

TÜRK TİCARET HUKUKU KAPSAMINDA ŞİRKET BÖLÜNMELEİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

Hasan KARSLIOĞLU*

Makalenin Geliş Tarihi: 21.10.2021 **Kabul Tarihi:** 02.02.2022

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [No](#)

* Dr. / İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi. <https://orcid.org/0000-0002-3872-9986>

TÜRK TİCARET HUKUKU KAPSAMINDA ŞİRKET BÖLÜNMELEİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

ÖZ

Günümüzde ticaret şirketlerinin çeşitli nedenler ile yeniden yapılandırma yöntemlerini tercih ettikleri görülmektedir. Bu yeniden yapılandırma yöntemlerinden biri de bölünmedir. Şirketler, kurguladıkları yapılanma sürecine göre bölünerek farklı şirket yapılanmaları oluşturmakta veya yeni şirketler kurmaktadır. Bölünme sürecinde, şirketlerin yapılarının değişmesi veya eski şirketlerin tamamen ortadan kalkarak yeni şirketlerin kurulması, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları açısından hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Kanun koyucu, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklılarının korunmasına ilişkin alacaklıların korunması müessesesini düzenlemiştir. Alacaklıların korunması, bölünme işleminde hiçbir söz hakkı olmayan alacaklıların menfaatlerinin korunması ve alacaklılar ile bölünmeye katılan şirketler arasındaki dengenin hukuk düzeni içinde korunması açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda, bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin hukuki koruma yöntemlerinin bölünmenin temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Bölünme

Alacaklı

Alacaklıların Korunması

Teminat

Sorumluluk

PROTECTION OF CREDITORS IN COMPANY DIVISIONS UNDER TURKISH COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

Today, commercial companies are entering the transformation process for various reasons. One of these transformation methods is company divisions. Companies either establish new companies or build different company structures through division according to the transformation process they built. During the division process, changes in the structure of companies or the establishment of new companies by eliminating old companies cause loss of rights for creditors of companies participating in the division. The legislator has regulated the protection of creditors regarding the protection of companies participating in the division. Protecting the interests of the creditors who have no say in the division process and maintaining the balance between the creditors and the companies participating in the division within the legal order is essential to protect the creditors. In this context, this study examined whether the legal protection methods regarding the protection of creditors in the division provide sufficient protection under commercial law.

Keywords

Division

Creditor

Protection of Creditors

Guarantee

Liability

GİRİŞ

Ülkemizdeki ekonomik gelişmelere paralel olarak, ticaret şirketleri de iç ve dış piyasada rekabet gücünü arttırmak, uluslararası pazarlara açılarak daha fazla pazarda faaliyet göstermek ve dolayısıyla daha fazla kazanç elde etmek amacıyla faaliyet alanlarını genişletmektedir. Şirketlerin faaliyet alanlarını genişletmesi; kontrolsüz büyümeyi, şirket yönetim ve denetimlerinin zorlaşmasını, pazara uzaklığı, maliyetlerin artmasını, yüksek vergi yükümlülüklerini ve benzeri sorunları beraberinde getirmekte ve büyüyen şirketlerin devamlılığını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple şirketler, yeniden yapılandırma yoluna giderek bu sorunlarını bertaraf etmeye çalışmakta, rekabet gücünü arttırarak karlılığını ve verimliliğini yeniden arttırmaya çalışmaktadır. Yeniden yapılandırma yöntemlerinden biri olan bölünme de bu ihtiyaçtan doğmuş bir müessesedir.

Buna ek olarak bazen de bölünme işlemi ile bünyesinde birden fazla alanda faaliyet gerçekleştiren sermaye şirketlerinin birden çok şirkete bölünerek her bir şirketin kendi faaliyet alanında uzmanlaşması amaçlanmakta; bölünen yeni şirketlerin yönetim ve denetimlerinin kolaylaşması sayesinde maliyetleri de azalacağından karlılığının artması beklenmektedir. Şirketlerin faaliyet alanlarının genişlemesi ve büyümesi şirketlerin bölünmesinde temel etmenlerden biri olarak gösterilse de şirketler başta iktisadi, mali ve teknik nedenler olmak üzere pek çok nedenden dolayı bölünmektedirler.

6762 sayılı eTK'da bölünmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ile eTK'nın aksine bölünme kavramına yer verilmiş ve bu konu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bölünmenin Türk hukuk sisteminde yer bulmasında ve TTK'da düzenlenmesinde Avrupa Birliği, Alman ve İsviçre hukukunda şirketlerin yapısal değişikliklerine ilişkin düzenlemeler etkili olmuştur.^[1] Bölünen şirketler açısından pek çok bakımdan olumlu sonuçlar doğuran bölünme işlemi, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları için tehlike yaratabilmektedir. Kısmi bölünmede, bölünen şirketlerin mal varlığının azalması; tam bölünmede ise, alacaklıların borç ilişkisi içerisine girdiği şirketlerin ortadan kalkması gibi nedenler, bölünmeye katılan borçlu şirkete güvenerek borç ilişkisi içerisine giren alacaklıların alacaklarını tehlikeye düşürmektedir.

[1] ERDEM, H. Ercüment, "Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması", *Prof. Dr. Seza Reisoglu Armağanı*, 2016, s. 313.

İşte bu sebeple kanun koyucu, TTK'da bölünme ile ilgili düzenlemeler yaparken alacaklıların korunmasına ilişkin de özel koruma yöntemlerini hüküm altına almıştır.

Bu bağlamda çalışmamızda, ticaret hukuku kapsamında öncelikle bölünme kavramı genel olarak açıklanarak şirketleri bölünmeye sevk eden nedenler ele alınacak, ardından bölünmede alacaklıların korunması, alacaklıların korunmasına neden ihtiyaç duyulduğu ve koruma kapsamındaki alacaklıların neler olduğu izah edilecektir. Sonrasında, alacaklıların korunmasına ilişkin yöntemler, bu yöntemlerin koşulları ve sonuçları tek tek incelenecek ve konu TTK'nın temel ilkeleri ışığında detayları ile ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK BÖLÜNME KAVRAMI VE ŞİRKETLERİ BÖLÜNMEYE SEVK EDEN NEDENLER

A. Bölünme Kavramı ve Hukuki Niteliği

Ticaret şirketlerinin günün koşullarına uyum sağlamak, faaliyet konularında ve şirket organizasyon yapılarında değişikliğe gitmek amacıyla yeniden yapılandırma ihtiyacı duydukları görülmektedir. Yeniden yapılandırma faaliyetlerine, şirketlerin faaliyet alanlarının düzenlenmesi, ayrıştırılması, birleştirilmesi, ortaklık ve sermaye yapılarının değiştirilmesi, şirket varlıklarının devri, yeni organizasyon yapısı kurma isteği ve benzeri düzenlemeler örnek olarak sayılabilir. Bölünme müessesesi, ticaret şirketlerinin ihtiyaç duyduğu yeniden yapılandırma modellerinden biri olup, günümüzde şirketlerin sıklıkla başvurduğu yöntemlerden biridir. Diğer yeniden yapılandırma türlerine ilişkin hükümler hukuk sistemlerinde daha eski dönemlerden beri yer alırken; *bölünme* gerek yabancı hukuk sistemlerinde gerekse Türk hukukunda iktisadi, mali ve idari ihtiyaçlar nedeniyle TTK'ya dahil edilmiştir.^[2]

Türk hukuk sistemimizde bölünmenin tanımı herhangi bir kanun hükmü ile yapılmamış, öğretide yapılan çeşitli tanımlamalar ile şekillenmiştir. *Helvacı* bölünmeyi, “*bir sermaye ortaklığının bir veya daha fazla sermaye ortaklığına malvarlığının bağımsız bölümlerini devretmesi karşılığında, malvarlığı devredilen ortaklığın pay sahiplerinin devralan ortaklıklarda pay sahibi olmaları ve devreden ortaklığın bütün mal varlığını devretmesi halinde*

[2] AYHAN, Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin ve ÖZDAMAR Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 497.

tasfiyesiz olarak infisah etmesi”^[3] olarak tanımlamaktadır. Bir başka tanıma göre ise bölünme, “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerce başvurulabilen bir yeniden yapılandırma yöntemi, tasfiyeye girmeksizin malvarlığının tamamen veya kısmen kendi bünyelerinden ayrılarak, yine sermaye şirketlerine veya kooperatiflere kısmi külli halefiyet yoluyla devredilmesi ve bunun karşılığında bölünen şirket ortakları tarafından devralan şirketlerdeki ortaklığın kendiliğinden elde edilmesi*”^[4] şeklinde tanımlanmıştır. *Pulaşlı* tarafından hukuki anlamda bölünme, “*bir şirketin malvarlığını ve yükümlülüklerini tamamen veya kısmen ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi halefiyet yoluyla yeni kurulan veya mevcut bir sermaye şirketine veya kooperatife devretmesi ve devrin karşılığı olarak devralan şirketin paylarının bölünen şirketin ortaklarına tahsis edilmesi*”^[5] olarak da tanımlanmaktadır. *Ayhan/Çağlar/Özdamar* ise, TTK gerekçesini dayanarak göstererek bölünmeyi, “*sermaye şirketlerinin ve/veya kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu ipso iure elde etmeleri*”^[6] olarak tanımlamıştır.

Türk ticaret hukuku kapsamında bölünmeye ilişkin hükümler, TTK’nın 159. maddesi vd. hükümleri ile düzenlenmiştir. TTK’nın bölünmeye ilişkin hükümleri Avrupa Birliği’nin Avrupa Birliği’nin 82/891/EEC sayılı Yönergesi^[7] ve İsviçre’nin Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının

[3] HELVACI, Mehmet, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004, s. 36.

[4] ERİŞ, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 1726.

[5] PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 106.

[6] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 497.

[7] 82/891/EEC sayılı ve 17.12.1982 sayılı işbu Yönerge Avrupa Birliği Resmî Gazetesi’nin 21.12.1982 tarih ve L 378 sayılı nüshasında yayımlanmıştır. Yönergenin yürürlükte olan yeni versiyonu için bkz. 2017/1132 sayılı ve 14.06.2017 tarihli *Avrupa Birliği Yönergesi*.

Devrine İlişkin Federal Kanunu^[8] (İBirK) hükümleri esas alınarak hukukumuza uyarlanmıştır. İBirK, Alman Tür Değişirme Kanunu^[9] esas alınarak hazırlandığı için Alman Tür Değişirme Kanunu da TTK'nın bölünmeye ilişkin dolaylı kaynakları arasında kabul edilebilir.

B. Şirketleri Bölünmeye Sevk Eden Nedenler

Bölünme, günümüzde şirketlerin optimal büyüklüğün üzerinde gelişerek esas faaliyet alanından uzaklaşması sonucu, esas faaliyet alanlarına odaklanmak, farklı faaliyet alanlarını ayırıştırmak gibi amaçlar ile tercih edilen bir yeniden yapılandırma yöntemidir. Bu bağlamda bölünmenin bir diğer amacı, işletmelerin optimum büyüklüğüne ulaşmasını ve ekonomik gelişimini sağlamak, işletme yönetimindeki ihtilafları gidermektir.^[10]

Şirketler başta stratejik veya ekonomik nedenler olmak üzere çeşitli sebeplerle bölünmeyi tercih edebilirler. Uygulamada en sık rastlanan bölünme nedenleri şu şekilde sayılabilir: Şirketlerin ortaklık yapılarını değiştirmeleri, faaliyet alanlarını ayırma isteği, varlıklarını kısmen veya tamamen elden çıkararak verimli olmayan ve risk taşıyan faaliyet alanlarından çıkma, belirli faaliyet alanlarına yoğunlaşarak uzmanlaşma isteği, yapısal veya sektörel sorunların azaltılması.^[11] Bunların yanı sıra, teknolojik gelişmeleri takip edebilmek, uluslararası firmalarla rekabet gücünü arttırma, pazar payını arttırma, büyüyen şirketlerin güçleşen yönetimlerini kontrol alma isteği gibi stratejik nedenlerin de şirketleri bölünmeye yönlendirdiği görülmektedir.

Şirketlerin pek çok açıdan ihtiyaçlarını karşılayan bir yeniden yapılandırma yöntemi olan bölünmenin nedenlerini ve örneklerini çoğaltmak mümkündür. Nitekim, uygulamada şirketler bölünmeye başvurmak suretiyle üretim, dağıtım ve pazarlama süreçlerinin farklı aşamalarını optimum ölçeklerde

[8] 221.301 sayılı Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) / Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et le Transfert de Patrimoine (LFus) 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[9] Umwandlungsgesetz, 28.10.1994 tarihinde (Federal Law Gazette I p. 3210; 1995 I p. 428) yayımlanmıştır.

[10] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 498.

[11] KAYALI, Ferna İpek, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 21-22.

ayrı birimler halinde örgütlemek, bunlar arasında iş bölümü ve uzmanlaşmaya gitmek suretiyle ekonomik faaliyetlerinde verimlilik sağlamaktadır.^[12] Öte yandan bölünme, aile ortaklıklarında, mirasın paylaşımında, iki veya üç gruplu ortaklıklarda sorunları çözmek amacıyla da kullanılabilir.^[13] Gerçekten de özellikle küçük ve orta ölçekli şirketlerde, işletmenin farklı birimlerini münferit ortaklara tahsis etme ihtiyacı doğduğu ve bölünmeye başvurulduğu görülmektedir.^[14]

Bölünme aynı zamanda, şirketlerin düşmanca ele geçirmelere karşı başvuru- rulan savunma yöntemlerinden biridir. “En değerli varlık savunması” olarak da bilinen bu yöntem ile bir hedef şirketin yöneticileri, ilgi çeken varlıklarını veya birimlerini elden çıkarmak suretiyle hedef şirketin çekiciliğini azaltabilir ve böylece hedef şirketin değerini düşürerek ele geçirilmesini önleyebilir.^[15]

Bölünme nedenleri farklı şekillerde tasnif edilebilmekle birlikte, başlıca bölünme nedenleri mali, iktisadi ve teknik nedenler olmak üzere şu şekilde ifade edilebilir.^[16]

1. Mali Nedenler

- a) Kar-zarar takası yapmak suretiyle mevzuatın izin verdiği vergisel avantajlardan yararlanmak,
- b) Şirket zararlarının bölünme sonucunda paylaşılması yoluyla şirketin mali durumunu iyileştirmek,
- c) Şirket varlıklarının kullanımında verimliliği arttırmak,
- d) Yatırımlarda ihtiyaç duyulan mali kaynakları sağlamak.

[12] BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, 2019, s. 69.

[13] TTK madde 159 gerekçesi.

[14] KAYALI, s. 23.

[15] KAYALI, s. 24.

[16] NAZALI, Ersin, *Vergisel ve Yeni TTK Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri*, 4. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2015; ANDREAS, Binder, *Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung*, 2005, s.7 vd.; DEMİR, Koray, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 52, 55, 58.

2. İktisadi Nedenler

- a) Birden çok alanda faaliyet gösteren şirketlerde yüksek maliyetleri azaltmak,
- b) Mal ve hizmet üretiminde uzmanlaşmak,
- c) Faaliyet risklerini ve sorumlulukları şirketleri bölmek suretiyle paylaşmak,
- d) Teknolojik gelişmelere ve ürün taleplerindeki değişimlere uyum sağlamak amacıyla şirketleri ayırarak yönetimde kolaylık sağlamak,
- e) Şirket ortakları arasındaki mal varlığı paylaşımı, kar dağıtımı gibi sorunları çözmek.

3. Teknik Nedenler

- a) Hammaddeye, hedef pazara coğrafi yakınlık sağlamak,
- b) Faaliyet alanlarındaki büyümeye bağlı oluşan yönetim sorunlarını çözmek,
- c) Verimliliğini kaybeden şirket varlıklarının bölünen veya yeni kurulan şirketlerin işletme faaliyetleriyle birleştirilerek yeniden canlanmasını sağlamak.

