

# Anonim Şirketlerin Kısmi Bölünmelerinde Değerleme Sorunu ve Azınlık Hakları

Av. Ömer Gören\*

## 1) KONUNUN ACIKLANMASI:

Sermaye şirketlerinin (Anonim ve Limited Şirketler) birleşmeleri, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemleri, gelişen ve değişen ekonomik koşullar ile doğru orantılı bir seyir takip eder. Ekonomik, mali ve de finansal birçok sorun zaman zaman şirketlerin birleşerek büyümelerini, kimi zamanda bölünerek küçülmelerini zorunlu kılmıştır.

Burada akla gelen ilk haklı soru, şirketlerin aktiflerinde yer alan bazı değerleri doğrudan satmak suretiyle içinde buldukları sorunları çözmeleri daha kolay ve net bir yol iken niçin bu tür operasyonlara girmeyi düşündükleridir.

Burada özellikle üretim yapan şirketleri dikkate almak gerekecektir. Çünkü özellikle hizmet şirketlerinde aktif değerlerin çokluğu ve değer yüksekliklerinden çok, verdikleri hizmetlerin kalitesinden kaynaklanan marka değerleri daha ön plandadır. Eğer zarar eden bir hizmet bölümü var ise, bunun kapatılarak faaliyetten vazgeçilmesi çözüm olabilir. Oysa aynı tür çözümü bir sınai işletmede düşünebilmek her zaman çözüm getirmeyebilir. Bu tür işletmelerde makina- tesisat yoğunluğu bunların bilanço aktifinde önemli yer tutması ve amortismanlardan kaynaklanabilecek sorunlardan söz edilebilir. Ayrıca makine ve tesisatların tek tek satımında oluşacak fiyat düzeyi ile, üretim bandının aksar hale gelmesi gibi sorunlarda gündeme gelebilir.

Bunun içindir ki işletmelerin bu sorunlarını asgariye indirebilmek anlamında (işletme- üretim bütünlüğü) nün sağlanması ve korunması ilkesi esas alınmakta bu da hukuki düzenlemelere yansımaktadır.

Diğer yandan özellikle işletmelerin aktifinde bulunan gayrimenkuller ve iştiraklerinde dikkate alınması gerekli ve bir o kadar da önemlidir.

---

\* Atılım Üniversitesi Öğretim Görevlisi

Şirketlerin finansal daralma ve sıkılma noktalarında, aktiflerindeki gayrimenkullerin ve iştiraklerin değerlendirilmesi bu değerlerin tek tek satılmaları ile çözümlenebileceği gibi, bunların ve de özellikle gayrimenkullerin değerlendirilmesi bir başka şirket yapısı içinde de düşünülebilir. Özellikle bu noktada sını ve ticari faaliyetler ile gayrimenkullerin değerlendirilmesinin (inşaat v.s. yoluyla) ayrı şirketlerde yapılandırılması, yeni ortaklar bulunması ve de daha aktif değerlendirmeler açısından yararlı olabilir.

Görülüyor ki kısaca özetlediğimiz ekonomik- mali ve finansal sorunların işletmeler bazında çözümü, birleşme , devir ve bölünme operasyonlarını gerektirir.

Bu tür operasyonların, şirket bilançolarında yapısal değişikliklere neden olabilmesi, özellikle öz sermaye mukayesesine dayanan ticari- kurum kazancının tespit zorunluluğu (GVK 38, KVK ½) vergi hukuku alanında matrah oluşturabilir.

İşte tüm bu sorunların çözümü, bilanço yapılarının yeniden oluşturulması, bunun için zorunlu değerlemelerin yapılması, vergisel istisnaların düzenlenmesini de zorunlu kılmıştır.

Bu durumda vergisel alan ile, şirketlerin hukuki konumlarının iç içe girmesi ve de bir bütün oluşturması kaçınılmaz olmuştur.

Konu özellikle vergisel anlamda tanınan istisnalar ile (KVK 20) çözüme kavuşmuşsa da, ticaret hukuku alanında ve de özellikle (değerleme) ve (ortaklık hakları) bakımından önemli sorunları gündem de tutmaktadır.

Bilindiği gibi 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunumuz 1957 yılında yürürlüğe girmiş ve 50 yılı aşkın bir süredir başarıyla uygulanmıştır.

Ancak özellikle son (10) yıldır dünya çoğunlukla ve yoğunlukla teknolojik gelişmelerden de kaynaklanan çok canlı bir global ekonomi, ve bunun en önemli ayağı sayılabilecek finansman işlevlerine dayanan, ekonomik birleşmelerden de oluşan (AB gibi) bir ivmeyi yaşamaktadır.

