Art. 42, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Watter Rolf /Reutter**, Thomas U., Art. 37, Basler Kommentar-Fusionsgesetz, 2. Auflage, Basel 2015.
- Watter Rolf/Kagi Urs**, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkcrecht 2004, s. 231-248.
- Wildhaber** Isabelle, Das Arbeitsrecht bei Umstruktrierungen, Zürich 2011.
- Yakuppur** Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016.
- Yaralı Levent, Limited Şirkette Kamu Borçlarından Dolayı Müdürlerin ve Ortakla-rın Sorumluluğu, Ankara 2010.
- Yasaman** Hamdi, Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hu-kuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 695-712.
- Yiğit** İlhan, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005.
- Zach Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005.
- Zenhausern Urs, Art. 38, Fusionsgesetz sowie die einschlagigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Auflage, Bern 2015.