



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 5 | Sayı/Issue:1 | 2020/1

ISSN 2146 - 6203

BANKALARDA BAĞIMSIZ DIŞ DENETİM (III)
*INDEPENDENT EXTERNAL AUDIT IN TURKISH
BANKING SYSTEM (III)*
Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN

**İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURUL
KARARLARI İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR VE
ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**
*SOME PROBLEMS AND PROPOSED SOLUTIONS
REGARDING THE DECISIONS OF THE SPECIAL BOARD
OF PREFERRED SHAREHOLDERS*
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

**ANONİM ŞİRKETİN TTK M. 529/1- a, b, c, d
GEREĞİNCE SONA ERMESİ VE LİMİTED
ŞİRKETLERDEKİ DURUM**
*TERMINATION OF JOINT STOCK COMPANIES
ACCORDING TO ARTICLE 529/1-a,b,c,d OF TURKISH
COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102 AND STATUS IN
LIMITED COMPANIES*
Arş. Gör./Res. Asst. Firdevs ARSLAN

LİMİTED ŞİRKETTE ÇIKMA VE ÇIKARILMA
*WITHDRAWAL AND DISMISSAL IN LIMITED LIABILITY
COMPANIES*
Av./Atty. İbrahim Enes ALTAN

**TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE PASİFLERİN
GEÇİŞİNE İLİŞKİN GÜNCEL TARTIŞMALAR**
*CURRENT DISCUSSIONS REGARDING THE TRANSITION
OF LIABILITIES IN TRANSFER OF COMMERCIAL
ENTERPRISE*
Av./Atty. Zeynep KABİLOĞLU POYRAZ

**HAKSIZ REKABETTEN KAYNAKLANAN MANEVİ
ZARARIN TAZMİNİ**
*COMPENSATION OF MORAL DAMAGES ARISING OUT
OF UNFAIR COMPETITION*
Av./Atty. Ozan Ali YILDIZ



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

*This journal is a peer reviewed academical and occupational journal published
three times a year.*

Cilt: 5/Sayı: 1
Volume: 5/Issue: 1
Yıl/Year: 2020

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 5/Sayı: 1
Volume: 5/Issue: 1
Yıl/Year: 2020

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/*On Behalf of Istanbul Chamber of
Commerce Publisher and Grant Holder*
Şekib Avdagiç

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Responsible Manager: Av./Aal. Nurcan Turan

Danışman ve Basıma
Hazırlayanın Adı/Name of the Legal Yayıncılık A.Ş.
General Counsel and Editing (Sertifika No./Certificate No. 27563)
Company: Tel.: 0 216 449 04 86

Basımcının Adı/Printed by: Filmon Baskı Çözümleri A.Ş.

Basıldığı Yer/ İkitelli Organize Sanayi Bölgesi Eskoop
Place of Publication: Sanayi Sitesi B1 Blok No: 35 34490
Başakşehir İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 13676)
Tel.: 0212 671 57 40

Basım Tarihi/Publication Date: Mayıs/May 2020

Yönetim Yeri/Place of Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Management: Tel: (212) 455 60 00

URL: www.ito.org.tr

Yayın Türü/Type of Publication: Bu dergi yılda üç sayı olarak yayımlanan
yerel, süreli ve hakemli bir hukuk
dergisidir./*This journal is a peer
reviewed national law journal published
three times a year.*

Basılı ISSN: 2146 - 6203
Online ISSN: 2687 - 1858

Dergiye yapılan atıflarda “REGESTA” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “REGESTA”

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/

All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (212) 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2020

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Ticaret Odası'nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Chamber of Commerce.

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (212) 455 60 00

İnternet adresi: www.ito.org.tr

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU EDITORIAL and ADVISORY BOARD

- Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*Doğuş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Okan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Doç. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Doç. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Doç. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Emrah KULAKLI (*Medipol Üniversitesi*)

HAKEMLER/REFEREES

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (*Sakarya Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK (*Yeditepe Üniversitesi*)
Doç. Dr. Birgül SOPACI (*Marmara Üniversitesi*)
Dr. Zehra BADAĞ AYBARS (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER (*Uludağ Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Gencay KARAKAYA (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ
PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF
REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.

Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three times a year.

2. Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a journal of law focusing on legal issues concerning law. Articles, case notes and comments, discussions of legislative development, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2, 5 cm; Alt: 2, 5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına, elektronik posta adreslerine ve “<https://orcid.org>” adresinden alınacak ORCID koda ilişkin bilgiler ve fotoğraflı özgeçmişi de editöre ulaştırılmalıdır.

Along with the paper, the following must be submitted to the editor: the name, and the title of the author (authors), his/her institutional affiliation; his/her street address, telephone number (s) where he/she could be easily reached; his/her e-mail address (addresses), and the information about ORCID code which would be obtained through the web address of <https://orcid.org> and CV (should be attached photo)

7. Dergi’ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words.*

8. Dergi’ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **key-words** in Turkish and English that reflect the content of the article.*

9. Dergiye gönderilen makalelerde **atıf dipnotları ve kaynakça** Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) stilinde hazırlanmalıdır.

Citation footnotes and bibliography should be prepared in Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) style in the articles that sent to journal.

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself.

11. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

12. Dergi'ye ait yeni sayı yayınlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** kopyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each Publisher issue of the Journal will be uploded as a **PDF** file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

13. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author (s) and to the reviewer (s).

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

15. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya dzeltilmış yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

16. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin grşlerinin farklı olması durumunda editr veya nc bir hakemin grş alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

17. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kr hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

REGESTA adlı hukuk dergisi, yılda 3 sayı yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2011 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide, Ticaret Hukuku'na ilişkin akademik makalelerin yanı sıra, ticaret sicili uygulamalarını ortaya koyan çalışmalara yer verilmektedir.

Akademisyenlerin ve ticaret sicilini ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık ve tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyoruz.

Journal of REGESTA is a peer reviewed academic law journal published regularly three times a year, concentrating on issues of academic articles relating to Commercial Law and studies regarding trade registry process. It has been in publication since 2011.

We are persuaded that the academicians' and the specialists' especially the jurists' studies, including different views regarding open-ended and hesitated subjects relating to the trade registry directly or indirectly, will be filled the gap.

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, uluslararası ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayımlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu İTO olup, Kanunun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için nurcan.turan@ito.org.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by İTO, is a peer reviewed, international, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, İTO is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at nurcan.turan@ito.org.tr

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin yeni sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızda; bir önceki sayılarımızda iki bölümü yayımlanan “*Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (III)*” adlı Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN’ın makalesinin üçüncü bölümüne yer verilmiştir. Bunun yanı sıra; Doç. Dr. Fena İPEKEL KAYALI’nın “*İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurul Kararları ile İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Arş. Gör. Firdevs ARSLAN’ın “*Anonim Şirketin TTK m. 529/1- a, b, c, d Gereğince Sona Ermesi ve Limited Şirketlerdeki Durum*”, Av. İbrahim Enes ALTAN’ın “*Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma*”, Av. Zeynep KABİLOĞLU POYRAZ’ın “*Ticari İşletmenin Devrinde Pasiflerin Geçişine İlişkin Güncel Tartışmalar*” ve Av. Ozan Ali YILDIZ’ın “*Haksız Rekabetten Kaynaklanan Manevi Zararın Tazmini*” adlı eserlerine yer verilmiştir.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 5/Sayı: 1

Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

Makaleler	19
Araştırma Makalesi	
Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (III) <i>Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN</i>	21
İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurul Kararları ile İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri <i>Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI</i>	87
Anonim Şirketin TTK m. 529/1- a, b, c, d Gereğince Sona Ermesi ve Limited Şirketlerdeki Durum <i>Arş. Gör. Firdevs ARSLAN</i>	107
Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma <i>Av. İbrahim Enes ALTAN</i>	143
Ticari İşletmenin Devrinde Pasiflerin Geçişine İlişkin Güncel Tartışmalar <i>Av. Zeynep KABİLOĞLU POYRAZ</i>	191
Haksız Rekabetten Kaynaklanan Manevi Zararın Tazmini <i>Av. Ozan Ali YILDIZ</i>	211

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 5/Issue: 1

Year: 2020

CONTENTS

Articles.....	19
Research Articles	
Independent External Audit in Turkish Banking System (III) <i>Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN</i>	21
Some Problems and Proposed Solutions Regarding the Decisions of the Special Board of Preferred Shareholders <i>Assoc. Prof. Dr. Feri İPEKEL KAYALI</i>	87
Termination of Joint Stock Companies According to Article 529/1-a,b,c,d of Turkish Commercial Code Numbered 6102 and Status in Limited Companies <i>Res. Asst. Firdevs ARSLAN</i>	107
Withdrawal and Dismissal in Limited Liability Companies <i>Atty. İbrahim Enes ALTAN</i>	143
Current Discussions Regarding the Transition of Liabilities in Transfer of Commercial Enterprise <i>Atty. Zeynep KABİLOĞLU POYRAZ</i>	191
Compensation of Moral Damages Arising Out of Unfair Competition <i>Atty. Ozan Ali YILDIZ</i>	211

MAKALELER *ARTICLES*

* Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (III)
Independent External Audit in Turkish Banking System (III)
Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN

* İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurul Kararları ile İlgili Bazı Sorunlar ve
Çözüm Önerileri
*Some Problems and Proposed Solutions Regarding the Decisions of the Special Board
of Preferred Shareholders*
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

* Anonim Şirketin TTK m. 529/1- a, b, c, d Gereğince Sona Ermesi ve Limited
Şirketlerdeki Durum
*Termination of Joint Stock Companies According to Article 529/1-a,b,c,d of Turkish
Commercial Code Numbered 6102 and Status in Limited Companies*
Arş. Gör./Res. Asst. Firdevs ARSLAN

* Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma
Withdrawal and Dismissal in Limited Liability Companies
Av./Atty. İbrahim Enes ALTAN

* Ticari İşletmenin Devrinde Pasiflerin Geçişine İlişkin Güncel Tartışmalar
*Current Discussions Regarding the Transition of Liabilities in Transfer of
Commercial Enterprise*
Av./Atty. Zeynep KABİLOĞLU POYRAZ

* Haksız Rekabetten Kaynaklanan Manevi Zararın Tazmini
Compensation of Moral Damages Arising Out of Unfair Competition
Av./Atty. Ozan Ali YILDIZ

- Araştırma Makalesi -

⌘ **BANKALARDA BAĞIMSIZ DIŞ DENETİM (III)*** (INDEPENDENT EXTERNAL AUDIT IN TURKISH BANKING SYSTEM (III))

Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN**

h) Bağımsız Denetçinin Yetkileri

660 sayılı KHK uyarınca öngörülen bağımsız denetimi yapma görev ve yetkisi bu amaçla yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşu ile bağımsız denetçilere aittir. **KGK** tarafından yayımlanan “**Bağımsız Denetim Yönetmeliği**”, denetimin sadece KGK tarafından yetkilendirilen denetim kuruluşları veya denetçiler tarafından yetkileri çerçevesinde gerçekleştirileceğini; denetim kuruluşları ve denetçilerin yetkilerinin kullanımının da yetkilendirmenin Kurum tarafından ilanı ile başlayacağını öngörmektedir (m.11)

Bağımsız denetim kuruluşları, bankalarda bağımsız denetim yapma yetkisini BnkKn. m.15’den de almaktadırlar. Ancak bu yetki, işin yapılması için genel bir yetki niteliğindedir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için de bankalardan gerekli bilgi, belge ve dökümanları alabilmelidirler. Yapılacak işin özü bunu yani bilgi alabilmeyi, defter belge ve kayıtları incelemeyi gerektirmektedir. **BDDK**r. tarafından yayınlanan “**Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik**” uyarınca (m.6) Bağımsız denetçiler;

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 05.07.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.08.2019 tarihinde birinci hakem; 04.09.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Makale, sayfa sayısı uzunluğu nedeniyle üç bölüm halinde yayınlanacaktır. Makalenin birinci kısmı derginin Cilt: 4 Sayı: 2 Yıl: 2019, s. 147-182, ikinci kısmı Cilt: 4 Sayı: 3 Yıl: 2019, 287-354 sayfa aralığında yayınlanmıştır.

** İstanbul Ticaret Üni. Öğretim Üyesi, aikaracan@me.com, ORCID ID: orcid.org/0000-002-4367-1088

Bu makaleye atıf için; KARACAN, Ali İhsan, “Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (III)”, REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 21-86.

- a) Denetlenen bankanın denetim konularıyla ilgili tüm defter, kayıt ve belgelerini gizli olsa dahi incelemek,
- b) Denetim işlemini ilgilendiren tüm bilgileri banka yönetiminden, müfettişlerden ve diğer ilgililerden istemek,
- c) Denetlenen banka tarafından talep edildiği takdirde, yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarına katılarak, denetimfaaliyetini ve sonuçlarını ilgilendiren konularda açıklamalarda bulunmak hususlarında yetkilidir.

1) Bağımsız Denetim Kuruluşlarına ve Bağımsız Denetçilere İlişkin Yükümlülükler

Bağımsız denetçilerin yükümlülükleri ve sorumlulukları TTK, BnkKn. ve 60 sayılı KHK ile bunlara dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerde ve Türk Ceza Kanunu ile 3568 sayılı Kanun'da yer almıştır.

i) Genel olarak yükümlülükler

Bağımsız Denetim Kuruluşlarına ve Bağımsız Denetçilerin tabi olacakları yükümlülükler KGK tarafından ikincil düzenlemede sıralanmıştır.²⁰⁸ Bunlar ana başlıklar itibariyle sırasıyla;

- Denetimlerde kalite ve güvenilirliğin sağlanması,
- Kalite kontrol sistemi oluşturmak,
- Mesleki etik ilkelerine uymak,
- Bağımsızlık ve bağımsızlığın korunması,
- Reklam yasağına uymak,
- Haksız rekabette bulunmamak,
- Sürekli eğitime tabi tutulma,
- Denetim faaliyetine ilişkin öngörölmüş kısıtlamalara (m.26) uymak,
- Denetim, işin gerektirdiği sayı ve nitelikte denetçiden oluşan denetim ekipleri oluşturmak,²⁰⁹

²⁰⁸ Bağımsız Denetim Yönetmeliği (26/12/2012-28509) m.19-37. Denetçilerin yükümlülükleri konusunda bkz. Özkorkut, 2013, ss. 288-289. Aslında bağımsız denetçilerin ve bağımsız denetim kuruluşlarının yükümlülükleri onların şirkete ve üçüncü kişilere karşı hukuksal sorumluluklarının da neden ve kaynağıdır. Denetçilerin hukuksal sorumluluk nedenleri için bkz. Kocacı, 2018, İkinci Bölüm, s. 129 vd.; Topçuoğlu, 2012, Üçüncü Bölüm, s.157 vd.

²⁰⁹ Bağımsız denetim kuruluşu adına yapılacak denetimler, sorumlu denetçinin yanı sıra en az birer kıdemli denetçi ve denetçi olmak üzere denetim çalışmasının gerektirdiği

- Denetim raporu düzenleme ve görüş bildirme yükümlülüğünü yerine getirmek,
- Denetimin bağımsızlığını, tarafsızlığını ve kalitesini sağlayacak şekilde belirlenmiş bir ücret almak,
- Mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak
- Öngörülen bildirimleri (m.34) yapmak
- Saklama ve ibraz yükümlülüğüne uymak,
- Şeffaflık raporunun hazırlamak ve duyurmak
- Türk Ticaret Kanunundan (m.379, 399, 402 ve diğer) ve diğer özel kanunlardan kaynaklanan yükümlülükler uymak.

ii) Hukuksal sorumluluk ve mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak

Genel sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinden bir bağımsız denetim şirketi sözleşme yaparak hizmet sunduğu şirkete vereceği zararlardan sorumludur. Ancak düzenlemeler, bu konuda genel sorumluluk kuralları ile yetinmemişler ve özel sorumluluk düzenlemesini yeğlemişlerdir.²¹⁰

6102 sayılı TTK, denetçilerin yıl sonu ve konsolide finansal rapor ve tablolarını denetleyen denetçilerin ve özel denetçilerin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına verdikleri zarar dolayısıyla sorumlu olduklarını (TTK m.554).

660 Sayılı KHK'ye göre, Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler; denetledikleri finansal tablo, bilgi ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar (m.24/1).

sayı ve nitelikte bağımsız denetçi bulundurulmak kaydıyla, KGK tarafından yayınlanan Bağımsız Denetim Yönetmeliği hükümlerine uygun olarak belirlenen denetim ekipleri tarafından, sorumlu denetçi başkanlığında yürütülür (Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik m.7)

²¹⁰ Bağımsız denetim kuruluşunun hukuksal sorumluluğuna muhasebe skandalları ve finansal krizler ile ilgili bölümde de değinmiştik. Türk hukukunda bağımsız denetçinin hukuksal sorumluluğu için bkz. Arı, 2012; Doğan, 2018; Kocabıyık, 2018; Özkorkut, 2013 Topçuoğlu, 2012; Urkan, 2016.

KGK tarafından yayımlanan, “Bağımsız Denetim Yönetmeliği”ne göre, Denetim raporlarının TDS’ye aykırı olması ile bu raporlardaki bilgi ve kanaatlerin yanlış, eksik ve yanıltıcı olması nedeniyle doğabilecek zararlardan, denetim kuruluşları ve denetçiler ayrı ayrı hukuken sorumludurlar (m.44)

6362 sayılı SPKn.’na göre, bağımsız denetim kuruluşları, görevlerinin kapsamıyla sınırlı olmak üzere, denetledikleri finansal tablo ve raporların mevzuata uygun olarak denetlenmemesi nedeniyle doğabilecek zararlardan raporu imzalayanlarla birlikte sorumludur. Bağımsız denetim kuruluşları faaliyetleri neticesinde düzenledikleri raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla neden oldukları zararlardan sorumludurlar (SPKn. m.63).

Diğer yandan BnkKn. bağımsız denetim kuruluşlarının BnkKn. uyarınca yaptıkları faaliyetler dolayısıyla üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu olduğunu öngörmüştür (m.33/1). Üçüncü kişi terimi bankanın yanısıra faaliyet ile ilgili olarak zarara uğrayan herhangi bir kişi olabilir. Örneğin, yanlış bir denetim raporuna güvenerek borsada işlem gören bir bankanın paylarını satın alan küçük yatırımcı bu denetim raporu nedeniyle uğradığı zararları talep edebilir.

Denetim faaliyetlerinden doğabilecek zararların tazmini denetim şirketlerinin mali güçlerini aşacağından bu kuruluşların mesleki sorumluluk sigortası yaptırılması çağdaş bir güvence sistemini oluşturmaktadır. Bu çerçevede, bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçilerin verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla genel şartları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen sorumluluk sigortası yaptırmak zorunda oldukları öngörülmüştür. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının görüşü alınarak KGK tarafından belirlenir.²¹¹

660 sayılı KHK’nin benzer kuralı BnkKn.’nda da bulunmaktadır. Buna göre, bağımsız denetim kuruluşlarının verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla yurt içinde veya yurt dışında kurulu sigorta şirketlerine, Hazine Müsteşarlığı tarafından genel şartları belirlenecek ya da bu şartlara uygunluğu teyit edilecek sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler (BnkKn. m.36).

²¹¹ 660 sayılı KHK m.24/1

KGK yönetmeliğine göre, denetim üstlenen bağımsız denetçilerin, üstlendikleri ilk denetim işiyle birlikte başlamak üzere, tüm denetimlerini kapsayacak şekilde mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları şarttır (m.33/1).

BDDKr. tarafından yayınlanan Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkındaki Yönetmelik ile bağımsız denetim kuruluşlarının mesleki sorumluluk sigortası yaptırma yükümleri düzenlenmiştir.

BDDK yönetmeliği Bağımsız Denetim Kuruluşlarını listeye almak için aradığı koşullardan birisi “Verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla, Kanun ve 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yaptırılması zorunlu mesleki sorumluluk sigortasına esas matrahın, bağımsız denetim kuruluşunun geçmiş yıla ilişkin ciro tutarının iki katından az olmamak üzere yönetim organınca kabul edilen cari yıla ilişkin bütçelenen ciro tutarının asgari iki kat esas alınarak belirlenmesi,” ni öngörmüştür (m.8/1/ç).

Mesleki sorumluluk sigortası yaptırılacak sigorta şirketi, bağımsız denetim sözleşmesi yapılan banka ya da bankanın doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettiği iştiraki veya bağlı ortaklığı olamaz (m.19/1).

Mesleki sorumluluk sigortası poliçesi, belirlenen tutarı açıkça gösterir şekilde düzenlenir. Poliçenin bir örneği, yaptırıldığı tarihten itibaren on gün içinde cari yıl bütçelenen ciro tutarına ilişkin yönetim organı kararı, geçmiş yıl cirosuna dair beyan ve mali tablolar ile birlikte bağımsız denetim kuruluşu tarafından BDDKr.’na gönderilir ve buna ilişkin bankanın denetim komitesine bilgi verilir (m.19/2).

Mesleki sorumluluk sigortası şartları Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenmiş bulunmaktadır.²¹²

iii) Sır saklama yükümü

Türk Ceza Kanunu (m.239), sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa etmeyi suç olarak nitelemiş ve yaptırma bağlamıştır. Ancak Kanun bu suçun takibini şikayete bağlamıştır.²¹³

²¹² Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (RG 26/5/2013-28658). Sorumluluk sigortası konuda bkz. Alıcı, C.I, 2017, ss. 545-550; Reisoğlu C.I, 2015, ss.774-777; Taşdelen, C.I, 2015, ss. 457-463;

²¹³ Denetçinin sır saklama yükümü konusunda bkz. Arı, 2012, s.23 vd.; Doğan, 2018

3568 sayılı **Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu** (RG 13/6/1989 – 20914) meslek sırrını özel olarak düzenlemiş ve yaptırıma bağlamış (m.43 ve 47) bulunmaktadır. Buna göre, Meslek mensupları ve bunların yanlarında çalışanlar, işleri dolayısıyla öğrendikleri bilgi ve sırları ifşa edemezler, çeşitli kanunlarla muhbirlere tanınan hak ve menfaatlardan faydalanamazlar. Ancak, suç teşkil eden hallerin yetkili mercilere duyurulması mecburidir. Adli veya idari her türlü inceleme veya soruşturma bilgi ve sır ifşası hükmünün dışındadır. Tanıklık, sırrın ifşası sayılmaz. 3568 sayılı Kanun yaptırım olarak TCK'nun ilgili hükmüne yollama yapmıştır.

6102 sayılı TTK'da m.404 **“Denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğu”** başlığını taşıyan hükmünde denetçiler için özel sır saklama yükümü öngörmüştür.

Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlal edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir (TTK m.404/1).

TTK, sır saklama yükümüne uymayanların verecekleri zararlar için tazminat yükümüne parasal bir sınırlama getirmiştir. Buna göre TTK m.404/1'de öngörülen yükümün yerine getirilmesinde ihmali bulunan kişiler hakkında, verdikleri zarar sebebiyle, her bir denetim için yüzbin Türk Lirasına, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üçyüzbin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebilir. İhmalleriyle zarara sebebiyet veren kişilere ilişkin bu sınırlama denetime birden çok kişinin katılmış veya birden çok sorumluluk doğurucu eylemin gerçekleştirilmiş olması hâlinde uygulandığı gibi, katılanlardan bazılarının katıtlı hareket etmiş olmaları durumunda da geçerlidir (TTK m.404/2). Bu hükümlerden doğan tazmin yükümü sözleşme ile ne kaldırılabilir ne de daraltılabilir (TTK m.404/4)

Denetçinin bağımsız denetim yapmak üzere yetkilendirilen bir sermaye şirketi olması hâlinde sır saklama yükümü bu kurumun yönetim kurulunu ve üyelerini ve çalışanlarını da kapsar (TTK m.404/3).

Denetçinin bu maddeden doğan sorumluluğuna ilişkin istemler rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, fiil suç

oluşturup da Türk Ceza Kanununa göre süresi daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da o zamanaşımı uygulanır (TTK m.4044/5). Ceza mevzuatının, suç ihbarına ilişkin hükümleri saklıdır (TTK m.4044/6).

Bankaları koruyucu hükümler kısmında yer alan BnKKn. m.73 “sırların saklanması” konusunu düzenlemiştir. Bu çerçevede sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar (m.73/3). BnKKn. m.33/3 kapsamında yapılacak bildirim, meslekî gizlilik prensiplerinin ve anlaşmalarının veya bankacılık sırlarına ilişkin yükümlülüklerin ihlâl edildiği anlamına gelmez.

Bu yasak BnKKn. m. 159 ile hapis ve adli para cezası yaptırımına bağlanmıştır. Belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır.

Bankalarda bağımsız denetim faaliyetleri gerçekleştiren bağımsız denetçiler hakkında sırların saklanması konusunda TCK m.239; 568 sayılı Kanun m.47 ve 5411 sayılı BnKKn. m. 159 şeklinde üç ayrı suç ve yaptırım düzenlemesi bulunmaktadır. Kanımızca içlerinde özel hüküm niteliği açısından en özel kural BnKKn. m.159 hükmüdür. Bu nedenle, bankalarda iş yapan ve sır saklama yükümünü ihlal eden bağımsız denetçiler hakkında BnKKn. m.159 hükmü uygulanmalıdır.²¹⁴

Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik, uyarınca Bağımsız Denetim Kuruluşları; ortakları ile kilit yöneticilerinin ve bağımsız denetçilerinin bağımsız denetim faaliyetleri dolayısıyla öğrenecekleri BnKKn. m.73 kapsamında sır niteliğindeki bilgilerin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almakla yükümlüdür (m.22/1).

Yönetmelik BnKKn.’nun sır saklama yükümünü tekrarlamış ve Bağımsız denetçilerin sır niteliğindeki bilgileri Kanunen yetkili kılınan merciler dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişiye açıklayamayacaklarını öngörmüştür (m.22/2)

²¹⁴ Ancak BnKKn. m.161’de şöyle denilmektedir. “Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, faileri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır. “

KGK tarafından yayımlanan “Bağımsız Denetim Yönetmeliği”, Denetim kuruluşları ve denetim üstlenen bağımsız denetçiler, denetçiler ve denetime katılanlardan, her bir denetimden önce ve her halükarda yılda en az bir kez, bağımsızlık, tarafsızlık ve sır saklamayla ilgili kuruluşun veya denetim üstlenen bağımsız denetçinin politika ve süreçlerine uygun davrandıklarına ve davranacaklarına ilişkin yazılı taahhüt almasını öngörmüştür (m.21/2).

iv) Denetim sürecine ilişkin yükümlülükler

Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 2/4/2015 – 29314) bağımsız denetim kuruluşuna denetim sürecine ilişkin olarak bazı yükümler yüklemiştir (m.17). Bu yükümler ikinci düzenlemede şu şekilde sıralanmışlardır:

Bağımsız denetim kuruluşları, denetime ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi istenildiğinde BDDKr.’una göndermek ve BDDKr. denetimine hazır bulundurmaya zorundadır.

BDDKr., bağımsız denetim kuruluşundan, banka tarafından Kanun ve ilgili mevzuat ile belirlenen standart oranların hesaplanmasında kullanılan yöntemin ve modelin uygunluğunun, kullanılan verilerin doğruluğu ve güvenilirliğinin, BDDKr.’na iletilen raporlardaki bilgilerin doğruluğunun tespit edilmesi veya BDDKr.’nca gerekli görülen diğer hususlarda bağımsız denetçilere ilave görevler verilmesini talep edebilir.

Bağımsız denetim ekibince yürütülen denetimlerde;

a) Bankanın iç kontrol ve risk yönetim sisteminin tasarımı, işlevselliği ve önemli yanlışlık riskini önleme, ortaya çıkarma ve düzeltme kapasitesine sahip olup olmadığı değerlendirilir ve yetersiz olduğu sonucuna varılan hususlar sorumlu denetçi tarafından banka yönetim kuruluna bildirilir.

b) Bankanın kontrol etmediği veya kontrollerin yetersiz kaldığı durumlara bağlı olarak önemli yanlışlık riski ya da risk değerlendirme sisteminde bir zafiyet olduğunun tespit edilmesi durumunda banka yönetim kurulunun bilgilendirilmesini sağlamak üzere banka denetim komitesine ve BDDKr.’na ivedi olarak bilgi verilir.

(4) Bankanın iç kontrol sistemi, muhasebe ve finansal raporlama sistemleri ile bilgi sistemlerinde önemlilik arz eden ölçüde zafiyet veya risk bulunduğu ortaya çıkması durumunda Kuruma yapılacak bildirim üzerine, BDDKl., zafiyet ve riskin gerektirdiği kapsam, tür, zaman-

lama ve detay seviyesine uygun olarak, bankada denetim gerçekleştiren ya da BSDY çerçevesinde yetkili olan farklı bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından gerçekleştirilmek üzere özel kapsamlı bir BSD yapılmasına karar verebilir. BDDKl. aynı zamanda, bilgi sistemleri ve bankacılık süreçleri denetimi sonuçlanıncaya kadar bankada yürütülen bağımsız denetim faaliyetlerini durdurabilir.

(5) Finansal tabloların düzeltilmesinin gerekli olduğunun düşünüldüğü ancak banka tarafından gerekli düzeltmenin yapılmadığı durumlarda, yedi gün içinde, BDDKr.'na ve banka denetim komitesine bilgi verilir.

(6) Bankanın finansal tablolarında hata ya da hileden kaynaklanan aykırılık bulunduğu veya bulunabileceği hususunda şüphe ya da şüphelenmek için makul gerekçe oluşması durumunda sorumlu denetçi, konunun araştırılarak bu tür aykırılıkların ve tekrarının önlenmesi amacıyla uygun önlemlerin alınması için banka yönetim kuruluna ve denetim komitesine, bankanın gerekli araştırmayı yapmaması halinde ivedilikle BDDKr.'na bilgi verir.

(7) Bağımsız denetim faaliyeti sırasında esas alınan mevzuat hükümlerine uymayan işlemlerin, olumsuz görüş oluşturmaya veya görüş bildirmekten kaçınmaya yol açabilecek herhangi bir gelişmenin ya da bankanın sürekliliğine yönelik önemli bir tehdit veya şüphenin ortaya çıkması halinde, durum onbeş gün içinde Kuruma yazılı olarak bildirilir. Kanuna ve diğer kanunlara göre konusu suç teşkil eden hallerde durum ivedi olarak yetkili mercilere intikali sağlanmalı ve ayrıca BDDKr.'na yazılı olarak bilgi verilmelidir.

(8) Banka tarafından bağımsız denetime ilişkin bilgi ve belgelerin bağımsız denetim kuruluşuna verilmemesi halinde bu durum bağımsız denetim kuruluşu tarafından BDDKr.'na ivedilikle bildirilir.

(9) BDDKr., bağımsız denetim raporuyla ilgili olarak, rapor tespitleri bakımından gerekli görülmesi halinde, aynı veya farklı bir bağımsız denetim kuruluşundan, ilave inceleme yapılmasını ve ilave rapor tanzim edilmesini isteyebilir. Bu durumda, masraflar ilgili banka tarafından karşılanır.

(10) TTK'nın 399 uncu maddesi uyarınca görevden alma ve sözleşmenin feshine ilişkin işlemler hakkında, sürecin başlatıldığı ve işlemlerin sonuçlandırıldığı tarihi takip eden günden itibaren en geç on gün içinde BDDKr.a bilgi verilmesi zorunludur.

v) Bağımsız denetim kuruluşun takip yükümlülüğü ve bildirimler

KGK tarafından yayımlanan “Bağımsız Denetim Yönetmeliği” denetim kuruluşlarına ve denetçilere bazı bildirim yükümleri yüklemiştir (m34). Kuruluşlar ve denetçiler;

a) Sicil bilgileri dâhil olmak üzere Kuruma daha önce bildirilmiş her türlü bilgide meydana gelen değişiklikleri takip eden günden itibaren en geç 10 gün içinde,

b) Denetim sözleşmelerini ve denetim raporlarını imza tarihinden itibaren, diğer hizmetlere ilişkin sözleşmelerle ilgili olarak Kurum tarafından istenecek bilgileri ise tebliğ tarihinden itibaren en geç 30 gün içinde

c) Türk Ticaret Kanununun 399 uncu maddesi uyarınca görevden alma ve sözleşmenin feshine ilişkin işlemleri işlem tarihini takip eden günden itibaren en geç 10 gün içinde,

ç) Mesleki sorumluluk sigortası poliçesini düzenlenme tarihini ve poliçe ve sigorta şirketindeki değişiklikleri takip eden günden itibaren en geç 30 gün içinde,

d) Son takvim yılına ait gelirlerini Kurumca belirlenen şekle uygun olarak Mayıs ayının on beşinci gününün sonuna kadar,

e) Diğer bildirimler ile Kurumca istenecek diğer bilgileri mevzuata belirtilen süre ya da Kurumca verilecek süre içerisinde,

KGK’na bildirilmelidir.

Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 2/4/2015 – 29314) bağımsız denetim kuruluşuna bazı takip ve bildirim yükümleri yüklemiştir (m.18). Bağımsız denetim kuruluşu ve ona bağlı denetçiler ile ilgili olan bu yükümler ikinci düzenlemede şu şekilde sıralanmışlardır:

(1) Bağımsız denetim kuruluşunda nitelikli pay edinilmesi²¹⁵ ya da kilit yönetici ve sorumlu denetçi²¹⁶ istihdam edilmesi halinde, Yönetme-

²¹⁵ Nitelikli pay: Bağımsız denetim kuruluşunun sermayesinin veya oy haklarının yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi kilit yöneticileri belirleme imtiyazı veren payları ifade etmektedir Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik m.3/n).

²¹⁶ Sorumlu denetçi: Bağımsız Denetim Yönetmeliğinde belirlenen şartları taşıyan bağımsız denetim kuruluşu tarafından, bankada bağımsız denetim faaliyetinin yürütülmesinden sorumlu tutulan ve denetim raporunun bağımsız denetim kuruluşu adına

lik’de belirtilen (m.11) belgeler ile pay edinimlerine, atanmalarına veya istihdam edilmelerine ilişkin karar örneklerinin değişiklik veya istihdam edilme tarihinden itibaren en geç yirmi gün içinde BDDKr.a bildirilmesi zorunludur. BDDKr.’nca yapılan değerlendirme neticesinde onbeş iş günü içinde olumsuz görüş bildirilmeyen değişiklikler geçerli sayılır.

(2) Yönetmelik’de belirtilen belgeler (m.11) ve yukarıda belirtilen (1) BDDKr.’a bildirilmesi zorunlu olanlar dışında kalan ortakların ve bağımsız denetçilerin Yönetmelik kapsamında aranan şartları taşıdığıının takibi ve Yönetmelik’de (m.11) yer alan bilgi ve belgelerin bunlar için de hazırlanıp muhafaza edilerek talep halinde BDDKr.’na ibrazı bağımsız denetim kuruluşunun sorumluluğundadır.

(3) İçinde bulunulan hesap dönemi dahil son üç hesap döneminde bankalarda bağımsız denetim faaliyeti gerçekleştirmeyen bağımsız denetim kuruluşlarının yukarıda (1)’de yer alan kapsamdaki bildirim yükümlülükleri sona erer. Bu kuruluşlar tüm ortak, kilit yönetici ve bağımsız denetçileri için ikinci fıkrada belirtilen takip ve muhafaza yükümlülüklerine uymak zorundadır.

(4) Yukarıda (3)’de belirtilen kapsamda yer alan bağımsız denetim kuruluşunun bir bankayla bağımsız denetim sözleşmesi yapması halinde, nitelikli pay sahipleri, kilit yöneticileri ve sorumlu denetçileri hakkında (1)’deki kural çerçevesinde BDDKr.’na bilgi verilir.

(5) Bağımsız denetim kuruluşlarından fiilen bankalarda bağımsız denetim yapanlar, yukarıda (1) ve Yönetmelik (m.11) kapsamında BDDKr.’na ibraz edilen her türlü bilgide meydana gelen değişiklikleri on iş günü içinde BDDKr.’a bildirmekle yükümlüdür.

(6) BDDKr., bu madde kapsamındaki bildirimler ile Yönetmelik’de (m.10 ve 11) yer alan bilgi ve belgelerin bir kısmının veya tamamının elektronik ortamda gönderilmesini istemeye, kapsam, şekil ve içeriklerini ihtiyacı karşılayacak şekilde değiştirmeye ve ihtiyaç duyulmayan ya da doğrudan BDDKr.’nca erişilebilen bilgi ve belgelerin bildirim yükümlülüğünü kaldırmaya yetkilidir.

imzalanmasına yetkili kılınan bağımsız denetçiyi ifade etmektedir (Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik m.3/o).

vi) Türk Ticaret Kanunundan kaynaklanan yükümlülükler

KGK tarafından yayımlanan “Bağımsız Denetim Yönetmeliği uyarınca Denetim kuruluşları ve denetçiler Türk Ticaret Kanunu uyarınca yaptıkları denetimlerde aşağıdaki yükümlülüklerini de yerine getirir (m.37):

a) Denetim sonuçlarını, TTK’na ve Yönetmeliğe uygun şekilde raporlayıp sunmak, denetim faaliyeti ve sonuçları konusunda genel kurula açıklamalarda bulunmak.

b) TTK m.378 uyarınca gerekli hallerde riskin erken saptanması ve yönetimi komitesinin kurulmasını önermek, böyle bir sistem varsa bunun yapısı ve uygulamalarını açıklayan ayrı bir rapor düzenleyerek denetim raporuyla birlikte yönetim kuruluna sunmak.

c) TTK m. 399’da belirtilen denetçilerin seçimi, görevden alınması ve sözleşmenin feshine ilişkin hükümlerine uymak.

ç) Denetim sözleşmesinin feshi halinde, fesih tarihine kadar elde ettiği sonuçları TTK m. 402’ye uygun bir rapor haline getirerek genel kurulun bilgisine sunmak.

d) Bağımsız denetime ilişkin olarak 660 sayılı KHK ve ikincil mevzuat düzenlemeleri dışındaki TTK ve ilgili mevzuatında öngörülen diğer yükümlülükleri yerine getirmek.

vii) Bankacılık Kanunu açısından özel bildirim yükümü

Bankacılık Kanunu, bağımsız denetim kuruluşları için özel bir bildirim yükümü getirmiştir (m.33/3). Bu yüküme göre, bağımsız denetim kuruluşları denetim esnasında, bankanın varlığını tehlikeye sokabilecek veya yöneticilerin Kanun veya esas sözleşmeyi ihlâl etmiş olduklarını gösteren hususları tespit ederse, durumu derhal BDDK’na bildirmekle yükümlüdürler. Bu bildirim, meslekî gizlilik prensiplerinin ve anlaşmalarının veya bankacılık sırlarına ilişkin yükümlülüklerin ihlâl edildiği anlamına gelmeyecektir.²¹⁷

²¹⁷ Daha önce, Kanunda bu yönde bir hüküm bulunmaz iken Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan “Bankalarda Bağımsız Denetim Yapacak Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik” (RG 21/3/1997 - 22940)’de de benzeri bir yüküm öngörülmüştü: “Kuruluş, denetleme sırasında bankanın kayıt dışında bıraktığı veya usulüne uygun olarak muhasebeleştirmediği veya benzeri hususların bankanın durumunu önemli bir şekilde etkileyeceğini tespit ettiği takdirde, raporun tamamlanmasını bek-

viii) Denetim raporu düzenleme ve görüş bildirme yükümlülüğü

KGK tarafından yayımlanan “**Bağımsız Denetim Yönetmeliği**“ denetim raporunu tanımlamıştır (m.10). Buna göre, denetim raporu, denetim kanıtlarının TDS çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, belirlenen güvence seviyesine uygun şekilde oluşturulan denetçi görüşünün ve varsa dikkat çekilmek istenen diğer hususların kullanıcıların istifadesine sunulması amacıyla KGK düzenlemelerine uygun olarak hazırlanan ve imzalayan denetim kuruluşu veya denetim üstlenen bağımsız denetçi tarafından sorumluluğu üstlenilen belgedir.²¹⁸

KGK tarafından yayımlanan “Bağımsız Denetim Yönetmeliği **uyarınca (m.30)** Denetim kuruluşları ve denetçiler, Denetim faaliyeti sonucunda Kurumun belirlediği şekil ve esaslara göre denetim raporu düzenlenmesini öngörmektedir.

Bu rapor, görüş başlığı altında:

a) Denetim konusunda ayrı ayrı veya toplu olarak denetim kıstasına göre önemli sayılabilecek herhangi bir uyumsuzluğun veya aykırılığın bulunmadığı durumlarda **olumlu görüş**,

b) Denetim konusunda ayrı ayrı veya toplu olarak denetim kıstasına göre önemli uyumsuzluklar veya aykırılıklar bulunduğu ya da yeterli ve uygun denetim kanıtı toplanamadığı, ancak bunların denetim konusunun genelini etkilemediği durumlarda **sınırlı olumlu görüş**,

c) Yeterli ve uygun denetim kanıtı elde edildikten sonra, tespit edilen uyumsuzlukların veya aykırılıkların ayrı ayrı veya toplu olarak önemli olduğu ve denetim konusunun genelini etkilediği durumlarda **olumsuz görüş**,

ç) Denetim konusunun genelini etkileyen önemli hususlarda denetim görüşüne dayanak olacak yeterli ve uygun denetim kanıtının elde edilemediği durumlarda ya da yeterli kanıt toplanmasına rağmen görüş oluşturmayı engelleyen belirsizliklerin sonradan ortaya çıktığı durumlarda **görüş bildirmekten kaçınıldığına ilişkin görüş**,

içerir.²¹⁹

lemeksizin, durumu derhal Müsteşarlık ve Merkez Bankasına bildirmekle yükümlüdür. “(m.15)

²¹⁸ Denetim raporu konusunda ayrıca bkz. TTK m.402. Denetim Raporu için bkz. Özkorkut, 2013, ss. 289-294; Poroy, et.al., 2013, pr.652-657a; Tekinalp, 2015, ss. 494-497

²¹⁹ Görüş yazıları konusunda ayrıca bkz. TTK m. 403

Bankanın denetimi sonunda bağımsız denetçi tarafından hazırlanacak olan Bağımsız denetim raporu, TDS’de öngörülen hususlara ilave olarak bankanın iç kontrol sisteminin; finansal tabloların Bankaların Muhasebe Uygulamalarına ve Belgelerin Saklanması İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ve TMS hükümleri ile BDDKl. tarafından bankaların hesap ve kayıt düzenine ilişkin yayımlanan diğer düzenlemelere, BDDKr. genelge ve açıklamalarına uygun olarak, tüm önemli yönleriyle gerçeğe uygun bir biçimde hazırlanmasını ve sunulmasını sağlayacak nitelikte olduğu, uygun muhasebe politikalarının seçildiği ve uygulandığına ilişkin ibareleri de içerecek şekilde düzenlenir.²²⁰

Denetim, kullanıcılara denetim konusunun denetim kıstasına uyumuyla ilgili makul veya sınırlı güvence sağlar. Sınırlı güvence sağlayacağı ilgili mevzuatında veya denetim sözleşmesinde açıkça belirtilmemiş ise denetim makul güvence verecek şekilde gerçekleştirilir. Makul ve sınırlı güvence seviyesinin gerektirdiği denetimin kapsamı TDS çerçevesinde belirlenir.²²¹

Diğer yandan, bağımsız denetçinin görüşü, finansal tabloların güvenilirlik derecesini yükseltmekle beraber, bu görüş finansal tabloları bağımsız denetime tabi tutulan işletmenin gelecekteki durumu hakkında ve işletme yönetiminin işletmenin faaliyetlerini etkin ve verimli bir biçimde yönettiğine dair bilgi sağladığı şeklinde değerlendirilmez.²²²

ix) Şirket Genel Kurul Toplantısında Bulunma Yükümü

TTK, “Denetçi şirket genel kurul toplantısında hazır bulunur” diyerek, denetçinin genel kurul toplantısına katılması zorunluğunu öngörmüştür (TTK m. 407/1). Diğer yandan Kanun denetçilerin genel kurul toplantısı sırasında görüş bildirebileceğini belirtmektedir (TTK m.407/1).

j) Bağımsız Denetim Sürecinin Yürütülmesi

Bankalar, sözleşme imzaladıkları bağımsız denetim kuruluşuna, bu Yönetmelik ve TDS hükümlerine uygun olarak Mart, Haziran ve Eylül

²²⁰ Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 2/4/2015 – 29314) m.4/3

²²¹ KGK; Bağımsız Denetim Yönetmeliği (26/12/2012-28509), m.4/3

²²² SPKr.; Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ (Seri: X, No: 22) (RG 27/7/2006- 26241), m.3/2

ayları sonu itibarıyla ara dönem sınırlı bağımsız denetim, hesap dönemleri sonu itibarıyla yıllık bağımsız denetim yaptırmak zorundadır.

TTK esas itibarıyla finansal rapor ve tabloların bağımsız dış denetimi ile ilgilenmektedir. Bağımsız denetimin süreci TDS'na göre gerçekleştirilir (TTK m.397/1).

Denetleme, KGK'nın belirlediği standartlar bağlamında, denetçilik mesleğinin gerekleriyle etiğine uygun bir şekilde ve özenle gerçekleştirilmelidir (TTK m.398/1).

Denetleme, şirketin ve topluluğun malvarlıksal ve finansal durumunun TTK m. 515 anlamında dürüst resim ilkesine uygun olarak yansıtılıp yansıtılmadığının, yansıtılmamışsa sebeplerini dürüstçe belirtecek şekilde yapılır (TTK m. 398/1).²²³

Bankaların bağımsız denetimi, **bankaların hesap ve kayıt düzeni ile finansal tablolarının** doğruluğu, güvenilirliği, Kanun uyarınca yürürlüğe konulan düzenlemelere ve TMS'ye uygunluğu hakkında makul güvence sağlayacak şekilde görüş oluşturulması amacıyla yürütülür.

Bağımsız denetim faaliyetleri, **bankaların iç sistemlerinin, hesap ve kayıt düzeniyle ilgili birimlerinin ve muhasebe sistemlerinin** Kanun ve ilgili düzenlemelere uyumu, yeterliliği ve etkinliğinin değerlendirilmesini kapsayacak şekilde yürütülür ve bu amaçla TDS kapsamında gereken denetim prosedürleri uygulanır.²²⁴

BDDK. tarafından yayımlanan Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik tarafından, **bağımsız denetim sürecinin yürütülmesine ilişkin olarak öngörülmüş olan bazı bildirim yükümlülüklerine yukarıda değinmiştik.**²²⁵

²²³ TTK m.515: “Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, özkaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır.”

²²⁴ BDDK: Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik (2/4/2015 – 29314), m.4/1 ve 2

²²⁵ BDDK: Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik (2/4/2015 – 29314), m.17

k) Bağımsız Denetim Raporlarının Sunulması ve Yayımlanması

KGK tarafından yayımlanan “**Bağımsız Denetim Yönetmeliği**” uyarınca (m.30/3), TTK’ya göre yapılan denetimlerde denetim raporlarının, denetimi yapılan finansal tabloların ait olduğu hesap dönemine ilişkin **olağan genel kurul toplantısından en az 20 gün önce** ve her durumda anılan Kanunda **olağan genel kurul toplantıları için öngörülen azami sürenin sonuna kadar** denetlenen işletmenin yönetim organına teslim edilmesi zorunludur.

Buna karşılık **BDDKr.** tarafından yayınlanan “**Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik**” bağımsız denetim raporlarının tesliminin BDDKr. ile TCMB’na sunulma tarihleri olarak belirlemiş bulunmaktadır.

Hesap dönemi sonuna ilişkin konsolide ve konsolide olmayan **bağımsız denetim raporları Nisan ayı sonuna kadar**, ara dönemler itibarıyla düzenlenen bağımsız denetim raporlarından **konsolide olmayanlar ilgili dönem sonunu izleyen kırkbeş gün içinde, konsolide olanlar ise yetmişbeş gün içinde**, banka tarafından BDDKr.’na ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’na gönderilir.²²⁶

Bankalar Bağımsız Denetim Raporlarını kamuya açıklamakla yükümlüdürler. Buna göre, Banka, kamuya açıklayacağı finansal tablolar ile bunlara ilişkin açıklama ve dipnotlara ilaveten bu Tebliğ kapsamında düzenlenen finansal tablolar hakkında ilgili düzenlemelere göre hazırlanan bağımsız denetim raporunu açıklamak zorundadır.²²⁷

Bağımsız denetçi, söz konusu finansal tablolara ilişkin açıklama ve dipnotları yeterli bulmaz ise, bu hususu gerekçeleriyle belirtmek suretiyle Tebliğ kapsamında oluşturulan açıklama ve dipnotların düzenini bozmadan ilave açıklama ve/veya dipnotlar oluşturur.²²⁸

²²⁶ Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 2/4/2015 – 29314) m.4/8

²²⁷ Bankalarca Kamuya Açıklanacak Finansal Tablolar ile Bunlara İlişkin Açıklama ve Dipnotlar Hakkında Tebliğ (RG 28/6/2012-28337), m.24/1

²²⁸ Bankalarca Kamuya Açıklanacak Finansal Tablolar ile Bunlara İlişkin Açıklama ve Dipnotlar Hakkında Tebliğ (RG 28/6/2012-28337), m.24/2

1) Bağımsız Denetim ve Sonucu

Bazı ayırımlar yaparak konuyu ele alabiliriz.

i) Bağımsız Denetimin Yapılmaması

Öncelikle belirtmeliyiz ki, düzenlenmiş bir sektörde faaliyette olması ve düzenleyici denetleyici kurum olarak BDKKr.'nin gözetimi nedeniyle bir bankada pratikte yasal olarak zorunlu olan bağımsız denetiminin yaptırılmaması olasılığı çok zayıf, hatta yok denilebilir. Aynı durumun halka açık şirketler ile diğer finansal kuruluşlar için de geçerli olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle konuyu tartışmanın bankalar açısından sadece teorik bir yararı vardır.

Bir şirket TTK ve kendi özel sektörel düzenlemesine göre finansal rapor ve tablolarının bağımsız denetimini yaptırmak zorunda olmasına rağmen bu denetimi gerçekleştiremeyebilir.²²⁹ Bu durumda denetime tabi finansal raporlar denetlenmemiş olacaktır. Halbuki hukuk sistemi bir anonim şirkette finansal rapor ve tablolara bir çok sonuçlar bağlamış ya da bir çok konuyu finansal rapor ve tablolara ilişkilendirmiştir.

TTK'na göre, denetime tabi olduğu halde, denetlenmemiş finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu düzenlenmemiş hükmündedir (TTK m. 397/2 ve 6). Burada “denetime tabi olduğu halde” terimi sadece TTK açısından bağımsız denetime tabi finansal raporları kapsamamaktadır. Kanımızca, özel düzenlemeler (SPKn., BnkKn. ve bunlara ilişkin ikinci düzenlemeler gibi) uyarınca bağımsız denetime tabi tutulması gereken yıl sonu ve ara dönem finansal raporlar ile finansal tablolar da TTK m. 397/2 ve 6 kapsamında kalmaktadırlar. TTK m.514, TMS'nda öngörülmüş tablolar dediği için bilanço ve gelir tablosunun yanısıra bu standartlara göre hazırlanması gereken diğer tabloların da denetlenmeleri gerekir. Kuşkusuz, yıl sonu rapor ve tablolarının olağan genel kurulda pay sahiplerinin bilgisine ve onayına sunulması ve bunlara dayalı kararların (ibra, kâr dağıtım gibi) alınması nedeniyle ayrı bir önemi bulunmaktadır.

²²⁹ Ancak şirket/banka yönetiminin finansal rapor ve tablolarını bilerek ve isteyerek denetletmeme halini diğer başka nedenlerle denetimin aksaması ve yapılmaması hallerinden ayırdetmek gerektiği kanısındayız. Burada kastettiğimiz denetimin bilek yaptırılmaması halidir. Denetim kuruluşunun görev bırakması ve/veya denetim kuruluşunun sözleşmesinin haklı nedenlerle feshi; mahkeme kararıyla denetçinin görevinden alınması; denetim kuruluşunun izininin askıya alınması ve iptali gibi nedenlerle denetimin öngörülen sürelerde yapılmama ya da tamamlanamaması mümkündür. Bu durumda denetimin tamamlanamaması için şirket genel kurul toplantısının ertelenmesi gerektiği kanısındayız.

Manavgat (2017), bağımsız denetim yaptırmakla yükümlü olan anonim şirketin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonuçları açısından üç durumu birbirinden ayırmaktadır:

(i) İlk olarak, denetimden geçirilmemiş finansal tablo ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun hukuki durumu değerlendirilmelidir. TTK 397.2 ve 6 hükümlerinde denetlenmemiş finansal tablo ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun düzenlenmemiş hükmünde olduğu öngörülmüştür. Düzenlenmemiş hükmünde olmanın anlamı tartışılmalı ve geçersizlik hâlleri dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

(ii) İkinci olarak finansal tablo ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun denetimden geçirilmeden genel kurula sunulması, finansal tablonun onaylanması, bu belgelere dayalı başka kararlar alınmasının hukuki sonuçları irdelenmelidir.

(iii) Üçüncü olarak da bağımsız denetçinin seçimine ilişkin yasal sürele uyulmamasının sorumluluk hukuku bakımından sonuçlarıyla, süre geçirildikten sonra bağımsız denetçi belirlenmesinin mümkün olup olmadığı, eğer mümkünse bunun sonuçları belirlenmelidir.

Bu üç halin üzerinde ayrı ayrı durabiliriz.

i) Bu konuda yanıt aranması gereken ilk soru, kanunda yer alan **“düzenlenmemiş hükmünde olma”** ibaresinin anlamının ne olduğu ve bu durumda denetlenmeyen finansal rapor ve tablolarının hukuki sonucunun yani hükümsüzlük halinin ne tür bir hükümsüzlük olacağı konusunun çözümlenmesidir. TTK’nda düzenlenen hükümsüzlük halleri yokluk, butlan ve iptal edilebilirliktir.

Diğer yandan düzenlenmemiş ibaresinin anlamı bizatihi finansal rapor ve tabloların kendisine yönelik olabilir. Bu durumda düzenlenmemiş hükmünde olan rapor ve tabloların bizatihi kendileri bir döküman ve belge olarak yok kabul edileceklerdir. Diğer yandan, düzenlenmemiş olmanın anlamını gai bir yorumla da ele alabiliriz. Bu rapor ve tabloların kanun tarafından düzenlenmemiş olarak kabul edilmelerinin amacı bunların kullanılmasını önlemek ve denetlenmeden kullanılmaları halinde bu rapor ve tablolara dayanılarak alınan kararları hükümsüz kılmaktır. Bu da özellikle anonim şirketlerde bu rapor ve tabloların şirketin pay sahipleri genel kuruluna sunulmasını ve genel kurulda bunlara dayalı olarak alınan kararların hukuki akıbetini etkileyecektir.

6012 sayılı Kanununun ilgili **madde gerekçesinde düzenlenmemiş hükmünde olmanın yıllık faaliyet raporu ve finansal tabloların batıl olma anlamına geldiği** belirtilmiştir. Buna karşın öğretide finansal rapor ve tabloların yasal olarak gerektiği halde denetiminin yaptırılmamış ol-

masının hukuki sonucunun ne oluşu konusunda bazı farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre söz konusu raporların ve tabloların denetlenmemiş olmalarının hukuki sonucu yokluktur.²³⁰ **Özkorkut (2017)**, hükmün gerekçesi hükümsüzlük halini, batıldır diyerek “butlan” olarak ifade etmiş olmakla birlikte düzenlenmemiş olmanın, hükümsüzlük hallerinden yokluğa işaret ettiği kanısında olduğunu söylemektedir. Yazara göre, finansal tabloların usulüne uygun hazırlanmış olmasının yokluk açısından önemi yoktur. TTK m.397/2 ve 6’daki yaptırım finansal rapor ve tabloların usulüne uygun tutulmamasının değil şirketin denetime tabi olduğu halde bunları denetlettirmemiş olmasının bir yaptırımıdır. Diğer yandan finansal rapor ve tabloların hukuken geçerliği bakımından denetçi raporunun olumsuz olmasının da bir önemi yoktur. **Çelik (2006)**, bağımsız denetimden geçmesi zorunlu olan finansal tablo ve raporlar, bağımsız denetçiler tarafından denetlenmemiş ise bu tablo ve raporlar hiç düzenlenmemiş kabul edileceği görüşündedir.

Yokluk hukuki işlemin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmasıdır. Kurucu unsurlarda bir eksiklik olması halinde hukuki işlem varlık kazanmaz. Her bir hukuki işlemin kurucu unsurları, hukuk düzeni tarafından ayrı ayrı belirlenmiştir.²³¹ Bu çerçevede baktığımızda, “düzenlenmemiş hükmünde olma” sonucu ile birleştiğinde TTK’nun öngördüğü “denetlenmiş olma” koşulu TTK tarafından finansal tablolar için belirlenmiş bir kurucu unsur olarak görülebilir. Eğer finansal tabloların denetlenmemiş olmalarının sonucunu yokluk olarak kabul eder isek, kurucu unsurlarda bir eksiklik nedeni ile yokluk kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Yokluğa ilişkin bir beyanda bulunmaya gerek olmadığı gibi hakim karar vermesine veya yetkili başka bir makamın işlem yapmasına da gerek yoktur. Yokluk halleri, bir hakkın doğumuna engel bir husus söz konusu olduğundan davaya karşı savunma araçları yönünden bir itiraz niteliği taşır. Görülmekte olan bir davada, bir hukuki işlemin yokluğu anlaşılır ise tarafların ileri sürmelerini beklemeksizin, hakim kendiliğinden re’sen yokluğu dikkate alarak hüküm vermelidir.²³²

Aksi görüşü savunan **Manavgat**, “düzenlemenin sözel yorumu, bağımsız denetimin, finansal tablo ve faaliyet raporunun maddi koşulu hâline getirildiği ve bağımsız denetim yaptırılmadıkça finansal tablo ve

²³⁰ Çelik, 2006, s.553; Poroy et.al., 2014, pr.659; Özkorkut, 2017, s. 543 vd.; Tekinalp, 2015, s. 498

²³¹ Özel hukukta yokluk kavramı için Dural-Sarı, 2011, s.207

²³² Dural-Sarı, 2011, s.207

faaliyet raporunun oluşmayacağı sonucuna ulaşmaya elverişlidir. Bu bağlamda, yasal zorunluluk bulunduğu hâlde bağımsız denetimden geçmemiş finansal tablo ve faaliyet raporları düzenlenmemiş sayıldığına göre, bu sonucu yokluk olarak nitelemek, sözel yorumun sonucudur. Ancak yokluktan söz edebilmek için hukuki işlemin kurucu unsurlarında eksiklik olması gerekmektedir. O halde yokluk sonucuna ulaşmanın haklılığını değerlendirirken, bağımsız denetimin, finansal tablo ve faaliyet raporunun kurucu unsuru olup olmadığı sorusuna yanıt bulunmalıdır. “ demektedir.²³³

Bu çerçevede, unsurları, içeriği ve kapsamı bakımından bağımsız denetim finansal tablonun ve faaliyet raporunun kurucu unsuru değildir. Bu nedenle yasal olarak bağımsız denetim yaptırmakla yükümlü olan bir anonim şirketin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, TTK hükümlerine uygun hazırlanmış olmak kaydıyla finansal tablo ve faaliyet raporunun hükümsüzlüğüne yol açmaz. Bu bağlamda yokluktan söz edilemeyeceği gibi, finansal tablo ve faaliyet raporunun yasal geçerlilik koşulları kapsamında yer almadığı için, bağımsız denetim yaptırılmaması butlan sonucunu da doğurmaz. O halde yasal bağımsız denetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine bağlanan düzenlenmemiş hükmünde olmak sonucu, anılan finansal tablo ve faaliyet raporunun doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından değerlendirilmelidir. TTK’da hükme bağlanan “düzenlenmemiş hükmünde” olmak, finansal tablo ve faaliyet raporunun maddi hukuk bakımından varlığına değil, söz konusu belgelere hukuki sonuç bağlanabilmesine ilişkin bir yaptırımdır. Yapılan bu değerlendirmenin sonucu, denetimden geçmese bile, yasal koşullara uygun olarak hazırlanmış finansal tablo ve faaliyet raporunun maddi hukuk bakımından varlık kazanması; ancak bu belgelere hukuki sonuç bağlanabilmesi için denetim sürecinin tamamlanması gerektiğidir. Oysa bağımsız denetim, finansal tablo ve faaliyet raporunun kurucu unsuru olarak değerlendirilseydi, denetim yapılmadığı sürece bu belgeler hukuki varlık kazanamayacaktı.²³⁴

Diğer yandan **Moroğlu**, denetimden geçmemiş olan yıllık faaliyet raporunun düzenlenmemiş hükmünde olduğuna ilişkin düzenlemenin amacı aşan ve gereksiz bir yaptırım olduğunu söylemektedir.²³⁵

²³³ Manavgat, 2017

²³⁴ Manavgat, 2017

²³⁵ Moroğlu, 2012, s. 193

Kanımızca da TTK'nun denetlenmemiş finansal raporların ve tabloların “düzenlenmemiş hükmünde” olmaları yaptırımına bağlayan kanun hükmünün duraksama yaratacak biçimde kaleme alınmış olduğunu söylemeliyiz. Hükümün lafzi ifadesi “gri” bir biçimde yaptırımın yokluk olduğunu göstermekle birlikte madde gerekçesi hükümsüzlük halini” butlan” olarak ifade etmektedir. Bu da Kanun metninde yer alan hükmün yazım bakımından tartışma yaratacak nitelikte olduğunu ve Kanunun yazımını yapanların yeterli titizliği göstermedikleri veya konunun dikkatlerinden kaçmış olabileceğini ifade etmeliyiz. Aslında kanun maddesinin lafzından duraksama olması halinde, madde ile düzenlenen konunun yorumaması ve hükmün anlamının çıkarılmasında öncelikle maddenin gerekçesine başvurulmalıdır. Eğer buradan da açık bir biçimde anlam çıkarılamıyor ve konu ikincil düzenleme ile yetki verilen bir alanda kalmıyorsa konu ancak mahkemeler tarafından açıklığa kavuşturulabilir. Burad madde gerekçesi açıkça hukussal sonucu “butlan” olarak öngörmesi ve bunun da konunun özüne uygunsuz olmaması nedeniyle yaptırımı butlan olark görmenin isabetli olacağını düşünüyoruz.

ii) Anonim şirket genel kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden birisi finansal tablolar ile yıllık rapor hakkında karar almaktır (TTK m.408/2/d). Yönetim kurulunun geçmiş hesap dönemine ilişkin TMS'lerinde öngörülmüş olan finansal tabloları ve ekleri ile yönetim kurulu faaliyet raporunu bilanço gününü izleyen üç ay içinde hazırlayıp genel kurula sunması gerekmektedir (TTK m.514). Bir başka ifadeyle bu tabloların genel kurula sunulabilmesinin ön koşulu hem TMS'ına göre hazırlanmış olmaları hem de denetiminin yapılmış olmasıdır.²³⁶ Şirketin genel kurulu da denetlenmiş bu tablolara ve rapora dayanarak Kanun ve esas sözleşme çerçevesinde gerekli kararları alacaktır. Bu nedenle de

²³⁶ Nitekim Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” (RG 28/12/2012-28481) genel kurul toplantısında hazır bulundurulacak belgeler arasında finansal tablolar ve yıllık faaliyet raporu yanısıra denetçi raporunu da saymıştır (m.15). Bu nedenle eğer denetçi raporu toplantıda hazır bulundurulmamış ise toplantının açılması ile birlikte hem Ticaret Bakanlığı Komiserinin hem de Toplantı Başkanlığının bu durumu genel kurulun bilgisine sunmaları gerekir. Denetçi Raporu olmaması, Yönetmelik m.27'de sayılan nedenlerden birisi olmadığı için toplantıya devam edilmelidir. Ancak, toplantı gündeme geçilmeden genel kurulun karar alması ile ertelenebileceği (m.28/2) gibi finansal tabloların görüşülmesi sırasında denetim raporunun olmamasını gerekçe gösteren azlığın talebi halinde de (m.28/3) ertelenebilir.

Kanunun aradığı bir ön koşul yerine getirilmemiş olduğundan denetlenmemiş tablolara dayanarak alınan kararlara bağlı olarak herhangi bir hukuki sonuç doğmaması gerekmektedir.