Genel olarak yukarıda sayılan nedenlerle, şirketler tarafından iradi olarak bölünme işlemi yapılabilmeyle birlikte, bölünme kararının irade dışı gerçekleşmesi veya mahkemeler tarafından bu kararın verilmesi de mümkündür. Şirketlerin rekabet hukuku kurallarını aşacak düzeyde büyüklüğe ulaşması halinde rekabet otoriteleri, ilgili şirketin bir işletmeyi elden çıkarması veya bir faaliyet alanından çıkması kaydıyla bölünmeye karar verebilir.^[17] Bunun yanı sıra, TTK'nın 531. maddesine göre fesih davası açan bir şirket ortağı hakkında mahkemece sahip olduğu payların gerçek karşılığının ödenmesine karar verilebileceği gibi duruma uygun nitelikte, makul başka bir karara varılması da mümkündür. Bu gibi hallerde, feshi talep eden ortağın sahip olduğu payların karşılığının ödenmesi yerine, şirketin bölünmeye gitmesi yolu da tercih edilebilmektedir.^[18]

[17] KAYALI, s. 24.

[18] ERİŞ, s. 1727.

Şirketlerin yukarıda sayılan ya da sayılmayan pek çok nedenden kaynaklı karar alarak bölünmesi sonucunda, devreden şirketin alacaklılarının teminatı olan şirket mal varlığının bir parçası, alacaklıların rızası ve müdahale hakkı olmaksızın devredilmektedir. Özellikle tam bölünme neticesinde, asıl borçlu ortadan kalkmakta ve yerini devralan şirket almaktadır. Kısmi bölünmede ise asıl borçlu şirket varlığını sürdürse de malvarlığında azalma meydana gelmesi şirketin mali durumunu olumsuz etkilemekte ve alacaklılar açısından güvensizlik ortamı yaratmaktadır. Bununla birlikte bölünmede; bölünme sözleşmesi, bölünme raporu, bölünmenin tescili için yapılan masraflar, şirket ortaklarına ödenen denkleştirme tazminatı gibi masraflar bölünmeye katılan şirketlerin nakit sıkıntısı içine düşmesine sebep olabilmekte ve bu da alacaklıların haklarını tehlikeye düşürebilmektedir.

Bölünme, bölünen şirketin aktif mal varlığının bir kısmının devralan şirket lehine ayrışması ve bu sebeple bölünen şirketin mal varlığı ile borçları arasındaki ilişkinin kopması^[19] nedeniyle alacaklılar açısından diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine göre daha riskli bir işlemdir. Bu sebeple kanun koyucu, alacakları tehlikeye düşen alacaklıların haklarının korunması ve bu riskin bertaraf edilmesi amacıyla alacaklıları korumayı amaçlamıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde alacaklıların korunması konusu detaylı olarak incelenecektir.

II. ALACAKLILARIN KORUNMASI

A. Alacaklıların Korunmasının Nedeni ve Önemi

Bölünmede alacaklıların korunması ihtiyacı, bölünme sürecinde alacaklıların söz hakkı bulunmaması ve bölünme işleminin alacaklıların müdahale hakkı olmaksızın tamamlanmasından doğar. İleride detaylı olarak inceleneceği üzere, TTK madde 173 hükmü gereği alacaklıların korunması ve alacaklarının tehlikeye düşürülmemesi bölünme işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için bir ön koşul olarak değerlendirilebilir. Şirketlerin bölünme sürecinde alacağın tehlikeye düşmesi teminatlı alacaklarda bile görülebilen, teminatsız alacaklarda bu tehlike çok daha yüksektir.^[20]

[19] KAYALI, s. 277.

[20] TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 670.

Bölünmede, alacaklıların korunması ihtiyacını doğuran nedenlerden birisi borçlu sıfatının değişimidir.^[21] Tam bölünmede (TTK m. 159/1(a)), şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolur ve şirketin malvarlığının tamamı kısmi külli halefiyet yoluyla devralan şirketlere geçer. Böylece, alacaklıların alacağına muhatabı olan borçlu şirket ortadan kalkar ve devralan şirketler borcun muhatabı haline gelir. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 195. maddesi vd. ile düzenlenen borcun iç üstlenme yoluyla üstlenilmesi, bir diğer ifadeyle borcun nakli hükümleri, malvarlığının geçişi külli halefiyet yoluyla gerçekleştiğinden bölünmede uygulanmaz. Bir başka ifadeyle, TBK 195. madde ile düzenlenen alacaklıların rızası koşulu bölünmede aranmayacaktır. Hiç şüphesiz ki, rızası alınmadan karşısındaki muhatap borçlu değişen alacaklıların hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir.^[22]

Kısmi bölünmede (TTK m. 159/1(b)) ise, borçlu değişimi malvarlığının tamamı üzerinde değil, devredilen kısma bağlı borçların alacaklıları için koruma gerektirir. Kısmi bölünmede, tam bölünmede olduğu gibi kısmi külli halefiyet durumu söz konusu olmayacak ve devreden şirketin devrolmayan malvarlığında doğmuş alacaklılar açısından borçlu değişimi olmayacaktır.^[23] Kısmi bölünme, bu özelliği ile alacaklılar açısından daha avantajlı görünse de devreden şirkette kalan mal varlığı azalacağından alacaklıların el atabileceği ve hak iddia edebilecekleri borçlunun malvarlığı azalmış olacaktır. Bir diğer ifadeyle, bölünen şirketin mal varlığı ve dolayısıyla alacaklıların teminatları azalacaktır.

Malvarlığının küçülmesi riski, devredilen malvarlığına bağlı borçların alacaklıları için de söz konusudur. Nitekim bu alacaklılar hem borçlu değişimi hem de malvarlığının küçülmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Teminatlı alacaklarda aynı teminatın devralan ortaklığa devrolunması ve dolayısıyla bölünmenin teminatın değerini azaltması da bu alacaklılar açısından tehlike yaratabilir.^[24]

[21] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 315.

[22] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 316.

[23] KAĞITÇIOĞLU, Murat, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, İstanbul, 2012, s. 170-171.

[24] TEKİNALP, s. 670.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında pay sahipleri ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesinin kanun koyucu tarafından sağlanması gerekmektedir. Aksi halde, kendilerine bölünmenin hiçbir aşamasında söz hakkı tanınmayan alacaklıların menfaatleri zedeleneyecektir. Esasında en temelde, alacaklı açısından bir borcun nakli olarak düşünülebilen bölünme işleminde alacaklının devre dışı kalmış olması hakkaniyetli değildir. Kaldı ki, TBK kapsamındaki borcun naklinde açıkça alacaklının onayının gerekiyor olması da bu hakkaniyetin bir gereğidir. TTK kapsamındaki bölünme işleminde alacaklıların söz sahibi olmaması konusu alacaklılar açısından hakkaniyetsiz sonuçlar yaratabilir. Bu nedenle kanun koyucu, alacaklıların korunmasına ilişkin, alacaklılara birtakım haklar sağlamış olup, bu haklar TTK'nın 174. maddesi vd. ile düzenlenmiştir.

B. KORUNMASI GEREKLİ ALACAKLILAR VE ALACAK İLİŞKİLERİ

TTK uyarınca bölünmeye katılacak şirketler, ticari faaliyetleri sırasında çeşitli alacak-borç ilişkisi içerisine girmektedir. Bu alacak ilişkileri kamu hukukundan veya özel hukuk ilişkisinden doğabileceği gibi şirketlerin işçi çalıştırması yoluyla oluşan iş hukuku ilişkisinden de kaynaklanabilir. Çalışmamızın bu bölümünde, şirketlerin ticari veya iş ilişkileri sonucu ortaya çıkan alacak türleri incelenecektir.

1. Kamu Hukukundan Doğan Alacaklar (Amme Alacakları)

Kamu hizmetlerinin finansmanı aracılığıyla devlet, Anayasa'dan aldığı egemenlik yetkisine dayanarak vergi, resim, harç gibi çeşitli isimlerle anılan birtakım mali yükümlülükler koymaktadır. Bir diğer adıyla kamu gelirleri olarak da bilinen bu yükümlülükleri diğer alacak türlerinden ayıran temel özellik, devletin kamu otoritesine dayanılarak cebren tahsil edilmesidir.

Kamu alacağı kavramı, hukuk literatürümüze 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un^[25] 1. maddesi ile girmiştir. Söz konusu maddeye göre kamu alacakları, “devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait yargılama masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i alacaklar” olarak tanımlanmaktadır.

[25] Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 28/7/1953 tarih, 8469 sayılı T.C. Resmî Gazete.

Bir alacağın kamu alacağı niteliğini taşıyabilmesi için; söz konusu alacağın devlete, il özel idarelerine veya belediyelere ait olması ve alacağın 6183 sayılı kanunda sayılan alacak grupları içinde yer alması gerekir.^[26] Devlet açısından kamu hizmetlerinin devamlılığı zorunlu olduğundan, pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun^[27] 206. maddesi ile kamu alacakları diğer alacaklara göre imtiyazlı kabul edilmiştir. Bu doğrultuda devlet, kamu alacaklarının tahsil ve takibini kolay ve seri bir şekilde gerçekleştirebilmek için özel cebri icra yöntemleri ve bazı güvenlik tedbirlerinden faydalanılmasını öngörmüştür.^[28]

Şirketlerin bölünmesi sırasında şüphesiz tüm alacaklıların korunması gerekli ve adil olsa da yukarıda bahsedilen nitelikleri gereği kamu alacağı niteliğindeki alacaklara sağlanan cebri icra yöntemlerindeki kolaylıklar ve kamu alacağının güvence altına alınması ilkesi gereği kamu alacaklarının öncelikli olarak korunacağı ve cebren tahsil edileceği kabul edilmelidir.

Özel hukuktan kaynaklanan alacaklarda, kişinin sadece miktar bakımından kesinleşmiş alacakları için koruma tedbirlerinin alınması mümkün iken, kamu alacaklarında daha kesinleşmemiş alacaklar için bile güvenlik önlemlerinin alınması mümkündür. Özel hukuktan doğan alacakların korunması ile ilgili 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389-399. maddelerinde *ihiyati tedbir*^[29] ve İcra ve İflas Kanunu'nun 257-268. maddelerinde *ihiyati haciz*^[30] konuları düzenlenmiştir. Buna karşılık, kamu alacaklarının güvence

[26] GERÇEK, Adnan, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2020, s. 3.

[27] 19/6/1932 tarih ve 2128 sayılı T.C. Resmî Gazete.

[28] GERÇEK, s. 21.

[29] Yargılama devam etmekte iken ya da zaman zaman dava öncesinde değişik sebeplerden tarafın koruma altına almak istediği hakkını koruması imkansızlaşabilir ya da güçleşebilir. Bu durumda telafisi güç ya da imkânsız zararlar meydana gelebilir. İhtiyati tedbir, bu durumun önüne geçilmesi için yararlanılabilecek hukuk yargılaması kurumudur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖZKAN, Meral Sungurtekin, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, s. 397-405.

[30] İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına (önceden) geçici olarak el konulmasıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2018, s. 350-362.

altına alınmasına ilişkin tedbirler daha çeşitlidir. Bunlar; teminat istenmesi, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, rüçhan hakkı, kamu alacağı ödenmeden yapılmayacak işlemler ve iptal davaları olarak sayılabilir.^[31]

Bir diğer yandan, özel hukuktan kaynaklanan alacaklarda alacaklı, alacağını tahsil edememesi halinde ancak talep ile icra organları kanalıyla alacağını tahsil edebilirken, kamu alacaklarının cebren tahsilinde talep koşulu aranmaksızın devletin kamu gücüne dayanılarak re'sen icra yetkisi kullanılmaktadır. Dolayısıyla kamu alacakları ile ilgili olarak, bölünme aşamasında, kamu alacaklısının ayrıcalıklı bir şekilde ayrıca TTK ile korunmasında gerek duyulmamış, bölünme kapsamındaki alacaklar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir.

2. Özel Hukuktan Doğan Alacaklar

Özel hukuk kuralları, kişilerin eşit haklara sahip olduğu ve irade özgürlüğüne dayanan hukuki ilişkileri düzenler. Özel hukukun düzenlediği bir hukuki ilişkinin kurulmasında taraflar irade serbestisine sahiptirler. Kamu hukukunun aksine, özel hukuk ilişkisinde taraflar arasında bir üstünlük durumu söz konusu değildir, taraflar eşit konumda ve eşit haklara sahiptirler.^[32] Özel hukuk kişileri gerçek kişiler olabileceği gibi şirketler, ticari şirketler, dernekler, vakıflar gibi tüzel kişiler de olabilir.

Özel hukuk ilişkilerinin kaynağını borç ve alacak ilişkileri oluşturur. TBK ile borcun kaynakları hukuki işlemlerden doğan borçlar, haksız fiillerden doğan borçlar ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Bu üç temel kaynağın dışında, çeşitli olaylarda doğan borçlar da mevcuttur.^[33]

Kamu alacakları ve diğer alacaklar gibi özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklar da şirketlerin bölünmesinde alacaklılara sağlanan koruma yöntemlerinden yararlanmakta ve hukuk düzeni içerisinde korunmaktadır.

[31] GERÇEK, s.27.

[32] SÜMER, H. Hadi, *Hukuka Giriş Kavramlar ve Kurumlar*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 73.

[33] AYDOS, O. Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.37.

Çalışmamızda genel olarak özel hukuktan kaynaklanan alacakların ve bunların sahiplerinin korunması hususu detaylı olarak ele alınacaktır.

3. İş İlişkisinden Doğan Alacaklar

Ticaret şirketlerinin bünyelerinde personel çalıştırmaları neticesinde bu personel ile şirketler arasında işçi – işveren ilişkisi doğar. Bu ilişki 4857 sayılı İş Kanunu'nun^[34] (İK) 2. maddesi ile “*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan iş ilişkisinden doğan alacaklara ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti gibi alacak kalemlerini örnek gösterebiliriz.

Bölünme işlemlerinde, özellikle tam bölünmede borçlu şirketin tüzel kişiliği ortadan kalktığı için borcun muhatabı başka bir tüzel kişilik olur. Bu durum, borçlar hukuku kapsamında borcun nakli anlamını taşımaktadır. Kısmi bölünmede ise, bölünen şirketin küçülmesi söz konusu olduğu için sermaye azaltılması gündeme gelecek ve malvarlığının azalması alacaklı işçilerin alacaklarının tehlikeye düşmesi anlamına gelecektir. Bölünmede, devrolan malvarlığının azalması neticesinde alacaklıların teminatları da azalacağından işçilerin korunması ihtiyacı doğacaktır.^[35] İşte bu korumayı sağlamak için TTK'da birtakım önlemler getirilmiş olup, bölünmede çalışanların korunmasına ilişkin yasal düzenlemelere çalışmamızın ileriki bölümlerinde detaylı olarak yer verilecektir.

C. ALACAKLILARIN KORUNMASINDA GENEL İLKELER

1. Sınırlı Sayı İlkesi

Borçlar hukukuna hâkim ilke olan sözleşme serbestisi ilkesinin aksine şirketler hukukunda genel olarak bu özgürlüğün sınırlandırıldığı ve sınırlı sayı ilkesinin hâkim olduğu görülmektedir. Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca; bir hukuki ilişkinin tarafları aralarında akdedecekleri sözleşmenin konusunu

[34] 10/6/2003 tarih ve 25134 sayılı T.C. Resmî Gazete.

[35] AKKAŞOĞLU, Şeyma, *Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s.10 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

ve sözleşmenin tipini serbestçe belirlemekte özgürdüler.^[36] Bunun nedeni hukuki işlem güvenliğinin, alacaklının ve azınlığın korunması gereğidir. Kanun koyucu tüzel kişilik kazanabilecek şirket türlerini sınırlı sayı ilkesine bağlı kalarak düzenlediğinden ticaret şirketi kurmak isteyenler kanunda öngörülmuş olan şirket türlerinden birisini seçmek zorundadır. Şirketle hukuki ilişkiye giren kişiler, bu şirketin kendi türü gereği var olan ve şirket ortakları arasındaki sözleşmeler yoluyla değiştirilemeyecek niteliklere sahip olduğuna güvenmektedir.^[37]

TTK'nın 124. maddesi ile ticaret şirketlerinin; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu sayılmış olup, bu hüküm aynı zamanda alacaklıların korunmasına yönelik bir düzenleme olarak da düşünülebilir. Nitekim, sayılan şirketler ile ticari ilişki içerisine girmek isteyen üçüncü kişiler, bu şirketlerin kanunda düzenlenen özelliklerine ve kendilerini koruma altına alan düzenlemelere göre karar vermektedirler. Zira alacaklılar için borçlu şirketin türü, sermayesi, şirketin ve ortaklarının sorumluluğu, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin borçlardan ne oranda sorumlu tutulabileceği gibi özel düzenlemeler, içerisine girecekleri ticari ilişkide ne kadar risk alacaklarını göstermektedir. Çünkü TTK'da konunun sınırları ve detayları düzenlenmiş olup, oyunun kuralları önceden belirlenmekle birlikte sonradan bu kuralların değişmesi de söz konusu olmadığı için, böylelikle taraflar açısından genel bir güvence sağlanmış olmaktadır.

