

BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL SORUMLULUKLARININ SINIRLANDIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN*

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak bu sorumluluğun sınırlandırılması konusunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu çalışmanın amacı, söz konusu müteselsil sorumluluğun şartlarının ve bu sorumluluğun sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığının incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Kelimeler: Ticaret şirketleri, anonim şirket, bölünme, alacaklı, müteselsil sorumluluk

ABSTRACT

In so far as a creditor of the company to which the obligation has been transferred in accordance with the draft terms of division has not obtained satisfaction, the recipient companies shall be jointly and severally liable for that obligation (Art. 176 of TCC No. 6102). But this liability is not limited. The subject of this study is explaining the said article and determining whether it is possible to limit the liability.

Keywords: *Company, joint stock company, demerger, division, creditor, joint and several liability*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) birleşme, bölünme ve tür değiştirme ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere birleşmeden farklı olarak bölünme, bölünen şirketin malvarlığının bölümlere ayrılarak bölünmeye katılan şirket veya şirketlere intikal etmesi yoluyla gerçekleşmektedir. Malvarlığının bölümlere ayrılarak intikalinin alacaklılar açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecek olması bölünmede alacaklıların, diğer yeniden yapılanma modellerine nazaran daha etkili bir şekilde korunmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim TTK m. 176'da bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve TTK m. 168/f. 3'de de tam bölünmede, bölünme planı/sözleşmesinde herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeyen katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin bir hükme yer veril-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

memiştir. Bu nedenle ilk bakışta alacaklılar açısından elverişli görünen bu hükümler, müteselsil sorumluluğa başvurulmasının gerekli olması halinde müteselsilen sorumlu şirketler, bu şirketlerin pay sahipleri ve alacaklıları açısından olumsuz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bu bağlamda özellikle sorumluluğun zaman veya miktar itibarıyla sınırlandırılmamış olması, 82/891/EEC sayılı Yönergeyi¹ uyarlayan ülkelerde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Buradan hareketle aşağıda alacaklıların, pay sahiplerinin ve şirketlerin menfaatleri arasındaki denge dikkate alınarak bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluklarının sınırlandırılması konusu değerlendirilecektir.

I. BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN İKİNCİ DERECEDEDEN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

A- Yasal Düzenleme

Kaynak Birleşme Kanunu² m. 47'den³ alınan TTK m. 176'da;

“ (1) Bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket, bu suretle birinci dereceden sorumlu bulunan şirket, alacaklıların alacaklarını ifa etmezse, bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci dereceden sorumlu şirketler, müteselsilen sorumlu olurlar.

(2) İkinci derecede sorumlu olan şirketlerin takip edilebilmeleri için alacağın teminat altına alınmamış ve birinci dereceden sorumlu şirketin,

a) İflas etmiş,

b) Konkordato süresi almış,

c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,

d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya

e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş olması gerekir” hükümlerine yer verilmiştir⁴.

Bu maddede bölünmeye özgü ifa tehlikelerinin telafi edilmesi amacıyla, devralan şirket tarafından ifa edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin

¹ 82/891/EEC sayılı Yönerge (Official Journal L 378, 31.12.1982, s. 0047-0057) aşağıda *Bölünme Yönergesi* olarak anılacaktır.

² Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (*Fusionsgesetz, FusG*), SR 221. 301. Bu Kanun Birleşme Kanunu olarak anılacaktır.

³ Birleşme Kanunu'nun 47. maddesine, bu Kanuna ilişkin Öntasarı'nın (Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997, *V-FusG*) 59. maddesinde yer verilmişti. Öntasarı'daki bu düzenleme gereksiz olduğu, yapısal olarak uygun düşmediği ve sınırsız bir şekilde öngörülmüş olan sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği ileri sürülerek eleştirilmiştir (*Meier-Schatz, C.: Fusionsgesetz, Zürich 2000, s. 26*). Bununla birlikte bu hüküm Birleşme Kanunu m. 47'de aynen korunmuş ve Birleşme Kanunu'nun Gereğesinde söz konusu eleştirilere herhangi bir yanıt verilmemiştir.

⁴ Bölünme Yönergesi'nde, bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin olarak önerilen koruma modelleri için bkz. *Çoştan, H.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklıların Korunması, Ankara 2009, s. 242 vd.* Kaynak Birleşme Kanunu m. 47'nin (TTK m. 177), Bölünme Yönergesi'ne uygunluğu hakkında bkz. *Çoştan, H.: Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften- eine vergleichende Untersuchung der einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht und im EU-Recht, RIW, Heft 4/2010, s. 192 vd.* Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *Çoştan, Alacaklıların Korunması, s. 241.*

ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvurunun şartları hükme bağlanmıştır⁵.