Buradaki duraksama, eğer denetlenmemiş finansal tablolar genel kurula sunulmuş; genel kurul bu tabloları onaylamış ve bunlara dayanılarak yönetim kurulunun ibrası ile kâr dağıtımı konusunda karar alınmış ise genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü nasıl ileriye sürülecektir. Öncelikle genel kurulun bilanço ve kar zarar tablosu ile yıllık faaliyet raporunu kabul ve onaylama kararının TTK m. 397/2 ve 6 karşısında durumu ne olacaktır. Bu karar “yokluk” veya “butlan” ile mi malul olacak yoksa iptal edilebilir bir karar mı olacaktır.²³⁷

Eğer TTK, “düzenlenmemiş hükmündedir” gibi bir hüküm yerine “bağımsız denetime tabi olan şirketler mevzuatta bağımsız denetime tabi tutulması istenilen finansal tablolarının bağımsız denetimini yaptırmak zorundadırlar “ gibi bir ifade kullanılmış olsa idi bağımsız denetimi yaptırmama halinde bu tablolara ilişkin pay sahipleri genel kurulunun kabul/onay kararına karşı TTK m.445 bakımından “kanuna aykırılık” savı ile “*iptal*” davası açılabilirdi.

Denetimden geçmemiş finansal tablo ve yıllık rapora dayanılarak herhangi bir karar alınması veya işlem yapılmasının mümkün değildir.²³⁸ Denetimden geçmemiş finansal tablonun genel kurula sunulması ve onaylanması, başta kâr dağıtımı olmak üzere bu finansal tabloya dayanarak yapılan işlemler nedeniyle yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirir.²³⁹

Bir görüşe göre, “Denetimden geçmese bile finansal tablonun genel kurulca onaylanması halinde, bu onay kararının yanı sıra, finansal tablodaki bilgilerin etkili olduğu başta kâr dağıtımı, yedek akçe ayrılması ve yöneticilerin ibra edilmesi kararlarının batıl olacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira bağımsız denetimden geçmeyen finansal tablonun, TTK m.397/2 ve 6 hükümleri çerçevesinde genel kurula sunulma koşulunu taşımadığı halde genel kurulca onaylanması ve buna bağlı kararlar alınması, TTK m.447/1/b hükmü çerçevesinde pay sahibinin bilgi alma, in-

²³⁷ Anonim ortaklıklarda genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü konusunda Bkz. Moroğlu, 2014; Poroy et.al., 2014, pr.722-756; Tekinalp, 2015, s.391 vd. Bilançonun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre düzenlenmemesi halinde bunun onaylanması ve buna bağlı diğer kararların iptal edilebilir olduğunu söyleyen Üçışık-Çelik (2018), TTK m.397/2 halinde ise ne olacağına hiç değinmemektedirler (s.94-95).

²³⁸ Çelik, 2006, s.549

²³⁹ Manavgat, 2017

celeme ve denetleme haklarının yasal olarak izin verilen ölçünün dışında sınırlandırılması olarak değerlendirilmelidir”.²⁴⁰

Kanun bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde yönetim kurulu üyelerinin ibrası sonucunu doğurur (TTK m. 424). Bu nedenle, denetletirilmemiş bir bilançonun düzenlenmemiş olduğu kabul edildiğine göre bu konuda alınmış genel kurul kararı da genel kurulda onaylanması kararının batıl olduğu kanısındayız.

Yıllık kâr bilançoya göre belirlenir (TTK m. 508/2). Şirketin kârına ve esas sözleşmeye göre yapacağı kar dağıtımını da bilançoya göre belirlenen bu kâr esas alınarak yapılır. Eğer yıllık bilanço denetletirilmemiş ise, genel kurul kârın dağıtımını konusunda karar alamaz. Düzenlenmemiş olduğu kabul edilen finansal tablolara dayanılarak alınan kâr dağıtım kararı batıl olacağı gibi bu şekilde dağıtılan kâr payı da haksız alınmış bir kâr payı (TTK m.512) olacaktır.²⁴¹

iii) Bir başka konu, bağımsız denetçinin seçimi için öngörülen zaman kurallarıdır. TTK m. 399/1’de denetçinin, her hâlde görevini yerine getireceği faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi şart koşulmuştur. TTK’nun bu maddeye ilişkin gerekçesinde seçimin zamanına ilişkin hükmün emredici olduğu ve aykırılık halinde TTK m.399/6 hükmünün uygulanacağı yani mahkemece seçileceği ifade edilmiştir.

Faaliyet dönemi bitmesine rağmen, genel kurulda seçimin yapılmaması veya mahkeme kararıyla atamanın gerçekleştirilememesi hâlinde, izlenebilecek yöntemin belirlenmesi, düzenlenmemiş hükmündeki finansal tablo veya faaliyet raporunun geleceğini de belirleyecektir. Faaliyet dönemi bittikten sonra denetçi seçilmesine olanak tanınmaması, düzenlenmemiş hükmündeki finansal tablo veya faaliyet raporunun daha sonra denetimden geçirilerek düzenlenmiş sayılmasına fırsat veremeyecektir. Bu durumda özellikle finansal tablonun onaylanmasına bağlı olarak alınabilecek kararların alınması da olanaksızlaşacaktır. Anılan nedenle faaliyet dönemi bitmesine rağmen denetçinin seçilememesi veya mahkeme kararıyla atanamaması durumunda izlenebilecek yöntemin belirlenmesi de, konuyla doğrudan ilgilidir.

KGK’nın Mayıs, 2016’da verdiği bir kararında, hesap dönemi geçtikten sonra denetçi seçilmesinin TTK m. 397 hükmünde öngörülen bağımsız denetim zorunluluğunun yerine getirilmiş olmayacağı sonucuna

²⁴⁰ Manavgat, 2017

²⁴¹ Bu konuda Karacan-Erişir Karacan, 2016, s.249.

varılmıştır.²⁴² İdare, yasayla verilen yetkinin dışında düzenleme yapamayaacağı için düzenleyici işlem niteliğini bulunmayan, kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik bu açıklamadan anlaşılması gereken, faaliyet dönemi bittikten sonra bağımsız denetçi seçilmesinin, gecikme nedeniyle doğabilecek sorumluluğu ortadan kaldırmayacağıdır. Ancak KGK Kararı'nın sözel ifadesi, faaliyet dönemi geçtikten sonra genel kurul kararıyla veya mahkeme kararıyla bağımsız denetçi seçilemeyeceği şeklinde yorumların yapılmasına yol açtığı, mahkemelerce denetçi atanması istemlerinin reddildiği, şirket genel kurullarında faaliyet dönemi bittikten sonra denetçi seçimi yapılmasında duraksamalar yaşandığı görüldüğünden, konuya açıklık getirilmiş ve kamuya Ekim 2016'da yeni bir duyuru duyuru yapılmıştır.²⁴³ Söz konusu duyuruda, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan gerekçelerle ulaşılan sonuçlarla uyumlu olarak, faaliyet dönemi geçtikten sonra da genel kurul veya mahkeme kararıyla bağımsız denetçi belirlenebileceği, ancak gecikme nedeniyle doğan sorumluluğun saklı olduğu vurgulanmıştır. Böylece faaliyet döneminin sonuna kadar bağımsız denetçinin seçilememesi durumunda dahi, sonradan bağımsız denetçi seçilebileceği gibi, bu seçimin genel kurul veya mahkeme kararıyla yapılabileceği yönünde, TTK sistemine uygun bir içerikte, kamuoyu bilgilendirilmiştir.²⁴⁴

SPKn. uyarınca ihraççılar düzenleyecekleri finansal tablo ve raporlardan Türkiye Muhasebe Standartları kapsamında Kurulca belirlenenleri, bu Kanun uyarınca listeye alınan bağımsız denetim kuruluşlarına, Türkiye Denetim Standartları çerçevesinde bilgilerin gerçeği doğru ve dürüst bir biçimde yansıtması ilkesine uygunluğu bakımından inceleyerek bir bağımsız denetim raporu almak zorundadırlar (m.14/3). Bu emredici kurala uymamadan hazırlanan finansal raporların kamuya açıklanması SPK'n. tarafından yapılan düzenlemeleere aykırılık oluşturup bir kabahat olarak idari para cezası yaptırımına tabi olmalıdır (SPKn. m.103). Bu tablolarda gerçeğe aykırı bilgi olması ise bir suç olarak tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır (SPKn. m.112/2). Ayrıca,

Diğer yandan BnkKn.'na göre, bankaların genel kurullarına sunacağı yıllık finansal raporların bağımsız denetim kuruluşlarınca onaylanması şarttır (39/2). Bu konuda sorumluluk da Kanun tarafından yönetim

²⁴² KGK'nın 12/5/2016 tarih ve 75935942-050.01.04-(03/) Sayılı Kararı. Kararın içerik ve KGK'nın yetkisi açısından eleştirisi için bkz. Özkorkut, 2017: s. 554 – 559

²⁴³ KGK'nın 27.10.2016 tarihli ve 75935942-050.01.04-(03/) Sayılı Kararı

²⁴⁴ Bu konuda Manavgat, 2017, Özkorkut, 2017

kuruluna verilmiştir (m.41) BnkKn. bu konuda öngörülen yüküme uyulmamayı aynı zamanda kabahat olarak görmüş ve idari para cezası yaptırımına bağlamıştır (BnkKn. m.146/e).

Taşdelen tarafından ifade edilen “Mali Tabloların bağımsız denetim kuruluşlarına inceletilmemiş olması **bilanço ve gelir talosunun şekil şartı değildir ve geçerliliğini etkilemeyeceği**; ancak bu halde BnkKn.’ndaki yaptırımların uygulanacağı; bununla birlikte yönetim kurulunun yasal görevini yerine getirmemiş olmasından dolayı hukuksal sorumluluğunun da doğacağı” şeklindeki görüşün²⁴⁵ ilk cümlesine TTK m.397/2 ve 6 karşısında katılmak mümkün değildir. TTK m.397/2 anonim ortaklık olarak kurulmuş olan bankalar için de geçerli bir kuraldır. Kabahat hukuku çerçevesinde doğan yaptırım ayrıdır, eylemin ya da işlemin hukuksal geçerliliği ve sonuçları ayrıdır. Bu nedenle bağımsız denetim yaptırmama halinde hem TTK m.397/2 ve 6 ile bunun öngördüğü hukuksal sonuçlar uygulanacak hem de BnkKn. gereğince bankaya idari yaptırım uygulanacaktır. Yönetim kurulunun hukuksal sorumluluğu da bir başka sorumluluk konusudur.

ii) Denetçinin Denetim Sonucunda Görüş Vermekten Kaçınması veya Olumsuz Görüş Vermesi

İkinci bir özel durum, denetçinin denetim sonucunda görüş vermekten kaçınması veya olumsuz görüş vermesi halidir.

Denetçi belirli hallerde görüş vermekten kaçınabilir. Şirket defterlerinde denetlemenin Kanun hükümlerine uygun bir şekilde yapılmasına ve sonuçlara varılmasına olanak vermeyen ölçüde belirsizliklerin bulunması veya şirket tarafından denetlenecek husularda önemli kısıtlamaların yapılması halinde denetçi, bunları ispatlayacak delillele sahip olmasa bile gerekçelerini açıklayarak görüş vermekten kaçınabilir. Kaçınma olumsuz görüşün sonuçlarını doğurur (TTK m.403/4).

Denetçi denetim sonucunda olumsuz görüş yazabilir

Olumsuz görüş yazılan hallerde yönetim kurulu, görüş yazısının kendisine ulaşmasından itibaren dört iş günü içinde genel kurulu toplantıya çağırır ve genel kurul yeni bir yönetim kurulu seçer. Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş ise eski yönetim kurulu üyeleri yeniden seçilebilir. Yeni yönetim kurulu altı ay içinde kanuna, esas sözleşmeye ve stan-

²⁴⁵ Taşdelen, C. I, 2015, s.491.

dartlara uygun finansal tablolar hazırlatır ve bunları denetleme raporu ile birlikte genel kurula sunar(TTK m.403/5).

iii) Denetçinin Sınırlı Olumlu Görüş Vermesi

Üçüncü özel durum, denetçi tarafından sınırlı olumlu görüş verilmesi halidir.

Sınırlandırılmış olumlu görüş, finansal tabloların şirketin yetkili kurullarınca düzeltilebilecek aykırılıklar içerdiği ve bu aykırılıkların tablolarda açıklanmış sonuca etkilerinin kapsamlı ve büyük olmadığı durumlarda verilir. Sınırlamanın konusu, kapsamı ve düzeltmenin nasıl yapılacağı sınırlandırılmış olumlu görüş yazısında açıkça belirtilir (TTK m.403/3) Kanun bu durumda pay sahipleri genel kurulunun gerekli önemleri ve düzeltmeleri karara bağlar diyerek (TTK m.505) sınırlandırılmış olumlu görüş durumunda izlenecek yolu göstermiştir.

m) Bağımsız Denetim Raporunu İptal Davası

Bağımsız denetim raporu TTK ve 660 sayılı KHK ve KGK tarafından yapılan düzenlemeler ile BnKn hükümleri ile BDDKr. tarafından yapılan ikincil düzenlemelere aykırı ise bir anonim ortaklık olarak bankanın pay sahipleri ve alacaklılar raporun iptali davasını açabilirler. Bu davanın dayanağı TTK m.554'de yer alan ve denetçinin sorumluluklarını düzenleyen hükümdür.²⁴⁶

6) Banka Bilgi Sistemleri ve Banka Süreçlerinin Denetimi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu bankaların iç sistemleri konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. İyi ve etkin işleyen bir iç sistemler yapısı ile düzenini kurmak bankaların karşı karşıya oldukları riskleri yönetmeleri ve kontrol etmelerinde onlar için yaşamsal bir öneme sahiptir. Bu nedenle günümüzde bankaların iç sistemlerinin ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulması ve bu düzenlemeler çerçevesinde banka iç sistemlerinin gözetimi bankacılığın güncel konularından birisi olmuştur. Nitekim bilgi işlem teknolojisinde meydana gelen gelişmeler, banka hizmetlerinde giderek daha fazla bilişsel sistemlerin kullanılması, bankaların yeni risklerle karşılaşmaları, finansal krizlerin ortaya çıkma ve de-

²⁴⁶ Bkz. Poroy et.al, 2014, pr. 657

rinleşmesine banka iç sistemlerindeki yetersizliklerin katkıda bulunmuş olması bankalarda iç sistemlerin denetimini önemli hale getirmiştir.

Bu nedenle bankalar, maruz kaldıkları risklerin izlenmesi, kontrolünün sağlanması, faaliyetlerinin kapsamı ve yapısıyla uyumlu ve değişen koşullara uygun, tüm şube ve konsolidasyona tabi ortaklıklarını kapsayan yeterli ve etkin bir iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi kurmak ve işletmekle yükümlüdürler (BnkKn. m. 29/1). İç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin kuruluşuna, işleyişine, yeterliliğine, oluşturulacak birimlere, icra edilecek faaliyetlere, üst yönetimin görev ve sorumlulukları ile BDDK'na yapılacak raporlamalara ilişkin usû ve esasları belirlemekle BDDK'nın yetkilidir (BnkKn. m.29/2)

Bu çerçevede Bankacılık Kanunu iç sistemlerin denetim, kontrol ve gözetimi bakımından üçlü bir yaklaşımı benimsemiştir.

(i) Bunlardan birisi bankaların hemen hepsinde uygulanan ve 70 sayılı KHK (RG 22/7/1983-18112)'den itibaren beri kurumsal yönetimin bir parçası olarak düzenlenegelen zorunlu **iç denetim** sistemidir.²⁴⁷ Kuşkusuz söz konusu düzenlemeden önce de bir yasal zorunluk olmasa bile iç denetim ve kontrol açısından bankaların çoğu, özellikle de kamu bankaları ile özel çok şubeli bankalar, hem teftiş birimleri hem de iç kontrol birimleri kurmuşlardı.

5411 sayılı BnkKn.'na göre, bankalar bütün birim, şube ve konsolidasyona tabi ortaklıklarını kapsayan bir iç denetim sistemi kurmak zorundadır. Bu çerçevede, faaliyetlerin mevzuata, ana sözleşmeye, iç düzenlemelere ve bankacılık ilkelerine uygunluğu, banka müfettişleri tarafından denetlenir. İç denetim faaliyetleri, tarafsız ve bağımsız bir şekilde, gerekli meslekî özen gösterilerek, yeterli sayıda müfettiş tarafından yerine getirilir. Ana ortaklık niteliğindeki bankanın iç denetiminde görev alanlar konsolidasyona tabi ortaklıklarda iç denetim görevini ifa edebilir. İç denetimle görevli birimce veya yetkili müfettişlerce BnkKn. m.29/2 kapsamında düzenlenecek iç denetim raporunun, en az üçer aylık dönemler itibarıyla ve denetim komitesi aracılığıyla yönetim kuruluna tevdi zorunludur (BnkKn. m.32).

²⁴⁷ 70 sayılı KHK'nin "Banka müfettişleri" başlığını taşıyan 27. Maddesi hükmü: "Bankaların, işlemlerinin bankacılık ilkelerine ve mevzuatına uygunluğunu denetlemek üzere yeteri kadar müfettiş çalışmalarını zorunludur."

Diğer yandan SPKr. tarafından yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkleri de şirketlerin Denetimden Sorumlu Komite ve bunun görev ve sorumluluklarını düzenlemiştir.²⁴⁸

TTK m.398/1, iç denetimin denetlenmesini ise TDS'nin elverdiği ölçüde bağımsız denetim kapsamında yapılması gereken bir iş olarak görmüştür.

(ii) İkincisi de **risk yönetimi sistemidir**. Bankalar risk yönetimi sistemi kapsamında, risk politikalarını Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde oluşturmak, uygulamak ve raporlamak zorundadır. Risk yönetimi faaliyetleri yönetim kuruluna bağlı olarak çalışacak risk yönetimi birimi ve personeli tarafından yürütülür (BnkKn. m.31).

Aynı zamanda TTK m.378 ile de düzenlenen risk yönetim sisteminin denetimi bağımsız denetimin bir parçası olarak görülmüştür (TTK m.398/4).²⁴⁹

(iii) Geleneksel iç denetim sistemleri yanısıra teknolojik yapı ve gelişmeler, bankacılık risklerinin çeşitlenmesi ve bunların izlenmesi ile kontrolü bir başka tür örgütlenme tarzı ve yaklaşıma gerek doğurmuştur. Bu daha ziyade teknolojik esaslı bir denetim yaklaşımına dayanan **iç kontrol sistemidir**. Bu nedenle Kanun bankalara iç kontrol sistemi kurma yükümlülüğü de vermiştir. Bankalar, iç kontrol sistemi kapsamında, faaliyetlerinin mevzuata, iç düzenlemelerine ve bankacılık teamüllerine uygun olarak yürütülmesini, muhasebe ve raporlama sisteminin bütünlüğünü, güvenilirliğini ve bilgilerin zamanında elde edilebilirliğini her seviyedeki personeli tarafından uyulacak ve uygulanacak sürekli kontrol faaliyetleri ile sağlamak, görevlerin fonksiyonel ayrımlarını, yetki ve sorumlulukların paylaşımını, fon ödemelerini, banka işlemlerinin mutabakatını, varlıkların korunmasını ve yükümlülüklerin kontrol altında tutulmasını temin etmek, maruz kalınan her türlü riskin tanınması, değerlendirilmesi ve yönetimi için gerekli alt yapıyı hazırlamak ve yeterli iletişim ağını oluşturmak zorundadır (BnkKn. m.30)

Kanun iç kontrol faaliyetlerine verdiği önemi göstermek ve bu birimin günlük icrari yetkilerini kullanan yönetimden bağımsız olmasını sağlamak istemiş ve iç kontrol faaliyetlerinin yönetim kuruluna bağlı

²⁴⁸ SPKr. Kurumsal Yönetim Tebliği II-17.1 (RG 3/1/2014-28871) 4.5.9

²⁴⁹ Ayrıca SPKr. Kurumsal Yönetim Tebliği II-17.1 (RG 3/1/2014-28871) 4.5.12

olarak çalışacak iç kontrol birimi ve personeli tarafından yürütülmesini öngörmüştür (BnkKn. m.30).

Bankaların bilgi sistemleri ile bankacılık süreçlerinin, yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesi bu sistemlerin ve süreçlerin etkinliği ve iyi işleminin gözetimi açısından önemlidir.²⁵⁰

Konu SPKr. tarafından ikincil düzenlemeler ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Halka açık ortaklıklar düzenlemeler kapsamında bilgi sistemlerinin bağımsız denetimini yaptırmakla yükümlüdürler.²⁵¹ Ancak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 136 ncı maddesi uyarınca banka ve sigorta şirketleri ile 6361 Kanun uyarınca finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin bilgi sistemlerinin, kendi özel mevzuatlarında belirlenen ilkeler çerçevesinde yönetilmesi, Tebliğ ile öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hükmünde olduğu öngörülmüştür (VII-128.9 m.1/2). Ayrıca, banka ve sigorta şirketleri ile finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin bilgi sistemlerinin kendi özel mevzuatlarında belirlenen ilkeler çerçevesinde denetlenmesi, öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hükmünde olduğu ve söz konusu ortaklıkların kendi özel mevzuatlarına aykırı olmamak kaydıyla bilgi sistemleri bağımsız denetimi raporlarının SPKr.'na sunulması gerektiği belirtilmiştir (Tebliğ III-62.2. m.1/2).

BDDKr. bankalar ile bilgi sistemleri ve bankacılık süreçlerinin denetimine ilişkin rapor oluşturulması amacıyla sınırlı olmak üzere bankalar ve konsolidasyon kapsamındaki ortaklıkları, bankalara bilgi sistemleri hizmeti veren destek hizmeti kuruluşları, bilgi sistemleri ve bankacılık süreçlerinin denetimini yapmaya yetkili kuruluşlar, bağımsız denetim kuruluşları ve dış hizmet sağlayıcı kuruluşların uyacakları esaslar ikincil düzenlemeler ile belirlemiştir.²⁵²

²⁵⁰ Bilgi sistemleri denetimi konusunda bkz. Cantürk, 2017; Meral, 2016

²⁵¹ SPKr.; Bilgi Sistemleri Bağımsız Denetim Tebliği (III-62.2) (RG 5/1/2018-30292)

SPKr.; Bilgi Sistemleri Yönetimi Tebliği (VII-128.9) RG 5/1/2018-30292

Bu düzenlemelerin bir değerlendirilmesi için bkz. Cantürk, 2018

²⁵² Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461)

Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimine İlişkin Rapor Hakkında Tebliğ (RG 13/1/2010 – 27461)

Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelere İlişkin Tebliğ (RG 14/9/2007 – 26643)

BDDKr., finansal rapor ve tablolar ile bilgi sistemleri denetimini kapsam ve nitelik itibarıyla birbirinden tamamen farklı alanlar olduğunu düşünmüş ve bu çerçevede bu iki bağımsız denetimi yapacak bağımsız denetim kuruluşlarını farklı ölçütlere dayanarak yetkilendirmiş ve bu iki tür denetim için ayrı ayrı yetkili bağımsız denetim kuruluşu listeleri yayınlamıştır. Ayrıca bilgi sistemi denetçisi olabilme için de farklı koşullar öngörmüştür.

a) Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçleri Denetiminin Amacı

BSD, bilgi sistemleri yönetimi kapsamında yer alan süreç, faaliyet, yazılım ve donanım gibi bilgi sistemi unsurları ve bankacılık faaliyetlerine ilişkin süreçler ile bu sistem ve süreçler dâhilinde tesis edilen iç kontrollerin değerlendirilmesi sonucunda görüş oluşturulması ve rapora bağlanması aşamalarından oluşan süreçtir. BSD'nin *temel amacı* denetlenenin "*bilgi sistemleri ve bankacılık süreçlerinin ve bu sistem ve süreçlere ilişkin iç kontrollerinin uyumluluk, etkinlik ve yeterliliği hakkında görüş oluşturulması*" olarak ifade edilmektedir.²⁵³

b) Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçleri Denetimi (BSD) Yapacak Kuruluşların Yetkilendirilmesi

Düzenlemeler uyarınca BSD yapmak üzere yetkilendirilecek kuruluşların;

- a) Bankalarda bağımsız denetim yapma yetkisini haiz olması gerekir.²⁵⁴

Bilgi Alışverişi, Takas ve Mahsuplaşma Kuruluşlarında Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkeler ile İş Süreçleri ve Bilgi Sistemlerinin Denetimine İlişkin Tebliğ (RG 4/12/2013 – 28841)

Şu iki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır:

BDDK; Bankalarda Bağımsız Denetim Kuruluşları Gerçekleştirilecek Bilgi Sistemleri Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 16/5/2006 – 26170)

BDDK; Bankalarda Bağımsız Denetim Kuruluşları Gerçekleştirilecek Bilgi Sistemleri Denetimine İlişkin Rapor Formatı Hakkında Tebliğ (RG 5/12/2006-26367)

²⁵³ Bağımsız Denetim Kuruluşları Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.21

²⁵⁴ Finansal denetim yapmaya yetkili olan bağımsız denetim kuruluşlarından 7 tanesi aranan ek koşulları karşıladıklarından aynı zamanda bilgi sistemleri denetimine yetkili kuruluş olarak BDDKr. tarafından yetkilendirilmiş ve listeye alınmıştır. Bu liste için BDDKr.'nin internet sitesi: www.bddk.org.tr Kuruluşlar/Bağımsız Denetim Kuruluşları sayfası.

b) İkincil düzenleme kapsamındaki faaliyetleri yürütecek yeterli sayı ve nitelikte denetçi istihdam etmesi şarttır.²⁵⁵

Bu nedenle BSD faaliyetinde bulunmak isteyen bağımsız denetim kuruluşu tarafından BDDKr.'na başvurulması gerekir. Bu başvuruya denetçi yardımcısı dışındaki denetçiler ile ilgili bazı bilgi ve belgelerin eklenmesi gerekmektedir. Denetçi ve denetçi yardımcılarının mesleki tecrübeleri ve katıldığı denetim çalışmaları yanısıra bunlarda aranan bilgiler yanısıra eğer varsa Bilgi Sistemleri Denetçisi Sertifikalarının (CISA)²⁵⁶ veya Yönetmelik kapsamına ilişkin diğer sertifikalarının aslı ya örneği de istenmektedir.²⁵⁷

BSD yapma yetkisi almak üzere başvuruda bulunan bağımsız denetim kuruluşlarının ortak ve denetçileri, ikincil düzenlemede belirtilen bilgi ve belgeler çerçevesinde değerlendirilerek mesleki ve teknik açıdan yeterliliklerinin tespitine yönelik olarak BDDKr. tarafından yerinde incelemede bulunulması neticesinde, faaliyet konularını yürütebilecek yeterliliğe sahip oldukları kanaatine varılması halinde, söz konusu yetkili kuruluşlara BDDKl. kararıyla bankalarda ilgili Yönetmelik kapsamında denetim yapma yetkisi verilir.²⁵⁸ Ancak belirli koşulların gerçekleşmesi halinde bu yetki geçici veya sürekli olarak kadırlabailir.²⁵⁹

BSD'nin en önemli özelliklerinden birisi ve finansal tabloların bağımsız denetiminden farkı, BSD yapacak olan bağımsız denetim kuruluşunun bu denetim faaliyetini belirli koşullar çerçevesinde **dış hizmet alımı yoluyla** da gerçekleştirebilmesidir. Ancak bu konuda dış hizmet sağlayıcı kuruluşun bazı özellikleri taşıması gerektiği gibi bu hizmeti verebilmek için de BDDKr.'undan izin alınması gerekmektedir.²⁶⁰

²⁵⁵ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.9

²⁵⁶ CISA - Certified Information System Auditor / Sertifikalı Bilgi Sistem Denetmeni belgesi 1967 kurulan ISACA - Information Systems Audit and Control Association tarafından verilmektedir. Bu kuruluş için bkz. www.isaca.org.

²⁵⁷ Başvuruya eklenecek bilgi ve belgeler için bkz. Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.10. Bilgi sistemleri denetçisi mesleği için aranan koşullar için ise bkz. m.18.

²⁵⁸ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.11

²⁵⁹ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.12

²⁶⁰ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.13-17

c) Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçleri Denetiminin Kapsamı

İkincil düzenleme “*bilgi sistemleri denetimi*” ile “*bankacılık süreçleri denetimi*”ni iki farklı tür denetim süreci olarak düzenlemiştir. Bankacılık süreçleri denetimi her yıl, bilgi sistemleri denetimi ise iki yılda bir kez yapılır. Ancak, BDDKr., gerekli gördüğü hallerde denetlenenlerden herhangi biri ya da tüm denetlenenler için, bu denetimlerin kapsamını ve sıklığını farklılaştırabilir.²⁶¹

BSD faaliyetlerini gerçekleştirilebilmesi için bağımsız denetim kuruluşunun denetim yapma yetkisini haiz olması ve denetlenenle denetim sözleşmesi yapmış olması gereklidir.

Yetkili kuruluşlar, bilgi sistemleri ve bankacılık süreçleri denetiminin gerçekleştirileceği dönemde, denetlenenin bağımsız denetim faaliyetini de yürütüyor olmak zorundadırlar.

Bankacılık süreçleri denetimi, yetkili kuruluş tarafından bu faaliyeti yürütmekle görevlendirilen finansal denetçi tarafından, bilgi sistemleri denetçisi ile birlikte gerçekleştirilir.²⁶²

i) Bilgi Sistemleri Denetimi

Denetçi, bilgi sistemleri genel kontrollerini, önemlilik kriterini esas alarak belirlediği kapsam dâhilinde uyumluluk, etkinlik ve yeterlilik açısından incelemeye tâbi tutmalıdır.

Genel kontroller, tesis edilmelerinde esas alınan çerçeveye, standart ya da metodolojiden bağımsız olarak; bankalarda bilgi sistemleri yönetiminde esas alınacak ilkelere ilişkin Kurum tarafından yapılan düzenlemelerdeki hükümler gözetilerek, COBIT’e²⁶³ göre denetlenir.

Genel kontrollerin uyumluluk, etkinlik ve yeterliliğine ilişkin inceleme çalışmalarını tamamlayıcı bir unsur olarak; olgunluk modeli çerçevesinde ilgili kontrol hedefine ilişkin sürecin olgunluk seviyesi de belirlenir. İlgili kontrol hedefine ilişkin sürecin olgunluk seviyesi değerlendirilir.

²⁶¹ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.22

²⁶² Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.27

²⁶³ COBIT: Bilgi Sistemleri Denetim ve Kontrol Birliği (ISACA) Bilgi Teknolojileri Yönetişim Enstitüsü (ITGI) tarafından yayınlanmış olan Bilgi Teknolojilerine İlişkin Kontrol Hedefleri’nin (COBIT) denetim döneminin başlangıcı itibarıyla Kurumca uygun görülen versiyonunu ifade eder. COBIT için bkz. www.isaca.org

dirilirken süreci oluşturan detaylı kontrol hedeflerinin tamamı dikkate alınır.²⁶⁴

ii) Bankacılık Süreçleri Denetimi

Bankacılık süreçleri denetimi, yetkili kuruluş tarafından bu faaliyeti yürütmekle görevlendirilen finansal denetçi tarafından, bilgi sistemleri denetçisi ile birlikte gerçekleştirilir. Denetçi, denetlenenin bankacılık süreçlerini ve bu süreçler üzerindeki iç kontrollerini, önemlilik kriterini esas alarak belirlediği kapsam dâhilinde uyumluluk, etkinlik ve yeterlilik açısından incelemeye tâbi tutar. ve değerlendirilmesine ilişkin kontroller.²⁶⁵

Denetçi, bilgi sistemleri genel kontrolleri ve bankacılık süreçleri üzerindeki kontrollerle sınırlı olmak üzere denetlenenin iç kontrol ve iç denetim sistemleri bünyesinde yürüttüğü çalışmalarını önemlilik kriteri çerçevesinde değerlendirir.

iii) İç kontrol ve İç Denetim Sistemine İlişkin Değerlendirme

Denetçi, bilgi sistemleri genel kontrolleri ve bankacılık süreçleri üzerindeki kontrollerle sınırlı olmak üzere denetlenenin iç kontrol ve iç denetim sistemleri bünyesinde yürüttüğü çalışmalarını önemlilik kriteri çerçevesinde değerlendirir.²⁶⁶

d) Bilgi sistemleri ve Bankacılık Süreçleri Denetimi ile Bağımsız Denetimin İlişkisi

Bağımsız denetim ile BSD; birbirlerinin kapsam ve sonucunu etkileyecek hususlar ihtiva etmeleri nedeni ile aralarında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle bu ik tür denetimin bütünsel bir yaklaşım içinde planlanması ve uygulanması gerekmektedir.²⁶⁷

Denetçi BSD kapsamını belirlerken ve bu kapsamdaki çalışmalarını yürütürken; denetim görüşünü destekleyecek düzeyde yeterli denetim kanıtı elde edilmesinin yanı sıra, bağımsız denetime ilişkin denetim riski değerlendirmelerini desteklemek için de denetim kanıtı elde edilmesini gözetir.

²⁶⁴ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.24

²⁶⁵ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.25

²⁶⁶ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.26

²⁶⁷ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.23

Bilgi sistemleri ve bankacılık süreçleri denetimine ilişkin görüşün “şartlı”, “olumsuz” ya da “görüşten kaçınma” şeklinde olması durumunda; görüş ve görüşe esas teşkil eden tespitler finansal denetçiye yazılı olarak iletilir.

e) Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçleri Denetim Görüşü ve Mektubu

Bilgi sistemleri ile bankacılık süreçlerinin denetimi raporunu imzalamaya yetkili kişiler denetim sonunda tıpkı bağımsız denetimde olduğu gibi “denetim görüşü oluşturma” yükümü altındadırlar. Bildirilecek görüşlerin türüne göre, görüş ve denetim mektubunun formları ya da örneği ilgili Yönetmelik ekinde yer almaktadırlar.²⁶⁸

Olumlu Görüş: Denetim raporunu imzalamaya yetkili kişiler denetim sonucunda herhangi bir önemli kontrol eksikliğinin bulunmaması ve denetim kapsamında herhangi bir kısıtlama ya da engelleme ile karşılaşılmasında, kendilerine bağlı bağımsız denetim ekiplerinin de görüşlerini alarak olumlu görüş bildirirler.

Şartlı görüş: Denetim raporunu imzalamaya yetkili kişiler, kendilerine bağlı bağımsız denetim ekiplerinin de görüşlerini alarak;

a) Yapılan denetim sonucunda en az bir önemli kontrol eksikliğiyle karşılaşmalarına rağmen, bu eksikliklerin denetlenen bilgi sistemleri ile bankacılık süreç ve sistemlerinin bütününe veya büyük bir kısmını etkilemediğini düşündükleri,

b) Görüş bildirmekten kaçınmayı gerektirecek önemde olmamakla birlikte, BSD faaliyetlerini sınırlayan herhangi bir hususun varlığı veya yeni tesis edilmiş bir sistem veya süreç hakkında yeterince bilgi edinememeleri veya

c) Denetim görüşünün oluşturulması için yeterli ve uygun denetim kanıtının elde edilememesi durumlarında

şartlı görüş bildirirler.

Olumsuz görüş: Denetim raporunu imzalamaya yetkili kişiler, yapılan denetim sonucunda rastlanılan önemli kontrol eksikliklerinin tek başlarına veya beraber değerlendirildiklerinde,

²⁶⁸ Denetim görüşü için Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.34. Görüş örnekleri formu için EK 11,12,13, Denetim mektubu örnekleri için Ek:14,15,16,17.

a) Denetlenenin bilgi sistemleri ile bankacılık süreçlerinin bütünü veya büyük bir kısmını etkilediğine ilişkin kanaat edinmeleri veya

b) Yönetmelik uyarınca (m.33) şirket yönetim kurulunca hazırlanan yönetim beyanı ile denetçinin denetlenen bünyesinde gerçekleştirdiği denetim sonrasında önemli bir kontrol eksikliğinin bütün önemli taraflarıyla eksik veya yanlış aktarılmasından kaynaklanan bir farklılık bulunması durumlarında kendilerine bağlı bağımsız denetim ekiplerinin de görüşlerini olumsuz görüş bildirirler.

Görüş bildirmekten kaçınma: Denetim raporunu imzalamaya yetkili kişiler, denetim çalışmalarında karşılaşılan belirsizlik ve sınırlamaların görüş belirtilmesini engelleyecek derecede önemli olduğunu düşündükleri durumlarda, kendilerine bağlı bağımsız denetim ekiplerinin de görüşlerini alarak, bilgi sistemleri ile bankacılık süreçleri üzerindeki kontroller hakkında görüş bildirmekten kaçınabilirler. Bu durumda denetim mektubu düzenlenir. Görüş bildirmekten kaçınma durumunda düzenlenecek raporda, kaçınmaya yol açan nedenlere ilişkin denetçi görüşlerine yer verilmesi şarttır.

Bankalarda ve konsolidasyona tabi ortaklıklarında gerçekleştirilen BSD sonucunda bu olumlu, şartlı veya olumsuz görüşe varılması hallerinde, sırasıyla örneklere uygun olarak denetim mektubu düzenlenir. Görüş bildirmekten kaçınmayı gerektirecek şartların varlığı halinde ise, örneğe uygun olarak denetim mektubu düzenlenir.

f) Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçleri Denetim Raporu

İkincil düzenleme bilgi sistemleri ile bankacılık süreçlerinin denetimi sonunda hazırlanacak rapora ilişkin olarak bazı genel ilkeler öngörülmüştür.²⁶⁹

BSD raporu, önemlilik kavramı da dikkate alınarak, bilgi sistemleri ve bankacılık süreçleri üzerinde değerlendirmelere yer verilen ve denetçinin kanaatinin net bir dille yazılı olarak açıklandığı metindir. Denetçinin görevi, bilgi sistemleri ve bankacılık süreçleri üzerindeki kontroller hakkında denetim kanıtlarını toplayıp incelemek, değerlendirmek ve bu kanıtlar üzerinde bir sonuca ulaşarak denetim hakkında kanaat oluşturmaktır.

²⁶⁹ Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.40

Denetçi, denetim çalışmaları sonrasında BSD raporunu düzenlemek zorundadır. Rapora ilişkin esas ve usûller Kurul tarafından düzenlenir.²⁷⁰

BSD raporu, denetimin gerçekleştirildiği döneme ait faaliyetlerin tamamını kapsar. Tamamlanan raporlar, yetkili kuruluş sorumlu bilgi sistemleri bağımsız başdenetçisi veya bilgi sistemleri denetimi dış hizmet alımı ile gerçekleştirilmiş ise ilgili firmanın imzalamaya yetkili olduğu kişi ile sorumlu ortak başdenetçi tarafından imzalanır. Yetkili kuruluşun, ikincil düzenlemede öngörülen tecrübe koşullarını sağlaması kaydıyla, bir sorumlu ortak başdenetçiyi bilgi sistemleri denetimini yürütmekle görevlendirmesi halinde, denetim raporu, sorumlu bilgi sistemleri başdenetçisi yerine diğer sorumlu ortak başdenetçi ile birlikte bu kişi tarafından imzalanabilir.

BSD raporu, BDDKr. tarafından aksi belirtilmedikçe, bağımsız denetim raporuyla birlikte tamamlanır ve yetkili kuruluşu temsil ve ilzama yetkili olanların imzasını taşıyan bir yazı ekinde denetlenenin yönetim kurulu başkanlığına, denetim komitesine ve BDDKR.'na iletilir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hükümlerine göre oluşturulan güvenli elektronik imza ile imzalanmış BSD raporunun elektronik ortamdaki kopyası da aynı süre içerisinde BDDKr.'na gönderilir.

BSD raporunun içeriği, gizli bilgi niteliği taşır ve herhangi bir ortamda yayımlanamaz. Bu bilgilerin gizliliği ve güvenliği, BDDKr.'nun, yetkili kuruluşların, bağımsız denetim kuruluşlarının, dış hizmet sağlayan kuruluşların ve denetlenenin sorumluluğundadır. Denetlenenler, denetim sonuçlarını içerecek beyanatlar veremezler ve bu hususları reklam amaçlı kullanamazlar. Bu nedenle, kanımızca, BSD Raporu sadece şirketin denetim komitesi ve yönetim kurulu ile paylaşılabilir. BSD Raporunun pay sahipleri genel kuruluna sunulması ve burada görüşülmesinin de mümkün olmadığı kanısındayız.

7) Banka Bağımsız Denetim Sistemine Yeni Bir Yaklaşım

Bankalarda bağımsız denetim yapacak kuruluştan seçimi ve görevlendirilmesinde esas itibarıyla TTK'unda yer alan ve şirket yönetiminin belirlediği ve genel kurulda önerdiği, genel kurulun da denetçi seçimi kara-

²⁷⁰ Bu konuda bkz. BDDK; Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimine İlişkin Rapor Hakkında Tebliğ (RG 13/1/2010 – 27461)

rı aldığı bir sistem uygulanmaktadır. Banka sonunda kendi seçtiği bir denetim kuruluşunu görevlendirmektedir. Bir başka deyişle banka denetim kuruluşunun ticari bir müşterisidir. Her ne kadar bağımsız denetim bir kamusal iş olarak görülse ve bankalar da KAYİK olarak kabul edilse-ler de bu temel gereçeği değiştirmemektedir. Denetim kuruluşunun faaliyetleri ve iş yapma biçimleri TTK, 660 sayılı KHK ve Bankacılık mevzuatı ile çok sıkı bir düzenleme ve gözetime tabi olsa da ilişki ticari boyutu olan bir ilişkidir. Ülkemizde 2000 Krizi, ABD’inde 2000’lerin başındaki şirket skandalları, 2008 Krizi bu denetim işinin şirket ile denetim kuruluşu arasında bir ticari ilişki olarak kurulmasının bir biçimde yaşanan sorunların doğumuna ve büyümesine katkı yaptığını göstermiştir.

Bu çerçevede banka-denetim kuruluşu arasında kurulu olan müşteri-hizmet sunan ilişkisinde tarafların değiştirilmesi düşünülebilir. Bir başka deyişle, bu ilişki BDDKr.-denetim kuruluşu ilişkisi şeklinde yeniden kurulabilir.

Bunun anlamı şudur.

Bankalar ile, ana ortak olarak bankanın konsolide olduğu kredi kuruluşu ve finansal kuruluşların denetçisi banka genel kurulu tarafından değil BDDKr. tarafından seçilecek ve hizmet sözleşmesi BDDKr. ile denetim kuruluşu arasında yapılacaktır. Denetim kuruluşunun müşterisi artık banka yerine onu seçen ve sözleşme imzalayan BDDKr. olacaktır. Banka artık müşteri olmak yerine finansal raporları denetlenen bir kurum, denetimin yapıldığı kurum haline gelecektir. Bu seçim nedeniyle de denetim kuruluşuna ödenecek olan ücret ve masraflar BDDKr.’nun bütçesinden ödenecektir.

BDDKr. tarafından seçilen denetim kuruluşu raporunu ve görüşünü BDDKr.’na iletacaktır. BDDKr. da söz konusu rapor ve görüşü genel kurula sunulmak üzere bankaya iletacaktır.

Bu tür bir ilişkinin, kredi derecelendirme işi açısından da kurulması gerektiği kanısındayız.

EK 1: DENETİM OLİGOPOLÜNÜN OLUŞUMU: 8 BÜYÜKLERDEN 4 BÜYÜKLERE

Devir	Big 8	Big 6	Big 5	Big 4
Dönem	1973-1989	1989-1998	1998-2002	2002-
Firmalar	1. Arthur Andersen 2. Arthur Young 3. Ernst & Whinney/Ernst & Ernst 4. Touche Ross 5. Deloitte, Haskin & Sells 6. Peat Marwick 7. Coopers Lybrand 8. Price Waterhouse	1. Arthur Andersen 2. Ernst & Young (2 ve 3)* 3. Deloitte Touche (4 ve 5)* 4. KPMG 5. Coopers Lybrand 6. Price Waterhouse	1. Arthur Andersen** 2. Ernst & Young 3. Deloitte Touche 4. KPMG 5. PwC (5 ve 6)*	- 1. Ernst & Young 2. Deloitte Touche 3. KPMG 4. PwC

* Birleşen firmaları gösteren bir önceki dönemdeki sıra numarası

** Enron skandalı ardından kapanmıştır

Kaynak: *Allen- Ramanna - Sugata Roychowdhury, 2013, Table 1; D'Agostino, 2003, Figure 2*

EK:2 TOPLAM AKTİF BÜYÜKLÜĞÜNE GÖRE MEVDUAT BANKALARI İLE KALKINMA VE YATIRIM BANKALARININ BAĞIMSIZ DENETİM KURULUŞLARI (2017)

Banka	TA % Payı	Bağımsız Denetim Kuruluşu (2017)
TC Ziraat Bankası	14,03	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A. Ş.
T. İş Bankası	11,71	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhsabeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
T. Garanti Bankası	10,51	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
Akbank	10,21	PwC Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
T.Halk Bankası	9,86	DRT Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş. (Member of Deloitte Touche Tohmatsu Ltd)
Yapı ve Kredi Bankası	9,62	PwC Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
T.Vakıflar Bankası	8,74	PwC Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
İlk 7 Bankanın Toplam Payı	74,68	PwC: 28,57 KPMG:24,54 EY: 11,71 DRT 9,86
QNB Finansbank	4,06	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
Denizbank	3,91	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhsabeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
Türk Ekonomi Bankası	2,77	PwC Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
İlk 10 Bankanın Toplam Payı	85,42	PwC: 31,34 KPMG: 24,54 EY: 18,39 DRT 9,86

Türk Eximbank	2,75	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
ING Bank	1,69	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
ODEA Bank	1,07	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
Şekerbank	1,01	DRT Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş. (Member of Deloitte Touche Tohmatsu Ltd)
T. Sınai Kalkınma Bankası	0,96	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
İller Bankası	0,81	Rehber Bağımsız Denetim ve Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş. (Antea Alliance of Independent Firms)
HSBC Bank	0,79	PwC Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
Fibabanka	0,65	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
Alternatif Bank	0,55	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
Burgan Bank	0,54	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of Ernst & Young Global)
Anadolu Bank	0,49	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
İlk 20 Bankanın Toplam Payı	95,95	PwC: 32,13 KPMG:30,53 EY: 21,61 DRT 10,87 Antea;0,81
Diğer Bankalar (25 Banka)	4,05	EY: Nurol Yatırım Bankası, Pasha Yatırım Bankası PwC: Birleşik Fon Bankası, Bank Mellat, JPMorgan Chase Bank N.A DRT: Aktif Yatırım Bankası, MUFG Bank,

		<p>Citibank A.Ş, Turkland Bank, Societ Générale, Habib Bank, Diler Yatırım Bankası</p> <p>KPMG; Anadolubank, ICBC, Intesa Sanpaolo, Takasbank, Türkiye Kalkınma Bankası, Arap Türk Bankası, Deutsche Bank, Turkish Bank, BankPozitif, Merrill Lynch Yatırım Bank, GSD Yatırım Bankası, Standard Chartered Yatırım Bankası</p> <p>Mercek (Leading Edge Alliance); Adabank</p>
--	--	--

Kaynak: TBB, Bankalarımız 2107 ve Bankaların 2017 yılı faaliyet raporları

EK:3 DIŞ DENETİM FİRMALARI VE DENETLEDİKLERİ MEVDUAT BANKALARI İLE KALKINMA VE YATIRIM BANKALARININ SAYISI VE TOPLAM AKTİF BAKIMINDAN DENETİMDEKİ PAZAR PAYLARI

	İlk 7	8-10	11-20	İlk 20 Toplamı	İlk 20 için TA'ler deki % Payı	21 ve sonrası	Toplam
DRT	1		1	2	10,87	7	9
Ernst & Young	1	2	4	7	21,61	2	9
KPMG	2	-	3	5	30,53	12	17
PwC	3	1	1	5	32,13	3	8
4 Büyükler	7	3	9	19	95,14	24	43
Rehber (Antea Alliance)	-	-	1	1	0,81	-	1
Mercek (Leading Edge Alliance)	-	-	-			1	1
Toplam	7	3	10	20	95,95	25	45

EK: 4 KATILIM BANKALARI VE BAĞIMSIZ DENETİM KURULUŞLARI (2017)

Katılım Bankası	TA'ler bakımından Kesimdeki payı %	Denetçi Kuruluş
Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş.:	23	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş.	36	DRT Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş. (Member of <i>Deloitte Touche Tohmatsu Ltd</i>)
Türkiye Finans Katılım Bankası A.Ş.	24	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of <i>Ernst & Young</i> Global)
Vakıf Katılım Bankası A.Ş.	8	Güney Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.(Member of <i>Ernst & Young</i> Global)
Ziraat Katılım Bankası A.Ş.	9	KPMG Bağımsız Denetim ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik A.Ş.
Denetim Firmalarının TA bakımından Katılım Bankaları Kesiminde Payları		DRT: % 36; KPMG: % 32; EY: %32

Kaynak: TKBB verileri ve banka faaliyet raporları

EK: 5
**KAMU GÖZETİMİ, MUHASEBE VE DENETİM STANDART-
 LARI KURUMU (KGK) TÜRKİYE DENETİM STANDARTLARI**
(Güncel metinler için www.kgk.gov.tr)

I	BAĞIMSIZ DENETÇİLER İÇİN ETİK KURALLAR
	Bağımsız Denetçiler İçin Etik Kurallar Standardı
II	KALİTE KONTROL STANDARTLARI
KKS 1	Finansal Tabloların Bağımsız Denetim ve Sınırlı Bağımsız Denetimleri ile Diğer Güvence Denetimleri ve İlgili Hizmetleri Yürüten Bağımsız Denetim Kuruluşları ve Bağımsız Denetçiler İçin Kalite Kontrol Standardı
III	BAĞIMSIZ DENETİM STANDARTLARI
	GENEL İLKE VE SORUMLULUKLAR
BDS 200	BDS 200 Bağımsız Denetçinin Genel Amaçları ve Bağımsız Denetimin Bağımsız Denetim Standartlarına Uygun Olarak Yürütülmesi Standardı
BDS 210	BDS 210 Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Şartları Üzerinde Anlaşmaya Varılması Standardı
BDS 220	Finansal Tabloların Bağımsız Denetiminde Kalite Kontrol Standardı
BDS 230	Bağımsız Denetimin Belgelendirilmesi Standardı
BDS 240	Finansal Tabloların Bağımsız Denetiminde Bağımsız Denetçinin Hileye İlişkin Sorumlulukları Standardı
BDS 260	260 Üst Yönetimden Sorumlu Olanlarla Kurulacak İletişim Standardı
BDS 265	265 İç Kontrol Eksikliklerinin Üst Yönetimden Sorumlu Olanlara ve Yönetime Bildirilmesi”
	RİSK DEĞERLENDİRMESİ VE DEĞERLENDİRİLMİŞ RİSKLERE VERİLECEK KARŞILIKLAR
BDS 300	300 Finansal Tabloların Bağımsız Denetiminin Planlanması Standardı
BDS 315	İşletme ve Çevresini Tanımak Suretiyle ‘Önemli Yanlıklık’

	Risklerinin Belirlenmesi ve Değerlendirilmesi Standardı
BDS 320	BDS Bağımsız Denetimin Planlanması ve Yürütülmesinde Önemlilik Standardı
BDS 330	Bağımsız Denetçinin Değerlendirilmiş Risklere Karşı Yapacağı İşler Standardı
BDS 402	Hizmet Kuruluşu Kullanan Bir İşletmenin Bağımsız Denetiminde Dikkate Alınacak Hususlar
BDS 450	Bağımsız Denetimin Yürütülmesi Sırasında Belirlenen Yanlışlıkların Değerlendirilmesi Standardı
	BAĞIMSIZ DENETİM KANITLARI
BDS 500	Bağımsız Denetim Kanıtları Standardı
BDS 501	Bağımsız Denetim Kanıtları–Belirli Kalemler İçin Dikkate Alınması Gereken Özel Hususlar Standardı
BDS 505	Dış Teyitler Standardı
BDS 510	İlk Bağımsız Denetimler – Açılış Bakiyeleri Standardı
BDS 520	Analitik Prosedürler Standardı
BDS 530	Bağımsız Denetimde Örneklem Standardı
BDS 540	Gerçeğe Uygun Değere İlişkin Olanlar Dâhil Muhasebe Tahminlerinin ve İlgili Açıklamaların Bağımsız Denetimi Standardı
BDS 550	İlişkili Taraflar Standardı
BDS 560	Bilanço Tarihinden Sonraki Olaylar Standardı
BDS 570	İşletmenin Sürekliliği Standardı
BDS 580	Yazılı Beyanlar Standardı
	BAŞKALARININ ÇALIŞMALARININ KULLANILMASI
BDS 600	Özel Hususlar–Topluluk Finansal Tablolarının Bağımsız Denetimi (Topluluğa Bağlı Birim Denetçilerinin Çalışmaları Dâhil) Standardı
BDS 610	İç Denetçi Çalışmalarının Kullanılması Standardı
BDS 620	Uzman Çalışmalarının Kullanılması Standardı
	BAĞIMSIZ DENETİMİN SONUÇLARI VE RAPORLAMA
BDS 700	Finansal Tablolara İlişkin Görüş Oluşturma ve Raporlama Standardı

BDS 701	Kilit Denetim Konularının Bağımsız Denetçi Raporunda Bildirilmesi Standardı
BDS 705	Bağımsız Denetçi Raporunda Olumlu Görüş Dışında Bir Görüş Verilmesi Standardı
BDS 706	Bağımsız Denetçi Raporunda Yer Alan Dikkat Çekilen Hususlar ve Diğer Hususlar Paragrafları Standardı
BDS 710	Karşılaştırmalı Bilgiler-Önceki Dönemlere Ait Karşılık Gelen Bilgiler ve Karşılaştırmalı Finansal Tablolar Standardı
BDS 720	Bağımsız Denetçinin Denetlenmiş Finansal Tabloları İçeren Dokümanlardaki Diğer Bilgilere İlişkin Sorumlulukları Standardı
	ÖZEL ALANLAR
BDS 800	Özel Hususlar – Özel Amaçlı Çerçevelere Göre Hazırlanan Finansal Tabloların Bağımsız Denetimi Standardı
BDS 805	Özel Hususlar – Tek Bir Finansal Tablonun Bağımsız Denetimi ile Finansal Tablolardaki Belirli Unsurların, Hesapların veya Kalemlerin Bağımsız Denetimi Standardı
BDS 810	Özet Finansal Tablolara İlişkin Rapor Vermek Üzere Yapılan Denetimler Standardını
IV	SINIRLI BAĞIMSIZ DENETİM STANDARTLARI
SBDS 2410	Sınırlı Bağımsız Denetim Standardı – Ara Dönem Finansal Bilgilerin, İşletmenin Yıllık Finansal Tablolarının Bağımsız Denetimini Yürüten Denetçi Tarfından Sınırlı Bağımsız Denetimi
SBDS 2400	Tarihi Finansal Tabloların Sınırlı Bağımsız Denetim Standardı
V	GÜVENCE DENETİMİ STANDARTLARI
GDS 3000	Tarihi Finansal Bilgilerin Bağımsız Denetimi veya Sınırlı Bağımsız Denetimi Dışındaki Güvence Denetimleri Standardı
GDS 3400	İleriye Yönelik Finansal Bilgilerin İncelenmesi Standardı
GDS 3402	Hizmet Kuruluşundaki Kontrollere İlişkin Güvence Raporları Standardı
GDS 3420	Bir İzahnamede Yer Alan Proforma Finansal Bilgilerin Derlenmesine İlişkin Raporlama Yapmak Üzere Üstlenilen

	Güvence Denetimleri Standardı
VI	İLGİLİ HİZMETLER STANDARTLARI
İHS 4400	İHS 4400 “Finansal Bilgilere İlişkin, Üzerinde Mutabık Kalınan Prosedürlerin Uygulanmasına Yönelik İşler Standardı
İHS 4410	İHS 4410 Finansal Bilgileri Derleme İş Standardı
VII	İLKE KARARLARI
	Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar

KAYNAKÇA

OECD

OECD (1999), Principles of Corporate Governance,
 OECD (2004), Principles of Corporate Governance,
 G20/OECD (2015), Principles of Corporate Governance, September (Sevtion V- Disclosure and Transparency)

Dünya Bankası

The World Bank (2015), Banking Supervisors and External Auditors: Building a Constructive Relationship –Supervisors’ Insights, CFRR – Centre for Financial Reporting Program,

BIS

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (1998), Framework for Internal Control Systems in Banking Organisations, September,

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (1999), Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations, September (BCSB, 1999)

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (2002), The relationship between banking supervisors and banks’ external auditors, January, (BCSB, 2002)

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (2008), External audit quality and banking supervision, December, (BCSB, 2008)

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (2011), Internal audit in banks and the supervisor's relationship with auditors,

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (2012), Core Principles for Effective Banking Supervision, September, (BCSB, 2012)

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (2012), The Internal Audit Function in Banks, June (BCSB, 2012a)

BIS - Basel Committee on Banking Supervision (2014), External Audit of Banks, March (BCSB, 2014)

IOSCO

IOSCO (2019), IOSCO Report on Good Practices for Audit Committees in Supporting Audit Quality, January, FR01

IOSCO (2016), Survey Report on Audit Committee Oversight of Auditors, May,

IOSCO (2015), Transparency of Firms that Audit Public Companies, FR 24/2015, November,

IOSCO (2002), Principles for Auditor Oversight, October,

IOSCO (2002), Principles of Auditor Independence and the Role of Corporate Governance in Monitoring an Auditor's Independence, October,

IOSCO - Basel Committee The Joint Forum, (2004), Financial Disclosure in the Banking, Insurance and Securities Sectors: Issues and Analysis, May

Avrupa Birliği

Directive 2004/39/EC of 21 April 2004 on Markets in Financial Instruments

Directive 2006/43/EC of The European Parliament and of The Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253.

Directive 2006/48/EC of The European Parliament and of The Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions.

Directive 2013/34/EU of The European Parliament and of The Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated

financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC

Directive 2014/56/EU of The European Parliament and of The Council of 16 April 2014 amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts

Commission Regulation (EU) No 537/2014 of The European Parliament and of The Council of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC

Commission Recommendation (2008/473/EC) of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms

European Commission (1996a). The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union. Green Paper. Brussels: European Commission.

European Commission (1996b). Act on the Conference on the Position and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union. Brussels: European Commission.

European Commission (2010), Green Paper - Audit Policy: Lessons from the Crisis, COM (2010) 561 Final, Brussels, 13.10.2010 (Green Paper)

European Contact Group (1996). Responding to Market Expectations. An Action Plan to Reduce the Expectation Gap, July 1996. Brussels: European Contact Group.

European Forum on Auditor Liability (2005). Summary of the Meeting of 13 December 2005. MARKT/F4/AFM D(2005). Brussels: European Commission.

European Commission, (2008a), Auditing: Commission issues recommendation on limiting audit firms' liability. MEMO/08/366. Brussels: European Commission

European Commission, (2008b). Impact assessment, accompanying document to the Commission Recommendation Concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms. Brussels: European Commission

FRC

FRC – Financial Reporting Council (2010), Response to Green Paper, Audit Policy: Lessons from the Crisis, December

EBA

EBA- European Banking Authority (2015), Consultation Paper - Draft Guidelines on communication between competent authorities supervising credit institutions and statutory auditor(s) and audit firms(s) carrying out the statutory audits of credit institutions, EBA/CP/2015/17, 21 October 2015

IFAC

IFAC (1995), Auditors' Legal Liability in the Global Marketplace: A Case for Limitation, November

AICPA

AICPA (2018), Audit and Accounting Guide - Depository and Lending Institutions: Banks and Savings Institutions, Credit Unions, Finance Companies, and Mortgage Companies (AICPA Audit and Accounting Guide), John Wiley and Sons

ICAEW

ICAEW (2015), Audit of Banks: 5 years on, Financial Services, Financial Services Faculty

ICAEW (2010), Audit of Banks: Lessons from the Crisis, Financial Services Faculty

Kanunlar

3098 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Geçici Bir Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun (RG 15/12/1984-18606)

3239 sayılı Kanun (RG 11/12/1985-18955)

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu (RG 13/6/1989 – 20914)

4389 Sayılı Bankalar Kanunu (RG 23/6/1989-23734)

4491 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG 19/12/1999 -23911)

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (RG 1/11/2015 – 25983 Mük)

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (RG 14/6/2007 – 26552)

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG 14/2/2011-27846)

6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG 25/2/2011-27857 mük.)

6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 30/6/2012 - 28339).

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Şirketleri Kanunu (RG 13/12/2012 – 28496)

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (RG 301/12/2012- 28513)

6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 11/4/2013-28615)

6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları (RG 27/6/2013-28690)

7147 sayılı Türkiye Kalkınma ve Yatırım Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun (RG 24/10/2018-30575)

Kanun Hükmünde Kararname

70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG 22/7/1983-18112)

512 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG 16/9/1993-21700)

538 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG 22/6/1994 – 21968)

660 sayılı “Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” (RG 2/11/2011 -28103)

Bakanlar Kurulu Kararları

83/7506 sayılı Özel Finans Kurumları Kurulması Hakkında Karar (RG 19/12/1983 – 18256) (84/7583, 85/10129, 91/2130, 93/5104, 98/12065, 99/13621 sayılı BKK ile değişiklik yapılmıştır)

2012/4213 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı (RG 23/1/2013 – 28537)

2018/11597 sayılı “Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararı “ (RG 26/5/2018 – 30432)

Ticaret Bakanlığı

“Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (RG 28/11/2012 – 28481)

Hazine Müsteşarlığı Düzenlemeleri

Bağımsız Denetim Kuruluşlarına İlişkin Tebliğ (RG 16/1/1987 – 19343)

Bağımsız Denetim Kuruluşlarına İlişkin 2 Numaralı Tebliğ (RG 9/3/1991-20809)

Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Bağımsız Dış Denetim Kuruluşlarınınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG 4/6/1996 – 22656)

Bankalarda Bağımsız Denetim Yapacak Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG 21/3/ 1997 - 22940)

Bankalarda Bağımsız Denetim Yapacak Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik’de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (30.05.1997 tarih ve 23004)

Sigorta ve Reasürans Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (RG 8.9.2003 tarih ve 25223)

Sigortacılık Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik, (RG 8.9.2003 tarih ve 25223)

Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (RG 12/7/2008-27156)(Değişiklik 1/3/2009)

Sigortacılık Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmeliği (RG12/07/2008 – 26934)

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (RG 26/5/2013-28658).