Şirketlerin çeşitli ihtiyaçlarından kaynaklı olarak yapı değişikliğine gitme isteklerinden ve bu doğrultuda birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi yöntemlerle yeniden yapılandıklarından yukarıda bahsetmiştik. Sınırlı sayı ilkesi kapsamında kanun koyucu, şirketlerin bu yeniden yapılandırma süreçlerini de sınırlamış ve her bir yapılandırma türü için taraf olunabilecek şirketleri kanunda saymıştır. Bölünmede, sınırlı sayı ilkesi uyarınca, hangi şirketlerin hangi şirket türlerine bölünebileceği TTK'nın 160. maddesi ile sayılmış olup ilgili hüküm uyarınca, sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebileceklerdir. Bu madde, kaynağını İBirk'nın

[36] EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2003, s. 19.

[37] ÇOŞTAN, Hülya, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması (Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 14.

30. maddesinden almakla birlikte şirketlerinin bölünebilme olanağının çerçevesini “numerus claus” olarak çok sıkı şekilde sınırlandırmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki madde hükmünden her sermaye şirketinin ve kooperatifin yalnızca kendi türleri içerisinde bölünebileceği anlamı çıkarılmamalıdır. TTK'nın 160. maddesine göre;

- Bir anonim şirket; bir limited şirkete, paylı komandit şirkete ya da kooperatife bölünebilir.
- Bir limited şirket; bir anonim şirkete, paylı komandit şirkete veya kooperatife bölünebilir.
- Bir kooperatifin de yine bir kooperatife, anonim yahut limited şirkete bölünmesi mümkündür.^[38]

2. Şirket Mal Varlığının Korunması İlkesi

Sermaye şirketlerinde, alacaklıların korunması prensibi gereği, şirket ortaklarının sınırlı sorumluluğu ilkesi geçerlidir. Bir başka deyişle, alacaklılar, alacaklarını tahsil edemediği takdirde güvence olarak borçlu şirket ortaklarının şahsi mal varlıklarına başvuramamaktadırlar. Alacaklıların başvurabilecekleri güvence kaynakları, şirketin mal varlığı ve şirket pay sahiplerinin şirkette taahhüt ettikleri sermaye miktarıdır. Bu nedenle, şirket mal varlığının korunması ilkesi alacaklıların korunmasında önem arz etmektedir.

Şirketin öz kaynağı, hukuk ve ekonomi alanlarında şirketi, ortakları ve müstakbel alacaklıları koruyucu niteliktedir. Bunun nedeni, şirketin finansmanı ile ilgili hususların, şirketin ödeme gücünü belirlemesidir. Şirketin mal varlığının şirketin borçlarına karşılık oluşturmayan kısmının büyüklüğü ile şirketin kendisine kredi tahsis edenlere sunabileceği teminat arasındaki

[38] PULAŞLI, s. 113.

doğru orantı ise öz kaynakların^[39] sorumluluk ve garanti fonksiyonlarına işaret etmektedir.^[40]

Bölünmede, bölünen şirketin mal varlığını devralan şirket; devraldığı mal varlığının karşılığında, ortaklığın paylarını veya haklarını bölünen şirkete veya bölünen şirket ortaklarına devretmektedir. Bu durumda, mal varlığını devralan ortaklığın, bölünen şirketin ortaklarına ortaklığın paylarını devredebilmesi için çoğu kez sermaye artırımını yaparak yeni pay oluşturması gerekebilmektedir. Bu gerekliliğe ilişkin kanun koyucu TTK'nın 163. maddesi ile bölünmede sermaye artırımını düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca, devralan şirket sermayesini, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırır. Maddenin gerekçesinde; bölünüp devreden şirketin ortaklarının, devralan şirketin veya şirketlerin paylarını iktisabı amacıyla devralan şirketlerin sermaye artırımının çoğu zaman gereklilik olduğu ve bu gerekliliğin devreden şirketin ortaklarının haklarını koruma ölçüsünde ortaya çıkan bir yükümlülük olduğu, bu yükümlülüğün de alacaklıları korumaya yönelik olduğu vurgulanmıştır.^[41]

3. Aleniyet

Şirketler ile ticari ilişki içerisine girecek olan diğer taraf, bu ticari ilişki içerisine girmeden önce ileride yaşayabileceği sorunları ve alacağı riskleri değerlendirebilmek için şirket hakkında bilgi sahibi olmak istemektedir. Bu ilişkide alacaklı taraf kendini korumak amacıyla bilgi alma hakkına sahip olmakta, karşı taraf ise bilgi verme yükümlülüğü altına girmektedir. Ticari ilişkide taraflar arasındaki bu bilgi akışının sağlanabilmesi için önemli

[39] Öz kaynak, *mevcut sistemdeki ortakların katılma paylarının toplamını ifade eden esas sermaye ile primlerden oluşan, ortaklarca oluşturulan sermaye* olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020; Türk Dil Kurumu öz kaynağı, *hissedarların sermaye olarak işletmeye yatırdıkları varlıklar ile işletmenin dağıtılmayan kârları toplamından oluşan sermaye, diğer bir deyişle şirket varlıkları toplam değerinden borçların düşürülmesiyle hesaplanan net varlıklar* olarak tanımlanmıştır.

[40] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 18.

[41] Ayrıca bkz. SORGUNOĞLU, M. Buket, *TTK Hükümlerine Göre Ticaret Şirketlerinin Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 67 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

ilkelerden biri olan aleniyet, şirketler tarafından kendi durumları hakkında bilgilendirme amacıyla açıklanmış olan verilerin yayımlanması veya genel bir ifadeyle ulaşılabilirliğinin sağlanması anlamını taşımaktadır.^[42] TTK'da aleniyete ilişkin hükümler^[43] şirketlerin, ticari hayatın güvenini sağlamakta ve hukuki işlem güvenliğini de korumayı amaçlamaktadır.

Alacaklıların aleniyet yoluyla korunması, yalnızca şirketler hukuku konusu olmamakla birlikte, hukuki türleri veya yapıları ne olursa olsun tüm işletme türleri için geçerli olan genel bir ilkedir. Şirketlerin yeniden yapılandırma işlemleri sırasında alacaklıların korunmasında önemli araçlardan biri olan aleniyet, ticaret sicilinin aleniyeti, bilançonun aleniyeti gibi yöntemlerle sağlanabilmektedir.

Ticaret sicilinin aleniyeti, ticari ilişkilerde iyiniyetli üçüncü kişilerin güvenini korumayı amaçlamaktadır. Ticaret Sicil Müdürlükleri nezdinde yapılan tescil işlemleri, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yapılan ilanlar şirketlere ilişkin belirli konularda bilgi sağlayarak aleniyeti sağlamada araç olarak kullanılmaktadır. Bilanço ise işletmelerin belli bir tarih aralığında varlıklarının ve kaynaklarının gösterildiği mali tablodur.^[44] Bilançonun, şirketteki faaliyetler ve şirketin mali durumuna ilişkin bilgi veren bir kaynak olması ve alacaklılara güvenilir bilgi sağlaması sebebiyle bilançonun aleniyeti alacaklıların korunmasında önemli bir araçtır. Alacaklıların korunması açısından bakıldığında bilançonun aleniyeti; bilançonun açık ve anlaşılır

[42] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 19.

[43] TTK m. 339, m. 354, m. 355, m. 455, m. 471 vb.

[44] KARSLIOĞLU, Hasan, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. s. 73.

olması, kamuya açıklanması^[45] ve uzman denetçiler tarafından denetlenmesi ile ilişkili olarak kendini göstermektedir.^[46]

4. Alacakların Eşitliği ve Önceliği İlkesi

Hukuk sistemimizde ve uluslararası hukukta alacaklıların korunmasında alacaklıların eşitliği ilkesinden hareket edilmektedir.^[47] Buna göre alacaklılar, borcun haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması yahut herhangi bir hukuki ilişkiden doğmuş olması arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin eşit koruma hükümlerinden yararlanabilmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, kamu alacakları niteliği gereği önceliğe sahip olsa da bu konu alacaklıların sıralanması kapsamına girmekte olup, İcra ve İflas Kanunu hükümleri kapsamında incelenmelidir. Nitekim, şirketler hukukunda alacağın kamu ya da özel alacak niteliğinde olması alacaklılar arasında fark yaratmamaktadır.

Alacaklıların korunmasında bir diğer ilke olan alacaklıların önceliği ilkesi ise, şirket ortaklarının menfaatleri karşısında alacaklıların menfaatlerinin öncelikli tutulmasıdır. Alacaklıların önceliği ilkesinin hukuki temeli, zarar tehlikesine kimin ne ölçüde katlanacağını belirlenmesinde riski engelleme olanağına sahip olup olunmadığının belirleyici olmasıdır. Alacaklı ile

[45] TTK'nın 1524. maddesi uyarınca, "TTK 397. maddesinin dördüncü fıkrasına göre denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. İnternet sitesinde yayımlanacak içerikler, bu Kanunda belli bir süre belirtilmiş ise bu süre içinde, belirtilmemiş ise içeriğin dayandığı işlemin veya olgunun gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilana bağlandığı durumlarda ise tescil veya ilan yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde, şirketin kuruluşundan internet sitesi açılıncaya kadar geçen sürede yayımlanması gereken içerikler de bu sitenin açıldığı tarihte siteye konulur". Bu kapsamda, bölünmeye katılan şirketlerden denetime tabi olan sermaye şirketleri tarafından, TTK madde 171 uyarınca bölünme sözleşmesi veya planı, bölünme raporu, son üç yılın finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporları ve varsa ara bilançoları üzerinde inceleme yapma hakkına işaret eden ve bu belgelerin nereye tevdi edildiklerine ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarına dair ilan, bölünme kararının alındığı tarihten iki ay önce internet sitesine konur (Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m. 6/3-ç).

[46] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 22.

[47] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 13.

ortak arasındaki bu ayırım, şirket işleri hakkında bilgi edinme ve şirketin kararlarına etki imkanına sahip ortakların bu nedenle sorumlu tutulması gerekliliği karşısında alacaklıların şirket işleyişi hakkında aynı ölçüde bilgi sahibi olma ve şirket işlerine etki etme olanağından yoksun olmasından kaynaklanmaktadır.^[48] Bunun yanı sıra, alacaklıların önceliği ilkesi, şirketlerin mali başarısızlıklarından ve piyasadaki belirsizliklerden kaynaklanabilecek risklerin alacaklıların sırtına yüklenmesini engelleyici rol oynayan önemli bir ilkedir.

5. İnceleme ve Bilgi Alma Hakkı

Bölünmede inceleme ve bilgi alma hakkını düzenleyen TTK'nın 171. madde hükmü uyarınca, "bölünmeye katılan şirketlerden her biri, genel kurulun kararından iki ay önce, merkezlerinde; halka açık anonim şirketler ise ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu'nun uygun gördüğü yerlerde;

- Bölünme sözleşmesini veya bölünme planını,
- Bölünme raporunu,
- Son üç yılın finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ve varsa ara bilançoları inceleme hakkına sahiptir."

Bununla birlikte, maddenin dördüncü fıkrasına göre, bölünmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde; sermaye şirketleri ayrıca varsa internet sitelerinde inceleme yapma haklarına işaret eden bir ilan yayımlarlar.

Maddenin lafzından yalnızca bölünmeye katılan şirketlerin inceleme hakkına sahip olacağı anlaşılrsa da madde gerekçesinin,^[49] 149. madde gerekçesine yapmış olduğu atıf ile inceleme hakkının sadece ortaklara değil, daha geniş bir menfaat çevresine tanınmış olduğu ve söz konusu belgelerin (varsa) basılı şekillerinin aynı menfaat sahiplerine verilmesi gerektiği öngörülmüştür.^[50] Böylelikle doğrudan alacaklılara bu hak sağlanmış olup, alacaklıların bölünme işlemi sonrasında haklarının güvenliği konusunda tüm detaylı bilgilere sahip olmaları sağlanmak istenmiştir.

[48] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 13.

[49] TTK madde 171 gerekçesi.

[50] TTK madde 171 gerekçesi.

TTK'nın 171. ve 149. madde hükümlerinin gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, bölünmede inceleme ve bilgi alma hakkı geniş yorumlanmalı; yalnızca bölünmeye katılan şirketlere değil, bölünmeye katılan şirketlerden menfaati olan kişilere de sağlanmalıdır. Bu kapsamda, bölünmeye katılan şirket alacaklılarının da inceleme ve bilgi alma hakkından yararlanması gerektiği alacaklıların korunmasının bir gereği kabul edilmelidir.^[51] Ancak, TTK'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasında ve 171. maddesinin ikinci fıkrasında tüm ortakların onaylaması halinde küçük ve orta ölçekli şirketlerin inceleme hakkından vazgeçebileceği düzenlenmektedir. Maddeler birlikte değerlendirildiğinde küçük ve ortaklı ölçekli şirketler yönünden ortakların tercihinin menfaat sahiplerinin inceleme hakkını da etkilediği ve hatta ortadan kaldırdığı sonucu çıkmaktadır. Küçük ve orta ölçekli şirketlerin daha hızlı ve masrafsız bir şekilde bölünmesine olanak sağlayan inceleme hakkına ilişkin bu düzenlemenin alacaklıların menfaatlerini gözetmediği kanaatindeyiz.

Alacaklıların inceleme hakkının diğer hukuk sistemlerinde ne şekilde düzenlendiğine bakıldığında, TTK'da yer alan düzenlenmenin, İBirk'daki hükümlere göre bazı farklılıklar arz ettiği görülmektedir. Alacaklıların inceleme hakkına ilişkin İBirk'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira İBirk'nın 41. maddesi ve devamı uyarınca, yalnızca bölünmeye katılan şirketlerin pay sahiplerinin, şirket merkezinde genel kurul kararından iki ay önce inceleme hakkını kullanabilecekleri hükme bağlanmıştır.^[52] Söz konusu madde uyarınca, bölünme sözleşmesinin ya da planının, bölünme ve denetim raporunun, son üç yıla ilişkin yıllık hesapların, faaliyet raporlarının ve ara bilanço düzenlenmesi halinde ara bilançonun incelemeye hazır bulundurulması gerekmekte olup, inceleme hakkının kullanılabilmesi hususunun da her bir ortaklık bakımından ayrı ayrı Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilerek duyurulması gerekmektedir.

[51] HANDSCHİN, Lukas, *Fusionsgesetz (Fusg): Das Wichtigste In Kürze*, 2008.

[52] İBirk m. 41 vd.

III. ALACAKLILARIN KORUNMASI YÖNTEMLERİ

A. ALACAKLILARIN TEMİNAT YOLUYLA KORUNMASI

1. Koruma Kapsamındaki Alacaklar

Bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin TTK'nın 174. maddesi vd. hükümleri ile düzenlenen alacaklıların korunması kavramında bahsi geçen alacaklılar, çalışmamızın I. Bölümünde detaylı olarak izah edilen tüm alacaklılardır. Nitekim, şirketler hukukunda alacaklıların hukuki statüsü fark etmeksizin, alacaklıların eşitliği ilkesinin hâkim olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu doğrultuda bölünecek şirkette, bölünmeden önce hak sahipliği doğmuş olan gerek kamu hukuku gerekse de özel hukuk ilişkisinden doğan alacaklılar, intifa senedi sahipleri, borçlanma senedi sahipleri, şirket çalışanları gibi pek çok alacaklı grubu bu korumadan yararlanma hakkına sahip olacaktır.

