

ÖN ŞİRKET VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN*

ÖZET

Bu makalede 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu' da getirilmek istenen ön şirket konusu, Alman ve İsviçre Hukukları ile karşılaştırmalı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ticaret Kanunu, Ön Şirket, Ön Kuruluş Ortaklığı, Sermaye Şirketleri, Şahıs Şirketleri, Tüzel Kişi, Alman Hukuku, İsviçre Hukuku, Sorumluluk.

ABSTRACT

In this article the subject of front company is explained under the New Turkish Commercial Code numbered 6102 as compared with German and Swiss Law.

Keywords: Commercial Code, Front Company, Pre-Organization Partnership, Corporations, Partnership Company, legal entity, German Law, Swiss Law, Liability.

A. Genel Olarak

Tüzel kişiliğe sahip olan ticaret şirketlerinin kuruluşlarında farklı aşamalar söz konusu olmaktadır. Özellikle kuruluş aşamaları kanunda düzenlenmemiş olan Alman Hukukunda bunlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu kapsamda her safhada ortaya çıkan oluşumun hukuken nitelendirilmesi yanında, ortakların birbirleri arasındaki ilişkiler, hak ehliyeti ve sorumluluk gibi hususlar doktrin ve mahkeme kararlarında önemli ölçüde yer bulmuştur.

Alman Hukuku'nda genel kabul gören anlayışa göre, tescile gelinceye kadar farklı aşamaların geçilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla kişinin bir araya gelerek bir sermaye şirketi kurmak için ciddi bir şekilde görüşmeler yaptığı ön kuruluş (Vorgründungsstadium) safhasıdır. İkincisi ise, şirket esas sözleşmesinin imzalanmasından ticaret siciline tesciline kadar olan süreci kapsayan kuruluş (Gründungsstadium) aşamasıdır. Son olarak imzalanmış olan şirket sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle beraber şirketin kuruluşu tamamlanmış olmaktadır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

B. 6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu Döneminde Ön Şirket

I. Ön Kuruluş Ortaklığı

“Ön Kuruluş Ortaklığı” Türk Hukukun’da pek bilinen ve uygulaması olan bir kavram değildir. Ancak son zamanlarda yapılan bazı çalışmalarda Alman ve İsviçre Hukukun’daki görüşler kaynak gösterilerek *Kuruluş Ortaklığı*¹ ya da *Ön Ortaklık*² adı altında açıklanmaya çalışılmıştır.

Ön kuruluş ortaklığı, ticaret şirketlerinin kuruluşu aşamasında, ana sözleşmenin ya da şirket sözleşmesinin imzalanmasından önce ortaya çıkabilecek bir olgudur. Bu safhada birden fazla kişi bir araya gelerek belirli bir ortaklık kurmak amacıyla görüşmeler yapmaktadırlar. Bunlar genelde hazırlık görüşmeleri niteliğindedir.

Kuruluş ortaklığının amacı, kurulması öngörülen ticaret şirketin kuruluşunun gerçekleştirilmesidir³. Burada kuruluştan kasıt, kurulması hedeflenen şirketin kanuni şartlara uygun olarak sözleşmesinin yapılmasıdır. Şirket sözleşmesinin hazırlanarak kurucu adayları tarafından imzalanmasından sonra ön kuruluş ortaklığı BK m. 535/I b.1 gereğince amacı gerçekleşmiş olduğundan sona erecektir; eğer ortaklar bu aşamada öngörülen ticaret ortaklığını kurmaktan vazgeçerlerse, ön kuruluş ortaklığı bu sefer ortakların anlaşmaları ile sona ermiş olacaktır⁴.

Ön kuruluş aşamasında açıklığa kavuşturulması gereken husus, taraflar arasındaki ilişkinin hukuken nitelendirilmesi ve ortaklık kurma düşüncesiyle bir araya gelen kişilerin esas sözleşmeyi imzalama yükümü altında olup olmadığıdır.

Doktrinde bu aşamada taraflar arasında bir adi şirket oluştuğu görüşü hakimdir⁵. Ancak bu ilişkinin aynı zamanda BK m. 22/I anlamında bir ön sözleşme sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. *Barlas*⁶’a göre ön ortaklığın mutlaka bir ön akit temelinde dayanması gerektiği iddia edilemez. Müstakbel kurucular yaptıkları sözleşmede ileride oluşturulacak şirketin türünü, yapılanma biçimini ve konusunu şimdiden tespit etmişler, ortaklığa getirilecek katılma paylarını belirlemişler, ancak diğer bazı yan noktalar açık bırakmış ve şirket ana sözleşmesinin akdedilmesini ileri bir tarihe ertelemişlerse ortada bir ön ortaklık ilişkisinin olduğu kabul edilmelidir; fakat bu aynı zamanda bir ön akit teşkil etmektedir⁶. Eğer kurucular arasındaki ilişki bu özellikleri taşıyor ve fakat yeterince belirgin bir taahhüt durumundaysa, kuruluş ortaklığının yine mevcut olduğu, ancak bir ön akitten bahsedilemeyeceği belirtilmektedir⁷.

Arslanlı ve *Domanıç* ise, esas sözleşmenin hazırlanması ve imzalanmasından önceki aşamada taraflar arasında ortaya çıkan irade uyuşmasının adi ortaklık niteliğinde bir ön sözleşme olduğunu, şekil ve içerik yönünden esas sözleşmede aranan şekil ve unsurlara bağlı olduğunu ifade etmiştir⁸.

*Bahtiyar*⁹’a göre de yine aynı şekilde ana sözleşme öncesi aşamada taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi ancak bir ön sözleşme yapılmış olması halinde mümkündür; kurucu adayları arasındaki ilişkinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi ve aynı zamanda ana sözleşmeyi imzalama yükümlülüğü doğuracak bir ön sözleşmenin geçerli

¹ Barlas, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 135 vd.; Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara 2008, s. 142 vd.

² Bahtiyar, Mehmet, *Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi*, İstanbul 2001, s. 33 vd.

³ Barlas, Adi Ortaklık, s. 136; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 42; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁴ Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁵ Arslanlı, Halil, *Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 26; Tekil, Fahiman, *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, İstanbul, 1996, s. 54; Teoman, Ömer; Yaşayan *Ticaret Hukuku, C I, Kitap 5*, Ankara 1995, s. 61 vd.; Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 42; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 142.

⁶ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137.

⁷ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 137.

⁸ Arslanlı, s. 26; Domanıç, Hayri; *Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet*, İstanbul 1964, s. 4-5.

olması için BK m. 22/II anlamında ana sözleşmenin şekline uygun bir ön sözleşmenin yapılması gerekir⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30.3.1990 tarihli ve E. 1990/1595, K. 1990/3298 sayılı kararında bu konuda şöyle denmektedir, “...*Esas mukavelelerin tanzim ve imzasına tekaddüm eden safhada anonim şirketin kurulması hususunda taraflar arasında hasıl olan anlaşma da adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olarak vasıflandırılır. Bu durumda kurucular arasındaki ilişki, öğretide de baskın görüş olarak kabul edildiği gibi adi ortaklık niteliğindedir...*”¹⁰ Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12.6.1974 tarihli ve E. 1971/T-702, K. 1974/401 sayılı kararında, “...*Limited şirketin kuruluşu tahakkuk etmediğine göre, ön anlaşma bir adi ortaklık niteliğinde kabul olunarak taraflar arasındaki ilişkinin adi ortaklık hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir...*”¹¹ denilerek, ana sözleşmenin düzenlenmesinden ve imzalanmasından önceki aşamada, taraflar arasında yapılan anlaşmanın adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olduğu kabul edilmiştir.

Esas sözleşme öncesi kurucu adayları arasında bir ön kuruluş ortaklığının oluşması mümkün, ama sık rastlanan bir durum değildir. Kanaatimizce, esas sözleşmenin kurucu adayları arasında imzalanmasından önce ön kuruluş ortaklığından söz edebilmek için bir ön sözleşmenin yapılmış olması gerekir. Bu ön sözleşmenin geçerliliği ise BK m. 22 anlamında esas sözleşmenin şekline uygun olarak yapılması şartına bağlıdır. Aksi takdirde ne bir ön sözleşmeden ne de bir adi ortaklıktan bahsedilebilir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme görüşmeleri olarak kabul edilmesi gerekir¹². Bu durumda tarafların sözleşme öncesi güven ilişkisi ölçüsünde culpa in contrahendo’ya dayalı sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

Ön sözleşme temelinde kurulmuş olan bir ön kuruluş ortaklığında taraflar, asıl sözleşmenin yapılmasını (öngörülen şirket sözleşmesi- ana sözleşme) birbirlerinden talep edebileceklerdir. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda, taraflar işin mahiyeti gereği aynen ifaya, yani bir ortaklık kurmaya zorlanamayacağına göre, sözleşmeyi ihlal edenden ancak tazminat istenebilecektir¹³.

Ön kuruluş ortaklığının söz konusu olduğu durumlarda bunun bir adi şirket olduğu kabul edildiğine göre, ön kuruluş ortaklığına, tarafların imzalamış oldukları sözleşmede yaralan hükümler ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri uygulanacaktır¹⁴.