Bu durum söz konusu olduğunda özellikle konumuz açısından TK. nun birleşme ve bölünme operasyonlarının hukuksal alt yapısı anlamında yetersiz kaldığı rahatlıkla gözlenebilir. Ayrıca konunun özelliği bakımından ticaret hukuku ile vergi hukukunun iç içe geçtiği bu operasyonlarda önemli sorunlarında ortaya çıktığı göz ardı edilmemelidir.

Nitekim konu (AB) hukuku bakımından da önemli olup, temel düzenleme ilkesi olarak şirketlerin tasfiye edilmeden ve bütünlüklerinin korunarak birleşmeleri, bölünen şirket hissedarlarına yeni kurulan şirketlerin hisse verilmesi ve mal varlıklarının yeni şirkete aktarımı esas alınmıştır. (82/891 E.EC ve 78/855 EEC sayılı yönergeleri değiştiren 2007 tarihli 2007/63 EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi)

Bu arada özellikle ana yönerge olan 82/891 EEC sayılı Altıncı konsey yönerge-

sinde, özellikle pay sahiplerinin ve şirketten alacaklı olanların ve şirket çalışanlarının menfaatlerinin tehlikeye düşürülmemesi gerektiği ilkesi esas alınmıştır. Bu ilkeler içinde özellikle bağımsız denetim şirketlerince düzenlenecek bilirkişi raporlarının pay sahiplerince incelenme haklarına önem verilmiştir. Olağandır ki bu hak doğrudan bu rapor ve eklerine hissedarların itiraz haklarını da beraberinde getirmektedir. Böyle olmasına karşın aşağıda açıklanacağı gibi, bu itiraz hakkına ilişkin hukuk yolları hukukumuzda tıkanabilmektedir.

(Yeni TK. da ki düzenlemeler değerlendirmeye alınmamıştır)

## **2) SORUNUN ORTAYA KONMASI :**

Anonim Şirketlerin kısmi bölünmeleri (Birleşmeler dahil) ile bu operasyon sonucu bir başka anonim şirkete aynı sermaye olarak konulacak (bölünen kısım) değerinin tespiti gerek uygulamada gerekse teoride, Türk Ticaret Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanununun birbiri içinde uygulandığı tek tipik örnektir.

Genelde Vergi hukukunun bağımsızlığı ilkesi içinde vergiciler, Ticaret Kanununun birçok hükmünü görmezden gelirler. Bu anlamda da özellikle VUK 3/ B maddesindeki (serbest delil) sistemini referans gösterirler.

Genel durum kalın çizgileriyle bu olmakla birlikte özellikle Anonim Şirketlerin kısmi bölünmeleri konusunda Kurumlar Vergisi Kanunu ile Ticaret Kanunu arasında (AB) hukukunun temel ilkelerine aykırı biçimde bir hukuk kardeşliği kurulmuştur.

Ancak her iki hukuk alanının temel felsefesinin özündeki uyumsuzluklar uygulamada önemli sorunlar doğurmaktadır. Bu sorunlardan bir önemlisi de, bölünen şirket kısmının değerinin tespitidir. Çünkü kısmi bölünme işlemi hukuki sonuç itibarıyla hem bir yeni anonim şirket oluşturmakta ve hem de yeni bir ortaklık ilişkisi kurmaktadır. Bir başka anlatımla, kısmi bölünme ile sağlanmak istenen vergisel kazandırmalar, ticaret hukuku bakımından önemli sayılan pay sahiplerinin hakları bakımından bu hakları etkiler hukuki sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Anonim Şirketlerin bölünmeleri ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanununda herhangi bir hüküm yoktur.(TK 269-474) (Yeni tasarıda 192 vd.)

TK 293. maddesi ile (devralınacak şirketlerin ) aynı sermaye olarak konması halinde, bilirkişi tayinine ilişkin düzenleme yapmıştır.

Nitekim kısmi bölünme suretiyle aynı sermaye konmasına yönelik uygulamadaki bilirkişi tespiti de bu hükme dayanılarak yapılmaktadır.

TK 293. maddesi (... devralınacak işletmenin değerinin) biçilmesinden söz etmekte ve bu konuda bilirkişinin, kurucuların talebi üzerine mahkemece tayin olacağını belirtmektedir. Görüldüğü gibi burada işletmenin değerinin tespitinden bahsedilmekte bu değerlendirmenin nasıl yapılacağına ve hangi yöntemin uygulanacağına dair bir düzenleme ise bulunmamaktadır.

Aynı yönde TK 303. maddesinde de (Aynı neviden sermaye konması veya şirketin mevcut bir işletmeyi veya bazı ayınları devralması şart kılınmış ise, bunların değerlerini biçecek bilirkişi Mahkemece tayin olunur) hükmü bulunmaktadır.