Devralma yoluyla bölünmede, devralan ortaklığın alacaklı sayısı artmakta ve devralan ortaklığın mevcut alacaklıları, haklarının ihlali tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Devreden şirketlerde olduğu gibi, devralan şirketlerin alacaklıları da koruma kapsamından yararlanmaktadır. TTK'nın bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin hükümleri hem devreden hem de devralan ortaklığın tüm alacaklılarını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş, korunacak alacaklıların tespitinde herhangi bir ayırım yapmamıştır.^[53]

TTK'da hangi alacakların koruma kapsamında olduğu açıkça hüküm altına alınmamış olsa da teminat talep eden tüm alacaklılara teminat sağlanması gerektiği kabul edilmelidir. Burada önem arz eden bir husus çekişmeli alacakların korumadan yararlanıp yararlanamayacağı konusudur. Çekişmeli alacaklar için de talepte bulunulması halinde teminat gösterilmesi ve bu alacaklılar için de koruma sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.^[54] Nitekim, çekişmeli alacaklar yargılamaya konu edilmiş ise, yargılama sonucunun beklenmesi veya çekişmenin çözüme kavuşturulması sürecinde geçecek sürede TTK'nın 175. maddesi ile düzenlenen teminat süresinin kaçırılması ihtimalinin varlığı, çekişmenin sonucunda gerçekten alacaklı olduğu ispatlanan alacaklılar açısından hak kaybına sebebiyet verecektir. Bunun yanı sıra, çekişmeli alacakların koruma kapsamında değerlendirilmemesi

[53] SORGUNOĞLU, s. 40.

[54] Aynı yönde bkz. ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 156.

halinde bölünmeye katılacak şirketler, söz konusu alacak bakımından çekişme yaratarak teminat gösterme yükümlülüğünden kurtulabilirler. Ancak, bir alacağın, TTK'nın 175. maddesi kapsamında "alacak" kabul edilebilmesi için varlığının en azından inandırıcı bir şekilde ispatlanabilir ve hayatın olağan akışına uygun olması gerekir.^[55]

Koruma kapsamına girip girmediği TTK hükümleri uyarınca açık olmayan bir diğer konu muaccel alacaklardır. İsviçre öğretisinde, muaccel alacakların teminat altına alınmasının istenemeyeceği, çünkü bu durumda alacaklının ödeme talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.^[56] Türk öğretisinde ise *Çoştan*, bölünmenin tescilinden önce muaccel olan alacaklıların teminat isteyemeyeceği^[57] görüşündedir. Bize göre, TTK'nın 175. maddesi hükmünde açıkça bu şekilde bir düzenleme yer almadığından, muaccel alacakların da korumadan yararlandırılması hakkaniyetli olacaktır.

Koruma kapsamındaki alacaklara ilişkin tartışmalı konulardan bir diğeri de alacakların ne zaman doğmuş olduğu meselesidir. Bu konuda *Çebi*^[58] yalnızca çağrıdan önce doğmuş alacakların korumadan yararlandırılması gerektiğini savunmaktadır. *Çoştan ve Erdem*^[59] ise, bölünmenin TTK'nın 174. maddesi uyarınca ticaret siciline tescille geçerlilik kazanacağından bahisle tescilden önceki süreçte doğan alacakların da koruma kapsamından yararlandırılması gerektiği görüşündedir. Bize göre de çağrı sürecinde ve tescilden önceki süreçte doğan alacaklıların da hakkının korunması hakkaniyete daha uygun olacağından, bölünmenin hukuken geçerlilik kazandığı ticaret sicilde, tescil anına kadar doğmuş tüm alacaklar koruma kapsamından yararlandırılmalıdır.

Tescil ile ilan arasından geçen sürede doğan alacaklar bakımından da öğretiler fikir birliği bulunmamaktadır. Tam bölünmenin tesciliyle birlikte

[55] KAYALI, s. 284.

[56] KAYALI, s. 284.

[57] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 149; Aynı yönde bkz. ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 323.

[58] ÇEBİ, Hakan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 260.

[59] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 135; ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 321.

bölünen şirketin envanterinde yer alan ilgili aktifler ve pasifler devralan şirketlere geçeceğinden ve tam bölünmede bölünen şirket infisah edeceğinden, alacaklıların teminat talebiyle bölünen şirkete başvurmaları fiilen mümkün olmayacaktır. Bu durumda tescil ile ilan arasında geçen sürede bölünmeden haberdar olmaksızın bölünen şirketle işlem yapmış alacaklıların haklarının nasıl korunacağı sorunu doğmaktadır.^[60] Ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler hakkında tescilin ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağını düzenleyen TTK'nın 36. maddesi hükmü uyarınca *Çoştan*^[61], henüz ilan edilmemiş bölünmenin bunu bilmeyen alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğini ve dolayısıyla bölünmenin tescilinden sonra doğan talepler için de teminat isteminde bulunulabileceğini savunmaktadır. *Erдем*'e göre ise TTK'nın 179. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır ve TTK'nın 36. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bir hususun tescil ile derhâl üçüncü kişiler hakkında sonuç doğuracağına veya sürelerin derhâl işleyeceğine ilişkin özel hükümler saklıdır. TTK'nın 179'uncu ve 36'ncı maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, TTK 179. madde hükmü bölünmenin tescille hukuki geçerlilik kazanacağını açıkça düzenlediğinden TTK 36. madde hükmü bölünmede uygulama alanı bulamayacaktır. Böylelikle, TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen bölünmede alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin kanıtlanması durumunda teminat verme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.^[62] Bize göre de bölünme tescil ile geçerlilik kazanacağından tescil ile ilan arasında geçen sürede doğan alacakların koruma kapsamında değerlendirilmemesi yerinde olacaktır.

[60] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 321.

[61] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 137.

[62] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 321 (Yazara göre, bölünme kararı alınmadan önce alacaklılara çağrı yapıldığına göre, sırf bölünmenin henüz ilan edilmemiş olması nedeniyle alacaklıların bundan tamamen habersiz sayılması hakkaniyete aykırı olacaktır. Üstelik alacaklılara çağrı, yalnızca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan yoluyla değil, internet sitesi kurma zorunluluğunda olan şirketler açısından internet sitesinde de yapılmaktadır).

2. Alacaklılara Çağrı

TTK'nın 174. maddesi ile alacaklılara çağrının ne şekilde yapılacağı düzenlenmiş olup, ilgili hükme göre, "bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde, yedişer gün aralıklarla üç defa yapılacak ilanla ve sermaye şirketlerinde ayrıca internet sitesine de konulacak ilanla, alacaklarını bildirmeye ve teminat verilmesi için istemde bulunmaya çağrılırlar". Devreden ve devralan şirketlerin alacaklıları aynı ilanlarla çağrılır. Devralma yoluyla bölünmede çağrının hem bölünen hem devralan şirket tarafından yapılması gerekirken, yeni kuruluş yoluyla bölünmede devralan şirket bölünme ile kurulacağı için bu şirketin ilan yapması söz konusu olmaz.^[63]

26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun'un^[64] 41. maddesiyle, TTK'nın 174. maddesinin eski düzenlemesinde yer alan "*tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az üç gazetede*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu ifadenin kaldırılmasının, alacaklıların korunması amacına aykırı olduğu ve çağrının daha fazla alacaklıya ulaşmasını engellediği görüşündeyiz.^[65] Nitekim Ticaret Sicil Gazetesi yalnızca şirket faaliyetleri yürüten kişiler tarafından takip edilen bir gazete olup günlük hayatta sürekli kontrol edilen ve incelenen bir gazete olmadığından yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelere göre takibi zor bir gazetedir. Ancak yürürlükten kaldırılan madde ibaresinde geçtiği üzere, tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazeteler takibi daha kolay ve özellikle tacir olmayan alacaklılar açısından gündelik hayatta daha ulaşılabilir niteliktedir. Dolayısıyla eski madde düzenlemesinin alacaklıların korunmasının amacına hizmet eden daha hakkaniyetli bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.

TTK'da çağrının ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 175. madde ile bölünmeye katılan şirketlere ilanların yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda, alacaklıların alacaklarının teminat altına alınması için, çağrının bölünmenin tescilinden en az üç ay önce yapılması ve alacaklılara teminat talep

[63] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 324.

[64] 30/06/2012 tarihli 28339 sayılı T.C. Resmî Gazete.

[65] Benzer yönde görüş için bkz. ERDEM, s. 325.

edebilmeleri için üç aylık süre verilmesi kanundan doğan bir zorunluluktur. Ancak bu hususta, uygulamada da sıklıkla sorunlara neden olan husus, üç aylık sürenin alacaklıların teminat talep etme hakkına ilişkin verilen bir süre olması, ancak kanunda borçlu şirkete bu teminatın sağlanması için ek süre tanınmamış olmasıdır. Üç aylık sürenin dolmasına yakın bir tarihte alacağının teminatı talebinde bulunan alacaklılar bakımından, borçlu şirketlerin teminat sağlamak için yeterli süreleri kalmamakta ve bu durum alacaklılar açısından hak kayıplarına neden olmaktadır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, alacaklılara çağrının zamanına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılması gereği açıktır.

Alacaklılara yapılan çağrı, alacaklılar açısından bir yükümlülük doğurmakla birlikte, alacaklılara teminat talep etme hakkı tanımaktadır. Ancak TTK'nın 175. maddesi ile düzenlenen üç aylık süre, hak düşürücü süre niteliğinde olup süresi içerisinde teminat talep etmeyen alacaklılar, alacakları için teminat talep etme haklarını yitireceklerdir. Alacaklıların genel hükümler uyarınca sahip olduğu ve alacaklarının müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmasına ilişkin hakları elbette saklı kalacaktır.^[66]

3. Bölünmeye Katılan Şirketlerin Teminat Verme Yükümlülüğü

TTK'nın 175. maddesi hükmü uyarınca istemde bulunan alacaklıların alacakları teminat altına alınır. Bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin TTK'nın 174. ve 175. maddelerinde, teminatın bölünmenin hukuken geçerlilik kazanmasından önce ya da sonra mı gösterileceği açıkça belirtilmemiştir. Ancak TTK'nın 173. maddesinde, 175. maddede öngörülen teminatın sağlanmasından sonra, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının bölünme sözleşmesini veya planını genel kurula sunacağı hükme bağlanmıştır.^[67] Bölünmenin genel kurala sunulması ancak, alacaklıların alacaklarının teminat altına alınması veya bu alacakların tehlikeye düşmediğinin ispatından sonra mümkündür. Teminat altına alınması gereken borçlar varsa bunlar teminat altına alınmadan veya teminat için öngörülen üç aylık süre dolmadan, genel kurul bölünme kararı alamaz (TTK m.173, 175). Bu hüküm emredici nitelikte bir hüküm olup, diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine kıyasla bölünmede alacaklıların daha fazla korunması gereği bu

[66] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 326.

[67] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 204.

şekilde karşılanmıştır. Ancak yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya denetçi raporunda, tüm alacakların teminat altına alındığının veya alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin ispatlanması halinde, üç aylık teminat süresi beklenmeden genel kurulda bölünme kararı alınabilir.^[68] Esasında burada da alacakların şirketin malvarlığı ile zaten korunmuş olduğunun raporlanması ile fiilen teminata gerek kalmaması nedeniyle, kanunundaki ilgili hükümlerin amacına uygun hareket edilmiş olmaktadır.

6335 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*bir işlem denetçisinin raporuyla*” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddede yapılan bu değişiklikle alacakların tehlikeye düşmediğinin ispatının bir işlem denetçisinin raporuna bağlanması kuralı kaldırılmıştır. Uygulamada, alacaklıların haklarının tehlikeye düşmediği hususunun mal varlığı bölümlerinin değerlerinin tespitine ve bölünen şirketin kalan net mal varlığının şirket borçlarını ödemeye yeterli olduğuna ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile tevsiki halinde, üç aylık teminat süresinin beklenmediği görülmektedir. Bunun yanı sıra, yine uygulamada, üç aylık süre boyunca geçerli ve en az azaltılan sermaye kadar teminat sağlanmasının teminat süresi beklenmeksizin bölünmenin yapılabilmesi için yeterli kabul edildiği görülmektedir.^[69] Bu kapsamda bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin teminat gösterme yükümlülüğünün, uygulamada bu şekilde mali raporlar ile ispatlanarak ortaya konulmasının kanunun alacaklıları koruyucu düzenlemelerine zarar vermediği ve alacaklıların haklarının korunmasında bir sorun teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Teminat talebinde bulunma hakkına sahip alacaklılar, teminat talebinde bulunup bulunmamakta serbesttir. Ancak, TTK'da teminatın istemesine ilişkin herhangi bir şekil şartı düzenlenmemekle birlikte, teminat talebinin açık ve anlaşılır olması yeterlidir. TTK'nın 174'üncü maddesi ile düzenlenen ilanların ardından üç ay içerisinde alacaklılar, teminat taleplerini borçlu şirkete istedikleri şekilde iletebilmektedir. TTK'da teminat talebinin hiçbir koşula bağlanmamasının amacı, alacaklıların teminat talep etme süresini kaçırmamasının ve bu hakkını kullanırken herhangi bir zorlukla karşılaşmasının

[68] KOCAER, Şenol, *Şirket Yeniden Yapılandırılmaları*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 162.

[69] KOCAER, s. 163.

önlenmesidir. Bölünme sürecine etki hakkı olmayan alacaklının, hakkı olan teminatı talep etmek için çeşitli hukuki ve mali külfetlere katılmak zorunda kalması kanun koyucunun, alacaklıların korunması amacına ters düşecektir.^[70] Bu nedenle alacaklı hiçbir şarta bağlı olmadan ve olabilecek en basit yöntemle teminat isteyebilmelidir. Ancak, alacaklı tarafından talebin sözlü olarak yapılması halinde, herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ispat sorunu ortaya çıkacağından bu talebin usul hukuku gözetilerek yazılı olarak yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Talepte bulunmayan alacaklılar ise, güvence sağlanmasını isteme haklarını yitirmekle birlikte, bu durum alacak haklarını zedelemeyecektir.^[71]

İBirK uyarınca ise, TTK'da yer alan düzenlemeye göre süre bakımından bir farklılık olduğu dikkat çekmektedir. İBirK'nın 46. maddesi uyarınca, bölünmeye katılan şirketler, alacaklıların bu yöndeki talebi üzerine takip eden iki ay içinde alacaklıların alacaklarını güvence altına almak zorundadır. TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne paralel olarak İBirK'da yer alan düzenleme uyarınca, şirketlerin alacaklarının bölünmede tehlikeye düşmeyeceğini kanıtlayabilmesi halinde bu yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Bir diğer seçenek olarak ise, diğer şirket alacaklılarının haklarını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, taleplerini karşılayabileceği öngörülmüştür. Türk hukukunda benzer düzenlemeye TTK'nın 175. maddesinin üçüncü fıkrası ile yer verildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, İBirK ile ancak yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda alacaklıların hak ve taleplerinin teminat altına alınmış olması halinde, şirket genel kurulu tarafından bölünmeye ilişkin karar verileceği düzenlenmiş olup, bu kanuni düzenlemenin alacaklıların korunmasını ne kadar önemseydiği bir kez daha görülmektedir. İsviçre hukukuna paralel olarak, bölünme kararının ancak teminatın sağlanmasından sonra alınabileceğine ilişkin TTK'nın 173. maddesinin birinci fıkrası hükmü, Türk hukukunda alacaklıların korunması müessesine verilen önemin bir göstergesidir.

[70] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 327.

[71] KOCAER, s. 163.

3.1. Teminatın Türü, Miktarı ve Seçim Hakkı

Bölünmeye katılan şirketler tarafından sağlanacak teminatın türü, şekli veya miktarı hakkında kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu hususta alacaklıya açıkça bir seçim hakkı tanımadığından, borçlu şirketin uygun gördüğü şekilde teminat göstermekte serbest olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, teminat talebinin kanunda belirli bir şekilde bağlanmaması da teminatın şekle tabi olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Ancak, teminat talebinin ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında, özellikle alacaklının kimliği ve teminat altına alınacak alacağa ilişkin bilgilerin teminat talebinde belirtilmesinde fayda bulunmaktadır.^[72]

Teminatın türüne ilişkin, TTK'nın 175. maddesi lafzı da teminatın türünü belirleme konusundaki seçicilik hakkın, borçlu şirketin yönetimine ait olduğu şeklinde anlaşılmaya daha uygundur. Tüm alacaklar için aynı türde teminat gösterilmesi şart olmayıp, borçlu şirketin yönetim organları tarafından teminatın türü belirlenebilir. Teminatın türünün belirlenmesinde seçim hakkının borçlu şirkete ait olduğu kabul edilse de cebri icra aşamasında seçim hakkı alacaklıya geçmektedir. Bir diğer ifadeyle, teminat gösterilmemesi nedeniyle cebri icraya başvuran alacaklı teminatın türüne de karar verebilecektir.^[73] Borçlu şirket tarafından sağlanacak bu teminatlar aynı veya şahsi olabileceği gibi, teminat veren şirketin kendisine veya üçüncü kişilere ait olabilirken, üçüncü kişiler tarafından garanti veya kefalet de verilebilir. Bu aşamada söz konusu teminatın mutlaka banka teminat mektubu veya ipotek şeklinde ortaklığın güvenilirliğini etkileyen bir teminat türü olmasına gerek yoktur.^[74]

Alacaklılara teminat verilmiş ise, TMK madde 866 hükmünün özel bir uygulama şekli olan TMK'nın 175. maddesine göre alacaklılar teminatın yetersiz kalması halinde ek teminat talep edebilirler. Teminatın bütün alacaklıları kapsayacak şekilde genel olarak verilmesinin önünde de kanunen

[72] KAYALI, s. 289.