II. Ön Şirket

Türk Hukukunda 6762 sayılı Ticaret Kanunu döneminde Alman Hukukun’ da olduğu gibi bir “Ön Şirket” olgusu kabul edilmiş değildir. Şirket sözleşmesinin imzalanmasından sonraki tescil öncesi dönem, doktrinde ve yargı kararlarında şimdiye kadar önemli bir yer tutmamıştır. Zira şirket sözleşmesinin akdedilmesi ile tescil arasındaki süre, Alman Hukuku’nda olduğunun aksine, oldukça kısa sürdüğü için, ön şirket kaynaklı sorunlar ortaya çıkmamıştır. Türk hukukunda yukarıda kısaca belirtilen “ön kuruluş” ve “kuruluş” ayırımı yapılmamıştır. Ancak yine de teorik de olsa böyle bir dönemde ortaya çıkan oluşumun hukuken nitelendirilmesi yapılarak bunun bir adi şirket olduğu ve aralarındaki ilişkilerde bu şirkete ait hükümlerin uygulanması gerek-

⁹ Bahtiyar, Anasözleşme, s. 36; Aynı yönde Kırcı, İsmail, Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BADİTER 1998, C.XIX, S. 4, s. 99.

¹⁰ YKD 1990, C. XVI, S. 10, s. 1491 vd.

¹¹ Yalman, Macit/Taylan, Erbay, Adi Ortaklık., Ankara 1974, s. 53.

¹² Aynı yönde Bahtiyar, Anasözleşme, s. 36, Karş. Barlas, Adi Ortaklık, s. 136.

¹³ Aynı yönde Barlas, Adi Ortaklık, s. 138 ve orada dipnot 79’da belirtilen yazarlar.

¹⁴ Barlas, Adi Ortaklık, s. 140; Şener, Adi Ortaklık, s. 142.

tiği savunulmaktadır¹⁵. Yargıtay'ın da görüşü aynı yöndedir¹⁶. Daha yenilerde doktrinde bazı yazarlar özellikle Alman ve İsviçre Hukuku'nun da etkisiyle söz konusu "ön kuruluş" ve "kuruluş" ayırmalarını yapmaya başlamışlardır.

Doktrindeki yazarlar uygulanacak hukuk açısından karma bir yapı savunmaktadır, buna göre, şirket sözleşmesinin imzalanması ile tüzel kişilik hedeflendiğine göre, kurucular arasındaki iç ilişkide şirket sözleşmesi ile o şirket tipi için kanunda öngörülen düzenlemelerin, dış ilişkide ise adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹⁷.

C. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bakımından Ön Şirket

6102 sayılı Yeni Ticaret Kanununda ise, ön şirketin varlığına işaret edilmektedir. TK m. 335 hükmünde, "*Şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle kurulur*" denilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, TK m.355/I hükmünün saklı tutulduğu belirtilmiştir. TK m. 355/I' de ise, şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı hüküm altına alınmaktadır. Böylece şirketin ortaklar arasında kurulması ile tüzel kişilik kazanması işlemlerinin ayrı, farklı işlemler olduğu vurgulanmaktadır. TK 335. maddenin gerekçesinde de, ön-anonim şirket ile anonim şirketin farklı olduğu, bunların ayrışmasının organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemli olduğu belirtilmektedir.

Bu iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde bir anlamda ön şirketin varlığı kendiliğinden anlaşılmış olmaktadır. TK m. 335'in gerekçesinde de ifade edildiği gibi, bu madde ön-anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmaktadır¹⁸.

Ayrıca madde gerekçesinin devamında şu ifadelerle de yer verilmiştir:

"Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adi şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur".

Türk Hukukunda şimdiye kadar ki hâkim görüş ön şirketin bir adi şirket olduğu yönünde olduğuna göre, gerekçede belirtilen hakim görüşün Alman hukuku olduğu kanısındayız. Mevzu diğer ifadelerle birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun özellikle Alman Hukukunda ön şirket konusunda savunulan ilkeleri benimsediği anla-

¹⁵ Arslanlı, s. 75- 76; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, N. 70; Arslanlı/Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirketler- Limited Şirketler, İstanbul 1989, sh. 158.

¹⁶ Yargıtay HGK, 08.05.1991, E. 11- 164, K. 249, Karar için bkz. Şener, Adi Ortaklık, s. 143 ve dipnot 258' de verilen kaynaklar.

¹⁷ Barlas, Adi Ortaklık, s. 143; Şener, Adi Ortaklık, s. 145; Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 317; Aynı yönde Bahtiyar, Anasözleşme, s. 49.

¹⁸ Gerekçe, m. 335, s. 93.

şılmaktadır¹⁹. Zira özellikle Alman hukukunda ön şirket kavramı ekseninde kuruluş aşamalarına çok ayrıntılı bir şekilde yer verilmiş, kavramların mahiyet ve nitelikleri konusunda tatmin edici açıklamalar ve tartışmalar yapılmıştır. Böylece Alman hukukunda sözü edilen kuruluş aşamalarına ilişkin muazzam bir birikim ortaya çıkmıştır.

6762 sayılı Ticaret Kanunumuza kaynaklık eden İsviçre hukukunda ise kuruluş aşamalarına çok az yer verilmiş²⁰, hatta bazı eserlerde hiç değinilmemiştir²¹. Bu sebeplerden ötürü 6102 sayılı Ticaret Kanununun da öngörülen ön şirketin incelenmesi, daha çok Alman Hukukunda geçerli olan doktrin ve Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda yapılacaktır.

D. ÖN ŞİRKET İHTİYACININ ORTAYA ÇIKMASI

Ön şirket Almanya'da bir ihtiyacın sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ön Şirket ihtiyacını doğuran iki neden bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi, Almanya'da anonim ve limited şirketlerin ticaret siciline tescil işlemlerinin bizde olduğu gibi ticaret sicil müdürlüğü tarafından değil, "sicil mahkemeleri" tarafından yapılmasıdır.

İkinci olarak ise, şirketlerin faaliyet alanları ile ilgili olarak mesleki kurum ve kuruluşlardan alınması gerekli izinlerin beklenmesi, bunlar tamamlanmadan tescil işlemlerinin yapılamamasıdır. Sözü edilen izinler ve Mahkeme sürecinin Almanya'da yaklaşık altı ay ile bir yıl arasında sürmekte olduğu belirtilmektedir. Bu durumda şirketlerin tescil işlemleri yapılmaya kadar, faaliyet alanları ile ilgili olarak birçok iş ve işlemler yapması kaçınılmaz hale gelmektedir. Böylece bu zaman zarfında ortaya çıkan hukuki yapı ve bu yapının üçüncü şahıslarla ilişkisi "ön şirket" olgusu ile açıklanmaktadır.

Türk hukukunda ise, ticaret şirketlerinin kuruluş işlemleri oldukça kısa sürmektedir. Esas sözleşmenin hazırlanması ve imzaların notere onaylatılarak sicile tescil ettirilmesi işlemlerinin birkaç gün içinde halledilebilecek olması, ön ortaklık olgusunun Alman hukukunda olduğu kadar önem arz etmeyeceği kendiliğinden anlaşılmaktadır.

E. KURULUŞ AŞAMALARI

I. Ön Kuruluş Aşaması (Vorgründungsstadium)

1) Ön Kuruluş Ortaklığı (Vorgründungsgesellschaft)

Bu aşama, kurulmak istenen şirketin esas sözleşmesinin henüz taraflar arasında imzalanmamış olduğu planlama dönemini kapsamaktadır²². Bir anonim şirket kurmak isteyen kişiler bir araya gelerek kurmak istedikleri şirket hakkında çeşitli görüşmeler yapmaktadırlar. Bu kapsamda taraflar, şirketin yapısı, faaliyet konusu, kurulma zamanı ve yeri, konulacak sermayenin türü ile üstlenilecek diğer yükümlülükler gibi temel konularda anlaşmaya varmaktadırlar. Zira şirketin kuruluş aşamasında esas sözleşmenin içeriği hazırlanırken bunlar artık görüşme ve tartışma konusu yapılmamaktadır.

Eğer bu dönemde taraflar, bir anonim şirket kurmayı aralarında yapacakları bir ön sözleşmeyle birbirlerine karşı üstlenirlerse, artık planlama ve diğer görüşmelerle

¹⁹ Aynı görüşte Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1, s. 441. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 313.

²⁰ Guhl/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 2000, § 66, N. 37.

²¹ Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerische Gesellschaftsrecht, § 16, 8. Aufl. Bern 1998; Aynı Yazarlar, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, § 12, 7. Aufl. Bern 1993.

²² Kießling, Erik, Vorgründungs- und Vorgesellschaften, 1999 Berlin, New York, s. 10.

ilgili eşik aşılmış olmaktadır. Bu durumda taraflar, sözleşmede şartları belirlenen şirket kurmak için açıkça yükümlülük altına girmektedirler. Hedeflenen şirketi kurmak isteyen taraflar arasında böyle bir ön sözleşmenin yapılması ile “ön kuruluş şirketi” meydana gelmektedir²³. Ön şirketin amacı ise sözleşmede şartları çerçevesinde şirketin kuruluşunu gerçekleştirilmesidir. Kurucular böylece bu sözleşme ile esas sözleşme hazırlayıp imzalamayı ve belirli bir sermaye payı taahhüdünde bulunmayı kabul etmiş olmaktadır.

Ön sözleşmenin ilerde imzalanacak şirket esas sözleşmesinin içeriğini en azından ana hatlarıyla yansıtmaları gerekir. Böyle bir ön sözleşmenin geçerliliği, ilerde yapılması öngörülen esas sözleşmenin geçerlilik şekline tabi olup noterde yapılması gerekir²⁴. Türk Hukukunda ise TK m. 335/I uyarınca tarafların imzası noterce onaylanması gerekmektedir.