TK 293 maddesi, anonim şirketlerin ani kuruluşlarındaki kuruluş genel kurulu ile, TK 303 maddesi de ani kuruluşun usulü ile ilgilidir. Bir başka anlatımla özünde, TK. nun bir işletmenin aynı sermaye olarak bir Anonim Şirkete devir suretiyle sermaye olarak konabileceğini ve bu işletmenin değerinin mahkemece tayin oluncak bilirkişi tarafından tespit edileceğini düzenlemiştir.

Görüldüğü gibi TK'da bir kısmi bölünme tanımı yoktur. Kanun bir işletmenin devralınması suretiyle aynı sermaye oluşturulmasına olanak vermekte ancak bu devralmanın nasıl ve ne şekilde yapılacağı, hangi yöntemlerle değerlendirileceği konusunda bir düzenleme getirmemektedir.

Diğer yandan TK. 451, 452. maddeleri şirketlerin birleşmesini (tasfiyesiz infisah) hükümleri içinde de ayrıca (devralma) ile (yeni bir şirket kurulması) adı altında düzenlemiştir.

Her iki hükümde de yine bölünmeye ilişkin bir düzenleme yapılmış değildir.

TK 451. maddesi bir Anonim Şirketin bir başka anonim şirketi bütün aktif ve pasifiyle devralması, TK 452. maddesi de, yeni kurulacak bir anonim şirketin birden çok anonim şirketin mallarının devralınması halini düzenlemektedir.

Bu iki maddede de yine bölünme hali, yöntemi ve değerlendirilmesi hususları düzenlenmemiştir. Özellikle kısmi bölünme ise, gerek birleşme ve gerekse aynı sermaye bakımından özel bir durumdur.

İşte bu hukuki boşluk 16.09.2003 tarihli RG. de (Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı) tarafından ortaklaşa yayımlanan (Anonim ve Limited Şirketlerin kısmi bölünme işlemlerinin usul ve esaslarının düzenlenmesi hakkındaki tebliğ) ile doldurulmaya çalışılmış ve uygulama bu tebliğ çerçevesinde yürütülmektedir.

Söz konusu tebliğin başlangıç kısmi Kurumlar Vergisi Kanununun 38. ve T.K. 274. maddesindeki (murakabe) hükmü ile 3143 sayılı kanunun 33. maddesine dayanılarak düzenlendiğini ifade etmektedir.

TK 274. ilke olarak Anonim Şirketlerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca denetimini düzenlemekte ve Bakanlığa TK. nun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin tatbikatıyla ilgili olarak tebliğler çıkarmaya yetki vermektedir.

Görüldüğü gibi TK 274. maddesi TK daki ticaret Şirketlerine ilişkin hükümlerin uygulanması ile ilgili bir idari yetki düzenlemektedir. Bu yetkide TK 293. maddesi çerçevesinde kullanılarak uygulama yapılmaktadır.

İdareye bu yönde verilen yetki bir denetim yetkisidir, yoksa kanunda olmayan hususların düzenlenmesi yönünde verilmiş bir yetki değildir.

Oysa sözü edilen tebliğ denetim dışında, kanunda düzenlenmemiş (kısmi bölünme) bir konudur. TK. da, kısmi bölünmeye ilişkin bir hüküm yoktur ve bu konuda denetim dışında, idareye herhangi bir düzenleme yetkisi ve görevi verilmemiştir.

Özellikle devir işlemine ilişkin olarak değerlendirme yönteminin tespiti bakımından idarenin hiçbir yetkisi yoktur ve olamaz.

Nitekim tebliğin aşağıdaki açıklanacak hükümleriyle ilgili olarak Ticaret Kanununda bir üst norm bulunmamakta, yapılan düzenlemede (denetim) işlevinin dışında (düzenleyici) normlar getirdiğinden hukuka aykırılık taşımaktadır. **Tebliğ ile düzenlenen Ana Hukuk Normu Vergiseldir ve Kurumlar Vergisi Kanununun Uygulanmasına Yöneliktir.**

Tebliğin 1. maddesi açık ve net biçimde (Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Hükümler) bölümünde yer alan 4684 sayılı kanunun (03.07.2001 RG) 18/ BCD maddesinin, KVK 38. maddesinde yaptığı değişikliğe atıfta bulunmakta, devir ve bölünme hallerinde (**VERGİLENDİRME**) adı altında düzenleme yapılmaktadır.

Nitekim bu normlara göre, kısmi bölünme aynı sermaye teşkili suretiyle **mukayyet** değerler üzerinden yapılacaktır. Bir başka anlatımla tebliğ kısmi bölünme halinde uygulanacak değerlendirme normunu, ve şeklini TK'da olmayan ve düzenlenmemiş bir sistem içinde çizerek, Ticaret Hukuku bakımından kanun dışı bir uygulama yaratmaktadır. Daha da açıkçası Ticaret Kanunu alanı, idari bir işlem ile düzenlenmektedir.