[73] KURU, Baki, "Teminat Alacaklıları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y.1976, C.3 S.8, Ankara, s. 34.

[74] KEŞLİ, Ahmet ve KARAHAN, Sami (Ed.), *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayınları, İstanbul, 2012, s. 218.

herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Teminatın yeterliliği veya uygunluğu ile ilgili doğabilecek uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurulabilir.^[75]

Bölünmenin miktarına ilişkin *Çoştan*, bölünmeye katılan şirketlerin ağır teminat yükleri altında ezilmesinin önlenmesi için teminat miktarının sınırlandırılması gerektiği görüşündedir.^[76] Biz de bu görüşe katılmaktayız. Nitekim, bölünmede bir yandan alacakların menfaatleri gözetilirken diğer yandan bölünmeye katılan şirketlere ağır teminat yükümlülüğü yüklenmemeli, bölünmeye katılan şirketler ile alacaklılar arasındaki bu menfaat dengesi korunmalıdır. Bir yandan teminat verme yükümlülüğü bölünme işlemini anlamsız kılmamalı, öte yandan bölünme alacaklıların haklarını kullanmalarını engellememelidir.^[77]

4. Borçlunun Teminat Göstermekten Kaçınması

Bölünmede alacakların teminat altına alınması yükümlülüğünün istisnası, bölünme işlemi sonunda alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediklerinin ispatlanmasıdır. Nitekim TTK madde 175'in ikinci fıkrası ile alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin ispatı hâlinde, teminat altına alma yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Maddede bahsi geçen ispat yükü, kendisinden alacağın temini talep edilen şirkettedir. Bir başka ifadeyle borçlu şirket, bölünme ile tehlike arasında illiyet bağı olmadığını ispatla yükümlüdür. Bunun nedeni, sadece borçlu şirketin mali durumunu ortaya koyabilecek durumda olmasıdır.^[78]

Teminat gösterilmesi talep edilen her alacak için, alacağın tehlikeye düşmediği ispatlanmalıdır. Şirketin teminat göstermemesi halinde alacaklıların icra veya dava yoluna başvurma hakkı saklıdır. Bununla birlikte, şirketin çekişmeli bir alacak için teminat göstermeyi reddetmesi halinde de çekişmeli alacak hakkı sahibinin dava yoluna başvuru hakkı mevcut olup bu nedenle açılacak davada ise teminata elverişli bir alacağın mevcut olmadığını ispat yükü şirkette olacaktır. Davacının, alacağının varlığına inandırması yeterlidir.

[75] POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal ve ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 187.

[76] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 211.

[77] KAYALI, s. 290.

[78] KAYALI, s. 291.

Zira, çekişmeli alacaklar için de kural olarak borçlu şirket teminat göstermekle yükümlüdür.^[79]

Alacağın ifasının bölünme dolayısıyla tehlikeye düşmediğinin ispatı kolay olmamakla birlikte, TTK'da ispat yöntemine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlu şirket, net mal varlığının tüm alacakları karşılamaya yettiğini ispatla yetinmemelidir. Özellikle, bölünmenin farklı türde şirketler arasında gerçekleşmesi halinde (örneğin, bir kooperatif ile anonim şirketin bölünmeye katılması halinde), borçlu şirket ödeme gücünün tehlikeye düşmediğini açıkça ortaya koymalıdır. Alacağın bölünme dolayısıyla tehlikeye düşmediğinin ispatında, yıllık veya ara bilanço ya da diğer yöntemler (örneğin, bir bankacı, danışman görüşü alınması) araç olarak kullanılabilir. Bununla birlikte, bölünme raporunda bölünmenin, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri açıklandığından, bölünme raporu da ispat aracı olarak kullanılabilir.^[80]

B. MÜTESELSİL SORUMLULUK YOLUYLA KORUMA

Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu yoluyla alacaklıların korunmasının amacı, bölünen şirketin malvarlığının bölümlere ayrılarak devredilmesinin alacaklılar açısından yarattığı tehlike kapsamında alacaklılara sağlanan teminatın yanında ek bir koruma sağlamaktır. Esasında böylelikle dolaylı olarak, bölünmeye katılan şirketler ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesinin korunması amaçlanmaktadır.

TTK'nın 176. maddesinde bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvuru için gerekli koşullar düzenlenmiştir.^[81] TTK'nın 176. maddesi ile getirilen bu düzenleme, bölünmenin geçerlilik kazanmasından önceki dönemde alacaklıların korunması amacıyla hizmet etmektedir. Gerçekten de TTK'nın 176. maddesi ile getirilen bu düzenleme, bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önceki dönemde alacaklıların korunmasını hedefleyen TTK'nın 174. ve 175. maddelerini tamamlayıcı bir nitelik taşıırken; TTK'nın 177.

[79] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 212.

[80] KAYALI, s. 293.

[81] Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2016/11060 K. 2017/967 T. 8.2.2017; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2018/3295 K. 2018/6127 T. 30.5.2018, <https://lib.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

maddesi ile bölünmenin geçerlilik kazanmasından sonraki dönemde alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.^[82]

1. Birinci Derece ve İkinci Derece Sorumluluk

TTK'nın 176. maddesinin birinci fıkrası ile düzenlenen tanıma göre, “bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket birinci derecede sorumlu şirkettir”. Kısmi bölünme açısından devralan şirket, kendisine yüklenen borçlar açısından birinci derece, bölünen şirket ise bu borçlar açısından ikinci derece müteselsil sorumlu olur.^[83] Tam bölünmede ise bölünen şirket infisah ettiğinden sorumluluğu ortadan kalkar ve her bir devralan şirket ise kendisine yüklenen borçlar açısından birinci, bölünmeye katılan diğer şirketlere yüklenen borçlar açısından ikinci derece müteselsil sorumlu olur. Birinci derece sorumlu şirket alacaklıların alacaklarını ifa edemezse, TTK'nın 176. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen şartların da yerine gelmesiyle bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu şirketler olarak kabul edilirler ve söz konusu borçlardan müteselsil sorumlu olurlar.^[84]

TTK'nın 176. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, bölünme sözleşmesi veya planına göre, bölünen şirketin bazı borçları, bölünmeye katılan şirketlerden birine devredilmişse yani borcun o devralan şirket tarafından ödenmesi gerekiyorsa fakat ödenmemişse, bölünmeye katılan diğer şirketlerin bu ödenmeyen borçlarından müteselsil sorumlu olurlar.^[85] Borcu ödemekle yükümlü olan şirket ise bu borçtan birinci derecede sorumludur. Çünkü bölünmede, aktif pasif gruplaştırmasında, borç ona intikal etmiştir. Birinci derece sorumlu şirkete başvurmadan ikinci derecede sorumlu diğer şirketlere başvuru yapılamaz.^[86]

[82] KAYALI, s. 294.

[83] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 336.

[84] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 336.

[85] TTK madde 176 gerekçesi.

[86] TTK madde 176 gerekçesi.

1.1. İkinci Dereceden Müteselsil Sorumlu Şirketlere Başvuru ve Koşulları

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğa konu yükümlülükler bölünmenin ilanından önce doğmuş olmalıdır. Alacaklının talebinin sözleşmeden veya kanundan doğmuş olması ya da aynı nitelik taşıması fark yaratmamaktadır. Alacaklıların bildirimde bulunmamış olması ise asli borçlunun değişmesine onay verdikleri anlamını taşımamaktadır.^[87] Nitekim TTK'nın 176. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen şartların gerçekleşmesi ile alacaklılar, borcun tümünü veya bir kısmını ikinci dereceden sorumlu şirketlerin herhangi birisinden talep etme hakkına sahiptir.

Bölünmede alacaklıları korunmaya yönelik düzenlemeler kapsamında, bölünmeye katılan şirket alacaklılarının teminat talep etme hakkından yukarıda bahsetmiştik. Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğuna gidilebilmesi için ilk şart söz konusu alacağın teminata bağlanmamış olmasıdır. Alacak teminata bağlanmışsa bile, teminatın yetersiz olması, teminatın paraya çevrilebilmesi ancak borcu karşılamaması halinde, ikincil sorumluluğun teminatın karşılayamadığı kısımla sınırlı olmak üzere doğacağı kabul edilmektedir.^[88] Bununla birlikte, teminatın borcu karşılamayacağıının anlaşılması halinde de bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Bölünmede alacaklıların müteselsil sorumluluk korumasından yararlanabilmesinin bir diğer koşulu birinci derece sorumlu şirketin, yani asıl borçlu şirketin borcunu ifa etmemesidir. Alacaklının, öncelikle borç ilişkisi içerisine girdiği şirkete başvurması gerekmektedir. Birinci derece sorumlu şirkete başvurmadan, ikinci derecede sorumlu şirketlere başvurması şüphesiz ki mümkün olmayacaktır. Asıl borçlu, birinci derece sorumlu şirketin borcunu ödemesi veya gerekli teminatı sağlaması halinde ikinci derecede sorumlu şirkete başvurma olanağını ortadan kalkacaktır.^[89] Diğer bir ifadeyle, ikinci derece sorumlu şirketlerin sorumluluğundan bahsedebilmek için alacağın

[87] ÇOŞTAN, Hülya, "Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması" (Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2012, s. 235.

[88] HELVACI, s. 129.

[89] TTK madde 176 gerekçesi; HELVACI, s. 130.

teminat altına alınmamış ve TTK'nın 176. maddesine göre, “birinci derece sorumlu şirketin;

- a) İflas etmiş,
- b) Konkordato süresi almış,
- c) Aleyhinde yapılan bir 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” koşulları aranmaktadır.

Madde ile, alacaklılara müteselsil sorumluluk yoluyla koruma sağlanırken, bölünmeye taraf olan ve alacaklı ile doğrudan borç ilişkisi içerisinde olmayan diğer şirketin veya şirketlerin de menfaatlerinin göz ardı edilmediği görülmektedir. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.^[90] Nitekim, ikinci derece sorumluluğun meydana gelmesinin belirli şartlara bağlanmış olması, bölünme ile devredilen alacakların ifası talebini sınırladıysa da bölünmeye katılan diğer şirketleri koşulsuz müteselsil sorumluluktan kurtarmakta ve bölünmeye katılan diğer şirketlerin de ekonomik çıkarlarını gözeterek taraflar arasında denge sağlamaktadır.

Alacaklıların müteselsil koruma yoluyla korunması kapsamında, TTK'nın 168. maddesinin üçüncü fıkrası önemli bir düzenlemedir. Hüküm uyarınca, “*Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya bölünme planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar*”. Buna göre, kısmi bölünmede bölünen şirketin mal 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 gerçekleşeceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı, kısmi külli halefiyetin yol açabileceği belirsizliklere karşı alacaklının korunmasıdır. Hükmün uygulanabilmesi için ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesinin yorumu ile de tahsisinin mümkün olmaması gerekir. Müteselsil sorumluluk bakımından ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesi dışında kalmasının sehven ya da

[90] Benzer yönde bkz. DEMİR, s. 209-210.

kasten olmasının bir önemi yoktur. Alacaklı müteselsil borçluların herhangi birisinden alacağının tamamen veya kısmen ifasını talep edebilecektir.^[91]

2. Sorumluluğun Sınırlandırılması

Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin TTK hükümleri ve Türk hukuku kapsamında konu, miktar ve süreye ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu durum, bölünmeye katılmak isteyen şirketlerin müteselsil sorumluluk kapsamında ne kadar risk üstleneceğinin belli olmaması sebebiyle, bu şirketlerin bölünmeye ilişkin kararlarını olumsuz etkileyerek diğer yeniden yapılandırma yöntemlerinden birine yönelmelerine sebep olabilmektedir.^[92] Burada, bölünmede müteselsil sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliği'nin 2017/1132 sayılı Yönergesi'nin^[93] 146. maddesine göre, bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğu, bu şirketlere devredilen net aktif miktarı ile sınırlandırılabilir. Bu düzenleme ile bölünmeye katılan şirketler açısından sorumlu olacakları risk miktarının biraz olsun sınırları çizilmekle birlikte alacaklılar için de ek bir teminat sağlanmaktadır. İsviçre öğretisinde, genel kabul gören görüşe göre ise, müteselsil sorumlu şirketler tarafından devralınan mal varlığı değerinin bir önemi olmaksızın, alacaklıların müteselsil sorumlu şirketlerin tüm mal varlığına başvuru yapabileceği yönündedir.^[94] *Kayalı*, Türk hukukunda tam bölünme bakımından, alacaklıların, ikinci derecede müteselsil sorumlu tüm mal varlığına başvurulabileceği; kısmi bölünmede ise tüm borçlardan değil yalnızca kendisine devredilen mal varlığı oranında sorumlu olması gerektiği kanaatinde.^[95] Biz de bu görüşe katılmaktayız. Nitekim, bu görüşe benzer düzenlemelerin vergi mevzuatımızda yer aldığı da görülmektedir. Kurumlar Vergisi Kanunu madde 19/3 uyarınca, kısmî bölünme işlemlerinde, bölünen kurumun bölünme

[91] ALTAŞ, Soner, *Anonim Şirketler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1180.

[92] Sorgunoğlu, s. 60.

[93] 2017/1132 sayılı ve 14.06.2017 tarihli bu Yönerge Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nin 30.6.2017 tarih ve L 169/46 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

[94] PFEIFER, Michael, MÜLLER Roland M., in Frank Vischer et al (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Zürich, 2012, Art.47 N.1.

[95] KAYALI, s. 298.

tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu kabul edilmişlerdir.

Sorumluluğun sınırlanması bakımından TTK'nın 176. maddesi özel bir zamanaşımı süresi düzenlememiştir. Dolayısıyla bölünmeye katılan şirketler, bölünmeden önce mevcut olan ve bölünmeyle devralan şirkete intikal eden borçlardan, bölünmenin üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin sorumlu olmaya devam edecektir.^[96] İsviçre hukukuna bakıldığında, burada da İBirk uyarınca ikincil derece müteselsil sorumluluk bakımından herhangi bir süre sınırı öngörülmediği görülmektedir.^[97] Genel görüş, sözleşmeye dayanan talepler bakımından İsviçre Borçlar Kanunu'nun 127. maddesi ve sözleşme dışı talepler bakımından ise madde 60'ta belirtilen genel zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı yönündedir. Alman hukukuna bakıldığında ise Alman Nev'i Değiştirme Kanunu (UmwG) madde 133/1 ile bölünmeye katılan tüzel kişilerin, devreden tüzel kişinin bölünmenin gerçekleşmesinden önce doğmuş olan borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağına düzenlendiği^[98] ve bu sorumluluğun süre bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, aynı kanunun 133/3'üncü maddesi uyarınca ise bölünme sözleşmesi veya bölünme planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlar bakımından ise müteselsil sorumluluğun beş yıl ile sınırlı olacağı düzenlenmiştir.^[99]

Türk Hukuku'nda *Çoştan*, ikinci derecede müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılması gerektiği görüşündedir.^[100] Bize göre de bölünmeye katılan diğer şirketlere yüklenen bu sorumluluğun belirli bir süre ile sınırlandırılması yerinde olacaktır. Gerçekten de müteselsil sorumluluğun bir süre ile sınırlandırılmamış olması bölünmeyi diğer yeniden yapılandırma

[96] KAYALI, s. 299.