2) Hukuki Niteliği

Hâkim görüşü, taraflar arasında yapılan sözleşmenin borçlar hukuku anlamında bir “ön sözleşme” olduğu ve bu haliyle de bir adi şirket karakteri taşıdığı yönündedir²⁵. Dolayısı ile de ön kuruluş ortaklığı ilişkisine, ön kuruluş ortaklığını meydana getiren sözleşme hükümleri ile adi şirketi düzenleyen hükümler uygulanacaktır.

Ancak bir anonim şirketin kuruluşu aşamasında hukuken sözü edilen şekilde bir “ön sözleşme”nin akdedilmesi zorunlu değildir²⁶. Taraflar bu aşamada bir anonim şirketin kuruluşu konusunda birbirlerine karşı hukuken bağlayıcı olmayan ve herhangi bir şekle de bağlı olmayan açıklamalarda bulunabilirler. Bu durumda taraflar, ön sözleşmenin belli bir şekil şartına tabi olmasından dolayı da bir anonim şirketin kuruluşuna katılma yükümlülüğü altında olmayacaklardır.

Diğer taraftan bu dönemde bir ön sözleşmenin varlığından bağımsız olarak taraflar arasında güvene dayalı özel bir hukuki ilişki söz konusu olduğu için, taraflar birbirlerine karşı azami derecede sorumlu ve özenli davranma yükümlülüğü altındadırlar. Aksi takdirde geçerli bir sözleşmenin varlığında sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat, sözleşmenin bulunmadığı durumda ise “culpa in contrahendo” ilkesine dayalı tazminat talepleri söz konusu olabilecektir²⁷.

Ön kuruluş ortaklığını ön ortaklık ile karıştırmamak gerekir. Ön kuruluş ortaklığı ile ön ortaklık, birbirini takip eden ve hukuken birbirinin yerine geçen oluşumlar değildir. Ön kuruluş ortaklığı tüzel kişiliğin kazanılmasında mutlaka geçilmesi gereken bir ön aşama değildir. Uygulamada ön kuruluş ortaklığının kurulmasına nadiren rastlanmakta, taraflar genellikle ilerde kurmak istedikleri şirketin kuruluşunu gerçekleştirmek için bir yükümlülük altına girmemektedirler.

²³ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 9; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 10; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 18; Kappet, Clivia, Die Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften, 2006 Hamburg, s. 8.

²⁴ Kießling, s. 18; Kappet, s. 25; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 10; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 13; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 23.

²⁵ BGHZ 91, 148, 151; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 10; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 8; Kießling, s. 27; Kappet, s. 24.

²⁶ Michalski/Sixt, Die Haftung in der Vorgründungs- GmbH, in: FS Boujong, 1996, s. 357; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 18; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 10.

²⁷ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 12; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 21.

II. Kuruluş Aşaması (Gründungsstadium)

1) Ön Şirket (Vorgesellschaft)

Kurucu adaylarının, kurmayı arzu ettikleri şirketin ana sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte hazırlayıp imzalamaları ile ortaklık kurulmuş olmaktadır. Söz konusu ortaklık tüzel kişilik kazanıncaya kadar geçen sürede “ön şirket” olarak adlandırılmaktadır. Bu süreçte hem kurucuların birbirleri ile olan ilişkilerinde hem de ortaya çıkan hukuki oluşum ile arasındaki ilişkiler “ön şirket”e ilişkin kurallar uygulama bulacaktır.

Ön şirket, ön kuruluş ortaklığından farklı olarak, anonim şirketin tüzel kişilik kazanması sürecinde kaçınılmaz bir aşama olarak kabul edilmektedir²⁸. Buna göre ön anonim ya da limited şirket kurulmuş, ama henüz ticaret siciline kaydedilmemiş bir şirket olarak görülmektedir²⁹. Alman hukukunda ön şirket konusunda ortaya çıkan gelişmeler öncelikle limited şirketlerle ilgili olup, ortaya çıkan değerlendirmeler ve kabul edilen ilkeler daha sonra anonim şirketler için de uygulanmaya başlanmıştır.

2) Hukuki Niteliği

Alman doktrininde hakim olan görüşe göre ön şirket, ne adi ortaklık ne kolektif ortaklık ne de dernektir, bilakis kendine özgü (sui generis) bir ortaklıktır³⁰. Bu ortaklığa anonim şirkete ve ana sözleşmeye ait hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Ön ortaklığın bir ortaklık olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı mı veya bir korporasyon mu olduğu konusu Alman hukukunda tartışılmaktadır. Hakim görüşe göre, ortaya çıkan bu oluşum bir elbirliği ortaklığıdır (Gesamthandsgesellschaft)³¹. Söz konusu bu ortaklıkta hak ve fiil ehliyetine sahip hukuk süjesi elbirliği ortaklığıdır. Ortaklığın korporatif yapısının elbirliği ortaklığının yapısına aykırı düşmediği ileri sürülmektedir³².

Alman Federal Mahkemesi ön şirketin hukuki niteliği konusunda önemli kararlar vererek doktrini oldukça etkilemiş, mahkemenin geliştirdiği ilkeler Alman doktrini tarafından da büyük ölçüde benimsenmiştir. Alman Yüksek Mahkemesine göre ön ortaklık, korporasyon olarak yapılandırılmış, tüzel kişiliğe yönelik hukuki bir oluşum, tüzel kişiliğe giden yolda zorunlu bir ön basamak, kendine özgü sınırlı bir görevi olan özel bir hukuki form olarak görmekte, bunun sonucu olarak da onu özellikli bir hukuka (sonderrecht) tabi tutmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre ön ortaklık, meydana gelmekte olan bir anonim ortaklıktır³³.

²⁸ BGHZ 21, 242, 246; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 16.

²⁹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 22; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 39.

³⁰ BGHZ 21, 242, 246; 80, 212, 214; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 24; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 41; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 17.

³¹ BGHZ 80, 129, 135; Wiedemann, GesR I, § 3 I 1 a; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 24; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 18; Kießling, s. 58 vd.

³² Alman Hukukunda § 54 BGB’ de hak ehliyetine sahip olmayan dernek düzenlenmiştir. Bu durum korporatif yapının el birliği ortaklığına engel teşkil etmeyeceğine bir örnek olarak gösterilmektedir.

³³ BGH 23.10.2006- II ZR 162/05; Bu karar ve kararın incelenmesi konusunda bkz. Pulaşlı, Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’ e Armağan, 2007 İstanbul, s. 467 vd.

3. Hukuk Süjesi Olarak Ön Şirket

Tüzel kişiliğe sahip olmamasına rağmen ön şirketin hak ehliyetine sahip olduğu tartışmasız kabul edilmektedir³⁴. Ön şirketin kendine ait malvarlığı³⁵ bulunmakta olup, borçlarından dolayı alacaklılara karşı bütün malvarlığı ile sorumludur. Bu anlamda ön şirket, henüz ödenmemiş sermaye paylarını talep hakkına da sahiptir. Ön şirket borçlar hukukuna ilişkin sözleşmeler yapabilir, aktif³⁶ ve pasif³⁷ dava ehliyetine sahiptir, banka-kada kendi adına hesap açtırabilir³⁸, bir sermaye şirketinin kurucu ortağı ve bir şahıs şirketinin ortağı olabilir³⁹, bir markanın sahibi olabilir⁴⁰, bono ve çek düzenleyebilir⁴¹, iflas ve acz yeteneğine sahiptir⁴².

Alman hukukunda ön şirket bir ticari işletme işletebilir; bu durumda ön şirketin tacir olma niteliği kabul edilmiştir⁴³. Ticaret siciline kayıt sırasında malvarlığı durumunun tespit edilmesi gerektiği için, ön şirket aynı zamanda defter tutma yükümlülüğü altındadır⁴⁴. Tacir olarak ön şirket ticari temsilci ve ticari vekil atama yetkisine sahiptir.

4. Ön Şirkette İç İlişkiler

a) İç İlişkide Uygulanacak Hukuk

Ön şirkete uygulanacak hukuk açısından alternatifli bir düzen öngörülmüştür. Hukuki nitelik olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı olduğu kabul edilen ön şirkete iç ilişkide, kuruluş hükümlerinden, ana sözleşme hükümlerinden ve tescil edilmiş şirket için geçerli olan anonim şirket ile ilgili düzenlemelerden oluşan özellikli bir hukukun uygulanacağı belirtilmektedir⁴⁵. Bu kapsamda ortaya çıkan soruna öncelikle kurulması öngörülen şirketin kuruluşla ilgili hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Anonim şirketin kuruluşu ile ilgili hükümlerden kasıt özellikle organların seçimi, kuruluş denetimi, şirketin tescili ve sermaye payının getirilmesi ile ilgili olan hükümlerdir.

Bu hükümlerden bir çözüme ulaşamıyorsa, bu durumda ana sözleşmenin ilgili hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Eğer söz konusu ana sözleşme hükümleri de çözüm için yeterli gelmiyorsa, ön şirkete tüzel kişilik kazanmış olan anonim

³⁴ BGHZ 117, 323, 326; GrosskommAktG/Brändle, § 2 Rn. 85; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; GrosskommAktG/Röhrich, § 29 Rn. 5; K. Schmidt, GesR, § 27 II 4.

³⁵ BGHZ 117, 323, 326;; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 31; GrosskommAktG/Schmidt, § 41, Rn. 43.

³⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 19.

³⁷ BGHZ 79, 239, 241; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 19; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 48.

³⁸ BGHZ 45, 338, 347; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 43; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52.

³⁹ BGH NJW 1985, 736; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43.

⁴⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43.

⁴¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20.

⁴² GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 43; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 52; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 20.

⁴³ BGHZ 45, 338, 347; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 45; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 21.

⁴⁴ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 51; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 21.

⁴⁵ BGHZ 21, 242, 246; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 23; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 41; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 27.

şirkete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu son durumda, ilgili hükümler ancak ön şirketin yapısına uyduğu ölçüde uygulanabilecek olup, şirketin tescilinden sonra uygulanması gereken hükümler söz konusu olmamalıdır.

b) Ön Şirketin Amacı

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, müteşebbislerin ön şirket altında devamlı surette faaliyet yapmak amacıyla olmadığıdır. Alman Hukukunda ön şirketin amacı hakkındaki bir görüş birliği mevcut değildir. Hâkim görüşe göre, ön şirketin amacı, bu safhada şirketin tescil işlemlerinin yapılmasını yürüterek, kuruluşun tamamlanmasını sağlamaktır. Ancak bu aşamada kurucuların mutabakatı ile ön şirketin amacının genişletilerek, kurulması öngörülen şirket altında işletilmesi planlanan bir işletmenin faaliyete geçirilmesi mümkündür⁴⁶. Bu görüş, kuruluş aşamasında işletme faaliyetlerinin yapılmasını, malvarlığının geçici olarak yönetilmesi olarak değerlendirmektedir.

Karşı görüşte olanlar ise, ön şirketin amacının kurulmuş olan bir anonim şirketin amacı ile aynı olduğunu; zira ön şirketin, sadece kuruluşu tamamlamayı hedefleyen, kurucular arasındaki bir iç şirket olmadığını, bilakis kurulmakta olan şirketin anonim şirket hukukuna tabi, ana sözleşme hükümlerine göre yaşayan bir oluşum olarak görmektedir. Bu yazarlar, kurulmakta olan şirketin ticari faaliyetlere başlamasını, ön şirketin amacının genişletilmesi olmadığını savunmaktadırlar. Onlara göre, yönetim kurulunun kurucuların izni olmadan ticari faaliyetlere başlaması, kurulmakta olan şirketin amacının aşılması olmayıp, kurucuların bu tür işlemlerin sonuçlarından ortaya çıkabilecek şahsi sorumluluktan ne şekilde korunabilecekleri ile ilgilidir⁴⁷.

c) Ön Şirketin Organları

Ön şirket, tüzel kişilik kazanan şirket gibi aynı organlara sahiptir. Bunlar, kurucu ortaklar kurulu ve yönetim kurulundan oluşmaktadır. Kurucular ön şirketin temsil organı değildir⁴⁸. Yönetim kurulu ön şirketin yönetim ve temsil organıdır⁴⁹. Yönetim kurulu seçilmiş olmadıkça ön şirket medeni haklarını kullanacak hareket kabiliyetine sahip değildir. Alman hukukunda yönetim kurulunun eksik olduğu durumlarda § 85 AktG'e göre mahkeme tarafından geçici olarak yönetim kurulu atanmaktadır⁵⁰.

Yönetim kurulunun bu aşamada görevleri ön şirketin amacına yani şirketin ticaret siciline tescil edilmesi için gerekli olan işlemlerin yapılması ile sınırlıdır. Bu kapsamda yönetim kurulu, kuruluş denetimine katılmak, ortaklar tarafından taahhüt edilen sermaye paylarını talep etmek, şirketin tescili için başvuruda bulunmak gibi işler yanında, tescilin yapılarak şirketin kuruluşunun tamamlanabilmesi için gerekli tüm diğer işlemleri yapmak ve önlemleri yapmak yükümü altındadır⁵¹. Yönetim kurulu kurucuların talimatları ile bağlıdır⁵².

⁴⁶ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 25; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 28.

⁴⁷ BGHZ 80, 129, 139; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 51.

⁴⁸ BGHZ 80, 129, 139; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 58; Farklı görüşte bkz. Kießling, s. 242.

⁴⁹ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn.57.

⁵⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 29.

⁵¹ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 33; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 30.

⁵² BGH NZG 2007, 20, 21; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 57; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 34; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 31.

Yönetim kurulunun yönetimle ilgili yetkileri ana sözleşmeye hüküm konularak veya bütün kurucuların alacağı bir karar ile genişletilebilir⁵³. Alman hukukunda bu durum daha çok kurulmakta olan şirkete bir işletmenin aynı sermaye olarak getirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Böylece bir işletmenin ön şirket aşamasında faaliyete başlatılması yönetim kurulunun yetkilerinin genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Yönetim kurulu aynı zamanda ön şirketin kanuni temsilcisidir. Temsil yetkisinin kapsamı konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Daha önceki hâkim görüşe göre temsil yetkisinin kapsamı, yönetim yetkisinin kapsamında olduğu gibi, ön şirketin amacı ile sınırlı olarak sadece kuruluş için gerekli olan işlem ve önlemlerle sınırlı olması gerektiği yönündeydi⁵⁴. Bu gün geçerli hâkim görüşe göre ise, ön şirket yönetim kurulunun temsil yetkisinin şirketin üçüncü şahıslarla olan tüm işlemlerini kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁵. Bu görüşü temsil edenler, ön şirket ile anonim şirketteki hukuk süjesinin aynı olduğunu, tescil ile sadece hukuki formun değiştiğini gerekçe olarak ileri sürmektedirler. Ancak yönetim kurulunun temsil yetkisinin kapsamı, iç ilişkide farklı bir şekilde düzenlenebilir. Diğer taraftan bu sınırlamalara uyulmadığı takdirde, yönetim kurulunun tazminat ödemesi söz konusu olabilecektir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun ise, § 93 AktG kapsamında tescil edilmiş olan şirket yönetim kurulu üyeleri için geçerli olan kurallara tabi olduğu belirtilmektedir⁵⁶.

Şirketin tescilinden önceki ön şirket aşamasında kurucular, ortaklık haklarını kurucu ortaklardan oluşan genel kurulda gerçekleştireceklerdir. Genel kurulun toplantıya çağırılması ilgili olarak tescil edilmiş olan anonim şirkete ait hükümler uygulama bulacaktır. Kurucular genel kurulunda karar alınabilmesi için basit çoğunluk yeterlidir. Ana sözleşme değişiklikleri, sermaye artırımı ve tür değiştirme gibi bazı önemli değişiklikler için bütün kurucu ortakların oy birliği şartı aranmaktadır⁵⁷.

d) Ön Şirkette Ortaklık Haklarının Devri

Ön şirketin ortakları kuruculardan oluşmaktadır. Ön şirketin ticaret siciline tescil edilinceye kadar ortaklık yapısının korunması gerekmektedir. Ön şirketin ortakları kendi sermaye paylarını devredemeyecekleri gibi şirkete serbest giriş ya da çıkış da mümkün değildir (§ 41 Abs.4)⁵⁸. Bu kuralın aksine işlemler ancak ana sözleşme değişikliği⁵⁹ veya külli halefiyet⁶⁰ yoluyla mümkün olmaktadır. Bir kurucu ortağın ölümü kural olarak ön şirketin sona ermesini sonuçlamadığı için, ön şirketteki ortaklık

⁵³ BGHZ 80, 129, 139; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 31.

⁵⁴ BGHZ 80, 129, 139; Wiedemann, K-U, Zur Haftungsverfassung der vor- AG- Der Gleichlauf von Gründerhaftung und Handelnden- Regress, in: ZIP 1997, s. 2032; Zöllner, Die sogenannte Gründerhaftung- Bemerkungen zum Rätsel Vorgesellschaft, in: Festschrift für Wiedemann, München 2002, s. 1416.

⁵⁵ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 34; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 58; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 32; Beuthien, Volker, Vertretungsmacht bei der Vor- GmbH- erweiterbar oder unbeschränkbar? NJW 1997, s. 565 vd.; Weimar, Robert, Die Haftungsverhältnisse bei der vor- AG in neuer Sicht, AG 1992, s. 72.

⁵⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 36; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 32.

⁵⁷ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 38; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 62; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 35.

⁵⁸ Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 9. Auflage 2010, Rn. 30; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 161; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 88.

⁵⁹ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 88; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 163; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 63; Hüffer, AktG, Rn. 30.

⁶⁰ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 63.

haklarının miras yolu ile geçişi mümkün olmaktadır⁶¹. Kuruculara ait ön ortaklık haklarının rehin edilmesi veya haczedilmesi de yasaklanmıştır⁶².

5. Ön Şirkette Dış İlişkiler

a) Ön Şirketin Sorumluluğu

Alman hukukunda kuruluş aşamasındaki sorumluluk ilişkileri kanun tarafından düzenlenmediği için, yargı kararları ve doktrin tarafından oluşturulan prensipler uygulama bulmaktadır. Ön şirketteki sorumluluk ilişkileri üç ayrı bölümde incelenmektedir: Bunlar, ön şirketin sorumluluğu, kurucuların şahsi sorumluluğu ve şirket adına hareket edenlerin sorumluluğu.

