

İSVİÇRE BİRLEŞME KANUNU (FusG) İLE TTK'DA DÜZENLENMİŞ BULUNAN ŞİRKETLERİN BİRLEŞME, BÖLÜNME VE MALVARLIĞININ DEVİRİ SÖZLEŞMELERİ

SWITZERLAND MERGER LAW (FusG) AND
AGREEMENTS OF COMPANY MERGERS, DEMERGERS, AND
ASSET TRANSFER WHICH REGULATED
IN TCC (TURKISH COMMERCIAL CODE)

İbrahim KAPLAN*

Özet: Bu makalede; İsviçre Birleşme kanunu ile TÜRK Ticaret kanununda düzenlenmiş bulunan, şirketlerin birleşme, bölünme ve malvarlığının devri sözleşmelerinin kuruluşu, hukuki niteliği ve bu sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarda; FusG ve TTK 'da öngörülen özel davalara uygulanacak kurallar dışında, bu sözleşmelere uygulanması mümkün TBK'nın "Genel ve Özel hükümleri" değerlendirilmiş ve incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Birleşme Sözleşmesi, Bölünme Sözleşmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmesi, Sözleşmelerin Geçersizliği, İptali ve İfa Edilmeme Durumları

Abstract: In this article, regulated by Switzerland Merger Law and Turkish Commercial Code, the establishment of company merger, demerger, and asset transfer; the legal nature and disputes arising from these contracts; except the rules to be applied in special proceedings anticipated in FusG and TTK; the possibility to apply these contracts, "General and Specific provisions" of TCO (Turkish Code of Obligations) have been evaluated and examined.

Keywords: Merger Agreement, Demerger Contract and Asset Transfer Contract, Invalidity, Cancellation and Non-Execution of Contracts

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi E. Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Öğr. Üyesi, ibrahimkaplan99@hotmail.com, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.12.2019, Kabul Tarihi: 19.12.2019

§ 1 Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Malvarlığının Devri Sözleşmeleri (FusG Art. 3. -Art. 77; TTK'nın 134 -194)

I. Genel Olarak

İsviçre Birleşme Kanunu (FusG) ile TTK'nın 134. maddesi ile 194. maddesi arasında şirketlerin birleşmesi ve bölünmesinde; birleşen veya bölünen şirketler ile yeni şirketler arasında akdedilen sözleşmeler öngörülmüştür. Mal varlığının devrinde ise; devreden şirket ile devralan şirket arasında devir sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler sonuçta, şirketlerin tüzel kişilik yapısının değiştirilmesine yönelik temel metinlerdir. Bu sözleşmelerin aşamaları şunlardır;

Bu sözleşmelerin kurulma aşamaları, sözleşme taraflarının kimler olduğuna ilişkin tespitler ve değerlendirmeler şu şekildedir;

Birleşme Sözleşmesi; ilk olarak, birleşme işlemlerine katılan şirketler arasında imzalanmaktadır.

Devreden şirket ile devralan şirket ortakları arasında yapılan birleşme sözleşmesinden sonra, ikinci olarak; yeni şirket ile eski şirketin ortakları arasında da fiilen gerçekleşen sözleşmedir. Bu sözleşmeler, fiili sözleşme ilişkisi içinde ortaya çıkar.

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Malvarlığı devri sözleşmesi ise; devralan şirket ile devreden şirket arasında yapılan sözleşmedir. Sözleşmenin ikinci aşaması yani ortaklar arasında gerçek bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen, bu şirketlerin ortaklarına şirketin yapı değişikliğindeki sözleşmelerde ortaya çıkan hukuki noksanlıklara karşı, ilgili hukuki yollara başvurma imkânı ile hukuki sorumluluk davası açma hakkı da tanınmış bulunmaktadır.¹

¹ Fabiana Theos Simoni, SZW 2017, s. 409 – 409, Swisslex, 409 - 424

II. Şirketlerin Birleşmesi Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

TTK m. 145 hükmüne göre; Birleşme sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Sözleşme, birleşmeye katılan şirketlerin, yönetim organlarınınca imzalanır ve genel kurulları tarafından onaylanır.

Bir sözleşmenin tanımı; sözleşmenin yani sözleşmenin tipi belirleyen ve o ad altında adlandırılmasını sağlayan esaslı unsurlarının birleşiminden oluşur. İsviçre Birleşme Kanunu'nun (FusG) Art. 12 maddesinin 1. fıkrasında ve TTK'nın ise 136 ve 145. maddelerinde öngörülmüş olan birleşme sözleşmesi; yetkili organlar tarafından birleşme raporu çerçevesinde birleşme kararı alınan, bu kararın şirket genel kurullarınca onaylanmasından sonra, birleşmenin ticaret siciline kaydının yapılması şart koşan, bir sözleşmedir.