[97] BİNDER, Andreas, *Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung*, 2005.

[98] MAULBETSCH/KLUMPP/ROSE, *Umwandlungsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberger Kommentar, s. 752 vd.

[99] MAULBETSCH/KLUMPP/ROSE, *Umwandlungsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberger Kommentar, s. 766 vd.

[100] ÇOŞTAN, *Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması*, s. 239.

yöntemlerine kıyasla dezavantajlı bir konuma getirmektedir.^[101] Şüphesiz ki, bir şirketin başka şirketlerin borçlarından sınırsız bir süre boyunca sorumlu olması hukuk düzenine ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

C. ORTAKLARIN KİŞİSEL SORUMLULUĞU YOLUYLA KORUMA

Bölünmede ortakların kişisel sorumluluğu TTK'nın 177. maddesi ile düzenlenmiş olup, bölünmede de birleşme ile aynı hükmün uygulanacağı belirtilerek 158. maddeye atıf yapılmaktadır. TTK'nın 158. maddesinin hem birleşme hem de bölünme için geçerli ve ortak hüküm niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Madde hükmü ile alacaklılar, ortakların kişisel sorumluluğuna başvurabilir. Buna göre, bölünmeden önce devrolan şirketin borçlarından sorumlu olan ortakların kişisel sorumluluklarının bölünmeden sonra da devam edeceği düzenlenmiştir.

TTK'nın 158. maddesinin gerekçesinde, şahıs şirketlerinin devreden, sermaye şirketlerinin devralan olarak katıldığı birleşme işlemlerinde, devreden ortaklığın borçlarından dolayı ikinci dereceden şahsen sorumlu olan ortakların, tabi oldukları sorumluluk rejiminin değişmesinin yol açabileceği sorunların giderilmesinin amaçlandığı görülmektedir.^[102] Hükmün amacı, bölünmeye katılan şirketlerin farklı tür şirketler olması halinde, bölünmeden ötürü kişisel sorumluluğun ortadan kalkmasını önlemek, ortakların kişisel sorumluluğuna duyulan güveni korumaktır.^[103] Böylece, mevcut şahsi sorumluluğun devamı öngörülmek suretiyle bir taraftan alacaklıların bölünmeden zarar görmesi önlenecek diğer taraftan şahsen sorumlu ortakların bölünmeden haksız yarar elde etmemesi arasındaki menfaat dengesi korunmuş olacaktır.

TTK'nın 177. maddesi yalnızca tam bölünmede ve bölünen (devreden) şirketin sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirket veya sınırsız sorumluluk esasının benimsendiği bir kooperatif olması halinde uygulama alanı bulabilecektir.^[104] Örneğin; sermayesi paylara bölünmüş bir komandit

[101] KAYALI, s. 299.

[102] TTK m.158 gerekçesi.

[103] KAYALI, s.302; DEMİR, s.213.

[104] KAYALI, s.302 (Ayrıca yazar çalışmasında, 82/891/EEC sayılı Yönerge'nin uygulama alanına yalnızca anonim şirketlerin girmesi sebebiyle bu Yönerge'de ortakların kişisel

şirketin iki anonim şirkete tam bölünmesi halinde, devralan anonim şirketlerin ortağı haline gelen eski komandite ortakların kişisel sorumluluğu devam edecektir. Böylelikle tam bölünen şirketin alacaklıları, bölünmeden ötürü bölünen şirketin kişisel sorumlu ortaklarının kişisel sorumluluğunun ortadan kalkmasına veya azalmasına karşı korunmuştur. Öte yandan, kooperatifler bakımından bu hükmün uygulama alanı bulması için, kooperatif ana sözleşmesinde, kooperatifin varlıkları borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde, ortaklarının da şahsen ve sınırsız olarak sorumlu tutulacaklarının hükmü altına alınmış olması gerekir.^[105]

1. Kişisel Sorumluluğu Tabi Olduğu Şartlar ve Kapsamı

TTK'nın 158. maddesi uyarınca, bölünen şirketin devrolunan borçlarından sorumlu ortaklarının sorumluluğunun devamı etmesi için;

- a) Bu borçların birleşme kararının ilanından önce doğmuş olması veya
- b) Borçları doğuran sebeplerin bu tarihten önce oluşması gerekmektedir.

Maddenin gerekçesinde, sorumluluğu devam ettiren ikinci şartın, yani borcun sebebinin birleşme kararının oluşmasından önce doğması şartının; hem sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden, hem de haksız fiillerden doğan borçlar yönünden geçerli olduğu düzenlenmiştir. Gerek sözleşme ihlallerinde gerekse haksız fiillerde, zararı doğuran fiilin birleşme kararının ilanı tarihinden önce gerçekleşmiş olması yeterlidir; yoksa zararın da bu tarihten önce ortaya çıkmış olması şart değildir.^[106]

Öğretide *Çoştan*, ortakların kişisel sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 177. maddesinin, bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 176. maddesine göre tali nitelikte olduğu; bu düzenlemenin, hem ortakların kişisel sorumluluğuna gidilebilmesi için hem birinci hem de ikinci derece sorumlu şirketlere yapılan başvurunun sonuçsuz kalması veya bu şirketlere karşı başvuru yapılamaması halinde uygulanması gerektiğini savunmaktadır^[107]. Kanaatimizce, TTK'nın 176. maddesi, 177.

sorumluluğunun devamına ilişkin bir hükmün yer almadığını da belirtmiştir).

[105] Kooperatifler Kanunu madde 29; PULAŞLI, s.139; DEMİR s.216.

[106] TTK m. 158 gerekçesi; KAYALI, s. 303.

[107] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s.2 31.

maddesinden bağımsız değerlendirilmelidir. Nitekim bölünmenin alacaklılar açısından daha riskli bir yeniden yapılandırma yöntemi olması ve diğer yeniden yapılandırma türlerine kıyasla alacaklılar açısından daha koruyucu hükümler içermesi bu görüşümüzü^[108] destekler niteliktedir.

Ek ödeme yükümlülükleri (örneğin, şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, TTK m. 603 ile limited şirketlere getirilen ek ödeme yükümlülüğü vb.) ile kefalet ve garanti gibi kişisel taahhütlerden doğan sorumluluklar ise maddenin koruma kapsamının dışında tutulmuştur.^[109] Daha açık bir ifadeyle, şirketin borçları için kefalet verilmesinde olduğu gibi ortağın şirketin borçlarından dolayı şahsi sorumluluk üstlendiği hukuki muameleler, şirketler hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bölünmeden etkilenmeyeceği için TTK'nın 158. maddesi kapsamına girmeyecektir.^[110]

2. Kişisel Sorumluluğun Süresi

Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğunun bölünmeden sonra ne kadar süre daha devam edeceği TTK'nın 158. maddesi ile özel bir zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu, hak düşürücü süre olmadığı maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde^[111] açıkça belirtilmiştir.

TTK'nın 158. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, “devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak, ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz”. Maddenin gerekçesinde, anılan zamanaşımı kuralının hiçbir şekilde daha önce zamanaşımına uğramış taleplere yeni bir süre kazandırmayacağı, bir talebin fıkradaki üç yıldan önce zamanaşımına uğruyor ise kendi süresine tâbi olacağı ve geri kalan süre üç yıla kadar uzamayacağı belirtilmiştir. Özel zamanaşımının

[108] Benzer yönde bkz. KAYALI, s. 305.

[109] TTK m. 158 gerekçesi.

[110] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s.227; DEMİR, s. 215.

[111] TTK m. 158 gerekçesi.

başlangıcı birleşme kararının ilânı tarihidir. Alacak bu tarihten sonra muaccel olursa, muacceliyet anı başlangıç tarihi kabul olunur.^[112]

Kanun koyucu, kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, izahnamenin başka bir düzenleme içermemesi koşuluyla kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam etmektedir.^[113] Bu hüküm, borç senetlerinin halk arasında yaygın kullanılan bir ödeme aracı olması sebebiyle yatırımcıları koruma amacıyla getirilmiştir.^[114]

D. ÇALIŞANLARIN KORUNMASI

Bölünmenin sonuçlarından etkilenen bir diğer grup ise şirket çalışanlarıdır. Kural olarak bölünme, şirketlerin mevcut yapısında yeni bir reorganizasyon^[115] ve şirketlerin yapılanmalarında 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uyarınca esaslı değişiklik olarak nitelendirilebilecek değişikliklere yol açmaktadır. Meydana gelen bu yapısal değişiklikler, bazı durumlarda bir iş yeri devri olarak ortaya çıkarak işverenin değişmesine yol açarken bazı durumlarda ise şirketin mal varlığında azalmaya neden olabilmektedir. Bölünme, bazen de bölünme sonrasında farklı çalışma koşullarına tabi işçilerin birlikte çalışmaya başlamasına bağlı olarak çalışma koşullarında yapılan değişikliğe uyum sağlayamayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshine sebep olmaktadır.^[116] Bu nedenle kanun koyucu, bölünme hükümleri içerisinde şirket çalışanlarıyla ilgili düzenlemelere de yer vermiş ve çalışanların da menfaatlerini gözetmiştir.

TTK'da bölünme kapsamında çalışanların korunmasına yönelik düzenleme getirilmesine rağmen çalışanlar lehine bilgi verme ve danışma yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Mevzuat'ta bölünmeye katılan şirketler ile çalışanlar arasında bir müzakere süreci yürütülmesi zorunlu tutulmuştur. Buna göre, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları, bölünme kararı

[112] TTK m.158 gerekçesi.

[113] TTK m. 158/3.

[114] KAYALI, s. 306.

[115] PULAŞLI, s. 133.

[116] ÖZKARACA, Ercüment, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Birleşmesi Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri", *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, Y.2012, C.2, s.104.

alınmadan önce çalışanlarını bilgilendirmek, onlara danışmak ve bölünme kararı alınırken genel kurulu müzakere neticesi hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.^[117] Alman Nev'i Değiştirme Kanunu'nda ise bölünmeye katılan şirketlerde, işçilerin menfaatleri de etkilendiği için, bölünme sözleşmesinin veya planın, bölünmenin işçiler üzerindeki etkilerini ve bu konuda öngörülen tedbirleri de içermesi gerektiği şeklinde bir düzenlemeye^[118] yer verilerek, işçilerin menfaatlerinin korunmasının Alman hukuku sisteminde de önemli bir yer kapladığı anlaşılmaktadır. İşçilere bilgi verilmesi ve danışma hakkı sağlanmasına ilişkin benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda da yer alması isabetli olurdu.^[119] Bu kapsamda, Türk hukuk sisteminde yer alan yasal düzenlemelere bakıldığında, bölünme durumunda çalışanların menfaatlerinin korunmasına ilişkin düzenlemelerin uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde gerek şirketlerin gerekse çalışanların ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığı ve bu yönde mevcut boşlukların doldurulmasının faydalı olacağı söylenebilir.

Çalışanların korunmasına ilişkin hükümler TTK'nın 178. maddesi ile düzenlenmiş olup, madde uyarınca tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.^[120] Buna karşılık, kısmi bölünmede, bölünen şirket bölünme sonrası da varlığını muhafaza etmektedir. Bu sebeple, bölünmeye dahil olmayan iş yerleri için devir ve işveren değişikliği söz konusu değildir. Ancak devrolunan mal varlığı unsurları arasında iş yerleri varsa, buralarda çalışan işçiler için iş yeri devri ve işveren değişikliği söz konusu olacaktır. Bu işçilerin iş sözleşmeleri kısmi külli halefiyet ilkesi gereği devralan şirket veya şirketle devam edecektir. Dolayısıyla, kısmi bölünme, ticaret şirketlerinin yapı değişiklikleri içinde, devrolunan ve devralan şirketlerin müteselsil sorumlu tutulabildikleri tek ihtimali teşkil etmektedir.

[117] KAYALI, s. 326.

[118] FANDEL, Stefan, *Die Angabepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG*, 2004, s. 139 vd.

[119] Benzer yönde bkz. PULAŞLI, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler", *YÜHDF*, C.2, S.1, s.434,435.

[120] Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2014/13751 K. 2014/20750 T. 12.11.2014, <https://lib.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

1. Türk Ticaret Kanunu Madde 178 ile İş Kanunu Madde 6 Hükümlerinin Karşılaştırılması

İK'nın “İşyerinin veya bir bölümünün devri” başlıklı 6. maddesi^[121], iş yeri devirlerinde genel bir hüküm olarak uygulama alanı bulmaktadır. TTK'nın 178. maddesi ise çalışanların haklarının korunması ve bölünme işlemleri neticesinde doğabilecek mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Buna göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri nedeniyle gerçekleşen devirlerde İK'nın 6. maddesi^[122] ile TTK'nın 178. maddesi arasında bir kanunlar çatışması^[123] doğmaktadır.

- [121] İş Kanunu madde 6: “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır. Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.”

- [122] İK 6. maddesi uygulama alanı sadece cüz'i halefiyet sonucunu doğuran bir hukuki işlemin, örneğin satış veya kira akdinin sonucu olarak iş yeri devri ile sınırlı değildir. İşveren değişikliği sonucunu doğurduğu takdirde birleşme ve bölünme yanında tür değiştirme ile de iş yeri devri gerçekleşir ve işçiyi koruyan İK'nın 6. maddesinin uygulanması gerekir. Buna uygun olarak İK'nın 6. madde ile birleşme, bölünme veya tür değiştirme yolu ile iş yeri devrinin sonuçları da düzenlenmektedir; ALP, Mustafa, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y. 2012 C.1, s.55.

- [123] Bazı hallerde, aynı anda yürürlükte bulunan iki ayrı kanunda, somut olaydaki uyumsuzluğa ilişkin farklı çözümler öngören hükümler bulunabilir. Bu hallerde,

Bölünmede çalışanların korunması konusunda TTK'nın 178. maddesi ile iş yeri devrine ilişkin İK'nın 6. maddesi hükümlerinden hangisinin uygulanacağı konusunda kanunlar çatışması bulunsa da her iki hüküm arasında ortak olan düzenlemeler olduğu da görülmektedir. Şöyle ki; her iki hükümde de devredilen iş yerindeki iş ilişkileri devralana kendiliğinden ve yasa gereği tüm hak ve borçları ile geçmektedir. İş yerini devralan işverenin iş ilişkilerini devralmaktan kaçınma hakkı yoktur. Bunun yanı sıra, yine her iki hükümde, sorumluluğun kapsamında değişikliklere rağmen, devreden ve devralanın işçilik alacaklarından birlikte (müteselsil) sorumlu oldukları esası kabul edilmektedir.^[124]

TTK'nın 178. maddesi ile İK'nın 6. maddesi arasındaki bahsi geçen bu benzerliklerin yanında, temel farklar ve uygulamalar da söz konusudur. İK'nın 6. maddesinde işçiye devre itiraz hakkı tanınmamış iken TTK'nın 178. maddesinin birinci fıkrasında işçiye itiraz hakkı tanınmakta ve ancak "işçi itiraz etmediği takdirde" iş akitlerinin devralana geçeceği öngörülmektedir. Bununla birlikte, İK'nın 6. maddesi ile devrin işçi bakımından bir haklı fesih sebebi oluşturmadığı kabul edilmekte iken TTK'nın 178. maddesinde, işçinin itirazı halinde iş akdinin sona ereceği öngörülmektedir. İK'nın 6. maddesi, birleşme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk doğmayacağı belirtilmiş iken TTK'nın 178. maddesinin üçüncü fıkrasında özel olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk öngörülmüştür. Öte yandan, TTK'nın 178. maddesinin dördüncü fıkrasında, müteselsil sorumluluğun kapsamı ve süresi İK'nın 6. maddesine kıyasla genişletilmiştir. TTK'nın 178. maddesinin beşinci fıkrası ile işçilere

kanunlar arasında bir çatışmanın varlığından söz edilir. Ancak uyumsuzluğa hangi kanunun uygulanması gerektiği meselesinin gündeme gelebilmesi için sadece ortada o konuyla ilintili birden fazla kanunun bulunması yeterli değildir; önemli olan somut bir soruna yönelik olarak iki kanunda birbirine zıt, iki ayrı düzenlemenin bulunmasıdır. Birbirine yakın konuları düzenleyen iki kanundan biri diğerini tamamlıyorsa ve ona aykırı düzenlemeler içermiyorsa zaten böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal ve BARLAS, Nami, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 20 Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

[124] ALP, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y. 2012 C.1, s. 55-56.

alacakları için teminat talep etme hakkı tanınmakta iken İK'nın 6. maddesinde böyle bir teminat hakkı söz konusu olmamaktadır.^[125]

TTK'nın 178'inci maddesi ile İK'nın 6. maddesi hükümlerinden hangisinin öncelikli uygulanacağına ilişkin kanunlar çatışması sorununun çözümünde öncelikle yasa koyucunun iradesini incelemekte fayda görmekteyiz. TTK madde 178 hükmüne ilişkin yasa koyucunun iradesi yasanın gerekçesi ve hazırlık çalışmalarından anlaşılabilir. TTK'nın genel gerekçesi incelendiğinde TTK'nın 178. maddesi ile getirilen düzenlemelerin bilinçli olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.^[126] Fakat konuyla ilgili yasa koyucunun amacını en açık şekilde ortaya koyan belge, yasa hakkındaki TBMM Adalet (Alt) Komisyonu Raporudur.^[127] Raporda, komisyonun ve dolayısıyla yasa koyucunun TTK'nın 178. maddesi ve İK'nın 6. maddesinin ilişkisi konusunda

[125] ALP, s. 56.