Ön şirket bir hukuk süjesi olarak tüm haklara sahip olmakta ve yükümlülük altına girebilmektedir. Şirketin borçları hukuki işlemlerden ya da kanundan kaynaklanabilir. Şirket borçlarından dolayı üçüncü şahıslara karşı, ödenmiş ve henüz ödenecek olan sermaye paylarından oluşan bütün malvarlığı ile şirketin kendisi sorumludur⁶³. Ön şirketin iflası halinde şirket malvarlığı üzerine iflas masası açılabilir. Şirketin alacaklıları iflas dışında da bir icra emri ile şirket malvarlığını haciz yolu ile takip edebilmektedirler. Hukuki işlemleri şirket adına yönetim kurulu veya yönetim kurulu tarafından yetkilendirilmiş olan temsilciler yapabilir⁶⁴. Yönetim kurulunun temsil yetkisinin sadece kuruluş için gerekli olan işlemlerle sınırlı olmadığı kabul edilmektedir.

Ön şirketin kanundan kaynaklanan yükümlülükleri ise öncelikle vergi borçları ve çalışanlar için ödenmesi gereken sosyal sigorta giderlerinden oluşabileceği gibi, haksız zenginleşme veya haksız fiilden de kaynaklanabilir⁶⁵. Ön şirketin ticaret siciline tescil ile beraber bütün yükümlülükler anonim şirkete geçtiği için, artık bu noktadan sonra ön şirketin sorumluluğu da sona ermektedir.

b) Kurucuların Sorumluluğu

Ön şirketin yükümlülüklerinden dolayı kurucuların sorumluluğu konusu Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde ortaya çıkan görüş farklılıkları daha çok sorumluluğun çerçevesi ile sorumluluğun iç ilişki ve dış ilişki açısından geçerliliği konularında ortaya çıkmaktadır. Alman BGH tarafından 9.3.1981⁶⁶ yılında geliştirilen sorumluluk rejimine göre (Verlustdeckungs- und Vorbelstungshaftung), şirketin tescilli sırasında, esas sermayenin itibari değeri ile şirket malvarlığının değeri arasında ortaya çıkan farktan kurucular taahhüt ettikleri sermaye paylarının toplam sermayeye oranınca sorumlu tutulmaktaydı. Bu karar 27.1.1997⁶⁷ yılında verilen bir kararla tamamlanmıştır. Buna göre kurucular, söz konusu bu farktan sınırsız bir şekilde şahsen sorumlu tutulmuştur.

Açığı kapama yükümü (Verlustdeckungschaftung) ve anonim şirketin tescilden önce yükümlülük altına sokulmasından sorumlu tutulma anlamına gelen (Vorbelstungshaftung) kurucular sorumluluğu olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Kurucuların şahsi

⁶¹ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 64.

⁶² MünchKommAktG/Pentz, Rn. 162; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 66.

⁶³ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 41; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 77.

⁶⁴ Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 27 II 3; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 78; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 41.

⁶⁵ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 42; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 79.

⁶⁶ BGHZ 80, 129, 133 ff.

⁶⁷ BGHZ 134, 333 ff.

⁶⁸ BGHZ 134, 333, 338 ff.; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 48; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 80; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 113.

sorumluluklarının üçüncü şahıslara karşı mı yoksa şirkete karşı olan bir iç sorumluluk mu olduğu konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrin ve yargı kararlarında hâkim olan görüşe göre kurucuların sorumluluğu iç ilişkide sadece şirkete karşıdır⁶⁹. Kurucuların sorumluluğu ön şirkete karşı sınırlanmamıştır⁷⁰. Söz konusu prensipler limited şirket için geliştirilmiş olmasına rağmen, bir sınırlamaya tabi olmaksızın anonim şirket içinde geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Doktrinde küçümsenemeyecek bir azınlık ise kurucuların söz konusu sorumluluğunu kolektif şirket orağının sorumluluğuna benzer şekilde (§ 128 HGB) bir dış, yani üçüncü şahıslara karşı olan bir sorumluluk olduğu görüşündedir⁷².

Tescilden önce ticari faaliyetlere başlanmasından ortaya çıkan tüm kazançlar ve sair avantajlar tüm kuruculara ait olduğu için, sorumlu tutulacak kişilerin sadece ticari faaliyetlere başlanmasına taraftar olan kurucularla sınırlı olması görüşü kabul edilmiştir⁷³. Aynı şekilde tescilden önce ortaya çıkabilecek risklerden de tüm kurucular sorumludur. Kurucuların burada sözünü ettiğimiz sorumluluğundan kaynaklanan alacağı, şirketin tescil edilmesi il beraber hemen muaccel hale gelecek, yönetim kurulu tarafından hemen talep edilebilecektir. Şirketin iflas etmesi halinde ise söz konusu alacak tasfiye memurları tarafından talep edilir⁷⁴.

Burada tartışılan başka bir konu ise elde edilecek kazançların, kurucuların tescilden önce şirketi borçlandırma yasağından (Vorbeltastungshaftung) kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır. Alman yüksek mahkemesi, sözü edilen sorumluktan kaynaklanan alacağın sermaye karakterinden dolayı bunu reddetmiştir⁷⁵. Kurucuların sorumluluğu şirketin sermaye miktarı ile sınırlı değildir; sermayeyi aşan borçlanmalar da sorumluluğa dâhil edilmektedir⁷⁶. Şirket malvarlığının gerçek değeri ile şirkete taahhüt edilen sermaye arasındaki fark, tescil sırasında yapılacak bir bilanço ile tespit edilmektedir⁷⁷.

c) Şirket Adına Hareket Edenlerin Sorumluluğu (Handelndenhaftung)

Alman Hukukunda ön şirket aşamasında şirket adına hukuki işlemlerde bulunanların sorumluluğu § 41 Abs. I/2 AktG' de düzenlenmiştir. Buna göre, tescilden önce şirket adına hareket ederek hukuki işlemlerde bulunanlar şahsi olarak sorumlu tutulmuştur. Birden fazla kişi söz konusu ise müteselsil sorumluluk söz konusudur. Böylece hareket edenlerin sorumluluğu, açıkça kurucuların sorumluluğundan ayrılmaktadır. Şirket

⁶⁹ BGHZ 134, 333; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51; Dauner- Lieb, Barbara, Haftung und Risikoverteilung in der Vor- GmbH, GmbH 1996, s. 91; Lutter, Marcus, Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, s. 1077.

⁷⁰ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 52; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 122.

⁷¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 113 vd.; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 114; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 49.

⁷² Beuthien, Volker, Die Vorgesellschaft in Privatrechtssystem, ZIP 1996, s. 309 vd. (305- 320) ; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 83; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 65 vd.; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3 c.

⁷³ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 116; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 121; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51.

⁷⁴ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 122; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 51.

⁷⁵ BGHZ 165, 391, 399.

⁷⁶ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 52.

⁷⁷ BGHZ 124, 282, 285; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 118; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 53.

adına hareket edenlerin sorumluluğu kısmen organ sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir⁷⁸.

Şirket adına hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen § 41 Abs. 1/2 AktG hükmünün henüz ön şirketin hukuk süjesi olarak tanınmadığı Art. 211 ADHGB 1861⁷⁹ dönemine dayandığı belirtilmektedir⁸⁰. Bu sebepten burada adına hareket edilen şirketin tescil edilmiş olan şirket olduğu belirtilmektedir⁸¹. Ancak bugün doktrindeki çoğunluk yazarlar, ön şirket adına hareket edilmesinin de aynı şekilde, hareket edenlerin şahsi sorumluluğuna yol açacağı kanaatindedirler⁸². Bu görüşü savunanlar, ön şirket adına hukuki işlemlere girilmesinden doğacak sorumluluğun alacaklılara yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağını belirtmektedirler⁸³. Avrupa Topluluğu 1. Şirketler Hukuku Yönergesinin⁸⁴ 7. maddesi de, ön şirket ve tescilden sonraki şirket ayırımı yapmadan, şirket adına hukuki işlemlerde bulunanların sorumluluğunu, kuruluş aşamasında bulunan şirket adına yapılmış bir hareket olarak kabul etmiştir. Şirket adına hareket hukuki işlemlerden kaynaklanmalıdır; kanundan ve haksız fiillerden kaynaklanan borçlar buna dahil değildir⁸⁵.

Alman hukukunda söz konusu sorumluluk hükmüne çeşitli fonksiyonlar yüklenmiştir. Bu hükümlerle ilk olarak tescilden önce şirket adına hukuki işlemlere girişilmesi önlenmek istenmiştir. Daha sonra ona koruma fonksiyonu tanınmış, böylece şirketin iş ilişkisinde bulunduğu kimselerin korunması amaçlanmıştır⁸⁶. Yine bu hükmün, kurucuları ve yönetim kurulu üyelerini bir an önce şirketin tescilini sağlamaya zorlayan bir baskı fonksiyonuna sahip olduğu belirtilmektedir⁸⁷. Bunlardan öncelikle dikkate alınması gerekenin, koruma fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir; zira alacaklıların, şirket adına hareket eden kimselerin temsil yetkisine sahip şirket organı olup olmadığı incelemesini yapacak durumda olmadığı kabul edilmektedir⁸⁸.

Şirket adına hareket edenin sorumluluğu, hukuki işlemlerde bulunanlar ile onun hukuki işlemlerde bulunduğu kimseler arasında ya da şirket ile yine hukuki işlemin tarafı olan kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile istenildiği şekilde düzenlenebilir⁸⁹. Ön şirketin sicile tescili ile birlikte hareket edenlerin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır⁹⁰. Diğer taraftan şirket adına hareket edenlerin sorumluluğunu düzenleyen hükmün uygulama bulabilmesi için ön şirketin varlığı gerekmekte, ön kuruluş aşamasında bu

⁷⁸ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 88 vd.; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 67.