TCMB Düzenlemeleri

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, "Bağımsız Denetim Kuruluşları Tarafından Yapılacak Banka Denetimleri Hakkında Teblig- Sıra No: 1 (RG 24/12/1987 -19674)

Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemlerinin Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik (RG 28/6/2014-29044)

BDDK Düzenlemeleri

Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik (RG 31/1/2002 - 24657 Mükerrer)

Bağımsız Denetim Yapacak Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Yetkilerinin Geçici veya Sürekli Olarak Kaldırılması Hakkında Yönetmelik (RG 31/1/2002 -24657 Mükerrer)

4389 Sayılı Bankalar Kanununun Geçici 4 üncü Maddesi Uyarınca Yapılacak Özel Bağımsız Denetimin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik (RG 1/2/2002 -24658)

Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programının Uygulama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (RG 1/2/2002 - 24658)

Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programının Uygulama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (RG 12/6/2002 - 24783)

Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (RG 31/12/2002 – 24980)

Bankalarda Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Gerçekleştirilecek Bilgi Sistemleri Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 16/5/2006 – 26170)

Finansal Holding Şirketleri Hakkında Yönetmelik (RG 1/11/2006 – 26333) (Değişiklikler 2/4/2015, 23/10/2015, 6/6/2017)

Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 1/11/2006 – 26333) (değişiklikler 14/1/2011, 14/11/2012, 2/4/2015,5/32106, 4/3/2017)

Bankalarca Yıllık Faaliyet Raporunun Hazırlanmasına ve Yayınlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG 1/11/2006 – 26333)

Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik (RG 1/11/2006 – 26333)

Bankaların Konsolide Finansal Tablolarının Düzenlenmesine İlişkin Tebliğ (RG 8/11/2006 – 26340)

Bankalarda Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Bilgi Sistemleri Denetimine İlişkin Rapor Formatı Hakkında Tebliğ (RG 5/12/2006-26367)

Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İkelere İlişkin Tebliğ (RG 14/9/2007 – 26643)

Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461),

Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimine İlişkin Rapor Hakkında Tebliğ (RG 13/1/2010 – 27461)

Bankalarca Kamuya Açıklanacak Finansal Tablolar İle Bunlara İlişkin Açıklama ve Dipnotlar Hakkında Tebliğ (RG 28/6/2012 – 28337)

Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 24/4/2013- 28627) (m.16/1)

Bilgi Alışverişi, Takas ve Mahsuplaşma Kuruluşlarında Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İklere İlişkin Tebliğ (RG 4/12/2013 – 28841)

Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman Şirketlerinin Muhasebe Uygulamaları İle Finansal Tabloları Hakkında Yönetmelik (RG 24/12/2013- 28861)

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Teşkilat Yönetmeliği (RG 16/3/2014 – 28943),

Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik” (RG2/4/2015-29314)

Bankalarca Risk Yönetimine İlişkin Kamuya Yapılacak Açıklamalar Hakkında Tebliğ (RG 23/10/2015 – 29511)

KGK Düzenlemeleri

Bağımsız Denetim Yönetmeliği (26/12/2012-28509)(21/10/2014; 22/12/2015; 21/7/2017 tarihli RG yayımlanan değişiklikler ile güncellenmiştir)

Bağımsız Denetim Yetkilendirme Tebliği (RG 25/1/2013-28539)(Değişiklik 7/3/2015)

Bağımsız Denetçilik Uygulmalı Mesleki Eğitim Tebliği (RG 25/1/2013-28539)(Değişiklik 7/3/2015)

Bağımsız Denetim Resmi Sicili Tebliği (RG 25/1/2013-28539)(Değişiklik 7/3/2015)

Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Balirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararına İlişkin Usul ve Esaslar (RG 12/3/2013-25585) (değişiklikler için 10/102014 ve 20/2/2015)

Bağımsız Denetçi Mühür Tebliği (RG 11/2/2014 – 28910)

Bağımsız Denetçilik Sınav Tebliği RG 25/1/2013-28539)(Değişiklik 17/6/2014; 11/3/2015)

Bağımsız Denetçiler İçin Sürekli Eğitim Tebliği (RG 4/11/2017-30230)

Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Balirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararına İlişkin Usul ve Esaslar (RG 16/2/2019-30688)

Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Balirlenmesine Dair Bakanlar Kurulu Kararına İlişkin Usul ve Esaslar (RG 12/3/2013-25585) (değişiklikler için RG 10/102/014 ve 20/2/2015)

SPKr. Düzenlemleri

SPKr., Sermaye Piyasasında Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik (RG 13/12/1987-19633)'i

Seri: X, No: 3 Bağımsız Denetleme Kuruluşları ve Denetçilerine İlişkin Genel Esaslar (RG 18/6/1988 – 19846)

Seri: X, No: 4 Bağımsız Denetleme Çalışması ve Raporlamasının İlke ve Kuralları (RG 18/6/1988 – 19846)

Seri: X, No: 9 Bağımsız Özel Denetleme Çalışması ve Raporlamasının İlke ve Kuralları (RG 5/5/1989 – 20159)

Seri: X, No: 14 Bağımsız Sınırlı Denetlemeye İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ (RG 18/2/1992 – 21146)

Seri X No: 16 Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ (RG 4/3/1996 – 22570) (Değişiklik 17, 19, 20, 21)

Seri X No: 22 Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ (RG 12/6/2006 – 26196 Mükerrer) (Değişiklik, 23, 24, 25, 26, 27, 28)

Seri: X, No: 28 Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” (RG 28/6/2013- 28691)

Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği II-14.1 (RG 13/6/2013 - 28676),

Kurumsal Yönetim Tebliği II-17.1 (RG 3/1/2014- 28871)

Bilgi Sistemleri Bağımsız Denetim Tebliği III-62.2 (RG 5/1/2018-30292)

Bilgi Sistemleri Yönetimi Tebliği VII-128.9 (RG 5/1/2018-30292)

EPDK Düzenlemeleri

Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG 3.10.2003 – 25248)

Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek Ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik (RG25/3/2015-29306)

Yayımlar

Sulaiman Abdussamed (2015), Auditor Liability to Third Parties in Spain and the United States: A Comparative Study, Doctoral Thesis, Faculty of Law, Pablo Olaviade University, November, www.rio.upo.es

Viral Acharya – Stephen G. Ryan (2016), Banks’ Financial Reporting and Financial System Stability, Journal of Accounting Research, Vol. 54 Issue 2, p. 277-340,

AICPA (2018), Audit and Accounting Guide - Depository and Lending Institutions: Banks and Savings Institutions, Credit Unions, Finance Companies, and Mortgage Companies (AICPA Audit and Accounting Guide), John Wiley and Sons

Yaşar Alıcı (2017), Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I, onikilevha,

Abigail Allen - Karthik Ramanna - Sugata Roychowdhury, The Auditing Oligopoly and Lobbying on Accounting Standards 8 (Harvard Business School Working Paper No. 13-054, August, 2013).

Arnold P. Anderson (1968) Accountant Liability to Third Parties for an Audit”, Marquette Law Review, Vol. 52, Issue 1, Summer,

Atilla Arda –Martin Gororo – Joanna Grochalska – Mowele Mohlal (2018), External Audit Arrangements at Central Bank, IMF Working Paper, WP/18/19

Zekeriya Arı (2012), Anonim Şirketlerde Denetçi Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yetkin Yayıncılık,

Bernard Ascher, The Audit Industry: World’s Weakest Oligopoly 37 (Am. Antitrust Inst., Working Paper No. 08-03, 2008).

Nihan Değirmencioğlu Aydın (2015), Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, Legal

C. R. Baker – A. Mikol – R. Quick (2001), Regulation of the statutory auditor in the European Union: A comparative survey of the United Kingdom, France and Germany. European Accounting Review, 10, 763–786.

C.R. Baker – R. Quick (1996), A comparison of auditors’ legal liability in the USA and selected European countries. European Business Review, 96, 36–44.

A. Ballas- I. Fafaliou (2008), Market shares and concentration in the EU auditing industry: The Effects of Andersen’s Demise”, International Advances in Economic Research, 14(4) pp. 485-497.

Mary E. Barth – Wayne R. Landsman (2010), How Did Financial Reporting Contribute to the Financial Crisis?, European Accounting Review, Vol.19, No. 3,

V. Beattie – A. Goodacre – S. Fearnley (2003), And then there were four: A study of UK audit market concentration - causes, consequences and the scope for market adjustment”, Journal of Financial Regulation and Compliance, 11 (3) pp. 250-265,

Jean Bedard – Charles Piot –Alain Schatt (2014), An evaluation of the French experience with joint auditing, December, www.ssrn.com

W. Beijing, - S. Maijoor R. Meuwissen – A. Van Witteloostuijn (1996) The role, position and liability of the statutory auditor within the European Union, final report of the study, MARC, March 1996, Maastricht.

Christopher Bleibtreu Ulrike Stefani (2018), The Effects of Mandatory Audit Firm Rotation on Client Importance and Audit Industry Concentration, *The Accounting Review*, Vol. 93, No. 1, January, ss.1-27

George Benston (1985), The Market for Public Accounting Services: Demand, Supply and Regulation, *Journal of Accounting & Public Policy*, Vol.4

R. Brody – B.Arel – K. Pany (2005), Audit Firm Rotation and Audit Quality. *The CPA Journal*, 75 (1), 36.

Gölnur Ceren Uçar Bulut (2018), Anonim Şirketlerde Özel Denetim, *Adalet Yayinevi*

Tim Bush - Stella Fearnley - Shyam Sunder (2007), Auditor Liability Reforms in the UK and the US: A Comparative Review, UK National Auditing Conference, at the Professionalism and Ethics Symposium of the American Accounting Association, and at the American Accounting Association International Section Conference, 2-3 February 2007, www.depot.som.yale.edu

Robert M. Bushman (2016), Transparency, Accounting Discretion and Bank Stability, *FRBNY Economic Policy Review*, August, p.129-149

P. Carey – R. Simnett (2006), Audit Partner Tenure and Audit Quality. *The Accounting Review* 83 (3), 653-676.

Marie-Therese Camillieri – Tony Lybek – Kenneth R. Sullivan (2007), Audit Committees in Central Banks, *IMF Working Paper*, WP/07/73, April

Sinem Cantürk (2017), Finansal Tabloların Bağımsız Denetiminde Bilgi Sistemleri Denetimi ve Denetçi Yetkilendirmesi, “KGK, 2017”, içinde ss.255-300

Sinem Cantürk (2018), Sermaye Piyasası Kurulu Bilgi Sistemleri Mevzuatı, *KPGM Türkiye*, Nisan, www.kpmg.com.tr

Stephen Choi - Adam C. Pritchard, Behavioral Economics and the SEC, U. Michigan John M. Olin Center Law & Economics, Working Paper No. 03-002, 2003).

Janne Chung – Jonathan Farrar – Ponam Puri – Linda Thorne (2010), Auditor liability to third parties after Sarbanes-Oxley: An international comparison of regulatory and legal reforms. *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, 19, ss.66–78

John C. Coffee, Jr. (2003), Gatekeeping Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms 2 (Colum. L. Sch. Center for L. & Econ. Stud., Working Paper No. 237.

Aytekin Çelik, (2006). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Denetimi, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, 543-597, Ankara: Turan Kitabevi Yayınları

P. Danos – J.W. Eichenseher (1986), “Long-Term Trends Toward Seller Concentration in the U. S. Audit Market”, The Accounting Review, Vol. 61, No. 4, pp. 633-650.

José Alves Dantas - Fábio Moraes da Costa- Jorge Katsumi Niya- Otávio Ribeiro de Medeiros (2014), Audit Regulation in Banking Systems: Analysis of the International Context and Determining Factors, R. Cont. Fin. – USP, São Paulo, v. 25, n. 64, p. 7-18, jan./fev./mar.

Minchering Deng – Tong Lu – Dan A. Simunic – Minlei Ye (2014), Do Joint Audits Improve or Impair Audit Quality?, Journal of Accounting Research, Vol. 52, Issue 5,

Ian Dennis (2018), Auditing Theory, Routledge

Ian Dennis, (2016), The Nature of Accounting Regulation, Routledge,

Ingrid De Poorter (2008), Auditor's liability towards third parties within the EU:A comparative study between the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Belgium, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 3, Issue 1 (2008)

Zehra Başer Doğan (2018), Türk ve Alman Hukuklarında Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü, Seçkin

Mustafa Dural – Suat Sarı (2011), Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi

Cláudi Flores (2011), New Trends in Auditor Liability, European Business Organization Law Review 12: 415-436

Francine (2014), All The Auditors Are Above Average: Jay Hanson Allergic To “Audit Failure”;; re: The Auditors, www.reauditors.com March 26, 2014

GAO (2003a) - David M. D'Agostino (2003), Public Accounting Firms: Mandated Study on Consolidation and Competetion, July, (U.S. Government Accountability Office, Report to the Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs and the House Committee on Financial Services- GA-03-864)

GAO (2003b), Jeanette M. Franzel (2003) Public Accounting Firms: Required Study on the Potential Effects of Mandatory Audit Firm Rotation, November, (U.S. Government Accountability Office, Report to the Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs and the House Committee on Financial Services- GAO-04-216).

GAO (2008) - Orice Williams (2008), Audits of Public Companies: Continued Concentration in Audit Market for Large Public Companies Does Not Call for Immediate Action, January, (U.S. Government Accountability Office, Report to the Congressional Addressees, - GA-08-163)

A. Ghosh – D. Moon (2005), Auditor Tenure and Perceptions of Audit Quality. *The Accounting Review*, 80 (2), 585-612.

M. Grothe – T.R.Weirich (2007), Analyzing Auditor Changes. *The CPA Journal*, (12), 14.

J.K. Grubbs – J.R. Ethridge,Jr. (2007), Auditor negligence liability to third parties revisited. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 10, 75–90.

Gözde Erin Günay (2018), Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Özel Denetim, oniki levha

Şirin Güven (2011), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, *Çankaya University Journal of Law*, 7/2, Kasım

M. Hagigi – B.D. Kluger – D.Shields (1993), Auditor Change Announcements and Dispersion of Investor Expectations. *Journal of Business Finance & Accounting* 20,

Luzi Hail - Ahmed - Tahoun Clare Wang (2018), Corporate Scandals and Regulation, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 367/2017 August 2018

Jay D. Hanson (2014), An Overview of PCAOB Priorities, March 18

Steven B. Harris (2017), Audit Industry Concentration and Potential Implications, PCAOB, Dec.7, CBI 10th Annual Pharma/Biotech Accounting & Reporting Congress, March 18, www.pcaobus.org

Claus Holm - Mahub Zaman (2012), Regulating audit quality: Restoring trust and legitimacy, *Accounting Forum*, 36,ss.51-61

Harry Huizinga (2016) An effective dialogue between supervisors and auditors – how can its implementation be monitored?”, briefing pa-

per provided in advance of a hearing of the Chair of the Single Supervisory Mechanism in ECON on 22 March 2016

H. Huizinga - L. Leaven (2012) Bank Valuation and Accounting Discretion during a Financial Crisis.” *Journal of Financial Economics* 106, no. 3 (December): 614-34,

Christopher Humphrey - Anne Loft - Margaret Woods (2009), The global audit profession and the international financial architecture: Understanding regulatory relationships at a time of financial crisis, *Accounting, Organizations, and Society*, 34, ss.810-825,

H.F. Huss (1991), Legal liability: Exploring instrumental reasoning and the evolution of the auditor's duty, *Critical Perspectives on Accounting*, Vol. 2 No. 2, pp. 171-183

A.B.Jackson – M. Moldrich – P. Roebuck (2008), Mandatory audit firm rotation and audit quality. *Managerial Accounting Review*, 23 (5), 420-437.

Geert Janssen (2012), The Financial Crisis and the Consequences for Auditor Switching, Master Thesis, Tilburg University, School of Economics and Management

Michael J. Jones (2010), *Creative Accounting, Fraud and International Accounting Scandals*, John Wiley and Sons

Ali İhsan Karacan (2017), *Bankacılık Kurumları Hukuku C. 1, Legal*

A.İhsan Karacan- Esra Erişir-Karacan (2016), Halka Açık Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, *Legal*,

Lamya Kermiche – Charles Piot (2018), The Audit Market Dynamics in a Mandatory Joint Audit Setting: The French Experience, *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, Vol. 33(4) 463–484

KGK (2017), Muhasebe ve Denetim Sempozyumu – İktisadi Gelemede Muhasebe ve Denetimin Önemi, *Bildiriler*, 27-28 Eylül 2017

L. Houry (2001). The liability of auditors beyond their clients: A comparative study. *McGill Law Journal*, 46, 413–471.

Sami Kocabıyık (2018), Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, *Seçkin*

G. Köhler – M. Kai-Uwe – R. Quick- K. Ruhnke (2008)., Audit regulation in Germany: Improvements driven by internationalization. In R. Quick, S. Turley, - M. Willekens (Eds.), *Auditing, trust and governance: Regulation in Europe* (pp. 111–143). Routledge:

Rafael La Porta – Florencio Lopez-de-Silanes – Andrei Shleifer-Robert Vishny (1998), Law and Finance, Journal of Political Economy, Vol.106

Bernard Laurens – Marco Arnone – Jean-François Segalotto (2009), Central Bank Independence, Accountability, and Transparency - A Global Perspective, Palgrave Macmillan

Cedric Lesage – Nicholas Ratzinger-Sakel – Jaana Kettunen (2017), Struggle over joint audit: on behalf of public interest?, European Accounting Review, 26; 2; ss. 311-p339,

A. Magnus (2016), The relationship between banking supervisors and banks' external auditors, Eurpoean Parliament, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, ECONOMIC GOVERNANCE SUPPORT UNIT, Briefing, 30 June, PE 542.685

Çağlar Manavgat (2016), Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın Nu 501,

Çağlar Manavgat (2017), Denetim Yaptırmamanın Hukuki Sonuçları, “KPGM, 2017” içinde ss.499-523

Çağlar Manavgat (2014), Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı, BATİDER, C. XXX, Sayı 3-4, ss. 41-61

Donato Masciandaro (2015), Banking supervision and external auditors in the European Union Economics, institutions, and policies, European Parliament, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, ECONOMIC GOVERNANCE SUPPORT UNIT- Study- Provided at the request of the Economic and Monetary Affairs Committee for the attention of the Banking Union Working Group, October, PE 542.673

Christopher C. McKinnon (2015), Auditing the Auditors: Antitrust Concerns in the Large Company Audit Market, New York University Journal of Law and Business, Vol. 11, Number 3, Spring,

Erkan Meral (2016), Türkiye’de Bilgi Sistemleri Denetimi ve Kamu Gözetim Kurumu’nun Bilgi Sisitemleri Denetiminde Üstlendiği Misyon, Muhasebe ve Denetim Dünyası, Yıl 1, Sayı 1, Nisan&Haziran,

Juan Alfonso Toscano Moctezuma - María Antonia García Benau (2017), Why The Big 4 Are Leaders in The Audit Market? A Literature Review, Archives of Business Research – Vol.5, No.12

Ulf Mohrmann - Ulrike Stefani - Benjamin Hess (2017), *Audit Market Regulation around the World: Descriptive Evidence, Market Structure, and Audit Quality*, July

Erdoğan Moroğlu (2014), Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Baskı, XII LEVHA

Erdoğan Moroğlu (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş.

Denise M. Orlinski (1994), An Accountant's Liability to Third Parties: *Bily v. Arthur Young & Co.*, *DePaul Law Review*, Volume 43, Issue 3, Spring

Oxera Report (2006): "Competition and Choice in the UK audit market, Prepared for Britain's accounting regulator, (FRC) and the Department of Trade and Industry, pp. 01-152

Korkut Özkorkut (2013), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Yayın Nu: 481

Korkut Özkorkut (2017), Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun 12/05/2016 ve 27/10/2016 Tarihli Kurul Kararları, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 535-559, Oniki Levha

C. Pacini – W. Hillison – D. Sinason (2000), Auditor liability to third parties: An international focus. *Managerial Auditing Journal*, 15, 394–406.

C. Pacini – M.J. Martin – L. Hamilton (2000), At the interface of law and accounting: An examination of a trend toward a reduction in the scope of auditor liability to third parties in common law countries. *American Business Law Journal*, 37, 171–235.

Anthony Persakis – George Emmanuel Iatridis (2016), Audit quality, investor protection and earnings management during the financial crisis of 2008: an international perspective. *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money* 41,; March, ss.73–101.

Anthony Persakis – George Emmanuel Iatridis (2015), Cost of capital, audit and earnings quality under financial crisis: A global empirical investigation, *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money*, 38, September, ss.3-24

Niels J. Philipsen (2014), *Limiting Auditors' Liability: The Case for (and Against) EU Intervention*. *Geneva Papers on Risk & Insurance - Issues & Practice*, Vol. 39 Issue 3, ss. 585-597,

G. Plantin – H. Sapra – H.S.Shin, H. S. (2008) Fair value accounting and financial stability, *Financial Stability Review*, No. 12, pp. 85–94.

Reha Poroy- Ünal Tekinalp-Ersin Çamoğlu(2104), *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Bası, Vedat Kitapçılık,

Brenda Portr – Jon Simon – David Hatherly (2014), *Principles of External Auditing*, Fourth Edition, Wiley

A. Pritchard – P. Puri, P. (2006). *The regulation of public auditing in Canada and the United States: Self-regulation or government regulation?* Fraser Institute.

R. Quick (1996), *The legal liability of auditors in Germany*. *The European Accounting Review*, 5, 507–521.

Reiner Quick – Florian Schmidt (2018), *Do Audit firm rotation auditor retention, and joint audits matter? An experimental investigation of bank directors’ and institutional investors’ perceptions*, *Journal of Accounting Literature*, Vol. 41, December, ss.1-21,

Seza Reisoğlu (2015), *Bankacılık Kanunu Şerhi, İkinci Baskı C.I,Yaklaşım Yayınları*

R.W. Roberts – W.G. Glezen – T.W. Jones (1990), *Determinants of Auditor Change in the Public Sector*, *Journal of Accounting Research*, 28 (1), 220-228.

L. Ryan (2005). *Corporate governance and business ethics in North America: The state of the art*. *Business and Society*, 44, 40–73

Anna Samsonova- Chris Humphrey – Stella Kokkali (2010), *Rethinking auditor liability: The case of the European Union’s regulatory reform*, www.escholar.manchester.ac.uk

Anna Samsonova-Taddei - Christopher Humphrey (2015), *Risk and the construction of a European audit policy agenda: The case of auditor liability*, *Accounting, Organizations and Society*, 41, ss. 55–72

Khurram Shahzad - Thierry Pouw - Ghulame Rubbaniy - Osama El-Temtamy (2018), *Audit quality during the global financial crisis: The investors’ perspective*, *Research in International Business and Finance*, 45, ss.94-105,

Andrei Shleifer - Robert Vishny (1997), *A Survey of Corporate Governance*, *The Journal of Finance* Vol.52: 737

Prem Sikka (2009), *Finacial Crisis and the Silence of Auditors, Accounting, Organizations and Society*, 34, ss.863-873

Stephanie M. Spell (2010), *Capping Auditor Liability: Unsuitable Fisacal Policy in Our Current Financial Crisis*, *Brook.J. Corp.Fin.& Com. L.*, Vol. 4, ss.323-351

S. Sunder (2016), *Rethinking Financial Reporting: Standards, Norms and Institutions.*” *Foundations and Trends in Accounting* 11, ss. 1–118

Servet Taşdelen, *Bankacılık Kanunu Şerhi C.I.2. Baskı, Adalet.*

P. Taylor – S. Turkey, (1986), *The Regulation of Accounting*, Basil Blackwell,

Ünal Tekinalp (2017), *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık

Ünal Tekinalp (2015), *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık,

Metin Topçuoğlu (2012), *Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu*, 2. Baskı, Seçkin

M. Vefa Toroslu (2018), *VUK ve TTK Kapsamında Ticari Defterler ve Belgeler*, Vedat Kitapçılık,

L.E. Trakman – J. Trainor (2005), *The rights and responsibilities of auditors to third parties: A call for a principled approach.* *Queen’s Law Journal*, 31, 148–205.

L. E. Turner – J.P.Williams- T.R.Weirich, T. R. (2005), *An Inside Look at Auditor Changes.* *The CPA Journal*, 12.

UK House of Lords (2010), *Select Committe on Economic Affairs, “Auditors: Market concentration and their role”, Volume I: Report, Second Report of Session 2010-11, Published 30 March 2011*

Ercan Urkan (2016), *Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Sözleşmeleri ve Sorumluluk, Yetkin Yyanları,*

Güzin Üçışık – Aydın Çelik (2018), *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar, Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, onikilevha*

Güzin Üçışık- Aydın Çelik (2013), *Anonim Ortaklılar Hukuku*, I. Cilt, Adalet,

Wanda Wallace (1987), *The economic role of the audit in free and regulated markets*, Touche Ross & Co. Aid to Education Program, www.scholarworks.wm.edu

W. Wallace (2004), The economic role of the audit in free and regulated markets: A Look Back and A Look Forward, *Research in Accounting Regulation* Vol. 17, ss. 267-298

Gregory Waymire - Sudipta Basu (2011), Economic Crisis and Accounting Evolution.” *Accounting and Business Research*, Vol. 41 Issue 3, ss. 207–32.

J. Wegman (2007), Impact of the Sarbanes-Oxley act on accountant liability. *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues*, 10, 1–16.

James Q. Wilson (1993), *The Moral Sense*. New York: The Free Press.

Mustafa Yavuz (2012), Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı, *Mali Çözüm*, Mayıs-Haziran

- Araştırma Makalesi -

**İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURUL KARARLARI
İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ***

*(SOME PROBLEMS AND PROPOSED SOLUTIONS REGARDING THE DECISIONS
OF THE SPECIAL BOARD OF PREFERRED SHAREHOLDERS)*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI**

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu'nun 454. maddesinin 3. fıkrasında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği sonucuna varması halinde bu kararın gerekçeli bir tutanakla belirtileceği düzenlenmiş, takiben gerek söz konusu tutanağın gerekse tutanakla birlikte verilecek bazı belgelerin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi öngörülmüş ve anılan fıkrada sayılan şartların yerine getirilmemesi özel bir yaptırıma bağlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, tutanak, ticaret sicili, tescil.

ABSTRACT

Article 454/3 of the Turkish Commercial Code requires that, in case the special board of preferred shareholders decides that the resolution of the general meeting regarding the amendment of the articles of association violates the rights of the preferred shareholders, such deci-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 10.05.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 12.05.2020 tarihinde birinci hakem; 13.05.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ferna.kayali@medeniyet.edu.tr, Orcid ID: orcid.org/0000-0002-1736-1027

Bu makaleye atf için İPEKEL KAYALI, Ferna, "İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurul Kararları ile İlgili Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 87-106.

sion shall be embodied in the reasoned minutes. The said article further requires that the minutes as well as the relevant documents to be submitted alongside the minutes shall be registered in the trade registry and published in the Trade Registry Gazette. The non-fulfilment of the conditions stipulated in the said article has been subjected to a special sanction.

Keywords: *special board of preferred shareholders, minutes, trade registry, registration.*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ('TTK') uyarınca anonim şirket esas sözleşmesi ile bazı paylara imtiyaz¹ tanınmış ve şirket genel kurulunun esas sözleşmenin değiştirilmesine veya yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ya da yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, söz konusu genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda/kurullarında alınan bir kararla onanması gerekmektedir; aksi takdirde alınan genel kurulu kararı uygulanamaz (TTK m. 454/1)². Anılan hükmün üçüncü fıkrasında ise, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararın, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği sonucuna varması halinde, bu kararını gerekçeli bir tutanakla belirteceği düzenlenmiştir.

¹ İmtiyazlı paylar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku C. II (14th, Vedat Kitabevi 2019) N 781 vd.; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4th, Vedat Kitabevi 2015) § 9 N 9-09; Hasan Pulaşlı, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar' (2013) VIII(1) Ayrı Bası, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 7 vd.; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II (3rd, Adalet Yayınları 2018) § 41 N 65 vd; İlknur Kaya, 'İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar' (2016) S. 3 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225 vd.

² Ayrıca bkz. Ticaret Sicili Yönetmeliği ('TSY') m. 71/3 (Anılan maddede "... onaylanmadan tescil edilemez" ifadesi yer almaktadır). Her ne kadar Kanunda bu konuda anonim şirket hükümlerine açık bir yollama bulunmasa da, bu hüküm limited şirketler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayınları 2007) 113.

Tutanakla birlikte bazı belgelerin yönetim kuruluna teslim edileceği, bunların tescil ve ilan edileceği hüküm altına alınmış; ayrıca hükümde yer alan şartlara uyulmaması özel bir yaptırıma bağlanmıştır. Ne mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda ne de 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nda ('eTK') yer alan bu düzenlemenin, özel kurulun işleyişini bir düzene soktuğu şüphesizdir. Ancak karar alma sürecine ek şartlar getirmek suretiyle özel kurul kararlarının alınmasını zorlaştırmış ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını korumalarını güçleştirmiştir.

Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, her ne kadar TTK m. 454/3 hükmünde belirtilmemişse de, kanaatimizce gerek TTK m. 422/1 gerekse Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik ('BTY')³ m. 26 hükümlerinden mülhem olarak, özel kurul tarafından hazırlanacak tutanakta ayrıca toplantı tarihinin ve yerinin, toplantıda hazır bulunan imtiyazlı pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları payların toplamı ve grupları ile paylarının itibari değerlerinin toplamı gösterilmek suretiyle toplantı nisabının, özel kurulda sorulan soruların ve verilen cevapların, alınan her karar için kullanılmış olumlu ve olumsuz oyların sayısının, Bakanlık temsilcisi bulunmakta ise söz konusu temsilcinin ad ve soyadı ile görevlendirme yazısının tarih ve sayısının da belirtilmesi yerinde olur. Keza özel kurul toplantısında alınan kararlara muhalif kalanlar muhalefet şerhi yazmak istiyorlarsa bunların şerhleri tutanağa yazılmalı veya yazılı olarak verdikleri muhalefet şerhleri tutanağa eklenmelidir.

1. Özel Kurulun Genel Kurul Kararını Onaması Hali

Öncelikle belirtmek gerekir ki; kanun koyucu, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının, özel kurul toplantısında onanması halinde de tutanak düzenlemesi gerekliliğine dair bir düzenleme getirmemiştir. Öğretide; genel kurul kararının onandığının tutanakla tespitinin yeterli olduğu, onama kararına ilişkin gerekçe yazılmasının gerekmediği, TTK m. 454/3 gerekçesinde belirtilen amacın da bu hususu desteklediği ileri

³ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG 28.11.2012/28481.

sürülmektedir⁴. Kanaatimizce de onama kararının gerekçeli olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira özel kurul kararının gerekçeli olması, TTK m. 454/7 uyarınca özel kurul kararına karşı yönetim kurulu tarafından iptal davası açılması halinde önem taşımaktadır. Kanun koyucu, özel kurulun sadece onamama kararları aleyhine iptal davası açılabileceğini öngörmüş, onama kararları aleyhine ise iptal davası açılması imkânından bahsetmemiştir⁵. Bu durumda özel kurulun onama kararında gerekçe şartı aranması ne imtiyazlı pay sahipleri ne de bir başka menfaat grubu bakımından koruma sağlamaktadır.

2. TTK m. 454/3 Hükmünde Sayılan Belgelerin Yönetim Kuruluna Teslimi ile Sicile Tescil ve İlanı

Kanun koyucu özel kurulun onamama kararının yer aldığı gerekçeli tutanağın ve genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile ortak bir tebligat adresinin, özel kurulun toplantı tarihinden itibaren on gün içinde yönetim kuruluna teslim edilmesini⁶ zorunlu kılmıştır⁷. Genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan

⁴ Tekinalp (n 1) § 9 N 9-55; Ali Dural, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (TTK m.454)’ (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139, 153; Soner Altaş, ‘Yeni TTK’ya Göre İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Payscaleleri Özel Kurulu’ (Temmuz 2013) 8(83) Terazi Hukuk Dergisi 71, 77; Yavuz Can Aslan, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu’ (Aralık 2017) 5(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, 92; Hakan Bilgeç, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz (1st edn, Turhan Kitabevi 2017) 390; Serkan Turgut, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay-sahiplerinin Haklarının Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019) 108.

⁵ Özel kurulun olumlu (onama) kararlarına karşı iptal davası açma hakkının tanınmamış olmasının eleştirisi için bkz. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd, Oniki Levha Yayınları 2016) 357.

⁶ Adalet Komisyonu aşamasında fıkraya yapılan bu ekin Yargıtay temsilcisinin istemi üzerine ve uygulamayı yansıtmak amacıyla yapılmış olması kuvvetle muhtemeldir (Kendigelen (n 5) 355, dpn. 221).

⁷ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Tola, on günlük iptal davası açma süresinin karar tarihinden değil, tutanağın teslim edildiği tarihten itibaren başlatılmasının daha yerinde olacağını, çünkü onamama kararının gerekçesi ile bu kararı veren pay sahiplerinin kimler olduğunun ancak bu tutanak ile belirleneceği görüşündedir [Nuran Rabia Tola, ‘Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar’ (Temmuz 2017) 8(16) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 83].

sayıda imzalarını içeren listenin ve ortak tebligat adresinin öngörülmesinin sebebi, TTK m. 454/8 uyarınca yönetim kurulu tarafından özel kurul kararı aleyhine açılacak iptal davası, olumsuz oy veren imtiyazlı pay sahiplerine yöneltileceğinden, söz konusu pay sahiplerinin önceden tespitinin sağlanmasıdır. Böylece eTK döneminde imtiyazlı pay sahipleri genel kurul kararları aleyhine açılacak iptal davasının kime/kimlere yöneltileceği ve davalının/davalıların tebligat adresinin nasıl belirleneceğine dair tartışmalar sona ermiştir. Bu bağlamda her ne kadar maddede açıkça öngörülmemişse de, kanaatimizce - genel kurul toplantı tutanağından mülhem olarak⁸ - özel kurul toplantısında alınan karara muhalif kalarak şerh vermek isteyenlerin şerhleri tutanağa yazılmalı veya yazılı olarak verilen muhalefet şerhleri tutanağa eklenmeli, takiben tutanak ekindeki bu şerhler de tutanakla birlikte yönetim kuruluna teslim edilmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar kanun koyucu TTK m. 454/3 hükmünde sayılan belgelerin süresinde yönetim kuruluna teslim edildiğinin ne şekilde ispat edileceği konusunda bir açıklık içermese de teslim bir hukuki işlem olduğu için, tanıkla değil yazılı delille ispatı gerekir⁹.

Öte yandan TTK m. 454/3 hükmünde ayrıca özel kurul tarafından düzenlenen tutanağın, birlikte verilen belgelerle beraber ticaret siciline tescil edileceği ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ('TTSG') ilan edileceği hükmüne bağlanmıştır¹⁰. *Kendigelen*, tutanak dışındaki belgeler ile ortak tebligat adresinin neden tescil ve ilanına ihtiyaç duyulduğunu anlamamanın mümkün olmadığını ifade etmektedir¹¹. Bize göre de genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile ortak tebligat adresinin tescil ve ilanına ihtiyaç olmadığı gibi, tutanağın da tescil ve ilanına gerek yoktur. Genel kurul toplantı tutanağına ilişkin TTK m. 422/2 hükmünde de, tutanağın sicil müdürlüğüne verilmesi ile tutanakta yer alan belirli hu-

⁸ Bkz. BTY m. 26/4.

⁹ Turgut da teslimin belgelendirilmesi gerektiği görüşündedir [Serkan Turgut, 'Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi' (Temmuz 2019) 11(39) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 243, 254].

¹⁰ Ayrıca bkz. TSY m. 71/4, 73/1-(ı).

¹¹ *Kendigelen* (n 5) 356. Aynı yönde bkz. Turgut, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması (n 4) 85.

susların tescil ve ilan edilmesi öngörülmüştür¹². Ancak genel kurul kararlarına karşı iptal davası, yalnızca yönetim kurulu tarafından değil aynı zamanda belirli koşulları taşıyan pay sahipleri tarafından da açılabilirdiğinden (TTK m. 446), genel kurul toplantı tutanağının tescil ve ilanı, iptal davası açmaya yetkili pay sahiplerinin haberdar edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Oysa özel kurulun onamama kararına karşı yalnızca yönetim kurulu iptal davası açma yetkisine sahiptir (TTK m. 454/7). Yönetim kurulu, onamama kararı tutanağının teslimiyle birlikte ilgili karardan zaten haberdar olmaktadır. Bu durumda özel kurul toplantı tutanağının tescil ve ilanının kime/kimlere fayda sağlayacağı şüphelidir.

Öte yandan özel kurulun olumsuz (onamama) kararına karşı neden sadece yönetim kurulunun iptal davası açmaya yetkili olduğu da sorgulanabilir. Kanaatimizce özel kurulun olumsuz (onamama) kararının iptalini istemekte pay sahiplerinin de hukuki yararı olabilir. Gerçekten de yönetim kurulu bu davayı ihmalen açmayabilir veya yönetim kurulunun çoğunluğunu oluşturan üyeler imtiyazlı pay sahiplerinin kontrolünde olabilir, yani yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu genel kurul kararını onamayan imtiyazlı pay sahiplerinin safında yer alabilir. Örneğin yönetim kurulunun çoğunluğunu oluşturan üyeler yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına sahip pay grubu, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri veya azlık arasından (veya bunlar tarafından önerilen adaylardan) seçilmiş olabilir. Bu durumda özel kurulun onamama kararına karşı pay sahiplerinin iptal davası açmaya yetkili kılınması, şirketin menfaatine olan bir genel kurul kararının uygulanması imkânı doğurabilir.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken bir diğer husus, TTK m. 454/3 hükmünde sayılan belgelerin tescil ve ilanı için Kanunda herhangi bir süre öngörülmemiş olmasıdır. Oysa genel kurul toplantı tutanağına ilişkin TTK m. 422 hükmünde yönetim kurulu, tutanağın noterce onaylanmış bir suretini derhal ticaret sicili müdürlüğüne vermek ve bu tutanakta yer alan tescil ve ilana tabi hususları tescil ve ilan ettirmekle yükümlü tutulmuştur¹³. Kanunda geçen “derhal” ifadesi öğretide farklı yorumlara yol açmıştır. Gerçekten de *Pulaşlı* “derhal” sözcüğünün tutanağın en geç

¹² Genel kurul toplantı tutanağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Bahtiyar/Esra Hamamcıoğlu, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları (1st edn, Beta Yayınları 2014) 106 vd.

¹³ BTY m. 29/1.

bir hafta içerisinde noterde onaylatılıp tescil ve ilan edilmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade ederken¹⁴, *Bahtiyar* bu sözcüğün her somut olayın özelliğine göre ilk fırsatta, yani şartlara göre mümkün olabilen en kısa zamanda biçiminde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁵.

Öğretide bir görüş; özel kurul kararının yer aldığı tutanağın, yönetim kuruluna teslimi için öngörülen on günlük sürenin aynı zamanda sicile tescil bakımından da geçerli olduğu yönündedir¹⁶. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça tescili istem süresinin on beş gün olmasından hareketle (TTK m. 30/1), özel kurul kararının tescili bakımından on beş günlük sürenin geçerli olduğu savunulabilir. Ancak kanaatimizce tutanağın sicile tescili bakımından, tutanağın teslimi için öngörülen on günlük süreye ek bir süre öngörülmesi, genel kurul kararının uygulanmasını daha da geciktirecektir. Hatta bu gecikme, bazı hallerde genel kurul kararından beklenen yararın ortadan kalkmasına yol açabilecektir. Örneğin birleşme işlemine taraf olan borca batık bir anonim şirket bakımından birleşme sürecinin bir an önce bitmesinde fayda bulunabilir. Ancak borca batık bir anonim şirketin esas sözleşmesinde, birleşmenin imtiyazlı pay sahiplerinin onayını gerektirdiği yolunda bir düzenlemenin yer alması halinde, özel kurulun TTK m. 454/3 hükmünde sayılan belgeleri yönetim kuruluna teslimde gecikmesi, takiben yönetim kurulunun söz konusu belgelerin tescil ve ilanını süresinde gerçekleştirememesi, borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olan bir şirketin, birleşme kararının uygulanması/infaz edilmesi uzadıkça borca batıklık durumunu karşılayamaz hale gelmesi söz konusu olabilir.

Keza her ne kadar TTK m. 454/3 hükmünde sayılan belgeleri sicile tescile kimin yetkili olduğu belirtilmemişse de, bu konuda yönetim kurulunun yetkili olduğundan şüphe duyulmamalıdır. Zira tescil istemi ilgililer, temsilcileri veya hukuki halefleri tarafından yapılır (TTK m. 28/1). Anonim şirket bakımından tescil başvurusunda bulunabilecek “ilgililer” TSY’de açıklanmış olup, bunlar yönetim kurulu veya temsil ve ilzama

¹⁴ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6th, Adalet Yayınları 2020) § 19 N 105.

¹⁵ Mehmet Bahtiyar, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri’ *Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu*, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Saygı Günü 30 Ekim 2017, Ankara 2019, 37, 52.

¹⁶ Turgut, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi* (n 9) 255.

yetkili üye ve üyelerdir [TSY m. 22/2-(d)]. Kaldı ki genel kurul toplantı tutanağına ilişkin TTK m. 422/2’de de yönetim kurulunun tutanağı tescil ve ilan ettirmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

3. TTK m. 454/3 Hükmünde Sayılan Şartların Yerine Getirilmemesinin Yaptırımı

Yukarıda belirtildiği üzere, TTK m. 454/3’de düzenlenen şartların yerine getirilmemesinin yaptırımı özel kurul kararının alınmamış sayılmasıdır. Bir başka deyişle özel kurul kararının toplantı ve karar yetersayılmasına uyulmadan alınması, onamama kararının gerekçeli bir tutanakla belirtilmemesi, tutanağın on gün içinde yönetim kuruluna teslim edilmemesi, tutanakla birlikte genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile ortak bir tebligat adresinin yönetim kuruluna verilmemesi, tutanağın birlikte verilen bilgilerle beraber tescil ve TTSG’de ilan edilmemesi hallerinde İPSÖK kararı alınmamış sayılacaktır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, TTK m. 454/3 hükmünde yer alan (toplantı ve karar yetersayılmasına uyulması şartı¹⁷ dışındaki) şartların yerine getirilmemesi halinde öngörülen yaptırım (özel kurulun karar almamış sayılması’), sadece özel kurulun onamama kararı bakımından uygulanacak; onama kararının ise geçerliliğine etki etmeyeceklerdir¹⁸.

TTK m. 454/3 hükmündeki “özel kurul kararının alınmamış sayılması” ifadesi öğretilerde birçok tartışmaya konu olmuş; bu ifadeden hangi hükümsüzlük türünün anlaşılması gerektiğine yönelik farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre; hükümde sayılan şartlar arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin, “özel kurul kararının alınmamış sayılması” ifadesinden yokluk anlaşılmalıdır¹⁹. İkinci bir görüş ise, şartlar arasında ayırım yapılarak hükümsüzlük türünün yorumlanması gerektiği; yokluk yaptırımının, yalnızca toplantı ve karar yetersayısına aykırılık

¹⁷ Bu halde yaptırım özel kurulun hem onama hem de onamama kararı bakımından uygulanmalıdır.

¹⁸ Dural (n 4) 154.

¹⁹ Dural (n 4) 154; Tola (n 7) 82; Mehmet Berkay Nizamoglu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul 2019) 106, 109.

halinde söz konusu olacağı yönündedir. Kendi içerisinde ikiye ayrılan bu görüşte; toplantı ve karar yeter sayısı dışındaki şartlara uyulmamasını iptal edilebilirlik²⁰ olarak yorumlayan yazarlar olduğu gibi, butlan²¹ olarak yorumlayanlar da vardır.

Bize göre de TTK m. 454/3 hükmünde öngörülen yaptırımın uygun olup olmadığı konusunda fıkra da sayılan şartlar arasında bir ayırım yapılmasında fayda bulunmaktadır²². Bir başka deyişle, TTK m. 454/3 hükmünde sayılan şartların ihlalinin farklı yaptırımlara tabi tutulması yerinde olur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m. 454/3 hükmünde sayılan şartlardan “toplantı ve karar yetersayılarının” ihlali yokluk sonucunu doğurmalıdır²³. Zira toplantı ve karar yetersayı genel kurul kararının kurucu unsurlarındandır; kurucu unsurların bulunmaması halinde ise karar yok hükmünde olacaktır²⁴. Özel kurul, nitelik itibariyle dar kapsamlı bir genel kurul olarak kabul edildiğinden²⁵, genel kurul toplantı ve karar yetersayısının eksikliğinden doğan sonuç özel kurul bakımından da geçerli olmalıdır.

TTK m. 454/3 hükmünde sayılan bir diğer usulî şart, “tutanağın gerekçeli olması” şartıdır. Bu şart ile ilgili olarak *Moroğlu*, genel kurul kararına olumsuz oy kullanan muhalif kalan pay sahiplerinden gerekçe

²⁰ Gül Akad, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (1st edn, Vedat Kitapçılık 2013) 65-67.

²¹ Turgut, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi (n 9) 97-98. Aktaş ise, toplantı ve karar yetersayı dışındaki şartlara uyulmaması halinde yokluk veya butlan yaptırımı arasında net bir tercihte bulunmamakta ancak özel kurul toplantısına ilişkin sürecin baştan başlatılmasını önermektedir (Betül Aktaş, İmtiyazlı Paysahipleri Özel Kurulu, Doktora Tezi (2019) 251 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi 10.05.2020.

²² Aynı yönde bkz. Aktaş (n 21) 250.

²³ Aynı yönde bkz. Akad (n 20) 65-66; Aktaş (n 21) 250; Nizamoğlu (n 19) 107.

²⁴ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8th, Oniki Levha Yayınları 2017) 28 vd.; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli-Çelik and Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 2/2-Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (2nd, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst. 2017) 4.

²⁵ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (n 24) 15; Sami Karahan, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması (1st edn, Kazancı Kitabevi 1991) 142, 150; Akad (n 20) 24. Özel kurulun organ niteliğinin olmadığına dair hepsi yerine bkz. Harun Eryiğit, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sıfatı’ (Güz 2015) 2(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213, 221, dnp 38.

belirtmeleri istenmezken, özel kurula katılan pay sahiplerinden olumsuz oyları için gerekçe istenmesinin çelişkili bir tutum olduğu eleştirisinde bulunmaktadır²⁶. Kanaatimizce özel kurula katılan pay sahiplerinden olumsuz oyları için gerekçe istenmesi yerinde bir düzenlemedir. Zira bu hüküm sayesinde yönetim kurulu, özel kurulun onaylamama kararının iptalini talep ettiğinde (TTK m. 454/7) mahkeme, onamama kararı veren imtiyazlı pay sahiplerinin tutanakta yer alan gerekçelerini de değerlendirmek suretiyle bir sonuca varacaktır. Nitekim madde gerekçesinde de, bu görüşümüzü doğrular şekilde, bu zorunluluğun özellikle TTK m. 454/7 uyarınca yönetim kurulu tarafından özel kurul kararlarına karşı açılacak iptal davaları yönünden gerekli görüldüğü belirtilmiştir. Şüphesiz imtiyazlı pay sahipleri, genel kurul kararına muhalif kalma gerekçelerini iptal davası çerçevesinde mahkemeye sunacakları cevap dilekçesinde de belirtebilirler. Ancak imtiyazlı pay sahiplerinin gerekçelerinin tutanakta belirtilmiş olması, genel kurul kararına muhalefetlerinin keyfi olmadığı ve konuyu özel kurul toplantısı esnasında etraflıca tartışmış olduklarının ispatı bakımından yerinde olacaktır. Bununla birlikte, bu şartın ihlal edilmesi, yani tutanağın gerekçesiz olması halinde, özel kurul kararının yok veya batıl sayılması çok ağır bir yaptırım olacaktır. Neticede özel kurulun varlık sebebi imtiyazlı pay sahiplerinin korunmasıdır. Salt tutanak gerekçesiz diye özel kurul kararını geçersiz saymak ve dolayısıyla imtiyazlı pay sahiplerini özel kurul güvencesinden mahrum bırakmak doğru değildir. Kaldı ki tutanağın gerekçeli olması şartını kamu düzeninden saymak, takiben mutlak emredici hüküm olarak nitelendirmek yerinde olmadığı gibi, genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen TTK m. 447 hükmünün gerekçesinde butlanın ikincilliğinden ve ayrıca sakınma ilkesinin özellikle şekli sebeplerin (eksiklik ve aksaklıkların) butlana yol açtığı hallerde gözetilmesi gereğinden söz edilmiştir. Bu sebeple “tutanağın gerekçeli olması” şartının ihlali halinde karşılaşılabilecek tek hükümsüzlük türü iptal edilebilirliktir; kararın butlanı veya yokluğu söz konusu değildir.

²⁶ Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler (8th, Oniki Levha Yayınları 2016) 274. Aynı yönde bkz. Füsun Nomer-Ertan, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu-6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’ (Mayıs-Haziran 2014) 9(117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133, 139. Aksi yönde bkz. Turgut, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması (n 4) 42.

TTK m. 454/3 hükmünde sayılan “ortak bir tebligat adresi gösterilmesi” şeklindeki usulî şart bakımından da aynı sonuca varmak gerekir. Nitekim öğretide *Moroğlu*, olumsuz oy veren imtiyazlı pay sahiplerinin ortak bir tebligat adresi verme konusunda anlaşamamaları halinde, özel kurul kararının alınmamış sayılmasının çok ağır bir yaptırım olduğunu ileri sürmektedir²⁷. Kanaatimizce de söz konusu şartın ihlalinin bu denli ağır bir yaptırıma tabi tutulması yersizdir. Neticede ortak bir tebligat adresi yerine genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullanan imtiyazlı pay sahiplerinin her birinin kendilerine ait tebligat adresi göstermeleri halinde de “ortak bir tebligat adresi gösterilmesi” şartı ile hedeflenen sonuca ulaşılabilir. Aksine söz konusu pay sahiplerinin herhangi bir tebligat adresi göstermemeleri halinde ise - yukarıdaki gerekçelerle - nispi emredici hükümlere aykırılıktan bahisle özel kurul kararının iptali istenebilmelidir.

TTK m. 454/3 hükmünde sayılan diğer şartlardan (tutanakla birlikte genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile ortak bir tebligat adresinin on gün içinde yönetim kuruluna teslimi; ayrıca tutanakla birlikte fıkra da sayılan diğer belgelerin tescil ve ilanı) “tutanakla birlikte fıkra da sayılan diğer belgelerin on gün içinde yönetim kuruluna teslimi” şartıyla ilgili olarak belirtmek isteriz ki, “özel kurul kararının alınmamış sayılması” şeklindeki ifade, ilgili belgelerin *süresinden sonra* (örn. on gün yerine on beş gün sonra) *teslim edilmesi* hali bakımından özel kurul kararının iptal edilebilirliği olarak yorumlanmalıdır.

TTK m. 454/3 hükmünde sayılan belgelerin *hiç teslim edilmemesi* hali bakımından ise ayrı bir inceleme yapılması ve “özel kurul kararının alınmamış sayılması” şeklindeki ifadenin ne anlama geldiğinin tespitinden önce, bazı ihtimallerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. TTK m. 454/7 uyarınca özel kurulun onaylamama kararı aleyhine iptal davasının, karar tarihinden itibaren bir ay içinde açılması gerekmektedir. Buna karşılık, fıkra da sayılan belgelerin *hiç teslim edilmemesi* halinde yönetim kurulunun, özel kurul kararının içeriğinden (hatta özel kurul toplantısından) nasıl haberdar olacağı cevaplanması gereken bir sorundur. Özellikle özel kurulun çağrısız toplanıp karar alması halinde bu so-

²⁷ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler (n 26) 275. Ortak tebligat adresinin uygulamada sorunlara yol açabilecek nitelikte olduğuna dair bkz. Nomer-Ertan (n 26) 140.

run daha da büyüyecektir²⁸. Zira çağrısız toplanan ve fıkra da sayılan belgeleri yönetim kuruluna teslim etmeyen özel kurulun almış olduğu onamama kararının, değil içeriğinden, varlığından bile haberdar olmayan yönetim kurulu, fıkra da öngörülen bir aylık sürede nasıl iptal davası açabilecektir? Hatta özel kurul toplantısının çağrılı yapıldığı ancak bu çağrının yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilmediği halde dahi bu ihtimalin ortaya çıkması olasıdır. Şöyle ki; çağrının yönetim kurulu tarafından yapılmaması halinde, imtiyazlı pay sahipleri, özel kurulun toplantıya çağrılmasını şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilecektir (TTK m. 454/2). Mahkemenin imtiyazlı pay sahibinin istemini kabul etmesi halinde çağrının kimin tarafından yapılacağı Kanunda düzenlenmemiştir. Burada TTK m. 412 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle mahkemenin çağrı yapması için bir kayyım ataması düşünülebilir. Bir diğer seçenek, TTK m. 410/2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle mahkemenin çağrı yetkisini imtiyazlı pay sahibine vermesidir ki, bu ihtimalde çağrıyı yapan imtiyazlı pay sahibinin TTK m. 414 hükmündeki çağrı koşullarına uyması, yönetim kurulunun özel kurul toplantısından ve bu toplantıda alınan kararın içeriğinden haberdar olması için yeterli olmayacaktır. Zira şirketin internet sitesi açma yükümlülüğü yoksa çağrı internet sitesinde ilan edilmeyeceğinden, yönetim kurulunun TTSG'deki çağrı ilanından haberdar olmaması pekâlâ ihtimal dâhilindedir. Görüldüğü üzere, özel kurul ister çağrılı ister çağrısız toplansın, yukarıdaki ihtimallerin gerçekleşmesi halinde yönetim kurulu iptal davası açma süresini kaçırabilecek, giderek özel kurulun (belki de haksız olan) onamama kararı kesinleşecektir.

Öte yandan özel kurulun, bir aylık iptal davası açma süresinin dolması ve dolayısıyla özel kurul kararının bir an önce kesinleşmesi saikiyle teslimden imtina etmesi de tehlike arz eden bir başka ihtimaldir. Bir başka deyişle, “teslim” şartı, özel kurul tarafından suistimale açıktır. Görüldüğü üzere, fıkra da yer alan “teslim” şartı çözüme muhtaç birçok sorunu beraberinde getirmektedir.

Yukarıda izah edilen sorunlar nedeniyle, TTK m. 454/3 hükmünde sayılan belgelerin *hiç teslim edilmemesi* halinde yönetim kurulunun iptal

²⁸ Özel kurulun da çağrısız toplanıp karar alabileceği hakkında bkz. Karahan (n 25) 143; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku – Ders Kitabı (3rd, Seçkin Yayınları 2017) 561.

davası açma hakkını (TTK m. 454/7) kaybetmesi/kullanamaması tehlikesi doğmaktadır. Burada, “teslim şartı” gerçekleşinceye kadar askıda hükümsüzlük halinden bahsedilebilir. Bilindiği üzere genel kurul kararları bakımından askıda hükümsüzlük, aslında hukuken geçerli olan bir genel kurul kararının tam anlamıyla hüküm doğurabilmesi için ayrıca bazı munzam şartların arandığı bir hükümsüzlük türüdür²⁹. İşte bize göre “teslim” şartı bir munzam şart olarak kabul edilmeli ve dolayısıyla “teslim” şartının yerine getirilmesiyle aslında hukuken geçerli olan özel kurul kararı tam anlamıyla hüküm doğurmalıdır.

Son olarak TTK m. 454/3 hükmünde sayılan “tescil” şartını da irdelenmek gerekir. Yukarıda değinildiği üzere özel kurul dar kapsamlı bir genel kurul ve bu kurulda alınan kararlar da bir genel kurul kararı niteliğindedir³⁰. O halde tescilin sonuçlarının da genel kurul kararlarının tesciline ilişkin hükümler perspektifinde irdelenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere genel kurulda alınan tüm kararlar tescile tabi değildir. Esas sözleşmeyi değiştiren genel kurul kararları bakımından TTK m. 455’te tescil yükümlülüğü öngörülmüş ve bu kararların tescilden önce üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla genel kurul kararı *iç ilişkide* alındığı andan itibaren, dış ilişkide ise tescil ile hüküm ifade etmektedir³¹. Bu düzenleme karşısında, özel kurul kararının da alındığı andan itibaren (yani TTK m. 454/3 hükmündeki tescilden önce) *iç ilişkide* hüküm doğuracağı söylenebilir. Bu bağlamda ilk olarak belirtmek istediğimiz husus, varlık kazanmış ve *iç ilişkide* sonuç doğurmaya başlamış bir karar bakımından, TTK m. 454/3 hükmünde geçen “[...] özel kurul kararı *alınmamış* sayılır” şeklindeki ifadenin, “tescil” şartı eksikliği dolayısıyla, yokluk veya butlan olarak yorumlanması-

²⁹ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (n 24) 33 vd.

³⁰ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (n 24) 15; Karahan (n 25) 142, 150.

³¹ Kendigelen (n 5) 358; Necla Akdağ-Güney, Anonim Şirketlerde Kuruluş (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014) 331 vd. Aksi görüş için bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku (n 14) § 23, N 13 (Yazar, esas sözleşme değişikliğinin kurucu nitelikteki tescille kesinlik kazanacağını ifade etmektedir). Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, konuyu bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olan sermaye artırımını ekseninde irdelleyen Moroğlu, sermaye artırımının *iç ve dış ilişkide* tekemmülü bakımından (kurucu nitelikte olan) tescilin şart olduğunu, tescil yapılmadıkça, sermayenin tamamı taahhüt edilmiş ve zorunlu ödemeler yapılmış olsa bile, dış ilişkide de, *iç ilişkide* de sermayenin artırılmış olduğunun kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir; Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (n 24) 81-82.

nın doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Öte yandan “tescil” şartının yerine getirilmemiş olması nedeniyle özel kurul kararının iptalinin de istenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira fıkrada sayılan belgeleri tescil ettirme yetki ve görevi yönetim kuruluna aittir. Dolayısıyla yönetim kurulunun bu görevi yerine getirmemesi halinde özel kurul kararının iptal edilebilirliğinden bahsetmek de mantıklı gözükmemektedir. Esasen TTK m. 454/3 hükmünde yer alan “tescil” şartının yerine getirilmemesi halinde “özel kurul kararını alınmamış saymak” (bu ifade ne şekilde yorumlanırsa yorumlansın) doğru bir çözüm değildir. Aksinin kabulü, özel kurulun, kendisine ait olmayan bir yetki ve görevin yerine getirilmemesinden dolayı haksız yere “cezalandırılmasına” yol açacaktır.

Öte yandan TTK m. 454/3 hükmünde yer alan “tescil” şartının yerine getirilmemesi halinde “özel kurul kararını alınmamış saymak”, yönetim kurulunun, tam da bu sonucun gerçekleşmesi saikiyle özel kurul kararının “tescil”inden imtina etmesine yol açabilir. Bu durum, “tescil” şartını yönetim kurulu tarafından suistimale açık hale getirmektedir. Her ne kadar anılan ihtimalde “tescil” yükümlülüğünü yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri hakkında (şartları varsa) TTK m. 553 vd. maddelerine uygun olarak sorumluluk davası açılabilirse de, böyle bir davanın açılması “özel kurul kararının alınmamış sayılması”nı değiştirmeyecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, yönetim kurulu tarafından “tescil” şartının yerine getirilmemesi halinde “özel kurul kararının alınmamış sayılması” ifadesinin göz ardı edilmesi ve özel kurulun onamama kararının geçersizliğinin ileri sürülebilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. Özel Kurulun Onamama Kararının Alınmamış Sayılması Halinde Genel Kurul Kararının Akıbeti

TTK m. 454/3 hükmü bakımından çözümlenmesi gereken bir diğer sorun, özel kurulun onamama kararının alınmamış sayılması halinde, genel kurulun esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararının akıbetidir. Bir başka ifadeyle, bu durumda sürecin yeniden başlatılması yani özel kurulun tekrar toplanması mı gerektiği yoksa genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının onaylanmış mı sayılacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Öğretide bir görüş, TTK m. 454/3 hükmünde öngörülen şartlar (tutanağın ve tutanağa eklenecek belgelerin düzenlenmesi ve bunların yönetim kuruluna on günlük süre içinde teslim edilmesi) imtiyazlı pay sahipleri tarafından yerine getirilecek şartlar olup, bu şartların yerine

getirilmemesi nedeniyle genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararının sürüncemede bırakılmaması, bu sebeple TTK m. 454/3'te belirtilen şartların yerine getirilmemesi halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılması gerektiği, kaldı ki çağrıya rağmen özel kurulun süresi içinde toplanamaması halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılacağını öngören TTK m. 454/5 düzenlemesinin de³² bu görüşü desteklediği yönündedir³³.

Buna karşılık bir diğer görüş, TTK m. 454/3 hükmünün TTK m. 454/5 hükmü gibi bir açıklık içermediğinden bahisle, belirtilen duruma genel kurul kararının onaylandığı sonucunu bağlamanın mümkün gözükmediğini, dolayısıyla prosedürün yeniden başlatılması, yani özel kurulun tekrar toplantıya çağrılması gerektiğini savunmaktadır³⁴. Kanaati-

³² Anılan hükmün gerekçesinde de, bu düzenlemenin şirketi korumak amacıyla öngörüldüğü, çağrıya rağmen toplantının nisaplara ulaşamadığı için yapılmamasının, genel kurul kararının sürüncemede kalması sonucunu doğuracağı ve uygulamanın gecikmesinin şirkete zarar vereceği ifade edilmiştir.

³³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) (n 1) N 807; Arslan Kaya, 'Tartışmalar', Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, 12-13 Nisan 2013 (Aralık 2012) XVI(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254, 257; Pulaşlı, Şerh (n 1) § 41 N 163; Dural (n 4) 155; Murat Oruç, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıklarda İmtiyazların Korunması' (2010) 26(4) Batider 169, 192.

³⁴ Kendigelen (n 5) 356. Aynı yönde bkz. Nomer-Ertan (n 26) 141; Akad (n 20) 68 (Ancak yazar, herhangi bir süre kalmamışsa, imtiyazlı pay sahiplerinden herhangi birinin, ilgili belgelerin yönetim kuruluna verilmesi için öngörülen on günlük sürenin hitamından itibaren on beş gün içinde imtiyazlı pay sahiplerini toplantıya çağırması gerektiğini, aksi halde genel kurul kararının onaylanmış sayılması gerektiğini savunmaktadır); Bilgeç (n 4) 286 (Gerçi yazar aynı sayfada "on günün sonunda [yönetim kuruluna] herhangi bir tebliğ yapılmamış ise genel kurul kararı uygulama alanı bulur" demek suretiyle kendi görüşüyle çelişmektedir); Aktaş (n 21) 252; Mustafa Yiğit Örnek, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İstanbul 2012) 117; Esra Uysal, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar (2nd, Oniki Levha Yayınları 2018) 211; Turgut, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi (n 9) 256; Turgut, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması (n 4) 80. Memiş, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanması ile onaylanmaması arasında fark gözeterek, ilk halde genel kurul kararının onaylanması şeklinde yorumlanabileceği, ikinci halde ise genel kurul kararının onaylanmamış sayılması şeklinde yorumlanması gerektiği görüşündedir [Tekin Memiş, 'Tartışmalar', Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, 12-13 Nisan 2013, (Aralık 2012) XVI(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254]; Aktaş (n 21) 251.

mizce prosedürün yeniden başlatılması halinde aynı senaryonun tekrür etmesi ihtimali karşısında bu görüş tercih edilmemelidir. Zira bu ihtimalin gerçekleşmesi, genel kurul kararını uzunca bir süre sürüncemede bırakacaktır.

Yukarıda özel kurulda toplantı ve karar nisabının eksik olduğu hal dışındaki şartların eksikliğinde özel kurul kararının iptal edilebilir olduğu yönünde görüşümüzü belirtmiştik. Özel kurulun onamama kararının süresinde iptalinin istenmemesi halinde (TTK m. 454/7), artık özel kurul kararı kesinleşmiş olmaktadır. Bu sonuç karşısında, bu süreçte askıda hükümsüz olan³⁵ genel kurul kararı reddedilmiş sayılmalıdır. Özel kurul kararının iptalinin talep edilip de bu talebin mahkemece reddedilmesi halinde de aynı sonuca varılmalıdır.

5. Bakanlık Temsilcisinin Özel Kurula İştiraki

Kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Gümrük ve Ticaret Bakanlığının³⁶ iznine bağlı olan anonim şirketlerin (TTK m. 407/3, m. 333)³⁷ özel kurullarında ayrıca Bakanlık temsilcisinin hazır bulunması ve tutanağı imzalaması zorunludur (TTK m. 454/6). Öte yandan yurt dışında yapılacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantılarında da Bakanlık temsilcisinin bulunması gerekir [BTY m. 32/1-(ç)]. Bu iki hal dışındaki hallerde imtiyazlı pay sahipleri özel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu değildir. Ancak özel kurulu toplantıya çağırınların doğrudan talep etmeleri ve bu taleplerin görevlendirme makamınca uygun görülmesi halinde de Bakanlık temsilcisi görevlendirilir (BTY m. 32/2).

BTY düzenlemesinde, Bakanlık temsilcisinin katılmadığı toplantılarda alınan kararların geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır. Söz ko-

³⁵ Ayrıca bkz. Fatih Arıcı, 'İmtiyazlı Paylar', Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III (18 Ekim 2019), İstanbul 2020, 151, 187.

³⁶ 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ticaret Bakanlığı kurulmuş olup 10 Ocak 2019 tarihli ve 30651 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 27 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile teşkilat yapısı yeniden şekillendirilmiştir.

³⁷ Bkz. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ, RG 15.11.2012/28468 (m. 5).

nusu geçersizlikle kastedilen yokluktur³⁸. Anılan Yönetmelikte açıkça belirtilmemişse de şüphesiz aynı sonuç; Bakanlık temsilcisinin terk etmiş olduğu özel kurul toplantılarında alınan kararlar ile Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanmamış olan tutanakta yer alan kararlar bakımından da söz konudur³⁹.

SONUÇ

TTK'nın 454. maddesinin 3. fıkrasında; imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanma ve karar almasına ilişkin şartlar ile toplantıda onamama kararı alınması halinde yerine getirilecek bazı usulî şartlar öngörülmüştür. Fıkroda yer alan tüm şartların ihlali tek bir yaptırıma bağlanmış ve söz konusu yaptırım “özel kurul kararının alınmamış sayılması” şeklinde ifade olunmuştur. Ancak bu ifadeyle hükümsüzlük hallerinden hangisine işaret edildiğinin kanunda ve gerekçede belirtilmemiş olması, bahse konu yaptırımın öğretilde farklı şekillerde yorumlanmasına yol açmıştır. Anılan fıkroda yer alan tüm şartların ihlalinin aynı yaptırıma bağlanması kanun yapma tekniği açısından doğru olmadığı gibi, bu yaptırımın tüm şartlara aykırılık bakımından aynı şekilde yorumlanması da mümkün gözükmemektedir.