Birleşme sözleşmesi unsurları ise;

- Birleşmeye katılan şirket yönetim kurullarınca birlikte veya ayrı önceden düzenlenmiş birleşme kararı,
- Birleşme kararının, birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarınca alınacak onay kararları
- Onaylanmış birleşme kararının ticaret siciline kaydı,
- olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.

2. Birleşme Sözleşmesinin Konusu Olan Birleşme Türleri ve Tümden Geliş (Külli İntikal) İlkesi

FusG'nin Art. 9 ve Art. 10 hükümleri ile TTK'nın 136. maddesinde birleşmenin türleri hükme bağlanmıştır. TTK'nın 136. maddesine göre;

Birleşme; bir şirketin diğer bir şirketi devralması "yutma" şeklindeki devralma biçimindeki birleşme türü olabileceği gibi, birleşmeye katılan şirketlerin yeni bir şirket kurmak suretiyle "yeni kuruluş" biçiminde birleşme türü olabilir.

Birleşmeyi kabul eden şirket "devralan şirket", katılan şirket ise "devrolunan şirket" olarak adlandırılır

Birleşmede devrolunan şirketin malvarlığı belli bir değişim oranı dâhilinde, devralan şirkete geçer. Payları devrolunan şirket ortaklarının hissedarlık hakları kendiliğinden, kanun hükmü uyarınca, bu ortaklarca iktisap edilmesiyle gerçekleşir.

Birleşme ile devrolan şirketin, malvarlığı bir bütün halinde devralan şirkete devredilmiş olur.

Birleşmeyle devrolunan şirket sona erer. Birleşme hukuken, birleşilen yeni şirketin ticaret siciline kaydı ile gerçekleşir. Bu tescil işlemi; tapu siciline taşınmazların tescili tadili ve terkinin olduğu gibi tasarrufi işlem niteliğindedir. Birleşme sözleşmesi ise borçlandırıci işlem niteliğindedir.²

3. Birleşme Sözleşmesinin İçeriğinde Kanunen Bulunması Gereken Hususlar

Birleşme sözleşmesinin muhtevasında; FusG Art. 13 hükmü ile TTK'nın 146. maddesinin 1. fıkrası hükmünün, (a - i) bentleri arasında toplam (9) bentte belirtilen hususların yer alması zorunludur:

Birleşme sözleşmesinin;

- a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarını, hukuki türlerini, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünü, ticaret unvanını ve merkezini,
- b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaları,
- c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakları,
- d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklini,
- e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özellikleri,
- f) Gereğinde 141 inci madde uyarınca ayrılma akçesini,

² İbrahim Kaplan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 61- 62, 6. Bası, Ankara 2012

- g) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihi,
- h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararları,
- i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerini, içermesi zorunludur.

4. Birleşme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Birleşme sözleşmesi; FusG ve TTK hükümlerinde öngörüldüğü için kanunda düzenlenmiş tipik – isimli bir sözleşmedir.³ Birleşme sözleşmesi katılan şirketleri borç yükleyen, iki taraflı, bu şirketlerin genel kurullarınca onaylanması gereken, şarta bağlı, borç doğurucu bir sözleşmedir.⁴ Birleşme sözleşmesinin ticaret siciline tescili işlemi, bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, kuran veya değiştiren veya sona bir tasarrufi işlem niteliğindedir.⁵ Birleşme sözleşmesini, tasarrufi sözleşme niteliğinde saymakta mümkündür.⁶

III. Şirket Bölünmesi Sözleşmesi

1. Bölünmenin Tanımı ve Türleri

FusG Art. 36 hükmü ile TTK'nın 159. maddesinde; şirketlerin bölünmesi ve bölünme sözleşmenin tanımı ve unsurları hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 159. maddesine göre; bölünme şirketin tam bölünmesi veya şirketin kısmi bölünmesi şeklinde iki tür olabilir.

Tam bölünme; şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve mevcut veya yeni diğer şirketlere devrolunur.

Kısmi bölünmede; bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü, diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketin veya şirketlerin paydaşlık haklarını hukuken kazanırlar. Bölünen şirketler, devredilen malvarlığı bölünmelerinin karşılığında, devralan şirketteki payları ve hakları kazanarak yavru şirketini oluşturur.

³ Jürg A Luginbühl, Zürcher Kommentar Art. 12, N. 4 - 6, Zürich 2004

⁴ Kaplan, agk, s. 102

⁵ Kaplan, agk, s. 102

⁶ Kaplan, agk, s. 61-62

Bölünme sözleşmesi ile bölünme planını ayırt etmek gerekmektedir. Bu ayırım ve farklılık bölünmenin konusunun tek bir şirkete veya birden çok şirkete devredilmesinden kaynaklanmaktadır.