Oysa gerek 4684 sayılı kanun (KVK 38 vd. md.) gerekse 5520 sayılı KVK.nun 19. maddesi ilke olarak devir, bölünme ve hisse değişimindeki usul ve şekil bakımından vergisel amaçla düzenlenmiştir. Anonim Şirketlerle ilgili hükümler, ticari hükümlerdir ve Ticaret Kanunu, yalnızca Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır.

Bu alanda yapılan TK 1. vd. maddelerindeki hukuk alanının tespiti ve davalar bölümünde (TK 4) Vergi Kanunlarından bahsedilmemek-tedir. Açıkçası, Vergi Kanunlarına ilişkin olarak yapılan hiçbir düzenleme (kanun, tebliğ tüzük v.s.) Ticaret hukuku alanını düzenleyemez.

Bu noktada ancak vergisel düzenleme sonuçlarının alınabilmesi Ticaret Kanununa uyum sorununu ortaya çıkarır ise, temel hukuk normu olarak Ticaret Kanununu hükümlerine atıf yapılabilir.

Bu, Ticaret Kanununda düzenlenmemiş konularda vergi kanunlarının uygulanması sonucunu doğuramaz.

Yukarıdaki açıklamalarımıza karşın uygulamada Anonim Şirketlerin kısmi bölünmeleri bu tebliğ hükümlerine göre yapılmakta ve hem ticaret hukuku ve hem de vergi hukuku bakımından ortak hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki sakıncalar yukarıdaki bölümde kalın çizgilerle gösterilmiştir.

Burada, bu sorunların Ticaret Hukukuna yansıyan boyutlarından özellikle (değerleme) konusu incelenecektir. Çünkü değerlemenin yöntemi doğrudan ve dolaylı olarak şirket ortaklarını ve azınlık haklarını ilgilendirmektedir.

KVK 19/ b maddesi kısmi bölünmeyi tanımlanmaktadır. Buna göre “...**tam mükellef bir sermaye şirketinin..... bilançosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri yada sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya bir kaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesi, bu kanun uygulanmasında kısmi bölünme hükmündedir**”

Yine KVK 20/3 maddesine göre ; “... **Bu kanunun 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ( b) .... bentlerinde belirtilen işlemlerden doğan karlar hesaplanmaz ve vergilendirilmez....**”

Görüldüğü gibi, operasyonun vergisel ayağı, değerlemenin, aktif değerlerin özellikle de gayrimenkullerin kayıtlı değerleri, mukayyet değerleri (VUK 265) yapılabacağını belirtmektedir.

Ancak yukarıda bahsedilen tebliğin 7 / c maddesinde, yine yukarıda açıklanan Ticaret Kanunu hükümlerine göre düzenlenecek bilirkişi raporunda (Bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet ve varsa cari değerleri) nin de tespitini zorunlu kılmaktadır.

Bu düzenlemeler temelde ortakların, hissedarların ve alacaklıların haklarını korumak amacıyla yapılmışlardır. Vergi Hukuku bakımından ise öz, vergi matrahının hesaplanmasıdır.

O halde konuya bu noktadan bakmak gerekir, ve durum böyle olunca da bölünen şirketteki varlıkların değerlendirilmesi önemli bir sorun haline gelir.

Çünkü sonuçta bölünen şirket ortaklarına yeni şirketten yani devrolan şirketten hisse verilecektir. Bu hisselerin değerinin, devir işleminde mukayyet değer ( şirket defterlerindeki kayıtlı değer) kullanılması halinde, defterlere kayıt tarihindeki değerlere eşit olduğu, oysa bölünme tarihinde bu değerlerin çok daha yüksek olması söz konusudur. Nitekim özellikle gayrimenkullerde durum böyledir. Bu halde de ortakların, devralan şirketten değeri rayice göre çok düşük olan hisseler almaya zorlanması gibi bir hukuki sonuç ortaya çıkacaktır.

Bu ise özellikle yönetimde söz sahibi de olmayan azınlık hisselerinin gerçek değeri ifade etmeyen düşük değerde hisse senetlerine dönüşümü demektir ki, böylelikle azınlık haklarını da kapsayan hisselerin değer kaybına uğramaları anlamına gelmektedir.