Kanaatimizce TTK'nın 454/3 hükmünde sayılan şartlar arasında bir ayrıma gidilmeli ve söz konusu şartların her birinin getiriliş amacı gözetilmek suretiyle “özel kurul kararının alınmamış sayılması” şeklindeki ifadenin karşıladığı hükümsüzlük türü belirlenmelidir. Bu doğrultuda, anılan fıkradaki toplantı ve karar yetersayısına aykırılık halinde, bu ifade yokluk olarak yorumlanmalıdır. Onamama kararını takiben gerçekleştirilmesi öngörülen usulî şartlara aykırılık halinde ise “özel kurul kararının alınmamış sayılması” şeklindeki ifade her bir şart bakımından ayrı ayrı ele alınmalı ve duruma göre iptal edilebilirlik ya da askıda hükümsüzlük şeklinde yorumlanabilmelidir.

³⁸ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (n 24) 124; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku C. I (14th, İstanbul 2019) N 722a; Kırca, Şehirali-Çelik and Manavgat (n 24) 10; Karahan (n 25) 147-148.

³⁹ Genel kurul toplantıları bakımından bkz. Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (n 24) 124. Ayrıca bkz. BTY m. 26/5. Kırca, tutanağın Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanmaması halinde butlan yaptırımının söz konusu olacağını ifade etmektedir [Kırca, Şehirali-Çelik and Manavgat (n 24) 54].

KAYNAKÇA

Akad G, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (1st edn, Vedat Kitapçılık 2013)

Akdağ-Güney N, Anonim Şirketlerde Kuruluş (1st edn, Vedat Kitapçılık 2014)

Aktaş B, İmtiyazlı Paysahipleri Özel Kurulu, Doktora Tezi (2019) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi 10.05.2020

Altaş S, ‘Yeni TTK’ya Göre İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paysahipleri Özel Kurulu’, (2013) 8(83) Terazi Hukuk Dergisi 71-79

Arıcı F, ‘İmtiyazlı Paylar’, Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III, 18 Ekim 2019 (İstanbul 2020) 151-193

Aslan Y. C, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu’, (Aralık 2017) 5(2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-99

Bahtiyar M, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri’, Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü, 30 Ekim 2017 (Ankara 2019) 37-70

Bahtiyar M and Hamamcıoğlu E, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları (1st edn, Beta Yayınları 2014)

Bilgeç H, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz (1st edn, Turhan Kitabevi 2017)

Dural A, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (TTK m.454)’, (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139-157

Eryiğit H, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Organ Sıfatı’ (2015) 2(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213-227

Karahan S, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması (1st edn, Kazancı Kitabevi 1991)

Kaya A, ‘Tartışmalar’, Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, 12-13 Nisan 2013, (Aralık 2012) XVI(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254-258

Kaya İ, ‘İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar’, (2016) 3, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-245

Kendigelen A, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd, Oniki Levha Yayınları 2016). (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)

Kırca İ, Şehirali-Çelik, F. H and Manavgat, Ç, Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 2/2- Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (2nd, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst. 2017)

Memiş T, ‘Tartışmalar’, Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, 12-13 Nisan 2013, (Aralık 2012) XVI(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 254-258

Moroğlu E, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler (8th, Oniki Levha Yayınları 2016). (Değerlendirme ve Öneriler)

Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (8th, Oniki Levha Yayınları 2017). (Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü)

Nizamoglu M. B, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019

Nomer-Ertan F, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu-6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’ (Mayıs-Haziran 2014) 9(117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133-144.

Oruç M, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıklarda İmtiyazların Korunması’ (2010) 26(4) Batider 169-203

Örnek M. Y, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku, C. I ve C. II (14th, Vedat Kitabevi 2019).

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku – Genel Esaslar (6th, Adalet Yayınları 2020). (Şirketler Hukuku). (Şirketler Hukuku)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II (3rd, Adalet Yayınları 2018). (Şerh)

Pulaşlı H, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar’, (2013) VIII(1), Ayrı Bası, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12

Şener O. H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku – Ders Kitabı (3rd, Seçkin Yayınları 2017)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4th, Vedat Kitabevi 2015)

Tola N. R, ‘Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar’ (Temmuz 2017) 8(16) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63-85.

Turgut S, ‘Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi’ (Temmuz 2019) 11(39) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 243-258. (İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun İşleyişi)

Turgut S, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019. (İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının Korunması)

Uysal E, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar (2nd, Oniki Levha Yayınları 2018)

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayınları 2007)

- Araştırma Makalesi -

ANONİM ŞİRKETİN TTK M. 529/1- A, B, C, D GEREĞİNCE SONA ERMESİ VE LİMİTED ŞİRKETLERDEKİ DURUM*

(TERMINATION OF JOINT STOCK COMPANIES ACCORDING TO ARTICLE 529/1-
A,B,C,D OF TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102 AND STATUS IN
LIMITED COMPANIES)

Arş. Gör./Res. Asst. Firdevs ARSLAN**

ÖZ

Çalışmamızda sermaye şirketlerinin sona erme hallerinden bazıları inceleme konusu yapılmıştır. 6762 sayılı TTK zamanında, anonim şirketlerin sona erme sebeplerinden TTK m. 529/1-a, b, c ve d hükümlerinin tümü yer almadığından, buna bağlı olarak ortaya çıkan doktrin ve yargı kararları tartışmalarından bahsedilmiştir. 6102 sayılı TTK m. 529 düzenlemesi ile bu tartışmaların ne şekilde sona erdiğine değinilmiştir. Limited şirketler bakımından ise, anonim şirketlere özgü sona erme sebepleri olan TTK m. 529/1-a,b,c,d bendi hükümlerinin, limited şirket düzenlemelerine karşılık gelen hükümleri incelenmiştir. Daha sonra ise sona erme sebebi olarak sayılmayan hükümlerin limited şirketlere uygulanabilirliği hakkındaki görüşler üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu, Anonim Şirket, İnfisah, Fesih, Limited Şirket.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 26.02.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 20.03.2020 tarihinde birinci hakem; 11.04.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, fsavas@cumhuriyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3915-8062.

Bu makaleye atıf için; ARSLAN, Firdevs, “Anonim Şirketin TTK m. 529/1- a, b, c, d Gereğince Sona Ermesi ve Limited Şirketlerdeki Durum”, REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 107-142.

ABSTRACT

In the study, some of the causes and types of expiration of capital companies were examined. Due to the causes for the expiration of joint stock companies in the time of the previous law, Article 529/1- a,b,c and d provisions of Turkish Commercial Code since not all provisions are included, discussions on the judgment and judicial decisions made in time are mentioned. As a matter of fact, Article 529 of Turkish Commercial Code numbered 6102, it was mentioned how these discussions ended. As for limited companies, The provisions corresponding to Article 529/1- a,b,c and d provisions of Turkish Commercial Code which are the reasons for termination specific to joint stock companies clause provisions of limited company regulations were examined and opinions were emphasized on the applicability of the provisions which were not counted as the reason for termination.

Keywords: *Turkish Commercial Code, Joint Stock Company, Dis-solution, Cancellation, Limited Company.*

I. GİRİŞ

Çalışmamızda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan anonim ve limited şirketlerde sona erme türleri inceleme ele alınacaktır. Bu kapsamda anonim ve limited şirketlerde sona erme sebeplerinin ayrı başlıklar altında incelenmesi uygun görülmüştür. Zira 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda her şirket türü için geçerli olan sona erme sebepleri düzenlenmiştir. Bu durum ise şahıs ve sermaye şirketlerinin niteliklerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde anonim şirketlerde sona erme halleri incelenecektir. Anonim şirketlerde genel sona erme halleri TTK m. 529 hükmünde düzenlenmekle birlikte çalışmamızın konusunu ilk dört sona erme hali oluşturacaktır. Bu kapsamda öncelikle sona erme kavramından genel olarak bahsedilip, sona ermenin ortaya çıkış türleri incelenecektir. Daha sonra ise anonim şirketler için sayılan sona erme hallerinden (a) bendinde yer alan sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâlde gelmemişse esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesiyle, (b) bendi gereğince işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâlde gel-

mesiyle, (c) bendine göre esas sözleşmede öngörölmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle, (d) bendi hükmünce 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına uygun olarak alınan genel kurul kararıyla sona erme halleri inceleme konusu olacaktır. Anonim şirketlerin sona erme sebepleri arasında incelenmesi gerekli olan tasfiyeden dönme kurumuna da değinilmesi gerekecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, TTK m. 636 da düzenlenen ve limited şirketlerde inceleme konusu olan dört sona erme durumu ile benzer olan düzenlemeler incelenecektir. Limited şirketlerde TTK m. 636/1, (a) bendinde yer alan şirket sözleşmesinde öngörölen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle ve (b) bendinde yer alan genel kurul kararı ile sona erme hali anonim şirketlerdeki gibi düzenlenmiştir. Fakat sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelmemişse, esas sözleşmede öngörölen sürenin sona ermesiyle, işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle sona erme halleri limited şirketler için sayılmamıştır. Bu durumda anonim şirketler için geçerli olan ve fakat limited şirketlerde sayılmayan bu hallerin limited şirketlere de uygulanıp uygulanmayacağı hususu üzerinde durulacaktır. Yine limited şirketin sona erme konusu içerisinde incelenmesi gerekli olan tasfiyeden dönme kurumuna da ayrıca değinilecektir.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE SONA ERME

A. Kavram

Sona erme, anonim şirketin faaliyetlerinin durması veya durdurulması anlamına gelmekle birlikte, bu durumda şirketin tüzel kişiliğinin de ortadan kalkması söz konusu değildir¹. Bu anlamda sona eren bir anonim şirket, belli bir sürecin tamamlanmasının ardından unvanı ticaret sicilinden silinmediği sürece tüzel kişiliğini korumaktadır (TTK m. 545). Bir başka deyişle, sona erme şirketin varlığının ortadan kalkması sürecinde ilk aşama sayılmaktadır.

¹ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuk (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015) 191; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020) 628; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017) 331; Oruç Hami Sener, Ortaklıklar Hukuku (Seçkin Yayınevi, Ankara 2017) 628. (Ortaklıklar Hukuku)

Sona erme kavramı kendi içinde infisah ve fesih olmak üzere iki alt kavrama ayrılmaktadır². İnfisah, anonim şirketin, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen bazı sebeplerin gerçekleşmesi dolayısıyla herhangi bir karar, ihbar ya da onaya gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesi ve bu durumun hukuken kabul edilmesidir³. Fesih ise, bir anonim şirketin karar şeklinde ortaya çıkan bir irade sona erdirilmesidir. Bu iradenin, bir kişi, bir azınlık ve çoğunluk kararı şeklinde olabileceği gibi bir mahkeme kararı şeklinde de ortaya çıkması mümkündür⁴. İnfisah ve fesih sebepleri, kanunda öngörüldüğü hallerde TTK m. 340 uyarınca emredici niteliktedir ve ileriye doğru etki doğurmaktadır⁵.

B. Sona Ermenin Ortaya Çıkış Biçimleri

Anonim şirketin ekonomik faaliyetlerinin devam edip etmemesine göre tasfiyeli ve tasfiyesiz sona erme biçimleri ortaya çıkabilmektedir. O halde öncelikle tasfiye kavramından kısaca bahsetmek ve daha sonra ayrımı incelemek gerekmektedir.

Tasfiye, anonim şirketin malvarlığının tümünün nakde çevrilip, alacakların tahsil edilmesi, borçların ödenmesi ve bakiye miktar varsa kural olarak pay sahiplerine payları oranında paylaşılmasıdır. Bu sürecin sonunda ise şirketin ticaret unvanı sicilden silinerek tüzel kişiliği ortadan kalkmaktadır⁶. TTK m. 533 gereği, tasfiye sürecinde, şirketin organları varlığını sürdürmekle birlikte, fiil ehliyetleri tasfiye amacıyla sınırlanır. Yine şirketin ticaret unvanına “tasfiye halinde” ibaresi eklenir. Pay sahipleri ise, bu sıfatını korumaya devam eder ve bilgi alma, inceleme, denetleme, sorumluluk, iptal, butlanın tespiti davalarını açma ve

² Tekinalp(n1) 192; Pulaşlı(n1) 628; Şener(n1) 628.

³ Tekinalp, 192; Pulaşlı, 628; Şener, 628. İnfisah kendiliğinden sona erme sebebi olduğundan bu durum ancak bir def’i olarak ileri sürülüp, tespit davası ile tespit ettirilebilir. Tekinalp, s. 192; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, Şubat 2015, 324.

⁴ Şirin Güven, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, Nisan (2016) 1(1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35,36; Sami Karahan, Ortaklıklar Hukuku (Mimoza Yayınları, Şubat 2015) 751.

⁵ Tekinalp, s. 192.

⁶ Tekinalp, s. 192. Karahan(n4) 751.

oy haklarını korurlar⁷. Bu durumda şirketin ekonomik faaliyetlerinin sona erdiği hal tasfiyeli sona erme biçimidir.

Tasfiyesiz sona erme biçiminde ise, tüzel kişilik kendiliğinden sona ermektedir. Örnek vermek gerekirse; birleşme, bölünme, tür değiştirme, devletleştirme ve şirket merkezinin yurt dışına taşınması durumlarında tüzel kişilik tasfiyesiz olarak sona ermektedir⁸. Tasfiyesiz sona erme temelde bir genel kurul kararına dayanmaktadır.

Anonim şirketin tasfiyeli ve tasfiyesiz sona ermesi hallerinden kısaca bahsedildikten sonra, asıl inceleme konusu olan genel ve özel sona erme sebepleridir. Genel sebeplerin içine sürenin sona ermesi, işletme konusunun imkansız hale gelmesi, fesih kararı, esas sözleşmeden kaynaklanan sebepler ve iflas girerken, özel sebeplere organ eksikliği ve haklı sebeple fesih dahil olmaktadır. Çalışmamızın konusu ise genel sona erme sebepleri olup, özel sona erme sebepleri inceleme konusu yapılmayacaktır.

C. Anonim Şirketlerde Genel Sona Erme Sebepleri (TTK m. 529/1-a, b, c, d)

Genel sona erme sebepleri, TTK m.529 hükmünde altı bent halinde düzenlenmektedir. Bu haller, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi, işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi, esas sözleşmede öngörülmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmiş olması, genel kurulda fesih kararının alınması, şirketin iflasına karar verilmesi ve kanundan öngörülen diğer hallerdir. Çalışmamızda incelenecek olan hususlar maddenin ilk dört bendi olup, iflas ve kanunda öngörülen diğer haller incelenmeyecektir.

1. Sürenin Sona Ermesine Rağmen İşlere Fiilen Devam Edilmemesi (TTK m. 529/1-a)

TTK m. 529/1-a bendi hükmü uyarınca, “*sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hale gelmemişse, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi*” anonim şirketler için bir infisah sebebidir. Anonim şirketler için sürenin sona ermesi bir

⁷ Serhan Dinç, “6102 Sayılı Kanuna Göre Anonim Şirketlerde Sona Erme” (2016) 2(2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 223, 226; Pulaşlı, 628.

⁸ Karahan, 751; Pulaşlı, 628; Dinç(n7) 226.

infisah sebebi olarak açıkça öngörülmüşken, limited şirketlerin sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 636 hükmünde yer almamaktadır. O halde, bu hükmün limited şirketlerde de uygulama alanı bulup bulamayacağı incelenmesi gereklidir.

A. Anonim şirketlerde şirket süresinin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam edilmemesi

TTK m. 529/1-a bendi hükmü uyarınca, anonim şirketler esas sözleşmesinde şirket için belirli bir süre öngörülmüş ve süre dolmasına rağmen şirket işlerine fiilen devam etmiyorsa, bu durumda herhangi bir karara gerek olmadan kendiliğinden sona erecektir. Hal böyle olmakla birlikte, anonim şirketlerin belirli süreler için kurulma zorunluluğu yoktur. Bu nedenle herhangi bir süre öngörülmezsizin kurulan şirket belirsiz süreli olarak kurulmuş sayılır ve bu durum açıkça esas sözleşmede gösterilebilir. Ancak şirket belirli bir süre ile kurulmak istendiğinde, bu sürenin mutlaka TTK m. 339/2- 1 bendi gereği esas sözleşmede yer alması gereklidir.

Belirli süreli anonim şirketin sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesine rağmen, şirketin iş ve işlemlerine fiilen devam etmesi halinde şirket herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden belirsiz süreli hale gelmektedir. Ancak 6762 sayılı Kanun zamanında infisah sebeplerini düzenleyen m. 434/1, (1) 'de şirketin işlerine devam etmesi halinde akıbetinin ne olacağı ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu sebeple öğretiyile Yargıtay kararları arasında en çok tartışılan konulardan biri, süresi sona eren şirketlerin fiilen işlerine devam etmeleri halinde adi şirketlerde (TBK m. 640/3) olduğu gibi belirsiz süreli hale gelip gelemecekleriydi.

Öğretide bu hususta farklı yönde düşünceler ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre, anonim şirketin belirli süreli kurulması halinde sürenin sona ermesiyle anonim şirket kendiliğinden sona erer. Süresin sona ermesine rağmen şirketin faaliyetlerine devam edilmesi ise, sürenin uzatılması ya da şirketin belirsiz süreli duruma gelmesi sonucunu doğurmaz. Zira eski Borçlar Kanununun adi şirketlere ilişkin 536'ncı maddesinin (TBK m. 640/3), sermaye şirketi olan anonim şirketlerin temel niteliklerine aykırı olması sebebiyle uygulanma olanağı yoktur. Bu nedenle süresi sona eren şirket, fiilen işlerinde devam etse bile sona erecek ve tasfiye haline girecektir. Tasfiye halindeki şirketin organlarının yetkileri de tasfiye amacı-

la sınırlı olacağından genel kurulun süre uzatma yoluna gitmesi imkanı da bulunmamaktadır⁹.

Karşı görüşe göre ise; esas sözleşmesinde yazılı olan süresi dolan anonim şirketin, fiilen işlerine devam etmesi halinde ortaklık belirsiz süreli bir ortaklığa dönüşür. Borçlar Kanununun adi şirketlere ilişkin 536. maddesinin anonim şirketlere de uygulanmasında bir mahsur olmamalıdır. Zira şirketin süreli veya belirsiz süreli olma niteliği, hem şahıs şirketlerinin hem de sermaye şirketlerinin mahiyetine uygun bir unsurdur. Ayrıca sermaye şirketi olan anonim şirketler, şahıs şirketlerine oranla süresiz olmaya daha elverişli bir yapıdadır. Bu nedenle şahıs şirketleri belirsiz süreli yapıda devam etmeye gelebiliyorsa, anonim şirketlerde de evleviyetle belirsiz süreli hale gelebilmelidir¹⁰.

Öğretide tartışmalar bu şekilde olmakla birlikte Yargıtay da bu hususta farklı şekillerde önemli kararlar vermiştir. 1985 tarihli HGK kararında, belirli süreli anonim şirketin, sürenin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden sona ereceği ve tasfiye haline girmiş olacağından, fiilen işlere devam edilse bile, sürenin uzatılmasından ya da belirsiz süreli hale dönüşmesinden söz ceğine hükmedilmiştir.¹¹ Ancak daha sonra içtihat değiştiren HGK, 1987 tarihli kararıyla işlerine fiilen devam eden şirketlerin belirsiz süreli hale gelmesini kabul etmiş ancak bunun için şirket genel kurulunda faaliyetlere devam edilmesi ve esas sözleşmedeki süre hükmünün değiştirilmesi yönünde karar alınması gerektiğini belirtmiştir¹².

⁹ Halil Arslanlı, Anonim Şirketler (Fakülteler Matbaası İstanbul 1961), 169(Hikmet Sami Türk, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 14 Şubat 1986, 134 naklen alıntı); İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.2, İstanbul 1990, 990; Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı (4. Baskı Ankara 2006) 277.

¹⁰ Hikmet Sami Türk, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu(14 Şubat 1986) 147; Tuğrul Ansay, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (14-15 Şubat 1986)190; Yavuz Okçuoğlu, Yargıtay HGK, 5.6.1985, E.1983/11-218,K. 1985/561 Kararına “Karşı Oy Yazısı”, Türk, EK 5, 173.

¹¹ Ayrıntılı karar için bkz. Yargıtay HGK, 5.6.1985, E. 1983/11-218, K. 1985/561. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html> 11.05.2020

¹²Ayrıntılı karar için bkz YHGK T. 28.01.1987 E.1986/11-211, K. 1987/120 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. 11.05.2020

¹² TTK m.529/1,(a) Hükümet Gerekçesi.

6102 sayılı TTK m. 529/1, (a)' da yer ala açık düzenleme ile süresi sona eren şirketler fiilen işlerine devam etmeleri halinde¹³ kendiliğinden belirsiz süreli hale geleceği için, eTTK eski Kanun zamanındaki tartışmalar sona ermiştir. TTK' nın getirdiği bu yenilik, sözleşmenin belirsiz süreli hale gelmesinden sonra esas sözleşmede değişiklik yapılarak sözleşmenin fiili duruma uyarlanması gerektiğini öngören HGK kararından da farklıdır¹⁴. Bir başka deyişle Kanun hükmüyle, **esas sözleşme değişikliğine gerek görülmemiş olup Yargıtay'ın çözümü bir ileri aşamaya götürülmüştür**¹⁵.

Belirsiz süreli şirkete dönüşen bir ortaklığın pay sahiplerince fesihinin istenip istenemeyeceği konusunda TTK m. 529 hükmünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu anlamda TTK m. 126 “*uygulanacak kanun hükümleri*” hükmü ile TBK m. 640'da “*belirsiz süreli adi ortaklıklarda pay sahiplerinin tek taraflı fesih hakkının*”, anonim şirketlere de uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışılmıştır¹⁶. Fakat belirsiz süreli bir ortaklığa dönüşen anonim şirketten çıkmak isteyen pay sahibinin kolaylıkla pay devri yaparak bu ilişkiden çıkabilmesi ya da TTK m. 529/1-c hükmü uyarınca tek yanlı fesih hakkının şirketi sona erdirecek bir sebep olarak esas sözleşmeye konulabilmesi imkanlarının kanuni düzenlemesi mevcut olduğundan, bu hususların tercih edilmesi gerektiği daha makul bir düşünce olarak görülmektedir¹⁷. Zira TTK m. 126 gereğince TBK'nun adi şirket hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Kaldı ki bir sermaye şirketi olan anonim şirketler hakkında bir şahıs şirketine verilmiş böyle bir fesih hakkının doğrudan uygulanması şirketin niteliğine uygun düşmez.

¹³ Mahkeme sürenin sona ermesine rağmen anonim şirketin devam edip etmeyeceğini atayacağı bilirkişi vasıtasıyla tespit eder. Pulaşlı, 629.

¹³ Mehmet Emin Bilge, “Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, (2012) XVI(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263, 263; Bahtiyar(n1) 346.

¹⁴ Hayri Domaniç, Anonim Şirket Anamukavelesinde Yazılması Gerekli ve Mümkün Unsurlar (1979) 396.

¹⁵ Bahtiyar, 343.

¹⁶ TTK Hüküm Gereçesi; Güven, 37.

¹⁷ Pulaşlı, 630; Karahan, 346.

2. İşletme Konusunun Gerçekleşmesi veya Gerçekleşmesinin İmkansız Hale Gelmesi (TTK m. 529/1-b)

TTK m. 529/1-b hükmü uyarınca şirketin işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi anonim şirketler için bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir.

TTK m. 529/1-b hükmü uyarınca şirketin işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi bir sona erme sebebi olarak kabul edilmiştir. Fakat TTK’da, eTTK lafzında önemli bir değişikliğe gidilerek, eski metinde yer alan “maksat” ifadesi, hükmün uygulanabilirliği bakımından uygun görünmediği sebebiyle değiştirilerek “işletme konusu” ifadesine yer verilmiştir¹⁸. O halde konunun anlaşılması bakımından bu iki önemli kavramın tanımlanması gereklidir.

“Maksat”, “gaye”, “amaç” terimleriyle anlatılmak istenen gerekçe ifadesinde de yer verildiği üzere şirketlerde kazanç elde etmek ve paylaşmaktır. “Konu” ise, şirketin faaliyet alanını, bu amaca ulaşabilmek için yapılan icra faaliyetlerini, somut olarak uğraşılacak işleri ifade etmektedir¹⁹. İşletme konusu, konu ticaret unvanına sahip şirketler bakımından sahip olduğu önem nedeniyle anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanlarında gösterilmesi (TTK m. 43) ve esas sözleşmede yer alması gereken (TTK m. 339/1-b) bir unsurdur²⁰. Örneğin; sanayi ve ticaret alanı genel faaliyet alanı iken; seramik madde imalatı, ithalatı ve ihracatı somut işletme konularını göstermektedir. Bu anlamda ticaret, sanayi, taşıma işleri gibi genel faaliyet türlerini ifade ederken; konu hükmü ise, genel faaliyet türünün manifatura ticareti, sabun imali, hava veya otobüs seferleri gibi somut dallarını, yani işletme konusunu gösterir²¹. Örneklerde görüldüğü üzere işletme konusunun birden fazla olması halinde, konulardan birinin elde edilmesi ya da elde edilmesinin

¹⁸ TTK Hüküm Gerekçesi; Güven, 37.

¹⁹ Pulaşlı, 630; Karahan, 346.

²⁰ Burçak Yıldız, “Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği” (2011) XXVII (3), BATİDER 111,116.

²¹ Dinç, s. 229.

imkansız hale gelmesi, şirketin sona ermesine ve tasfiyesine sebep olmayacaktır²².

İşletme konusunun elde edilmesi, şirketin aktif yapısının sona ermesi, etkinliğinin tamamlanması anlamına gelmektedir²³. Bir başka deyişle, belirli ya da belirlenebilir bir konu için kurulan şirketin, üstlendiği işi tamamlaması ve teslim etmesi sonrasında şirketin sona ereceğine dair ortaklarda bulunan irade biçimidir²⁴. Bu duruma örnek olarak, bir şehrin metro ağının yapılması amacıyla ihalesinin kazanılması ve metro ağının tamamlanması üzerine şirket kurulmuşsa, ihalenin kazanılması ve metro hattının tamamlanmasıyla işletme konusu gerçekleştirilmiş sayılmaktadır. Fakat işletme konusu metro ağı kurmak ve bu ağı işletmek şeklindeyse, metro hattının kurulmuş olması şirketin işletme konusunu elde edildiği anlamına gelmez²⁵.

Bunun dışında, işletme konusunun gerçekleşip gerçekleşmediği esas sözleşmeye bakarak belirlenebilir. Esas sözleşmede işletme konusunun geniş kapsamda belirlenmesi halinde ise, işletme konularının aktif veya pasif olmasına göre gerçekleşme olgusuna karar verilir. Bu anlamda sözleşmede yer alan bazı konularla şirket gerçek anlamda meşgul olmuyorsa ve dolgu maddeler niteliğindeyse, dikkate alınmaz²⁶.

İşletme konusunun elde edilmesinin yanında işletme konusunun elde edilmesinin imkânsız hale gelmesi de anonim şirketler için bir infisah sebebidir. İmkansız hale gelme hukuki veya fiili imkansızlık olarak ikiye ayrılmaktadır²⁷.

Hukuki imkansızlık, şirketin işletme konusunun yasal bir düzenlemeyle kaldırılması, işletmenin elden çıkarılması ya da yasaklanması şeklinde olabilmektedir. Bu anlamda örneğin; işletme konusu madenin ihracatının stratejik nedenlerle yasaklanması veya işletme konusunun

²²Ayrıntılı karar için bkz. Y. 11. HD T. 21.12.1993, E. 829/K. 8552. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html>
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T.11.05.2020

²³ Pulaşlı, 630; Poroy /Tekinalp / Çamoğlu,332.

²⁴ Karahan, 754; Bahtiyar, 346.

²⁵ Pulaşlı, 630; Karahan, 754; Tekinalp, 194.

²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 332.

²⁷ Pulaşlı, 629; Dinç,229; Bilge,266.

millileştirilmesi hukuki imkansızlık türleridir²⁸. Fiili imkansızlık ise şirketin işletme konusuna giren tüm konuların elde edilme ihtimalinin ortadan kalkması veya ihtiyacının kalmaması halinde söz konusudur. Örnek olarak; işletme konusu madenin tükenmesi ya da maden ocağının çökmesi halinde fiili imkansızlıkla işletme konusu sona ermektedir²⁹.

İşletme konusunun elde edilmesinin imkansız hale gelmesinin infisah sebebi olduğunun tespitinde objektif ve subjektif imkansızlık ayrımı da önemlidir. Bu anlamda işletme konusunun imkansızlığının infisah sebebi olabilmesi için, objektif nitelikte ve sürekli olması gereklidir³⁰. O halde işletme konusunun subjektif olarak imkansız hale gelmesi TTK m.529/1 anlamında infisah sebebi teşkil etmemekle birlikte, TTK m. 531 anlamında haklı sebeple fesih davasının konusunu oluşturabilir³¹. Subjektif imkansızlık, uygulamada objektif imkansızlığa göre daha çok ortaya çıkan bir durumdur. Haklı sebep teşkil edebilecek bu durum, işletme konusunun mutlak olarak imkansızlığını göstermemekte, işletme konusunun gerçekleşebilme hususundaki belirsizliğin ortaklar bakımından çekilmez hale gelmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır³². Zira objektif olarak imkansızlık somut olaya göre değişmeyen, şirketin dışında gerçekleşen ve nesnel olarak imkansızlığı ortaya konulabilen bir imkansızlıktır³³.

Subjektif imkansızlığın tespit edilmesi durumdan duruma değişiklik gösterdiğinden, her durum bakımından ayrıca incelenmesi gereklidir. İlk durum olarak, şirketin kâr elde etme ve paylaşırma amacının gerçekleşmesinin imkansız hale gelmenin subjektif niteliğine bakılmalıdır. 6762 sayılı Kanun zamanında m. 434/1 uyarınca şirketinin maksadının gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi bir infisah sebebi olarak düzenlenmekteydi. Yargıtay kararları da bu yönde verilmekteydi³⁴.

²⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 332; Pulaşlı, 630; Karahan, 754.

²⁹ Şener, 628; Bahtiyar, 345.

³⁰ Karahan, 754; Şener, 628.

³¹ Sevilay Uzunallı, Anonim Şirkette İşletme Konusu (Adalet Yayınları, Ankara 2013) 157.

³² Özlem İlbasmış Hızlısoy, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi (1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016)150.

³³ Uzunallı(n31) 157.

³⁴ "...müvekkillerinin ortağı bulunduğu davalı şirketin 8.5.1971 yılında kazanç sağlamak ve paylaşmak amacı ile kurulmasına rağmen kuruluşundan bu yana 26 yıl geç-

6102 sayılı TTK m.529/1 b uyarınca “maksad” ifadesi yerini “konu” ya bırakınca, işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi bir infisah sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla şirketin maksadı olan kâr elde etme paylaşırma amacının imkansız hale gelmesi infisah sebebi olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle kâr elde etme ve paylaşırma amacının imkansızlığı ancak haklı sebeple fesih davasının konusu olabilir. Bu durumda da infisahın tespiti değil, haklı sebeple fesih davası açılabilir³⁵.

Ancak kâr elde edememe durumu her ihtimalde subjektif olarak imkansızlık oluşturmaz. Bu durumun subjektif imkansızlık oluşturabilmesi için, şirketin ana faaliyet alanının yürütülememesi ve bu nedenle ortakların şirkette kalmasının çekilmez hale getirmesi gereklidir. Örnek olarak, şirketin üretim konusu olan madenin rezervinin yetersiz kalması sebebiyle kar elde etme olanağı ortadan kalkmışsa, subjektif imkansızlık söz konusu olur³⁶. Ancak şirketin kuruluşundan hemen sonra gerçekleşen kâr elde edememe durumu ya da kısa süreli zararlar imkansızlık bakımından haklı sebep teşkil etmez³⁷. Zira kâr elde edememe durumunun

mesine rağmen kuruluş amacına ulaşamadığını, kazanç sağlama ihtimalini de kaybettiğini, kuruluşundan beri hiç kar payı dağıtmadığını, şirketin ne bir merkezi ne de sorumluluk üstlenecek bir yönetim kurulu bulunmadığını, şirket merkezi olarak kayıtlarda gösterilen adresin dört yıldan bu yana "Hayrat Vakfının Misafirhanesi" olarak kullanıldığını, şirketin sadece ticaret sicili kayıtlarında var gözüktüğünü, gerçekte böyle bir A.Ş bulunmadığını, yalnızca şirketin sahibi bulunduğu taşınmaz kiralalarının gelir olarak gösterildiğini iddia ile davalı şirketin TTK.nun 434/2 ve diğer maddeleri uyarınca infisah ettiğinin tesbitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.” Ayrıntılı karar için bkz. Y. 11. HD. T. 10.11.2001, E. 2000/8284, K. 2001/8776. Benzer yönde karar için bkz. Y. 11. HD. T. 14.10.2004, E. 2004/8765, K. 2004/9790. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html>
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T. E.T.11.05.2020.

³⁵ İlbasmış Hızlısoy(n32) 150.

³⁶ İlbasmış Hızlısoy, 153.

³⁷ “Bundan başka henüz çok kısa bir zaman önce faaliyete geçen bir işletmenin kira sağlayamaması ve bu yüzden sermaye kaybı, gayenin tahakkukunun imkânsız hale geldiğine delalet etmez. Gerçekten, 2 - 3 aylık bir zaman içerisinde kâr elde etmek imkanının tamamen ortadan kalktığı sonucunu doğurmaz. Ticaret aleminde zarar ve kâf tabii birer sonuç olup, müelliflerce de belirtildiği üzere, kâf elde edememe halinin, maksat ve mevzuun husulünü imkâf sız hale getirdiğini kabul, ancak uzun bir müddet kazanç sağlanamaması ve kazanç ihtimalinin tamamen ortadan kalkması halinde mümkün olur. İşletmenin faaliyete başladığı tarih ile dava tarihi arasında geçen

devamlı ve düzeltilemez bir hal alması gereklidir. Şirketin işletme konusunun, subjektif olarak imkansız hale gelmesinden önce ortaklarca, TTK m. 421/3 ve 4 hükmü uyarınca ağırlaştırılmış nisaba uyararak değiştirilmesi mümkün değilse ya da genel kurul kararıyla fesih kararı da alınamıyorsa, bu durum bir haklı sebep teşkil edebilir³⁸.

Subjektif imkansızlık konusunda değerlendirilmesi gereken ikinci durum ise şirketin sermaye kaybıdır. Zira şirketin sermaye kaybı, şirketin işletme konusunun subjektif olarak imkansızlığına yol açıyorsa ve şirketin işletme konusunun değiştirilmesi ya da genel kurulda sermaye artırımını gibi kararlar alınarak imkansızlık ortadan kaldırılmazsa, haklı sebeple fesih konusu olabilir³⁹. TTK m. 376/2 uyarınca anonim şirketin son yıllık bilançosuna göre sermayesi ile kanuni yedek akçeleri toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde, şirket genel kurulu üçte biri ile yetinme kararı almadığı takdirde kendiliğinden sona erecektir. Ancak şirket üçte biri ile yetinme kararı olsa da, ortaklar için şirketin işletme konusunun imkansızlığı devam edecekse mahkeme haklı sebebin mevcudiyetine karar verebilir⁴⁰.

3. Esas Sözleşmede Öngörülmiş Herhangi Bir Sona Erme Sebebinin Gerçekleşmesi (TTK m. 529/1-c)

TTK m. 529/1-c bendi hükmü uyarınca, ortaklar esas sözleşmeye koyacakları belli kayıtlar ve belli durumların gerçekleşmesiyle, şirketin kendiliğinden sona ereceğini öngörebilirler. Ancak sona erme sebeplerinin esas sözleşmeye konulması, anonim şirketin kurumsal yapısıyla bağdaşmaması sebebiyle pratikte nadir rastlanan bir uygulama olmaktadır⁴¹. Bu nedenle esas sözleşmeyle öngörülen infisah sebepleri, tüm ortakların menfaatine sonuçlar doğurması bakımından zorlayıcı bir araç olarak kullanıldığında amacına ulaşmış olacaktır⁴². O halde madde hükmünün ikili bir ayrıma tâbi tutarak incelenmesi gereklidir.

müddet zarfında böyle bir ihtimalin ortaya çıkmış olduğunun kabulü mümkün değildir.” Ayrıntılı karar için bkz. YTD. T. 26.3.1963, E.3484/K.4856 Batider, C.II, Sa. 4, 713.

³⁸ Şener, 629; İlbasmış Hızlısoy, 153.

³⁹ İlbasmış Hızlısoy, 154.

⁴⁰ İlbasmış Hızlısoy, 155.

⁴¹ Tekinalp, 194; Pulaşlı, 632.

⁴² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 332.

a. Sözleşmede Öngörülen Bir Sebepin Gerçekleşmesiyle Kendiliğinden Sona Erme

Esas sözleşmede infisaha yönelik bir sona erme sebebi öngörül-müşse, o sebep gerçekleştiği zaman anonim şirket kendiliğinden sona erer. Ancak esas sözleşmede öngörülen sona erme sebebi gerçekleşince, tüzel kişilik tasfiye sürecine girmektedir. Bu sebebin gerçekleştiğinin tespit edilmesinden sonra, tasfiye süreci tasfiye organı olan yönetim ku-rulunca başlatılmaktadır⁴³.

Anonim şirketin sona ermesine yol açacak olan ve esas sözleşmede öngörülen bir sebebin gerçekleşmesi halinde; TTK m. 529/1-d hükmü kıyasen uygulanarak, her iki toplantıda da sermayenin yüzde yetmiş be-şini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarının alınması şartıyla esas sözleşme değişikliğinin gerçekleştirilmesi ve şirke-tin sona ermeden kurtulması mümkün olabilir⁴⁴.

Esas sözleşmede öngörülen en temel sona erme sebepleri, anonim şirketin belli bir süreye bağlanması ve kolayca gerçekleştirilebilecek tek bir işletme konusunun belirlenmesinin olduğu söylenebilir. Bir ortağın ölümü ya da belli bir yaşa ulaşması, sermayenin bir kısmının yitirilmesi, belli bir süre zarar edilmesi veya kâr, ciro pazar payı hedeflerine ulaş-maması gibi sebeplerin sözleşmeye sona erme sebebi olarak konulması mümkündür⁴⁵. Bunun yanı sıra, şirketin belirlenmiş bir tarihe kadar hal-ka açılmaması, limited ortaklığa dönüşmemesi, belirli bir imtiyazın geri alınması sözleşmede infisah sebebi olarak öngörülebilmektedir⁴⁶.

Tüm bunların yanında esas sözleşmede öngörülen infisah sebepleri bağlamında, bir infisah sebebi olarak ortaklara feshi ihbarda bulunma hakkı tanınıp tanınmayacağı gündeme gelebilmektedir. Adi şirketlere ilişkin TBK m. 639/6 hükmünde ortaklık sözleşmesinde feshi ihbarda bulunma hakkı saklı tutulmuşsa, bu durum bir infisah sebebi sayılır ve ortakların fesih bildirmesiyle şirket son bulur. Bu durumda ortaklar TBK m. 640/1 e göre bu hakkı ancak altı ay önceden kullanabilir. Ortaklara tanınan bu hakkın, TTK m. 126 yollamasıyla anonim şirketler hakkında

⁴³ Karahan, 753; Tekinalp, 194; Pulaşlı, 632.

⁴⁴ Dinç, 231.

⁴⁵ Pulaşlı, 632; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 332; İsmail Kayar, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku (Seçkin Yayınları, Kayseri 2015) 484.

⁴⁶ Karahan, 754; Tekinalp, 194.

uygulanabilirliği tartışmalı bir husus olduğu konusuna daha önce de değinilmiştir⁴⁷. Anonim şirketin sermaye şirketi olmasının verdiği kurumsal yapı özelliği ve ortakların pay devri yaparak şirketten ayrılmaları olanağı var iken; adi şirketlerdeki gibi fesih ihbarı yapılarak şirketin sona erdirilmesi, dürüstlük kuralına uygun bulunmamıştır⁴⁸. *Tekinalp*' e göre, TTK m. 529/1- d hükmünde genel kurul kararı ile şirketin feshine karar verirken TTK m. 421/3 ve 4. fıkraları gereği adi nisaplar değil ağırlaştırılmış nisaplar aranırken; esas sözleşmeye konulan infisah sebebinin gerçekleşmesiyle her bir pay sahibine şirketin feshini bildirmesi hakkı tanınması mümkün olmamalıdır. Gerçekten de adi şirketlerin yapısına uygun olan bu ihbar hakkının, sermaye şirketi olan anonim şirket için uygulanması ve kolayca sona erdirilmesi, hem TTK m. 126 hükmünün uygulama alanına hem de anonim şirketin yapısına aykırılık teşkil edecektir.

b. Sözleşmede Mahkeme Kararıyla Feshin Öngörülmesi

TTK, şirketin esas sözleşmeyle sona ermesini öngören herhangi bir sebebin, sözleşmeye konulmasına cevaz vermektedir. Bunun yanı sıra, yine esas sözleşmeye konulacak bir sona erme sebebinin kendiliğinden sona erme sebebi olarak değil de; şirketin mahkemeden feshinin talep edilmesine imkân sağlayacak bir sebep olarak konulması da mümkündür. Bir başka deyişle, 3.a. başlığı altında sayılan sebeplerin sözleşmeye fesih sebebi olarak konulmasına bir engel yoktur⁴⁹. Fesih sebebi gerçekleştiğinde, esas sözleşmeye her pay sahibinin ya da esas sermayeyi temsil eden azınlığın da mahkemeden şirketin feshini talep edebilecekleri hüküm olarak konulabilir⁵⁰. Eğer esas sözleşmede buna ilişkin bir husus yoksa, her pay sahibinin şirketin feshini talep etme hakkı olduğu kabul edilmelidir. Ancak sözleşmede öngörülen fesih sebebi gerçekleştiğinde hiç kimse mahkemeden fesih talebinde bulunmazsa, şirketin sona ermesi söz konusu olmaz.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. "Sürenin Sona Ermesine Rağmen İşlere Fiilen Devam Edilmemesi" başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁸ Şener, Ortaklıklar Hukuku (n1)310; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 332.

⁴⁹ Pulaşlı, 632; Dinç, 232.

⁵⁰ Dinç, 232; Pulaşlı, 632.

4. Genel Kurul Kararı İle Sona Erme (TTK m. 529/1-d)

a. Fesih Kararı

Borçlar hukukuna hakim önemli ilkelerden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi⁵¹ gereği, ortaklar esas sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi özgür iradeleriyle şirketin tüzel kişiliğini her zaman sonlandırabilirler Fesih olarak adlandırılan bu durum hakkında karar alabilmek için şirketin yetkili organı, genel kuruldur. Genel kurulun bu yetkisi, kısıtlanmayan, şarta bağlanamayan ve TTK m. 408/2 de sayılan devredilmez yetkiler arasındadır⁵⁴.

TTK m. 529/1-d hükmünde yapılan atıf gereği, genel kurulun şirketin feshine yönelik kararı için adi nisap değil; TTK m. 421/3 ve 4 fıkraları gereği ağırlaştırılmış karar nisabı aranmaktadır⁵². Bu oran ise sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyudur. Öngörülen bu nisaba ilk toplantıda ulaşılmadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı nisap aranır(TTK m. 421/4).Bu hususta, karar nisabında oyda imtiyaz etkili olmayacak, sermaye esas alınacaktır⁵³. Şirketin tasfiye, birleşme ya da tür değiştirme gibi hallerden hangisi ile sona erdiğini açıkça beyan etmelidir⁵⁴.

Anonim şirket genel kurulunun usulüne uygun olarak aldığı fesih kararının ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ve ilân ettirilmesi gerekir. İlân şirketin sona erip tasfiye durumuna girdiğini, organların yetkilerinin tasfiye amacıyla sınırlanmış bulunduğunu ve şirketle işlem yapan kişilerin bu yönde hareket etmelerini sağlamaya yöneliktir⁵⁵. İlan Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde yapılır. Şirket esas sözleşmesinde başkaca ilan yolları öngörülmüş ise, bu yollarla da ilan yapılmalıdır (TTK m. 532).

⁵¹ Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde tarafların özgür iradeleriyle karar verme serbestisini ifade eder. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler(5. Baskı Ankara 2015) 79.

⁵² Tekinalp, 195; Pulaşlı, 633

⁵³ Karahan, s. 755.

⁵⁴ Pulaşlı, s.633; Dinç, s. 232.

⁵⁵ Karahan, 754; Tekinalp, 194.⁵⁸

b. Fesih Kararının Geri Alınması

6762 sayılı Kanun zamanında fesih ya da infisah nedeni ile sona eren ve tasfiye sürecine giren bir anonim şirketin genel kurul yoluyla alınacak bir kararla tasfiye işlemlerinin durdurulması ve tekrardan faaliyet dönemine geçilebilmesi imkanının olup olmadığı tartışılan bir konuydu⁵⁶. Bu konuyla ilgili Kanun'da soruna çözüm getiren bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak çoğunlukla kabul edilen görüş, tüzel kişiliğin tasfiye edilmesi yerine devamının sağlanmasının ortaklara, alacaklılara ve hatta kamuya yararı olacağından; fesih ya da infisah sebeplerinden biriyle sona eren şirketlerin karar organlarının varlığını devam ettirmesi sebebiyle, şirketin tasfiyeden kurtarılması bakımından karar almalarının mümkün olduğu ve kanunda buna engel bir hükmün bulunmadığı şeklinde idi⁵⁷. Yargıtay başlarda konuya olumsuz bir açıdan yaklaşırken, daha sonra verdiği kararda Türk doktrininde fesih kararının geri alınabileceği görüşünde olan *Arslanlı ve Tekinalp*' in düşüncelerine katılarak ilkesel nitelikte bir karara hükmetmiştir⁵⁸.

TTK m. 548 hükmü ile bu konudaki tartışmalar son bulmuştur. Zira hüküm uyarınca, şirket genel kurul kararı ile sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket malvarlığına dağıtılma başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesi yönünde karar alabilir. Bu yetki genel kuruldan başka bir organa esas sözleşmeyle dahi bırakılamaz ve genel kurulun bu kararı nihai bir karar olup ticaret siciline tescil ile etkilerini doğurur⁵⁹. Bu karar için ise adi nisap aranmamakta; hüküm uyarınca

⁵⁶ Orhan Nuri Çevik, "Anonim Şirketlerde Sona Erme Halinden Dönülebilir Mi?" (1987) 3, Ankara Barosu Dergisi 353,354.

⁵⁷ Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku(10. Tıpkı Basım, 2005) 819;Orhan Nuri Çevik, Limited Şirketler ve Uygulaması(Ankara 2003) 492.(Limited)

⁵⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 819. Sözü geçen bu kararda; "Gerçekten de emredici hükümlere aykırılık sebebiyle oluşan fesih halleri dışında ortak çoğunluğun iradesiyle oluşan fesih faaliyetlerine son verme kararının aynı koşullar çerçevesinde geri alınması konusunda olanak tanınmasına tüzel kişilik ve özellikle ticari amaçlı şirketler açısından, aksine ve açıkça bir engel bulunmadıkça olumlu olarak bakılması gerekir." Ayrıntılı karar için bkz. Y. 11. HD. 6.7.2000 T. K. 3170/6471. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T.12.05.2020.

⁵⁹ Şükrü Yıldız, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 548. Maddesine Göre Tasfiyeden Dönme" (2016) 3(30) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 137,137.

sermayenin en az yüzde altmışını oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınması gereklidir. Hüküm uyarınca karar nisabı artırılabilir, hafifletilemez.

Bu karar yenilik doğurucu nitelikte olup, artık şirket tasfiye amacı yerine kâr elde etmeye yönelik faaliyet amacı güder. Bir başka deyişle tasfiye amacı güden şirket bu kararla, pasif amacından çıkarak gelir elde etmeye yönelik aktif bir amaca yönelir⁶⁰. Fesih kararının geri alınmasının doğal sonucu tasfiyeden dönme anlamına gelir. Zira tasfiyeden dönme şirketin süresinin dolması veya genel kurul kararıyla sona erme halinde mümkündür. Bu nedenle diğer sona erme sebeplerinde, tasfiyeden dönme imkânı bulunmamaktadır. Genel kurul kararıyla alınan fesih karardan dönme hususunda bir belirsizlik bulunmazken; şirket süresinin dolması halinde tasfiyeden dönme konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Zira TTK m. 529/1- a hükmü uyarınca, belirli süreli olup da süresi sona eren anonim şirketler, fiilen işlere devam etmekte ise şirket belirsiz süreli hale gelecektir. Dolayısıyla belirsiz süre hale gelen şirketin tasfiye sürecine girmesi söz konusu olmayacaktır. O halde TTK m. 549 hükmündeki “şirket süresinin dolması” ibaresinden belirli süreli olup da fiilen işlerine devam etmeyen ve kendiliğinden sona erip tasfiye sürecine giren şirketleri anlamak gereklidir⁶¹. Bu da devam eden tasfiye işlemlerinin durdurulması anlamına gelmektedir. Tasfiyeden döndüğü zaman, aktifler paraya çevrilmişse şirket bu parayı işletme sermayesi olarak kullanır⁶². Bununla birlikte tasfiye memuru, tasfiyeden dönme kararını tesvil ve ilan ettirir.

III. LİMİTED ŞİRKETLERDE SONA ERME

A. Sona Erme Kavramı

Limited şirketler de tıpkı anonim şirketler gibi tüzel kişiliği bulunan bir ticaret şirkettir. Bu nedenle şirketin işletme konusunun elde etmesi üzerine ticari faaliyetlerine son vermesi, şirketin de sona ermesi anlamına gelmektedir⁶³. Bu anlamda sona erme ve tüzel kişiliğin son

⁶⁰ Karahan, 776; Tekinalp, 208.

⁶¹ Tekinalp, 208; Yıldız, 136.

⁶² Tekinalp, 208.

⁶³ Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku(1. Baskı, SeçkinYayınevi, Ağustos 2018)935; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 552.

bulması birbirinden farklı kavramlardır. Zira şirketin sona ermesi, varlığının tamamen ortadan kalkması için gerekli ilk aşamadır. Sona erme ile birlikte şirket (tasfiyesiz sona erme halleri olan birleşme, bölünme, tür değiştirme, devletleştirme, şirket merkezinin yurt dışına taşınması hariç) tasfiye sürecine girmektedir⁶⁴.

Tüzel kişilik tasfiye sürecinde de devam etmekte olup, şirketin ticaret unvanına “tasfiye halinde” kaydı eklenir. Tasfiye sonuçlanıp tasfiye memurlarının ticaret sicilinden şirketin kaydının sildirilmesi üzerine, şirketin tüzel kişiliği son bulur⁶⁵. Bu durum ise, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilerek kamuoyuna duyurulur.

Sona erme türleri doktrinde tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi fesih ve infisah olmak üzere iki türde incelenmektedir⁶⁶. Fesih, kanun veya esas sözleşmede yer alan bir sebebe dayanarak, ortakların iradesi ya da yargı kararı ile şirketi sona erdiren bozucu yenilik doğuran karardır. İnfisah ise, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen bir sebebin gerçekleşmesiyle, şirketin herhangi bir irade açıklaması olmadan kendiliğinden sona ermesidir. İnfisaha sebebin meydana gelişi önemliyken, fesih ise irade beyanı ön plana çıkmaktadır⁶⁷. Bu anlamda sona erme dönemi, fesih ya da infisah sebeplerinin gerçekleşmesiyle birlikte başlamaktadır⁶⁸.

B. Sona Erme Halleri

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle, anonim şirketlere özgü infisah sebepleri olan TTK m. 529/1-a,b,c ve d bendi hükümlerinin, limited şirketlere özgü sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 636 hükmündeki karşılığı olan (a) ve (b) bentlerinde yer alan, esas sözleşmede öngörülen sona erme sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi ve genel kurul kararıyla sona erme halleri incelenecektir. Daha sonra ise, anonim şirketler için sona erme sebebi olup limited şirketler için düzenlenen sona erme sebepleri arasında bulunmayan, şirket süresinin sona ermesi

⁶⁴ Çevik, Limited (n59) 492.

⁶⁵ Soner Altaş, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler (Ankara 2012) 319.

⁶⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 552; Şener, Limited(n65)935.

⁶⁷ Tekinalp, 192; Pulaşlı, 628; Şener, Ortaklıklar Hukuku (n1)628. Pınar Cerit, Limited Şirketlerin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, 4.

⁶⁸ Yıldız (n61),287; Murat Alışkan, Limited Şirket Tarihçe Niteliği (Kasım 2013) 205.

ve şirketin işletme konusunun gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi durumlarının limited şirketler bakımından uygulanabilirliğine değinilecektir.

1. Esas Sözleşmede Öngörülen Sona Erme Sebeplerinden Birinin Gerçekleşmesi

TTK m. 636/1, (a) bendi uyarınca limited şirket ortakları, ortaklık sözleşmesine şirket için bir sona erme sebebi öngörebilirler. Ortakların sözleşmeye bu şekilde sona erme sebepleri eklemesi temelde borçlar hukukunun ana ilkelerinden olan ve TBK m.26 hükmünde düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesine dayanmaktadır⁶⁹. TTK m. 577/1-m bendi hükmünden de anlaşılacağı üzere, Kanun'da belirtilenlerin dışında ortaklar sözleşmeye bağlayıcı şekilde sona erme sebepleri koyabilirler. Bir başka deyişle, Kanun'da sayılan ve emredici nitelikte olan sona erme sebeplerinin sözleşme yoluyla genişletilmesi mümkündür. Ancak pay sahipleri sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak istedikleri her hususu şirket sözleşmesine de geçiremezler. Zira esas sözleşme ile TTK m. 579 hükmünde yer alan limited şirketlere ilişkin emredici hükümlerden ancak Kanun'da açıkça buna izin verilmişse sapılabilir. Bir başka deyişle, bu emredici sebeplerin sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi ya da sona erme sebebi olmaktan çıkartılması mümkün değildir⁷⁰.

Şirket sözleşmesine sona erme sebebi olarak konulan hükümler çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Şirketin üst üste iki yıl ya da üç yıl zarar etmesi halinde şirketin sona ereceği sözleşmede öngörülebilir⁷¹. Zira şirkete ortak olanların asıl amacı kâr elde etmektir ve ortaklar sadece kâr değil şirketin zararına da ortak olmaktadır. Bu nedenle üst üste zarar edilmesinin şirket için bir sona erme sebebi olarak öngörülmesi gayet olağan bir durumdur. Fakat olağan zararlar sona erme sebebi için yeterli olmamakla birlikte sermaye kaybı niteliğinde zararların olması gereklidir⁷².

Esas sözleşmeye eklenecek sona erme sebepleri nesnel olabileceği gibi öznel nitelikte de olabilir⁷³. Ortaklardan birinin ölmesi durumunda

⁶⁹ Kaya, 31; Cerit(n69) 33.

⁷⁰ Şener, Limited(n65) 936; Kaya, 31.

⁷¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 553; Şener, Limited(n65) 936.

⁷² Cerit, 34.

⁷³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 553.

şirketin sona ereceği hüküm altına alınabilir. Limited şirketlerde ortaklardan birinin ölümü kural olarak şirketi sona erdirmez. Bu durumla ilgili limited şirketlerde açık hüküm bulunmamasıyla birlikte, TTK m. 596'da düzenlenen sermaye payının miras yoluyla geçmesi hükmü ölümün bir sona erme sebebi olmadığını göstermektedir. Bu durum ancak şahısların kişiliklerinin rol oynadığı şahıs şirketlerine özgü bir durumdur⁷⁴. Zira adi şirketlerde TBK m. 639/1-1 hükmü gereğince, ortağın ölümü kural olarak ortaklığın sona erme nedenidir⁷⁵. Aynı şekilde esas sözleşmede ortakların birinin ölümü ile şirketin sona ereceğine ilişkin bir hüküm varsa, ortaklardan birinin gaipliğine karar verilmesi de aynı sonucu doğurmalıdır⁷⁶. Bunun yanında ortaklardan birinin TMK hükümlerinde düzenlenen kısıtlanma sebeplerinden biriyle kısıtlanması halinde de şirketin sona ereceği kararlaştırılabilir. Kısıtlama da, sermaye şirketleri için bir sona erme sebebi olmayıp, TBK m 639/1-3 hükmü gereği adi şirketler için bir sona erme sebebidir.

Bunların yanında ortaklar şirketin sahip olduğu maden ruhsatının iptal edilmesi, alınması gerekli imar izinlerinin alınamaması, verilen imtiyazların sona ermesi ve hammaddesini yabancı para ile sağlayan şirket için TL'nin Dolar karşılığında değer kaybetmesini de sona erme sebebi olarak öngörülebilirler⁷⁷.

Şirketin süresinin sona ermesi ve şirketin işletme konusunun elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesi Kanun'da limited şirketlerin sona erme sebepleri arasında yer almamıştır. Bu halde ortaklık sözleşmesinde şirketin belirli bir süre devam edeceği öngörülmüşse bu sürenin bitimiyle şirket sona erer⁷⁸. Yine limited şirketlerin sona erme sebepleri arasında sayılmayan şirketin işletme konusunun elde edilmesinin sözleşmeye bir sona erme sebebi olarak konulması da mümkündür⁷⁹.

⁷⁴ Elif Yalçın Sırakaya, Limited Şirketlerin Sona Erme Nedenleri (Ankara 2018)26; Cerit, 34.

⁷⁵ TTK m. 126 yollamasıyla adi şirketlere ilişkin bu hükmün limited şirkete uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu durum ortakların kişiliklerinin önem arz etmediği şirketlerin yapısıyla örtüşmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu, 553.

⁷⁶ Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Ankara 1962) 404.

⁷⁷ Çevik, 493; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 29.

⁷⁸ Şener, Limited(n65) 936; Tekinalp, 538.

⁷⁹ Çevik, 493; Tekinalp, 538.

Esas sözleşmeye ortaklara fesih bildirim hakkı tanınarak, bu hakkın kullanılmasıyla birlikte TBK m. 639'da adi şirketlerde olduğu gibi sermaye şirketlerinde de son vermenin mümkün olup olmayacağı sorusuna anonim şirketlerde olumsuz yanıt verilmişti⁸⁰. Limited şirketler de esasen TTK m. 124/2' de bir sermaye şirketi olarak sayılmakla birlikte karma nitelikli bir şirket olarak kabul görmüş, ancak 6102 sayılı TTK ile anonim ortaklığa yakın bir çizgiye gelmiştir⁸¹. Zira TTK da limited şirketlere ilişkin birçok hükümde, anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir ve hükümlerin birçoğu anonim şirketle ilgili düzenlemelere paralel şekilde ortaya çıkmıştır⁸². Bunun yanında ortaklar şahıs şirketine özgü unsurları ön plana çıkartarak, iç organizasyon serbestliğine sahip olabilirler. Bu nedenle, sözleşme serbestliği ilkesinin daha etkin uygulanabildiği limited şirketlerde, ortaklara fesih hakkının tanınması mümkün olmalıdır⁸³. Zira bu hakkın tanınması, özellikle aynı kuvvette ortak grupların karşı karşıya bulunmasında ve aynı oranda paya sahip iki ortağın ihtilafına önemli bir rol bile oynamaktadır⁸⁴. *Tekinalp*'e göre ise, adi şirketlere ilişkin bu hüküm, hala anonim ortaklığa yakın olan limited şirketin yapısına uygun olmadığından uygulanması mümkün değildir⁸⁵.

Anonim şirketlerde olduğu gibi, limited şirketlerde de sona erme sebepleri şirketi kendiliğinden sona erdiren bir infisah sebebi olarak öngörülebileceği gibi, gerçekleştiğinde ortaklarına mahkmeden şirketin feshini talep etme imkanı veren bir sebep olarak da öngörülebilir⁸⁶. Bu son durumda sona erme sebebi gerçekleştiğinde şirket kendiliğinden sona ermeyecek, ancak ortaklar fesih talebinde bulunduğu anda sona erecektir. Ortaklar talepte bulunmadığı sürece ise, sebep gerçekleşse dahi şirketin sona ermesi söz konusu olmayacaktır.

Sözleşmede kararlaştırılan fesih sebeplerinden birinin gerçekleşmesi durumunda, ortaklar sona ermeden kaçınmak isteyebilirler. O halde

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. sayfa 9 altındaki açıklamalar.

⁸¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 554; Sırakaya(n76), 31.

⁸² Sırakaya, 10.

⁸³ Şener, Limited(n65) 936; Sırakaya, 35.

⁸⁴ Şener, Limited Limited(n65) 936.

⁸⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu,554.

⁸⁶ Sırakaya, 24; Pulaşlı, 632.

ortaklar, sözleşmesel fesih sebebi gerçekleşmeden evvel, TTK m. 589 uyarınca öngörülen nisaplara uyup sözleşme değişikliği yaparak söz konusu fesih sebebini sözleşmeden çıkarabilirler. Bu olanağın yanı sıra ortaklar, fesih sebebinin gerçekleşmesi sonucu sona erecek ortaklıkta, ortaklığın işletmesini aynı sermaye olarak getirmek suretiyle yeni kuruluş yoluna da gidebilirler⁸⁷.

2. Genel Kurul Kararıyla Sona Erme

Limited şirket genel kurulu, tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi şirketin fesih yoluyla sona erdirme kararı almaya yetkili tek organdır. 6762 sayılı TTK 549'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci bendinde yer alan ortaklar genel kurulunun fesih kararı ile şirketin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemeye, 6102 sayılı TTK'nın sona erme sebeplerini ve sona ermenin sonuçlarını düzenleyen 636'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının b bendinde de yer verilmiştir. Bu şekilde şirketin feshine karar vermek TTK m. 616' da sayılan genel kurulun devredilmez yetkileri arasındadır. Bu nedenle müdürlerin, şirketin feshi konusunda yetkisi bulunmamakta ve verdiği fesih kararları sonuç doğurmamakta ve butlan yaptırımına tabi olmaktadır(TTK m. 622).

Şirketin feshi, TTK m. 621/1-ı bendi uyarınca genel kurulun önemli kararları arasında sayılmıştır. Önemli karar olmasının sonucu olarak fesih kararı özel nisaba bağlanmıştır. Zira TTK m. 621/1 hükmü gereği genel kurulda fesih kararı ancak oy hakkına sahip esas sermayenin en az yarısının temsil edildiği bir toplantıda, temsil edilen oyların üçte ikisinin olumlu oyu ile alınır. Yine bu nisap, TTK m. 621/2 uyarınca şirket sözleşmesine getirilecek kural suretiyle oybirliğine kadar ağırlaştırılabilir. Ancak böyle bir ağırlaştırma yapılabilmesi için ise, ilgili sözleşme hükümlerinin yine sözleşmede öngörülecek çoğunlukla kabul edilmesi gerekir. Genel kurulunun fesih kararı bozucu yenilik doğurucu bir nitelik taşır ve bu karar sonuçlarını alındığı tarihten itibaren doğurur. Fesih kararının tescili kurucu olmayıp bildirici niteliktedir⁸⁸.

Genel kurulun fesih kararıyla birlikte şirket sona erip tasfiye sürecine girer. Bu anlamda ise limited şirketlerde genel kurulun fesih kararını geri alabilmesi ve dolayısıyla tasfiyeden dönme konusu gündeme ge-

⁸⁷ Şener, Limited (n65) 937; Sırakaya, 24.

⁸⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 556; Şener, Limited (n65) 938.

lebilir⁸⁹. TTK m. 643 “tasfiye usulü ile tasfiyede şirket organlarının yetkileri hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır.” hükmü gereği anonim şirketlerde tasfiyeden dönmeye ilişkin TTK m.548 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda genel kurul kararıyla sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Devam kararının sermayenin en az yüzde altmışının oyu ile alınması gerekir. Esas sözleşme ile bu nisap ağırlaştırılabilir ve başkaca önlemler öngörülebilir. Tasfiyeden dönülmesine ilişkin genel kurul kararını tasfiye memuru tes-cil ve ilan ettirir.

C. TTK m. 529/1- a ve b Bentlerinin Limited Şirketlere Uygulanabilirliği

Limited şirketlerin sona ermesini düzenleyen TTK m. 636 hükmünde, anonim şirketlerin sona erme sebeplerinin sayıldığı TTK m. 529 a ve b bentleri olan *sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelmemişse, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi ve işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi* yer almamaktadır. O halde anonim şirketler için sayılan bu hallerin aynı zamanda limited şirketlerde de uygulama alanı bulup bulmayacağına incelenmesi gereklidir. Bu yapılırken de TTK m. 1 “*kanunun uygulama alanı*” hükmünden faydalanılacaktır.