Şirketin bölünme işleminin konusu, yeni kurulacak bir veya birden fazla şirkete malvarlığının devredilmesi şeklinde ve ticaret siciline tescilden sonra, hukuki ehliyetini yani tüzel kişiliğini kazanacak olması nedeniyle, devralan şirkete önceden mevcut olmadığı için, yani yeni kurulmuş şirket olduğundan, bölünme sözleşmesi yapılması hukuken ve fiilen mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, FusG'daki düzenlemede bölünme planı, tek taraflı hukuki işlem olarak öngörülmüştür. Şirket bölünmesi; bölünmeye tabi tutulan şirket veya işletmenin halen mevcut bir şirkete devredilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, devralan şirketin tek veya birden fazla oluşuna göre, iki taraflı (tam bölünmede), tek taraflı (kısmi bölünmede) ortak bölünme sözleşmesinin varlığından söz etmek gereklidir.⁷

Bölünme planının hazırlanması sırasında müzakere etme ve değişiklik yapılması gibi hususlar, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu için çok az rastlanır.⁸

Bölünme sözleşmesinin metinde bulunması gereken hususlar; FusG Art. 37. maddesi ile TTK'nın 167. maddesinde hükme bağlanmıştır.

Bölünme sözleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile ilgili FusG Art. 12 hükmü uygulanabilir. Bölünme sözleşmesinin kuruluşunda, bölünme planındaki aksine bölünen şirket ile devralan şirket karşılıklı birbirini uygun irade beyanlarının uyushması gerekmektedir. Art. 37 hükmünde; taraflar, objektif noktalar üzerinde yazılı olarak anlaşmışlarsa, saklı tutulan yani sübjektif noktalar üzerinde anlaşamamaları halinde, sözleşmenin taraflar arasında bağlayıcılığı ve geçerliliği olmadığı mevcudiyeti kabul edilir.⁹

Bölünme sözleşmesi, bölünmeye katılan şirketlerin birinin malvarlığının tamamını veya bir kısmını devreden şirket olarak ticaret sicili kayıttan itibaren, külli intikale göre devralan şirkete devretmeyi taahhüt ettiği, devralan şirketin ise, bu taahhüdü kabul ettiğine ilişkin, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

⁷ Andreas Meier, Art. 36, N. 1 - 3; Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich 2004

⁸ Andreas Meier, Art. 36, N. 7

⁹ Andreas Meier, Art. 36 N. 8

2. Sözleşmenin Esaslı Unsurları

- Malvarlığının tamamının veya bir kısmının ara bilanço (inventar) esasına göre devretme taahhüdü,
- Devredilen malvarlığını kabul etme taahhüdü,
- Malvarlığı devrinin ticari siciline kaydı şartı,

Şeklinde saymak mümkündür. Bölünmede, denkleştirmede ödenecek denkleştirme tutarının yer alması zorunluluğu yoktur. Payların dağılımı ve hissedarların hakları kanun hükmü gereği yeni şirkete intikal eder.

3. Bölünme Sözleşmesinin ve Bölünme Planının Hukuki Niteliği

Bölünme sözleşmesi; birleşme sözleşmesi gibi, FusG ve TTK'da hükme bağladığı için isimli - tipik bir sözleşmedir. Devir almak sureti ile bölünmede devreden şirketin karşısında bir veya birden fazla devralan şirket bulunmaktadır. Bu nedenle bölünme sözleşmesinde, iki tarafa borç yükleyen, bir veya birden fazla sözleşme vardır. Bölünmenin ticaret siciline kaydı - tescili, bir tasarrufi işlem niteliğindedir. Bölünmede bölünen şirketin malvarlığı yeni kurulan bir şirkete devrediliyorsa ve buna göre şirketin yönetim kurulu veya üst yönetimi bölünme için bir plan hazırlanırsa, ortada bir sözleşme değil tek taraflı bir hukuki mevcuttur.

Bölünme sözleşmesi şirket genel kurulunun zorunlu olarak onayına bağlı olduğu için ortada taliki şarta bağlı bir sözleşme söz konusudur.

Bölünme sözleşmesi, devrolan şirketin hissedarlık hakları devrolan şirkette kanun hükmü gereği kazanıldığı için, bu sözleşme üçüncü kişi lehine, bir sözleşme niteliğinde de değildir.

IV. Malvarlığının Devri Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Tanımı ve Unsurları

FusG Art. 70 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan malvarlığının devri sözleşmesi ticaret siciline tescilli devreden şirket ile devralan şirket arasında, devreden şirketin malvarlığının tamamını

veya bir kısmının külli intikal kuralları çerçevesinde ara bilanço tutarlarına göre, ölçüsü belirlenmiş tutarlarını devretmeyi taahhüt ettiği, devreden şirkette pay sahibi olan hissedarların hisseleri ile hissedarlık haklarının devralan şirket veya şirketlere intikal ettiğinin yazılı olarak kararlaştırıldığı, iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir.