B- Müteselsil Sorumluluk Vasıtasıyla Korunan Alacaklılar

TTK m. 176'nın lafzına ve Gerekeçedeki açıklamaya⁶ göre müteselsil sorumluluğun uygulama alanı, *bölünme yoluyla devredilip ifa edilmeyen yükümlülükler* ile sınırlandırılmıştır. Bir başka ifadeyle ikinci derecede sorumluluk, kısmen bölünen şirketin bölünme planı/sözleşmesi ile devredilmeyen yükümlülükleri ile devralan şirketin bölünme öncesinde doğmuş eski yükümlülükleri için geçerli değildir.

Kısmen bölünen şirketin bölünme planı veya sözleşmesi ile devredilmeyen yükümlülüklerinin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmış olması isabetli değildir. Zira kısmi bölünmede malvarlığı bölümlerinin devredilmiş olması, kısmen bölünen şirkette kalan borçların ifası için başvurulabilecek malvarlığını azaltmaktadır⁷. "Bölünme planı veya sözleşmesi ile tahsis edilmiş yükümlülükler" ifadesinin lafzi yorumu, kısmi bölünmede devreden şirkette kalan yükümlülükleri kapsamamakla birlikte, amaçsal yorum yöntemi ile bu yükümlülükler de hükmün uygulama alanı içinde değerlendirilmelidir⁸. Bölünme nedeniyle kısmen bölünen şirketin malvarlığında meydana gelen azalma, devredilmeyen borçların alacaklılarını olumsuz etkilediği için farklı bir çözümün kabul edilmesi mümkün değildir⁹. Dolayısıyla bölünmeye katılan şirketler, kısmen bölünen şirketin bölünme planı/sözleşmesi ile devredilmemiş yükümlülükleri için de ikinci dereceden müteselsilen sorumlu olmalıdır¹⁰.

TTK m. 176'da (FusG m. 47) *devralan şirketin bölünmeden önce doğan eski borçları da* ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun kapsamı dışında bırakılmıştır. Öğretide bu hususta yeni alacaklıların eklenmesi ve devralanan malvarlığı bölümünün pasif değerlerinin aktiflerden fazla olmasının devralan şirketin malvarlığını olumsuz etkileyebileceği¹¹, dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklıları için risk teşkil edeceği

⁵ Kaynak FusG m. 47'nin gerekçesi için bkz. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertargung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 (BotschftFusG), 4442 ve 4443; Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997 (BgltrchtV-FusG), s. 52; Ehrat, F./Colombini, M.: Kommentar zu Art. 47, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basel 2005], m. 47 N. 1.

⁶ Gerekeçde de "...Bölünme sözleşmesi veya planına göre, bölünen ortaklığın bazı borçları, bölünmeye katılan ortaklıklardan birine devredilmiş ise yani o borç devralan ortaklık tarafından ödenecekse, fakat ödenmemişse bölünmeye katılan ortaklıklar bu ödenmeyen borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar..." açıklamasına yer verilmiştir (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Gerekeç ve Madde Gerekeçleri, TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı:2, Sıra Sayı: 96 (Gerekeç), s. 130).

⁷ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 10.

⁸ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 6; von der Crone, H./Gersbach, A./Kessler, F./Dietrich, M./Berlinger, K.: Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N. 658; Glanzmann, L.: Umstrukturierungen eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006, N. 589.

⁹ von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658.

¹⁰ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 6; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658; Beretta, P.: Strukturanpassungen/Fusion-Spaltung-Umwandlung-Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren), Basel/Genf/München 2006, s. 288. Bu yorum Bölünme Yönergesi'ne de uygundur (Çoştan, Alacaklıların Korunması, s. 245-246).

¹¹ Malacrida, R.: Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd. 123, s. 53; BotschftFusG, 4441.

dile getirilmektedir¹². Ancak bu riskin devralan şirkette yapılması gereken aynı sermaye denetimi vasıtasıyla ve devralan şirketin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun sınırlandırılması vasıtasıyla önlenmesi mümkündür¹³. Dolayısıyla devralan şirketin eski alacaklılarının bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu vasıtasıyla korunmasına gerek olmamalıdır. Devralan şirketin bölünmenin ilânından önce doğan yükümlülüklerinin müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunması, alacaklıların korunmasında aşırılığa kaçılmasına yol açabilecektir. Diğer taraftan bölünmeye katılan şirketlerin bölünen şirket dışındaki şirketlerin eski borçlarından da ikinci dereceden müteselsil sorumlu tutulması, bölünmenin tercih edilen bir yeniden yapılanma modeli olarak uygulamada işlerliğine engel teşkil edebilecektir. Bölünen şirketin alacaklılarının kural olarak daha fazla korunmaya muhtaç olduğu kabul edilmelidir¹⁴.