⁷⁹ 1860 Tarihli Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

⁸⁰ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136.

⁸¹ BGHZ 72, 45, 47; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136.

⁸² Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 136; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 90.

⁸³ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 72; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 126.

⁸⁴ AT Birinci Şirketler Hukuku Yönergesi 68/151, 9.3.1968, ABl. Eg Nr. L 65 v. 14.3.1968.

⁸⁵ Hüffer, AktG, Rn. 21; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 74; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 91.

⁸⁶ BGHZ 53, 210, 214; 65, 378, 380 f.

⁸⁷ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 65.

⁸⁸ Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 65.

⁸⁹ BGHZ 15, 204, 206; Hüffer, AktG, Rn. 24; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 93; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 81; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 147.

⁹⁰ BGHZ 80, 182, 183; Hüffer, AktG, Rn. 25; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 112; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 82; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 109.

hükümün uygulanması söz konusu olmamaktadır⁹¹. Bu kapsamda sorumlu tutulacak kişiler öncelikle yönetim kurulu üyeleridir⁹². Kurucular ve yönetim kurulu altında çalışan ticari temsilci vb. diğer kişiler ise üçüncü şahıslara karşı fiilen organ üyesi gibi davrandıkları takdirde bu hüküm kapsamında sorumlu tutulacaklardır⁹³.

6. Ön Şirketin Sona Ermesi

Kurucular bir araya gelerek ön şirketi her zaman feshedebilirler. Ana sözleşmenin değiştirilmesinde gerekli olan oybirliği, ön şirketin feshi için aranmamakta oy çokluğu yeterli bulunmaktadır. Zira kurucuların çoğunluğunun şirketin feshini istediği bir durumda artık şirketin tescil edilmesinin korunması gerekli bir menfaat olmadığı belirtilmektedir⁹⁴.

Şirketin tescili talebi konusunda hukuken kesinleşmiş bir kararın bulunması da ön şirketin feshine yol açabilir. Zira burada ön şirketin amacı olan tescil işleminin yapılamaması söz konusudur. Bu durumda şirketin feshi, tescil işleminin imkânsızlığından ziyade, ön şirketin organizasyon yapısı ve sorumluluk rejiminin değiştirilemeden bu şekilde artık devam ettirilemeyeceği anlayışından kaynaklanmaktadır⁹⁵.

Şirketin iflasına karar verilmiş olması da bir fesih sebebidir. Kuruculardan birisinin ölümü şirketin feshine yol açmazsa da, bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Burada önemle belirtmek gerekir ki, ön şirketin ticaret siciline tescil edilmesi bir sona erme sebebi değildir, bilakis tescil, elbirliği ortaklığı olarak kabul edilen ön şirketi tüzel kişiliğe sahip bir şirkete dönüştürmektedir⁹⁶.

Diğer taraftan fesih nedenlerinden birinin ortaya çıkması şirketi sona erdirmekte, bilakis şirket tasfiye sürecine girmektedir. Ön şirket bu durumda amacı tasfiye ile sınırlı olarak tasfiye edilip sona erinceye kadar devam etmektedir.

7. Tescilin Hukuki Sonuçları ve Ön Ortaklık İle Anonim Ortaklık Arasındaki İlişki

Ön şirketin ticaret siciline tescili edilmesiyle beraber kurulması öngörülen şirket artık tüzel kişilik kazanmaktadır. Ticaret siciline tescil işleminin ön şirketi sona erdiren yeni bir şirketin oluşmasına yol açıp açmadığı sorunu Alman hukukunda tartışmalıdır. Hâkim görüşün temsil ettiği ayniyet teorisini (Identitätstheorie) savunanlar, tescilden önceki ve tescilden sonraki hukuk süjesinin aynı olduğu gerçeğinden yola çıkmaktadırlar⁹⁷. Karşı görüş ise, ön şirketin bir elbirliği şirketi olarak tescil ile beraber oluşan şirketle aynı olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, tescilin kurucu etkiye sahip olduğunu, tescil ile beraber ön şirkete ait haklar ve yükümlülüklerin külli halefiyet yolu ile anonim şirkete geçtiği kabul edilmektedir⁹⁸.

Doktrinde hâkim olan ayniyet teorisine göre, ön şirketin sahip olduğu hukuki ilişkilerin tüzel kişilik kazanan şirkete devredilmesine ihtiyaç olmadığı gibi bu müm-

⁹¹ BGHZ 91, 148, 151; Hüffer, AktG, Rn. 23; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 90; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 66.

⁹² BGHZ 65, 378, 381; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 132; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 70.

⁹³ BGHZ 51, 30, 35; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 133; Hüffer, AktG, Rn. 20; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 71; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 89.

⁹⁴ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 45.

⁹⁵ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 46.

⁹⁶ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 48.

⁹⁷ GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 99; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 105.

⁹⁸ Hüffer, AktG, Rn. 16.

kün de değildir. Zira ön şirket ile tüzel kişilik kazanan şirket birbiriyle özdeştir, aynıdır⁹⁹. Burada sadece şirket formunun değiştiği kabul edilmektedir. Ticaret siciline tescil ile birlikte ön şirketin sahip olduğu haklar ve yükümlülükler artık tüzel kişilik kazanan şirketin hakları ve yükümlülükleri olmaktadır¹⁰⁰. Burada hukuki ilişkilerin sürekliliği söz konusudur¹⁰¹. Hukuki durum daha çok bir biçim değiştirici tip değiştirmeye benzetilmektedir.

F. İsviçre Hukukunda Ön Şirket

İsviçre hukukunda kuruluş iki ayrı safhada incelenmektedir. Bunlar genelde kuruluştan önceki görüşmelerin yapıldığı “hazırlık safhası” (Vorbereitungsphase-Gründungsgesellschaft)¹⁰² ve şirket ana sözleşmesinin taraflarca imzalanmasından sonraki “Kuruluş Safhası- Ön şirket” (Errichtungsstadium-Vorgesellschaft)¹⁰³ şeklinde nitelendirilmektedir.

I. Hazırlık Aşaması- Kuruluş Ortaklığı ((Vorbereitungsphase-Gründungsgesellschaft)

Hazırlık aşamasında kurulması öngörülen şirketin kurucu adayları arasında getirilecek sermaye, şirketin organizasyonu ve karılım oranları gibi konularda görüşmeler yapılmaktadır. İsviçre doktrininde çoğunluk yazarlar bu aşamada taraflar arasında “kuruluş şirketi” olarak nitelendirilen bir adi şirket meydana geldiği görüşündedirler¹⁰⁴. Kurulması öngörülen şirket bu aşamada henüz oluşmadığı için, temsil verenin eksikliğinden dolayı doğrudan temsil de söz konusu olamamaktadır. Bu durumda şirket adına yapılan hukuki işlemlerden dolayı bu işlemlere girişenler şahsi olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁰⁵.

Kurucu ortak eğer kendi adına fakat kurulmakta olan şirket adına işlemler yarsa, dolayı temsil söz konusu olur. Bu durumda şirket ticaret siciline tescil edildikten sonra yapılan işlemleri alacağı devri ve borcun nakli kurallarına göre İBK m. 32/II hükmüne göre üstlenebilir¹⁰⁶. Eğer kurucular kuruluş ortaklığının adına işlemler yarsa, İBK m. 543 ve 544 hükümlerinde düzenlenen adi şirketin temsili geçerli olacaktır¹⁰⁷.

⁹⁹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124, 107; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26.

¹⁰⁰ BGHZ 80, 129, 137; Beuthien, ZIP 1996, s. 361; MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26; GrosskommAktG/Schmidt, § 41 Rn. 100;

¹⁰¹ MünchKommAktG/Pentz, Rn. 124; GrosskommAktG/Schmidt, § 41Rn. 100; Arnold in Kölner Kommentar, Rn. 26.

¹⁰² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82; Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 328; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, s. 52.

¹⁰³ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 52. Doktrinde Forstmoser/Meire-Hayoz/Nobel ise söz konusu kuruluş aşamalarını, kuruluş öncesi ön görüşmeleri (Vorbereitungen), kuruluş aşaması (Errichtungsstadium) ve tescil aşaması (Entstehung) olarak nitelendirmektedir. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 13 N. 23 vd.

¹⁰⁴ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82; Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 328; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 52.

¹⁰⁵ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82.

¹⁰⁶ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

¹⁰⁷ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

Doktrinde başka bir görüş ise, ön görüşmelerin yapıldığı aşamada tarafların bağlayıcı olmayan görüşmeler yaptığını, dolayısı ile bu aşamada taraflar arasında bir şirket meydana gelmediğini, yapılan görüşmeler her ne kadar bağlayıcı değilse de tarafların karşılıklı olarak ciddi ve dürüst davranma yükümü altında olduğunu ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin culpa in contrahendo ilkesine dayalı sorumluluğu gündeme getireceğini ileri sürmektedir¹⁰⁸.

Bu yazarlar, ön görüşmelerden sonra, ancak henüz ana sözleşmenin imzalanmamış olduğu safhayı kuruluş aşaması (Errichtungsstadium) olarak ayırmakta ve bu safhada kuruluşa katılanların hem kendi aralarında hem de üçüncü şahıslarla ilişkilerinde adi ortaklık hükümlerinin (İBK 530 vd.) geçerli olduğunu; ancak bununla birlikte bu aşamada kurulması öngörülen şirkete ilişkin bazı hükümlerin adi şirket hükümlerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmektedirler¹⁰⁹.