Nitekim TK 75. maddesi bilançonun açıklık ve doğruluk ilkelerine uygun olarak düzenlenmesini ve bütün aktiflerin bilanço gününde işletme için haiz oldukları değer üzerinden kaydolunması gerektiğini belirtmektedir. Bu değerlendirme ölçüsüne

rayiç bedel veya cari değer denmektedir. Bu değer bir iktisadi kıymetin gerçek değerini ifade etmektedir. Buda kısaca şimdiki değer ölçüsünü anlatır. TK. bakımından bilançonun doğru ve gerçek durumu yansıtması ancak bu değerlendirme yöntemi bakımından geçerli olup, TK 75. maddesi de bu yöndedir.

O halde kısmi bölünme işleminde düzenlenecek bilanço TK 75. maddesinde uygun olarak, aktif değerlerin ve özellikle gayrimenkullerin cari değer ile değerlendirilmesini zorunlu kılar.

Bu ayrıca doğru ve gerçek bilançonun tespiti anlamında, hissedarların gerçek hisse değerlerinin de tespiti anlamına gelir.

Durum böyle olunca, devralınacak değerlerin özellikle gayrimenkullerin değerlerinin deftere kayıtlı, eski değerler olması, TK. 75. maddesindeki ilkelere ters, ancak KVK 19 / 3- b bölümündeki kısmi bölünme hükümlerine uygun olacaktır.

İşte bunun içindir ki, bu konudaki bilirkişi incelemesinde bölünmeye konu varlıkların hem mukayyet (defter) değerleri ve hem de cari değerleri (işletme için ifade edilen piyasa değeri) tespit edilmelidir.

Böylelikle bir mali bilançonun, diğer yandan da bir ticari bilançonun düzenlenmesi zorunlu olacak, vergisel bölünmede mali bilanço, ortaklara verilecek devralan şirket hisselerinin oluşumunda ticari bilanço esas alınacaktır. Bunun içindir ki, bu konuda bilirkişilere verilen görevlerde ( Bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet ve varsa cari değerleri) nin tespiti istenmektedir.

Bahsi geçen tebliğin 7. maddesi (Denetim) adı altında, bölünme sözleşmesi ile bölünmeye esas bilançonun, TK 303 maddesine göre Mahkemece (Ticaret Mahkemesi) atanacak bilirkişilerce denetlettirilmesini hükme bağlamıştır.

Bu çerçevede 7/ a maddesi bilirkişi raporunda incelenmesi ve karşılanması gerekli hususları (6) noktada toparlamıştır.

Görüldüğü gibi tebliğ TK 303. maddesine atf ile aynı sermayeyi değerlendirecek ve tespit edecek bilirkişilerin Mahkemece tespitini ve bu denetimin bu bilirkişilerce yapılmasını öngörmektedir. Bir başka anlatımla bu rapor, yalnızca bir öz sermaye, aynı sermaye tespitine yönelik bir rapor olmayıp, tüm bölünme işlemlerinin denetiminin de yapılmasına yöneliktir.

Nitekim 7 / a maddesi ile devrolan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının veya verilecek yeni şirket hisselerinin, devreden şirket ortaklarının haklarını korumaya yeterli olup olmadığı, 7/ c maddesi ile bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet değer ve cari değerlerinin tespitini ve 7 / f maddesinde de değerlendirme yöntemlerinden kaynaklanan sorunlar olup olmadığının tespitini zorunlu kılmaktadır.

Bu düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı gibi özellikle cari değerlerin tespiti bir zorunluluktur, ve tebliğde konu açıkça belirtilmiştir.

### **3) ÖRNEK OLAYDA ÇÖZÜMSÜZLÜK :**

Bir Anonim Şirket, (Devir suretiyle bölünme) yi konu alan hasımsız bir dava açmak suretiyle, belirli bir tarihteki bilançoya göre şirketin öz varlığı ile buna istinaden aktifinde kayıtlı gayrimenkullerinin ticari defterlerdeki kayıtlı değerinin bilirkişi tarafından tespitini talep etmiştir.

Ticaret Mahkemesi, TK 293. maddesi çerçevesinde devir olunacak şirketin öz sermayesinin tespitinin gerektiği, ayrıca tebliğin 7. maddesine göre denetimin mahkemece atanacak bilirkişilerce yapılmasını öngördüğünü belirterek bu talebi kabul ederek bilirkişi atanmış ve bilirkişilerden ne yönde bir rapor istendiğini de (6) madde de tek saymak suretiyle tespit etmiştir. Bu tespitlerin içinde açıkça ve net bir biçimde (bölünmeye konu varlıkların nitelikleri, mukayyet ve varsa cari değerleri) nin de tespiti yer almaktadır. Aynı tespit bilirkişi raporunun bilirkişi kuruluna verilen görev bölümünde de bilirkişilerce yine açıkça ve net bir biçimde belirtilmiştir.