C- Birinci ve İkinci Dereceden Sorumlu Şirketler

TTK m. 176'ya göre bölünme planı/sözleşmesi ile yükümlülüğün devredildiği şirket *birinci dereceden* sorumlu şirkettir.

Birinci dereceden sorumlu şirket dışında bölünmeye katılan diğer şirketler *ikinci dereceden* sorumludur. Daha açık bir ifadeyle tam bölünmede, yükümlülüğün devredildiği şirket dışındaki devralan/yeni kurulan şirketler ikinci dereceden sorumludur. Kısmi bölünmede ise ikinci dereceden sorumlu şirketler, kısmen bölünen şirket ile yükümlülüğün devredildiği şirket dışındaki devralan/yeni kurulan şirketlerdir.

TTK m. 176'da borcu devralan şirket dışındaki şirketlerin müteselsil sorumluluğu öngörülmüştür. Dolayısıyla borcu devralan şirket ile diğer şirketler arasında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunmamakta, ikinci dereceden müteselsilen sorumlu tutulan şirketlerin bu sorumluluğu feri borç niteliği taşımaktadır¹⁵.

D- İkinci Dereceden Müteselsil Sorumlu Şirketlere Başvuru

a- Kapsam

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğa konu yükümlülükler bölünmenin ilânından önce doğmuş olmalıdır¹⁶. Alacaklıların talebinin sözleşmeden veya kanundan

¹² *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 7.

¹³ *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 236.

¹⁴ *Stratz*, R.: Kommentar zu Art. 22, [içinde: Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: *Schmidt/Hörtnagl/Stratz*, München 2006], m. 22 N. 24; *Hommelhof*, P./*Schwab*, M.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz – Kommentar, Hrsg.: *Lutter/Winter*, C.I, Köln 2004], m. 133 N. 144. Karşı görüş ise alacaklıların korunmasında yaratılan bu tür bir farklılığın devralan şirketin eski alacaklılarının teminat vasıtasıyla korunuyor olması ve bölünmenin kendileri için nispeten daha az tehlike arz etmesi ile açıklanamayacağı yönündedir (*Meier-Schatz*, C.: Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, s. 555). Birleşme Kanunu m. 47/f. 1'in (TTK m. 176) asıl amacının ikinci dereceden sorumluluğun devredilen alacaklar ile sınırlandırılması olmadığı, birinci ve ikinci dereceden sorumlu şirketlerin belirlenmesi olduğu görüşü için bkz. *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 6.

¹⁵ Hem birinci dereceden sorumlu şirketi hem de diğer ikinci dereceden sorumlu şirketleri kapsaması bakımından müteselsil sorumluluk iki yönlüdür (*Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 14).

TTK m. 176'da müteselsil borç ve müşterek borcun birbirine karıştırıldığı görüşü için bkz. *Moroğlu*, E.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 5. Baskı, İstanbul 2007, s. 96.

¹⁶ *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, N. 660.

doğmuş olması ya da aynı nitelik taşıması fark yaratmamaktadır¹⁷. Bu alacakların TTK m. 175 (FusG 46) uyarınca bildirilmiş olması da gerekli değildir¹⁸. Bir başka ifadeyle alacaklıların bildirimde bulunmamış olması, asli borçlunun değişmesine onay verdikleri anlamını taşımamaktadır¹⁹.

TTK m. 176/f. 2'deki (FusG m. 47/f. 2) şartların gerçekleşmesi ile birlikte alacaklı borcun tümünü veya bir kısmını (BK²⁰ m. 162/f. 1), ikinci dereceden sorumlu şirketlerin herhangi birisinden talep edebilecektir²¹.

b- Başvuru Şartları

İkinci dereceden sorumlu şirketlere başvurulabilmesi için, birinci dereceden sorumlu şirket tarafından ifa edilmeyen yükümlülük, TTK m. 175 uyarınca teminat altına alınmamış olmalı ve birinci dereceden sorumlu şirket fiilen takip edilememeli veya takip önemli derecede güçlük arz etmelidir. Teminat altına alınmamış olan alaktan²² dolayı ikinci dereceden sorumlu şirketlerin takip edilebilmeleri için birinci dereceden sorumlu şirketin,

- a) İflas etmiş,
- b) Konkordato süresi almış,
- c) Aleyhine yapılan icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
- d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye'de takip edilemez duruma gelmiş veya
- e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple takibi önemli derecede güçleşmiş

olması gerekmektedir (TTK m. 176/f. 2; FusG m. 47/f. 2)²³.

Teselsül birinci dereceden sorumlu şirket muaccel hale gelmiş alacağı ödemediği için temerrüde düşürüldüğü anda doğacağı için, zamanaşımını kesen fiiller de bu andan itibaren BK m. 155/f. 1 (OR m. 136/f. 1) uyarınca diğer müteselsil sorumlu şirketler bakımından etkisini gösterecektir²⁴.