Bu tanıma göre sözleşmenin esaslı unsurları; devreden şirketin malvarlığının tamamının veya bir kısmını külli geçiş kuralları (tasarrufi işlem niteliğindeki tesciller dâhil) gereğince, devretme taahhüdü (borçlandırıcı işlem niteliğinde) ve yükümlülüğüdür

2. Hukuki Niteliği

FusG'da özel düzenlendiği (TTK'da düzenlenmemiştir) için tipik isimli sözleşmeler arasında sayılabilir. Malvarlığının devri sözleşme genellikle satış, trampa, bağış, şirkete sermaye olarak, evlilik sözleşmesi, mirasın taksimi sözleşmesi, sulh sözleşmesi, şirketin tasfiyesinde, 4046 sayılı özelleştirme sözleşmesi kapsamında şirketlerin birleşme, bölünme, tür değiştirmesinde karşılıklı devri söz konusu olabileceğinden, bu işlemler ve sözleşmeler çerçevesinde hukuki niteliği belirlenecektir. Bunlarda mülkiyetin devrine yönelik temlik sözleşmelerdir. Sözleşmenin imzalanmasıyla karşımıza iki tarafa borç yükleyen borçlandırıcı sözleşme olarak çıkar. Şirketlerin malvarlığı devrinin ticaret siciline kaydı ise, tasarrufi işlem niteliğinde bir tasarruf sözleşmesidir. Malvarlığı sözleşmesi; kural olarak şirket genel kurullarının onayına tabi bir işlem olmadığından talihi şarta bağlı bir sözleşme niteliğinde değildir. Şirket ortakları FusG Art. 74 hükmü uyarınca sonradan bilgi verilebilir.¹⁰

3. Malvarlığı Sözleşmesinin Türleri

Malvarlığı sözleşmesi genellikle mülkiyetin devrine yönelik temlik amacı güden örneğin satış, bağış, trampa, şirkete sermaye olarak devir, evlilik sözleşmesi, anlaşmalı boşanmada eşler arasındaki devirler, özelleştirme yoluyla şirket satışı veya devirlerinde görülmektedir. Bu nedenle sözleşmenin konusu olan devirlerin kanunda öngörülmuş sözleşme veya isimsiz sözleşmeler kategorisine giren türleri mevcuttur.

¹⁰ Fabiana Theos Simoni, SZW,2017, s. 409, 424, 413

Malvarlığının devrinin bu türleri özel hukukla ilgili TBK ve ZGB’de düzenlenmiş olduğu için, ayrıca TTK’da düzenlenmesine gerek görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak TTK m. 134 ile 194 arasında hükümlerin hepsi, FusG hükümlerinden alındığı için, TTK’da düzenlenmiş birleşme, bölünme sözleşmeleri gibi, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinin de TTK’da hükme bağlanması, kendine has özellikleri dikkate alınarak hukuken yerinde olur, görüşümdedir.¹¹

§ 2 Şirketlerin Birleşme, Bölünme ve Malvarlığının Devri Sözleşmelerinde Doğacak İhtilaflarda TBK’nın Genel ve Özel Hükümlerinin Uygulanması Hallerine ve Şartlarına Genel Bir Bakış

I. Birleştirme Kanununda öngörülen Özel dava türleri ile TBK. Genel hükümlerine göre Açılacak Davalar Arasındaki Hukuki ilişki

1. Birleştirme Kanununda(FusG) öngörülen özel dava türleri

- Kanunun Art. 105. maddesindeki; birleşme, bölünme, tür değiştirme veya şirket paylarının veya ortaklık haklarının değişmesi durumunda tarafların haklarının münasip (uygun) şekilde korunmadığı takdirde uygun denkleştirme bedelinin ödemesinin tespiti davası.
- Kanun’un 106. maddesindeki; birleşme, bölünme, tür değiştirme veya payların devri veya malvarlığının el değiştirmesi kanuna aykırı kararların iptali davası.
- Kanun’un 107. maddesinde 106. maddenin 1. fıkrası hükmüne göre mahkeme iptal davasının devamı veya açıldıktan sonra kararlarda hukuka aykırılık tespit ederse, bu noksanlığın kaldırılması için etkilenen hak sahipliği bulunan şirket ile ilgilenen davalı olarak bu noksanlığın kaldırılması için bir süre tanır. Bu süre içerisinde noksanlık kaldırılmazsa veya kaldırılamıyorsa mahkeme kaldırılma kararı verir. Bununla birlikte gerekli tedbirleri alır.

¹¹ TBK’nın 202. maddesinde düzenlenmiş bulunan “Malvarlığının veya işletmenin devralınması” ve TBK madde 203 de düzenlenmiş olan “işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi” hükümleri, şirketlerin malvarlığının devri sözleşmesinden kaynaklanan sorunların çözümünde yeterli olamayacaktır, zira düzenlenen konular farklıdır.