1. Limited Şirketlere Uygulanacak Hükümler ve Uygulanma Sırası

TTK m. 1 uyarınca Türk Ticaret Kanunu, Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir. Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir. O halde, uygulanacak hükümlere ilişkin sıralamayı be-

⁸⁹ Fesih kararının geri alınması tasfiyeden dönme dışında, sona ermeye ilişkin genel kurul kararının iptal ettirilebilmesi ile mümkün olabilir. (TTK m. 622). Bir başka deyişle, tıpkı diğer genel kurul kararlarında olduğu gibi, şirketin feshi için de ortaklar iptal davası açabilmektedirler. Şener, Limited (n65)939.

lirlerken kanunlardaki ticari hükümler araştırılacak, hüküm bulunmadığı takdirde ticari örf ve adet daha sonra ise genel hükümlere gidilecektir.

Limited şirketlerle ilgili bir uyuşmazlıkta öncelikle Türk Ticaret Kanununda veya başka kanunlarda (TTK, TMK, TBK..) yer alan emredici ticari hükümlerin uygulanması gerekir. TTK' da düzenlenen limited şirketlere ilişkin emredici hükümler ise 573-644. maddeleri arasında düzenlenmektedir⁹⁰.

Emredici hükümlerden sonra ise, limited şirket ortaklarının sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde TBK m. 27 ve TTK m. 579 hükümlerinin çizdiği sınırlar dikkate alınarak düzenlediği esas sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gereklidir⁹¹. TBK m. 27 tüm sözleşmeler için uygulanan genel bir hüküm olup kesin hükümsüzlük hallerinden (kanunun emredici hükümleri, kamu düzeni, ahlak, kişilik hakları) bahsetmektedir. TTK m. 579 hükmü ise “*şirket sözleşmesi, bu Kanunun limited şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir*” düzenlemesiyle esas sözleşmeye konulacak hükümlerde dikkat edilmesi gereken sınırı belirlemiştir. Emredici hükümler ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye aykırılık halinde ise hakim görüş⁹², TTK' nın genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen 445 ve 447. maddelerinin dikkate alınması gerektiğini, bu nedenle anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılığın butlan sonucunu doğurmayacağını ve ihlâl edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan veya yokluk yaptırımının söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür⁹³. TTK m. 577 hükmüyle limited şirket ortaklarının esas sözleşmeye koyacağı hükümler bakımından hareket alanının anonim şirketlere kıyasla daha fazla olduğu bilinse de, TTK m. 579 hükmü bu sözleşme özgürlüğü ilkesine sınır getirmektedir⁹⁴.

Emredici normların kapsamına girmeyen ve şirket ana sözleşmesinde de hüküm bulunmayan hallerde, TTK da yer alan limited şirketlere dair emredici nitelikte olmayan düzenleyici, yedek hükümler uygulan-

⁹⁰ Alışkan(n70) 205; Çevik, 489.

⁹¹ Çevik, 490; Kaya, 23.

⁹² Poroy /Tekinalp / Çamoğlu, 529; Bilgili/Demirkap(n1) 235.

⁹³ Rauf Karasu, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (2015) 2(1) TFM 118,120.

⁹⁴ Alışkan, 208.

caktır. Bu hükümler TTK m. 573-644 arasında yer alan yedek hükümlerdir. Aynı zamanda TTK m. 644 atıf hükmünde olduğu gibi atfı yapılan anonim şirketlere ilişkin yedek hükümler de buraya dahil olmaktadır⁹⁵.

TTK' daki ticaret şirketlerine ilişkin İkinci Kitap/Birinci Kısımda "Genel Hükümler" başlığı altında yer alan ve TTK m. 124-210 arasında düzenlenen hükümler, dördüncü sırada yer almaktadır. Bir başka deyişle emredici kanun hükümlerinde ve limited şirketin esas sözleşmesinde yer almayan ve düzenleyici hükümlerde de çözümü bulunmayan bir husus hakkında tüm ticaret şirketlerine uygulanan genel hükümler gündeme gelecektir⁹⁶.

TTK'nın 126'ncı maddesiyle hem adi şirketlere ilişkin hükümler ile tüzel kişilere ait genel hükümlerin uygulama şartlarını hem de hükümlerin uygulama sırası belirlenmiştir. Buna göre limited şirketin niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m. 620 vd. yer alan adi şirketlere dair genel hükümler ile yine limited şirketlerin niteliğine uygun düştüğü takdirde TMK m. 47 vd. tüzel kişilere ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Mahkeme, hakkında ticari hüküm bulunmayan hallerde ticari örf ve adete göre karar verecektir.

TTK m. 1 hükmü uyarınca, mahkeme ticari örf ve adet de bulunmadığında, genel hükümlere göre karar verecektir. Genel hükümlerin uygulama sırası için TMK m. 1/2 hükmü dikkate alınacaktır. Bu durumda öncelikle TMK, TBK ve diğer kanunlardaki ticari olmayan hükümler daha sonra da medeni örf ve adet uygulanacaktır. Bu da bulunmadığında, hakim kanun koyucu gibi hareket ederek hukuk kuralı yaratacaktır.

2. Şirketin İşletme Konusunun Elde Edilmesi veya Elde Edilmesinin İmkansız Hale Gelmesi

Limited şirketin sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 636 hükmünde şirket amacının elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesi bir sona erme sebebi olarak yer almamaktadır. Ancak bu sona erme sebebinin, limited şirket hükümlerinde düzenlenmemesinin

⁹⁵ Özge Kaya, Limited Şirketlerin Sona Erme Sebepleri ve Tasfiyesi, http://www.turkhukusitesi.com/makale_915.htm (Limited)

⁹⁶ Kaya, Limited(n97) 15; Çevik, 491.

limited şirketler için bir sona erme sebebi sayılıp sayılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

İlk görüşe göre, TTK m. 126 hükmünün atfıyla TBK'nın adi şirketlere ilişkin genel hükümlerine gidilmeli ve adi şirketlerin sona erme sebepleri arasında yer alan ve TBK m. 636 hükmünde düzenlenen “*ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi*” hali limited şirketler için de uygulanmalıdır. Zira TTK m. 126 uyarınca TBK'nın adi şirkete dair hükümleri her şirketin niteliğine uygun olduğu oranda ticaret şirketleri hakkında da uygulanır. Şirket amacının elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesi esasında şirketin var oluş amacının ortadan kalkmasına sebep olan ve tüm şirketlerde uygulanması gereken, şirketin mahiyetinden doğan genel bir infisah sebebidir⁹⁷.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise, şirketin amacının gerçekleşmesi ya da gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi hakkında infisah sebebi olduğu ile ilgili açık hüküm bulunmadığı için, TTK m. 126'nın atfı ile doğrudan adi şirketlere ilişkin hükmünü uygulamak yerine bu durumun objektif veya sübjektif olduğuna bakılmaksızın fesih için haklı bir sebep olacağı kabul edilmeli ve haklı sebeple fesih davasına konu olmalıdır⁹⁸.

TBK m. 639/1 hükmünde ortaklık sözleşmesinde öngörülen amaç ibaresi yer alsada aslında kastedilen şirket konusudur⁹⁹. Zira anonim şirketlerin sona erme sebepleri konusunda da incelediğimiz üzere, amaç (maksat) ve konu kavramları anlam olarak farklı kavramlardır. Geniş anlamı ile ticaret şirketlerinin amacı kazanç sağlamak ve paylaşmak iken; şirketlerin konusu bu amaca ulaşmak için icra edilen faaliyetlerdir¹⁰⁰. Bu anlamda ortaklığın faaliyet alanını genel başlık altında soyut olarak gösterirken; konu ise amaç uğruna uğraşılacak işleri somut olarak

⁹⁷ Halil Arslanlı, Kolektif ve Komandit Şirketler (İstanbul 1960) 472; Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku(10. Tıpkı Basım, 2005)930; Kaya, 27; Orhan Nuri Çevik, Limited Şirketler ve Uygulaması, Ankara 2003,493.

⁹⁸ Uzunallı, 157; Ali Haydar Yıldırım, Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (1.Baskı,Nisan 2013)105.

⁹⁹ Eski Borçlar Kanunu m. 535/1 hükmünde de gaye (maksat) ifadesi kullanılsa da esasında şirketin işgal konusu kastedilmiştir. Sırakaya, s. 17.

¹⁰⁰ TTK m. 529 Hüküm Gerekçesi.

göstermektedir. Bu sebeple, şirketin amacının elde edildiğinin tespiti nesnel olarak imkansız olduğundan, amaca ulaşmak için icra edilen faaliyetlerin elde edilmesi veya imkansız hale gelmesi bir sona erme sebebi olarak öngörülmektedir¹⁰¹. Zira limited şirket esas sözleşmesinde de yer alması gerekli zorunlu kayıtlarda (TTK m. 576/1-b) da şirketin amacı değil şirketin konusundan bahsedilmektedir.

Limited şirketlerin amacının elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız olmasını infisah sebebi olarak kabul ettiğimizde, yine belli başlı bazı kriterlerin burada da aranması gereklidir. Her şeyden önce imkansızlık objektif ve sürekli bir imkansızlık olmalıdır¹⁰². Bununla birlikte imkansızlığın ortaya çıkış zamanı da sona erme bakımından önem arz etmektedir. Şirket konusunun imkansız hale gelmesi şirket kurulduktan sonra ve üçüncü kişiler devreye girdikten sonra olmalıdır. Şirketin kurulmasından önce konunun imkansız olması halinde, TBK m. 27/1 hükmü uyarınca şirket sözleşmesi kesin hükümsüz hale gelecektir. Şirketin amacına ulaşması kuruluştan sonra imkansız olmuşsa ancak bu durumda şirket açısından bir sona erme sebebi ortaya çıkar¹⁰³.

Şirket konusunun elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız olması öngörülebilir ve kaçınılmaz durumda ve ortaklar şirketin devamını sağlama niyetinde iseler; şirketi sonlandırmak yerine işletme konusunu değiştirip yeni bir konu belirleyebilirler¹⁰⁴. İşletme konusunun değiştirilmesi limited şirketler için önemli bir karar niteliğinde olduğundan; TTK m. 621 uyarınca temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu ile karar alınmalıdır. Ancak şirketin konusunun gerçekleşmesi veya imkansız olması halinde şirketin son bulmayacağına ilişkin sözleşmeye hüküm konulamaz.

¹⁰¹ TTK m. 529 Hükmü Gereğesi. “Dava, TTK.nun 434/2 nci maddesine göre davalı, şirketin amacını gerçekleştirmesinin olanaksız olduğu iddiasıyla açılmış fesih davasıdır. Mahkemece, amacın soyut bir kavram olduğu, davalı şirketin amacının gerçekleşmemesi olasılığının çok uzak bir olasılık olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir.” Ayrıntılı karar için bkz. Y. 11. HD. T. 14.10.2004, E. 2004/8765, K. 2004/9790 E.T.12.05.2020.

¹⁰² Karahan, 754; Şener, Ortaklıklar Hukuku(n1) 628; Sırakaya, 20.

¹⁰³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (n99) 806.

¹⁰⁴ Sırakaya, 22; Kaya, 30.

Bir başka deyişle, infisah sebebinin ortaya çıkması engellenebilir ancak infisah sebebi doğduktan sonra infisahın oluşması engellenemez¹⁰⁵.

3. Şirketin Süresinin Sona Ermesi

Limited şirketlerde, şirket süresinin sona ermesi halinde bu durumun şirket için bir infisah sebebi olup olmayacağı hakkında, TTK m. 636 hükmünde herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bunun yanı sıra limited şirketlerde esas sözleşmede bulunması gerekli zorunlu kayıtları sayan TTK m. 576 hükmünde süre zorunlu bir unsur değildir¹⁰⁶. Bu sebeple, limited şirketlerde, şirketin belirli süresi olup da süre sonunda işlere fiilen devam edilmesi halinde belirsiz süreli olup olmayacağı eski Kanun zamanındaki durum ile karşılaştırılarak incelenmelidir.

6762 sayılı Kanununun 506'ncı maddesi uyarınca, limited şirket sözleşmesinde bulunacak zorunlu kayıtlar arasında şirketin süresi de yer almaktaydı. Sürenin zorunlu unsur olması, limited şirketlerin belirsiz süreli olarak kurulmasına engel teşkil etmekteydi. Bu nedenle, süresi sona eren şirket için ortaklar faaliyetlerine devam etmek istiyorsa, genel kurulda şirketin uzatılmasına ilişkin bir karar alıp, esas sözleşmeyi buna uygun olarak değiştirmek zorundaydılar. Bir başka deyişle ortaklar genel kurul kararı ve sözleşme değişikliği ile şirketin sona ermesini önleyebilmekteydiler¹⁰⁷. Bu süre uzatma kararının ise sürenin bitiminden önce¹⁰⁸ ve ortakların uzatılan süre kadar sorumluluğunun devam etmesi anlamına geleceğinden oybirliğiyle alınması gerekecektir¹⁰⁹. Bu anlamda ortakların şirketin süresini uzatmaları mümkün ise de alacağı kararla şirketi belirsiz süreli hale getirmesi mümkün olmamaktaydı¹¹⁰.

¹⁰⁵ Kaya, 30.

¹⁰⁶ Limited şirketlerde belirlenmiş sürenin yazılması zorunlu olmasa da, TTK m. 587/1-c hükmü uyarınca şirket sözleşmesinde süreye ilişkin bir hüküm varsa bunun tescil ve ilanı gereklidir.

¹⁰⁷ Öcal, s. 607; Baştuğ, İrfan. Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri. (İzmir: Ege Üniversitesi İktisadî ve Ticarî ilimler Fakültesi Yayınları, 1974) 32.

¹⁰⁸ Yargıtay bir kararında, süresinin bitiminden 15 yıl sonra alınmış olan süre bir uzatma kararının, şayet esas sözleşme değişikliği Bakanlıkça onaylanmış ise, geçerli olabileceğine karar vermiştir. Y 11. HD. 15.9.1986, E. 3949/K. 4422 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T.12.05.2020.

¹⁰⁹ Uçar, 362; Öcal, 607.

¹¹⁰ Öcal, 607.

Süresi bitmiş olmasına rağmen süre uzatım kararı almamış ve faaliyetlerine fiilen devam eden limited şirketlerin durumunun ne olacağı hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Zira bu durumla ilgili Kanunda herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır.

Birinci görüşü ileri sürenlere göre, eTTK m. 138'in yaptığı atıf sonucunda eBK m. 536/3'de yer alan adi şirketlerin süresi dolmasına rağmen fiilen faaliyetlerine devam etmesi halinde belirsiz süreli hale geleceğine ilişkin hükmünün, limited şirketler için de kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamalıdır. Zira süre unsuru şahıs şirketi ve sermaye şirketinin niteliğini etkileyecek bir unsur olmadığı için limited şirketler de belirsiz süreli hale gelebilmelidir¹¹¹.

Karşı görüşü ileri sürenlere göre ise, belirsiz süreli olarak kurulmasına izin verilen adi şirketlere ilişkin bu hükmün limited şirketlere uygulanması mümkün değildir. Çünkü limited şirketler için eTTK m. 506/5 uyarınca süre unsuru esas sözleşmeye konulması gereken zorunlu bir unsurdur ve bu da limited şirketlerin belirsiz süreli olarak kurulmasına en baştan engel bir durumdur. Bu nedenle süresi sona eren limited şirket kendiliğinden sona erer ve tasfiye aşamasına girer¹¹².

6102 sayılı TTK ile limited şirketlerin belirsiz süreli olarak kurulup kurulamayacağı yönündeki tartışmalara son verilmiştir. TTK m. 576 da limited şirket esas sözleşmesinde zorunlu kayıtlar arasında şirket süresinin bulunmaması sebebiyle, şirketin belirsiz süreli kurulabilmesi

¹¹¹ Kaya, 43. Ayrıca anonim şirketlerin belirsiz süreli hale geleceğine ilişkin YHGK T.28.01.1987, E. 1986/11-211, K.1987/120 kararın limited şirketlerde de uygulama alanı bulacağı ileri sürülmektedir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T. 13.05.2020.

¹¹² Öcal, 608; Sırakaya,33. Ayrıca Danıştay 1976 yılı kararı "limited ortaklığın infisah nedenleri kanununun 549 uncu maddesinde gösterilmiş, bu nedenler içinde ortaklığın süresinin sona ermesi belirtilmemiş ise de, gayesini kaybeden, süresi biten bir limitet ortaklığın hukuki varlığının devam edeceğini kabule, tür ticaret kanununun 506 ve 511 inci maddeleri hükümleri karşısında olanak yoktur. Aksi takdirde, Kanun koyucunun, limitet ortaklıkların sözleşmesinde ortaklığın süresinin gösterileceği ve bunun tescil ve ilan olunacağı yolundaki hukuki bir müeyyidesi bulunmaması olacaktır. Kanun koyucunun ise, böyle bir amaç gütmeyişi 549 uncu maddeyi bu hususların dışındaki infisah nedenlerini belirlemek için hükümleştirdiği açıktır. Bu nedenlerle, sözleşmesinde gösterilen süre sona eren anonim ve limited ortaklıkları kendiliğinden infisah eder." Ayrıntılı karar için bkz. Danıştay 3. Daire T. 29.12.1976, E. 1976/791, K. 1976/808. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T.13.05.2020.

mümkün olmuştur ve süreli olması ihtiyari duruma getirilmiştir¹¹³. Bu anlamda, limited şirketin belirli süreli kurulması, sürenin şirket sözleşmesinde yer alması şeklinde olacaktır. Bu hususta tartışma kalmamakla birlikte, anonim şirketler için sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hale gelmemesi halinde, sürenin sona ermesi ile birlikte şirketin sona ereceği düzenlemesine ilişkin benzer bir düzenlemeye limited şirketlerde yer verilmemiştir. Bir başka deyişle, eTTK' daki bu eksiklik TTK' da da devam etmektedir ve belirli bir süre için kurulan limited şirketlerde, sürenin dolması halinde durumun ne olacağı hususu belli değildir. Zira TTK m. 644' de anonim şirketlere ilişkin uygulanacak hükümler arasında anonim şirketlerin sona erme sebeplerinin düzenleyen TTK m. 529 hükmü bulunmamaktadır. Ancak TTK m. 643' de tasfiyeye ilişkin işlemlerde anonim şirketler hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda, anonim şirketlere özgü şirketin kendiliğinden sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 529 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, belirli süreli limited şirketlerin süresi sona erdiğinde fiilen işlerine devam edilmesi durumunda belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği aksi takdirde sürenin sona ermesiyle birlikte infisah edeceği düşüncesinin yanında¹¹⁴; bizim de katıldığımız ve Tekinalp'ın belirttiği, limited şirketlerde süreye ilişkin bu belirsizliği gidermek için TTK m. 126 atfıyla, TBK m. 604/3 adi şirketlere uygulanan hükmün esas alınması gerektiği düşüncesi makul gözükmektedir. Ancak belirsiz süreli hale gelen limited şirkette her ortağa altı ay önceden şirketin feshini ihbar hakkı tanınmaktadır. Bu imkan ise anonim ortaklığa çok yakın bir çizgide olan limited şirket ortakları için mümkün değildir. Dolayısıyla adi şirketlere ilişkin bu hükümlerin limited şirketin yapısına uygun düşmeyeceği sebebiyle uygulanmaması gereklidir¹¹⁵.

IV. SONUÇ

Çalışmamızda sermaye şirketlerinin sona erme hallerinden bazıları inceleme konusu olmuştur. Bu kapsamda anonim ve limited şirketler için

¹¹³ Moroğlu' na göre TTK m. 576 hükmünde limited şirket sözleşmesinde şirketin süreli veya süresiz olduğu belirtilmelidir. Moroğlu, 340.

¹¹⁴ Sırakaya,34;Türk, 137.Cerit, 87.Cerit bu hususla ilgili tasarıda yer alan düzenleme başlığı altında değerlendirmede bulunmuştur; Tekil' e göre ise sürenin sona ermesini genel sona erme sebepleri arasında değerlendirilmeli ve tüm şirketlere uygulanmalıdır.

¹¹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, 554.

ayrı ayrı hüküm altına alınan sona erme halleri farklı başlıklar altında incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde anonim şirketlerde genel sona erme sebepleri ele alınmıştır. Öncelikle sona erme kavramından genel olarak bahsedilmiş daha sonra ise, şirketlerin sona erme türlerinin ortaya çıkış biçimine değinilmiştir. Sona erme kavramı açıklandıktan sonra ise anonim şirketlerde genel sona erme sebeplerinden olan TTK m. 529 hükmündeki a, b, c ve d bentleri inceleme konusu yapılmıştır. Sona erme hallerinden ilki olan sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam edilmemesi kapsamında 6762 sayılı TTK zamanında düzenleme olmadığı için öğreti ve yargı kararlarında tam manasıyla görüş birliği oluşmamış, daha sonra 6102 sayılı TTK m. 529 uyarınca belirli süreli bir anonim şirketin, sözleşmede öngörülen sürenin dolmasına rağmen şirket iş ve işlemlerine fiilen devam etmesi halinde, bu şirketin oluşan yeni fiili duruma göre genel kurul kararıyla esas sözleşme değişikliğine gidilmesine gerek kalmadan kendiliğinden belirsiz süreli hale geldiği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla öğreti ve yargı kararlarında yer alan tartışmalar madde düzenlemesi ile sona ermiş bulunmaktadır.

Sona erme hallerinden ikincisi işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi inceleme konusu olmuştur. TTK bu hükmün lafzında önemli bir değişikliğe giderek, eski metinde yer alan “maksat” ifadesi hükmün uygulanabilirliği bakımından uygun görünmediği sebebiyle değiştirerek “işletme konusu” ifadesine yer vermiştir. Zira “maksat”, “gaye”, “amaç” terimleriyle anlatılmak istenen gerekçe ifadesinde de yer verildiği üzere şirketlerde kazanç elde etmek ve paylaşmaktır. “Konu” ise, şirketin faaliyet alanını, bu amaca ulaşabilmek için yapılan icra faaliyetlerini, somut olarak uğraşılacak işleri ifade etmektedir. İşletme konusunun elde edilmesinin imkansız hale gelmesinin infisah sebebi olduğunun tespitinde objektif ve subjektif imkansızlık ayrımı üzerinde durulmuştur. İnfisah sebebi olabilmesi için imkansızlığın objektif ve sürekli nitelikte olması aranmış; subjektif imkansızlık hususunun ise TTK m. 531 hükmü anlamında bir haklı sebeple fesih davasına konu edilebileceği sonucuna varılmıştır.

Sona erme hallerinden üçüncüsü esas sözleşmede öngörülmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesi, inceleme konusu yapılmıştır. Sona erme sebeplerinin esas sözleşmeye konulması, anonim şirketin kurumsal yapısıyla bağdaşmaması sebebiyle pratikte nadir rastlanan bir

uygulamadır. Ancak yine de bir ortağın ölümü ya da belli bir yaşa ulaşması, sermayenin bir kısmının yitirilmesi, belli bir süre zarar edilmesi veya kâr, ciro pazar payı hedeflerine ulaşamaması gibi sebeplerin sözleşmeye sona erme sebebi olarak konulması mümkündür. Bunun yanı sıra, şirketin belirlenmiş bir tarihe kadar halka açılmaması, limited ortaklığa dönüşmemesi, belirli bir imtiyazın geri alınması veya süresinin dolması sözleşmede infisah sebebi olarak öngörülen nedenlerdendir. Tüm bunların yanında esas sözleşmede öngörülen infisah sebepleri bağlamında, bir infisah sebebi olarak ortaklara feshi ihbarda bulunma hakkı tanınıp tanınmayacağı üzerinde durulmuştur. Ancak adi şirketlerin yapısına uygun olan bu ihbar hakkının, sermaye şirketi olan anonim şirket için uygulanması ve kolayca sona erdirilmesi, hem TTK m. 126 hükmünün uygulama alanına hem de anonim şirketin yapısına aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.

Anonim şirketlerde inceleme konusu olan en son hal ise genel kurul kararı ile sona ermedir. Ortaklar esas sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi özgür iradeleriyle şirketin tüzel kişiliğini her zaman sonlandırabilirler. Fesih olarak adlandırılan bu durum için şirketin yetkili organı genel kurul olmaktadır. Bununla birlikte şirket genel kurul kararı ile sona ermiş ise, pay sahipleri arasında şirket malvarlığına dağıtılma başlanılmış olmadıkça, genel kurul şirketin devam etmesi yönünde karar alabilir. Bu karar için ise adi nisap aranmamakta; hüküm uyarınca sermayenin en az yüzde altmışını oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınması gereklidir. Hüküm uyarınca karar nisabı oybirliğine kadar artırılabilir, ancak hafifletilemez.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise limited şirketlerde sona erme hallerinden bazıları inceleme konusu olmuştur. Bu kapsamda öncelikle sona erme kavramında bahsedilmiştir daha sonra ise anonim şirketlere özgü infisah sebepleri olan TTK m. 529/1-a,b,c ve d bendi hükümlerinin, limited şirketlere özgü sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 636 hükmündeki karşılık maddeleri olan esas sözleşmede öngörülen sona erme sebeplerinden birisinin gerçekleşmesi ve genel kurul kararıyla sona erme halleri inceleme konusu olmuştur. Anonim şirketler için sona erme sebebi olup limited şirketler için düzenlenen sona erme sebepleri arasında bulunmayan, şirket süresinin sona ermesi ve şirketin amacına ulaşması ya da amacına ulaşmasının imkansız hale gelmesi hallerinin limited şirketler bakımından uygulanabilirliğine değinilmiştir. Esas sözleşmede öngörülen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ve genel kurul

kararıyla sona erme halleri, anonim şirketlerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Limited şirketlerin sona ermesini düzenleyen TTK m. 636 hükmünde, anonim şirketlerin sona erme sebeplerinin sayıldığı TTK m. 529 a ve b bentleri olan sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelmemişse, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi ve işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi yer almadığı için, bu hallerin limited şirketlerde uygulama alanı bulup bulmadığı TTK m. 1 hükmünden faydalanılarak incelenmiştir. Bu kapsamda limited şirketin sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 636 hükmünde şirket amacının elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesinin düzenlenmemesi, limited şirketler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Tartışmalı düşüncelerin sonucunda, bu durumun objektif veya sübjektif olduğuna bakılmaksızın fesih için haklı bir sebep olacağı kabul edilmeli ve haklı sebeple fesih davasına konu olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Limited şirketlerde, şirket süresinin sona ermesi halinde bu durumun şirket için bir infisah sebebi olup olmayacağı hakkında, TTK m. 636 hükmünde herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Tartışmalı düşünceler olmakla birlikte, limited şirketlerde süreye ilişkin bu belirsizliği gidermek için TTK m. 126 atfıyla, TBK m. 604/3 adı şirketlere uygulanan hükmün esas alınması gerektiği Ancak belirsiz süreli hale gelen limited şirkette her ortağa altı ay önceden şirketin feshini ihbar hakkının anonim ortaklığa çok yakın bir çizgide olan limited şirket ortakları için mümkün olmadığı; dolayısıyla adı şirketlere ilişkin bu hükümlerin limited şirketin yapısına uygun düşmeyeceği sebebiyle uygulanmaması gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

Alışkan M, Limited Şirket Tarihçe Niteliği (1st edn, Legal Yayıncılık, Kasım 2013)

Altaş S, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirketler (Seçkin Yayınları, Ankara 2012)

Ansay T, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (14-15 Şubat 1986)

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri (3rd edn, Dora Yayıncılık, Şubat 2015)

Bilge ME, “Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, (2012) XVI (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 261-295

Bilge N, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri (Ankara 1962)

Cerit P, Limited Şirketlerin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Konya 2010)

Çevik ON, Limited Şirketler ve Uygulaması (Ankara 2003)

Çevik ON, “Anonim Şirketlerde Sona Erme Halinden Dönülebilir Mi?” (1987) 3, Ankara Barosu Dergisi, 354-367

Diñç S, 6102 Sayılı Kanuna Göre Anonim Şirketlerde Sona Erme” (2016) 2(2), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s. 223-248

Güven Ş, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerin Sona Ermesi ve Tasfiyesi”, Nisan (2016) 1(1), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 35-63

İlbasmış Hızlısoy Ö, Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi (1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016)

Karahan S, Ortaklıklar Hukuku (Mimoza Yayınları, Şubat 2015)

Karasu R, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (2015) 2(1) TFM s. 115-132

Kaya İ, Limited Şirketlerin Sona Erme Sebepleri, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Eskişehir 2005)

Kaya Ö, Limited Şirketlerin Sona Erme Sebepleri ve Tasfiyesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_915.htm

Kayar İ, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku (Seçkin Yayınları, Kayseri 2015)

Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (5th edn, Ankara 2015)

Moroğlu E, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı (4th edn, Ankara 2006)

Okçuoğlu Y, Anasözleşmenin Belirtilen Sürenin Bitmesine Rağmen Faaliyetinde Devam Eden Anonim Şirketin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Ernst Hirsch'in Hatırasına Armağan (1986)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017)

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (10 th edn facsimile, 2005)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (6th edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2020)

Sırakaya EY, Limited Şirketlerin Sona Erme Nedenleri (Ankara 2018)

Şener OH, Ortaklıklar Hukuku (Seçkin Yayınevi, Ankara 2017)

Şener OH, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (1st edn, SeçkinYayınevi, Ağustos 2018)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4 th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015)

Yıldız B, "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği" (2011) XXVII (3), BATİDER s. 111-134

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (Ağustos 2017)

Yıldız Ş, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 548. Maddesine Göre Tasfiyeden Dönme" (2016) 3(30) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.131-148

Türk HS, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III (14-15 Şubat 1986)

Uzunallı S, Anonim Şirkette İşletme Konusu (Adalet Yayınları, Ankara 2013)

- Araştırma Makalesi -

⚡ LIMITED ŞİRKETTE ÇIKMA VE ÇIKARILMA*

(WITHDRAWAL AND DISMISSAL IN LIMITED LIABILITY COMPANIES)

Av./Atty. İbrahim Enes ALTAN**

ÖZ

Limited şirket, hem şahıs şirketlerine hem de sermaye şirketlerine özgü nitelikleri bünyesinde barındırması itibarıyla ticaret hayatında en sık tercih edilen şirket türüdür. Limited şirket ortakları arasındaki güven unsurunun arz ettiği önem sebebiyle ortaklara çıkma ve çıkmaya katılma hakkı, şirkete ise şirketin ahengini bozan ortağı çıkarma hakkı tanınmıştır. Esas sözleşmede öngörülebilecek sebeplerle çıkma veya çıkarılma mümkün olduğu gibi, esas sözleşmede hüküm bulunmasa dahi haklı sebebe dayanarak çıkma ve çıkarılma mümkündür. Limited şirket ortağının çıkması ve çıkarılması, ortağın esas sermaye payı üzerindeki mülkiyet hakkı ile yakından ilişkilidir. Bu sebeple bir taraftan ortağın mülkiyet hakkı korunurken, diğer taraftan şirketin ahengi ve devamlılığı korunmaya çalışılmalı, menfaatler dengesi gözetilmelidir. Çıkma ve çıkarılmanın en önemli sonucu ise, ortağın esas sermaye payının gerçek değerine karşılık gelen ayrılma akçesini talep edebilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Çıkma, Çıkarılma, Çıkmaya Katılma, Ayrılma Akçesi.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 29.11.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.03.2020 tarihinde birinci hakem; 24.03.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İçtem Legal Hukuk Bürosu, enesaltan@icitemlegal.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0052-5750

Bu makaleye atıf için; ALTAN İbrahim Enes, “Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma”, REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 143-190.

ABSTRACT

Limited liability company is the most favorite kind of corporation in commercial life since it carries characteristics inherent both in sole-proprietorships and corporations. Shareholders in the limited liability companies are vested with right to withdraw and participate in withdrawal whereas the company is vested with right to dismiss a shareholder impairing the harmony within the company. Right to withdraw and dismiss may be inserted in the articles of association or a just cause may constitute legal basis. Withdrawal and dismissal are closely related with right to property. Therefore, property right of the shareholders should be protected while observing continuity and harmony of the company. Moreover, the most significant consequence of withdrawal and dismissal is a right of the leaving shareholder to claim a cash payment equivalent to actual value of her share.

Keywords: *Withdrawal, Dismissal, Participation in withdrawal, Cash Payment*

GİRİŞ

Limited şirket kavramı, gelişmekte olan diğer ülkeler gibi Türkiye’de de ticaret hayatının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Söz gelimi, Türkiye’de 2019 yılının Şubat ayında kurulan 15.139 ticaret şirketi arasında limited şirket olarak kurulan şirket sayısı 13.075 olarak açıklanmıştır¹. Limited şirketin ülkemizde bu denli tercih edilmesinin sebebi, limited şirkette anonim şirkete nazaran kişisel unsurların ve fakat kolektif şirketlere nazaran sermaye unsurunun ağır basmasıdır. Zira, kanun koyucu öyle bir sistem benimsemiştir ki, emredici hükümlerin sınırları içinde limited şirket ortakları esas sözleşmelerine ekleyeceği birtakım hükümler ile mevcut şirketin sermaye unsurunun mu yoksa kişisel unsurların mı baskın olacağına karar verebilmektedir².

¹ <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php>, Erişim Tarihi: 03.04.2019.

² İrfan Baştuğ, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması (1st, Ege Üniversitesi Yayınları 1966), s. 16; Güzin Üçışık, Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, (1st, Beta Yayınevi 2003) s. 189.

Limited şirketi şahıs şirketlerine yaklaştıran düzenlemelerin en önemlilerinden birisi, TTK 638. ile 640. maddelerinde düzenlenen çıkma, çıkmaya katılma ve çıkarılma kurumlarıdır. Söz konusu üç kurum, “ayrılma” olarak ifade edilen üst kavramın birer alt başlığı olarak adlandırılabilir. İşbu çalışmada, ayrılma kavramının içinde en sık karşılaşılan payın devredilmesi suretiyle şirketten ayrılma konusu ele alınmayacak olup yalnızca çıkma, çıkmaya katılma ve çıkarılma kavramları incelenecektir. Çıkma ve çıkarılma kavramları arasında ise, yalnızca TTK 638. ile 640. maddelerde düzenlenen çıkma ve çıkarılma biçimi incelenecektir.

Çıkma ve çıkarılma kurumları limited şirket esas sözleşmesinde öngörülebileceği gibi esas sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmasa dahi haklı sebeplerin varlığı halinde limited şirketten çıkma ve çıkarılma mümkündür. Bu sebeple, işbu çalışmada çıkma ve çıkarılma kavramları iki farklı ihtimal dikkate alınarak incelenecektir. Çıkmaya katılma kavramı ise, Türk hukukuna ilk kez TTK ile girmiş ve beraberinde birçok tartışmayı getirmiştir. Bu sebeple, bu kavramın Türk hukukunda tanınmasının sebepleri irdelenecek ve TTK kapsamında ortaklara tanınan bu hak inceleme konusu yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÇIKMA

I. ŞİRKETLER HUKUKUNDA BAŞLICA ÇIKMA HALLERİ

A. GENEL OLARAK

Çıkma, limited şirket ortağının ortaklık sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin sona ermesi hallerinden biridir. Esasen çıkma, limited şirket ortaklarına tanınmış bir haktır. Bu hak, ortağın şirketteki payı üzerinde tasarrufta bulunma imkânı sağladığından cihetle, mülkiyet hakkının bir uzantısıdır³. Mülkiyet hakkı sahibinin kullanma, yararlanma ve tasarruf edebilme hakkının varlığına rağmen anonim şirketlerde ortaklar arası güven unsurunun görece daha az önem arz etmesi sebebiyle sermaye şirketlerinden yalnızca limited şirkette bu minvalde bir çıkma hakkı tanınmıştır. Bu aynı zamanda anonim şirketteki sermayenin ko-

³ Nihat Taşdelen, Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih (3rd, Yetkin Yayınları 2012) s. 87.

runması ilkesinin bir gereğidir⁴. Asıl olarak çıkma (ve çıkarılma), şahıs şirketlerine özgü bir ayrılma biçimidir⁵. Limited şirkette çıkma hakkının tanınmış olmasının bir diğer sebebi olarak, TTK 595. madde uyarınca pay devrinin genel kurulun onayına tabi tutulması da gösterilebilir.

B. ORTAĞIN İRADESİNE BAĞLI OLUP OLMAMASI AÇISINDAN

Çıkma, ortağın ortaklık ilişkisinden iradi olarak ayrılması halidir. Ancak bazı hallerde çıkma ortağın iradesine bağlı olmayıp kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmektedir. Ortağın iradesiyle çıkma, payın devri, itfası, ortağın talebi ve diğer tüm ortakların kabulü⁶, çıkma bildirimine ya da çıkma davasına katılma, yeniden yapılandırma, hakimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması halinde çıkma olarak ifade edilmektedir⁷. Teknik anlamda çıkmanın varlığından söz edebilmek için ise, TTK 638 gereği ortağın iradesiyle çıkma bildirimini şirkete yöneltmesi ya da mevcut bir haklı sebebi dava yoluyla ileri sürmesi gerekmektedir. Kanun gereği çıkma halleri ise, ölüm ve eşler arasındaki mal rejimi sebebiyle veya icra takibi sebebiyle çıkma halleridir⁸.

II. TEKNİK ANLAMDA ÇIKMA

TTK 638. madde anlamında çıkma ise, şirket esas sözleşmesinde öngörülen bir hükümlerle tek taraflı bir irade beyanıyla çıkma ya da esas sözleşmede öngörülmemiş olsa dahi haklı sebeplerin varlığı halinde dava yoluyla çıkma olmak üzere iki farklı biçimde şirket ortaklarına tanınmıştır.

A. SÖZLEŞMESEL ÇIKMA

1. Çıkma Hakkının Sözleşmede Düzenlenmesi ve Niteliği

TTK 638/1 uyarınca şirket esas sözleşmesinde hiçbir koşula bağlanmadan ortaklara çıkma hakkı tanınabilir. Bu durumda ortak, şirkete

⁴ Ayşe Şahin, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Çıkma ve Çıkarılma)' Ersin Çamoğlu'na Armağan (1st, Vedat Kitapçılık 2013) s. 176.

⁵ Baştuğ (n 2) s. 22.

⁶ Aşağıda incelenecektir: Birinci Bölüm, II., C.

⁷ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (Updated 13th, Beta Yayıncılık 2019) s. 461- 462.

⁸ Bahtiyar (n 7) s. 462.

yönelik tek taraflı irade beyanı ile bu hakkını kullanabilir⁹. Çıkma hakkı bu haliyle bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁰. Böylece çıkma hakkı karşı tarafa ulaştığında hiçbir onaya gerek bulunmamaktadır. Yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle şarta bağlı olarak da kullanılamaz¹¹.

2. Çıkma Beyanının Şekli

Ortağın çıkma beyanı, şirketi temsile yetkili olan müdürlere yöneltilmelidir. Esas sözleşmede bu hak tanındığında ayrıca bir şekil şartı öngörülmedikçe çıkma hakkının kullanılması hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Sözlü olarak dahi kullanılabilir¹². Ancak sözlü olarak kullanılması uygulamada özellikle ticaret siciline tescil aşamasında ispata ilişkin bir takım sorunlar ortaya çıkarabildiğinden bu hakkın yazılı olarak kullanılması, sözlü olarak kullanılmış olsa dahi tutanak tutulması faydalı olacaktır.

Diğer taraftan çıkma hakkının zımni (örtülü) irade beyanıyla kullanılabilmesi de ifade edilmektedir¹³. Nitekim, açık irade beyanının özel olarak aranmadığı durumlarda zımni irade beyanı da hukuki işlemin oluşması için yeterlidir¹⁴. Belirtelim ki, çıkma hakkının zımni irade beyanı ile kullanılması halinde de çıkma iradesi mevcuttur. Bu durumda çıkma iradesi yalnızca açık (sarih) bir biçimde ifade edilmemektedir. Söz gelimi, ortaklar arasında yaşanan ciddi bir tartışmanın akabinde şirket merkezindeki ofisinden tüm kişisel eşyalarını toplayıp şirketi terk eden bir ortağın çıkma iradesini zımni bir şekilde ortaya koyduğu kabul edilebilir.

⁹ Mehmet Umur Tarhan, 'Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma' Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (1st, On İki Levha Yayıncılık 2018) s. 179; Tuğba Özdoğan Daloğlu, Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2019) s. 21; Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 177

¹⁰ Ersin Çamoğlu, 'Limited Şirkette Çıkma I (Çıkma I)' (2014a) 1 (253) Yaklaşım Dergisi, s. 256.

¹¹ M. Kemal Oğuzman and Nami Barlas, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar) (25th, Vedat Kitapçılık 2019) s. 170.

¹² Tarhan (n 9), s.180.

¹³ Hanife Öztürk Dirikkan, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı (1st, Yetkin Yayıncılık 2005) s. 32, 49. dn; Aksi yönde: Tarhan (n 9) s. 180.

¹⁴ Oğuzman ve Barlas (n 11) s. 199.

3. Hakkın Kullanımının Sınırları

Ortaklık ilişkisi *pacta sund servanda* ilkesine dayanmaktadır ve çıkma hakkı bu ilkenin bir istisnasıdır. Dolayısıyla zımni irade beyanıyla çıkmanın geçerliliği kabul edildiğinde dahi söz konusu zımni irade beyanı, asıl kuralın ortaklık ilişkisinin devamı, istisnanın ise ortaklık ilişkisinin sonlandırılması olduğu göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır.

TTK 638/1 uyarınca bu hakkın kullanılması şarta bağlanabilir. Burada kastedilen hakkın kullanılmasına olanak veren şartlar olmakla birlikte hakkın kullanım şekline ilişkin şartlar da öngörülebilir. Bunun sınırı ise TBK 26-27 hükümleridir. Buna göre esas sözleşme ile çıkma hakkına ilişkin getirilecek şartlar emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olamayacaktır¹⁵. Bu bağlamda, örneğin şirketin üç sene üst üste kâr dağıtmaması halinde şirketten çıkma hakkının kullanılacağı esas sözleşmede öngörülmüş olabileceği gibi hakkın kullanılması şirketin merkez adresine iadeli taahhütlü mektupla gönderilmesi halinde hüküm ifade edeceği kararlaştırılabilir.

Çıkma hakkının kullanılması ortağın tüzel kişi ya da gerçek kişi olması açısından farklılık yaratmaz. Ancak kendi payını iktisap eden limited şirket ortaklıktan çıkamaz¹⁶. Çıkma hakkının şirket esas sözleşmesinde yalnızca belli bir ortağa tanınmasının mümkün olduğu da genel kabul gören bir görüştür¹⁷.

Belirtelim ki, her hak gibi çıkma hakkı da esas sözleşmede hiçbir şarta bağlanılmamış olsa dahi Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin sınırları içinde kullanılmalıdır. Söz gelimi, yalnızca diğer ortakları zor durumda bırakmak amacıyla çıkma hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırıdır ve hakkın kötüye kullanılması teşkil eder¹⁸. Bu halde şirket, şirketi zor durumda bırakmak amacıyla dürüstlük kuralına aykırı olarak çıkma hakkını kullanan ortaktan uğradığı zararı talep edebilecektir.

¹⁵ Özdoğan Daloğlu (n 9) s. 23; Taşdelen (n 3) s. 176.

¹⁶ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları) (3rd, Vedat Kitapçılık 2013) s. 490.

¹⁷ Çamoğlu (Çıkma I) (n 10) s. 256.

¹⁸ F. Betül Çakır Çelebi, Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarma, Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2015) s. 11; Baştuğ (n 2) s. 41.

4. Şirketin Ortak Sayısı Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar

ETTK’da limited şirkette asgari ortak sayısı iki olarak öngörül-müşken TTK tek ortaklı limited şirkete cevaz vermektedir. Bu husus çıkma (ve çıkarılma) kurumları açısından da önemli bir sonucu beraberinde getirmektedir. Öyle ki Yargıtay önceleri farklı yönlerde kararlar vermiş olsa da netice itibarıyla iki ortaklı limited şirketten ayrılma sonucunda kanunda öngörülen asgari ortak sayısının altına düşülmüş olacağı için iki ortaklı limited şirkette ayrılmanın mümkün olmadığına karar vermiştir¹⁹. ETTK döneminde durum böyleyken, TTK döneminde iki ortaklı limited şirketten çıkmanın (ve çıkarılmanın) kanunda öngörülen asgari sınırın altına düşmeye yol açmayacağından sorun teşkil etmeyeceği izahtan varestedir. Ancak bu sefer de sorun, tek ortaklı limited şirkette çıkmanın mümkün olup olmadığı konusunda toplanmaktadır. Henüz Yargıtay’ın önüne bu konuda bir uyuşmazlık geldiğine rastlanılmamıştır. Ancak iki ortaklı limited şirkette bir ortağın çıkması halinde diğer ortağın varlığına rağmen çıkmanın mümkün olmadığı belirtilmesi karşısında, tek ortaklı limited şirkette mevcut ortağın çıkması halinde ortaksız bir limited şirket meydana geleceğinden, Yargıtay’ın buna evleviyetle izin vermeyeceği, bunun yerine şirketin feshine karar verebileceği değerlendirilmektedir²⁰.

5. Çıkma Hakkına İlişkin Esas Sözleşmede Değişiklik Yapılması Sorunu

Çıkma hakkı şirket kuruluşunda esas sözleşmede öngörülebileceği gibi daha sonra yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile de ortaklara bu yönde bir hak tanınabilir²¹. Esas sözleşmede tanınan bir çıkma hakkının daha sonra yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile ortadan kaldırılması, değiştirilmesi veya esas sözleşmede çıkma hakkı yokken bu hakkın tanınması da mümkündür.

Buradaki sorun, böylesi bir esas sözleşme değişikliğinde aranacak nisaplarda ortaya çıkmaktadır. TTK 589. maddede şirket sözleşmesinin

¹⁹ Yargıtay 11. HD, 13520/7211, 28.06.2004; Yargıtay 11. HD, 12518/5905, T. 02.10.2018; Yargıtay 11. HD, 8949/4974, T. 25.04.2011.

²⁰ Ali Kaya, ‘Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması (Çıkma)’ (2010) V (1-2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 229.

²¹ Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st, Arıkan Basım Yayın 2007) s. 155; Kaya, (Çıkma) (n 20) s. 211.

esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların kararıyla değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Genel kural bu olmakla birlikte “*Önemli Kararlar*” başlıklı TTK 621. maddede ise temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu aranmıştır. Diğer bir deyişle, fıkralar halinde sayılan ve “önemli” olarak nitelendirilen hususlarda ayrı bir nisap öngörülmüştür. Önemli olarak nitelendirilen bu hususlar arasında bir ortağın haklı sebeple çıkarılması için mahkemeye başvurma ve şirket esas sözleşmesinde öngörülen çıkarılma sebeplerinden dolayı ortağın çıkarılması bulunmaktadır. TTK 621. maddenin 3. fıkrasında ise çıkarılma sebeplerinin sonradan esas sözleşmeye eklenebilmesine dair değişiklik için tüm ortakların genel kurul toplantısında oybirliği aranmıştır. Ne var ki TTK, çıkma hakkına ilişkin yapılacak bir esas sözleşme değişikliğine ilişkin özel bir düzenleme getirmemiştir.

Öğretide BAŞTUĞ, esas sözleşmede çıkma hakkı yokken bu hakkın tanınması veya mevcut hakkın ortadan kaldırılması hallerinde ortaklara ek bir yükümlülük getirilmiş olmayacağından böylesi bir değişikliğin TTK 589. madde uyarınca üçte iki çoğunluk ile gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir²². DİRİKKAN ise, esas sözleşmede tanınan çıkma hakkının müktesep hak teşkil ettiğini ve hakkın ortadan kaldırılması veya değiştirilebilmesinin yalnızca hak sahibinin onayı ile mümkün olduğunu ifade etmektedir²³. TAŞDELEN de, bu hakkın müktesep hak olarak kabul edilmesi halinde dahi genel müktesep hak kavramından farklı bir müktesep hak olarak yorumlanması gerektiğini zira aksi halde her ortağın onayı gerekeceğinden şirketin karar almasının imkânsız hale geleceğini ifade etmektedir²⁴.

Kanaatimizce DİRİKKAN bu konuda *de lege ferenda* bir öneri getirirken BAŞTUĞ ve TAŞDELEN pozitif düzenlemeyi yansıtmaktadır. Öyle ki, kanun koyucunun “*Önemli Kararlar*” arasında çıkarılmaya ilişkin düzenlemeler getirmesi (TTK 621/1) ve ortakların şirketten çıkarılmasına ilişkin sebeplerin şirket esas sözleşmesine eklenebilmesi için tüm ortakların temsil edildiği genel kurulda oybirliği ile karar alınmasını öngörmesi karşısında (TTK 621/3), çıkma hakkının sonradan düzenlen-

²² Baştuğ (n 2) s. 31.

²³ Öztürk Dirikkan (n 13) s. 34.

²⁴ Taşdelen (n 3) s. 177.

mesinde ayrı bir nisap ile karar alınmasına yönelik bir iradeyi ortaya koymaması sebebiyle, kanun koyucunun bilinci hareket ettiği karinesine dayanarak olağan esas sözleşme değişikliği için gerekli olan üçte iki çoğunluğun yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Ancak bu halde de, üçte iki oranından fazla bir paya sahip olan bir ortak esas sözleşmeye dilediği zaman koşulsuz şartsız bir çıkma hakkı ekleyerek herhangi bir sorumluluk altına girmeden şirketten ayrılabilir veya bu hakkını azınlık pay sahipleri üzerinde bir tehdit unsuru olarak kullanabilecektir. Bu sebeple şirket kuruluşu aşamasında çıkma hakkının düzenlenmesine ilişkin kararların oybirliği ile alınacağı düzenlenerek azınlık pay sahipleri koruma altına alınabilir. Gerekli nisapların sağlanması halinde esas sözleşmede kuruluş aşamasında yapılan bu yöndeki bir düzenlemenin daha sonra değiştirilmesi mümkün ise de, olası bir davada hakkın kötüye kullanılmasının gündeme gelmesi sağlanabilecektir. Bir diğer çözüm ise, esas sözleşmede düzenlenen koşulsuz şartsız çıkma hakkının varlığı halinde dahi bu hakkın kullanımı dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğinden somut olayın şartlarına göre çıkmanın geçersizliği azınlık pay sahipleri tarafından dava yoluyla ileri sürülebilecektir.

6. Çıkma Hakkının Kullanılması ve Sonuçları

a. Hakkın Kullanılması

Çıkma hakkının kullanıldığına ilişkin beyanın şirkete ulaştığı andan itibaren şirketin herhangi bir kabulü, onayı aranmaksızın ileriye etkili şekilde tüm sonuçlar doğar. Bir görüşe göre, bu hakkın kullanıldığı açık ve net bir şekilde ortağın beyanından anlaşılmalıdır²⁵. Kanaatimizce, zımnî irade beyanı dahi bu hakkın kullanılması için yeterli olacaktır²⁶.

b. İç ve Dış İlişkide Etkileri

Bir kere ortağın çıkma beyanı şirkete ulaştığında, ortağın iç ilişki-deki hak ve borçları sona erer. Ortağın şirketten çıkmasının dış ilişkide sonuç doğurması noktasında TTK'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kural olarak ortağın çıkmasının ticaret siciline tescil ve ilan

²⁵ Baştuğ (n 2) s. 40.

²⁶ Bkz. II, A, 2.

edilmesinden itibaren sonuç doğuracağı kabul edilmektedir²⁷. Üçüncü kişinin ortağın çıktığını bildiği veya bilmesi gerektiği ispat edildiğinde ise, çıkma tescil ve ilan edilmemiş olsa dahi ilgili üçüncü kişiye karşı sonuç doğurur²⁸.

c. Hak ve Yükümlülüklerin Donması

Bir ortağın şirketten çıkması ile ortağın sermaye payı doğrudan ortadan kalkmaz. Çıkan ortağın sermaye payına bağlı hak ve yükümlülükler TTK 642 uyarınca şirketin kullanılabilir özkaynaklar üzerinde tasarruf edebilmesine, çıkan ortağın paylarının devredilmesine ya da sermayenin azaltılması anına kadar donmaktadır²⁹.

d. Çıkma Hakkının Kullanılmasına Şirket Tarafından Muhalefet Edilmesi

Çıkma hakkı, esas sözleşmede ifade edilen bir sebebin³⁰ gerçekleşmesine dayandığında, ortak sebebin gerçekleştiğini ileri sürerek çıkma bildiriminde bulunabilir. Beyanın yöneltildiği şirketin söz konusu sebebin (şartların) oluşmadığına kanaat getirmesi halinde ise, uyuşmazlık mahkemeye taşınacaktır³¹. Bu durumda çıkma bildiriminin şirkete ulaşmasından mahkeme kararının kesinleşmesine kadarki sürede çıkma işleminin askıda kalacağı ifade edilmektedir³². Ancak kanaatimizce,

²⁷ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III (3rd, Adalet 2018) s. 2798; Öztürk Dirikkan (n 13) s. 97;

²⁸ Salter Uçar, Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye (1st, Kazancı Matbaacılık, 1996) s. 373; Arslanlı H and Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt III (1st, Temel Yayıncılık 1989) s. 768; Baştuğ (n 2) s. 69.

²⁹ Cenkeci E, 'Çıkan Ya Da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK M. 642)' (2018) 1 (4) Ankara Barosu Dergisi, s. 11.

³⁰ Sözleşmede öngörülen bu sebepler geçerli sebep olarak adlandırılmaktadır. Bkz: Bünyamin Gürpınar, 'Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma' (2016) XX (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 80.

³¹ Yıldız (n 21) s. 155; Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 491; Oruç Hami Şener, Limited Ortaklıklar Hukuku (1st, Seçkin Yayıncılık 2017) s. 878; Başak Beşok, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2010) s. 40.

³² Beşok (n 31) s. 40.

çıkma bildiriminin yenilik doğuran bir işlem olması sebebiyle³³, çıkma bildirimini şirkete ulaşmasından itibaren sonuçlarını doğuracaktır. Şirketin çıkmanın geçersizliğini iddia etmesi halinde mahkemece çıkma hakkının geçerli olarak kullanıldığına karar verilir ve bu karar kesinleşirse ortağın durumunda bir değişme olmayacaktır. Mahkemece çıkmanın geçersizliğine karar verilir ve bu karar kesinleşirse, karar geçmişe etkili olarak çıkmanın tüm sonuçlarını ortadan kaldırmalıdır. Zira bu karar bir tespit kararı niteliğindedir³⁴.

7. Ayrılma Akçesi

a. Genel Olarak

Çıkma hakkının kullanılmasının en önemli sonucu ortağın ayrılma akçesine hak kazanmasıdır. Çıkma sebebi ne olursa olsun, ayrılan ortak ayrılma akçesine TTK 641 gereği hak kazanır. Çıkma sebebinin aynı zamanda tazminat gerektiren bir sebep olması halinde ayrılma akçesinden bağımsız olarak çıkan ortağın tazminat talep etme imkânı da bulunmaktadır. Tersine, şirketin çıkan ortaktan bir alacağı bulunuyor ise, söz konusu alacağın ayrılma akçesinden mahsup edilebilmesinin kabulü gerekir³⁵. Ayrılma akçesi daima bir miktar para olarak belirlenmek zorundadır. Hukuk sistemimiz, ayrılma akçesinin para dışında (örneğin şirket mallarının taksimi yoluyla) ödenmesine imkân tanımamaktadır³⁶.

b. Ayrılma Akçesinin Miktarı

Ayrılma akçesinin miktarı esas sözleşmede öngörülmüş olabilir. Esas sözleşmede öngörülmemişse çıkan ortağın esas sermaye payının gerçek değerine karşılık gelen miktar kendisine ödenir.

Payın gerçek değeri ifadesi kanunda tanımlanmamıştır. TTK 641. maddenin gerekçesinde ise, payın gerçek değeri ifadesinin ne anlama

³³ Çamoğlu (Çıkma I) (n 10) s. 256.

³⁴ Kaya, (Çıkma) (n 20) s. 213.

³⁵ Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 673/34, T. 09.01.2020; Ali Kaya, 'Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Ayrılma Akçesi)' (2013) 1 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 122.

³⁶ İstanbul BAM, 14. HD, 928/138 T. 31.01.2019; Ayrılma akçesinin ayın olarak ödenmesinin mümkün olduğu görüşü için bkz: Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 500.

geldiği konusunda takdirin yargı organlarına ve öğretiyeye bırakıldığı ancak bunun en azından payın “bilanço değeri” anlamına geldiği ifade edilmiştir. Yargıtay ise, gerçek değer yerine bilanço değeri üzerinden ayrılma akçesinin belirlendiği ilk derece mahkemesinin kararını karar tarihine en yakın tarihli şirket gerçek değerinin hesaplanması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur³⁷. TTK 141’de öngörülen, şirket birleşmesi halinde ortağa çıkma hakkının tanınması durumunda da ortağın ayrılma akçesine hak kazanacağı ve bunun ayrılan ortağının sermaye payının gerçek değerine eşit olacağı ifade edilmiştir. TTK 141. maddenin gerekçesinde de, gerçek değer ifadesinin tanımının uygulamaya bırakıldığı ancak hükmün arkasındaki *ratio legis* gereği yaşayan bir şirketi esas alınması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun gerçek değer ifadesi ile payın itibari değerini ifade etmediği açıktır³⁸. Zira payın itibari değeri ilgili ortağın şirket kuruluşunda ortaklığa getirdiği değer ya da iktisap yöntemlerinden biri ile elde ettiği pay miktarından ibarettir. Gerçek değer ise, şirketin mevcut malvarlıkları, dağıtılan temettü miktarı, müşteri çevresi gibi tüm unsurları barındıran, şirketi devralmak isteyen bir kişinin ödeyeceği miktarı ifade etmektedir³⁹. Bu durumda gerçek değer hesaplanmasında esas alınacak bilanço yıllık bilanço değil, tasfiye bilançosudur⁴⁰. Nitekim tasfiye bilançosunun olası satış değerine göre düzenleneceği kabul edilmektedir⁴¹. Bu hesaplamada şirketin aktifleri ve pasifleri bütünüyle hesaba katılır. Yalnızca şirkete ait defterler üzerinden hesap yapılmaz⁴². Bu şekilde şirketin gerçek değeri hesaplandıktan sonra, çıkan ortağın sermaye payının şirket sermayesine oranı dikkate alınarak çıkan ortağın ayrılma akçesi hesaplanabilecektir.

³⁷ Yargıtay 11. HD, 2571/5023, T. 04.10.2017.

³⁸ Kaya (Ayrılma Akçesi) (n 35) s. 125.

³⁹ Öztürk Dirikkan (n 13) s. 110.

⁴⁰ Abuzer Kendigelen, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbes Yıl (Hukuki Mütalaalar) (2nd, Beta Yayınları 2003) s. 411; Yargıtay 11. HD, 2473/816, T. 22.01.2015.

⁴¹ Seniha Dal, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı (1st, Legal Yayıncılık 2013) s. 169; İstanbul BAM, 664/302, T. 28.02.2019. İşbu kararda, şirketin gelecekteki iş potansiyelinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiş, ancak bunun kararın kesinleşmesinden sonraki veriler dikkate alınarak değil, kararın kesinleştiği andaki mevcut potansiyelin değerlendirilmesi gerektiği ayrıca vurgulanmıştır.

⁴² Yargıtay 11. HD, 3919/10697, T. 10.11.2003.

c. Miktarın Belirlenmesi

Gerçek değerın hesaplanması konusunda çıkan ortak ve şirket kendi aralarında anlaşabilirler. Anlaşma sağlanamazsa, çıkan ortak ya da şirket TTK 597 uyarınca şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinden çıkan ortağın esas sermaye payının gerçek değerinin hesaplanmasını talep edebilir.

d. Muacceliyet Anı

Ayrılma akçesinin miktarı belirlendikten sonra uyuşmazlık konusu olabilecek bir diğer husus ise ayrılma akçesinin muacceliyet anıdır. TBK 90. madde uyarınca aksi taraflarca belirlenmedikçe bir borç doğumu anından muaccel hale gelir. Ancak kanun koyucu TTK 642. maddenin gerekçesinde ayrılma akçesinin ödenme zamanı bakımından şirkete ve alacaklılara zarar verilmemesi ve menfaatler dengesinin korunmasına vurgu yapmıştır. Buna göre, ayrılma akçesinin ayrılma ile muaccel hale gelebilmesi için TTK 642’de belirtilen üç halden birinin varlığı aranır: (aa) şirketin kullanılabilir özkaynaklar üzerinde tasarruf ediyor olması, (bb) ortağın payının devredilebilir olması, (cc) esas sermayenin azaltılması.

aa. Şirketin Kullanılabilir Özkaynaklar Üzerinde Tasarruf Ediyor Olması

Özkaynaklar birden fazla kalemden oluşmaktadır. Bunlardan esas sermayenin kendisi ile kanunla üzerinde tasarruf edilmesine izin verilmeyen kısmı TTK 642/1(a) anlamında dikkate alınmaz. Kanunla üzerinde tasarruf edilmesine izin verilmeyen özkaynak ifadesinden TTK 610 atfı ile limited şirketlere uygulanan TTK 519/1 hükmünde düzenlenen kanuni yedek akçeler anlaşılmalıdır. Bu durumda TTK 519/3 uyarınca genel kanuni yedek akçelerin miktarı sermayenin yarısını aşmadığı sürece ayrılma akçesinin ödenmesinde dikkate alınmayacaktır⁴³. Bununla birlikte, şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin TTK 612 maddesinde “serbestçe” kullanılabilir özkaynak ifadesi kullanılmışken TTK 641/1(a) hükmünde serbestçe ifadesine yer verilmemiş olması, şirket esas sözleşmesi ile ya da genel kurul kararıyla belli bir amaca yönelik

⁴³ Zelal Narçin, ‘Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması ve Hukuki Sonuçları’ (2015) 10 (112) Terazi Hukuk Dergisi, s. 109.

olarak ayrılan ihtiyari yedek akçelerin de 641/1(a) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır⁴⁴.

Bu bağlamda TTK 642/1(a) anlamında bir özkaynağın varlığı net dönem karı ve serbest yedek akçelere göre belirlenir⁴⁵. Net dönem karının dağıtılabilmesi için ise, o yıl elde edilen ticari kardan geçmiş yıl zararlarının ve vergisel yükümlülüklerin düşülmesi ve yedek akçelerin⁴⁶ ayrılması gerekmektedir⁴⁷.

TTK 612 uyarınca limited şirket, esas sermaye payının yüzde onundan fazlasını iktisap edemez. Şirketin kullanılabilir bir özkaynaktan tasarruf ediyor olması halinde ise ayrılan ortağın paylarını iktisap ederek yüzde onluk sınırın üstünde bir paya sahip olması muhtemeldir. Bu durumda, TTK 612/2 uyarınca yüzde on olarak belirlenen sınır sözleşmesel ya da haklı sebeple çıkma veya çıkarılma hallerinde yüzde yirmi olarak uygulanır. Şirketin kullanılabilir özkaynaklarının varlığına rağmen şirket ayrılan ortağın payını şirket sermayesinin yüzde yirmisinden fazlasına sahip olmasına neden olacak şekilde iktisap edemez. Bu halde aşan kısım için ayrılma akçesi muaccel hale gelmiş sayılmayacaktır⁴⁸. Burada bir kısmı muacceliyet hali bulunmaktadır; borç doğmuştur ancak yalnızca bir kısmı muaccel olmuştur. TTK 642/3 hükmü uyarınca ayrılma akçesinin muaccel olmayan kısmı⁴⁹, şirkete karşı bütün alacaklılardan son-

⁴⁴ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 204, dn. 84; Mustafa Topaloğlu and Işık Özer, 'Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi', (Jurix, Erişim tarihi: 05.04.2020), s. 10-11; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları (n 16) s. 499; Aksi yönde bkz: Taşdelen (n 3) s. 205; Pulaşlı, belirli bir amaca özgülenmiş yedek akçelerin ayrılma akçesinden mahsup edilmesi gerektiğini ifade etmektedir: Pulaşlı (n 27) s. 2796.

⁴⁵ Cenkci (n 29) s. 17.

⁴⁶ Birinci tertip kanuni yedek akçe için esas alınacak olan matrahın vergi öncesi dönem karını mı yoksa net dönem karını ifade ettiği hususu tartışmalıdır (Bkz: Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler Cilt III (1st, Seçkin Yayınları 2013) s. 3390).

⁴⁷ Soner Altaş, 'Anonim ve Limited Şirket Ka'ının Dağıtımında Hangi Hususlara Dikkat Edilmelidir?' (2017) 13 (153) Mali Hukuk Dergisi, s. 2161 (Kar Dağıtımı); Salih Canözü, Anonim Şirketlerde Ka' Payının Tespiti ve Dağıtılması, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2014) s. 50 vd.

⁴⁸ Cenkci (n 29) s. 31.