¹⁷ *Jugeli, G.*: Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung juristischer Personen – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und georgischen Recht -, Frankfurt am Main 2006, s. 112 vd..

Hemen belirtelim ki rekabet yasağı gibi yapmama yükümleri bakımından müteselsil sorumluluğun kapsamının sınırlandırılması gerekmektedir. Bu hususta yapmama yükümlünün konusu olan kaynakların bölünmeye katılan şirketlerden hangisine tahsis edildiği sorusu belirleyici olmalı ve yapmama yükümlünü ihlâl edebilecek konumda olmayan şirketlerden ifa talep edilmemelidir (*Jugeli, s. 116*). Bir taraftan alacaklının ifa menfaatinin korunması, diğer taraftan alacaklının korunmasında aşırılığın önlenmesi amaçları bu tür bir istisnayı zorunlu kılmaktadır (*Jugeli, s. 117*).

¹⁸ *Beretta, s. 288*.

¹⁹ *Beretta, s. 289*.

²⁰ 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011, S.27836) hükümlerine atf yapılmıştır.

²¹ *Ehrat/Colombini, m. 47 N. 14; Affentranger, M.*: Kommentar zu Art. 47, [içinde: Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003], m. 47 N. 1.

²² Kısmi teminatın varlığı halinde, teminata bağlanmamış kısım için bu hükme başvurulabilecektir (*von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, N. 658–dn. 348*).

²³ Birleşme Kanunu'nun sınır aşan bölünmelere ilişkin hükmünün TTK'ya aktarılmasının isabetli olmadığı yönünde bkz. *Kendigelen, A.*: Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 40.

²⁴ *Beretta, s. 289*.

c- Rücu

TTK m. 176'da müteselsilen sorumlu şirketler arasındaki rücu ilişkisi, düzenlenmemiştir²⁵.

Borcu ifa eden ikinci dereceden sorumlu şirket, yerine getirdiği edimin tümünü birinci dereceden sorumlu şirkete rücu edebilecek, birinci dereceden sorumlu şirkete karşı takip yapılamaması veya yapılan takibin sonuçsuz kalması halinde ise rücu talebi ikinci dereceden sorumlu şirketlere yöneltebilecektir²⁶.

Borcu ödeyen ikinci dereceden sorumlu şirketin diğer ikinci dereceden sorumlu şirketlere ne şekilde rücu edeceği bölünme planı/sözleşmesinde düzenlenmemiş ise, rücu TTK m. 168/f. 1'e (FusG m. 38/f. 1) kıyasen bölünme çerçevesinde tahsisi gerçekleşen net malvarlığına göre gerçekleştirilmelidir. Bu durumda BK m. 167/f. 1'in (OR m. 148/f.1) müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya ödenen miktardan birbine eşit paylardan birini üzerine almak zorunda olduğu yolundaki hükmün bölünmede uygulanmayacağı açıktır²⁷.

E- Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK m. 176 uyarınca ikinci dereceden müteselsil sorumluluk zaman ve miktar itibarıyla sınırlandırılmamıştır. Sınırlandırmanın gerekli olup olmadığı ve hangi yöntemler ile sınırlama yapılabileceği değerlendirilmelidir.

a- Sınırlandırmanın Gerekliliği

Bölünen şirketin alacaklıları açısından bakıldığında sorumluluğun sınırlandırılmasının isabetli olmayacağı açıktır. Ancak sorumluluğun sınırlandırılması meselesinde bölünen şirketin alacaklılarının menfaatleri ile bölünmeye katılan şirketlerin menfaatleri arasında denge sağlanması zorunludur.

TTK m. 176'da öngörülen sorumluluğun sınırlandırılmaması, bölünmeye katılan şirketlerin mali durumunu ve bölünmeye katılan şirketlere yatırım yapmayı düşünen yatırımcıların kararlarını olumsuz etkileyebilecektir. Şöyle ki bölünmeye katılmış olan şirketlerden birisine yatırımda bulunan yatırımcı, bu yatırımı ile bölünmeye katılan diğer şirketlerin bir kısım pasiflerini ve bunlara bağlı riskleri de üstlenecektir²⁸. Bir başka ifadeyle hangi riskleri göze aldığı bilmesi gereken yatırımcının göstermesi gereken özen yükümü bölünmeye katılan diğer tüm şirketleri de kapsayacak²⁹, aksine bir tutum yatırımcının özensiz hareket etmiş olmasına yol açabilecektir³⁰. Çevre sorumluluğu ve ürün sorumluluğu gibi bilâncoda yansıtılmayan risklerden doğan sorumlulukların da gerçekleşmesinin olasılık dahilinde olduğu dikkate alındığında, yatırımcının neredeyse hiç bir şekilde ilgilenmediği şirketler hakkında göstermesi gereken özen yükümünün zaman ve masraf kaybına yol açacağı da ortadadır³¹. Sonuç olarak

²⁵ Bölünme Yönergesi m. 12/f. 3 ve f. 7'de, ikinci dereceden sorumlu şirketlerin bu sorumluluklarının kendilerine intikal eden net malvarlıkları ile sınırlandırılmasına izin verilmiştir.