Bu dava veya talebi kararlardaki noksanlığı ya da davalılar tarafından bizzat düzeltilmesi veya mahkeme kararı ile noksanlığın kaldırılması davası olarak adlandırılması mümkündür¹²

- Kanun'un 108. maddesinde öngörülmüş birleşme, bölünme, tür değiştirme, payların devri ve malvarlığının el değiştirmesi işlemleri sırasında hak sahipliği bulunan şirketlerin, münferit ortakların, şirket alacaklılarının zarar görmeleri durumunda bu işlemlerle iş-tigal etmiş olanlarına karşı açılacak hukuki sorumluluk davasıdır.

İşçi temsilciliğine danışılmadığı için, işçilerin birleşmenin ticaret siciline kaydının yasaklanmasına dair Kanunun Art. 28. hükmüne göre, mahkemeden karar alınmasını talep etme hakları mevcuttur. Bölünme durumunda benzer düzenleme kanunun 50. maddesi hükmünde, mal varlığının devri durumunda Art.77. hükmünde düzenlenmiştir.

Ayrıca birleşme kanunun değişik hükümlerinde; örneğin, ortakların sözü geçen işlemleri inceleme yetkisinin icrası için, kanunun Art. 16, Art.41, Art.63 ve Art.93 hükümlerinde, devredilen şirketin borçlarından dolayı ortakların kişisel hukuki sorumlulukları ile taleplerin icrası, kanunun 26/1, 48, 68 ve 75. maddelerinde öngörülmüş olan davalar da bu meyanda sayılabilir.¹³

Kanunun 105. maddesindeki hükme bağlanmış olan menfaatin denkleştirme tutarının ödenmesi davası ve 106. maddesinin 1.fıkрасında öngörülmüş olan iptal davası öncelikle bu davaların aynı anda açılmasına engel teşkil edebilir. Zira hem münasip olmayan denkleştirmenin yanında kanuna aykırılık durumu da mevcut olabilir. Buna rağmen iptal davasının yanında diğer kanuna aykırılıklar için de dava açılabilir. Bu iki davanın da iki aylık süre içerisinde açılması gerekir.¹⁴

İptal davası olumlu sonuçlanmışsa; denkleştirmenin uyarlanması kararı da kaldırılmış olacağından uygun denkleştirme tutarının ödenmesi hakkındaki davanın konusu olmadığı için bir dava açmaya gerek kalmayacaktır.

Tersi durumlarda, yani iptal davasının reddi durumunda maddede 107 hükmüne göre alınan kararlardaki eksikliğin tespiti davası ile münasip bir denkleştirme tutarının maddi olarak tespiti hakkında ka-

¹² Meier- Felix. C Dieterle, agk.Art. vor. Art. 105-108.N.3

¹³ Meier- Felix. C Dieterle, agk.Art. vor. Art. 105-108.

¹⁴ Meier- Felix. C Dieterle, agk., vor Art 105-108 N.4, Art. 105 N.22.

rar verilmiş olacaktır. Bu durumda, denkleştirme talebi ile ilgili dava hakkında bekletilme- erteleme kararının verilmesi daha anlamlı hale gelecektir.

Katılım ve Üyelik haklarının denetimi davaları ile madde 108 uyarınca açılacak hukuki sorumluluk davaları arasında birlikte açılma imkânı yani her iki davanın yarışma halinde bulunması mümkündür.

2. TBK Genel hükümlerine göre Açılabilir Davalar ile Birleştirme Kanununda öngörülen Özel dava türleri Arasındaki Hukuki ilişki

TTK'nın m. 191, 192. ve 193. Hükümlerinde öngörülen davalar ile FusG. nin Art.105,Art.106, Art. 107 ve Art. 108 hükümlerinde yer alan davalar, sözü geçen kanunlarda hükme bağlanmış özel dava türleridir.

TBK ve OR'in genel hükümlerine göre açılacak davalar aşağıda da açıklanacağı üzere, TTK ve FusG hükümleri uyarınca açılacak davalara nazaran, bütün sözleşmeler için geçerli olan, sözleşmelerin geçersizliğine veya iptaline ilişkin dava tipleridir.

Bu iki tür özel ve genel davalar arasındaki hukuki ilişki, terditli dava taleplerinde görülebilir.

Dava dilekçesinde; derdest davada, öncelikle TTK veya FusG hükümlerinin, dava konusu hukuki işlem hakkında uygulanması, bu talep reddedilirse, ihtilafla ilgili TBK (veya İsviçre'de OR) hükümlerine göre karar verilmesi istenebilir.