⁴⁹ Öğretide ayrılma akçesinin muaccel olmayan kısmı niteliksiz alacak olarak ifade edilmektedir: Çamoğlu, Çıkarılma, s. 19; Şükrü Yıldız, İbrahim Özbay and Mustafa Serdar Özbek, 'Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı

ra gelen bir alacak oluşturmaktadır. Kanun koyucu böylece bir istisna tanımış olmakla birlikte, yüzde onu aşan kısmın iki yıl içinde elden çıkarılması veya sermayenin azaltılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca şirketin kendi payını iktisap ettiği müddet boyunca iktisap edilen paylara ilişkin oy hakları ile diğer haklar TTK 612/4 uyarınca donacaktır. Oy hakkı ve buna bağlı yan haklar (genel kurula katılma, öneride bulunma, iptal davası açabilme⁵⁰) donacaktır. Ancak belirtelim ki, oy haklarının donması yalnızca oy kullanılmasını engellemektedir. Toplantı ve karar nisaplarını etkilememektedir⁵¹.

Bunun yanında, şirketçe iktisap edilen paylara bağlı kâr payının akıbeti konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, şirketin iktisap ettiği paylara denk gelen kâr payının yedek akçe hesabına alınması gerekirken⁵², bir başka görüş, ilgili kârın bir sonraki yılın bilançosuna dahil edilip iktisap edilen paylar hesaba katılmaksızın diğer ortaklar arasında dağıtılmasını önermektedir⁵³. Diğer bir görüşe göre ise, ilgili kâr ortaklara dağıtılmamalı ve şirkete ait olmalıdır⁵⁴. Esasen şirketçe iktisap edilen paylara bağlı kâr payının ortaklara dağıtılması yönündeki görüşe katılmamaktayız. Bu görüş yalnızca ortakların menfaatine bir çözüm getirirken, kârın şirkete ait olması yönündeki görüş kabul edildiği takdirde hem alacaklılar korunmuş olacaktır hem de şirket değeri artmış olacaktır. Diğer pay sahiplerinin menfaati sağlanmış olacaktır.

bb. Ortağın Payının Devredilebilir Olması

Şirket için kullanılabilir özkaynakların önemi ve sermayenin korunması ilkesi göz önüne alındığında, şirketin ve alacaklıların menfaatine en uygun çözüm ayrılan ortağının payının bir başka kişiye devredilmesidir⁵⁵. Çıkma bildiriyle ya da mahkeme kararıyla ayrılan ortağın sermaye payına ilişkin hak ve yükümlülüklerinin sona ermesi sebebiyle

Hukukî Sorunlar' (2018) XXII (3-4) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 452.

⁵⁰ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 488.

⁵¹ ibid, s. 488.

⁵² Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (10th, Arıkan Yayıncılık 2005) s. 483.

⁵³ Oğuz İmregün, 'Anonim Ortaklıklar (1st, Yasa Yayıncılık 1989) s. 376.

⁵⁴ Pulaşlı (n 27) s. 2780.

⁵⁵ Topaloğlu ve Özer (n 44) s. 15; Cencki (n 29) s. 22.

ayrılan ortağın paylarını devretmeye ve payın bedelini talep etmeye yetkili olan şirkettir⁵⁶.

Kanun koyucu ayrılma akçesinin muacceliyet anı açısından şirketin kullanılabilir özkaynaklarda tasarruf etmesini (TTK 642/1(a)), esas sermayenin ise azaltılmasını (TTK 642/1(c)) aramışken, payın devredilmesini değil devredilebilmesini aramıştır (TTK 642/1(b)). Hükmün lafzından payın devredilmiş olmasının gerekmediği, devredilebilmesi yani herhangi bir devir yasağının var olmamasının ayrılma akçesini muaccel hale getireceği şeklinde bir irade ortaya çıkmaktadır. Ancak hükmün amacı, ayrılma akçesinin ortağın ayrılması ile doğrudan muaccel hale gelerek şirketi ve alacaklılarını zor durumda bırakmamak olduğu, ilgili maddede sayılan üç halden birinin varlığı halinde ayrılma akçesinin kaynağının da varlığının kabul edileceğidir. Diğer bir deyişle, TTK 642’de yer alan üç halden birinin varlığı aynı zamanda ayrılma akçesinin ödeneceği kaynağa işaret etmektedir⁵⁷. Dolayısıyla bir payın yalnızca devredilebilir olması muacceliyet için yeterli kabul edilmemeli, devir sonucu payın karşılığının muaccel hale gelmesiyle ayrılma akçesinin de muaccel hale geleceğinin kabulü gerekir⁵⁸.

cc.Esas Sermayenin Azaltılması

Sermaye azaltımı, şirketin esas sermayesinin itibari olarak indirilmesi anlamına gelmektedir. TTK 642’de belirtilen üç olanak arasında herhangi bir öncelik yoktur. Şirket, özkaynakları mevcut iken dahi sermaye azaltımı yöntemiyle ayrılma akçesine kaynak sağlayabilir. Bunun sınırı ise, kanunda öngörülen asgari sermaye tutarının altına düşülmesidir⁵⁹.

Sermaye azaltımı, ticaret sicil gazetesinde tescil ve ilan ile neticelenir. BAŞTUĞ’a göre, bu andan önce ortağa ayrılma akçesi ödemesi yapılamaz, yapılırsa geçersizdir⁶⁰. Ancak her ne kadar bu görüş alacaklı-

⁵⁶ Ali Haydar Yıldırım, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi (1st, Dora Yayınları 2013) s. 328; Cenkeci (n 29) s. 22; Reto Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH (1st, Dike Verlag Zürich SSHW Band 2009), s 116 (Cenkeci (n 29) s. 22’den naklen).

⁵⁷ Cenkeci (n 29) s. 23.

⁵⁸ ibid, s. 24.

⁵⁹ Yıldırım (n 56) s. 383; Şener (n 31) s. 931; Baştuğ (n 2) s. 100.

⁶⁰ Baştuğ (n 2) s. 100.

ların korunmasını amaçlamaktaysa da, TBK 96. maddesi uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça bir borcun muaccel olmaması ifa edilemeyeceği anlamına gelmez. Sermaye azaltımı kararının tescil ve ilanından önce ve fakat sermaye azaltımı neticesinde payların karşılığının serbest hale gelmesinden sonra şirketin ayrılma akçesini ödeme borcu henüz muaccel hale gelmemişse dahi ayrılma akçesinin ödenmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz⁶¹.

TTK 642/3 hükmü ise ayrılma akçesinin kısmi muacceliyetini düzenlemektedir. Hükme göre, ayrılma akçesinin ödenmemiş kısmı şirkete karşı tüm alacaklılardan sonra gelen bir alacak hakkı oluşturur. Hükümde ödenmeyen kısım ifadesi kullanılmışsa da, üçüncü fıkranın uygulama alanı bulması için ilk fıkroda üç duruma göre muaccel hale gelen kısmın mutlaka ödenmiş olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira birinci fıkraya göre ayrılma akçesinin bir kısmı muaccel hale geldiği halde ödenmemiş olabilir. Bu şekilde ödenmeyen kısım TTK 642/3 uyarınca yıllık raporda kullanılabilir özkaynakların tespiti ile muaccel hale gelecektir. Gerekeceği belirtildiği üzere böylece alacağa faiz işlememesi ve özkaynaklar tespit edilene kadar şirketi ayrılma akçesini ödeme yükümlülüğü altına sokmamak amaçlanmıştır.

B.HAKLI SEBEPLE ÇIKMA

1. Genel Olarak

Ortaklık ilişkisinin temelinde güven unsuru yer alır. Sermaye şirketlerinde bu unsurun önemi azalırken şahıs şirketlerinde ciddi bir yer kaplamaktadır. Güven ilişkisine dayanması sebebiyle ortaklar şirket esas sözleşmesini akdederken ortaklıktan çıkma hakkının esas sözleşmede tanınması uygulamada sık rastlanılan bir durum değildir. Bunun bir diğer sebebi Türkiye’de kurulan şirketlerin ciddi bir miktarının aile şirketi olmasıdır.

Limited şirket esas sözleşmesinde TTK 638/1 uyarınca tanınan çıkma hakkına ilişkin bir düzenleme olmasa dahi TTK 638/2’ye göre, her ortak haklı sebeplerin varlığı halinde şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir⁶². Şirket ortaklarına tanınmış bu hak esas söz-

⁶¹ Sermaye azaltımı yapılmakla birlikte payların karşılığı serbest kalmadan önce ayrılma akçesinin ödenmesi yöneticilerin sorumluluğuna sebep olabileceği gibi malvarlığının korunması ilkesine de aykırılık oluşturabilecektir.

⁶² Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 492; Öztürk Dirikkan (n 13) s. 38.

leşmeye eklenecek bir hükümlerle, haktan feragat edilmesiyle ya da diğer bir şekilde ortadan kaldırılamaz⁶³. Zira haklı sebep ortağın kişilik haklarının korunmasına ve dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁶⁴. Ancak esas sözleşmede öngörülen çıkma sebeplerinden farklı olarak bu hakkın kural olarak dava yoluyla kullanılması gerekir.

2. Öğreti ve Yargıtay Kararları Işığında Haklı Sebep Kavramı

Kanun koyucu, limited şirketten haklı sebeple çıkmayı mümkün kılmasına rağmen haklı sebebin ne anlama geldiğini TTK’da düzenlememiştir. Kavramın kanunda tanımlanmaması bir durumun haklı sebep olup olmadığının her somut olayda münferiden değerlendirilmesi gerekmesi sebebiyle isabetli olmuştur. Nitekim haklı sebep kavramı, TTK’nın kollektif şirketlere ilişkin 245. maddesinde “*şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olması*” olarak ifade edilerek kapsamı daraltılmıştır. Şirketin kuruluşuna yol açan ifadesi dil bilgisi anlamında hatalı bir ifade olmasının yanı sıra hukuki bir ifade de değildir. Şirketin kurulmasının arkasında yatan saikleri tespit etmek de her zaman mümkün değildir. Bir olay ya da olgunun haklı sebep teşkil etmesi zamana, mekana, şirket türüne ve hatta aynı şirket türü olsa dahi söz konusu şirkette sermaye unsurunun mu yoksa kişisel unsurların mı ağır bastığına göre değişebilmektedir⁶⁵.

Yargıtay da haklı sebep kavramını her bir olay özelinde ayrı ayrı incelemiştir. En genel anlatımla Yargıtay bir olay veya olgunun haklı sebep teşkil edebilmesi için şirket ortakları arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesini aramıştır⁶⁶. Yargıtay’a göre, ortaklar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi sebebiyle ortaklık ilişkisinin devamının mümkün olmadığı anlaşılıyorsa haklı sebebin varlığı kabul edilmelidir⁶⁷. Ne var ki, haklı sebeple çıkma kurumunun işletilmesi tali (ikincil) bir yöntemdir. Hakim haklı sebebin gerçekleştiğine kanaat getirdiği takdirde, bu

⁶³ Yıldız (n 21) s. 156; Baştuğ (n 2) s. 51; Öztürk Dirikkan (n 13) s. 38.

⁶⁴ Taşdelen (n 3) s. 179.

⁶⁵ Baştuğ (n 2) s. 45.

⁶⁶ Yargıtay 11. HD, 3297/5291, T. 11.06.2001.

⁶⁷ Yargıtay 11. HD, 15246/12937, T. 20.06.2013; Yargıtay 11. HD, 4188/6392, T. 21.11.2017.

durumun çıkma hakkı kullanılmadan bertaraf edilip edilemeyeceğini değerlendirmelidir⁶⁸.

Yargıtay kararlarında, evli olan ortakların boşanmasının⁶⁹, şirketin iştiğal konusu işler hakkında yeterli bilgiye sahip olunmamasının⁷⁰, ortağın davranışları sebebiyle güvenin zedelenmesinin⁷¹, ortağın müdürlükten azledilmesinin⁷², ortağın genel kurula davet edilmemesinin⁷³ haklı sebep olarak ileri sürüldüğü görülmektedir.

Haklı sebep, ortaklar arasındaki ilişkiden meydana gelebileceği gibi (objektif haklı sebep) bir ortağın şahsında da ortaya çıkabilir (subjektif haklı sebep). Haklı sebep sayılan olay ya da olguya haklı sebeple çıkma talep eden kişi sebep olmamalı ve haklı sebep sayılan durumun ortaya çıkmasında çıkma talep eden kişinin ağır kusuru bulunmamalıdır⁷⁴. Kusurlu olduğu halde çıkma hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına girer⁷⁵. Ayrıca, haklı sebep ortaya çıktık-tan sonra davranışlarıyla bu durumu kabul ettiği anlaşılan ortağın da artık çelişkili davranma yasağı sebebiyle bu haklı sebebi ileri sürememesi gerekir⁷⁶. Ancak haklı sebep olduğu ileri sürülen olay ya da olgu devamlı (süregeleyen) bir nitelik taşıyorsa, ortağın haklı sebep ortaya çıktığı anda bunu ileri sürmemesi kabul olarak yorumlanmamalıdır.

3. Haklı Sebeple Çıkma Hakkının Kullanılması

a. Dava Yoluyla Kullanılması

Haklı sebeplerin varlığı halinde TTK 638/2 uyarınca ortaklıktan çıkma talebinin şirkete karşı açılacak bir dava yoluyla ileri sürülmesi gerekmektedir. Ne var ki, öğretide haklı sebeple çıkma hakkının dava yoluyla değil şirket ortakları ile uzlaşarak da gerçekleştirilebileceği ifade

⁶⁸ Baştuğ (n 2) s. 46.

⁶⁹ Yargıtay 11. HD, 2571/5023, T. 04.10.2017.

⁷⁰ Yargıtay 11. HD, 8798/14978, T. 01.10.2018.

⁷¹ Yargıtay 11. HD, 15246/12937, T. 20.06.2013.

⁷² Yargıtay 11. HD, 1221/2173, T. 11.03.2002.

⁷³ İstanbul BAM, 12. HD, 1563/1117, T. 01.10.2018.

⁷⁴ Yargıtay 11. HD, 6114/5936, T. 02.04.2012.

⁷⁵ Yargıtay 11. HD, 8709/15995, T. 20.10.2014.

⁷⁶ Baştuğ (n 2) s. 47.

edilmekte⁷⁷ ve Yargıtay'ın da bu görüş ile aynı yönde kararları bulunmaktadır⁷⁸. BAŞTUĞ ise, haklı sebeple çıkmanın dava yolu ile kullanılmasının faydalarını ve sakıncalarını tartıştıktan sonra, bu hakkın ancak dava yoluyla ve hakimın değerlendirmesiyle kullanılabilmesine işaret etmiştir⁷⁹. Usul ekonomisi ilkesi uyarınca dava açmaktan başka bir yöntemle uyuşmazlığın giderilmesi mümkün olduğu takdirde bu yöntem uygulanmalıdır. Ancak ETTK 551 hükmünde mahkemeden talep edebilir ifadesinin ve TTK 638/2 hükmünde ve gerekçesinde de açıkça dava açma ibaresinin kullanılması karşısında herhangi bir dava ikame edilmeden haklı sebeple çıkmanın mümkün olduğu görüşü tartışmaya açıktır. Böylesi bir çıkmanın mümkün olduğu görüşüne katılmakla birlikte, bunun dayanağının TTK 638/2 hükmü değil irade muhtariyeti olduğu kanaatindeyiz⁸⁰.

b. Arabuluculuğa Elverişliliği

Haklı sebeple çıkma davası bir ticari davadır⁸¹. Ticari dava olması sebebiyle TTK 5/A maddesi kapsamında arabuluculuğa tabi olup olmadığını belirlemek gerekmektedir.

Haklı sebeple çıkma davası inşai bir davadır⁸². İnşai davaların bir kısmı, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânı bulunmadığından sulhe ve kabule elverişli değildir⁸³. Ancak yukarıda değinildiği üzere dava yoluna başvurmadan dahi çıkmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Nitekim öğretilerde inşai davaların gerçek inşai dava ve gerçek olmayan inşai dava olarak ikiye ayrıldığı⁸⁴, gerçek olma-

⁷⁷ Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9th, Dora Yayınları 2013) s. 766.

⁷⁸ Yargıtay 11. HD, 7132/9218, T. 22.11.2001.

⁷⁹ Baştuğ (n 2) s. 49.

⁸⁰ Kaya (Çıkma) (n 20) s. 216.

⁸¹ Baştuğ (n 2) s. 43.

⁸² Çamoğlu (Çıkma I) (n 10) s. 259.

⁸³ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (1st, Yetkin Yayınları 2016) s. 550.

⁸⁴ Öğretilerde Baki Kuru, inşai davaları ikiye ayırmaktadır. Yazara göre, inşai hakkın doğması için mutlaka bir mahkeme kararı bulunması gerekmektedir. Bu davalara örnek olarak boşanma davası ve önalım davası verilebilir. İnşai davaların ölüme bağlı

yan inşai davalarda sulh ve kabulün mümkün olduğu ve çıkma davasının da gerçek olmayan inşai davalardan olduğu ileri sürülmüştür⁸⁵. Kanaatimizce çıkma konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan olması sebebiyle ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir.

Çıkma davasında hem haklı sebeple çıkma hem de TTK 641 uyarınca ayrılma akçesi talep edildiği durumda (dava yığılması) her bir talep ayrı bir dava teşkil eder ve her davanın dava şartları ayrı olarak incelenmelidir. Bu sebeple çıkma talebinin (davasının) konusu bir miktar paranın ödenmesi olmadığından zorunlu arabuluculuğa tabi değildir. Ayrılma akçesi talebinin (davasının) konusu ise bir miktar paranın (alacağın) ödenmesidir. Bu sebeple ayrılma akçesine ilişkin kısım zorunlu arabuluculuğa tabidir⁸⁶. Yalnızca çıkma talebinin ileri sürülmesi ve ayrılma akçesinin talep edilmemesi halinde ise, arabuluculuk dava şartı değildir. Ekleme isteriz ki, hayatın olağan akışında bir ortağın şirketten çıkma talebinde bulunmakla birlikte ayrılma akçesi talep etmemesi sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum değildir⁸⁷. Bu durumda uygulamada hemen her çıkma davasının öncesinde arabuluculuk sürecinin tamamlanması gerekecektir.

Esasen ayrılma akçesi talepli çıkma davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmasını isabetli bulmaktayız. Öncelikle, çıkma davasının arabuluculuğa tabi olmasına sebep olan ayrılma akçesi, borçlar hukuku karakterli bir talep hakkı bahşetmektedir⁸⁸. Bu durumda, talep hakkı sa-

tasarrufun iptali davası gibi bir diğer kısmında ise, hukuki sonucun doğması için mutlaka bir mahkeme kararına gerek yoktur (Kuru (n 83) s. 209-210).

⁸⁵ Bu görüş Sn. Yaşar Can Göksoy tarafından 12.04.2019 tarihli Ticaret Hukuku Sempozyumu-Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih isimli sempozyumda “Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi” ismiyle sunulan tebliğ kapsamında dile getirilmiştir.

⁸⁶ Bulur A and Koçyiğit İ (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı), Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk <http://www.adb.adalet.gov.tr> Erişim Tarihi: 06.05.2019), s. 69 ve s. 138.

⁸⁷ İstisnai bir örnek olarak bkz: Kendigelen (n 40) s. 399’da yer alan İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 1994/941 E. sayılı dosyası; Bir görüşe göre ise, ayrılma akçesi talep edilmese de çıkma veya çıkarılmanın mahkeme kararı ile kesinleşmesiyle birlikte ayrılma akçesine hak kazanılır (Topaloğlu ve Özer (n 44) s. 5.)

⁸⁸ Cencki (n 29) s. 12; Sanwald (n 56) s. 47 (Cencki, s. 12’den naklen); Sandro Germann, Die personalistische AG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen (1st, Dike Verlag Zürich SSHW Band 2015) N. 2186,2188 (Cencki, s. 12’den naklen).

hibi bu hak üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir⁸⁹. Nitekim çıkan ortağın payına karşılık gelen ayrılma akçesinin miktarının taraflarca belirlenmesine de bir engel yoktur⁹⁰. Bunun yanında, çıkma talebine neden olan olaylar çoğunlukla ortaklar arasındaki iletişimsizlik ve yanlış anlaşılmalardan meydana gelmektedir. Arabuluculuk sürecinde ehil bir arabulucunun sağlıklı bir tartışma ortamı sağlayarak ortakların arasındaki anlaşmazlıkların çözümüne zemin hazırlaması mümkündür. Bunun sonucunda çıkma talep eden ortak çıkma talebinden vazgeçebileceği gibi, şirketi temsil eden kişilerin çıkma talep eden ortağın taleplerini dava yoluna gitmeden karşılamaya karar vermesi de mümkündür. Böyle bir çözüm hem maliyet açısından hem de zaman açısından her iki taraf için de oldukça faydalı olacaktır. Öyle ki, bir çıkma davasının ortalama iki yıl sürdüğü göz önüne alındığında bu süreçte şirket faaliyetlerinin sürünce mede kalması da ihtimal dahilindedir. Ayrıca çıkma talep eden ortağın alacağına (ayrılma akçesine) ulaşması da zaman alacaktır. Belirtilen sebeplerle, çıkma davası öncesinde arabuluculuk sürecinin efektif kullanılması her iki taraf için olumlu sonuçlar doğuracaktır.

c. Usule İlişkin Özellikler

Haklı sebep dava yoluyla ileri sürüldüğü takdirde ticari dava olması sebebiyle görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi ve yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Dava basit yargılama usulüne tabidir⁹¹. Davacı sıfatı, çıkmak isteyen ortağa, davalı sıfatı ise şirkete aittir. Ancak Yargıtay, çıkmak isteyen ortağın şirketteki diğer tüm ortaklara yönelttiği haklı sebeple çıkma davasının husumet yokluğu nedeniyle reddedilmemesi gerektiğine hükmetmiştir⁹². Buna karşın, husumetin hem şirkete hem de şirketin diğer ortaklarından bir veya birkaçına yöneltilmesi isabetli değildir. Yalnızca şirkete yöneltilmesi gerekli ve yeterlidir⁹³.

⁸⁹ Öğretide ayrılma akçesinin tahsili talepli davaların objektif ve subjektif olarak tahkime elverişli olduğu da kabul edilmektedir: Yıldız, Özbay ve Özbek (n 49) s. 460.

⁹⁰ Topaloğlu ve Özer (n 44) s. 9.

⁹¹ Baştuğ (n 2) s. 43.

⁹² Yargıtay 11.HD, 3921/11038, T.01.11.2010; Yargıtay 11. HD, 1685/4592, T. 20.09.2017.

⁹³ Yargıtay 11. HD, 3722/6187, T. 7.10.2019.

İspat yükü çıkmak isteyen ortaktır⁹⁴. Haklı sebebin nispi bir nitelik taşıması sebebiyle kesin ispatın zorunlu olmadığı ileri sürülmüş ise de⁹⁵, Yargıtay güncel bir kararında haklı sebebin nesnel ve objektif bir hal teşkil ettiğini belirtmektedir⁹⁶.

Çıkma talep eden ortağın önce çıkma ve fakat bu mümkün değilse fesih şeklinde terditli talepte bulunabileceği de Yargıtayca kabul edilmektedir⁹⁷. Bu durumda çıkmak isteyen ortağın terditli taleplerinden ilki olan çıkma talebi TTK 638/2 hükmüne, ikincisi olan fesih talebi ise TTK 636/3 hükmüne dayanmaktadır. Nihayet, çıkmak isteyen ortak terditli talepte bulunmak yerine doğrudan şirketin feshini talep etmesi halinde

⁹⁴ Taşdelen (n 3) s. 47.

⁹⁵ Halit Aker, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özelikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2016) 32 (1) Batider, s. 87.

⁹⁶ Yargıtay 11. HD, 4188/6392, T. 21.11.2017.

⁹⁷ Yargıtay 11. HD, 2231/8040, T. 19.12.2018; Yargıtay 11. HD, 9182/7582, T. 23.10.1988. İlgili kararda Yargıtay tarafından isabetsiz olarak çıkarılma terimi kullanılmışsa da, karara konu talep çıkma talebidir. Öte yandan TTK 636/3 hükmünün anonim şirketlere ilişkin hükümlerdeki karşılığı olan TTK 531 hükmünde düzenlenen haklı sebeple fesih davasının terditli olarak ileri sürülüp sürülemediği, örneğin öncelikle şirketten çıkma talep edilmesi ve fakat bu kabul edilmezse şirketin feshine karar verilmesinin talep edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, haklı sebeple fesih davasında TTK 531 hükmü gereği hakim in hükmedilecek çözüme yönelik geniş takdir yetkisi olması sebebiyle terditli davanın nitelikleri ile TTK 531 hükmü bağdaşmamaktadır. (Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümü Fesih Davasının Bazı Usuli Sorunları, Ersin Çamoğlu’na Armağan (1st, Vedat Kitapçılık 2013) s. 215-216). Bununla birlikte, hükmün azınlığın korunması amacına hizmet etmesinden hareketle hakimi bağlayıcı terditli talepler ileri sürülebilmesini kabul eden bir görüş de bulunmaktadır. (Ayşe Şahin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (Fesih) (1st, Vedat Kitapçılık 2013) s. 498). Kanaatimizce her ne kadar TTK 531 hükmüne dayanan haklı sebeple fesih davasında kademeli talepler ileri sürülebilecek ise de, eğer kademeli olarak ileri sürülen taleplerin kanuni bir dayanağı yoksa, bu talepler hakim açısından hiçbir bağlayıcılığa sahip olmayacaktır. Söz gelimi, TTK 638 hükmünde düzenlenen haklı sebeple çıkma davasının anonim şirketlere ilişkin hükümlerde bir karşılığı olmadığından, öncelikle anonim şirketten çıkma, ancak bu kabul edilmezse anonim şirketin TTK 531 hükmüne dayanarak feshine karar verilmesi talepli bir davada asli talep olan çıkma talebinin kanuni bir dayanağı bulunmadığı için bu talep ancak hakime alternatif çözümlere ilişkin bir yol gösterici olabilecektir. Aksinin kabulü, kanun koyucu tarafından düzenlenmeyen bir hakkın (anonim şirkette haklı sebeple çıkma hakkı) terditli dava adı altında hukuk sistemine girmesine sebep olacaktır.

dahi TTK 636/3 hükmü gereği mahkemece şirketin feshi yerine ortağın çıkmasına karar verilmesi mümkündür⁹⁸. Bu durumda mahkemece talep sonucundan başka bir şeye hükmedilmesi suretiyle taleple bağlılık ilkesinin (HMK 26. madde) ihlal edildiği de ileri sürülemeyecektir. Zira söz konusu uygulama Yargıtay tarafından da kabul edilen⁹⁹ *in toto et pars continetur* (çoğun içinde az da vardır) ilkesine dayanmaktadır. Bu durumda taleple bağlılık ilkesi uygulanmaz¹⁰⁰.

d. İhtiyati Tedbir

TTK 638/2 uyarınca haklı sebeple çıkma davasında istem üzerine dava süresince geçerli olmak üzere ihtiyati tedbire karar verilebilir. Hükümde davanın hangi tarafının istemde bulunabileceği açıkça ifade edilmese de, davacı ortağın hak ve borçlarının dondurulmasının şirket tarafından, davacı ortağın durumunun teminat altına alınması ise davacı ortak tarafından talep edilebileceği anlaşılmaktadır¹⁰¹. Mahkemece verilebilecek tedbir kararları konusunda ise hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Hakim somut olaya uygun gördüğü şekilde tedbir ihdas edebilir. Yargıtay ise, verilecek ihtiyati tedbir kararının şirketin zarara uğramasına yol açmaması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁰².

4. Haklı Sebeple Çıkmanın Sonuçları

Mahkemenin kararı inşai nitelikte olmakla birlikte çıkmanın hangi andan itibaren sonuçlarını doğuracağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çıkmanın sonuçları haklı sebeple çıkma davasının şekli anlamda kesinleşmesi ile ortaya çıkar¹⁰³. Diğer bir görüşe göre ise, inşai bir karar olması sebebiyle hüküm verildiği anda çıkma gerçekleşir¹⁰⁴. Yargıtay bir

⁹⁸ Ankara BAM, 21. HD, 1090/104, T. 01.02.2018.

⁹⁹ Yargıtay 15. HD, 191/5255, T. 19.12.2019; Yargıtay 16. HD, 17437/7812, T. 27.11.2019; YHGK.,3-965/1158, T. 12.11.2019; Yargıtay 1. HD, 4202/5775, T. 11.11.2019.

¹⁰⁰ YHGK., 2-1894/918, T. 19.09.2019.

¹⁰¹ Yıldız'a göre hakların dondurulması şirket tarafından borçların dondurulması ise ortak tarafından talep edilebilmelidir: Yıldız (n 21) s. 157.

¹⁰² İstanbul BAM, 12. HD, 596/876, T. 05.07.2018.

¹⁰³ Taşdelen (n 3) s. 190.

¹⁰⁴ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 492.

kararında ortaklık sıfatının hükmün kesinleştiği tarihte sona ereceğini¹⁰⁵, daha ileri tarihli bir kararında ise hükmün verildiği tarihten itibaren çıkmanın sonuçlarını doğuracağını ifade etmiştir¹⁰⁶. Ancak bozucu yenilik doğuran bir karar olması sebebiyle ileriye etkili sonuç doğuracağı şüphesizdir¹⁰⁷.

Çıkma kararı sonucunda çıkan ortağın hak ve yükümlülükleri sona erer. Önemle belirtelim ki, çıkma kararı ile birlikte çıkan ortağın pay sahibi sıfatı sona ermekte, payları ortadan kalkmamaktadır. Yalnızca çıkan ortağın bu paylar üzerindeki hakları sona ermekte ve karşılığını ayrılma akçesinde bulmaktadır. Çıkan ortağın payları ancak TTK 642/1(c) hükmü uyarınca sermayenin azaltması vasıtasıyla ortadan kalabilmektedir¹⁰⁸. Ortağın payları, TTK 641/1 hükmünde düzenlenen üç olasılıktan biri gerçekleşene kadar sahihsizdir¹⁰⁹. Bunun yanında çıkma kararı ileriye etkili sonuç doğurduğundan ortağın çıkmadan önce muaccel olmuş hakları çıkmadan etkilenmez.

Kural olarak ortağın çıkmasıyla ortaklık sıfatına bağlı yükümlülükler sona erse de bunun istisnaları bulunmaktadır. Öncelikle, çıkan ortağın sır saklama yükümlülüğü dürüstlük kuralı gereği devam edecektir¹¹⁰. Bunun yanında, TTK 604 uyarınca çıkmanın ardından iki yıl içinde şirketin iflas etmesi halinde çıkan ortakta ek ödeme yükümlülüğünü ifa etmesi talep edilebilir. Nihayet yükümlülüklerin sona ermesi de ileriye etkili sonuç doğurduğundan ortaklık sıfatının devam ettiği süreçte doğan kamu borçlarından sorumluluk devam edecektir.

Ek olarak, çıkan ortağın sona eren hak ve yükümlülükleri pay sahipliği sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleridir. Eğer çıkan ortak aynı zamanda müdür ise, müdürlük sıfatından kaynaklanan hak ve yükümlülükler çıkma kararından etkilenmez.

Çıkmanın en önemli sonucu ise ortağın ayrılma akçesini talep edebilmesidir. Ayrılma akçesi esas sözleşmede düzenlenen bir sebebe dayanarak çıkma hali ile haklı sebeple çıkma hali arasında farklı sonuçlar

¹⁰⁵ Taşdelen (n 3) s. 197'den Yargıtay 11. HD, 374/758, T. 08.02.1968.

¹⁰⁶ Yargıtay 11. HD, 492/5870, T. 03.06.2003.

¹⁰⁷ Taşdelen (n 3) s. 47.

¹⁰⁸ Yıldırım (n 56) s. 285.

¹⁰⁹ Cenkeci (n 29) s. 11; Baştuğ (n 2) s. 92.

¹¹⁰ Baştuğ (n 2) s. 76.

doğurmaz. Zira ayrılma akçesi, çıkma sebebinden bağımsız olarak çıkan ortağın şirketteki sermaye payının yani mülkiyet hakkının karşılığıdır.

C. ORTAKLAR KURULU KARARIYLA ÇIKMA

1. Doktrindeki Tartışmalar ve Uygulamadaki Durum

Limited şirkette çıkmanın yalnızca esas sözleşmeye eklenecek bir hüküm ile veya haklı sebeplerin varlığı halinde mümkün olduğu görüşü¹¹¹ karşısında tüm ortakların muvafakıyla ortaklıktan çıkmanın mümkün olduğu görüşü¹¹² de ileri sürülmüştür. Tüm ortakların olumlu yöndeki oylarıyla alınan genel kurul kararıyla çıkmaya öğretide çekişmesiz çıkma da denilmektedir¹¹³.

Öğretide baskın olan görüşe göre, esas sözleşmede çıkma hakkı tanınmış olsa dahi orada öngörülen sebepler dışındaki bir sebep ileri sürerek hatta herhangi bir sebep ileri sürmeksizin ortakların oybirliği ile alacağı genel kurul kararıyla çıkma mümkündür¹¹⁴. Yargıtay da bir kararında haklı nedenlerin oluşması halinde diğer ortakların çıkma yönündeki iradeye uymaması halinde mahkemeden çıkma talep edilebileceğini ifade etmiştir¹¹⁵. Açıkça ifade edilmemiş olsa da, kararda geçen ortakların iradeye uymaması halinde ifadesinin mefhumu muhalifinden ortakların iradesiyle çıkmanın gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır. Şüphesiz tüm ortakların iradesinin yansıdığı organ şirket genel kuruludur.

2. Görüşümüz ve De Lege Ferenda

Kanaatimizce de, ortağın genel kurul kararıyla ortaklıktan çıkması mümkündür. Bunun hukuki temeli ise, irade muhtariyetine dayanmaktadır¹¹⁶. Öyle ki, tüm ortakların aynı yöndeki kararına rağmen çıkmanın mümkün olmadığını savunmak pratik gerekçelerle de isabetli değildir. Esas sözleşmede çıkmaya ilişkin bir hüküm yer almasa veya yer alan hükümlerin şartları gerçekleşmemiş olsa dahi, ortakların bir esas söz-

¹¹¹ ibid, s. 29.

¹¹² Engin Erdil, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma (İstanbul 2010) s. 41; Taşdelen (n 3) s. 190; Kaya (Çıkma) (n 20) s. 215; Yıldız (n 21) s. 154.

¹¹³ Kaya (Çıkma) (n 20) s. 215, 67. dn.

¹¹⁴ Çelebi (n 18) s. 28.

¹¹⁵ Yargıtay 11. HD, 7132/9218, T. 22.11.2000.

¹¹⁶ Kaya (Çıkma) (n 20) s. 216.

leşme değişikliği ile çıkma hakkını tanınması mümkündür. Böyle bir değişiklik ise zaman ve maliyet açısından şirket üzerinde bir yük oluşturur. Üstelik bu durum, şirketi kanunu dolanmaya teşvik eder. Dolayısıyla emredici hükümlere aykırı olmayan bu kararın geçerliliği kabul edilmelidir.

İKİNCİ BÖLÜM ÇIKMAYA KATILMA

I. GENEL OLARAK

A. ÇIKMAYA KATILMA HAKKININ NİTELİĞİ

Çıkmaya katılma kavramı İsviçre hukukunun etkisiyle Türk hukukuna dahil edilmiş bir kavram olup ETTK'da yer almamaktaydı. TTK 639'da düzenlenen çıkmaya katılma kavramı, çıkma davasına katılma ve esas sözleşmede düzenlenen çıkma hakkına dayanan çıkmaya katılmayı kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılabilirdiği gibi, yalnızca esas sözleşmede düzenlenen çıkma hakkına dayanan çıkmaya katılmayı ifade edecek şekilde dar anlamda da kullanılabilir¹¹⁷. Zira TTK 639'a göre esas sözleşmedeki bir hükme dayanarak şirketten çıkmak istediği takdirde veya haklı sebeplerden dolayı çıkma davası açtığı takdirde diğer ortaklar TTK 639'da tanınan hakka dayanarak çıkmaya katılmayı talep edebilirler.

Çıkmaya katılma hakkı aşağıda açıklanacağı üzere süreye bağlı ve ikincil bir haktır¹¹⁸⁻¹¹⁹. Yenilik doğuran ve kurucu etkiyi haiz bir haktır, kullanıldığı takdirde kabule veya onaya ihtiyaç bulunmaz¹²⁰.

¹¹⁷ Mevcut çalışmada aksi belirtilmedikçe çıkmaya katılma kavramı geniş anlamda kullanılacaktır.

¹¹⁸ Tarhan (n 9) s. 185.

¹¹⁹ Çıkmaya katılma bu haliyle, "tag along" olarak bilinen ve uygulamada yaygın olarak kullanılan birlikte satma hakkını çağrıştırmaktadır. Birlikte satma hakkının esas amacı şirket paylarının üçüncü kişiye iyi bir değer karşılığında satılması olmakla çıkmaya katılma hakkından ayrılmaktadır.

¹²⁰ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 492; Fevzi Fırat Gözüyeşil, 'Limited Şirketlerde Çıkmaya Katılma' (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013) Cilt XVII (Sayı 1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 667; Bilgili ve Demirkapı (n 77) s. 769.

B.ÇIKMAYA KATILMA DAVASININ NİTELİĞİ

Çıkmaya katılma davasının hukuki niteliği tartışmalıdır. Kanunda çıkmaya katılma davasının usul hukuku açısından nitelendirilmemiş olması birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Öyle ki, usul hukukunda bir davaya katılma asli müdahale (HMK 65) veya ferî müdahale (HMK 66) hallerinde mümkündür. Ancak asli müdahalede açılan dava, dava konusunda hak iddia edilmesi sebebiyle asıl davanın taraflarına karşı açılırken ferî müdahale davanın bir tarafının davayı kazanmasında hukuki yararı olan kişinin davaya katılmasından ibarettir. Çıkmaya katılma davası çıkmak isteyen diğer bir ortağın şirkete karşı açtığı bir dava olması sebebiyle ne asli müdahale ne de ferî müdahale olarak nitelendirilebilir¹²¹.

Diğer taraftan çıkma davasının davacısı ile çıkmaya katılma davasının davacısı arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğu da ileri sürülemez. Zira asıl çıkma davası ile çıkmaya katılma davası açısından farklı kararlar verilebilir. Bu kişiler arasında birbirinden bağımsız olması sebebiyle ancak ihtiyari dava arkadaşlığı kabul edilebilir¹²².

Çıkmaya katılma davası kanundan doğan özel bir dava türüdür¹²³. Kanaatimizce çıkma davası ile çıkmaya katılma davası ayrı ayrı açıldıktan sonra birleştirilir. Birleştirilen davada da her bir ortağın çıkma talebi ayrı bir dava niteliğini korur. Bu sebeple, bir talebin reddedilmesi diğer talebin reddedilmesi sonucunu doğurmaz. Çıkmaya katılma kurumunun ihdas edilmesinin amacının çıkmak isteyen ortakların ayrılma akçesinden sermayeleri oranında eşit olarak faydalanması olduğu düşünüldüğünde davaların birlikte görülmesi gerekir. Bu halde, her iki (veya daha fazla) dava hakkında aynı zamanda karar verilecek ve ortaklar kullanılabilir özkaynaklardan esas sermaye oranında ayrılma akçesi elde edebileceklerdir.

Çıkmaya katılma hakkının tüm ortaklara eşit olarak tanınması sebebiyle bir ortağın çıkma iradesi göstermesi halinde diğer tüm ortakların çıkmaya katılması mümkündür. Bu durumda hakim görüş, çıkmaya katılma davasına tüm ortakların katılması halinde artık bir fesih davasından

¹²¹ Gözüyeşil (n 120) s. 675 vd.

¹²² Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 184.

¹²³ Aker (n 95) s. 95.

söz edileceğine işaret etmektedir¹²⁴. Diğer bir görüş ise, bu durumda çıkma davasının konusuz kalması sebebiyle reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁵. Ancak çıkma davasına katılan ortaklar yönünden çıkmaya katılma ve çıkma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrı ayrı değerlendirilecek olup ortaklardan bazılarının çıkmasına karar verilip bazılarının çıkma talebi reddedilebilir. Bu durumda tek bir ortağın dahi çıkma talebi reddedildiğinde şirketin feshi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla tüm ortakların çıkmayı talep etmesi tüm ortakların çıkabileceği anlamına gelmez. Çıkmaya ve çıkmaya katılma talepleri ayrı ayrı incelenmeli, tüm ortaklar açısından şartlar oluştuysa artık şirketin feshine karar verilebilmelidir.

C. ÇIKMAYA KATILMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Çıkmaya katılmaya ilişkin TTK 639 hükmü TTK 579 hükmü gereği emredici niteliktedir¹²⁶. Dolayısıyla hakkın kullanılmasını imkânsız hale getiren esas sözleşme hükümleri emredici hükme aykırılık gerekçeyle batıl olacaktır (TBK 27). Ancak dar anlamda çıkmaya katılma hakkının sınırlanması ile çıkma davasına katılma hakkının sınırlanması açısından bir ayrıma gidilmesi gerekir. Öyle ki, esas sözleşmede düzenlenen çıkma hakkı şartlara bağlanıp sınırlandırılıyorken, hatta TTK 577/1(k) gereği hiç düzenlenmeyebiliyorken, dar anlamda çıkmaya katılma hakkının mutlak olarak sınırlandırılmayacağını iddia etmek çıkmaya katılma hakkının ikincil niteliği ile bağdaşmaz. Dolayısıyla, dar anlamda çıkmaya katılma hakkının sınırlarını esas sözleşmede düzenlenen çıkma hakkının sınırları oluşturur¹²⁷. Haklı sebeple çıkma davasına katılma hakkı ise haklı sebeple çıkma hakkının sınırlandırılmaması sebebiyle sınırlandırılmayacaktır.

TTK 639/4 gereğince çıkmaya katılma, esas sözleşmeye dayanarak ya da haklı sebeple çıkarılmanın varlığı halinde uygulanamaz.

¹²⁴ Aker (n 95) s. 94; Ünal Tekinalp, ‘Çıkmaya Katılma (Çıkmaya Katılma)’ (Arslanlı Bilim Arşivi) <www.arslanlibilimarsivi.com> s. 1; Gözüyeşil (n 120) s. 671.

¹²⁵ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 184.

¹²⁶ ibid, s. 185.

¹²⁷ Gözüyeşil (n 120) s. 667.

II. ÇIKMAYA KATILMANIN RATIO LEGISI

Çıkmaya katılma görece yeni bir kurum olması sebebiyle varlık amacı tartışılmakta olan bir kurumdur. Bunun sebebi, çıkma hakkı esas sözleşmede düzenlenen çıkma sebeplerinin veya haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde ortağın çıkma hakkını diğer ortaklardan bağımsız olarak da kullanabilmesini engelleyen herhangi bir hükmün bulunmamasıdır. Gerçekten de, bir ortağın çıkmak istemesi üzerine aşağıda değineceğimiz çıkmaya katılma şartları olduğu takdirde ortağın mevcut çıkmaya katılmasında bir zorunluluk yoktur. Kanun koyucu ise, hükmün gerekçesinde hükmün eşit işlem ilkesine dayandığını, çıkma davasının tek bir ortak için karara bağlanmasının diğer ortaklar için olumsuz sonuçlar doğurabileceğini, çıkmaya katılma hakkının tanınmasının menfaatler dengesine ve usul ekonomisine daha uygun olduğunu ifade etmiştir¹²⁸.

A. EŞİT İŞLEM İLKESİ AÇISINDAN

Hükmün gerekçesi gibi, TTK 639/3'te de ortakların esas sermaye payları ile orantılı olarak eşit işleme tabi tutulacağı düzenlenmiştir. Ortakların eşit işleme tabi tutulacağını belirten TTK 627 hükmü karşısında ayrıca TTK 639/3'te bunun ifade edilmesinin çıkmaya katılma kurumunun ihdas edilme amacına işaret ettiği kanaatindeyiz.

Esasen çıkmaya katılma ile, ortaklar arasında çıkmak isteyen ilk ortağın şirketin kullanılabilir malvarlığından ayrılma akçesini elde etmesi oldukça kolay olacakken, kullanılabilir özkaynakların tükenmesi halinde çıkmak isteyen diğer ortakların ayrılma akçesini elde etmesi payın devredilmesiyle ya da sermaye azaltımına gidilmesiyle gerçekleşecektir. Bu ise, kullanılabilir özkaynaklardan elde etmeye göre oldukça zahmetlidir. Çıkmaya katılma ile, şirketten çıkmak isteyen ilk kişinin avantaj elde etmesinin engellenmesi amaçlanmıştır¹²⁹.

Çıkmaya katılma sayesinde bir ortak haklı sebeple çıkmak için dava açtığında diğer ortak(lar) çıkmaya katılarak aynı zamanda çıkma kararı alabilecek ve kullanılabilir özkaynaklardan esas sermaye payı oranında eşit olarak faydalanacaklardır¹³⁰. Üstelik bu durum, TTK 639/3 hükmünün emredici niteliği sebebiyle bertaraf edilemeyecektir¹³¹.

¹²⁸ Bkz. TTK 639 Gerekçesi.

¹²⁹ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 183.

¹³⁰ Aynı doğrultuda bkz: Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 493.

¹³¹ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 188.

B. USUL EKONOMİSİ AÇISINDAN

Hükmün gerekçesinde çıkmaya katılmanın dava ekonomisine uygun olduğu ifade edilmiş, öğretide de çıkma davasına diğer bir ortağın katılmasıyla uyuşmazlığın daha hızlı çözüleceğine dair görüşler ileri sürülmüştür¹³². Ancak bu durum, çıkmak isteyen ortak ile çıkmaya katılmak isteyen ortağın farklı haklı sebeplere dayanması halinde tam aksine dava süresini uzatmakla sonuçlanacaktır. Zira hakim haklı sebebin varlığını her bir ortak için ayrı ayrı değerlendirecek, bu durum yargılama prosedürünü uzatacaktır. Haklı sebepler objektif olabileceği gibi subjektif de olabileceği için, ortakların aynı haklı sebebe dayandığı durumda dahi her ortak için ayrı bir değerlendirme yapılacağından süreç yine uzamış olacaktır.

Açıklanan sebeplerle çıkmaya katılma davasının usul ekonomisi ilkesi açısından ortaklara bir avantaj sağlamadığı kanaatindeyiz. Usul ekonomisinin yalnızca, çıkma davası ile çıkmaya katılma davasının birleştirilmesi suretiyle hukuk sistemi açısından birtakım faydalarının olacağı ileri sürülebilir.

III. ÇIKMAYA KATILMA HAKKININ KULLANILMASININ ŞARTLARI

A. HAKLI SEBEBİN KENDİSİ YÖNÜNDE DE GEÇERLİ OLMASI

TTK 639/2 hükmünde ortağın esas sözleşmede düzenlenen haklı sebeplerin kendisi yönünden de geçerli olması ya da haklı sebeple çıkma talebiyle açılan bir davaya haklı sebep dolayısıyla katılma imkânı düzenlenmiş, hükmün gerekçesinde bu durum çıkma davasının davacısı ile kendisini aynı konumda görmek olarak ifade edilmiştir.

Her ne kadar hükümde esas sözleşmede görülen haklı sebepler ifadesi kullanılmış ise de, buradaki haklı sebep teknik anlamdaki haklı sebep yerine geçecek şekilde kullanılmamıştır¹³³. Yukarıda değindiğimiz gibi sözleşme serbestisinin sınırları içerisinde esas sözleşmede çıkma hakkı şirketin dilediği şekilde öngörülebilir. Kaldı ki, esas sözleşmede yalnızca haklı sebeplerin çıkma sebebi olarak görülebileceği kabul edilirse, TTK 638/2 hükmünün varlığı anlamsızlaşır. Ayrıca, hükmün ama-

¹³² Gözüyeşil (n 120) s. 666.

¹³³ Aker (n 95) s. 93.

cının ortakların çıkma hakkının sonuçlarından eşit olarak faydalanması olduğu göz önüne alındığında, çıkmaya katılmayı haklı sebeple sınırlamak da mümkün değildir¹³⁴.

Diğer taraftan, çıkmaya katılma halinde ilk çıkma talebinde bulunan ortağın dayandığı sebebe dayanmak gerekip gerekmediği konusunda kanun koyucu sessiz kalmış, bu husus öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Konunun henüz Yargıtay'ın önüne geldiğine rastlamamış olsak da, öğretilerde ağırlıklı görüş aynı sebebe dayanılmasının zorunlu olmadığıdır¹³⁵.

B.ÇIKMAYA KATILMA İRADESİNİN BİLDİRİLMESİ

1. İradenin Bildirilmesinde Süre

Esas sözleşmeye dayanarak çıkma hakkının kullanıldığıнын ya da haklı sebeple çıkma davasının ikame edildiğinin öğrenilmesinden itibaren bir ay içerisinde çıkmaya katılma iradesinin bildirilmesi gerekir. TEKİNALP'e göre hak düşürücü sürenin başlaması müdürler tarafından bildirim yapılmış olmasına bağlı olmakla birlikte, kanun koyucunun "haber kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay" ifadesi karşısında ortağın çıkma bildirimini ya da çıkma davasını öğrenmesinin bir aylık sürenin başlaması için yeterli olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu bir aylık süre hak düşürücü nitelikte olmakla birlikte¹³⁶, bu sürenin kaçırılması ortağın TTK 638/1-2 hükümlerine göre çıkma hakkını ortadan kaldırmaz.

2. Müdürlerin Bildirim Yükümlülüğü

Çıkmaya katılma iradesinin bildirilmesi için öncelikle çıkmaya katılmak isteyen ortağın çıkmadan haberdar olması gerekir. Kanun koyucu bu yükümlülüğü müdür(ler)e yüklemiştir. Müdür ya da müdürlerin bildirimini hangi sürede yapması gerektiği ifade edilmemiş, gecikmeksizin yapılması öngörülmüştür. Bu halde bildirim yapılmasında dürüstlük kuralı gözetilmelidir.

Bildirim yapılması bir şekilde bağlı değildir. Ancak çıkmaya katılmak isteyen ortak için hak düşürücü sürenin başlangıcı olması itibariy-

¹³⁴ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 185.

¹³⁵ Bilgili ve Demirkapı (n 77) s. 769; Tekinalp, Çıkmaya Katılma (n 124) s. 5; Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 186.

¹³⁶ Tekinalp (Çıkmaya Katılma) (n 124) s. 6; Bilgili ve Demirkapı (n 77) s. 768.

le yazılı yapılmasında fayda olduğu ifade edilmektedir¹³⁷. Kayıtlı elektronik posta yoluyla bildirim yapılması da mümkündür¹³⁸. Ayrıca, bildirim yalnızca çıkmayı değil çıkma sebeplerini de içermesi gerektiği isabetli olarak ifade edilmekle birlikte¹³⁹, gerekçenin bildirilmemesi emredici bir hükme aykırılık mevcut olmaması sebebiyle bildirim geçersiz kılmamalıdır.

a. Bildirim Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesinin Sonuçları

aa. Müdürler Açısından Sonuçlar

Çıkma hakkının kullanıldığı veya haklı sebeple çıkma davasının açıldığından müdürler tarafından diğer ortaklara bildirilmesi müdürlerin TTK 639/1 maddesi gereği kanundan doğan bir yükümlülüğü olması sebebiyle yerine getirilmemesi halinde müdürlerin sorumluluğu doğacaktır¹⁴⁰.

bb. Çıkmaya Katılma İşlemi Açısından Sonuçları

Çıkmanın bildirilmemesinin ortakların çıkmayı başka bir şekilde öğrenmesi halinde çıkmaya katılmaya bir etkisi olmamalı, yalnızca müdürlerin sorumluluğuna gidilmelidir. Ancak bildirim yapılmaması sebebiyle diğer ortakların çıkmaya katılma hakkını kullanamamasının sonuçları tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, müdürler tarafından diğer ortaklara bildirilmeden çıkma prosedürünün tamamlanması halinde söz konusu çıkma işlemi TBK 27. madde gereğince emredici hükümlere aykırılık sebebiyle batıldır¹⁴¹. Zira müdürler tarafından diğer ortaklara bildirim yapılmasını ön gören TTK 639. madde emredici niteliğini haizdir. Aynı doğrultuda, haklı sebeple çıkma davasının diğer ortaklara bildirilmeden kesinleşmesi

¹³⁷ Tekinalp (Çıkmaya Katılma) (n 124) s. 4; Bilgili ve Demirkapı (n 77) s. 768.

¹³⁸ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 184.

¹³⁹ Gözüyeşil (n 120) s. 669; Markus Pfenniger, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgebers: Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf) (2nd, Zürich 2009) 1858 (Gözüyeşil (n 120) s. 669'dan naklen).

¹⁴⁰ Tekinalp (Çıkmaya Katılma) (n 124) s. 6; Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 183.

¹⁴¹ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 493.

halinin de çıkma kararı açısından bozma sebebi olduğu ifade edilmiştir¹⁴².

Diğer görüşe göre ise, çıkma işleminin kesin hükümsüz olduğunun kabul edilmesi halinde bu durum çıkan ortağın statüsünde uzun süre belirsizlik yaratacaktır. Bu sebeple batıl olan hukuki işlem çıkmaya katılmayı talep eden ortağa karşı yapılan işlemdir. Bu durumda çıkmış olan ortağın statüsünde bir değişiklik olmayacaktır¹⁴³.

Kanaatimizce çıkma kararının batıl olması ortaklık sıfatında belirsizlik yaratacak ise de, emredici kanun hükmüne aykırılığı meşrulaştırılmaz. Aynı şekilde çıkma davasının diğer ortaklar bildirilmeden hükme bağlanmış olması Yargıtay nezdinde HMK'nın 371/1(a) hükmü uyarınca hukukun yanlış uygulanması gerekçesine dayanarak bozma sebebi olarak kabul edilmelidir. Ne var ki, bildirim yapılmaksızın verilen bir çıkma kararının kesinleşmesi halinde, HMK 375 hükmündeki yargılamanın iadesi sebeplerinden biri gerçekleşmemişse yargılamanın iadesi mümkün olmamalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ÇIKARILMA

I. ÇIKARILMA KAVRAMI

Çıkarılma, limited şirket ile ortak arasındaki hukuki ilişkinin ortağın iradesi hilafına sonlandırılma türlerinden biridir. Çıkma kural olarak ortağın iradesi ile gerçekleşirken çıkarılma her zaman ortağın iradesi dışında gerçekleşir.

Çıkma hakkı ortaklık ilişkisinin çekilmez hale gelmesi halinde ortağı koruma amacı taşırken, çıkarma ile şirketin devamlılığı amaçlanır¹⁴⁴. Bu yönüyle çıkma ve çıkarma birbirini tamamlar, ortak ile şirket arasındaki eşitliği sağlar¹⁴⁵. Zira genellikle ortağın ortaklıktan doğan haklarını kullanamaması çıkmaya zemin oluştururken ortaklıktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi çıkarılmaya sebep olmaktadır.

¹⁴² Tekinalp (Çıkmaya Katılma) (n 124) s. 6.

¹⁴³ Bilgili ve Demirkapı (n 77) s. 769, dn. 561.

¹⁴⁴ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 189.

¹⁴⁵ Baştuğ (n 2) s. 54.

Çıkarılma kavramı konusunda öğretilerde terim birliği bulunmamaktadır. Kurumun düzenlendiği TTK 640 ile bölüm başlığı arasındaki fark kanun koyucunun dahi kavramları isabetli kullanmadığını göstermektedir. Zira bölüm başlığında Çıkma ve Çıkarılma ifadesi kullanılmışken TTK 640'ın başlığı Çıkarma'dır.

Belirtmek gerekir ki, şirket açısından kurumu zikrederken çıkarma ifadesi kullanılmalı, ortak açısından zikrederken ise çıkarılma ifadesi kullanılmalıdır. Çıkarılma ortağın iradesi hilafına gerçekleştiğinden öğretilerde zaman zaman kullanılan çıkarılma hakkı ifadesi de yerinde bir kullanım değildir¹⁴⁶. Aynı şekilde, ortağın çıkartılması ifadesi de dil bilgisi açısından doğru bir kullanım değildir¹⁴⁷.

II. SÖZLEŞMEDE DÜZENLENEN SEBEPLERLE ÇIKARILMA

A. GENEL OLARAK

Çıkarılma açısından ETTK döneminde yalnızca haklı sebeple çıkarılma düzenlenmişti ve kanunda açıkça düzenlenmediği için ortakların esas sözleşmede çıkarılmayı düzenleyip düzenleyemeyeceği konusunda öğretilerde fikir ayrılığı bulunmaktaydı. TTK 640 ile bir ortağın şirketten çıkarılabileceği sebeplerin esas sözleşmede yer alabilmesine imkân tanımakla birlikte söz konusu tartışmalar sona ermiştir.

Hükmün gerekçesinde şirket için önemli görülen sebeplerin esas sözleşmede belirtilerek şirkete şahsında bu sebepler gerçekleşen ortağı çıkararak şirkette istediği ortamı yaratma imkânı tanındığı gibi ortağın da çıkarılma sebeplerini bilerek buna göre hareket etmesi, dolayısıyla hukuk güvenliğinin sağlandığı belirtilmiştir¹⁴⁸.

B.SÖZLEŞMEDE DÜZENLENMESİ, ŞEKLİ VE SINIRLARI

Bir ortağın çıkarılma sebeplerinin esas sözleşmede öngörülmesi zorunlu değildir. Bu husus TTK 577/1(1) hükmünde ortağın şirketten

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz: Topaloğlu ve Özer (n 44) s. 8; Üçışık (n 2) s. 199, dn. 57; Mahkemeler tarafından isabetsiz terminoloji kullanımına örnek olarak bkz: Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 673/34, T. 09.01.2020.

¹⁴⁷ İşbu çalışmada, cümlenin öznesi ya da nesnesi şirket olduğunda çıkarma ifadesi, ortak olduğunda ise çıkarılma ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁴⁸ TTK 640 Gereği; Pulaşlı (n 27) s. 2788.

çıkarılmasına ilişkin özel sebeplerin ancak esas sözleşmede öngörülmesi halinde bağlayıcı olacağı ifadesinden hem de TTK 640. maddede yer alan “öngörülebilir” ifadesinden anlaşılmaktadır.

TTK 640 hükmünün lafzından çıkarılan bir diğer sonuç ise, sebep-siz çıkarılmanın esas sözleşmede öngörülmesinin mümkün olmadığıdır.¹⁴⁹. Zira TTK 638’de çıkma hakkının tanınabileceği, bunun şartlara bağlanabileceği bilahare ifade edilmişken TTK 640’ta açıkça çıkarılma sebeplerinin esas sözleşmede düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Azınlık pay sahipleri üzerinde çıkarılmanın bir tehdit unsuru olarak kullanılmasını engellemesi açısından böyle bir düzenlemenin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Esas sözleşmede öngörülen çıkarılma sebeplerinin teknik anlamda haklı sebep olması lüzumlu değildir.¹⁵⁰. Nitekim esas sözleşmede bu sebeplere yer verilerek şirket açısından bir önem arz ettiği vurgulanmış olmaktadır¹⁵¹. Öngörülen sebeplerin genel hukuk kaidelerine göre geçerli olması yeterlidir¹⁵².

Çıkarılma sebepleri şirketin kuruluş aşamasında esas sözleşmede düzenlenebileceği gibi, sonradan da esas sözleşmeye eklenebilir. Ancak kanun koyucu TTK 621/3 hükmünde böylesi bir esas sözleşme değişikliğinin sermayeyi temsil eden tüm ortakların oybirliği ile gerçekleştirilebileceğini düzenlemiştir.

C. GENEL KURUL KARARI

Esas sözleşmede bir çıkarılma sebebi düzenlenmesi halinde, bu sebeplerin bir ortağın şahsında gerçekleştiğine ancak genel kurul karar verebilir¹⁵³. TTK 616/2(f) dolayısıyla genel kurul bu yetkisini müdür(ler) dahil başka bir kişiye veya organa devredemez¹⁵⁴.

Genel kurulca alınan çıkarılma kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır¹⁵⁵. Bu sebeple ortak, genel kurul kararının alınması ile birlikte

¹⁴⁹ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 191; Taşdelen (n 11) s. 216.

¹⁵⁰ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 494.

¹⁵¹ Pulaşlı (n 27) s. 2789.

¹⁵² Öztürk Dirikkan (n 13) s. 50.

¹⁵³ Pulaşlı (n 27) s. 2792.

¹⁵⁴ Şahin (Çıkma ve Çıkarılma) (n 4) s. 192; Aker (n 44) s. 96.

¹⁵⁵ Ersin Çamoğlu, ‘Limited Ortaklıktan Çıkarılma (Çıkarılma)’ (2014) XXX (3) Batıder, s. 8; Taşdelen (n 3) s. 207.

ortaklıktan çıkarılmış olur¹⁵⁶. Bir ortağın çıkarılması şirket açısından önemli sonuçlar doğurması sebebiyle TTK 621/1(f) hükmü ile *temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu* bir ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilebilir¹⁵⁷. Hükmün nispi emredici niteliği gereği nisapların azaltılması mümkün değilse de¹⁵⁸, artırılması mümkündür.

Çıkarılacak ortak da çıkarma kararında oy kullanma hakkına sahiptir¹⁵⁹. Limited şirketin kendi paylarını iktisap ederek oy hakkına sahip olması halinde ortak sıfatıyla çıkarma kararında oy kullanması mümkün değildir¹⁶⁰.

D. İPTAL DAVASI

Genel kurulun çıkarma kararına karşı ortak, kararın kendisine noter aracılığıyla tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. Üç aylık süre hak düşürücü niteliği haizdir¹⁶¹. İptal davası açabilmek için karara olumsuz oy vermiş olmak ve keyfiyeti şerh düşmüş olmak gerekmez¹⁶².

Çıkarılan ortak bu davada genel kurulun usulüne uygun toplanmadığını, oy hakkı olmayan kişilerin oy kullandığını ve en önemlisi esas sözleşmede öngörülen sebeplerin gerçekleşmediğini iddia ve ispat edebilir. Ancak esas sözleşmede öngörülen sebeplerin niteliğine ilişkin bir iddiada bulunamaz.

Genel kurul kararına karşı açılan iptal davası hükmü bir tespit hükmüdür. Genel kurul kararı iptal edilmez ise ortağın statüsünde hiçbir

¹⁵⁶ Çamoğlu, çıkma kararının ortağa tebliğ edildiği tarihte çıkarılmanın gerçekleşeceğini ifade etmektedir. (Bkz: Çamoğlu, Çıkarılma (n 155) s. 8.) Ancak kararın bozucu yenilik doğuran niteliği gereği tebliğ anının esas alınması mümkün değildir. Tebliğ anı yalnızca iptal davasının ikame edilmesi için öngörülen 3 aylık süre açısından önem arz eder.

¹⁵⁷ Hükmün eleştirisi için bkz: Pulaşlı (n 27) s. 2789-2890.

¹⁵⁸ Çamoğlu (Çıkarılma) (n 155) s. 7.

¹⁵⁹ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 494; Aker (n 44) s. 97.

¹⁶⁰ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 494.

¹⁶¹ Tarhan (n 9) s. 190.

¹⁶² Narçin (n 43) s. 103.

değişiklik olmaz. Kararın iptal edilmesi halinde, geriye etkili olarak çıkarma kararı ortadan kalkar¹⁶³.

III. LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ HAKLI SEBEPLE ÇIKARILMASI

A. GENEL OLARAK

Limited şirket ortağı esas sözleşmede öngörülen sebeplerle ortaklıktan çıkarılabileceği gibi, esas sözleşmede bir hüküm olmasa dahi haklı sebebin varlığı halinde TTK 640/3 hükmü gereği her zaman ortaklıktan çıkarılabilir. TTK 640/1 maddesi uyarınca esas sözleşmede ortağın çıkarılma sebepleri öngörülmüş olsa dahi, öngörülen sebeplerin dışında bir haklı sebep gerçekleşmesi halinde ortak yine haklı sebebe dayanılarak çıkarılabilir. Kanun koyucu haklı sebeple çıkarmayı şirketin devamı ve huzur içinde çalışması için gerekli görmektedir¹⁶⁴.

Şirkete tanınmış olan haklı sebeple çıkarma hakkı ortadan kaldırılamaz. DİRİKKAN'a göre haklı sebeple çıkarma hakkı önemli ölçüde sınırlanamaz ve esas sözleşmede adil olmayacak şekilde genişletilmesi de mümkün değildir¹⁶⁵.

Haklı sebeple çıkarma, şirket açısından başvurulacak son çare olmalıdır¹⁶⁶. İstenilen huzur ortamına ortağın çıkarılmasından başka bir yöntemle ulaşılabileceği mümkün ise çıkarmaya karar verilmemelidir. Böylece ortak ile şirket arasındaki menfaatler dengesi gözetilmelidir¹⁶⁷.

B. YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HAKLI SEBEP KAVRAMI

Haklı sebep kavramı yukarıda¹⁶⁸ açıklanmıştır. Bu bakımdan bu bölümde çıkarılma açısından farklılık gösteren hususlara ve Yargıtay

¹⁶³ Tekinalp, genel kurul kararının iptali davası açılması halinde çıkarma kararının bu davanın sonuçlanmasına kadar askıda olacağını ifade etmektedir. (Bkz. Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 495.).

¹⁶⁴ Bkz. TTK 640/3 Gereğesi.

¹⁶⁵ Öztürk Dirikkan (n 13) s. 48-49.

¹⁶⁶ Taşdelen (n 3) s. 223; Erdil (n 112) s. 83.

¹⁶⁷ Taşdelen (n 3) s. 223; Baştuğ (n 2) s. 57.

¹⁶⁸ Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 2.

uygulamasında çıkarılma açısından haklı sebep teşkil edebilen emsal sebeplere değinilecektir.

Haklı sebeple çıkma hem ortağın şahsından hem de ortaklar arasındaki ilişkilerden doğabilirken, çıkarılmada haklı sebep ancak ortağın şahsından doğabilir¹⁶⁹. Bu sebeple haklı sebeple çıkarılma subjektif nedenlere dayanmalıdır¹⁷⁰.

Limited şirket haklı sebebe dayanarak çıkarma hakkını kullanırken eşit işlem ilkesini gözetmelidir¹⁷¹. Aynı konumdaki iki ortaktan biri çıkarılırken diğerinin çıkarılmaması eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak bazı ortakların kişisel özellikleri limited şirket açısından önem arz ediyorsa –örneğin genel kurulun pay devrine onay verme sebebi ise– bu özelliğin kaybedilmesi haklı sebep teşkil edebilir¹⁷².

ETTK döneminde ortağın payının haczi ya da iflas etmesi, sermaye borcunun ödenmemesi gibi çıkarılma sebepleri açıkça düzenlenmişken TTK’da bu hükümler yer almamaktadır. Bu durumda kanun koyucunun iradesi, söz konusu sebeplere dayanarak ortağın çıkarılmasının istenmediği şeklinde yorumlanabilir. Ne var ki, payın haczi, ortağın iflası ya da sermaye borcunun ödenmemesi somut olayın koşulları dikkate alındığında haklı sebep teşkil ediyorsa, ortak haklı sebebe dayanılarak yine de çıkarılabilir.

Bu açıklamalar ışığında Yargıtay uygulaması incelendiğinde ortağın şirket adına yaptığı tahsilatları şirkete aktarmaması¹⁷³, ortağın şirketle aynı işkolunda faaliyet gösteren başka bir şirket kurması ve müşterileri bu şirkete aktarması¹⁷⁴, ortağın diğer ortaklara küfür ve hakarete bulunması¹⁷⁵, ortağın şirket faaliyetlerine ve ortaklar kurulu toplantısına katılmaması¹⁷⁶, ortağın şirket işlerini yürütürken haksız şahsi kazanç elde etmesi¹⁷⁷, ortağın müdürlük görevini kötüye kullanması¹⁷⁸, ortağın

¹⁶⁹ Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 496; Taşdelen (n 3) s. 223; Baştuğ (n 2) s. 55.

¹⁷⁰ Üçışık (n 2) s. 200.

¹⁷¹ Öztürk Dirikkan (n 13) s. 67.

¹⁷² ibid, s. 50.

¹⁷³ Yargıtay 11. HD, 6878/4007, T. 22.06.2017.

¹⁷⁴ Yargıtay 11. HD, 1221/2173, T. 11.03.2002.

¹⁷⁵ Yargıtay 11. HD, 3297/5291, T. 11.06.2001.

¹⁷⁶ Yargıtay 11. HD, 1530/4591, T. 20.09.2017.

¹⁷⁷ Yargıtay 11. HD, 1950/7602, T. 04.12.2018.

rekabet yasağına aykırı hareket etmesi¹⁷⁹ gibi sebeplerin ortağın şirketten çıkarılmasında haklı sebep olarak ileri sürüldüğü görülmektedir.

Bir ortağın gözaltına alınması ya da tutuklanması anayasal bir ilke olan masumiyet karinesi sebebiyle başlı başına haklı sebep teşkil etmemelidir. Ancak uzun süre tutuklu kalan ortağın şirket işleri ile ilgilenememesi gibi sebepler haklı sebep olarak kabul edilebilir.

Önemle belirtmek gerekir ki, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.11.2005 tarihli kararında, ileri sürülen haklı sebeplerin mevcudiyetinin yeterli olmadığını, aynı zamanda ortaya çıkan haklı sebepler dolayısıyla şirketin zarara uğramış olmasının da aranacağını ifade etmiştir¹⁸⁰. Haklı sebebin çıkarılmaya dayanak teşkil etmesi için aynı zamanda şirketin zarara uğramış olması şartının aranıp aranmayacağı konusunda öğretide ise görüş birliği yoktur¹⁸¹. Kanaatimizce ortağın çıkarılmasına yol açan sebepler çoğunlukla şirketin zarara uğramasına da sebep olacaktır. Ancak kanunda öngörülmeleyen bir unsur çıkarılma kavramına dahil etmek, şirket içinde ahengi sağlamayı amaçlayan bu kurumun işlevini yerine getirmesine engel olacaktır. Öyle ki, kişisel unsurların göz ardı edilemeyecek kadar önemli olduğu limited şirkette güven ilişkisi şirket bir zarara uğramasa da zedelenmiş olabilir. Söz gelimi, bir ortağın diğerine sinkaflı sözlerle hakarete bulunması halinde şirket bir zarara uğramasa da ortaklık ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiğini kabul etmek gerekebilecektir.

Limited şirket ortağının tüzel kişi olması halinde ise, tüzel kişi temsilcisinin şahsında oluşan bir sebep tüzel kişinin çıkarılmasına sebep olmamalıdır. Çıkarılmanın son çare niteliği gereği öncelikle tüzel kişi temsilcisi olan gerçek kişinin değiştirilmesi yoluna başvurulmalıdır. Ancak temsilcinin şahsında ortaya çıkan haklı sebep tüzel kişinin emir ve talimatlarından kaynaklanmışsa, bu takdirde tüzel kişinin ortaklıktan çıkarılması mümkün olmalıdır¹⁸².

¹⁷⁸ Yargıtay 11. HD, 14202/2710, T. 08.05.2017.

¹⁷⁹ Yargıtay 11. HD, 492/5870, T. 03.06.2003.

¹⁸⁰ YHGK,11-542/619, T. 16.11.2005.

¹⁸¹ Öğretide Erdil'e göre zarar şartı aranmaz (Erdil (n 112) s. 75) buna karşın Öztürk Dirikkan'a göre ise, şirketin zarar görmesi gerekir (Öztürk Dirikkan (n 13) s. 75).

¹⁸² Öztürk Dirikkan (n 13) s. 71, 172. dn.

C. ÇIKARILMA USULÜ

1. GENEL KURUL KARARI

Haklı sebebin ortaya çıktığını öğrenen limited şirket, mahkemeden haklı sebeple çıkarılma talep edilmesi amacıyla makul bir süre içinde genel kurul kararı almalıdır. TTK 616/1(h) hükmü dolayısıyla genel kurulun bu yetkisi devredilemez bir yetkidir.

Genel kurulda haklı sebeple çıkarılma talebi ile mahkemeden istemde bulunmak adına karar alınması haklı sebeple çıkarılma davasının dava şartıdır¹⁸³. Bununla birlikte yeterli çoğunluğu sağlayan ortakların açacağı haklı sebeple çıkarılma davasını genel kurul kararı/muvafakati olarak yorumlayan bir görüş de vardır¹⁸⁴.

İki kişilik bir limited şirkette menfaatlerin birbirine zıt olması sebebiyle genel kurul kararı alınamayacağı için haklı sebeple çıkarılma davası dava şartı eksikliğinden usulden reddedilecektir. Asgari ortak sayısının iki olduğu ETTK döneminde iki kişilik bir limited şirkette bir ortağın çıkarılması zaten şirketin feshine sebep olacağı için bu durum bu denli bir probleme neden olmamaktaydı. Ancak bu durum, tek ortaklı limited şirkete cevaz veren TTK döneminde çıkarılmak isteyen ortak dışındaki ortağın yalnızca nisapları sağlayamadığı için çekilmez hale gelen bir ortaklık ilişkisini sürdürmesine sebep olmaktadır. Ortaklık ilişkisini sürdüremeyen ortak uygulamada çoğunlukla şirketin feshini talep etmek zorunda kalacaktır. Bu durum ise, ülke ekonomisi, şirket çalışanlar vb. tüm hususlar açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bir görüşe göre bu durumda, çıkarılma talebiyle doğrudan mahkemeye başvurmak mümkün ise de, bu görüşün kanuni dayanağı bulunmamaktadır¹⁸⁵.

Kanaatimizce de eşit paylara sahip iki ortağın bulunduğu bir limited şirkette TTK 621/1'de yer alan nisapların sağlanması mevcut düzenlemelerle mümkün değildir. Bu durumun hakkaniyete aykırı sonuçlara

¹⁸³ Çamoğlu (Çıkarılma) (n 49) s. 10; Öztürk Dirikkan (n 13) s. 86.

¹⁸⁴ Kendigelen (n 40) s. 418; Erdil (n 112) s. 79; Yargıtay 11. HD, 1221/2173, T. 11.03.2002.

¹⁸⁵ Öztürk Dirikkan (n 13) s. 82; Yargıtay 11. HD, 24/1120, T. 08.02.2016; Yargıtay 11. HD, 4753/7190, T. 13.12.2017; Ankara BAM, 21. HD, 216/619 T. 01.06.2018. Söz konusu kararda davacı vekili öğreti ve Yargıtay tarafından eşit paya sahip iki ortaklı limited şirketlerde haklı sebeple çıkarılma davasının genel kurul kararı olmadan da alınabileceği ileri sürülmüşse de Ankara Bölge Adliye Mahkemesi bu iddiaları isabetli bulmamıştır.; İstanbul BAM, 13. HD, 2528/137 T. 05.02.2020.

sebepe olduğu ve kanunda örtülü bir boşluk olduğu haklı olarak ifade edilmektedir¹⁸⁶. Ancak açık kanun hükmü karşısında, ilgili nisabı sağlayamayacak bir ortağın başvurabileceği yegane çözüm TTK 636/3 hükmünde düzenlenen haklı sebeple fesihtir. TTK 621/1 hükmünde öngörülen nisabı sağlayabilmekle birlikte şirket tarafından genel kurul kararı alınmaksızın TTK 640 hükmü uyarınca dava açılmasının da mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Nisapları sağlayan bir ortağın ya da söz konusu şirketin genel kurul kararı olmaksızın dava açmasının usul ekonomisi gereği kabul edilebileceği görüşüne de katılamamaktayız¹⁸⁷. Zira usul ekonomisi ilkesine dayanarak açık kanun hükmünün (TTK 621/1(h)) yok sayılması mümkün değildir.

2. NİSAPLAR

TTK 621 hükmünde önemli kararlar arasında zikredilen bir ortağın haklı sebeple çıkarılması için mahkemeden istemde bulunulması kararı ancak *temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu* tarafından alınabilir. Hükmün nispi emredici olması sebebiyle nisapların azaltılması mümkün olmakla birlikte artırılması mümkündür¹⁸⁸. Belirtelim ki, genel kurulda çıkarılmak istenen ortağın da oy hakkı bulunmaktadır¹⁸⁹.

3. MAHKEME KARARI

Haklı sebeple çıkarılma ancak mahkeme kararıyla mümkündür. Bu durum çıkarılmak istenen ortak açısından güvence teşkil eder. Buna rağmen haklı sebeple çıkarmaya ilişkin genel kurul kararının çıkarılmak istenen ortak tarafından kabul edilmesiyle mahkeme kararına gerek olmayacağına ilişkin bir görüş de mevcuttur¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Ayşe Çakır, 'İki Ortaklı Limited Şirkette Ortağın Çıkarılmasında Genel Kurul Kararının Aranması Problemi' (2018) 1 (16) TAAD, s. 258.

¹⁸⁷ Necla Akdağ Güney, 'Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma' (2019) 8 (32) Banka ve Finans Hukuku Dergisi, s. 966.

¹⁸⁸ Erdil (n 112) s. 78; Baştuğ (n 2) s. 64; Aksi yönde: Öztürk Dirikkan (n 13) s. 82.

¹⁸⁹ Taşdelen (n 3) s. 222; Aksi yönde: Öztürk Dirikkan (n 13) s. 83.

¹⁹⁰ Erdil (n 112) s. 81.

Mahkemenin kararı yenilik doğuran bir karardır ve kurucu niteliktedir¹⁹¹. Çıkarılmak istenen ortağın kusuru varsa, davada ayrıca tazminat talep edilebilir¹⁹². Haklı sebeple çıkarma davasında davacı şirkettir¹⁹³. Husumet çıkarılmak istenen ortağa yöneltilmelidir¹⁹⁴.

Dava şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. Mahkemenin yetkisi HMK m. 14 sebebiyle kesin yetkidir¹⁹⁵.

D. ÇIKARILMANIN SONUÇLARI

Çıkarılma sonucunda ortağın limited şirketle ilişkisi tüm payları itibarıyla ortadan kalkar¹⁹⁶. Ortağın bir kısım paylarına ilişkin olarak çıkarılması kurumun amacıyla bağdaşmaz ve mümkün değildir.

Çıkarılma esas sözleşmede öngörülen sebeplere dayandığında genel kurul kararının alındığı tarihte, haklı sebebe dayandığında ise kararın kesinleştiği tarihte iç ilişkide sonuçlarını doğurur¹⁹⁷. Dış ilişkide ise tescil ve ilan anından itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir¹⁹⁸, meğer ki üçüncü kişi çıkarılmayı bilsin veya bilmesi gereksin.

Çıkarılmanın en önemli sonucu ise, ortağın esas sermaye payının gerçek değerine karşılık gelen ayrılma akçesini istem hakkıdır. Bu konuda, yukarıdaki ayrılma akçesine ilişkin açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz¹⁹⁹.

SONUÇ

Türkiye’de en fazla tercih edilen şirket türü olan limited şirket hem sermaye şirketlerine hem de şahıs şirketlerine ilişkin özelliklere sahiptir.

¹⁹¹ Çamoğlu, Çıkarılma (n 49) s. 15; Öztürk Dirikkan (n 13) s. 85; Erdil (n 112) s. 88; Üçışık (n 2) s. 203.

¹⁹² Öztürk Dirikkan (n 13) s. 87.

¹⁹³ Taşdelen (n 3) s. 221; Baştuğ (n 2) s. 59.

¹⁹⁴ Taşdelen (n 3) s. 222; Baştuğ (n 2) s. 60.

¹⁹⁵ Erdil (n 112) s. 85.

¹⁹⁶ Aker (n 44) s. 97.

¹⁹⁷ Erdil (n 112) s. 90; Taşdelen (n 3) s. 226; Tekinalp’e göre çıkarılma, yerel mahkemenin kararından itibaren sonuçlarını doğurur. (Tekinalp (Sermaye Ortaklıkları) (n 16) s. 496).

¹⁹⁸ Taşdelen (n 3) s. 227.

¹⁹⁹ Bkz. Birinci Bölüm, II, A, 7.

Limited şirkette ortağın çıkması ve çıkarılması da limited şirketin bu özelliğinin bir göstergesidir.

Şirketler hukukunda çıkma, ortağın iradesiyle çıkma ve iradesi dışında çıkma halleri olarak ikiye ayrılır. İrade ile çıkma halleri arasında TTK 638 hükmünde düzenlenen iki çıkma hali ise teknik anlamda çıkma olarak ifade edilmektedir. Buna göre, esas sözleşmede ortaklara çıkma hakkı tanınabileceği gibi bu hak birtakım şartlara da bağlanabilir. Teknik anlamda çıkma hallerinden ikincisi TTK 638/2 hükmünde düzenlenen haklı sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla çıkmadır. Haklı sebeple çıkma kanundan doğan bir hak olduğu için, esas sözleşmede öngörülmesi gerekmez.

Çıkma hakkının kullanılmasında, ortaklık ilişkisinin devamının kural, sona erdirilmesinin ise istisna olduğu unutulmamalıdır. Çıkma hakkının kullanılması esas sözleşmede hiçbir şarta bağlanmamış olsa dahi, dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılmalıdır.

Çıkma hakkı esas sözleşmeye dayanıyorsa, çıkma bildiriminin şirkete ulaşmasıyla, haklı sebebe dayanıyorsa kararın kesinleşmesiyle iç ilişkide sonuçlarını doğurur. Dış ilişkide ise, ortağın çıkması tescil ve ilan ile sonuç doğurur.

Çıkmaya katılma kurumu, TTK ile Türk hukukundaki yerini almıştır. Kurumun ihdas edilmesi birtakım eleştirilere yol açmış olsa da, çıkmaya katılma kurumu sayesinde çıkmak isteyen birden fazla ortak hakkında aynı anda karar verilerek kullanılabilir özkaynaklardan sermayeleri oranında eşit olarak faydalanmalarına imkân sağlaması sebebiyle ortakların yararınadır.

Çıkarılma ise, ortağın iradesi hilafına limited şirket ile ilişkisinin sona erdirilmesi anlamına gelmektedir. Çıkma hakkı gibi, esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, öngörülmemiş de olsa haklı sebeplere dayanarak ortağın çıkarılması her zaman mümkündür.

Ortağın çıkarılması kararı, limited şirket genel kurulunun istemiyle mahkeme tarafından verilir. Genel kurul ve mahkeme, ortağın çıkarılması hususunu ultima ratio (son çare) olarak kabul etmeli, istenilen amaca başka yöntemlerle ulaşılması mümkün ise ortak çıkarılmamalıdır.

Çıkma ve çıkarılmanın en önemli sonucu, ortağın esas sermaye payının gerçek değerine karşılık gelen ayrılma akçesini talep hakkına sahip olmasıdır. Ayrılma akçesi, kullanılabilir özkaynaklar ile, payın devredilmesi ile ya da sermaye azaltımına gidilerek ödenebilir. Ayrılma

akçesinin ödeneceği kaynak belirlenirken, alacaklılara zarar verilmemesi ve menfaatler dengesinin kurulması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Açıkalin E, Limited Şirkette Çıkma Hakkı, Yüksek Lisans Tezi (Antalya 2018)

Akdağ Güney N, ‘Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma’ (2019) 8 (32) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 957-979

Almaç Öztürk T, ‘Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma Konusunda Haklı Sebep Olarak Kabul Edilebilecek Hususlar’ (2017) 12 (134) Terazi Hukuk Dergisi 60-66

Altaş S, ‘Ortak Limited Şirketten Nasıl Çıkar veya Çıkarılır?’ (2014) 1 (121) Mali Çözüm Dergisi 139-148

Altaş S, ‘Anonim ve Limited Şirket Kârının Dağıtımında Hangi Hususlara Dikkat Edilmelidir?’ (2017) 13 (153) Mali Hukuk Dergisi 2159-2166

Arslanlı H and Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt III (1st, Temel Yayıncılık 1989)

Aydın S, ‘Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Limited Şirket Ortaklığının, Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması’ (2015) 10 (109) Terazi Hukuk Dergisi 46-52

Aker H, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2016) 32 (1) Batider 63-150

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (Updated 13th, Beta Yayıncılık 2019)

Baştuğ İ, Limited Şirkette Ortağın Çıkma ve Çıkarılması (1st, Ege Üniversitesi Yayınları 1966)

Beşok B, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2010)

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9th, Dora Yayınları 2013)

Bulur A and Koçyiğit İ (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı), Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk <<http://www.adb.adalet.gov.tr>>

Canözü S, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2014)

Cenkci E, 'Çıkan Ya Da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK M. 642)' (2018) 1 (4) Ankara Barosu Dergisi 2-49

Çakır A, 'İki Ortaklı Limited Şirkette Ortağın Çıkarılmasında Genel Kurul Kararının Aranması Problemi' (2018) 1 (16) TAAD 241-263.

Çelebi F, Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarma, Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2015)

Çamoğlu E, 'Limited Ortaklıktan Çıkarılma (Çıkarılma)' (2014) XXX (3) Batider 5-20

Çamoğlu E, 'Limited Şirkette Çıkma I (Çıkma I)' (2014a) 1 (253) Yaklaşım Dergisi, 255-263

Çamoğlu E, 'Limited Şirkette Çıkma II (Çıkma II)' (2014b) 1 (254) Yaklaşım Dergisi, 247-252

Dal S, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı (1st, Legal Yayıncılık 2013)

Dirikkan Öztürk H, Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı (1st, Yetkin Yayıncılık 2005)

Erdil E, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma (2nd, Vedat Kitapçılık 2010)

Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler Cilt III (1st, Seçkin Yayınları 2013)

Germann S, Die personalistische AG und GmbH unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen (1st, Dike Verlag Zürich SSHW Band 2015)

Gözüyeşil F, 'Limited Şirketlerde Çıkmaya Katılma' (2013) XVII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 663-681

Gürpınar B, 'Limited Şirkette Çıkma ve Çıkmaya Katılma' (2016) XX (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-101

İmregün O, 'Anonim Ortaklıklar (1st, Yasa Yayıncılık 1989)

Kaya A, 'Limited Şirketten Ayrılmanın Hukuki Sonuçları ve Özellikle Ayrılma Akçesi Bağlamında Yeni Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Ayrılma Akçesi)' (2013) 1 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-144

Kaya A, 'Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkması (Çıkma)' (2010) V (1-2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 203-237

Kendigelen A, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl (Hukuki Mütalaalar) (2nd, Beta Yayınları 2003)

Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (1st, Yetkin Yayınları 2016)

Narçin Z, 'Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması ve Hukuki Sonuçları' (2015) 10 (112) Terazi Hukuk Dergisi, 99-110

Oğuzman K and Barlas N, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar) (25th, Vedat Kitapçılık 2019)

Özdoğan Daloğlu T, Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma, Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2019)

Pfenniger M, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgebers: Kostkiewicz/ Nobel/ Schwander/ Wolf) (2nd, Zürich 2009)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (10th, Arıkan Yayıncılık 2005)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III (3rd, Adalet 2018)

Sanwald R, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH (1st, Dike Verlag Zürich SSHW Band 2009)

Şahin A, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Ortaklıkta Ortağın Çıkması ve Çıkarılmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Çıkma ve Çıkarılma)' Ersin Çamoğlu'na Armağan (1st, Vedat Kitapçılık 2013) 175-210

Şahin A, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi (Fesih) (1st, Vedat Kitapçılık 2013)

Şener O, Limited Ortaklıklar Hukuku (1st, Seçkin Yayıncılık 2017)

Taşdelen N, Limited Ortaklıklarda Çıkma Çıkarılma ve Fesih (3rd, Yetkin Yayınları 2012)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Sermaye Ortaklıkları) (3rd, Vedat Kitapçılık 2013)

Tekinalp Ü, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Fesih Davasının Bazı Usuli Sorunları, Ersin Çamoğlu'na Armağan (1st, Vedat Kitapçılık 2013)

Tekinalp Ü, 'Çıkmaya Katılma (Çıkmaya Katılma)' (Arslanlı Bilim Arşivi) <www.arslanlibilimarsivi.com> erişim tarihi 03.09.2019

Tarhan M, 'Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarılma' Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (1st, On İki Levha Yayıncılık 2018)

Topaloğlu M and Özer I, ‘Limited Şirketlerde Ayrılma Akçesinin Muacceliyeti ve Ödenmesi’ (Jurix, Erişim tarihi: 05.04.2020)

Uçar S, Tüm Şirketlerde Fesih ve Tasfiye (1st, Kazancı Matbaacılık, 1996)

Üçışık G, Limited Şirkette Ortağın Ortaklıktan Çıkarılması, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, (1st, Beta Yayınevi 2003) 189-207

Yıldırım A, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (1st, Dora Yayınları 2013)

Yıldız Ş, Özbay İ and Özbek M, ‘Limited Şirketler Hukukunda Ayrılma Akçesi Konusunda Tahkime Başvurulması ve Konu Hakkında Verilen Hakem Kararlarının İcrasına İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar’ (2018) XXII (3-4) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 445-487

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st, Arıkan Basım Yayım 2007)

- Araştırma Makalesi -

**# TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİNDE PASİFLERİN GEÇİŞİNE
İLİŞKİN GÜNCEL TARTIŞMALAR***

*(CURRENT DISCUSSIONS REGARDING THE TRANSITION OF LIABILITIES IN
TRANSFER OF COMMERCIAL ENTERPRISE)*

Av./Atty. Zeynep KABİLOĞLU POYRAZ**

ÖZ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”), ticari işletmeye dahil malvarlığı unsurlarının devri bakımından yeni bir düzenleme getirerek, önemli bir değişikliğe yol açmıştır. Bu kapsamda, TTK m.11 f.3 uyarınca ticari işletmeye dahil olan malvarlığı unsurları, her biri için ayrı bir tasarruf işlemi yapılmasına gerek kalmaksızın, devir sözleşmesinin ticaret sicilinde tescil edilmesiyle devralana geçebilecektir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) ise 818 sayılı Borçlar Kanunu (“BK”) m.179’da düzenlenen pasiflerin devrine ilişkin düzenlemeyi, m.202 de yer aldığı üzere büyük oranda korumuştur. Ancak bir ticari işletmenin sadece aktiflerinin devredilmesinin, diğer bir ifadeyle ticari işletmeye dahil olan tüm pasiflerin devrin kapsamı dışında bırakılmasının mümkün olup olmadığı konusuna ilişkin ne Türk Ticaret Kanunu ne de Türk Borçlar Kanunu’nda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Konuya ilişkin tartışmalar, teminat teorisi ve irade teorisi olarak açıklayabileceğimiz iki temel görüş altında toplanmaktadır. Bu çalışmada, bir ticari işletmenin devrinde, işletmeye ait tüm

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 04.03.2020 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 25.03.2020 tarihinde birinci hakem; 26.03.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Barosu, Türk-Alman Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, zkabiloglu@kabilogluhukuk.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6951-0530.

Bu makaleye atf için; KABİLOĞLU POYRAZ, Zeynep, “Ticari İşletmenin Devrinde Pasiflerin Geçişine İlişkin Güncel Tartışmalar”, REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 191-210.

pasiflerin devir sözleşmesi kapsamında devredilip devredilemeyeceği konusu doktrinde yer alan görüşler çerçevesinde değerlendirilecek ve en nihayetinde konuya ilişkin kendi değerlendirmelerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticari İşletme, Devir Sözleşmesi, Pasiflerin Geçışı, Teminat Teorisi, İrade Teorisi.

ABSTRACT

The Turkish Commercial Code No. 6102 (“TCC”), which entered into force on 1 July 2012, introduced a new amendment in terms of the transfer of assets included in the commercial enterprise, leading to a significant change. In this context, the assets included in the commercial enterprise pursuant to Article 11/3 of the TCC may be transferred to the transferee upon registration of the transfer contract in the trade registry, without the need for a separate act of disposal for each. On the other hand, the Turkish Code of Obligations (“TBK”) numbered 6098, has largely preserved the regulation regarding the transfer of liabilities set out in Article 179 of the Code of Obligations numbered 818 (“BK”) with Article 202. However, neither the Turkish Commercial Code nor the Turkish Code of Obligations set forth a clear regulation as to whether it is possible or not to transfer only the assets of a commercial enterprise, in other words, to exclude all liabilities of the commercial enterprise. The discussions on the subject are gathered under two main views which can be explained as assurance theory and will theory. In this study, whether the transfer of all liabilities of a commercial enterprise can be transferred within the scope of the transfer agreement will be evaluated within the framework of the opinions in the doctrine and ultimately our own evaluations will be presented.

Keywords: Commercial Enterprise, Transfer Contract, Transfer of Liabilities, Assurance Theory, Will Theory.

GİRİŞ

Bir ticari işletmede hem aktif hem pasif malvarlığı unsurları bir arada bulunmaktadır. Bu aktiflerin ve pasiflerin ticari işletmeyi devralan kişiye devredilmesi ticari işletme devri konusunun önemli bir kısmını

oluşturur. 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu¹ (“TTK”) ticari işletmenin bir bütün halinde devredilebilmesini ve diğer hukuki işlemlere konu olabilmesini olanaklı kılmıştır. Bu düzenlemenin yanı sıra, TTK ile aynı tarihte yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 202’de “*Malvarlığının veya işletmenin devralınması*” başlığı altında, ticari işletmenin devrinde borçlardan sorumlu olma konusu düzenlenmiştir. Bu noktada, bazı yazarlar, TTK’nin 11’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının ticari işletmelerin aktiflerinin bir bütün halinde devrini hükme bağladığını, TBK’nin 202’inci maddesinin ise ticaret siciline tescil edilmiş veya edilmemiş olan ticari işletmeler ile esnaf işletmelerinin ve malvarlıklarının aktiflerinin yanında bilhassa pasiflerinin bir bütün halinde devredilmesini, borcun nakli münasebetiyle ele aldığını ileri sürmektedir.²

İlgili düzenlemelerde ticari işletmenin pasiflerinin tümünün devir sözleşmesi kapsamında çıkarılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu çalışmada, öncelikle, ticari işletmenin ve ticari işletmenin devrinin hukuki niteliğinin ana hatlarıyla açıklanması amaçlanır. Sonrasında, ticari işletme devrine ilişkin en çok tartışılan konulardan biri olan, devir sözleşmesinde pasiflerin tümüyle sözleşme kapsamı dışında tutulmasına ilişkin doktrinde tartışılan temel görüşlere yer verilir. Bu kapsamda, TBK’nin 202’inci maddesinin emredici niteliği de farklı görüşler çerçevesinde değerlendirilir. Sonuç kısmında konuya ilişkin kişisel değerlendirmeler sunulur.

I. TİCARİ İŞLETMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ticari işletmenin Ticaret Kanunu’nun temel kavramlarından biri olduğunu söylemek mümkündür.³ Örneğin bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlerin ticari iş sayılacağı (m.3); bir ticari işletmeyi kısmen de olsa, kendi adına işleten kişinin tacir olduğu (m.12/1) şeklindeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, TTK’deki birçok husus ticari işletme kavramı üzerinden tanımlanmıştır. Eski Ticaret Kanunu’nda (“TK”) düzen-

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846

² Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar and Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (12th edn, Yetkin Yayıncılık 2019) 116

³ Reha Poroy and Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (18th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 39

lenmemiş, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK ile ilk kez tanımlanmış olan bu kavramın hukuki niteliğinin incelenmesi, günümüzde yaşanan ve bu çalışmanın da konusunu oluşturan ticari işletmenin devrine ilişkin farklı görüşlerin anlaşılması bakımından önemlidir.

TTK'nin 11. maddesinde, ticari işletme, *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*, olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak, bir ticari işletmenin varlığı için aşağıdaki unsurların bulunması gerektiğini söylemek mümkündür:

- i. Bir işletmenin varlığı
- ii. İşletmenin gelir sağlamayı hedef tutması
- iii. Hedeflenen gelirin esnaf işletmesi sınırını aşması
- iv. İşletmenin sürekliliği
- v. İşletmenin bağımsızlığı

Bir ticari işletmenin varlığından bahsedebilmek için bu unsurların tümünün bir arada bulunması zorunludur.⁴

Ticari işletmenin hukuki niteliğini incelemeyen önce, işletme kavramının üzerinde de durulması gerekir. İşletme kavramı, esasen hukuk değil iktisat bilimine ait bir kavramdır.⁵ İktisat bilimi kapsamında işletme, kar sağlamak üzere faaliyette bulunan ve insan emeği, makine, malzeme, para gibi insan üretimi öğelerden oluşan, ekonomik, teknik ve toplumsal bir bütünlüğü ifade eder.⁶ Bu kavram, hukuk alanında yer alan ticari işletme bakımından da temeli teşkil eder. İşletme kavramı, emek ve sermayenin hizmet üretimi için bir araya getirildiği organizasyonu, hem bu organizasyon ile yürütülen faaliyetleri, hem de işletmenin mal varlığı unsurlarını kapsar.⁷ Ticari işletmenin, işletmenin bir alt türü olduğu, doktrinde, “*Her ticari işletme, bir iktisadi işletmedir ancak her*

⁴ Kerem Çelikboya, Ticari İşletme Devri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 13

⁵ Mehmet Fatih Arıcı, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008) 7

⁶ Arıcı (n 5) 7; Aynı yönde bkz. Ertan Demirkapı, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi” (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371, 374

⁷ ibid 7 (Arıcı)

iktisadi işletme bir ticari işletme değildir” şeklinde ifade edilmiştir.⁸ İktisat ilmindeki işletme ile ticari işletme kâr getirmek için yapılan her türlü mübadele ilişkisi ile uğraşır. Türk Hukuku bakımından ticaret sayılmayan esnaflık, çiftçilik ve serbest meslek gibi birçok faaliyeti de kendi çevresi içine alan işletme, ticari işletmenin aksine (ticari işletmenin iktisadi işletmenin bir şubesi olması karşısında), faaliyet alanı daha geniş bir terimdir.⁹ Bir işletmenin, ticari işletme niteliğinde olması için, TTK’nin 11’inci maddesinde yer verildiği üzere, *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ve maddede yer alan ve yukarıda değindiğimiz unsurların bir arada bulunması* gerekir.

Ticari işletmenin hukuki niteliğini açıklamak için birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerde, ticari işletmenin tanımı yapılırken, ağırlıklı olarak ticari işletmenin organizasyon niteliğinin esas alındığını söylemek mümkündür.¹⁰ Arkan’a göre *“ticari işletme, ticari organizasyon ve kazanç imkanlarında ifadesini bulan bir faaliyet çevresi ile, buna bağlı hak, mal ve borçlardan teşekkül eden iktisadi bir bütündür.”*¹¹ Poroy/Yasaman’a göre, *“ticari işletme belli bir organizasyon içinde, bu işletmeyi kuran şahıs (gerçek veya tüzel kişi) ile bu işletmeye tahsis ettiği sermayeden oluşan bir bütündür.”*¹² Öğretide, organizasyon ile ifade edilmek istenen husus, üretim unsurlarının bilinçli, uyumlu, sistemli, planlı şekilde bir araya getirilmesi olarak açıklanabilir. Ticari işletmenin organizasyon özelliği, iş bölümü çerçevesinde uzmanlaşmış farklı birimlerin olduğu büyük ölçekli ticari işletmelerde daha belirgin göze çarpsa dahi, küçük ölçekli ticari işletmelerde de ticari metotla emek ve sermayenin planlı olarak bir araya getirildiği bir düzen söz konusudur. Bu se-

⁸ Rıza Ayhan and Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (10th edn, Yetkin Yayınları 2017) 91; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku (18th edn, Beta Yayınları 2017) 17-18

⁹ Turgut Erem, Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I, Ticari İşletme (İstanbul 1983) 50 eserinden aktaran Mustafa Emir Üstündağ, Ticari İşletme Kavramı ve Korunması (1st edn, Turhan Kitabevi 2020) 13

¹⁰ Abuzer Kendigelen, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku (4th edn, On İki Levha Yayıncılık 2015) 285-286

¹¹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (26th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018) 34

¹² Poroy and Yasaman (n 3) 42

bepile organizasyon özelliği her türlü ticari işletmelerde ve genel anlamda iktisadi işletmelerin tamamında bulunan bir özelliktir.¹³

Yukarıda işletme ve ticari işletme kavramlarını, genel hatlarıyla ve Türk Hukuku'nda yer alan görüşler ve TTK'de yer alan ticari işletme tanımı çerçevesinde incelemeye çalıştık. Ticari işletme gibi karmaşık bir kavramın üzerinde birçok farklı tanım yapıldığı ve hukuki niteliğine ilişkin birçok farklı görüş bulunduğu için bu çalışmada tüm görüşleri inceleme şansımız bulunmamaktadır. Ancak, ticari işletmenin bir hukuk süjesi olup olmadığının incelenmesi, çalışmanın devamında açıklayacağımız hususlar bakımından önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ticari işletme her ne kadar bir iktisadi bütünlük olsa dahi, kişiler ve sorumluluk anlamında bir hukuk süjesi değildir. Diğer bir ifadeyle, işletme, hukuki kişiliği olmadığı için, bir sözleşmeye taraf veya sözleşme dolayısıyla hak veya borç sahibi olamaz. Mahkemelerde davalı veya davacı şeklinde taraf gösterilemez.¹⁴ İşletme dolayısıyla hak sahibi olacak veya borç altına girecek olan kişi, tacirdir.¹⁵ Tacirin işletme kapsamında üstlendiği borçlar nedeniyle sorumluluğunun işletme malvarlığı ile sınırlandırılmamasının nedeni de budur.

Doktrinde işletmenin malvarlığı unsurlarının hukuki niteliği hakkında da farklı görüşler bulunmaktadır. Eşya hukuku bakımından ticari işletmenin bir eşya birliği olduğu, eşya birliğini oluşturan eşyaların kendi hukuki varlıklarını muhafaza etmekle birlikte, ekonomik veya fiili sebeplerden dolayı bir araya geldiklerini savunan görüş bunlardan bir tanesidir.¹⁶ Buna karşılık, ticari işletmenin bünyesinde yalnızca eşya niteliğinde sayılabilecek unsurların bulunmadığı, gayri maddi malvarlığı unsurlarının da bulunduğu, bu sebeple ticari işletmenin hem bir hak hem de bir eşya topluluğu olduğunu savunan görüşte mevcuttur.¹⁷ Bu gayri maddi unsurların kapsamına bir ticarethanenin yer itibarıyla daha uygun bir yerde bulunması, müşteri çevresi, organizasyon (teşkilat şeması), tanınan ticaret unvanı ve marka, reklamın formatı veya işletmenin yürü-

¹³ Ferhat Kayış, Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlanan Hüküm ve Sonuçlar (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 35

¹⁴ ibid 36

¹⁵ Koray Demir, "Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar" (2013) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 103, 106

¹⁶ Halit Aker, Ticari İşletme Kirası (1st edn, Yetkin Yayınları 2012) 105

¹⁷ Çelikboya (n 4) 29

tülme sevk ve idare formatı, paha biçilemez ticari ve işletme sırları gibi unsurlar dahildir.¹⁸ Bunlara ek olarak, kiracılık hakkı, yeni bulgulara mahsus haklar, ilmi eserler, müzik besteleri gibi fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet hakları da bir ticari işletmenin gayri maddi malvarlığı unsurları olarak değerlendirilmektedir.¹⁹ Son olarak, bizim de daha çok katıldığımız bir başka görüş ise, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının bir hukuki birlik olarak nitelendirilebileceğidir. Görüşün temelini oluşturan ve *Hirsch* tarafından ileri sürülen görüş kapsamında; ticari işletme birçok haktan mürekkep bir mal topluluğudur. Malvarlığının muhtelif kısımları elden çıkarılabilir veya yeni haklar elde edilebilir, ancak mamelekin mal sahipliği aynı kalır.²⁰ Hukuki birlik kavramının anlaşılması ve ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının neden hukuki birlik olarak nitelendirilmesi gerektiği hususunun anlaşılması önemlidir. Hukuki birlik, rastgele tacir tarafından bir araya getirilmiş malvarlığı unsurlarını ifade etmez. Ticari işletmenin kapsamı çerçevesinde belirli bir amaca yönelik bir araya getirilmiş ve bununla sınırlı kalmak üzere bir bütünlük içerisinde ortaya çıkan bir birliği ifade eder. Bu sebeple ki, ticari işletmeyi bir eşya birliği olarak nitelendiremeyiz çünkü bu topluluğa dahil olan eşyalar arasında bir kader birlikteliği yoktur. Bu devrin gerçekleşmesi için ticari işletmenin tüm unsurlarıyla devredilmesi gerekmez. İşletmenin organik olarak bir bütün teşkil eden unsurlarının, kendi içinde bütünlüğü olan parçalarının devri yeterlidir.²¹ Dolayısıyla bahsedilen sınır kapsamında bu hukuki birliği oluşturan malvarlığı unsurlarının her biri üzerinde münferiden tasarrufta bulunma imkanının olduğunun kabulü gerekir.

Yukarıda yer verdiğimiz görüşler kapsamında özetlemek gerekirse, ticari işletme, Ticaret Hukuku'nun temel kavramlarından biri olmakla birlikte, 2012 yılında yürürlüğe giren TTK ile ilk kez tanımı yapılmıştır. Ticari işletme kavramının temelini, iktisat biliminin alanına giren işletme kavramı oluşturur. Bununla beraber ticari işletme bir hukuk süjesi değildir, hak ve borçlara konu olamaz. Hak ve borç sahibi olan kişi ta-

¹⁸ H. Schumann, Unternehmensrecht, Handelsrecht I (Wiesbaden 1958) 49 eserinden aktaran Üstündağ (n 9) 73

¹⁹ ibid 70 (Üstündağ)

²⁰ Ernst E. Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 1, Genel Prensipler-Ticari İşletme (İstanbul 1939) 164-167 eserinden aktaran Demir (n 15) 107

²¹ Zafer Kahraman, "Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali" (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı 587, 591

cirdir ve tüm bu hak ve borçlar onun uhdesinde doğar. En nihayetinde, ticari işletmenin bir hukuk birliği olduğunu söylemek mümkündür. Tacir tarafından belirli bir amaç için bir araya getirilen ve ticari işletmenin malvarlığını oluşturan maddi ve gayri maddi bu unsurlar arasında zoraki bir birliktelik bulunmamaktadır ve bunlar üzerinde münferiden tasarrufta bulunulabilir.

II. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ VE DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ticari işletmenin devri, devir sözleşmesine dayalı olarak ticari işletmenin el değiştirmesidir.²²

Ticari işletmenin devri, TBK m. 202’de borcun üstlenilmesi kuru- mu kapsamında, malvarlığı veya işletmenin devralınması başlığı kapa- mında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede, bir malvarlığını veya işletme- yi aktif ve pasifi ile devralanın bu işletmenin borçlarından da sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İlgili madde aktiflerin geçişinden bahsetmemek- tedir. Bu kapsamda, m. 202/2’de muaccel borçlar için, devrin alacaklıla- ra duyurulmasından itibaren iki yıl süreyle, devreden, devralanla bir- likte işletmenin borçlarından müteselsil olarak sorumlu olacağı belirtil- miştir. Bu düzenlemenin alacaklıları korumayı hedeflediğini söylemek mümkündür. Bu düzenlemede, işletmeye ait borçların, yani pasiflerin kül halinde, topluca ticari işletmeyi devredene geçişine yer verilmiştir. Eski Borçlar Kanunu (“BK”) m.179 ile aynı esasları koruyan bir maddedir.

Bu noktada asıl yenilik, ticari işletmeye ait malvarlığı unsurlarının geçişi kapsamında yaşanmıştır. İşbu TTK m.11/3’te yer alan yeni düzen- lemeye göre; ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının (aktif ve pa- sif) devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Bu konuya ilişkin Eski TK’de bir düzenleme bulunma- maktaydı. Bu sebeple, ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının cüz’i intikal yoluyla, her bir unsur için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılarak aktiflerin geçişi sağlanmaktaydı. Dolayısıyla bu yeni düzenlemenin ticari işletme hukuku bakımından oldukça önemli bir değişiklik olduğunu söy- lemek mümkündür. Ancak biz yukarıda doktrinde genel itibariyle kabul edilen görüşten farklı olarak ilgili maddelerin aktif ve pasiflerin geçişine

²² Arıcı (n 5) 25

ilişkin ayrı düzenlemeler olmadıkları, buna karşılık farklı hukuki rejimleri düzenledikleri görüşüne katılmaktayız. Bu sebeple TBK m. 202’de yer alan düzenlemenin pasifler bakımından külli, genel hükümler gereğince aktifler bakımından cüz’i intikal öngördüğü söylenebilir. TTK m.11/3 ise işletmenin hem aktif hem pasif malvarlığı unsurları için külli intikal öngörmüştür.²³

İlgili düzenlemede, “aksi öngörülmemişse, devir sözleşmenin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını” içereceği yer alır. Dolayısıyla, maddenin lafzından anlaşılacağı üzere, aktifler bakımından işletmeye ait bazı malvarlığı unsurlarının devrin kapsamı dışında bırakılması mümkündür.²⁴ Bununla beraber, hangi unsurların kapsam dışında bırakılabileceğine ilişkin Ticaret Sicili Yönetmeliği’nde (“TSY”)²⁵ bazı sınırlamalar mevcuttur. Buna göre; kapsam dışı bırakılan unsurlar işletmenin bütünlüğünü bozmamalı ve devamlılığına halel getirmemelidir.²⁶ Buna ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2009/13501 Esas ve 2009/9655 Karar sayılı, 06.04.2009 tarihli bir Kararı’nda ise; “bir ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyeri ya da işyerinin bir kısmının kendi kimliğini koruyarak” devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere aktifler bakımından devir kapsamı dışında tutulmasına ilişkin açık bir düzenleme mevcutken, pasiflerin kapsam dışı bırakılması konusunda mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu konu aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir.

Yukarıda, ticari işletmenin devrine ilişkin genel açıklamalarımıza yer verdikten sonra, devir sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde de kısaca durmak gerekmektedir. Devir sözleşmesinin kendisinin bir taahhüt

²³ Demir (n 15) 115

²⁴ İzel Akgöl, Ticari İşletmenin Devri (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 51

²⁵ 5995 Sayılı Ticaret Sicili Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 19.12.2012 No:2012/4093, Yayımlandığı Resmi Gazetenin Tarihi: 27.01.2013/28541 (12/12/2019 tarihli ve 30976 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 11/12/2019 tarihli ve 1819 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı uyarınca bu Yönetmelik Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği bölümüne eklenmiştir.)

²⁶ Ercüment Erdem, “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri”(2014) 1 (28) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/28-Erc%C3%BCment-ERDEM.pdf>> Erişim Tarihi 05.02.2020

işlemi olarak mı, yoksa bir tasarruf işlemi mi olarak mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre devir sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir. Devrin kapsamındaki malvarlığı unsurları devir sözleşmesi ile birlikte devralana geçmektedir.²⁷ Yine bu yönde, *Tekinalp*, ticari işletme sözleşmesinin devrini tasarruf işlemi olarak değerlendirir.²⁸ Yazara göre, bir ticari işletmeye dahil olan unsurların devrinin her biri için gerekli işlemi yapmak yerine, bu malvarlıklarının topluca devrini tasarruf işlemi olarak değerlendirmek gerekir. Ancak bizim de katıldığımız ve doktrinde kabul edilen görüşe göre devir sözleşmesinin kendisi bir tasarruf işlemi değil, taahhüt işlemidir. Kanaatimize göre, yazılı devir sözleşmesi, devredeni ticaret sicilinde devir işlemini gerçekleştirme borcu altına sokan bir taahhüt işlemidir.²⁹ *Demir*, devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürer. TTK m.11/3, malvarlığı unsurlarının toplu bir şekilde intikalini düzenlerken, TBK m. 202 malvarlığının aktif unsurlarının genel hükümler kapsamında teker teker intikalini mümkün kılar. Bu iki farklı rejim karşısında, sözleşmede taraf iradelerini ortaya çıkaracak bir hüküm olmaması durumunda, örneğin devir sözleşmesine konu olan bir taşınmazın hangi rejim kapsamında devralanın mülkiyetine geçeceğini tespit etmek mümkün olmayacaktır. Taşınmazın devri TBK m. 202 kapsamında tapuda tescil ile mi gerçekleşecektir yoksa TTK m.11/3 kapsamında devir sözleşmesinin düzenlenmesiyle mi gibi bir sorun karşımıza çıkacaktır.³⁰ Dolayısıyla, bu sorunun çözümü ancak devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir taahhüt işlemi olarak kabul edilmesi, buna karşılık devir sözleşmesinin tescilinin ise kurucu nitelikte olduğunun kabulü ile mümkün olacaktır. Ayrıca, TSY m.133/3 maddesi devir sözleşmesinin tescil ile hüküm doğuracağını ifade ederek, tescilin kurucu unsur olduğunu düzenler.

Yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar kapsamında, özetle, ticari işletmenin devrinde TTK m.11/3'ün aktiflerin geçişi, TBK m.202'in pasif-

²⁷ Arkan (n 11) 43; Selma Çetiner, Yüksel Bozkurt, Ebru Armağan, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku (Ankara 2017) 60 eserinden aktaran Atahan Güncan, Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2018) 67

²⁸ Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek" (2008) 24 (3) 5, 12

²⁹ Akgöl (n 24) 121

³⁰ Demir (n 15) 115

lerin geçişine ilişkin olduğu yönünde bir ayırım yapmaksızın, düzenledikleri hukuki rejim bakımından değerlendirilmeleri gerektiği görüşündeyiz. Bununla beraber ticari işletme sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir tasarruf işlemi olmadığı, devredeni, devir sözleşmesini sicilde tescil etme borcu altına sokan bir taahhüt işlemi olduğu, bu durumda tescilin ise TSY m.133/3 düzenlemesi ile de paralel olarak kurucu nitelikte olduğu görüşüne katılmaktayız.

III. TİCARE İŞLETMENİN DEVRİNDE PASİFLERİN GEÇİŞİNE İLİŞKİN GÜNCEL TARTIŞMALAR

Çalışmamızın çeşitli yerlerinde bahsettiğimiz üzere, Türk Hukuku bakımından aktiflerin geçişine ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcutken, pasiflerin bir kül halinde devir sözleşmesi kapsamı dışında bırakılıp bırakılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple de doktrinde bu konuya ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden çoğunluğu TBK m. 202’de yer alan ve pasiflerin bir kül halinde, topluca devralana geçeceğine ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olduğunu savunur. Bir diğer görüş ise, devir sözleşmesine tarafların iradeleri doğrultusunda geçerlilik kazandırılması gerektiğini ve TBK m. 202’in emredici olmadığını savunur. Buna ilişkin doktrindeki teorilere ve kendi değerlendirmelerimize yer vermeden önce ticari işletmenin aktifleri ve pasifleri kavramlarını açıklamak faydalı olacaktır.

Esasen işletmenin aktif ve pasifleri, işletmenin bilançosuna ilişkin muhasebe alanına giren terimlerdir. Malvarlığının aktifleri, bir dönem içerisinde paraya tahvil edilebilme özelliklerine göre, duran ve dönen malvarlıkları olarak ikiye ayrılır. Duran varlıklar; tacirin işletme dolayısıyla sahip olduğu uzun vadeli alacaklar, faaliyetin devamı için ayrılmış maddi ve maddi olmayan varlıklar, arsa, bina gibi taşınmazlar, makineler, mobilyalar, iş aletleri ile patent, marka, tasarım gibi fikri mülkiyet haklarından oluşurlar. Dönen varlıklar ise, kasa, bankalardaki paralar, kısa vadeli alacaklar gibi malvarlığı unsurlarından oluşur. Bunlar, işletmeye geldiği haliyle kalmayan, işletmenin üretim yapabilmesi için asli ve tali amaçlarla kullanılan, işletilen veya şekli değiştirilen unsurlardır.³¹ İşletmenin pasifleri ise, işletmenin kısa ve uzun dönemli borçlarını kapsamaktadır.³²

³¹ Akgöl (n 24) 91

³² Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku (Ankara, 1988) 47 eserinden aktaran Demir (n 15) 109

Pasiflerin devrinin zorunlu olup olmadığına ilişkin doktrindeki farklı görüşler, temelde “teminat teorisi” ve “irade teorisi” olarak adlandırılan iki teoriye dayandırılmaktadır. Bu iki teori haricinde de doktrinde ileri sürülen farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan biri *Aydın/Kaplan/Şen Kalyon* tarafından öne sürülmüştür. Bu görüşe göre, ticari işletmenin devrinde aktiflerin yanında pasiflerin de devredilmesinin öngörülmesinin sebebi, alacaklıları korumaktır. Dolayısıyla, eğer alacaklılar, devreden tarafından başka bir şekilde güvence altına alınmışlarsa, sadece aktiflerin devrini öngören bir sözleşme geçerli olacaktır.³³ Ancak biz bu çalışmada konuya ilişkin tartışmaların temelini oluşturan teminat teorisi ve irade teorisinin hukuki dayanaklarına ve bu teorileri savunan doktrindeki görüşlere yer vereceğiz.

A. TEMİNAT TEORİSİ

Teminat teorisinin Türk doktrininde ağırlıklı olarak kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Bu görüşün savunucuları ticari işletmeye dahil olan pasiflerin tümünün devrin kapsamı dışında bırakılmayacağını ileri sürer. Buna gerekçe olarak ise, ticari işletmedeki aktiflerin, ticari işletmenin borçlarına, ticari işletmenin alacaklıları nezdinde teminat teşkil etmesi gösterilir.³⁴

TBK m. 202’de (eBK m.179) yer alan düzenlemenin, genel itibarıyla alacaklıları korumayı hedeflediği, bu sebeple devralan ve devreden ticari işletmeye dahil borçlardan iki yıllık bir süre için müteselsil sorumlu olmasının emredici nitelikte olduğu savunulur.³⁵ Bu hüküm karşısında artık tarafların iradelerinin bir önemi kalmamaktadır. Dolayısıyla ticari işletmeye dahil olan pasiflerin tarafların iradesinden bağımsız olarak devralana geçişi söz konusudur. İlgili düzenlemenin emredici

³³ Sema Aydın, Hasan Ali Kaplan, Arzu Şen Kalyon, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları” (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 229, 232

³⁴ Arkan (n 11) 42; Ayhan, Özdamar and Çağlar (n 2) 149; Bahtiyar (n 8) 41; Kevork Acemoğlu, Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri (1st edn, İstanbul Üniversitesi 1971) 33; Poroy and Yasaman (n 3) 42; Metin Topçuoğlu, İşletmenin Devri (İstanbul 2003) 88, Sami Karahan, Ticari İşletme (Konya 2015) 31, Tamer İnal, Ticari İşletme Hukuku (Ankara 2015) 239 eserlerinden aktaran Günçan (n 27) 95; Aydın, Kaplan and Şen Kalyon (n 33) 232

³⁵ Arkan (n 11) 42; Poroy and Yasaman (n 3) 42; Sami Karahan, Ticari İşletme (Konya 2015) 31, (görüşünü değiştirmeden önce) Kendigelen (Ülgen v.d.) Ticari İşletme Hukuku (İstanbul 2009) 519 eserlerinden aktaran Günçan (n 27) 96

özelliğine dikkat çeken *Han*, bir hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığının, hükmün lafzı ve koruduğu menfaatin hukuk düzeni içerisindeki yerine bakılarak değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Özellikle, üçüncü kişiler açısından, onlara söz hakkı tanımaksızın sonuç doğurduğu göz önüne alındığında, hükmün emredici karakterde olduğunu belirtmiştir.³⁶

Teminat teorisinin savunan yazarlara göre, ticari işletmenin alacaklarının korunması bakımından, pasiflerin tümünün kapsam dışı bırakılması büyük risk taşımaktadır. Özellikle ivazsız veya düşük bedelle gerçekleştirilen devir işleminde alacaklıların haklarının zarara uğrayacağı ileri sürülür. Bu durumda İcra İflas Kanunu (“İİK”) m. 280’de düzenlenen tasarrufun iptali davası açma imkanının ise yeterli korumayı sağlamadığı vurgulanır.³⁷ Kaldı ki, TBK m. 202’de yer alan ve alacaklıları korumayı hedefleyen düzenleme ile de bağdaşmadığı iddia edilir.

Bu görüşü savunanlar arasında, borçların sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın alacaklılara karşı ileri sürülmesi hususunda fikir ayrılıkları bulunur. Bir görüşe göre, pasiflerden sorumluluğun sınırlandırılmasına yönelik anlaşmalar devreden ile devralan arasındaki ilişkide geçerli olabilir, ancak bu (bildirim yapılsa dahi) alacaklılara karşı ileri sürülemez.³⁸ Diğer bir görüşe göre ise, devrin taraflarının iç ilişkilerinde bazı borçlara ilişkin yaptıkları sınırlandırmalar bildirimde bulunulması koşuluyla alacaklılara karşı da ileri sürülebilir.³⁹ Ancak taraflar bu konuda tam bir serbestliğe sahip değildirler. Borçların büyük bir kısmının geçişini engelleyen anlaşmalar, bildirimde bulunulmuş olsa dahi, alacaklılara karşı ileri sürülemez.⁴⁰

³⁶ Işık Aslı Han, “Türk Borçlar Kanunu’nun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği” (2019) 38 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 131, 150

³⁷ Günçan (n 27) 96

³⁸ Arkan (n 11) 46; Sami Karahan, Ticari İşletme (Konya 2015) 31, (görüşünü değiştirmeden önce) Kendigelen (Ülgen v.d.) Ticari İşletme Hukuku (İstanbul 2009) 519 eserlerinden aktaran Günçan (n 27) 97

³⁹ Selahattin Tekinay, Sulhi Akman, Sermet Burcuoğlu and Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Filiz Kitabevi 1993) 373

⁴⁰ Günçan (n 27) 97

B. İRADE SERBESTİSİ TEORİSİ

İrade serbestisi görüşünü savunan yazarlar, teminat teorisi görüşünü eleştirirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, pasiflerin devri bakımından taraf iradelerine öncelik tanınmalıdır.⁴¹ İrade serbestisi teorisini savunan yazarlardan *Arıcı*, TBK m. 202'nin emredici olmadığını, bu maddenin yalnızca ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devralınması durumunda uygulanacağını, maddenin zıt anlamından yola çıkılırsa, yalnızca aktiflerin devralındığı bir durumda m. 202'nin uygulanmayacağını savunur.⁴² Benzer şekilde *Demir* de, ilgili maddenin, işletmenin aktif ve pasiflerinin devrini öngören iradi bir işlem için ön koşul getirdiğini, işletmenin aktif ve pasiflerini hukuken birbirine bağlamadığını ileri sürer.⁴³ Ayrıca maddenin emredici olarak kabul edilmesinin, devralanın sürpriz borçlardan da sorumlu olmasının yolunu açacağı, bu durumun ise devir işlemlerine başvurmayı azaltacağı ileri sürülür.⁴⁴

Buna ek olarak *Arıcı*, TBK m. 202'nin, kanunun sistematığı açısından borcun nakli kurumunun bir istisnası olarak düzenlendiğini ileri sürer. Borcun nakli bakımından zorunlu olan alacaklının rızasının alınması koşulu, ticari işletmenin devri bakımından öngörülmemiştir. Bu sebeple de kanunkoyucu alacaklıları, devreden ve devralanla iki yıllık süre için müteselsil sorumlu tutarak korumayı amaçlamıştır.⁴⁵

İrade teorisine üstünlük tanınması gerektiğini ileri süren *Günçan*'a göre, işlemin konusu "ticari" işletme olduğu için ticaret hukukunun özellikleri göz önünde bulundurularak sorunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Ticari hayattaki "kolaylık" özelliği, devir işleminin kolaylaştırılabilmesini gerektirir. Yine benzer şekilde ticari hayatta aranan "işlem güvenliği" özelliği, pasiflerin devrin kapsamından çıkarılmasına rağmen devir işleminin geçersiz sayılmayarak ayakta tutulmasını gerektirir.⁴⁶

Arıcı'nın teminat teorisine yönelik getirdiği bir başka eleştiriye göre, ticari işletmenin bütünlüğü bakımından işletmenin pasiflerinin devrin kapsamı dışında bırakılmasının işletmenin bütünlüğüne etkisi yoktur.

⁴¹ ARICI (n 5) 144-146; DEMİR (n 15) 109; ÇELİKBOYA (n 4) 225

⁴² ARICI (n 5) 144

⁴³ DEMİR (n 15) 109

⁴⁴ ARICI (n 5) 151; DEMİR (n 15) 110; ÇELİKBOYA (n 4) 267-270

⁴⁵ ARICI (n 5) 147

⁴⁶ GÜNÇAN (n 27) 102

Dolayısıyla, her borcun işletmenin bütünlüğü için zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir.⁴⁷ Bu noktada *Demir*, benzer şekilde, ticari işletmenin belirli bir amaca tahsis edilmiş hukuki birlik olduğunu, ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının bir kader birliği içerisinde olmadığını ileri sürer.⁴⁸ Kanaatimizce bu iki görüş birbirini destekler niteliktedir. *Demir*'in bahsettiği üzere, ticari işletmeye ait olan malvarlıkları, birbiri ile aralarında zorunlu bir kader bağı bulunmayan bir hukuki birlik oluşturur. Bu sebeple, *Arıcı*'nın ileri sürdüğü üzere, pasiflerin tümünün devrin kapsamı dışında olmasının ticari işletme bütünlüğüne etkisi yoktur.

C. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Kanaatimizce, ticari işletme devrinde taraf iradelerine öncelik tanıyan görüşün mevcut hukuk düzenlemeleri ve hukuk politikası bakımından daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu düşüncemize ilişkin gerekçelerimizi aşağıda açıklamaya çalışacağız.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, teminat teorisini savunan yazarlar bakımından ileri sürüldüğü üzere, TBK m. 202'de yer alan düzenlemenin emredici nitelikte olduğu görüşüne katılmamaktayız. İlgili maddenin lafzı incelendiğinde görüleceği üzere, burada taraf iradeleri kapsamında aktif ve pasiflerin geçişi durumunda alacaklının rızası aranmayacaktır. "Aktif ve pasif" ifadelerinin bir arada kullanılmasından yola çıkarak, maddenin lafzı itibarıyla sadece pasiflerin geçişine olanak tanıdığı düşünülebilir. *Acemoğlu*, maddedeki ifadenin bilinçli bir tercih olmadığını ileri sürmektedir⁴⁹ ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Bunun yanı sıra, maddenin sistematığı bakımından da incelediğimizde, borcun nakli kurumunun bir istisnası olarak düzenlendiği göze çarpmaktadır. Borcun nakli için aranan alacaklının rızası şartı, ticari işletmelerde pasiflerin devri bakımından aranmamıştır. Dolayısıyla maddenin amacının, ticari işletmelerde pasiflerin devri bakımından kolaylık sağlamak olduğu, ancak yine de alacaklıları korumak amacıyla iki yıl süre için devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunu düzenlediği düşünülebilir.

⁴⁷ *Arıcı* (n 5) 157

⁴⁸ *Demir* (n 15) 108

⁴⁹ *Acemoğlu* (n 34) 39 eserinden aktaran *Günca*n (n 27) 103

Çalışmanın başında belirttiğimiz üzere, bu noktada ticari işletmenin hak ve borçlarının olamayacağına bilgisini burada da hatırlamak gereklidir. Belirtildiği üzere, hak ve borçlar ticari işletmeyi işleten tacir üzerinde doğmaktadır. Bu anlamda, ticari işletmenin aktif ve pasiflerinin birbirinden ayrılmaz nitelikte olduğunu ileri sürmek ve pasiflerin devredilmesini zorunlu kılmak, bizi ticari işletmenin hak ve borçlar bakımından ehliyeti bulunduğu noktasına yakınlaştıracaktır. Çalışmada daha önce de belirttiğimiz üzere, ticari işletme bir hukuk süjesi değildir, bu sebeple hak ve borç sahibi olamaz.⁵⁰

Teminat teorisini savunan yazarlar bakımından ileri sürüldüğü üzere, ticari işletmenin hak ve pasifleri arasında bir bağ vardır. Ancak görüşümüze göre, TBK m. 202'nin lafzı ve sistematigi incelendiğinde böyle bir bağlantı olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Çalışmamızda daha önce belirttiğimiz üzere, TBK m. 202'de yer alan düzenlemenin pasifler bakımından külli, genel hükümler gereğince aktifler bakımından cüz'i intikal öngördüğü söylenebilir. TTK m.11/3 ise işletmenin hem aktif hem pasif malvarlığı unsurları için külli intikal öngörmüştür. Ancak bu durum, ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının cüz'i intikal etmesine, yani her bir unsur için ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılmasına engel değildir. Kanun koyucu, bu imkanın önüne geçmemiştir. Bu sebeple, ticari işletmenin aktif ve pasifleri arasında zoraki bir bağlantı bulunduğunu söylemek mümkün değildir, çünkü öyle olsaydı, bu unsurların cüz'i bir şekilde intikal etmesi mümkün olmazdı.