Ancak tüm bunlara karşın bilirkişi raporunda kısmi bölünmeye konu edilen gayrimenkullerin cari değerleri tespit edilmemiş ve bu konuda herhangi bir çalışma da yapılmamıştır.

Hem bölünen şirkette ortak ve hem de devralacak şirkette potansiyel ortak Mahkemeye müracaat ile yukarıdaki eksikliği gerekçe göstererek, bilirkişi raporunun gayrimenkullerin cari değerini tespit etmediğini ve bu yöndeki eksikliğin hem mahkeme kararına ve hem de tebliğin açık hükmüne aykırı olduğunu belirtmek suretiyle bu eksikliğin giderilmesi çerçevesinde, şirket aktifindeki devre konu gayrimenkullerin cari değerlerinin tespitine yönelik ve ek bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasını talep etmiştir.

Ticaret Mahkemesi verdiği ek karar ile dosyadan el çektiğini, taraf olmayan kişinin talebinin değerlendirilemeyeceğini, üçüncü şahısların kendi iddialarını açabilecekleri hasımlı dava da ileri sürebilecekleri gerekçe gösterilerek azınlık hisse sahibinin talebini red etmiştir.

Bunun üzerine azınlık hisse sahibi aynı taleple, söz konusu dosyaya atıfta bulunmak suretiyle bölünen şirketteki gayrimenkullerin cari değerlerinin tespiti bakımından bilirkişi incelemesi yaptırılması talebiyle hasımsız dava açmıştır.

Bu defa bir başka Ticaret Mahkemesi, kısmi bölünme suretiyle yeni kurulacak şirkete bölünecek şirketin ortak olacağı, dolayısıyla hak sahibinin bölünen şirket olduğundan bahisle, itiraz ve dava hakkının bu şirkete ait olduğu ve davacının şirkete ait olan bu hakkı doğrudan kullanamayacağı, şirketin bu hakkı kullanmaması durumunda davacı hukukunun bundan etkilenmesi söz konusu olabilirse de, bu durumun davacıya doğrudan o hakları kendisinin kullanabilmesi yetkisini bahsetmeyeceği, ancak ortağı olduğu şirket bünyesinde müracaat yollarını kullanmak ve söz konusu şirketi hasım olmak suretiyle açacağı bir dava da çekişmenin gideril-



mesini isteyebileceği, eda davası açılacak hallerde tespit davası açılmasında hukuki yararada bulunmadığı, bu davanın bir tespit davası olduğu varsayılsa dahi gayrimenkullerin değerinin her zaman tespitinin mümkün olduğu cihetle böyle bir delil tespiti talep edilmesinde hukuki yarar bulunmadığı gerekçeleriyle bu davayı reddetmiştir.

Sonuçta kısa ve öz bir anlatımla bir şirkette azınlık hissedarlı, hissedarı olduğu şirketin aktifindeki gayrimenkullerin cari değerlerinin tespitini hüküm ve tebliğ maddeleri açıkça emretmiş iken, bu hususun yerine getirilmesi için, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptıramamıştır.

Bu sonuç ile yukarıdaki mahkeme kararlarını ve gerekçelerini karşılaştırmak, doğru hukuki sonuç bakımından en sağlıklı yöntem olacaktır.

- Sözü edilen kararlar Ticaret Mahkemelerine ait olup, ilke olarak ticaret hukukunu ilgilendiren davalar olmalarına karşın, kararlarda Ticaret Kanununun bir tek maddesine değinilmemekte, yalnızca usuli yorumlar yapılmaktadır.

Oysa Anayasamızın 138. maddesine göre hakimler Anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Buradan kolaylıkla anlaşılan kanun hükmüne dayanmayan bir vicdani kanaat yani yorum yürütülemez.

Olayımızda, bilirkişi raporunun tebliğ ve Mahkemenin kendi kararına aykırı ve eksik olduğu tartışmasızdır. Bu eksikliğin giderilmesi zorunludur.

Diğer yandan yine Anayasamızın 144. maddesi, hakimlerin görevlerini yaparken tebliğlere uyma bakımından da zorunluluk ve sorumluluk getirmektedir.

Bu zorunluluk Anayasamızın 36. maddesinde hak arama hürriyeti) ile doğrudan bağlantılı olup, (hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.) hükmü gereğidir.

Oysa, buradaki her iki hükümde hiçbir kanuni ve hukuki mesnet (kanun veya tebliğ maddesi) göstermeksizin, yalnızca yorum yoluyla, davacının davasını görmekten kaçınma sonucunu doğurmaktadır.

Mahkemenin bu yöndeki tutumu ise, olaya tersinden bakarak ta yorumlanabilir.