II. Sözleşmede Taraf Olmayan ve Kanunun Müsaade Etmediği Sözleşme Tarafının Bulunması

FusG hükümlerinde hangi şirketlerin aralarında birleşme sözleşmesi yapabileceği hangi şirketlerin bölünme yapabileceği malvarlığının devrinde hangi şirketlerin devreden şirket veya devralan şirket olması gerektiği belirlenmiştir.¹⁵

Şirketin yapı değişikliği işlem veya sözleşmesine katılan tüzel kişi şirketi, sözleşmede taraf olarak yer alması FusG'da öngörülmemişse, böyle bir tarafla yapılmış yapı değişikliğine ilişkin sözleşme FusG'nin

¹⁵ FusG Art.4 ve 30, 2, bent (c) hükmü ile bağlantılı olarak (a) (o) hükümleri ile bağlantılı olarak Ticaret Sicili Yönetmeliği (HRegV)

müsaade etmediği bir sözleşme tarafı olduğu için, Art. 19 OR uyarınca Art. 20 OR hükme bağlantılı olarak hükümsüz olur. Hâkimin bu kesin geçersizliği hükümsüzlüğü re'sen dikkate alınması gerekir. Taraflardan her biri, hatta sözleşmenin tarafı gözüken şirketin hissedarları, bu hükümsüzlüğü her zaman ileri sürebilirler.¹⁶ Ticaret sicil memuru, bu sözleşmenin sicile kaydını reddedebilir.¹⁷ Tarafların ifa ettiği edimlerin, Art. 62 ff. (TBK m. 77 vd.) sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesinin talep etme hakları mevcuttur.

III. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra İmzalayanların, Bu Konuda Yetkisinin Bulunmaması

Yapı değişikliğine yol açan sözleşmenin tarafı olan şirketlerin yönetim kurulu veya üst yönetim yetkilileri tarafından imzalanmış olması gerekir. Sözleşmeyi müzakeresine katılmış ve imzasını atmamış şirket yetkililerinin, ticaret siciline tescilden önce, sözleşmeyi imzalaması hukuken mümkündür. Şirketin karar organı üyelerinin tamamı yapı değişikliği sözleşmesini imzalamamış olsa bile, bunların sonradan organ kararı olarak sözleşmeyi onaylamaları, organ kararlarının alınmasına yönelikte genel kurulda, statü veya yönetmelik karar yeter sayısı uygun olarak bu kararlar alınmış ise, yine hukuki bir noksanlık söz konusu olmaz.¹⁸ Sözleşmeler; şirketin yetkisi olmayan kişiler tarafından müzakere edilmiş veya imzalanmış ise; (örneğin ticari mümessil ticari vekil veya şirket genel müdürü sıfatı bulunmayanlar tarafından) Bu noksanlık şirketin üst yönetim organı tarafından kaldırılır. Bu durumda; yapılan sözleşme Art. 38 Abs. 1 OR ve TBK m. 46; eBK m. 38 uyarınca, temsil olunan şirketi bağlar.

Yetkisiz şirket personeli tarafından yapılan şirketin yapı değişikliği sözleşmesi, Art. 38 OR; TBK m. 46; eBK m. 38 uyarınca; şirketin yetkili karar organları tarafından onaylanmış ise, bu sözleşmeler temsil olunan şirketi bağlar. Karşı taraf, yetkisiz şirket yetkilisinin yaptığı sözleşmeyi onaylayıp onaylamadığını bildirmesi için, temsil olunan şirkete uygun bir süre tanıyarak bildirmesini isteyebilir. Bu süre içerisinde sözleşmenin onaylanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemlere bağlı olmaktan kurtulur. Ayrıca onaylamama durumunda (Art. 39 OR; TBK m. 47 ve eBK m. 39) karşı taraf işleminin geçersiz olmasından

¹⁶ BGE 134 III 52, 54 Gerekçe 1/1

¹⁷ Fabiana Theos Simoni, SIW 2017 SF. 409, 424, 414

¹⁸ Luginbühl, Art. 12., N. 14, 17

doğan zararın tazminini, yetkisiz temsilci sıfatına sahip kişiden talep edebilir. Yetkisiz temsilci, karşı tarafın bildiğinin ya da bilmesi gerektiğini ispatlarsa kendisinden zararın tazmini istenemez.

Hakkaniyet gerektiriyorsa kusurlu yetkisiz temsilciden, oluşan diğer zararları da gidermesi talep edilebilir. Sebepsiz zenginleşmeden doğan hallerde, karşı taraftan alınmış olan değerler, istirdat davası ile geri alınabilir (Art.39/II - III OR; TBK m. 47/II - III; eBK m. 39/II - III).¹⁹

IV. Yapı Değişikliğine İlişkin Sözleşmenin İçeriğindeki Noksanlıklar ve Hukuken Caiz Olmayan Unsurların Varlığı Durumu

Şirketin yapı değişikliğine ilişkin sözleşmelerin kurulmuş olabilmesi ve kurulmuş sayılabilmesi için, tarafların sözleşmenin; objektif esaslı, birinci derece noktalarında mutlaka uyuşmuş olmaları şarttır. Art. 2 OR; TBK m. 2 ve eBK m. 2 hükümlerine göre; taraflar esaslı noktalarda uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.