[126] Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe 55: “AET'nin, birleşmelere ilişkin 78/855 ve bölünmeler hakkındaki 82/891 sayılı yönergeleri, AB ülkelerinde birleşmelerin, bölünmelerin ve tür değiştirmelerin ayrıntılı bir tarzda düzenlenmesine yol açmıştır. AB üyesi ülkeler dışında, İsviçre de bu dinamikten etkilenmiştir. Bazı ülkeler, yeniden yapılandırılmalarını ve tür değiştirmelerini, şirketleri aşan bir genişlikte ele almışlardır. Almanya ve İsviçre, yapısal ve türsel değişiklik hükümlerinin kapsamına, ticari işletmeyi, derneği, vakıfları, bazı kamu tüzel kişilerini de sokmuştur. İsviçre ayrıca, malvarlığı devirlerini de yeniden yapılandırma konsepti içinde değerlendirmiş ve buna ilişkin hükümlere Birleşme Kanununda yer vermiştir. Üç yapısal değişiklik, şekillenme serbestisi, ortakların korunması, ortaklığın (üyeliğin) sürekliliği ve ortaklar ile intifa senedi sahipleri gibi diğer hak sahiplerinin korunması temelleri üzerine inşa edilmiştir. Bölünmede kısmî küllî halefiyet yeni vurgulanan bir ilkedir; ayrılma akçesi, denkleştirme, alacaklıların korunması, birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye katılanların özel sorumlulukları ile iş ilişkilerinin geçmesi yeni bir anlayışla ele alınmıştır.”

114: “Şirketlerin birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmeleri ayrıntılı bir şekilde ve AT yönergelerine uygun olarak düzenlenmiştir. Getirilen yeni hükümlerle sadece söz konusu yapısal değişikliklerin güvenli, şeffaf ve basit bir işlemler zinciri içinde gerçekleşmeleri sağlanmakla kalmamış, aynı zamanda, alacaklılar ve diğer hak ve menfaat sahipleri de korunmuştur. Ayrıca işçilerin devralan şirkete geçişleri, hakları ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.”

[127] <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.04.2021).

açık görüş^[128] ve tercihi ile düzenlediği ve TTK'nın 178. maddesinin, İK'nın 6. maddesinden daha iyi, daha amaca uygun ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Yasa koyucunun da bu konudaki açık iradesi, TTK'nın 178. maddesinin İK'nın 6. maddesi karşısında özel hüküm niteliğinde olması gerektiği yönündedir. TTK'nın 178. maddesi, bölünme çalışanların korunması hususunda öncelikle uygulama alanı bulacak olup gerektiğinde, İK'nın 6. maddesinden boşluk doldurucu genel hüküm ola-

[128] “1. İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi genel bir hüküm olup işyerinin tam ve kısmî tüm devir hallerinde uygulanır. Bu madde, birlikte sorumluluk halleri hariç tüzel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma veya türünün sona ermesi hallerinde uygulanmaz. Hüküm uyarınca devredilen, tam bölünen veya türü değiştirilen şirketin Kollektif veya komandit şirket olması halinde, Kollektif ve komandite ortaklar işçilerin alacaklarının ödenmesinden madde çerçevesinde devrolunan şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan –İş Kanunu'nun 6'ncı maddesine nazaran- özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanunu'nun 6'ncı maddesine üstün tarafı işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünme devrolunan şirketlerin infisah etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191 inci maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu sorumluluğu birleşme, tam bölünme ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından “ortakların kişisel sorumlulukları” çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmi bölünme ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.

3. Diğer yandan 178 inci madde, işçiye itiraz hakkı tanıdığı, aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça işverenin iş sözleşmesinden doğan alacaklarını başkasına devretmesine izin vermediği, alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilmek hakkını işçiye tanıdığı için İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinden daha iyidir ve amaca daha uygundur.

4. Aynı yargıyı maddenin altıncı fıkrası da desteklemektedir. Bu gerekçelerle Alt Komisyonumuz 178 inci maddenin, İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi karşısında özel hüküm olarak korunmasında, düzenlediği alanlarda uygulanmasında, gereğinde İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinden boşlukların doldurulmasında istifade edilmesinde yarar görmüş, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. Alt Komisyonumuz, iki madde arasında İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrası yönünden bile çelişki bulunmadığı görüşündedir. Aksi sonuca varılması halinde bu fıkra düzenlenecek olan Türk Ticaret Kanunu'nun Uygulanması ve Yürürlüğü Hakkında Kanun ile kaldırılabilir. Alt Komisyonunda tespit edilen yukarıdaki hususlar, Komisyonumuzca da yerinde görülerek, madde aynen kabul edilmiştir.”

rak yararlanılacaktır. Bize göre de TTK'nın 178. maddesi, yalnızca ticaret şirketlerinin yeniden yapılandırma işlemleri sırasında iş ilişkilerinin geçişini düzenlediğinden, işyeri devrine ilişkin genel hüküm niteliğindeki İK'nın 6. maddesine göre özel hüküm niteliğinde değerlendirilmelidir.^[129] Bunun yanı sıra, zaman bakımından kanunların önceliği değerlendirildiğinde 2012 yılında yürürlüğe giren TTK hükümlerinin 2003 yılında yürürlüğe giren İK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması yerinde olacaktır.

2. İşçinin İtiraz Hakkı

TTK'nın 178. maddesi ile işçiye devre itiraz hakkı tanınmıştır. İşbu madde uyarınca, ticaret şirketlerinin tam veya kısmi bölünmesi halinde iş sözleşmeleri ancak işçi itiraz etmez ise devralana geçecektir. Bir diğer ifadeyle, 178. maddesinin uygulanacağı iş yeri devirlerinde iş sözleşmeleri otomatik olarak bölünmede devralan konumundaki işverene geçmeyecek, işçi itiraz ederek iş sözleşmesinin devrine engel olabilecektir. Bu hak ile işçinin iş ilişkisinin karşı tarafını seçme, istemediği bir işveren ile çalışmama özgürlüğü korunmaktadır.^[130]

İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer (TTK m.178/2). Ancak işçinin itiraz hakkının konusu bölünme işleminin kendisi değil, işvereni ile akdetmiş olduğu iş sözleşmesinin devri ile işverenin değişmesidir. Nitekim işçinin devre itiraz etmesi, bölünme işlemini engelleyici nitelikte değildir, yalnızca itirazda bulunan işçinin iş sözleşmesinin devrini engelleyecektir. Devralan işverenin ise bir itiraz hakkı bulunmamaktadır. İşçi itiraz etmediği takdirde iş sözleşmesi tüm hak ve borçları ile devralan şirkete kendiliğinden geçecektir.

İtiraz hakkının şekline ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şekil serbestisi ilkesi gereğince sözlü itirazlar dahi geçerli sayılmalıdır. Bununla birlikte, örtülü irade açıklaması ile de işçinin devre itiraz

[129] Benzer yönde bkz. ALP, s. 32, 56, 58; SÜZEK, Sarper, "İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C.15, Özel Sayı, s. 326.

[130] ALP, s. 61.

ettiği sonucu kabul edilmelidir. Ancak ispat kolaylığı açısından, işçinin itirazını yazılı yapılması yerinde olacaktır.^[131]

İtirazın kime yöneltilebileceği hususunda ise kanunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, konu çeşitli hukuk sistemlerinde de tartışmalıdır. Alman hukukunda, itirazın yazılı şekilde devreden veya devralan işverene karşı yapılabileceği öngörülmesine karşın;^[132] İsviçre hukukunda itirazın muhatabı konusu tartışmalıdır. İsviçre hukukunda itirazın;

- İtiraz anında işveren sıfatını taşıyan kişiye yani devirden önce devrolunan şirkete; devirden sonra devralan şirkete,^[133]
- Her zaman devrolunan şirkete,
- Her zaman devralan şirkete,
- Her zaman hem devrolunan şirkete hem devralan şirkete;
- İş sözleşmesi kimin döneminde sona erecekse ona;
- Devrolunan veya devralan şirkete itirazın yöneltmesi gerektiği yönünde çok sayıda görüş bulunmaktadır.^[134]

İki hukuk sistemindeki itirazın muhatabının kim olacağı konusundaki kanuni düzenlemelerde doğrudan bir benzerlik görünmese bile, itiraz hakkının hukuki niteliği ve sonuçları bakımından her iki hukuk sisteminde de benzer değerlendirmeler ve düzenlemeler yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu § 613a/6 uyarınca işçi itiraz hakkını, bölünmeden kaynaklı devir hakkında bilgilendirmenin kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde yazılı olarak gerek devreden gerekse devralan şirkete karşı yöneltebilir. Alman hukukunda itiraz hakkı sözleşmeyi sona erdiren bir hak olarak

[131] CANBOLAT, Talat ve SARIKAYA, Sinan “*Ticaret Şirketlerinin Yapı Değişikliklerinde İş İlişkilerinin Geçmesi*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Proje Çalışması, İstanbul, s.19, https://www.academia.edu/12566349/Ticaret_%C5%9Eirketlerinin_Yap%C4%B1_De%C4%9Fi_%C5%9Fikliklerinde_%C4%B0%C5%9F_%C4%B0li%C5%9Fkilerinin_Ge%C3%A7mesi, (Erişim Tarihi: 30.04.2021).

[132] SCHWAB, Simona, Die Unterrichtungspflicht und und das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang nach der neuen Regelung des § 613a BGB, 2003, sf26 vd.

[133] ÖZKARACA, s. 129.

[134] ÖZKARACA, s. 129.

kabul edilmemekte, sözleşmenin devreden işverenle devamını sağlayan, karşı tarafa varması gereken, şarta bağlanamayan ve tek taraflı olarak geri alınamayan, yenilik doğurucu bir hak olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde İsviçre hukukunda da itiraz hakkının kullanılması fesih niteliğinde kabul edilmemektedir.^[135]

Türk hukuk sisteminde, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığından hem devrolunan şirketlere hem de devralan şirkete itiraz edilmesi işçilerin menfaatini korumada daha etkili olacaktır.^[136] Ancak, bölünmenin gerçekleşmesinden sonra yapılacak itirazlarda, kısmi bölünme hariç olmak üzere, devrolunan şirketlerin tüzel kişiliklerini kaybederek infisah edeceğinden bu şirketlere itiraz etmek mümkün olamayacaktır.

İtirazın şekli ve kime yönelteceği hususunda olduğu gibi, itirazın süresine ilişkin de kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda bir görüş, iş akitleri için öngörülen bir aylık deneme süresinin kıyasen devre itiraz hakkı bakımından da uygulanması yönündedir.^[137] Diğer görüş ise işçiye itiraz hakkını kullanabilmesi için makul bir süre tanınması gerektiği ve makul sürenin uzunluğunun somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralına dayanarak belirleneceğini kabul etmektedir.^[138] Öğretide bu yönde farklı görüşler bulunmasının yanı sıra, İsviçre Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, işverenin çalışanlarına belli bir itiraz süresi tanınmamış olması halinde bu süresinin bir ay olarak kabul edilmesi gerektiği, işverenin daha kısa bir süre belirlemesi halinde ise, iyi niyet kuralları çerçevesinde işverenin gerekçeleri değerlendirilerek bu sürenin de kabul edilebileceğini belirtilmiştir.^[139] İtirazın süresine ilişkin bölünmenin niteliğine ve büyüklüğüne göre bazen kısa bir süre öngörülmesi yeterli iken daha çok şirketin katıldığı ve yapılanma sürecinin zaman alacağı bölünmelerde ise daha uzun süre tanınması yerinde olacaktır. Dolayısıyla, işçinin itiraz hakkının süresi, somut olayın özelliklerine ve bölünmenin kapsamına göre değerlendirilmelidir.

[135] WANNER, Marianne, *Arbeit und Recht*, 2020, s. 89 vd.

[136] KAYALI, s. 333; ÖZKARACA, s. 129, 132; ALP, s. 63.

[137] ALP, s. 62.

[138] ALP, s. 62.

[139] BGer 4A 350/2018, 25.10.2018, Erw.3.

3. Müteselsil Sorumluluk ve Teminat Hakkı

TTK'nın 178. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur”. Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere, müteselsil sorumluluk kapsamında tutulan alacaklar;

- Bölünmeden evvel muaccel olmuş alacaklar,
- Hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklar ve
- İşçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklar olmak üzere sınırlayıcı olarak sayılmıştır.

Öğretide, TTK'nın 178. maddesinin üçüncü fıkrasının, sadece kısmi bölünmelerde uygulanabilmesi sebebiyle çok da etkin olmadığı; bunun yanında öngördüğü müteselsil sorumluluk sisteminin hukukumuzda çok yabancı ve geniş olduğu; AB müktesebatına uyum amacıyla çıkarılan bir Kanun'da, bu müktesebatta zorunlu olarak öngörülmeyen, başka bir hukuk sistemine uyumlu düzenleme getirilirken, kendi hukuk sistemimize uyumun dikkate alınmadığı ifade edilerek hüküm eleştirilmektedir.^[140] Nitekim, müteselsil sorumluluğun yalnızca kısmi bölünmede uygulanabilmesinin çalışanların korunması ilkesi gereği yetersiz olduğu görüşüne biz de katılmaktayız.

TTK'nın 178. maddesi ile getirilen ve tamamen yeni bir düzenleme olarak değerlendirilen işçinin “muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını” talep etme hakkı da öğretide eleştirilen konulardan biridir. İBK 333'te karşılığı bulunmayan bu düzenlemenin aynısı İBK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Muaccel olup da ödenmemiş alacaklar için bir teminat gösterilmesini talep edebilmek, işçilik alacaklarının ödenmesi bakımından gerçekten etkili bir yöntemdir. Ancak bu hüküm çeşitli uygulama sorunlarına yol açmaktadır. Her şeyden önce teminat talebinin nasıl yöneltileceği ve nasıl uygulanacağını kanunla düzenlenmemiş olup belirsizdir. Bunun yanı sıra, teminatın gösterilmemesinin bölünmeyi önleyip önlemeyeceği hususu da belirsizliğini korumaktadır. İş ilişkisi bakımından da devre itiraz etmeyip sadece teminat

[140] ÖZKARACA, s.152.

talep eden bir işçinin, teminat gösterilmediği takdirde tekrar itiraz hakkına sahip olup olmayacağı da tartışmalı bir konu olarak kalmaktadır. Ancak kanaatimizce, maddenin amaçsal yorumu dikkate alındığında, teminat gösterilmediğinde veya söz konusu teminat yeterli olmadığında işçiye bu kapsamda tekrar itiraz hakkı tanımak gerekmektedir.