Buna örnek olarak İBK m. 645 hükmünde düzenlenmiş olan kurulmakta olan şirket adına hukuki işlemlerde bulunan kurucuların sorumluluğu gösterilmekte, bu durumda kurucuların sorumluluğunun adi şirket hükümlerine göre değil, İBK m. 753' de düzenlenen kurucuların sorumluluğu ile ilgili hükmün uygulanacağını ifade edilmektedir¹¹⁰.

II. Kuruluş Aşaması- Ön Şirket (Errichtungsstadium- Vorgesellschaft)

Ön şirket aşaması, kuruluş aşamasından farklı olarak, şirketin kuruluşundan itibaren tescile kadar olan süreci kapsamaktadır. Bu aşamada korporasyon şeklinde organize edilmiş olan ön şirket, hukuken atıf bir adi şirket olarak nitelendirilmektedir¹¹¹. Sözü edilen ön şirketin sınırlı da olsa hak ve fiil ehliyeti bulunmamaktadır¹¹². Uygulanacak hukuk açısından ise iç ilişkide, ana sözleşme hükümleri ile kurulması öngörülen şirket için kanunda öngörülmüş hükümler uygulanacaktır¹¹³. Korporatif yapıya sahip olsa bile bu durumdaki ön şirket bir adi şirket olarak kabul edilmekte, dış ilişki açısından adi şirkete ilişkin hükümlerin geçerli olduğu belirtilmektedir¹¹⁴.

Şirketin ticaret siciline tescil edilmesi ile beraber ön şirket sona ermektedir. Diğer taraftan ön şirketin ticaret siciline tescili ile beraber yeni bir hukuk süjesinin meydana geldiği kabul edildiği için, ön şirket ile tescil edilmiş olan şirket arasında bir özdeşlik bulunmamaktadır¹¹⁵.

¹⁰⁸ Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 27.

¹⁰⁹ Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 28.

¹¹⁰ Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 28

¹¹¹ Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Sadece adi şirket olarak bkz. Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, s. 53.

¹¹³ Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 329; von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83; Benzer şekilde iç ilişkide esas sözleşme düzeninin geçerli olması gerektiği yönünde bkz. Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹⁴ Wohlmann, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 31, s. 329; Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 13 N. 29.

¹¹⁵ Von Greyerz in Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 83.

G. Değerlendirme ve Bazı Eleştiriler

I. Türk Hukukunda Ön Ortaklığın Şahıs Şirketlerinde Mümkün Olup Olmadığı

Yukarıda açıklandığı gibi bir ticaret şirketi kurmak için bir araya gelen kişiler, öngörülen şirketin kurulması konusunda aralarında bir ön sözleşme yapabilecekleri gibi, sözleşme yapmadan da aralarında mutabakat sağlayarak doğrudan şirket sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte imzalayabilirler. Bu andan itibaren ortaklığın tüzel kişilik kazanmasına kadar olan süreçte ortaya çıkan oluşum “ön şirket” (Vorgesellschaft) olarak adlandırılmaktadır.

Ön ortaklığın söz konusu olabilmesi için, kurulması öngörülen şirketin korporatif bir yapıya sahip olması gerekir. Türk hukukunda tüm ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahip olduğundan dolayı, sadece sermaye şirketleri değil, tüzel kişiliğe sahip olan kolektif ve komandit şirketlerin kuruluşunda da ön şirket mümkün olabilecektir¹¹⁶. Bu konuda *Pulaşlı*, *Yeditepe Üniversitesi tarafından düzenlenen Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumunda*¹¹⁷, Türk hukukunda kolektif ve komandit şirketler açısından da ön ortaklığın mümkün olduğunu savunurken, daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş ve yeni TTK m. 214/1; 317/1 (305/1 olması gerekir) ve TBK m. 620/2 hükümlerini gerekçe göstererek kolektif ve komandit şirketler açısından ön şirketin mümkün olmadığını savunmuştur¹¹⁸.

Biz bu konuda farklı düşünmekteyiz. Zira gerekçe olarak gösterilen kanun maddesinden bunun çıkarılmasının mümkün olmadığını kanaatindeyiz. Yeni Ticaret Kanununun 214. maddesine göre; “*Sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu olan kayıtlardan biri veya bazıları eksik yahut geçersiz olan bir kolektif şirket, adi şirket hükmünde olup, hakkında 216 ncı madde hükmü saklı kalmak şartıyla, Türk Borçlar Kanununun adi şirketlere ilişkin hükümleri uygulanır*”. Öncelikle hükmün Kanunun genel sistematiği içindeki yerine baktığımızda, “Şirketin Niteliği ve Kuruluşu” ile ilgili birinci bölümde, (B) bendindeki “Sözleşme” ana başlığı altında ve III. sırada “Noksanlıklar” kenar başlığında düzenlenmiş bir hüküm olduğunu görüyoruz. Yani sözleşmesi imzalanmış ancak henüz tescil edilmemiş bir oluşumdan bahsediyoruz ki, kanun 214. maddede buna doğru bir şekilde kolektif şirket demektir. Böylece bir defa şirket sözleşmesinin kurucu ortaklar tarafından imzalanması ile kolektif şirketin kurulmuş olacağı bu maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükümle kanun koyucu, sözleşmesi kanuni şekilde yapılmamış veya sözleşmeye konması zorunlu iken kurulmamış veya eksik kurulmuş bir kolektif şirket sözleşmesinin adi şirket hükmünde olacağını düzenlemiştir. Oysa ön şirketin söz konusu olabilmesi için kurucu adaylarının kolektif şirket sözleşmesini kanunun aradığı şekilde ve içerikte yapmaları gerekir. Kanunu şartları taşımayan veya eksiklikler içeren bir kolektif şirket sözleşmesi ise zaten bir ön şirket sayılmayacaktır. Kanun koyucu bu durumda olan bir kolektif şirket sözleşmesini adi şirket sayarak mevcut belirsizliği açıklığa kavuşturmak istemiştir. Dolayısı ile m. 214 hükmünden kolektif ve komandit şirketlerde ön şirketin olamayacağı sonucunun çıkarılmasını isabetli bulmuyoruz.

Ön şirketin mümkün olup olmaması konusunda Alman Hukukundaki ölçüt, kurulması öngörülen şirketin korporatif yapıya sahip olup olmadığıdır. Alman ve İsviçre hukukunda kolektif ve komandit şirketlerin tüzel kişiliği olmadığından dolayı bu şirketlerde ön şirket mümkün olamamaktadır.

¹¹⁶ Barlas, *Adi Ortaklık*, s. 141; Bahtiyar, *Anasözleşme*, s. 45; Şener, *Adi Ortaklık*, s. 145.

¹¹⁷ Bkz. *Pulaşlı*, Hasan, *Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1, 2005, s. 143, dipnot 73.

¹¹⁸ Bkz. *Pulaşlı*, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012, s. 313 ve 316.

II. 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Açısından Ön Şirketin Hukuki Niteliği Konusunda Ortaya Çıkan Tereddütler

6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber ön şirket konusunda artık TK m. 335 hükmünün dikkate alınması gerekecektir. Yukarıda izah edildiği gibi, TK 335. maddenin birinci fıkrasında şirketin ne zaman kurulmuş sayılacağı açıklanmakta, 2. fıkrada ise TK m. 355/I hükmünün saklı olduğu belirtilmektedir. Bilindiği gibi TK 355. maddenin birinci fıkrasında kurulmuş olan anonim şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı belirtilmektedir. Böylece yeni kanunda şirketin kuruluşu ve tüzel kişilik kazanması birbirinden ayrılmıştır.

TK m. 335'in gerekçesinde ise, ön şirketin hakim görüş uyarınca bir adi şirket ya da dernek olmayıp, elbirliği mülkiyeti (şirketi) olduğu açıklanmıştır¹¹⁹. Bilindiği gibi şimdiye kadar Türk hukukunda hakim görüş, tescil öncesi hukuki yapıyı adi şirket olarak nitelendirmiştir. Bu durumda kanun koyucunun gerekçede ifade ettiği hakim görüşten kastının Alman hukuku olduğu, aslında TK m. 355 hükmü ile kanun koyucunun Alman hukukunda geçerli olan ön şirket kurumunu hukukumuzda kazandırmak istediği anlaşılmaktadır.

Ancak sonradan bu konuda tereddütlerin ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonu Başkanı Sayın Prof. Dr. Ünal Tekinalp "Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları" adlı eserinde özetle şu görüşleri savunmaktadır: TK 335. maddesinde kurulduğu belirtilen şirketin bir AO olmadığını, zira AO'nun 355. madde uyarınca tüzel kişilik kazandığını, bu şirketin tüzel kişiliği olmayan bir AO olarak da nitelendirilemeyeceğini, TK 335. maddesinde sözü edilen şirketin BK m. 620/2 uyarınca bir adi ortaklık olduğunu, çünkü anılan fıkra uyarınca, bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa adi ortaklık sayıldığını belirtmektedir¹²⁰.