Varsayalım ki Sayın Mahkeme azınlık hisse sahibi davacının davasını kabul ederek, bölünen şirketin aktifindeki gayrimenkullerin cari değerlerinin tespiti için bilirkişi tayin etmiş ve bu bilirkişi heyeti de şu veya bu değerde gayrimenkullerin cari değerini tespit etmiştir.

Bu durumda, aynı şekilde bölünen şirketin talebine uygun olarak alınan bilirkişi raporu gibi, bu raporda alınarak yalnızca dosyasına konularak, bu husus usulen tespit edilecektir.

Burada hukuka, Ticaret Kanununa ve ilgili tebliğe aykırı bir durum var mıdır? Bu tespit talebinin kimden geldiğinin hukuki sonuçları bakımından ne önemi vardır?

Kaldı ki burada talepte bulunan bölünen şirketin azınlık haklarına sahip, ve hukukun korunması gereken küçük hisseli ortaktır.

- Uygulamanın tebliğe ve mahkemenin kendi kararına aykırı biçimde eksik olarak düzenlenmiş bir bilirkişi raporu ile yürüyeceği açıktır. Yani bir bakıma Mahkeme, buna açıkça hukuki olanak tanımıştır.

Burada bölünen şirketin hak sahibi olması, ortakların haklarını niçin ortadan kaldırsın? Nitekim, bölünen şirket bu yanlış ve eksikliği görmek ve tespit etmek zorundayken (TK 20) bunu da yapmamıştır. Bir bakıma kısmi bölünme hakkını MK. 2. maddesine aykırı olarak kullanmış, dürüstlük kurallarına uymamıştır.

Şirketin bölünen gayrimenkul varlığının değerlendirilmesinde cari değer ilkelerini tebliğ ve mahkeme kararına rağmen göz ardı eden eksik bilirkişi raporuna göre kısmi bölünme işlemine devam etmesi MK. 2. maddesine göre dürüstlük kuralının açıkça ihlali değil midir?

- Mahkemenin azınlık hakkı sahibi davacıya önerdiği şirket bünyesi içinde kullanılacağı müracaat yolları nelerdir? Sayın Mahkeme çok genel bir anlatımla ortaya koyduğu bu öneriyi, TK. nun hiçbir maddesine bağlamamıştır. Ortağın bu yönde ki talepleri TK. nun hangi maddelerine dayanabilir?

Örnek olayda pay sahibi, ortağı olduğu şirketin almış olduğu bilirkişi raporunun eksik ve yetersiz olduğu gerekçesi ile yeni bir bilirkişi raporu olması yönünde, hangi edim davasını açacaktır?

Ne TK’da nede HUMK’da bu tür bir dava şekli yoktur.

Olsa olsa, pay sahibi bölünme işleminin daha sonraki aşamalarında yapılacak genel kurulların iptaline ilişkin davalar açabilir ki, bu pay sahibinin bu davaların açılabilmesi için mevcut kanuni sınırlamalar (TK. 381 ) içinde olması da söz konusudur.

- Gayrimenkullerin değerinin her zaman tespitinin imkan dahilinde olmasına yönelik gerekçe ise, bir başka gerekçe ile rahatça ortadan kaldırılabilir.

O zaman bölünen şirketteki her tür aktif değer, giderek bunların defterlerdeki kayıtlı değerinin de her zaman tespiti mümkündür. O zaman bu bilirkişi incelemesine tümü ve özü itibarıyla gerek yoktur, denebilir.

Dolayısıyla bu gerekçenin özellikle tebliğin açık hükmü karşısında hiçbir hukuki dayanağı yoktur.

Diğer yandan bu konuda (KVK 20/3) maddesi yol gösterici bir hüküm taşımaktadır. Bu hükmüne göre “..... **kısmi bölünme işlemlerinde, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu olurlar....**”

Burada kanun emsal bedelden söz etmektedir. Emsal bedel VUK 267. *madde-sinde* “..... gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tespit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değerdir...” şeklinde tanımlanmaktadır.

Yine aynı madde belirli bir sıralama içinde (3) yöntemden bahsetmekte ve bu yöntemlerden ilk ikisi özellikle tanımları gereği, mamul veya yarı mamul mallara uygulanabilir bir içeriktedir. Üçüncü yöntem ise, ilk iki yöntem ile tespit edilemeyen hallerde başvurulabilecek, takdir komisyonunun değerlemesidir.

Bu maddenin devamında kanun şu hükmü getirmektedir. “.....*Yukarıdaki esaslarla mukayyet olmaksızın kaza mercilerinin resen biçtikleri değerler..... emsal bedeli yerine geçer...*”

Vergi uygulamasında özellikle değer tespitinde olayımızda mevcut olan bilirkişi raporları bu anlamda hukuki değer ifade etmektedir.