2. fıkra hükmüne göre, taraflar, ikinci derece noktalar üzerinde uyuşulamazsa, hâkim uyuşmazlığı; işin özelliğine bakarak karara bağlar. Bu hüküm, hâkimin sözleşmedeki boşluğu tamamlamasındaki ilk örneklerden birini oluşturur.²⁰

V. Şirket Yapı Değişikliği Sözleşmesinin Objektif Esaslı Noktalarının Muhtevasında Bulunması Gereken Hususlar

FusG Art. 13; Art. 24; Art. 37; Art. 71 Abs. 1 hükümlerinde öngörülmüş yapı değişikliği sözleşmesinin emredici özel hukuk hükümlerine (FusG ve TTK hükümleri de dâhil) aykırı hükümleri, kanuna aykırılık oluşturduğunda kesin geçersiz sayılabileceği gibi iptal yaptırımı ile iptal edilmeleri hukukten mümkündür.

İsviçre kanunu koyucusu FusG Art. 107 hükmünde kaldırılması mümkün olan ve olmayan noksanlıklar ayırımından hareket etmiştir. Kaldırılması mümkün noksanlıklar olarak da, sözleşmenin muhtevasını Art. 13'da hükme bağlayan (h) bendinde belirtilen ayrıntıların noksan olmasını göstermiştir.

¹⁹ Fabiana Theos Simoni, SZW 2017 SF.409, 424, 415

²⁰ İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, s. 90.

Bu açıklamalara göre sözleşmenin önemli objektif noktalarında bulunan noksanlıklar; her zaman sözleşmenin veya ilgili hükmün geçersiz sayılmasına yol açamaz. Sözleşme taraflarının tespitinin mümkün olmadığı veya açık olmadığı durumlar, FusG'nın Art.13, Art.37, Art. 71 maddelerine aykırı düştüğü için, hükümsüz yani geçersiz sayılır.

Sözleşmenin içeriğindeki önemli noksanların onun geçersizliğine yol açmaması için tamamlayıcı kurallar mevcuttur. Kanun, koyma tür değiştirmede ve malvarlığının devri sözleşmelerinde kanunun Art. 37 (b) bendi ile Art. 71 fıkra (b) bendi hükümlerine göre bilançonun aktif ve pasifte yer alarak ve net biçimde gösterilmiş olması zorunludur. Bilançoda eksik olan devredilecek malvarlığı kalemleri için kanunun Art. 38 ve Art. 72 maddelerinde yedek kurallar hükme bağlanmıştır.

Şirket yapı değişiklikleri sözleşmesinde taraflar, objektif ve subjektif önemli noktalarındaki noksanları karşılıklı anlaşarak tamamlayabilirler.²¹ Taraflardan birisi subjektif önemli noktalarda, TBK m. 31/5; eBK m. 24/4; Art. 24 / Abs. 1 OR, (4) bent hükmü uyarınca; esaslı hataya düşmüşse, sözleşmenin iptali düşünülebilir. Mal varlığının devri sözleşmesindeki noksanlık için hukuki niteliğine göre; Art. 184 OR, Art. 289 ff. OR ile TBK m. 208 vd. hükümleri kıyasen uygulanabilir.

Tarafların esaslı hataya düşmeleri durumu; sözleşmelerin tamamlanması, birleşme veya bölünme kararlarından sonra yapılmışsa, her bir katılımcı şirket, birleşme veya bölünme kararını FusG' deki öngörülen usuller uyarınca tekrar almak zorundadır.

VI. Yapısal Değişiklik Sözleşmelerinde Şekil Noksanlığı

Yapısal değişiklik sözleşmelerinin tüm objektif ve subjektif noktalarını ihtiva eden birleşme ve bölünme sözleşmesi metninin muhtevalarında taşınmazlar bulunsan bile, kanun hükmündeki tümünden geçiş kuralı gereği, resmi şekil şartı aranmadan, basit(adi) şekilde olması, sözleşme metinlerini katılımcı şirket yetkilerinin, kanunen gerekli şartlara uygun hepsi tarafında imzalanmış olması veya şartları taşıyan elektronik imzaların toplanması gereklidir. Burada kanun hükmü gereği aranan geçerlik şekli söz konusudur.²²

²¹ Mattias Wolf, Basler Kommentar zum FusG; Art.12. N. 6 ve 19, Dipn. 18, m w. Hinweisen

²² İbrahim Kaplan, a.g.k.; s. 107; TBK m.12, 13, 14

Sözleşmeler, FusG ve TTK öngörülen şekli ile şartlara uygun olarak yapılmamış olursa, Art. 11 Abs. 2 OR ve TBK m. 12 fıkra 2 hükmü gereğince hükümsüzdür. Şekil noksanlığı giderilmeden ticaret sicili memurluğu sözleşmelerinin, sicil kaydını yapmayacaktır. Kayıt ve tescil yoksa sözleşmeler de yürürlüğe girmeyecektir. Mal varlığının devri sözleşmelerinin muhtevasında bulunan taşınmazlar için, Art. 656 ve 657 ZGB ve TMK m. 705 ve 706, TBK m. 237 resmi şekilde tapu memurunun huzurunda yapılması şarttır.