Konuyu alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi kapsamında da incelemek yerinde olacaktır. Belirttiğimiz üzere, teminat teorisi görüşünü savunan yazarlar, bir ticari işletmenin aktiflerinin, alacaklılar bakımından mevcut pasiflerin teminatı olduğu, bu sebeple sadece aktiflerin devralana geçtiği bir devir sözleşmesinde alacaklıların korunmasının mümkün olmadığını ileri sürmekteydi. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, bir ticari işletme devrinde, devreden kişi, pasiflerini devretmediği sürece alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olmaya devam edecektir. Bunun da nedeni, daha önce belirttiğimiz üzere, bir ticari işletmenin hak ve borçlarının olamaması, bu hak ve borçların tacire ait olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla alacaklıların, devredene başvurma imkanı ortadan kalkmamaktadır. Bunun yanı sıra, devredeninin, devir söz-

⁵⁰ Demir (n 15) 106

leşmesi neticesinde bir kazanımı olacaktır, diğer bir ifadeyle ticari işletme aktifleriyle devrolmuş olsa bile, malvarlığında bunun karşılığını oluşturacak bir artış meydana gelecektir. *Demir*, bu durumu makalesinde muhasebe dilinde “ikame teorisi” olarak açıklamıştır.⁵¹ Bu sebeple, alacaklının alacağına ilişkin değer ortadan kalkmamakta, yerini ticari işletme değerinde başka bir karşı edim alacaktır ve alacaklı menfaatleri zarar görmemiş olacaktır. Alacaklının menfaatlerinin zarar görmesi ihtimali, ancak devir işlemi ivazsız gerçekleştirilirse söz konusu olabilecektir. Ancak bu durumda dahi, alacaklının, alacaklıya karşı ticari işletmenin hukuki niteliği gereği tüm malvarlığı ile sorumlu olan tacire karşı genel hükümlere başvurabilme hakkının yeterli olacağı görüşünderiz.

Son olarak, konuyu ticaret hayatının gereklilikleri bakımından da değerlendirmek gerekirse, ticari işletmenin pasiflerini de devretme gibi bir zorunluluğun kabulü halinde, ticari işletmesinin pasifleriyle devralmak istenmemesi durumunda, tacirin zor durumda kalması ve hatta ticari işletmesini gerçek değerinden daha düşük bir bedel karşılığında devretmesi söz konusu olabilecektir. Tam tersi açıdan bakarsak, pasiflerin kapsam dışı bırakılması durumunda, ticari işletmesini daha yüksek bir bedel karşılığında devreden tacirin karşısında ticari işletmenin alacaklıları da ikame teorisi kapsamında daha avantajlı bir konuma gelecektir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, özetle, TBK m. 202’in emredici bir düzenleme olmaktan ziyade, borcun nakli kavramının alt başlığında düzenlenen ve borcun naklinde alacaklının rızasını şart koşan kuralın, ticari işletmenin devrinde süreci kolaylaştırmak için getirilmiş istisnai bir düzenlemesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada ticari işletmesini devreden alacaklarının menfaatlerinin zarar gördüğü de ileri sürülemez çünkü devreden tacir zaten alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olmaya devam eder. Ticari işletmeyi oluşturan aktif ve pasifler arasında bir bütünlük olduğunu, bu sebeple her ikisinin birlikte devredilmesi gerektiğini, TTK m.11/3’ün amacının da bu olduğunu ileri sürmek mümkün değildir çünkü mevzuatta aktiflerin cüz’i bir şekilde yani her biri üzerinde ayrı tasarrufta bulunmak suretiyle devredilmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, ikame teorisi kapsamında, alacaklının, alacağına ilişkin değer ortadan kalkmamakta, yerini ticari işletme değerinde başka bir karşı edim almakta ve böylece alacaklı menfaatleri zarar görmemektedir. Son olarak, ticari işletmenin devrinde pasiflerin

⁵¹ ibid 110

devrinin zorunlu olmasının, taciri, ticari işletmesini değerinden düşük bir bedele devretmeye zorlayabileceği de menfaatler dengesi bakımından göz önünde bulundurulmalıdır.

IV. SONUÇ

Bu çalışmada, ticari işletme kavramı ve ticari işletmenin devrinin hukuki niteliği, mevcut düzenlemeler ve doktrinde yer alan farklı görüşler kapsamında ana hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, ticari işletme kavramı ve unsurlarının TTK’de ne şekilde düzenlendiğine yer verilmiş, daha sonra, ticari işletme kavramının üst başlığı olan işletme kavramı açıklanmıştır. Ticari işletmenin hukuki niteliğinin farklı yazarlar tarafından yapılan tanımlarına yer verilmiş ve Türk doktrininde ticari işletme tanımı yapılırken yapının organizasyon esasına dayandığı vurgulanmıştır. Çalışmanın devamı açısından önem sağlayan bir nokta olarak, ticari işletmenin hak ve borçlarının olamayacağı, bu sebeple bir hukuk süjesi sayılmadığı hususuna değinilmiştir. Aynı zamanda, ticari işletmeyi oluşturan malvarlığı unsurlarının arasındaki ilişki incelenmiş ve bu unsurların, birbirleriyle kader bağı içerisinde olmayan bir hukuki birlik oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken, TBK ve TTK’de yer alan düzenlemelerin farklı hukuk rejimlerini ele aldığından, TTK’nin tüm aktif ve pasifler bakımından külli intikal prensibi ile hareket ettiğinden bahsedilmiştir. Buna karşılık TBK m.202 kapsamında, ticari işletmenin aktifleri bakımından cüz’i intikal olanağının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. Devir sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken, doktrinde yer alan tartışmalara yer verilmiş, devir sözleşmesinin hukuki niteliğinin taahhüt işlemi olduğu ve TSY’de yer alan düzenlemenin de bu görüşü desteklediği belirtilmiştir. Bu açıklamalardan sonra, doktrinde oldukça tartışmalı bir konu olan, ticari işletmenin pasiflerinin devrinin zorunluluğu konusu, doktrindeki iki temel teori olan; teminat teorisi ve irade teorisi kapsamında irdelenmiştir. Bu kapsamda, ticari işletmedeki aktiflerin, ticari işletmenin borçlarına, ticari işletmenin alacaklıları nezdinde teminat teşkil etmesi görüşünden yola çıkarak, sadece aktiflerin geçişinin mümkün kılınmasının alacaklılara zarar vereceğini savunan teminat teorisi açıklanmıştır. Buna karşılık, ticari işletmede, taraf iradelerine önem verilmesi gerektiğini savunan irade teorisine ilişkin doktrindeki görüşlere yer verilmiştir. Çalışmamızın son kısmında, konuya ilişkin kendi değerlendirmelerimiz ve bir ticari işletmenin devrinde pasiflerin

tamamen devrin kapsamı dışında tutulabileceğine ilişkin görüşümüzün gerekçeleri sunulmuştur. Bu kapsamda, TBK m.202’de yer alan düzenlemenin TBK’nin lafzı ve sistematigi gereğince emredici olmadığı, dolayısıyla bu şekilde bir devrin kanunen mümkün olduğu, tacirin alacaklılara karşı tüm malvarlığı ile sorumlu olmaya devam etmesi nedeniyle ve ikame teorisi kapsamında alacaklıların menfaatlerinin zarara uğramadığı, ticaret hayatının gereklilikleri bakımından da ticari işletmenin devrinde pasiflerinin tümüyle kapsam dışı bırakılabileceğinin kabulünün daha doğru olacağı sonuçlarına varılmıştır.

KISALTMALAR

BK	818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
f.	Fıkra
İİK	2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
m.	Madde
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	6162 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
TSY	Ticaret Sicil Yönetmeliği
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd	ve devamı

KAYNAKÇA

- Aker H, Ticari İşletme Kirası (1st edn, Yetkin Yayınları 2012)
- Akgöl İ, Ticari İşletmenin Devri (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Arıcı F, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri (1st edn, Vedat Kitapçılık 2008)
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (26th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018)
- Aydın S, Kaplan H, Şen Kalyon A, “Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları” (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 229-260
- Ayhan R, Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (10th edn, Yetkin Yayınları 2017)

Ayhan R, Çağlar H, Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (12th edn, Yetkin Yayıncılık 2019)

Bahtiyar M, Ticari İşletme Hukuku (18th edn, Beta Yayınları 2017)

Çelikboya K, Ticari İşletme Devri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2017)

Demir K, “Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar” (2013) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 103-120

Demirkapı E, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi” (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371-441

Erdem E, “Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri” (2014) 1 (28) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/28-Erc%C3%BCment-ERDEM.pdf>> Erişim Tarihi 05.02.2020

Güncan A, Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2018)

Han I.A, “Türk Borçlar Kanunu’nun 202. Maddesi Işığında Ticari İşletme Devrinde Pasiflerin Devir Kapsamı Dışında Bırakılmasının Geçerliliği” (2019) 38 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 201-238

Kahraman Z, “Ticari İşletmenin Devrinde Aktif ve Pasiflerin İntikali” (2016) 11 (145-146) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı 587-630

Kayış F, Ticari İşletmede Şube Kavramı ve Şube Olmaya Bağlı Hüküm ve Sonuçlar (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A and Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku (4th edn, On İki Levha Yayıncılık 2015)

Poroy R and Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku (18th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Tekinalp Ü, “Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek” (2008) 24 (3) 5-16

Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu S and Altop A, Borçlar Hukuku, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Filiz Kitabevi 1993)

Üstündağ M. E, Ticari İşletme Kavramı ve Korunması (1st edn, Turhan Kitabevi 2020)

- Araştırma Makalesi -

¶ **HAKSIZ REKABETTEN KAYNAKLANAN
MANEVİ ZARARIN TAZMİNİ***

(COMPENSATION OF MORAL DAMAGES ARISING OUT OF UNFAIR
COMPETITION)

Av./Atty. Ozan Ali YILDIZ**

ÖZ

Haksız rekabetten kaynaklanan hukuki sorumluluğun düzenlendiği TTK m.56'da yer verilen davalardan biri manevi tazminat davasıdır. Hükme göre haksız rekabete maruz kalan kişiler ve müşteriler manevi tazminat talebinde bulunabilir. Manevi tazminat talebinin koşulları yönündense TBK m. 58'e atıf yapılmıştır. Buna göre davacının manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için; kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının gerçekleşmesi, manevi zararın oluşması, manevi zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağının olması ve davalının kusurunun veya bir kusursuz sorumluluk halinin bulunması gerekir. Manevi zarar, bir miktar paranın ödenmesi şeklinde tazmin edilebileceği gibi TBK m. 58/2'ye göre hakimin diğer bir giderim biçimine hükmetmesi de mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Kişilik Hakkı, Manevi Zarar, Manevi Tazminat

ABSTRACT

One of the cases mentioned in Article 56 of the Turkish Commercial Code, which regulates the civil responsibility arising from unfair

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 09.10.2019 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 31.01.2020 tarihinde birinci hakem; .20.02.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Avukat (İstanbul Barosu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, ozanali.yildiz@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8010-6873.

Bu makaleye atıf için; YILDIZ, Ozan Ali, "Haksız Rekabetten Kaynaklanan Manevi Zararın Tazmini", REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 1, 2020, s. 211-234.

competition, is the lawsuit for moral damages. According to the provision, those who can claim moral damages are the people exposed to unfair competition and the customers. In respect of the conditions to be entitled to claim for moral damages, this provision refers to Article 58 of the Turkish Obligations Code. Article 58 stipulates four cumulative conditions to sue for moral damages: an unlawful act against a personality rights, the occurrence of moral damage, the adequate causal link between the damage and the act, and either of the defendant's fault or an strict liability case. Moral damage may be compensated in the form of payment of a sum of money as well as in any other form that is considered appropriate by courts.

Keywords: *Unfair Competition, Personality Right, Moral Damage, Moral Indemnity*

GİRİŞ

Türk hukukunda haksız rekabeti düzenleyen temel hükümler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54 ila 63. maddeleridir. Haksız rekabetin amacı, hangi eylemlerin haksız rekabete neden olacağı ve haksız rekabetten kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk gibi haksız rekabet hukukunun temel esasları bu hükümlerle düzenlenmiştir. Bunun yanında, TTK'da düzenlenmesine ihtiyaç duyulmayan bazı noktalarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fiil hükümlerine atıf yapılmıştır. Manevi tazminat talebinin koşulları ve bazı davalılar açısından uygulanacak hükümler de bu şekilde TBK hükümlerine atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle haksız rekabet davalarının tarafları ile ilgili açıklamalar yapılacaktır. İkinci kısımda, haksız rekabetten kaynaklanan manevi tazminat talebinin koşulları ve Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararları ele alınacaktır. Son kısımda ise, manevi zararın tazmin yolları ile ilgili bilgi verildikten sonra bu tazmin şekillerinin haksız rekabet davaları yönünden uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

I. HAKSIZ REKABET DAVALARINDA TARAFLAR

A. Genel Olarak

Haksız rekabet hükümlerinin amacı; bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının teminidir (TTK m. 54/1). Bütün katılanlardan kasıt; tedarik edenler (rakipler), müşteriler ve kamu üçlüsüdür¹. Bu üçlü yapının bir sonucu olarak haksız rekabet davalarında taraflar arasında dar anlamda bir rekabet ilişkisi olması şart değildir²; rakip olmayanlar da haksız rekabet davalarının tarafı olabilir³.

Haksız rekabet sebebiyle açılacak hukuk davaları TTK m. 56'da düzenlenmiştir. Bu davalar, davaların açılabilmesi için aranacak koşullar ve davanın tarafları yönünden iki gruba ayrılabilir. İlk grup; haksız rekabetin tespiti, men'i ve eski hale iade davalarıdır. Bunlar için üst başlık olarak koruyucu davalar (*les actions défensives*) terimi kullanılabilir⁴. Koruyucu davaların açılabilmesi için failin kusuru veya zararın varlığı aranmaz⁵. İkinci grup olarak ifade ettiğimiz davalar ise maddi ve manevi tazminat davaları ile haksız kazancın iadesi davasıdır. Bu davalar yönünden TBK m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümleri ve TBK m. 530'da düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görme⁶ hükümleri dikkate alınır.

¹ Tekinalp, Ünal, 'Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk', Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı (Ankara, 2016), s. 34 ve s. 35, dn. 14.

² ATF 126 III 198, consid. 2c (www.bger.ch); ATF 116 II 463, consid. 4a (JdT 1991 I 599); ATF 4C.224/2005, consid. 2.2.2 (sic! 2006, s. 280-284).

³ Martin-Achard, Edmond, La Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale de 19 Décembre 1986 (Lausanne, 1988), s. 91; Muhlstein, Laurent, 'Le Mise en Oeuvre Judiciaire du Droit Suisse de la Concurrence Dél yale: Pièges et Straté ies', Jacques de Werra (Ed.), Dénis du Droit de la Concurrence Déloyale (Genève, 2014), s. 159; Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku (16. Baskı, İstanbul, 2017), s. 412; Bozer, Ali / Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku (4. Baskı, Ankara, 2017), s. 191.

⁴ Guyet, Jaques, 'Les Actions en Justice', Philippe Caruzzo / Pierre-André Oberson (Ed.), La Nouvelle Loi Fédéral Contre la Concurrence Déloyale (Lausanne, 1988), s. 95; CR LCD-Fornage, Art. 9, n. 9 vd.

⁵ CR LCD-Fornage, Art. 9, n. 12; Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku: I. Giriş – Ticari İşletme (3. Baskı, Ankara, 1968), s. 468; Bozer / Göle, s. 212.

⁶ Bir görüşe göre TTK m.56/1-e'de yer alan "...haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir..." düzenlemeyle bir maddi tazminat hesaplama biçimi öngörülmüştür. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre bu hükümde düzenlenen talep gerçek olmayan vekaletsiz iş görme-

B. Davacı

TTK m.56'ya göre, dava açabilecek kişiler yönünden üçlü bir ayırım yapılabilir: haksız rekabete maruz kalan kişiler, müşteriler ve ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar.

TTK m. 56/1'de haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatlerinin zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşan kişilerin, başka bir deyişle haksız rekabete maruz kalan kişilerin, ileri sürebileceği talepler sıralanmış ve bunların arasında manevi tazminat talebi de sayılmıştır.

Manevi tazminat talebinde bulunabilecek ikinci kesim ise müşterilerdir. TTK m. 56/2'ye göre, haksız rekabet nedeniyle ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler, araçların ve malların imhası dışında, TTK m. 56/1'de düzenlenen talepleri ileri sürebilir. Böylece müşterilere de manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Bununla beraber uygulamada müşterilerin nadiren haksız rekabet davalarına başvurduğunu belirtmek gerekir⁷.

Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar ise yalnızca haksız rekabetin tespiti, men'i ve eski hale iade davalarını açabilir (TTK m. 56/3). Bu kurum ve kuruluşlar tazminat davaları ve haksız kazancın iadesi davasını açamaz. Dolayısıyla bu kurum ve kuruluşlar tarafından açılacak haksız rekabet davalarında manevi tazminat talep edilemez.

C. Davalı

Haksız rekabet davaları, haksız rekabet eylemini gerçekleştiren fail, faili çalıştıran kişi veya basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları

nin özel bir görünümüdür. Konuya ilişkin görüş ve tartışmalar için Bkz. Nomer Ertan, Füsün N., *Haksız Rekabet Hukuku* (İstanbul, 2016), s. 424-425.

⁷ Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku* (24. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 2018), s. 364; Karayalçın, s. 472.

aleyhine açılabilir. Aleyhine dava açılacak kişi ile davacı arasında rekabet ilişkisi bulunması gerekmez. Örneğin sosyal medyadan yaptığı bir paylaşım sebebiyle, davacı tarafla herhangi bir rekabet ilişkisi bulunmayan sıradan bir vatandaşa karşı dahi manevi tazminat davası açılabilir. Ancak davalı sıfatı açısından Kanunda düzenlenen iki duruma özellikle değinmek gerekir: Adam çalıştırmanın sorumluluğu ve basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu.

Çalıştırmanın haksız rekabetten kaynaklanan sorumluluğunun düzenlendiği TTK m. 57'de ve basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 58'de de yine bu iki gruptaki davalar arasında ayırım yapılmaktadır. Her iki sorumluluk rejiminde de koruyucu davalar olarak adlandırdığımız haksız rekabetin tespiti, men'i ve eski hale iade davaları açısından TTK'nın ilgili hükümleri (TTK m. 57 ve TTK m. 58) uygulanırken tazminat ve haksız kazancın iadesi davalarında TBK hükümlerine atıf yapılmıştır.

Kendisine dava açılacak kişiler yönünden yapılan bu ayırım bilhassa çalıştırmanın sorumluluğu açısından önem arz etmektedir. Şöyle ki, çalıştırın aleyhine açılacak koruyucu davalarda TTK m. 57/1 hükmü uygulanacaktır ve TTK m. 57/1'de böyle bir imkan tanınmadığı için bu davalar yönünden çalıştırının TBK m. 66 anlamında kurtuluş kanıtı ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz⁸. Buna karşılık çalıştırın aleyhine açılacak tazminat davaları yönünden TBK hükümlerine atıf yapıldığı⁹ (TTK m. 57/2) için bu davalarda çalıştırın kurtuluş kanıtı ileri

⁸ Nomer Ertan, s. 438-439; Mimaroglu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku (3. Baskı, Ankara, 1978), s. 410-411; Poroy / Yasaman, s. 415; Arkan, s. 366; Eriş, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Cilt I (3. Baskı, Ankara, 2017), s. 1147; Çınar Karabağ, Nihal, Haksız Rekabet ve Yaptırımları (2. Baskı, Ankara, 2019), s. 149. Ayhan / Çağlar ise, adam çalıştırana karşı açılacak haksız rekabet davalarında, koruyucu davalar ile tazminat ve haksız kazancın iadesi davaları arasında bir ayırım yapmaksızın, TBK m. 66 hükmünün uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku (10. Bası, Ankara, 2017), s. 405. Bu görüşün kabulü halinde koruyucu davalar yönünden de çalıştırının kurtuluş kanıtı ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır.

⁹ Esasen bu hususa ilişkin bir düzenleme yapılmıyaydı dahi tazminat davaları yönünden genel hükümlerin uygulanabileceğini kabul etmek gerekirdi. Nitekim İsviçre hukukunda, İsvHRK'nın çalıştırana karşı açılacak davaları düzenleyen 11. maddesinde, haksız rekabet eyleminin çalışan veya işin yapılmasına yardım eden diğer kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde haksız rekabetin önlenmesi ve sona erdirilmesi davası çalıştırın aleyhine de açılabilceği belirtilmiş; tazminat davalarına ilişkin olarak

sürerek sorumluluktan kurtulabilir¹⁰. Bu bağlamda çalıştıran; çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini (TBK m. 66/2) ya da işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu (TBK m. 66/3) ispat ederse zarardan sorumlu olmaz¹¹.

II. MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN KOŞULLARI

A. Genel Olarak

TTK m. 56'da haksız rekabet sebebiyle manevi tazminat talep edebilecek kişiler belirlenmiş fakat manevi tazminat talebinin koşulları yönünden TBK m. 58'e atıf yapılmıştır. *Kişilik hakkının zedelenmesi* kenar başlığını taşıyan TBK m. 58'e göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Bu hükme göre manevi tazminata hükmedilmesinin koşulları; kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının bulunması, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişide bir manevi zararın oluşması, manevi zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve davalının kusurunun veya bir kusursuz sorumluluk halinin bulunmasıdır¹². TTK m. 56'da bu hükme atıf yapıldığı için haksız rekabet davalarında manevi tazminata hükmedilebilmesi bu koşulların gerçekleşmesine bağlıdır¹³.

Buna karşılık bazı Yargıtay kararlarında, haksız rekabetten kaynaklanan manevi tazminat talebinin koşulları yönünden farklı bir değer-

sa bir ifade kullanılmamıştır. Bununla beraber öğretide, manevi tazminat davası yönünden İBK hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Martin-Achard, s. 96-97; CR LCD-Fornage, Art. 11, n. 6.

¹⁰ Eriş, s. 1147; Çınar Karabağ, s. 149.

¹¹ Ayrıca bkz. Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II (14. Bası, İstanbul, 2018), n. 459 vd.; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2 (2. Baskı, Ankara, 2019), n. 1464 vd.; Sağlam, İpek, 'Adam Çalıştıranın Sorumluluğu', 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu: 3-4 Haziran 2011 (İstanbul, 2012), s. 164 vd.

¹² Oğuzman / Öz, n. 727 vd.; Antalya, Borçlar Hukuku, n. 860; Keskin, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat (Ankara, 2016), s. 142; Baysal, Başak, Haksız Fiil Hukuku (İstanbul, 2019), s. 550.

¹³ Uzun, Özge, 'Haksız Rekabet Hukukunda Manevi Tazminat Davası', (2014) S. 1-2 MÜHFD, s. 505; Demirel, Duygu, 'Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası', (2013) S. 7 KÜHFD, s. 56; Çınar Karabağ, s. 167.

lendirme yapılmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 21 Mayıs 2007 tarihinde verdiği bir kararda eTTK m. 58 (TTK m. 56) ve eBK m. 49 (TBK m. 58) hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, manevi tazminata hükmedilebilmesi için “davacının iktisadi menfaati yönünden zararın veya tehlikenin” varlığının ve “davalının kusurunun” bulunmasının yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁴. Sonraki tarihli bazı kararlarda da bu içtihat devam ettirilmiştir¹⁵.

Yargıtay’ın yaptığı bu değerlendirmenin hatalı olduğu kanaatindeyiz. TTK m. 56’da açıkça ifade edildiği üzere haksız rekabet sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için TBK m. 58’de öngörülen ko-

¹⁴ “...Dairemizin yerleşik görüşüne göre TTK’nun 58 ve B.K’nun 49 ncu maddesinin birlikte değerlendirilmesinde çıkan sonuca göre, hakimin haksız rekabet eylemi dolayısıyla manevi tazminata hükmedebilmesi için davacının iktisadi menfaati yönünden zararın veya tehlikenin ve davalının kusurunun olması yeterli bir sebeptir...” bkz. Yargıtay 11. HD, T. 21.5.2007, E. 2006/5640, K. 2007/7812 (Lale, Muktedir, Yargıtay Uygulamasında Haksız Rekabet (Ankara, 2016), s. 247).

¹⁵ “...Davacı şirket vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; dava dilekçesiyle maddi tazminat ile birlikte manevi tazminatın da tahsili istenmiş olup, davalıların eylemlerinin haksız rekabet oluşturduğu kabul edilerek, davanın kısmen kabulüne, 103.796,10 TL maddi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmekle birlikte, davacı şirketin manevi tazminat isteme hakkının ispatlanamadığı gerekçesiyle manevi tazminat talebinin reddine hükmedilmiştir.

Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK’nın 58. maddesi haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimseye 818 sayılı BK’nın 49. maddesinde gösterilen şartlar mevcut ise manevi tazminat istemek hakkını tanımış bulunmaktadır. İlgili yasal düzenleme gereğince, hakimin haksız rekabet eylemi dolayısıyla manevi tazminata hükmedebilmesi için davacının iktisadi menfaati yönünden zararın veya tehlikenin ve davalının kusurunun olması yeterlidir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 7.2.2019, E. 2017/1940, K. 2019/960 (Yargıtay Karar Arama); “...TTK.’nın 56/e maddesi hükmünün yollanmasıyla TBK’nın 58. maddesinde açıklanan şartların varlığı halinde haksız rekabete maruz kalan yararına manevi tazminatın da hüküm altına alınması gerektiği, haksız rekabet eylemi dolayısıyla manevi tazminata hükmedebilmesi için davacının ekonomik menfaati yönünden zararın veya tehlikenin varlığı ile kusurun mevcudiyetinin yeterli olduğu, mahkemece haksız rekabetin tespitine karar verilmekle davalının eyleminin hukuka aykırı olduğu belirlendiğine göre, davacı yararına manevi tazminat isteminin koşullarının ilke olarak oluştuğunun kabulü gerektiği gerekçeleriyle davacı vekilinin istinaf başvurusu kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, haksız rekabetin tespitine, 3.000,00 TL maddi tazminat ve 1.000,00 manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 7.1.2019, E. 2017/2595, K. 2019/69 (Yargıtay Karar Arama).

şulların varlığı aranır. Dolayısıyla kusur ve zararın varlığı manevi tazminat için yeterli görülmez. Haksız rekabetin kişilik hakkının ihlaline sebep olacak nitelikte olması ve fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir¹⁶.

Yargıtay'ın bu hatalı yaklaşımı nedeniyle esasen kişilik hakkının ihlaline neden olmayan bazı haksız rekabet hallerinde de manevi tazminata hükmettiği görülmektedir. Örneğin Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davalının ürettiği pastalar ile davacının ürettiği pastaların benzer olduğu ve bunun iltibas suretiyle haksız rekabete neden olduğuna karar verilmiş ve dava sonucunda diğer taleplerle birlikte manevi tazminata da hükmedilmiştir¹⁷. Tarafların ürettiği pastaların benzer olmasının davacının kişilik hakkını ihlal ettiğini söylemek güçtür. Bu sebeple Yargıtay'ın bu kararında hatalı şekilde manevi tazminata hükmettiği kanaatindeyiz.

Yukarıda anılan kararlarda¹⁸ Yargıtay, “*davacının iktisadi menfaati yönünden zararın veya tehlikenin*” varlığını manevi tazminatın koşullarından birisi olarak zikretmiştir. Manevi tazminat talebi yönünden aranması gereken zarar; iktisadi menfaatlerin zarara uğraması değil manevi zarardır. Bunun için de kişilik hakkına bir saldırının gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca ortada bir manevi zarar bulunmaksızın sadece zarar tehlikesinin bulunduğu hallerde manevi tazminata hükmedilmesi düşünülemez. Dolayısıyla anılan kararlarda bu koşulun da hatalı şekilde ifade edildiği kanaatindeyiz.

Bu açıklamaların nihayetinde, manevi tazminat talebinin koşulları olarak kabul ettiğimiz kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının bulunması, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişide bir manevi zararın oluşması, manevi zarar ile saldırı arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve davalının kusurunun veya bir kusursuz sorumluluk halinin bulunması koşullarını aşağıda ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

¹⁶ Aynı yönde bkz. Uzun, s. 505; Demirel, s. 56; Çınar Karabağ, s. 167.

¹⁷ Yargıtay 11. HD, T. 01.10.2013, E. 2013/326, K. 2013/17146 (Karar için bkz. Pekdiñer, Remzi Tamer, Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar – II (Ankara, 2019), s. 107-108).

¹⁸ Yargıtay 11. HD, T. 21.5.2007, E. 2006/5640, K. 2007/7812; Yargıtay 11. HD, T. 7.2.2019, E. 2017/1940, K. 2019/960; Yargıtay 11. HD, T. 7.1.2019, E. 2017/2595, K. 2019/69 (Yargıtay Karar Arama).

B. Kişilik Hakkına Hukuka Aykırı Bir Saldırının Bulunması

Haksız rekabet sebebiyle manevi tazminat talebinde bulunabilmek için öncelikle eylemin kişilik hakkına saldırı oluşturması gerekir¹⁹. İsviçre Federal Mahkemesinin uygulaması bu yöndedir²⁰. Yargıtay da bazı kararlarında -yukarıda anılan kararlardan farklı olarak- bu hususa dikkat çekmektedir²¹.

Kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden değerlerin tümü üzerindeki haktır²². Kişilik hakkını oluşturan değerler; fiziksel kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri, sosyal kişilik değerleri ve ekonomik kişilik değeri olarak dört başlık altında toplanabilir²³. Haksız rekabet hükümleri, sosyal ve ekonomik kişilik değerlerinin korunmasına hizmet etmektedir²⁴.

Kişilik hakkı yalnızca gerçek kişilere tanınmış bir hak değildir; tüzel kişiler de hak ehliyetini kazandıkları tarihten tüzel kişiliğin sona erme tarihine kadar kişilik hakkına sahiptir. Ancak bazı kişisel değerler

¹⁹ CR LCD-Fornage, Art. 9, n. 48; Ayhan, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi (Konya, 1990), s. 135; Oruç, Murat, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası (İstanbul, 2009), s. 67; Nomer Ertan, s. 430; Çınar Karabağ, s. 167; Dinç, Serhan, Hasız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar (Ankara, 2017), s. 105.

²⁰ ATF 138 III 337, consid. 6.1 (www.bger.ch).

²¹ "...Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan TTK'nun 58/e bendine göre, haksız rekabet halinde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminata hükmedilir. Dolayısıyla hükmolunacak manevi tazminatın hukuki dayanağını TTK'nun 58/e bendi oluşturmakta olup, hakim bu madde uyarınca manevi tazminata karar verirken Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki şahsiyet haklarının hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğraması koşulunu göz önüne alacaktır..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 9.1.2013, E. 2012/17329, K. 2013/251 (BATİDER, C. XXIX, Sa. 1, 2013, s. 188-190).

²² Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler (8. Bası, İstanbul, 2017), s. 101; Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku (18. Bası, İstanbul, 2017), s. 100.

²³ Meier, Philippe / de Luze, Estelle, Droit des Personnes (Bâle, 2014), s. 265; Guillod, Olivier, Droit des Personnes (3ème édition, Neuchâtel, 2012), s. 75 vd. Bazı yazarlar ekonomik kişilik değerlerini sosyal kişilik başlığı altında ele almaktadır. Bkz. CR CC I-Jeandin, Art. 28, n. 49-50; Deschenaux, Henri / Steinauer, Paul-Henri, Personnes Physiques et Tutelle (4ème édition, Berne, 2001), n. 567.

²⁴ Demirel, s. 53-54; CR CC I-Jeandin, Art. 28, n. 49; Meier / de Luze, s. 301; Gönen, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması (İstanbul, 2011), s. 105 vd.; Dural / Öğüz, s. 142.

doğası gereği gerçek kişilere özgüdür²⁵. Örneğin vücut bütünlüğü yalnızca gerçek kişiler açısından korunabilecek bir kişisel değerdir. Kişinin şeref ve haysiyeti, adı üzerindeki hakkı veya ekonomik özgürlüğü gibi kişisel değerler yönündense tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi kişilik hakkına sahiptir²⁶. Dolayısıyla sahip oldukları kişisel değerlere saldırı halinde, diğer koşulların da oluşması kaydıyla, tüzel kişiler de manevi tazminat talebinde bulunabilir²⁷.

TTK m. 54/2 veya TTK m. 55 kapsamında haksız rekabet teşkil eden bir eylem hukuka aykırı sayılmakla birlikte bu maddeler kapsamında hukuka aykırılık oluşturan her eylem aynı zamanda mağdurun kişilik hakkına bir tecavüz oluşturmaz²⁸. Bu eylemlerin bazılarında doğrudan hedef alınan bir kişi bulunmamaktadır. Örneğin TTK m. 55/1-a-9'a göre, bir teşebbüsün müşterilerine sunduğu ürünlerin tehlikelerini gizleyerek onları aldatması haksız rekabet teşkil eder. Ancak bu eylem herhangi bir kimsenin kişilik hakkını hedef almadığı için manevi tazminat talep edilemez.

Haksız rekabet ile kişilik hakkı ihlalinin kesiştiği en açık örnek kötüleme suretiyle haksız rekabet eylemidir (TTK m. 55/1-a-1). Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, haksız rekabet davalarında, kötüleme suretiyle haksız rekabet hali dışında nadiren manevi tazminata hükmetmektedir²⁹. Kötüleme, bir tacirin ekonomik faaliyetlerini sürdürdüğü piyasadaki saygınlığı olarak tarif edebileceğimiz ticari itibarına yönelik bir saldırı oluşturur ve bu da tacirin sosyal ve ekonomik kişilik değerlerinin ihlaline yol açar³⁰. Dolayısıyla TTK m. 55/1-a-1 anlamında kötüleme oluşturan bir eylem sebebiyle manevi tazminat istenebilir.

²⁵ Helvacı, s. 101; Gönen, s. 58; Oral, Tuğçe, Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini (İstanbul, 2018), s. 53.

²⁶ ATF 138 III 337, consid. 6.1 (www.bger.ch).

²⁷ "...Yargıtay'ın uygulaması ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de kişisel nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kalan, kişisel haklarına saldırı halinde manevi tazminat isteyebilecekleri yolundadır..." Bkz. Yargıtay 4. HD, T. 24.9.2001, E. 2001/4164, K. 2001/8421 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²⁸ Gönen, s. 109-110.

²⁹ Muhlstein, s. 173.

³⁰ Demirel, s. 44.

Öte yandan kişinin itibarına zarar verebilecek haksız rekabet halleri kötüleme ile sınırlı değildir; bazı hallerde kişinin itibarından yararlanma amaçlı eylemler de kişinin itibarına zarar verebilir. Örneğin bir teşebbüsün, kullanma izni olmadığı ve ürünleri gerekli şartları taşımadığı halde ürünlerinin üzerinde TSE logosu kullanması hem haksız rekabet teşkil eder³¹ hem de Türk Standardları Enstitüsü'nün toplumda oluşturduğu güven ve itibara zarar verir. Dolayısıyla bu tür izinsiz kullanımlar karşısında itibarı zarar gören Enstitü manevi tazminat talep edilebilir³².

Bunlar dışında kalan haksız rekabet eylemlerinin kişilik hakkına saldırı oluşturması ile nadiren karşılaşılacaksa da bu olasılığı tümüyle göz ardı etmemek gerekir. Somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirme yapılarak bir sonuca ulaşılmalıdır.

C. Manevi Zarar

Manevi zarardan ne anlaşılması gerektiği ile ilgili öğretide iki temel görüş bulunmaktadır. Türk-İsviçre öğretisinde baskın olan subjektif görüşe göre, manevi zarar, bir kimsenin kişilik hakkına yönelik saldırı sebebiyle acı ve elem duymasıdır³³.

Sübjektif görüşün kabulü halinde, ayırt etme gücü bulunmayanların ve tüzel kişilerin manevi tazminat talepleri karşılıksız kalacaktır çünkü bu kişilerin acı ve elem duyması söz konusu olmaz³⁴. Ancak bu kişilerin acı ve elem duymayacaklarından bahisle manevi zarara uğramayacaklarını ve dolayısıyla da manevi tazminat talep edemeyeceklerini kabul etmek ayırt etme gücü olmayanların³⁵ ve tüzel kişilerin kişilik hakkının etkili bir şekilde korunamamasına neden olur.

³¹ Yargıtay 11. HD, T. 19.12.2019, E. 2017/2522, K. 2018/8092 (Pekdinçer, Remzi Tamer / Yıldız, Ozan Ali, İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı (Ankara, 2019), s. 75-76).

³² Yargıtay 11. HD, T. 1.4.2019, E. 2018/795, K. 2019/2507; Yargıtay 11. HD, T. 25.5.2016, E. 2015/9482, K. 2016/5740 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

³³ Deschenaux / Steinauer, n. 621; Meier / de Luze, s. 375; CR LCD-Fornage, Art. 9, n. 46; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, 'Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)', Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 (İstanbul, 1980), s. 148; Oğuzman / Öz, n. 743; Helvacı, s. 165; Dural / Ögüz, s. 158-159.

³⁴ Atlan, Hülya, Manevi Zararı Tazmin Yolları (İstanbul, 2015), s. 54-55; Baysal, s. 572 vd.

³⁵ Sübjektif görüşün benimsenmesinin ayırt etme gücü olmayanlar açısından yarattığı sakıncalar ile ilgili ayrıca bkz. Özen, Burak, 'Ayırt Etme Gücü Olmayanlarla İlgili

Nitekim sübjektif görüşü savunan bazı yazarlar da bu sakıncayı gözeterek tüzel kişilerin manevi tazminat talep etmelerine imkan tanımak adına bu görüşü esnetmişlerdir. Buna göre, tüzel kişilerin kişilik hakkına yönelik saldırılar sebebiyle tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişiler acı ve elem duyar ve bu kişilerin hissettiği duygular tüzel kişiye izafe edilerek tüzel kişinin manevi zarara uğradığı kabul edilir³⁶. Böylece sübjektif görüş benimsenmekle birlikte tüzel kişilerin manevi tazminat talep etmesine imkan tanınmış olur. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Tüzel kişilerin, organlarından veya onları oluşturan kişilerden bağımsız bir kişiliği bulunmaktadır. Organların duyduğu acı veya elem duygularını tüzel kişiye izafe etmek isabetli olmaz³⁷. Ayrıca tüzel kişilerin kişilik hakkına yönelik saldırılar sebebiyle tüzel kişinin organlarını oluşturan kişilerin acı ve elem duyacaklarını varsaymanın gerçekçi bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz.

Bizim de benimsediğimiz objektif görüşe göre, manevi zarar, kişinin iradesi dışında kişilik değerlerinde meydana gelen objektif eksilmedir³⁸. Buna göre, kişilik hakkına saldırı oluşturan tüm hukuka aykırı fiil-

Bazı Hukuki Sorunlar: Hukuki Sorumlulukları, Manevi Tazminat Talepleri', Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu: 24.10.2014 (İstanbul, 2015), s. 68-70.

³⁶ Oğuzman / Öz, n. 750; Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası, İstanbul, 2018), s. 268; Uzun, s. 504.

³⁷ Gönen, s. 196-197; Antalya, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (İstanbul, 2017), s. 22.

³⁸ Keskin, s. 108-111; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. Baskı, Ankara, 2018), s. 556; Oral, s. 39-41; Baysal, s. 570; Gönen, s. 200. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 25 Eylül 2018 tarihli bir kararında manevi zararı bu şekilde tanımlamıştır: "...Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkabilir. Acı ve elem manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için yasalar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir.

Bunlar kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m.24), isme saldırı (TMK m.26), nişan bozulması (TMK m.121), evlenmenin butlanı (TMK m.158/2), boşanma (TMK m.174/2) bedensel zarar ve ölüme neden olma (818 sayılı BK m.47) durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesi (818 sayılı BK m.49) olarak sıralanabilir..." Bkz. Yargıtay HGK, T. 25.9.2018, E. 2017/1484, K. 2018/1347 (LEXPERA). Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD, T. 18.9.2017, E. 2015/12044, K. 2017/4744 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay 4. HD, T. 4.2.2010, E. 2009/3618, K. 2010/812 (LEXPERA); Yargıtay 21. HD, T. 18.4.2017, E. 2015/5605, K. 2017/3357 (LEXPERA).

ler manevi zarara neden olur; ayrıca kişinin acı ve elem duyması aranmaz³⁹. Bu görüşün kabulü halinde ayırt etme gücü bulunmayanlar ve tüzel kişiler de manevi tazminat talebinde bulunabilir⁴⁰.

D. Uygun Nedensellik Bağı

Diğer bir koşul kişilik hakkına yönelik saldırı ile oluşan manevi zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Bu noktada hayat tecrübelerine göre yapılan saldırının söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığı hakim tarafından değerlendirilerek bir sonuca varılacaktır⁴¹.

E. Kusur veya Kusursuz Sorumluluk Hali

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için aranacak son koşul davalının kusurunun veya davalının sorumluluğunu gerektiren bir kusursuz sorumluluk halinin bulunmasıdır.

Kusur, failin hukuka aykırı davranışının kınanabilir olmasını ifade eder⁴². Failin iradesini ortaya koyma şekline göre kusur derecelendirilebilir. Fail hukuka aykırı sonucun ortaya çıkmasına bilerek ve isteyerek

³⁹ Özen, s. 71.

⁴⁰ Özen, s. 73; Baysal, s. 572-575; Eren, s. 559. "...Kişilik haklarına saldırının kapsam ve koşulları MK.nun 24, 24/a maddesinde belirtilmiş, BK. nün 49. maddesinde de saldırı halindeki yaptırımın kapsam ve niteliği düzenleme altına alınmıştır. BK. nün 49. maddesinde belirtilen manevi zarar, kişinin kişisel çıkarlarında (haklarında) uğradığı bir eksilmedir. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) neden olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırap duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahsedilmiş olduğuna göre (MK. 46), tüzel kişinin üzüntü duymayacağı gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir. Zaten manevi zarar salt üzüntünün varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bunun içindir ki gerek Medeni Yasa ve gerekse Borçlar Yasası (m. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerinde kişisel haklarını korumaktadır. Yargıtay'ın uygulaması ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de kişisel nitelikçe gerçek kişilerin kişiliklerine özgü olanların dışında kalan, kişisel haklarına saldırı halinde manevi tazminat isteyebilecekleri yolundadır..." Bkz. Yargıtay 4. HD, T. 24.9.2001, E. 2001/4164, K. 2001/8421 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

⁴¹ Oğuzman / Öz, n. 752.

⁴² Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku (İstanbul, 2010), s. 45; Oğuzman / Öz, n. 154.

neden olmuşsa kusur kast derecesindedir ve bu kusurun en ağır derecesidir⁴³. Failin hukuka aykırı sonucun meydana gelmesini istememekle birlikte bu sonucun meydana gelmemesi için gereken dikkat ve özeni göstermemesi halindeyse kusur ihmal derecesindedir⁴⁴. İhmal de kendi içerisinde ikiye ayrılır. Hukuka aykırı sonucun meydana gelmemesi için makul her insanın göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması ağır ihmal; dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması ise hafif ihmal olarak nitelendirilir⁴⁵.

Hem kast hem de ihmal sonucunda işlenen haksız rekabet eylemlerinde manevi tazminat istenebilir. Sorumluluğun doğması açısından kusurun derecesi önem taşımaz. Ancak kusurun derecesi tazminat miktarı açısından dikkate alınır. Hakim tazminat miktarını takdir ederken kusurun derecesini göz önünde tutacaktır⁴⁶.

Tüzel kişilere karşı açılacak manevi tazminat davalarında tüzel kişinin organlarının kusurlu olması aranır. Zira tüzel kişiler fiil ehliyetini organları aracılığıyla kullanır ve organlarının hukuka aykırı fiillerinden sorumludur (TMK m. 50/2). Ancak tüzel kişinin, organlarının hukuka aykırı fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için iki unsurun daha varlığı aranır. Öncelikle fiil tüzel kişinin hak ehliyetine dahil olan bir konuda işlenmiş olmalıdır⁴⁷. İkinci unsur ise, organın bu fiili görevini yerine getirirken işlemiş olmasıdır⁴⁸. Bu unsurların varlığı halinde, tüzel kişi ve organı oluşturan kişiler, haksız fiilin neden olduğu zarardan müteselsilen sorumlu olur⁴⁹. Bu unsurların bulunmadığı hallerde ise organı oluşturan

⁴³ Baysal, s. 66; Eren, s. 599-600; Oğuzman / Öz, n. 158; Antalya, Borçlar Hukuku, n. 146.

⁴⁴ Tandoğan, s. 48; Antalya, Borçlar Hukuku, n. 160.

⁴⁵ Baysal, s. 70; Oğuzman / Öz, n. 159; Eren, s. 605.

⁴⁶ Antalya, Manevi Tazminat, s. 271-273; Oğuzman / Öz, n. 755; Helvacı, s. 166.

⁴⁷ Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (17. Bası, İstanbul, 2018), s. 313; Dural / Ögüz, s. 258.

⁴⁸ CR CC I-Xoudis, Art. 54/55, n. 65; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 313; Dural / Ögüz, s. 258.

⁴⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 312. "...somut olayda asıl davanın konusunu oluşturan 02.12.2008 tarihli e-postanın davalı şirket adına onun temsilcisi sıfatıyla diğer davalı K... U... tarafından gönderildiği hususunda taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Mahkemece haksız rekabet teşkil eden bu eylemden tüzel kişiliğin sorumlu olduğu, şirket müdürü sıfatını taşısa da davalı K... U...'a husume-

kişilerin şahsi sorumluluğu doğsa bile bu kişilerin fiilleri sebebiyle tüzel kişiye karşı dava açılmaz.

Davalının eylemin gerçekleşmesinde bir kusuru bulunmamakla birlikte onun sorumluluğunu gerektiren bir kusursuz sorumluluk hali varsa bu kişiden de manevi tazminat istenebilir⁵⁰. Haksız rekabet davalarında karşılaşılabilecek muhtemel kusursuz sorumluluk hali adam çalıştırmanın sorumluluğudur (TBK m. 66). Yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK m. 57/2’de, adam çalıştırana karşı açılacak manevi tazminat davaları yönünden TBK hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu davada TBK m. 58 ve TBK m. 66 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, çalıştıran, TBK m. 66’de öngörülen kurtuluş kanıtını ileri sürebilirse sorumluluktan kurtulur⁵¹.

III. MANEVİ ZARARIN TAZMİNİ

A. Manevi Zararın Tazmin Biçimleri

Manevi zarar, uygulamada genellikle bir miktar paranın ödenmesi suretiyle tazmin edilmektedir⁵². Buna karşılık TBK m. 58/2’de, hakim

tin yöneltilemeyeceği gerekçesiyle anılan davalı hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

Her ne kadar TTK’nın 542/2. maddesi uyarınca, vazifelerini ifa dolayısıyla müdürlerin işlemiş oldukları haksız fiillerden şirket sorumlu olur ise de genel hükümler uyarınca müdürler de haksız eylemden dolayı kişisel olarak sorumlu tutulabilirler. Nitekim TMK’nın 50. maddesinde, tüzel kişinin iradesinin organları aracılığıyla açıklanacağı, organların, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağı, yine organların, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olduğu belirtilmiştir. Yani haksız fiilden dolayı müdür veya müdürler genel kurallara göre, şirketler TTK’nın 542/2. maddesine göre sorumlu olabilirler. Sorumluluk davası haksız fiil ika eden ortaklık veya müdür aleyhine ayrı ayrı açılabileceği gibi birlikte de açılabilir.

Bu durum karşısında mahkemece, asıl davada davalı K... U... hakkındaki davanın yazılı gerekçeyle reddine karar verilmesi doğru olmamış, asıl davada verilen kararın bu nedenle de davacı yararına bozulması gerekmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 27.11.2014, E. 2013/18216, K. 2014/18514 (Pekdinçer / Yıldız, s. 226-228).

⁵⁰ Tercier, Pierre, La Protection de la Personnalité (Zurich, 1984), s. 266; CR CO I-Werro, Art. 49, n. 11; Eren, s. 820; Baysal, s. 544; Nomer, s. 263; Antalya, Borçlar Hukuku, n. 925; Helvacı, s. 166. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 27.4.2015, E. 2014/8684, K. 2015/5858 (Pekdinçer / Yıldız, s. 236-237).

⁵¹ Eriş, s. 1147; Çınar Karabağ, s. 149.

⁵² Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 263-264; Nomer, s. 268.

bir miktar paranın ödenmesi dışında bir giderim biçimine hükmedebileceği veya bir miktar para ile beraber bu giderim biçimini kararlaştırabileceği belirtilmiştir.

Bir miktar paranın ödenmesi dışındaki giderim biçimlerine ilişkin olarak TBK m. 58/2’de bir örnek verilmiştir. Buna göre hakim saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına da hükmedebilir. Bunun dışında hakim; davalının özür beyanında bulunması, isnadın geri alınması gibi bir giderim biçimi belirleyebileceği kabul edilmektedir⁵³.

Bazı yazarlar bir miktar paranın ödenmesi dışındaki giderim biçimlerinin manevi tazminat olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüşse⁵⁴ de öğretilerdeki baskın görüş, bu giderim biçimlerinin de manevi tazminatın bir türü olduğu yönündedir⁵⁵. Hatta bazı hallerde diğer giderim biçimlerinin bir miktar paranın ödenmesine nispetle daha uygun bir tazminat şekli oluşturacağı söylenebilir⁵⁶.

Yukarıda manevi zarar başlığı altında yaptığımız değerlendirmelerde manevi zararı kişilik değerlerindeki objektif eksilme (objektif görüş) olarak kabul ettiğimizi ifade etmiştik. Ne var ki kişilik değerlerindeki bu eksilme para ile ölçülemez. Bu sebeple manevi zararın bir miktar paranın ödenmesi şeklinde tazmini halinde tazminat miktarının belirlenmesinde hakime takdir hakkı tanınmıştır⁵⁷. Ancak hakim takdir

⁵³ “...Bahsedilen madde gereği diğer tazmin yöntemleri konusunda örnekseme yapılarak haksız saldırının kınanması ve kınama kararıyla birlikte bu kararın basın yoluyla ilan edilmesi yöntemlerine değinilmişse de; bu yöntemler sınırlı olmayıp hakim takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda, özür beyanı, isnadın geri alınması vb. bir tazmin şeklinin benimsenmesi de düşünülebilir...” Bkz. 4. HD, T. 7.5.2014, E. 2014/5445, K. 2014/7387 (Yargıtay Karar Arama).

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 178; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, İstanbul, 1993), s. 681-683.

⁵⁵ Keskin, s. 288-289; Atlan, s. 256 vd.; Tandoğan, s. 343; Baysal, s. 584; Oğuzman / Öz, n. 788; Eren, s. 822; Antalya, Borçlar Hukuku, n. 1017 vd.

⁵⁶ Baysal, s. 584.

⁵⁷ “...Borçlar Kanunu’nun 47. maddesi hükmüne göre hakim özel durumları göz önünde tutarak hükmedeceği manevi tazminat miktarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir

hakkı taleple bağıllık ilkesi (HMK m. 26) ile sınırlıdır. Hakim, davacının talep ettiği tazminat miktarından fazlasına hükmedemez⁵⁸.

B. Bir Miktar Para Ödenmesi Dışındaki Tazmin Biçimlerinin Haksız Rekabet Davaları Yönünden Uygulanabilirliği

TTK m. 56'da haksız rekabetten kaynaklanan manevi zararın giderim biçimine ilişkin bir ifade kullanılmamıştır. Ancak öğretilerde savunulan bir görüşe göre, haksız rekabette sebebiyle açılan manevi tazminat davalarında zarar yalnızca bir miktar paranın ödenmesi suretiyle tazmin edilebilir⁵⁹. Bu görüş Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına⁶⁰ dayandırılmaktadır.

Kötüleme suretiyle haksız rekabeti konu alan bir yargılamada ilk derece mahkemesi, davalının eyleminin haksız rekabet teşkil ettiği ve manevi tazminat açısından aranan koşulların oluştuğu kanaatine ulaşmış ve manevi zararın giderimi amacıyla davalının kınanmasına ve kararın gazetede ilanına karar vermiştir. Kararı temyizen inceleyen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, haksız rekabet davalarında ileri sürülen manevi tazminat talebi değerlendirilirken TBK m. 58 (eBK m. 49)'de aranan koşullar çerçevesinde inceleme yapılması gerektiğini fakat bu koşullar mevcut olsa bile manevi tazminat olarak yalnızca bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceğini belirtmiş ve bu sebeple ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur⁶¹. Ancak bu kararın hatalı olduğu kanaatindeyiz.

edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hakim bu konuda takdir hakkını kullanır iken, ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 14.1.2014, E. 2012/8581, K. 2014/726 (Pekdiğer / Yıldız, s. 223).

⁵⁸ Yargıtay 11. HD, T. 10.6.2008, E. 2007/5924, K. 2008/7679 (Karar arşivimizdedir).

⁵⁹ Bozer / Göle, s. 212.

⁶⁰ Yargıtay 11. HD, T. 9.1.2013, E. 2012/17329, K. 2013/251 (BATİDER, C. XXIX, Sa. 1, 2013, s. 188-190).

⁶¹ "...Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, davalının davacı T... Halı Mobilya San. ve Tic. Ltd. Şti. ve ortaklarını iyi bilen ve aynı işi yürüten bir kısım şirketler ile meslek kuruluşlarına çektiği faksın amacının, anılan şirketi rencide etmek ve ticari hayatına zarar vermek olduğu, alacağın tahsilinin olağan yolunun bu şekilde davranmak olmadığı, davalının kasıtlı ve iyi niyet ku-

Kanun koyucu bazı hallerde bir miktar paranın ödenmesini manevi zararı tazmin edebilecek tek giderim biçimi olarak belirlemiş olabilir. Örneğin bedensel bütünlüğü zedelenen mağdurun (TBK m. 56/1) ya da ağır bedensel zarar veya ölüm sebebiyle zarar görenin veya ölenin yakınlarının (TBK m. 56/2) uğradığı manevi zarar yalnızca “bir miktar paranın ödenmesi” suretiyle tazmin edilebilir⁶². Kanunda bu şekilde açık bir

rallarına aykırı eylemi haksız ve kusurlu olduğundan manevi tazminat koşullarının gerçekleştiği gerekçesiyle, davacı T... Ltd. Şti. tarafından açılan davanın kabulü ile davalının çektiği faks içeriğinin hukuka aykırı olduğunun tespitine, davalının tazminat ödetilmesi talebinin yerine BK'nun 49. maddesi uyarınca takdiren kınanmasına, kararın gazetede ilanına, faks metninde ismi geçmeyen davacı M... Day. Tük. Mal. Oto. Tur. İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin davasının reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı M... Day. Tük. Mal. Oto. Tur. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili ile davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacı T... Halı Mobilya San. ve Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince, dava 6762 sayılı TTK'nun 56. vd. maddelerine göre haksız rekabetin tespiti ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davalı eyleminin haksız rekabet oluşturduğu kabul edildiğine göre, hükmolunacak manevi tazminatın TTK'nun 58. maddesi gözetilerek belirlenmesi gerekir. Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan TTK'nun 58/e bendine göre, haksız rekabet halinde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminata hükmedilir. Dolayısıyla hükmolunacak manevi tazminatın hukuki dayanağını TTK'nun 58/e bendi oluşturmakta olup, hakim bu madde uyarınca manevi tazminata karar verirken Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki şahsiyet haklarının hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğraması koşulunu göz önüne alacaktır. Mahkemece davalının haksız eylem sonucunda söz konusu koşulun gerçekleştiği kanaatine varıldığına göre, TTK'nun 58/e bendi ve davacının talebi dikkate alınmak suretiyle manevi tazminatın para olarak tazmini şeklinde takdiri gerekirken, anılan maddenin atfı yaptığı 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki diğer tazmin yöntemi olan tecavüzün kınanması şeklindeki hüküm tesisi doğru olmamış ve kararı bu nedenle bozulması gerekmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 9.1.2013, E. 2012/17329, K. 2013/251 (BATİDER, C. XXIX, Sa. 1, 2013, s. 188-190).

⁶² Erlüle, Fulya, Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (2. Baskı, Ankara, 2015), s. 415 vd.; Baysal, s. 585; Eren, s. 819; Atlan, s. 249. “...Anılan yasal düzenlemelere göre kınama kararının kişilik haklarına saldırı nedeniyle verilebileceği, bedensel zararlara ilişkin manevi tazminat istemlerinde bu şekilde bir düzenlemenin olmadığı, başka bir anlatımla bedensel bütünlüğün zedelmesi durumunda bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verilmesi gerektiği, bu kapsamda uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi ge-

düzenleme olmayan hallerde ise manevi zararın tazmini açısından uygulanacak genel hüküm TBK m. 58'dir⁶³ ve TBK m. 58 bir miktar paranın ödenmesi dışındaki giderim biçimlerine de imkan tanımaktadır. Haksız rekabet sebebiyle açılacak manevi tazminat davası açısından TBK m. 56'dakine benzer bir sınırlama getirilmediği için bu davada hakimin TBK m. 58/2'de belirtilen diğer giderim biçimlerine hükmetmesine engel bir durum bulunmamaktadır⁶⁴.

Nitekim Yargıtay da 19 Kasım 2018 tarihli bir kararında, yukarıda anılan karardan farklı olarak, haksız rekabeti kınayan bir karar verilerek bunun ulusal bir gazetede yayımlanması ve buna ilişkin giderlerin davalıya yüklenmesi şeklindeki ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁶⁵.

Önemle belirtmek gerekir ki, genellikle tercih edilen yöntem bu olmakla beraber, manevi zararın tazmini açısından en uygun giderim biçimi her zaman bir miktar paranın ödenmesi olmayabilir⁶⁶. Bu değerlendirme yapılırken somut olayın şartları dikkate alınmalıdır. Özellikle kişinin şeref ve haysiyeti gibi sosyal kişilik değerlerinin ihlaline yol açan saldırılar karşısında, manevi tazminat olarak davalının kınanmasına ve bu kararın ilanına karar verilmesi, bir miktar paranın ödenmesinden daha uygun bir giderim biçimi olabilir⁶⁷.

SONUÇ

Haksız rekabetten kaynaklanan manevi tazminat davası haksız rekabete maruz kalan kişiler ve müşteriler tarafından; haksız rekabetin faili, faili çalıştıran kişi veya basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları aleyhine açılabilir.

Manevi tazminat talebinin koşulları yönünden TBK m. 58'e atıf yapılmıştır. Buna göre manevi tazminat davasının koşulları kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırının bulunması, kişilik hakkı saldırıya uğra-

rekirken yazılı gerekçe ile kınama kararı ile yetinilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." Bkz. Yargıtay 4. HD, T. 28.9.2015, E. 2014/12414, K. 2015/10200 (LEXPORA).

⁶³ Antalya, Manevi Tazminat, s. 284; Helvacı, s. 166.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Uzun, s. 515; Demirel, s. 57.

⁶⁵ Yargıtay 11. HD, T. 19.11.2018, E. 2017/1821, K. 2018/7179 (BATİDER, C. XXXV, Sa. 1, 2019, s. 246-248).

⁶⁶ ATF 131 III 26, consid. 12.2.2 (www.bger.ch).

⁶⁷ Meier / de Luze, s. 380.

yan kişide bir manevi zararın oluşması, manevi zarar ile saldırı arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve davalının kusurunun veya bir kusursuz sorumluluk halinin bulunmasıdır.

Manevi zararın giderim biçimi hakim tarafından takdir edilir. Manevi zarar çoğu kez bir miktar paranın ödenmesi şeklinde tazmin edilmekle birlikte bu bir zorunluluk değildir. Haksız rekabetten kaynaklanan manevi tazminat davalarında hakim TBK m. 58/2'ye göre farklı bir giderim biçimine de hükmedebilir.

KISALTMA CETVELİ

Art.	: Article
ATF	: Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. / bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas No
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar No
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: Madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
n.	: Paragraf Numarası
s.	: Sayfa
S. / Sa.	: Sayı
sic!	: Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle, de l'Information et de la Concurrence
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve Devamı

KAYNAKÇA

Antalya OG, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2 (2 nd edn, Ankara, 2019) (Atıf Şekli: Borçlar Hukuku)

Antalya OG, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması (İstanbul, 2017) (Atıf Şekli: Manevi Tazminat)

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (24th edn facsimile, Ankara 2018)

Atlan H, Manevi Zararı Tazmin Yolları (İstanbul, 2015)

Ayhan R and Çağlar H, Ticari İşletme Hukuku (10th edn, Ankara 2017)

Ayhan R, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi (Konya, 1990)

Baysal B, Haksız Fiil Hukuku (İstanbul, 2019)

Bozer A and Göle C, Ticari İşletme Hukuku (4th edn, Ankara 2017).

Çınar Karabağ N, Haksız Rekabet ve Yaptırımları (2nd edn, Ankara 2019)

Demirel D, ‘Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası’, (2013) S. 7 KÜHFD s. 39-73

Deschenaux H and Steinauer Paul-Henri, Personnes Physiques et Tutelle (4ème édition, Berne 2001)

Dinç S, Hasız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar (Ankara 2017)

Dural M and Öğüz T, Kişiler Hukuku (18th edn, İstanbul 2017)

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23rd edn, Ankara 2018)

Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Cilt I (3rd edn, Ankara, 2017)

Erlüle F, Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat (2nd edn, Ankara 2015)

Gönen D, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması (İstanbul 2011)

Guillod O, Droit des Personnes (3ème édition, Neuchatel 2012)

Guyet J, ‘Les Actions en Justice’, Philippe Caruzzo / Pierre-André Oberson (Ed.), La Nouvelle Loi Fédéral Contre la Concurrence Déloyale (Lausanne, 1988) s. 89-108

Helvacı S, Gerçek Kişiler (8th edn, İstanbul 2017)

Karayalçın Yaşar, Ticaret Hukuku: I. Giriş – Ticari İşletme (3rd edn, Ankara 1968)

Keskin AD, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat (Ankara 2016)

Kocayusufpaşaoğlu N, ‘Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK. 49)’, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, 21-22 Ekim 1977 (İstanbul, 1980) s. 141-180

Lale M, Yargıtay Uygulamasında Haksız Rekabet (Ankara 2016)

Martenet V and Pichonnaz Pascal (Ed.), Commentaire Romand - Loi Contre la Concurrence Déloyale (Bâle 2017) (Atıf Şekli: CR LCD-Bölüm Yazarı)

Martin-Achard E, La Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale de 19 Décembre 1986 (Lausanne 1988)

Meier P and de Luze, Estelle, Droit des Personnes (Bâle 2014)

Mimaroglu SK, Ticaret Hukuku (3rd edn, Ankara 1978)

Muhlstein L, ‘Le Mise en Oeuvre Judiciaire du Droit Suisse de la Concurrence Déloyale: Pièges et Stratégies’, Jacques de Werra (Ed.), Dénis du Droit de la Concurrence Déloyale (Genève, 2014) s. 159-188

Nomer E and Füsün N, Haksız Rekabet Hukuku (İstanbul 2016)

Nomer HN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16 th edn, İstanbul 2018)

Oğuzman MK and Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II (14th edn, İstanbul 2018)

Oğuzman MK, Seliçi Özer and Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku (17th edn, İstanbul 2018)

Oral T, Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini (İstanbul 2018)

Oruç M, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası (İstanbul 2009)

Özen B, ‘Ayırt Etme Gücü Olmayanlarla İlgili Bazı Hukuki Sorunlar: Hukuki Sorumlulukları, Manevi Tazminat Talepleri’, Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu: 24.10.2014 (İstanbul, 2015) s. 67-74

Pekdiñer RT and Yıldız OA, İsviçre Hukuku ile Mukayeseli Türk Haksız Rekabet Hukuku Mevzuatı (Ankara, 2019)

Pekdiñer RT, Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar – II (Ankara, 2019)

Pichonnaz P and Foëx, Bénédict (Ed.), Commentaire Romand - Code Civil I: Art. 1-359 CC (Bâle, 2010) (Atıf Şekli: CR CC I-Bölüm Yazarı)

Poroy R and Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku (16th edn, İstanbul 2017)

Sağlam İ, ‘Adam Çalıştıranın Sorumluluğu’, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu: 3-4 Haziran 2011 (İstanbul, 2012) s. 163-171

Tandoğan H, Türk Mes’uliyet Hukuku (İstanbul 2010).

Tekinalp Ü, ‘Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk’, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı (Ankara 2016) s. 25-43

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7th edn, İstanbul 1993)

Tercier P, La Protection de la Personnalité (Zurich 1984)

Thévenoz L and Werro F (Ed.), Commentaire Romand - Code des Obligations I: Art. 1-529 CO (2ème édition, Bâle, 2012) (Atıf Şekli: CR CO I- Bölüm Yazarı)

Uzun Ö, ‘Haksız Rekabet Hukukunda Manevi Tazminat Davası’, (2014) S. 1-2 MÜHFD s. 501-519



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1882 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

ISSN 2146 - 6203