Özetle, VUK 20/3 maddesi çerçevesinde, devrolan şirketin, devredilen şirketin devredilme tarihine kadar olan ve olacak vergi borçlarından dolayı ortaya çıkacak vergisel sorumluluğu devralınan gayrimenkullerin emsal bedelleri ile sınırlı olduğundan , bu değerlerin tespiti de çok önemli bir hukuki sonuçtur.

Mahkemenin ilgili karar ve gerekçesi yasanın bu hükmünün uygulanabilirliğini imkansız hale soktuğu gibi, ileride yüksek boyutlu vergisel uyuşmazlıklara ve kamu hakkının kaybında da zemin hazırlamaktadır.

- Azınlık hakkı sahibi ortağın hukuki yararının olmadığı gerekçesi ise, ekonomik ve mali gerekçelerle taban tabana zıttır.

Bölünen şirket ortağının yeni şirketten alacağı pay, ve hisse senedinin değeri, gayrimenkullerin kayıtlı değerine göre oluşacaktır. Bu kayıtlı değer ile cari değer arasında, ülkemiz koşullarında fahiş farkların olduğu bilinen bir gerçektir. Böylelikle davacı ortak gerçek değerde bir pay, ve hisse senedi sahibi olamayacak yani ekonomik -mali bir kayba uğrayacaktır. Bu kaybın hukuk dilindeki anlatımı, hukuki yarardan başka nedir ki?

## **TEK ÇÖZÜM TK.381 ;**

TK 381. maddesi gerek teoride ve gerekse uygulamada ve birçok Yargıtay kararında belirtildiği gibi, azınlık haklarının korunmasına yönelik en önemli düzenlemedir.

Çünkü uygulamada da çoğu kez görüldüğü gibi şirketi yöneten çoğunluk hissedarları bu konularından yararlanmak suretiyle, azınlık haklarını kolaylıklar çığ-nemektedirler.

Nitekim kanunumuz bu konuda geniş bir hukuki şemsiye ortaya koymuştur ve bunun önemini ***BiLHASSA*** kelimesi ile de ayrıca ve özellikle vurgulamıştır. AFAKİ

İYİNİYET ESASLARI! Bir başka anlatım ile, özellikle genel kurul kararları afaki iyiniyet esaslarına aykırı ise, iptali talep edilebilir ve başka hiçbir koşula gerek yoktur. Nitekim MK 3. maddesi iyiniyet kaidesini hukuki sonuçların temeli saymaktadır.

**MK. 3. maddesinin ilk bendine göre “... Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır...”**

MK 3’deki bu düzenleme tam olarak TK 381. maddesi ile açıkça çakışmaktadır. Gerçekten TK 381. maddesi genel kurul kararlarının (BİLHASSA afaki iyiniyet esaslarına aykırı) olması halini birbaşka kayıt ve şart koymadan iptaline neden olacağını belirtmektedir.

Gerçekten yukarıdaki bölümlerde açıklandığı gibi, hem tebliğ hükmü ve hem de Mahkeme kararında (cari değerlerin tespiti) yönünde bir tespit varken, bu konunun atlanmış olması veya eksik olması ile iyiniyet kaideleri ihlal edilmiştir. Diğer yandan bu tespitin yapılması ile ilgili şirketin uğrayacağı hiçbir maddi ve vergisel kayıpta söz konusu değildir.

Eğer tüm bunlara karşın yine de vergisel sorunların ortaya çıkabileceği kuşku ve endişesi doğar ise, (ticari bilanço mali bilanço) ayırımı bir çözüm olabilir. Birbaşka anlatımla azınlık hakları ticari bilançoya göre, vergisel uygulama KVK’na göre yapılabilir, bunu yasaklayan bir hüküm olmadığı gibi, hukuk ve hakkaniyete uygun çözümden ancak bu yolla sağlanabilir.

Böylelikle, genel kurulun iptaline ilişkin herhangi bir karar çıksa da, bu yöndeki yasal sürecin uzunluğu ve ortaya çıkacak yeni hukuki durumun şirketler dışı, iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarını da tartışmalı hale getirebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

## **5) SONUÇLAR :**

- Bugün ki uygulama ve yasal zemin bölünme işlemini hukuki sakatlıklar ve sıkıntılar içine sokmakta, azınlık haklarının yeteri kadar korunmasına olanak bırakmamaktadır.
- Yeni Ticaret Kanunundaki özellikle yeni dava türleri önemli çözümler getirmekle birlikte (Birbaşka yazımızda incelenecektir.) konunun gelişen ekonomik koşullar ve finansman hukuku alanındaki potansiyel evrensel sorunlara uyum noktasında; ayrı bir yasa ile ve sermaye piyasası olgusu da öne alınarak düzenlenmesinde yarar vardır.