VII. Sözleşmelerdeki İrade Bozuklukları

Yapısal değişiklik ile ilgili sözleşmelerde; sözleşmeyi kabul eden ve imzalayan yönetim kurulu veya üst yönetim kurulu organları sözleşmeleri irade ve irade beyanındaki bozuklukları nedeniyle, Art. 23 OR ve devamı; TBK m. 31 devamı hükümlerince sözleşmelerin iptali için, bir yıllık süre içerisinde talep hakkına sahiptir. Sözleşmelerin ticaret sicili kaydından, tescilinden sonra tescilin kurucu etkisi nedeniyle, irade sakatlığı sebebiyle iptali mümkün görülmektedir. Ancak hissedarlardan birisinin bölünme veya birleşme kararlarının iptali yönünde açtığı davanın olumlu sonuçlanması yani kararların iptal kararları kabul edilirse, sicildeki kaydı geriye etkili olarak silinmesi mümkündür. Tarafların talebi ile iptal mümkün değildir.²³

VIII. Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Kararların Katılımcı Şirketlerin Genel Kurullarında Reddedilmesi

Genel kurul kararı ile birleşme veya bölünme sözleşmelerini onaylanmaması yani reddedilmesi durumunda, bu sözleşmelerin kuruluş unsurlarından birisi gerçekleşmediği için, kesin olarak geçersiz sayılır. Zira ortada geçerli bir icap ve onun kabul beyanı mevcut değildir.

Genel kurulun aldığı onaylama kararının iptali verilmesi yönünde dava açılmaz, ancak genel kurulun ve toplantıda alınan kararların iptali davası olumlu sonuçlanırsa, genel kurulun toplanması ve olumlu kararı alması gerekecektir

IX. Sözleşmelerin Kuruluşundan Sonra ve Yürürlüğü Sırasında Hal ve Şartların Değişmesi Durumu

Yapı değişikliğine ilişkin birleşme, bölünme ve mal varlığı devri sözleşmelerinin devri sözleşmelerinin kuruluşundan sonra, ancak ti-

²³ Fabiana Theos Simoni, Theus; a.g.m.; s. 418

cari siciline tescilinden önce katılan şirketlerden birisinin katkısı, fahiş derece güçleşmiş ve diğer şirketin ise edimleri, daha üstün menfaat sağlar duruma gelmişse, bu gelişmeler taraflar arasındaki sözleşme adaletini ve edimler arasında aşırı bir değersizliğe yol açmışsa, doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanan sözleşmelerin "*clausule rebus stantibus*" ilkesi gereğince, talep üzerine hâkim tarafından değişen şartları uygulanması imkânı ortaya çıkabilir. Hâkim önceden ön görülemeyen şartlara bağlı olarak sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uygulanması kararı verebilir veya talep üzerine sözleşmeyi feshedebilir. TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmeyi feshedebilir veya karşı taraf sözleşmeden dönebilir.²⁴

X. Tarafların Sözleşme ile Üstlenen Borçların İfasını Talep Etme Hakları

Tarafların birleşme, bölünme ve malvarlığı devri sözleşmesi ile üstlendikleri edimleri gereği ifa etmeleri halinde, yani zamanında ve sözleşmedeki şartlara uygun ifa etmediklerini ve ifanın Art.97 OR ve devamı hükümleri ile TBK m. 112 ve devamı hükümleri uyarınca edimleri, muacelliyet tarihinden itibaren alacaklı sıfatına haiz şirketlerin; aynen ifayı talep etme veya ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkan müspet zararın tazminini talep etme veya sözleşmeyi feshedip ortaya çıkan menfi zararlarının tazminini talep etme haklarına sahiptir²⁵.

Kaynakça

- Kaplan İbrahim, Borçlar Hukuku, 6. Bası, Ankara 2012
 Kaplan İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Bası, Ankara 2013
 Luginbühl Jürg A., Zürcher Kommentar; Art. 12, Zürich 2004
 Meier Andreas, Zürcher Kommentar zum FusG; Art. 36, Zürich 2004
 Meier - Dieterle Felix, C., Zürcher Kommentar zum FusG ; Art.105-108;Zürich 2004
 Simoni Fabiana Theos, Fusions-, Spaltungs- und Vermögensübertragungsverträge
 Wolf Mattias, Basler Kommentar zum FusG; Art.12; Zürich 2014
 aus Sicht der Gesellschaft und der Gesellschafter; SZW 2017; S.409 vd.

²⁴ İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Bası, Ankara 2013, s. 111 ve 153 arasındaki metinler.

²⁵ İbrahim Kaplan, agk. s. 16 ve 140 - 144 arası metinler