²⁶ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 15.

²⁷ Ehrat/Colombini, m. 47 N. 15.

²⁸ Binder, A.: Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes- (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005, s. 11.

²⁹ Binder, s. 11.

³⁰ Binder, s. 11.

³¹ Binder, s. 11.

bölünmenin yatırımcılar üzerindeki etkileri, şirketlerin bölünme yerine başka yapılanma modellerini tercih etmesine yol açabilecektir³².

Diğer taraftan sorumluluğun sınırlandırılmamış olması bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları ve pay sahipleri açısından da olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

b- Sınırlama Yöntemleri

ba- Zaman İtibariyle Sınırlama

TTK m. 176'da (FusG m. 47) müteselsil sorumluluk zamanaşımına tabi kılınmamıştır. Bu nedenle ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının kural olarak Borçlar Kanunu'nun zamanaşımını düzenleyen hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir³³. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere bu durum birçok olumsuz sonuca yol açabilecektir.

i- Amaçsal İndirgeme Yolu ile Sorumluluğun Sınırlandırılması Görüşü

Öğretide TTK m. 176'nın kaynağı olan FusG m. 47'nin lafzının, kanunun genel amacı dikkate alınarak amaçsal indirgemeye tabi tutulup tutulamayacağı değerlendirilmektedir³⁴. İkinci dereceden müteselsil sorumluluğun amaçsal indirgeme yoluyla zamanaşımına tabi kılınmasını savunan *Binder*, konuyla ilgili görüşlerini Alman hukukunda bölünmede müteselsil sorumluluğun zamanaşımına tabi tutulmuş olmasını, Bölünme Yönergesi'ne uygun sayan görüşlere³⁵ dayandırmaktadır³⁶. Yazar karşılaştırmalı hukukun da amaçsal indirgemenin gerekliliğine işaret ettiğini ifade etmektedir³⁷.

³² *Binder*, s. 12.

³³ *Binder*, s. 10.

³⁴ *Binder*, s. 33.

³⁵ Alman hukukunda Bölünme Yönergesi'nin müteselsil sorumluluğun miktar itibariyle sınırlandırılmasına izin verdiği, bu nedenle zaman itibariyle sınırlamanın da Yönergeye uygun olacağı görüşü savunulmaktadır (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8; *Hörtnagl*, R.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: *Schmidt/ Hörtnagl/ Stratz*, München 2006], m. 133 N. 1). Sorumluluğun devredilen net aktif miktarı ile sınırlandırılmasına izin veren Bölünme Yönergesi m. 12/f. 3, açıklayıcı hüküm olarak nitelendirilmekte ve bölünmeyi düzenleyen hükümlerin geneli itibariyle uygun bir alacaklı korunmasının sağlandığı hallerde, miktar dışındaki sınırlamaların da Yönergeye aykırı düşmeyeceği ileri sürülmektedir (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8). Dolayısıyla uzun vadeli yükümlülüklere karşılık teminat istenebileceği için müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye aykırı olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır (*Hommelhof/Schwab*, m. 133 N. 8).

Müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının Yönergeye uygun olmadığı yönünde bkz. *Maier-Reimer*, G.: Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz, Hrsg.: *Semler/Stengel*, München 2003], m. 133 N. 8.

³⁶ Bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğunun sınırlandırılmasında, Alman hukukunun örnek gösterilmesi bize göre isabetli değildir. Zira Türk ve İsviçre hukuklarında bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu, Alman hukukunda ise bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *Helvacı*, M.: Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004, s.128; *Çoştan*, Alacaklıların Korunması, s. 241 vd.

³⁷ *Binder*, s. 36.

Binder ayrıca amaçsal indirgemede gerek içerik gerekse sistematik bakımdan FusG m. 75³⁸ ve OR m. 181'in (karş. BK m. 202)³⁹ kıyasa elverişli hükümler olduğunu, kıyasa uygun hükümler arasında yer alan OR m. 591'in (karş. TTK m. 264) ise içerik itibariyle tam bir uygunluk arz etmediğini, belirtmektedir⁴⁰. İsviçre hukukunda şirket borçlarından dolayı ortakların kişisel sorumluluğunu ayrılma ve fesih hallerinde 5 yıl (OR m. 591) ve yeniden yapılanmada ise 3 yıl (FusG m. 26/f. 2) ile sınırlandıran kanun koyucunun iradesinin yeniden yapılanmada müteselsil sorumluluğun 3 yıl ile sınırlı olması yönünde olduğu da dile getirilmektedir⁴¹. Öğretide diğer yazarlar da FusG m. 47'nin (TTK m. 176) amaçsal yorumunun, müteselsil sorumluluğun FusG m. 48'de (TTK m. 158, 177) olduğu gibi 3 yıl süreyle sınırlandırılmasına imkan verdiği görüşündedir⁴².