Tekinalp'in görüşlerinin birçok açıdan eleştiriye açık olduğu kanaatindeyiz. Bir defa Alman hukukunda tüm doktrin ve yüksek mahkeme kararları ile benimsenmiş olan ve yeni Ticaret Kanunu muz'da yer verdiğimiz ön şirket modeli, gerekçede de açıklandığı gibi, bir adi şirket veya dernek değildir, bilakis korporatif yapıya sahip bir elbirliği şirkettir. Ön şirkete kısmi hak ve fiil ehliyeti tanındığı için, tüm organları oluşmuş olan bu şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilmekte ve dışarıya karşı temsil edilmektedir. Alman hukukunda ön şirket konusunda kendi içinde tutarlılık gösteren belli bir sistem geliştirilmiştir. Dolayısı ile şirket içi ilişkileri, temsil ve sorumluluk ilişkilerini ve bunlara bağlı olarak ortaya çıkan sorunları bu sistem içinde açıklamak kolaylaşmaktadır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, Türk hukukunda da Alman hukukunda benimsenmiş olan model tercih edilmiş olduğu için, ortaya çıkan ön şirketin yapısının ve hukuki niteliğinin Alman hukukunda geçerli olan prensiplere göre açıklanması gerekir. Dolayısı ile hem TK m. 335 hükmü ile Alman modelinin benimsenmesi hem de bunun açıklanmasının İsviçre hukukunda geçerli prensiplere göre yapılması iki sistemin birbirine karıştırılması anlamına gelmektedir.

Takinalp'in açıklamalarından anlaşıldığına göre, ön şirketin açıklanmasında BK m. 620/2 hükmü belirleyici olmaktadır. Bu hükme göre, "Bir ortaklık, kanunla düzenlenen ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşıyorsa, bu bölüm hükümlerine

¹¹⁹ Bkz. Gerekçe TK m. 335, s. 93.

¹²⁰ Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012, Nr. 10-26, 10-27.

tabi adi ortaklık sayılır". Bu hüküm zaten hukukumuzda İBK m. 530/2'den alınmıştır. Dolayısı ile hem İsviçre hem de Türk Hukukunda ön şirketin hukuki niteliğinin dayanağını bu hükümler oluşturmaktadır. 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu döneminde de aynı prensipler geçerli ve sistem böylece kendi içinde tutarlıydı. TK m. 335. madde hükmünün gerekçesinde Alman modelinin benimsendiği açıklanmamış olsaydı, 6267 sayılı kanun dönemindeki sistem aynen devam edebilirdi. Eğer yeni Ticaret Kanunu döneminde de tescil öncesi oluşum adi şirket olarak nitelendirilecek ise bu durumda TK 335. maddeye ne gerek vardı denebilir. Zira 6762 sayılı kanun zamanında da zaten ana sözleşmenin imzalanmış olduğu tescil öncesi dönemde ortaya çıkan oluşum adi şirket olarak görülmekteydi.

Tekinalp eserinde 335. maddenin gerekliliği için bazı gerekçeler ileri sürmüştür¹²¹: Bunlardan ilki, 335. maddenin kurucular arasındaki ilişkinin şirket olduğunu belirtmiş olmasıdır. Oysa bu konuda bir tartışma bulunmamakta, bunun adi şirket olduğu zaten İsviçre ve Türk doktrininde tartışmasız kabul edilmektedir. İkinci gerekçe olarak kurucular arasında uyumsuzluk çıktığında mevcut esas sözleşme ve esas sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde BK m. 620 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi olanıdır. Bu gerekçeyi ele aldığımızda denebilir ki, bunun için 335. maddeye hiçbir şekilde ihtiyaç yoktur; zira ön şirketi adi şirket olarak kabul ettiğimiz takdirde, adi şirkette iç ilişki ortaklarca serbestçe düzenlenebileceğinden, ortaklar aralarında isterse uygun düştüğü ölçüde esas sözleşme hükümlerini uygulayabileceklerdir.

İleri sürülen diğer bir gerekçe ise, "tescilden önce şirket adına işlem yapanlar" ibaresini yorumlamanın kolaylaştığı yönündedir. Bu gerekçe de 335. maddenin varlığını haklı göstermez, zira ön şirketin bir adi şirket olarak nitelendirildiği durumda da, adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı için, şirket adına işlem yapan ortaklar BK m. 638/3 uyarınca şahsen ve müteselsilen sorumlu tutulabileceklerdir¹²². Bu açıklamalar karşısında 335. maddenin varlığını haklı gösteren gerekçelerin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

SONUÇ

TK m. 335. madde ancak Alman hukukunda geçerli olan ön şirket modeli benimsendiği takdirde bir anlam kazanacak ve kendi içerisinde tutarlı hale gelecektir. Bunun dışında getirilen açıklamaların tatmin edici olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucu, 335. madde gerekçesi dikkate alındığında, bilinçli bir tercih yaparak Yeni Ticaret Kanunu döneminde Alman hukukunda geçerli olan ön şirket modelini benimsemiştir. Artık ön şirketin bir adi şirket olarak nitelendirilmemesi gerekir. Diğer taraftan BK. m. 620/2 düzenlemesi buldukça ön şirketin Alman hukukunda olduğu gibi açıklanmasında bu durum her zaman karşımıza bir sorun olarak çıkacaktır. Bu sorunun çözümlenmesi için, BK m. 620/2 hükmünün TK m. 335 karşısında uygulanmaması gerekir. Aksi takdirde Alman hukukunda öngörülen ön şirket sistemi ile İsviçre hukukunda geçerli ön şirket sistemi çatışması ve bunun ortaya çıkardığı sorunlar her zaman doktrin ve yargıyı meşgul edecektir.

¹²¹ Tekinalp, Nr. 10-28.

¹²² Von Greyerz, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/2 § 6, s. 82.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil** : Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Arslanlı, Halil/
Domanıç, Hayri** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit şirketler- Limited Şirketler, İstanbul 1989.
- Bahtiyar, Mehmet
Barlas, Nami** : Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul 2001.
: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2008.
- Beuthien, Volker** : Vertretungsmacht bei der Vor- GmbH- erweiterbar oder unbeschränkbar? NJW 1997, s. 565- 567.
- Beuthien, Volker** : Die Vorgesellschaft in Privatrechtssystem, ZIP 1996, s 305-320.
- Böckli, Peter** : Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009.
- Dauner- Lieb, Barbara** : Haftung und Risikoverteilung in der Vor- GmbH, GmbHR 1996, s. 82 vd.
- Domanıç, Hayri** : Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Mesuliyet, İstanbul 1964.
- Guhl, Theo/
Koller, Alfred/
K. Schnyder, Anton/
Druey, Jean Nicolas
Großkommentar,
Aktiengesetz** : Das Schweizerische Obligationenrecht, Zurich 2000.
: Erster Band, §§ 1- 53, 4. Auflage, Berlin 1992 (GroßkommAktG/Bearbeiter).
- Hüffer, Uwe
Kappert, Clivia** : Aktiengesetz, 9. Auflage 2010.
: Die Vorgründungsstadium von Kapitalgesellschaften, 2006 Hamburg.
- Kießling, Erik** : Vorgründungs- und Vorgesellschaften, 1999 Berlin, New York.
- Kırca, İsmail** : Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BADİTER 1998, C. XIX, S. 4.
- Kölner Kommentar
zum Aktiengesetz** : hrsg, Wolfgang Zöllner und Ulrich Noack, Band I §§ 1- 75 AktG, 3. Auflage, Köln 2011.
- Lutter, Marcus** : Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH, JuS 1998, s. 1073- 1080.
- Meier- Hayoz, Arthur
/Forstmoser, Peter
Meier- Hayoz, Arthur/
Forstmoser, Peter** : Schweizerische Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998.
: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Aufl. Bern 1993.
- Michalski, Lutz/
Sixt, Rainer** : Die Haftung in der Vorgründungs- GmbH in: Festschrift für Karl Heinz Boujong, München 1996.

Münchener Kommentar

zum Aktiengesetz

: hrsg. Bruno Kropff, Johannes Semler, Band 1, §§ 1- 53 AktG, 2. Auflage, München 2000 (MünchKommAktG/Bearbeiter).

**Poroy, Reha/
Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu/Ersin**

: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2000.

Pulaşlı, Hasan

: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukukunun Genel Esasları, Ankara 2012.

Pulaşlı, Hasan

: Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006, Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen' e Armağan, 2007 İstanbul.

Pulaşlı, Hasan

: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1.

**Schmidt, Karsten
Şener, Oruç Hami
Tekil, Fahman
Tekinalp, Ünal**

: Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln 2000.

: Adi Ortaklık, Ankara 2008.

: Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1996.

: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası İstanbul 2012.

**Teoman, Ömer
Von Greyerz,
Christhopf, in**

: Yaşayan Ticaret Hukuku, C I, Kitap 5, Ankara 1995.

: Die Aktiengesellschaft in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Frankfurt am Main 1982.

Weimar, Robert

: Die Haftungsverhältnisse bei der vor- AG in neuer Sicht, AG 1992, s. 69- 79.

Wiedemann, Herbert

: Gesellschaftsrecht, Band I, Grundşagen, München 1980.

Wiedemann, K-U

: Zur Haftungsverfassung der vor- AG- Der Gleichlauf von Gründerhaftung und Handelnden- Regress, in: ZIP 1997, s. 2029 vd.

Wohlmann, Herbert, in

: Die GmbH, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Stuttgart 1982.

**Yalman, Macit/
Taylan, Erbay**

: Adi Ortaklık, Ankara 1974.

Zöllner, Wolfgang

: Die sogenannte Gründerhaftung- Bemerkungen zum Rätsel Vorgesellschaft, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, s. 1383 vd.