ii- Değerlendirme

Bölünme Yönergesi'nde müteselsil sorumluluğun zamanaşımı ile sınırlandırılması düzenlenmemiştir. Bu nedenle sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılmasının isabetli olmadığı düşünülebilir. Ancak TTK m. 158 ile 177'de⁴³ ve BK m. 202'de sorumluluk zamanaşımı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle sorumluluğun zamanaşımı ile sınırlandırılması, Türk hukuk sistemine uygun düşmektedir. Bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu, mehz İsviçre hukukunda da savunulduğu üzere, amaçsal indirgeme yolu ile sınırlandırılmalıdır.

Amaçsal indirgeme yoluyla ikinci dereceden müteselsil sorumluluğun sınırlandırılması için kıyasa elverişli hükümler belirlenmelidir. Ticari işletme veya malvarlığının devrinde devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımını hükme bağlayan BK m. 202 kanımızca kıyasa elverişli değildir. Zira TTK m. 176'da düzenlenen devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu değil, bölünmeye katılan şirketlerin ferî sorumluluğudur. TTK m. 177 ve 158'de de bölünmeden önce şahsen sorumlu olanların sorumluluklarının ferî borç şeklinde düzenlendiği dikkate alındığında, kıyasa elverişli hükmün TTK m. 177'nin atfıyla m. 158 olduğu kabul edilmelidir.

³⁸ Bu maddede malvarlığı devrinde devredilen borçlardan dolayı devreden ve devralanın 3 yıl süreyle müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

³⁹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya ticari işletmenin devri başlığını taşıyan 181. maddesi (BK m. 202), FusG m. 109 ile değiştirilmiştir. Buna göre malvarlığı veya ticari işletmeyi devreden, ilândan itibaren devralan ile birlikte müteselsil sorumluluğunda süre üç yıla çıkarılmıştır. OR m. 181/f. 4'de de ticaret şirketlerinin, kooperatiflerin, derneklerin, vakıfların ve Ticaret Siciline kayıtlı ticarî işletmelerin malvarlıklarının devir alınmasının FusG'ye tabi olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁰ *Binder*, s. 34, 36.

Devreden ve devralanın 3 yıl süreyle müteselsil sorumluluğunun öngörüldüğü malvarlığı devrinden farklı olarak bölünmede, zamanaşımına yer verilmemiş olması müteselsil sorumluluğun ikinci dereceden ile açıklayan görüş için bkz. *Malacrida*, s. 55; *von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, N. 661. Bize göre bu görüşün kabulü mümkün olmamalıdır. Zira kişisel sorumluluğun devamında (TTK m. 158, m. 177) da esasen tali bir sorumluluk söz konusu olmakla birlikte zamanaşımı öngörülmüştür.

⁴¹ *Binder*, s. 37.

⁴² Kaynak FusG m. 46 ve 47 açısından savunulan bu görüş için bkz. *Ehrat/Colombini*, m. 47 N. 8; *von Salis*, U.: Fusionsgesetz Teil I-II-III-V, 08/2008, N. 15.21-T. III. Bu çözümün haklı olduğu ancak kanunda dayanağı olmadığı yönünde bkz. *Beretta*, s. 290.

⁴³ TTK m. 264'de de sorumluluk 3 yıl ile sınırlandırılmıştır.

bb- Miktar İtibariyle Sınırlama

TTK m. 176'da müteselsil sorumluluk miktar bakımından da sınırlandırılmamıştır.

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğun sadece zaman itibariyle sınırlandırılması yeterli değildir. Bölünme Yönergesi'nde⁴⁴ de önerildiği üzere müteselsil sorumluluk, bölünmeye katılan şirketin devraldığı net aktif miktarı dikkate alınarak da sınırlanmalıdır. Böylece bölünmeye katılan şirketin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun azami miktarının şirketin bilançosundan anlaşılması sağlanabilecektir.

II. BÖLÜNMENİN DIŞINDA KALAN YÜKÜMLÜLÜKLERDEN DO-LAYI TAM BÖLÜNMEYE KATILAN ŞİRKETLERİN MÜTESELSİL SO-RUMLULUĞU

A- Yasal Düzenleme

TTK m. 168'e (FusG m. 38) göre:

“ (1) Bölünme sözleşmesinde veya planında tahsisi yapılmayan malvarlığı ko-nuları üzerinde;

a) Tam bölünmede, devralan tüm şirketlerin, bölünme sözleşmesi veya planına göre kendilerine geçen net aktif malvarlığının⁴⁵ oranına göre, devralan tüm şirketlere paylı mülkiyet hakkı düşer.

b) Kısmî bölünmede söz konusu malvarlığı devreden şirkette kalır.

(2) Birinci fıkra hükmü kıyas yoluyla alacaklara ve maddi olmayan malvarlığı haklarına da uygulanır.

(3) Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar”.

Alacaklıların müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunması bakımından TTK m. 168/f. 3 önem arz etmektedir. Kısmi bölünmede bölünen şirketin varlığını sürdürmesi nedeniyle bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülükler bölünen şirkette kalmaktadır. Tam bölünmede ise bölünen şirket sona erdiği için bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülüklerin tahsisinin ne şekilde gerçekleştireceği kanunen düzenlenmiştir⁴⁶.

TTK m. 168/f. 3'ün amacı, kısmi külli halefiyetin yol açabileceği belirsizliklere karşı⁴⁷ alacaklının korunmasıdır⁴⁸. Hükmün uygulanabilmesi için ilk koşul ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesinin yorumu ile de tahsisinin mümkün olmasıdır. Müteselsil sorumluluk bakımından ilgili yükümlülüğün bölünme planı/

⁴⁴ Bölünme Yönergesi'nin 12. maddesinde ise, alacaklının teminat vasıtasıyla korunmasının öngörüldüğü hallerde bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğunun (f. 3), devralınan net aktif malvarlığı ile sınırlandırılmasına imkân tanınmıştır.

⁴⁵ Birleşme Kanunu Tasarısı'ndaki (BBI 2000 4531) net aktif malvarlığı (Nettoaktivvermögen) ifadesi, Birleşme Kanunu'nda özvarlık (Reinvermögen) olarak değiştirilmiştir.

⁴⁶ *Zenhäusern*, U: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003], m. 38 N. 9. Kısmi bölünmede ise bölünmeye katılan şirketlerden herhangi birisine tahsis edilmemiş olan yükümlülükler için devreden şirket sorumlu olmaya devam eder (*BotschaftFusG*, 4439).

⁴⁷ *Meier*, A.: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Vischer, Zürich 2004], m. 38 N. 8.

⁴⁸ *Watter*, R./*Rampini*, C.: Kommentar zu Art. 38, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Fusionsgesetz, Hrsg.: *Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker*, Basel 2005], m. 38 N. 20.

sözleşmesi dışında kalmasının unutmadan veya kasıttan kaynaklanması da önemli değildir⁴⁹.

TTK m. 168/f. 3 (FusG m. 38/f. 3), BK m. 162/f. 2 (OR m. 143/f. 2) uyarınca kanundan doğan müteselsil sorumluluğa örnek teşkil etmektedir⁵⁰. Dolayısıyla alacaklı müteselsil borçluların herhangi birisinden alacağını tamamen veya kısmen ifasını talep edebilecektir (BK m. 163/f. 1; OR m. 144/f. 1)⁵¹.

Bölünme planı/sözleşmesinde yer almayan konuların tahsisine ilişkin söz konusu maddenin tamamlayıcı hüküm niteliği taşımasından hareketle⁵² öğretide, bölünme planı veya sözleşmesinde tahsisi yapılmamış yükümlülüklerin, ilgili malvarlığının devredildiği şirkete intikal etmesi veya kısmi bölünmede devralan şirketlerin sorumluluğunu öngören sözleşmesel düzenlemelerin geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵³.

Alacaklıya ödemede bulunan şirketin diğer şirketlere ne şekilde rücu edeceği ise TTK'da düzenlenmemiştir. Bu bağlamda rücu konusunda TTK m. 168/f. 1'in (FusG m. 38/f. 1) kıyasen uygulanması mümkün gözükmemektedir⁵⁴.

B- Sorumluluğun Sınırlandırılması

TTK m. 168/f. 3'de sorumluluk zamaşımı veya miktar itibarıyla sınırlandırılmamıştır. Zamaşımı ile sınırlandırılma öngörülmemiş olması isabetlidir. Zira bu durumda müteselsil borçlular, söz konusu yükümlülüğün dolaylı asli borçlu sıfatıyla sorumlu olacaklardır. Bu nedenle menfaatler dengesine uygun olan çözüm sorumluluğun ilgili yükümlülüğün tabi olduğu zamaşımı süresince devam etmesidir.

Ancak TTK m. 168/f. 3 uyarınca tam bölünmede tahsis edilmeyen borçlardan dolayı bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğunun miktar itibarıyla sınırlandırılması isabetli gözükmemektedir. Şöyle ki söz konusu maddenin 1. fıkrasında tam bölünmede tahsisi yapılmayan malvarlığı konularının devralan şirketlere intikalinin bölünme planı/sözleşmesine göre kendilerine geçen net malvarlığının oranına göre gerçekleşmesi öngörülmüştür. Aynı esasın tahsisi yapılmayan borçlar için de uygulanması mümkündür.

Nitekim Bölünme Yönergesi m. 3/f. 3'de de bölünme sözleşmesinde tahsisi yapılmamış olan yükümlülüklerin bu sözleşmenin yorumu ile de tahsisi mümkün değilse, bölünmeye katılan şirketlerin bu borçtan dolayı müştereken ve müteselsilen sorumlu olması öngörülmüştür. Üye devletlerin bu sorumluluğu, bölünmeye katılan şirketlere tahsis edilen net malvarlığı ile sınırlandırmasına izin verilmiştir⁵⁵.

⁴⁹ *Zenhäuser*, m. 38 N. 8; *Meier*, m. 38 N. 8.

⁵⁰ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 20.

⁵¹ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 20.

⁵² *Watter/Rampini*, m. 38 N. 4.

⁵³ *Watter/Rampini*, m. 38 N. 22.

⁵⁴ Dolayısıyla rücu konusunda BK m. 167/f. 1 (OR m. 148/f. 1) uygulanmalıdır (*Watter/Rampini*, m. 38 N. 23).

⁵⁵ Alman hukukunda Umwandlungsgesetz (UmwG) m. 131/f. 3'de; tam bölünmede bir konu sözleşmede devralan şirketlerden hiçbirisine tahsis edilmemiş ise ve sözleşmenin yorumu ile de tahsis mümkün değilse, bu konunun devralan şirketlere devraldıkları aktiflerin devraldıkları pasifleri aşan farkı ile orantılı olarak intikal edeceği ifade edilmiştir. Konunun birden çok şirkete tahsisinin mümkün olmaması halinde ise, tahsisin konunun değerine göre gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır.

KAYNAKÇA*

- Affentranger, M.** : Kommentar zu Art. 47, [içinde: Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003].
- Beretta, P.** : Strukturanpassungen/Fusion - Spaltung - Umwandlung-Vermögensübertragung, Schweizerisches Privatrecht VIII/8 (Hrsg.: von Büren), Basel/Genf/München 2006.
- Binder, A.** : Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung – Ein Beitrag zu einer sachgerechten Auslegung des Fusionsgesetzes- (Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes), Zürich-Basel-Genf 2005.
- Çoştan, H.** : Subsidiäre solidarische Haftung der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften- eine vergleichende Untersuchung der einschlägigen Regelungen im schweizerischen Recht und im EU-Recht, RIW, Heft 4/2010.
- Çoştan, H.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması, Ankara 2009 (Alacaklının Korunması).
- Ehrat, F./**
- Colombini, M.** : Kommentar zu Art. 47, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/ Daeniker, Basel 2005].
- Glanzmann, L.** : Umstrukturierungen eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetz, Bern 2006.
- Helvacı, M.** : Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, İstanbul 2004.
- Hommelhof, P./**
- Schwab, M.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz – Kommentar, Hrsg.: Lutter/Winter, C.I, Köln 2004].
- Hörtnagl, R.** : Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, München 2006].
- Jugeli, G.** : Der Gläubigerschutz bei der Umwandlung juristischer Personen – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und georgischen Recht -, Frankfurt am Main 2006.
- Kendigelen, A.** : Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.
- Maier-Reimer, G.:** Kommentar zu Art. 133, [içinde: Umwandlungsgesetz, Hrsg.: Semler/Stengel, München 2003].
- Malacrida, R.** : Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 Bd. 123.
- Meier, A.** : Kommentar zu Art. 38, [içinde: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Vischer, Zürich 2004].

* Birden çok eserine atf yapılan yazarların eser adlarına ilişkin kısaltmalar parantez içinde verilmiştir.

- Meier-Schatz, C.** : Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz - FS für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999 (FS-Zäch).
- Meier-Schatz, C.** : Fusionsgesetz, Zürich 2000.
- Moroğlu, E.** : Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, 5. Baskı, İstanbul 2007.
- Stratz, R.** : Kommentar zu Art. 22, [içinde: Umwandlungsgesetz/ Umwandlungssteuergesetz, Hrsg.: Schmidt/Hörtnagl/Stratz, München 2006].
- von der Crone, H./Gersbach, A./**
- Kessler, F./Dietrich, M./**
- Berlinger, K.** : Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- Watter, R./**
- Rampini, C.** : Kommentar zu - 38, [içinde: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Fusionsgesetz, Hrsg.: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basel 2005].
- Zenhäusern, U** : Kommentar zu Art. 38, [içinde: Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Hrsg.: Baker&McKenzie, Bern 2003].