Teminat talebinin ne şekilde olacağı ve süresi de kanunla düzenlenmemiştir. İBirK'da bu süre bölünmenin bildiriminden itibaren iki ay ile sınırlanmıştır (Fusiongesetz 46 ve 49). İşçinin alacaklarının tehlikeye düşmeyeceğine dair delil sunulduğu takdirde teminat göstermenin gerekmeyeceğine dair İsviçre hukukundaki hükmün TTK'nın 178. maddesine alınmaması da bir eksiklik olarak değerlendirilebilir (Fusiongesetz 46/II).^[141]

TTK'nın 178. maddesinde açıkça müteselsil sorumluluk öngörülse de bu müteselsil sorumluluk ilk bakışta görüldüğünden daha sınırlı bir etki yaratmaktadır. Şöyle ki; madde gerekçesinde de kabul edildiği üzere, tam bölünmede katılan veya bölünen şirket infisah edeceği, yani bir eski işveren ortada kalmayacağı için müteselsil sorumluluk söz konusu olamayacaktır. Ancak, TTK madde 176 gereği bölünmeye katılan diğer şirketlerin müteselsil sorumluluğuna gidilebilecektir. Kısmi bölünme açısından ise bölünen şirketin bir kısım malvarlığı ve işyerlerini devredip varlığını koruması halinde eski işveren şirket varlığını sürdüreceğinden bu kapsamda ikincil derece sorumluluk uygulanabilecektir.^[142] Nitekim, TTK'nın 176. maddesi gereğince, bölünmeye katılan şirketler bölünen şirketin borçlarından sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Burada elbette söz konusu sorumluluk, ikincil bir sorumluluk halindedir. Sermaye şirketlerinin sorumluluğu kendi mal varlıkları ile ikincil derecede söz konusu olacağından asıl borç teminat altına alınmışsa veya birinci derece sorumlu bölünen şirket tarafından borç ödenmişse, bölünmeye katılan diğer şirketlerin ikincil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık şahıs şirketleri bakımından müteselsil sorumluluğun uygulama alanı daha geniştir. TTK'nın 178. maddesinin altıncı fıkrasına göre, eğer tam bölünen şirket bir şahıs şirketi ise ortakların kişisel sorumlulukları esası uygulanacak, şirket borçlarından sorumlu ortaklar işçilik alacaklarından da bölünme ile oluşturulan şirketle birlikte sorumlu

[141] ALP, s.71.

[142] KAĞITÇIOĞLU, s.178.

olacaklardır.^[143] Sermaye şirketlerinde her ne kadar sınırlı sorumluluk ilkesi benimsenmiş olsa da TTK'nın 178. maddesinin tam bölünme halinde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ve şirket ana sözleşmesinde hüküm bulunması halinde kooperatiflerde de uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.^[144]

E. ALACAKLILARIN SORUMLULUK DAVASI YOLUYLA KORUNMASI

TTK'nın 553. maddesi ve devamı hükümlerinde kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin genel ilkelere yer verilse de şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri kapsamında TTK'nın 193. maddesi ile özel bir sorumluluk davası düzenlenmiştir. Bu davanın amacı, bölünme işlemlerinin kanuna uygun ve ortaklar ile alacaklıları koruyan hükümlere tam uyularak gerçekleştirilmesini sağlamak, bölünme işlemlerini kanuna aykırı olarak yürütenlerin sorumluluğuna gitmektir.^[145] TTK'nın 193. maddesine göre; birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumlu olacaktır.

Sorumluluk davası bölünme işlemlerine ilişkin alacaklıların elindeki tek dava imkânı olması özelliğiyle önem taşır. Yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz teminat ve ikincil müteselsil sorumluluk vasıtasıyla koruma hükümleri düzenlenmiş olsa da bölünme sürecine hiçbir etkileri bulunamayan ve bölünmenin iptalini talep hakkı olmayan alacaklıların, bu koruma sistemlerinin herhangi bir şekilde ihlali ve zarara uğramaları halinde, bu zarara sebep olanların sorumluluğuna gidebilmeleri, koruma sistemini tamamlayıcı niteliktedir.^[146]

TTK'nın 193. maddesi, genel sorumluluk rejimini ortadan kaldırmaz. Nitekim, yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin bu özel sorumluluk davası, bu işlemlere karşı kanunda öngörülen nisap, şirket haklarının devamı,

[143] ALP, s.68; aksi yönde bkz. KAYALI, s.336.

[144] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm C. ORTAKLARIN KİŞİSEL SORUMLULUĞU YOLUYLA KORUMA, s.23.

[145] TEKİNALP, N 15-42.

[146] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s.345.

sözleşmelerin şekil ve içeriği gibi hükümlere uyulmasını amaçlar. Bunun haricinde sorumluluğu gerektiren haller kapsamında TTK'nın 553'üncü maddesi ve devamı hükümlerine de gidilebilecektir.^[147] Örneğin, bir anonim şirketin bölünmesi sırasında ortaya çıkan zarar bölünme sözleşmesi, raporunun hazırlanması, inceleme hakkı ve alacaklılara çağrı gibi bölünmeye yönelik hükümlerin ihlali dolayısıyla değil de yönetim kurulu üyesinin genel özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmış ise o halde TTK m. 193'ün değil TTK m. 553'ün uygulanması yerinde olacaktır.^[148]

1. Sorumluluğun Kapsamı ve Koşulları

Sorumluluk davasının konusu, bölünmeye katılan ve kusurları ile alacaklılara zarar veren kişilerin sorumluluğuna gidilmesidir. Çalışmamız kapsamında alacaklıların korunmasına ilişkin açıklanan koruma yöntemlerinde herhangi birinde meydana gelebilecek bir aksaklık ya da yanlış bir uygulama alacaklıların zarara uğramasına neden olabilir ve sorumluluk davasına konu edilebilir.^[149] Örneğin, bölünmeden önce yapılacak ilanda alacaklıların teminat talep edebilecekleri açıkça belirtilmemiş veya ilanlar yedişer gün aralıklı yapıma koşuluna uyulmadan yapılarak alacaklıların bölünmeden haberdar olması engellenmiş olabilir. Bir diğer örnek olarak, diğer alacaklıları mağdur edecek biçimde herhangi bir alacaklıya üç aylık süre beklenmeden teminat verilmesi veya bu alacaklının borcunun erken ifa edilmesi gösterilebilir.^[150] Tüm bu sayılan örneklerde olduğu gibi alacaklıları koruma yöntemlerinin uygulanmaması ya da yanlış uygulanması alacaklıları zarara uğratmaktadır.

TTK'nın 193. maddesi ile bölünmeye herhangi bir şekilde katılanların sorumluluğu ile amaçlanan, zarar verenin hukuka aykırı davranışından kaynaklanan ve kendisine isnat edilecek zararın giderilmesini sağlamaktadır. Maddeye göre, bölünme işlemine herhangi bir şekilde katılanlar, kusurlarıyla verdikleri zarar dolayısıyla hem şirkete hem ortaklara hem de şirket alacaklılarına karşı sorumludur. Bu açıdan, TTK'nın 193. madde esasen

[147] ERDEM, H. Ercüment, "Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar (Yeni Davalar)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, S.2, s. 132.

[148] DEMİR, s. 175.

[149] JABORNEGG, Peter, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 1997, s. 19 vd.

[150] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 346.

diğer tazminat hükümleri ile benzer koşulları içermektedir^[151]. Bölünmeye herhangi bir şekilde katılmış kişilerin hukuki sorumluluğu için açılan bu davalarda, kişilerin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur ve sorumluluğa hükmedilebilmesi için *zarar, kanuna aykırılık, kusur ve illiyet bağı* koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir.^[152]

TTK 193. maddede, yeniden yapılandırma işlemine katılan kişilerin “kusurlarıyla” verdikleri zarardan bahsedilirken, mehaz İBirk madde 108’de ise “*kasten veya ihmal suretiyle yükümlülüklerini ihlal ederek*” verdikleri zarardan söz edilir. TTK metnine görev kusuruyla ilgili bu sınırlamanın alınmaması nedeniyle, açıkça bir yükümlülük üstlenmeden yeniden yapılandırmaya karışan kişilerin de kusurlarının varlığı halinde sorumlu tutulup tutulamayacakları konusunda fikir ayrılığı ortaya çıkabilir^[153]. Erdem’e göre, TTK’nın 193. maddesinin gerekçesinde hükmün TTK’nın 553. maddesine benzer bir şekilde sorumluluğu düzenlediği belirtildiğinden, TTK’nın 193. maddesinin uygulanmasında da yükümlülük ihlali aranmalı ve kusur sorumluluğu görev veya yükümlülüklerin ihlali ile sınırlı olmalıdır^[154]. Bu görüşün kabulü halinde sorumluluk davası, sadece kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık halinde değil, bölünme ile bağlantılı olmak kaydıyla her türlü yükümlülük ihlali halinde açılabilir^[155]. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Gerçekten de sorumluluk davasının açılabilmesi için hukuka aykırılık veya esas sözleşmeye aykırılık halinin değil yükümlülük ihlalinin aranması alacaklıların korunması bakımından daha etkili olacaktır.

2. Davanın Tarafları

TTK’nın 193. maddesi uyarınca, sorumluluk davasında davacı taraf, bölünmeye katılan şirketler, ortaklar ve alacaklılar olabilir. Davacı tarafın kim olacağı ile ilgili kanunda bir belirsizlik bulunmazken; davalıların kimler olabileceği konusunda ise maddede geçen “*birleşme, bölünme veya tür*

[151] KAYALI, s. 315.

[152] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 535.

[153] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 265.

[154] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 346.

[155] KAYALI, s. 326.

değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler” ifadesi oldukça geniş düzenlenmiştir.

Bölünme işlemine bir şekilde katılanlar ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği kanunda açıkça belirlenmemiş olduğundan ne kapsamda ele alınması gerektiği yoruma açıktır. Bize göre “katılanlar” ifadesinden, bölünmeye katılan şirketlerin ortakları veya yönetim organları veya şirket yönetiminde yetki sahibi kişiler, danışmanlar veya denetçiler anlaşılmalıdır.^[156] Bu kapsamda, anonim şirketler bakımından getirilmiş organ sorumluluğunu aşan avukatlar, bankalar gibi şirket hiyerarşisinde dışardan danışmanlık hizmeti verenlerin de sorumluluğuna gidilebileceği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak bu şekilde değerlendirildiğinde, sorumluluğun amacını aşan bir şekilde genişlemesi söz konusu olabilecektir. Nitekim söz konusu hükmün amacı, TTK’nın bölünme işlemi kapsamında öngördüğü yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi nedeniyle doğan zararların tazminini sağlamaktır.^[157] Dolayısıyla, TTK’nın 193’üncü maddesi çerçevesinde, şirket organlarının sorumluluğu kabul edilmeli, dışarıdan danışmanlık hizmeti verenler sorumluluk kapsamı dışında tutulmalıdır. Danışmanlık hizmeti verenlerin, katılan sıfatını taşıyan ilgili şirket ile aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanan sorumlulukları, organ sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre değil, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre belirlenmelidir.^[158]

3. Yargılama Süreci ve Teselsül

TTK’nın 193. maddesine göre açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bölünme ve yeniden yapılandırma yöntemleri TTK’da düzenlendiğinden sorumluluk davası bir ticari dava (TTK m.4/1) niteliğinde değerlendirilmeli ve görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu kabul edilmelidir (TTK m.5).^[159]

[156] Benzer yönde görüş için bkz. ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 273.

[157] DEMİR, s.176.

[158] USLUEL, Aslı E. Gürbüz, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara, Y.2013, C.1, S.29, s.162; DEMİR, s.177.

[159] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.536.

Sorumluluk davasında yetkili mahkemenin ise, hukuka aykırı fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu söylenebilir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.16).^[160] Nitekim, TTK'nın 561. madde gerekçesinde hükmün inhisari yetkiyi haiz olan bir mahkemeyi göstermediği, aksine somut olaya göre yetkili mahkemeler yanına bir diğer mahkemeyi daha eklediği belirtilmiştir.^[161]

TTK'nın 193'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının, TTK'nın 557. maddesine yaptığı atıf ile birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olması halinde bu kişiler müteselsilen sorumlu olur. Ancak TTK 553'üncü maddesi ve devamı hükümleri ile düzenlenen genel sorumluluk davasında özel sorumluluk davasında olduğu gibi sorumlu şahıslar *kendi kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde* tazminle yükümlü olacaktır. Bir başka ifadeyle, özel sorumluluk davasında da farklılaştırılmış teselsül ilkesi geçerlidir^[162]. Farklılaştırılmış teselsül ilkesinde, hiç kimse uygun illiyet bağına göre kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu değildir. Bunun yanı sıra, her sorumluluk dış ilişkiadaki kişisel kusurun varlığına bağlıdır ve kusur derecesi teselsülde dikkate alınacaktır.^[163]

[160] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.536.

[161] TTK madde 561 gerekçesi.

[162] KAYALI, s.321.

[163] PULAŞLI, s.671.

IV. SONUÇ

TTK'nın 159. maddesi ve devamı maddeler ile hüküm altına alınan bölünmeye ilişkin düzenlemeler; bölünmenin temel ilkelerini, bölünmenin usulünü, tescili ile geçerliliğini ve alacaklıların korunmasını detaylı olarak ele almaktadır. TTK'nın 174. maddesi ve devamı hükümleri ile düzenlenen alacaklıların korunmasında her ne kadar bölünmeye katılan şirketler ile alacaklılar arasında menfaat dengesi kurulması amaçlanmış olsa da alacaklıları koruyucu hükümlerde bazı eksik düzenlemeler nedeniyle bu konuda maalesef kanunda boşluklar mevcuttur.

Bölünmeye taraf olabilecek kişiler, alacaklıların korunması kaygısı ile sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmuş ve kanunda sayılan sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında bölünmeye izin verilmemiştir. Öte yandan, TTK'nın 174. maddesinin ilk yürürlük halinde yer alan; tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az üç gazetede alacaklılara çağrı ilanının yayımlanmasına ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması isabetli olmamış ve bu hali ile söz konusu hüküm bizce alacaklıların korunması amacına aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim, Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan ilanları takip etmeyen ve ilandan haberdar olmayan alacaklılar üç ay içerisinde teminat talebinde bulunamayacaklar, kanunun sağlamış olduğu güvence imkanından faydalanamayacaklardır.

Bölünmede alacaklıları koruyan önemli düzenlemelerden bir diğeri de TTK'nın 170. maddesiydi. İşbu madde bölünme planı ve raporunun denetimini düzenleyerek alacaklıların menfaatini gözetmekteydi. TTK'nın 170. madde uygulamasının kaldırılması ve TTK'nın 175'inci maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen alacakların teminat altına alınmasına ilişkin işlem denetçisi raporunun madde metninden çıkarılması alacaklılar aleyhine bir durum meydana getirmiştir. Bahse konu düzenleme ile işlem denetçisi müessesesi varlığını sürdürseydi; denetçi raporu ile bölünme sözleşmesi ve raporunda yer alan beyanların doğruluğu, değişim oranlarının adil olup olmadığı, değişim oranlarının hesaplama yöntemleri gibi konularda denetlemeler yapılır ve bölünme daha şeffaf koşullarda gerçekleşirdi. Bu nedenle, TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik ve TTK'nın 170. maddesinin kaldırılması, alacaklıların korunması kapsamında adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. İşlem denetçisi genel olarak TTK kapsamında kaldırılan bir müessese olması nedeniyle bunun yerine bölünme esnasında bağımsız denetçi marifeti ile benzer inceleme ve raporlamanın

yapılması yerinde olacaktır. Böylelikle olumlu denetleme raporu bağlayıcı hale getirilerek bölünmede geçerlilik koşulu olması ve alacaklıların teminatlarının tehlikeye düşüp düşmediğinin tespitinde bu raporun referans alınması alacaklıların menfaatinin gözetilmesinde daha etkili olacaktır.

Alacaklıları korunma yöntemlerinin belki de alacaklılar açısından en önemli ve etkili olan bölünmeye katılan şirketlerin teminat yükümlülüğüne ilişkin olarak ise, teminatın türü ve miktarının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması hususudur. Bunun yanında madde metninin çok genel bir içerik ile düzenlenmiş olması alacaklıların korunması hükümleri içerisinde önemli bir eksikliktir. Alacakların teminata bağlanmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında, alacaklıların menfaatleri ile yeniden yapılanan şirketlerin menfaati arasında denge kurulmalıdır.

Bir diğer yandan, çalışanların korunmasına ilişkin TTK'nın 178. maddesi, çalışanlar açısından sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Nitekim, tam bölünmede katılan veya bölünen şirketin infisah etmesi, eski işverenin ortadan kalkması nedeniyle, müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Ancak kısmi bölünmede, bölünen şirketin varlığını koruması nedeniyle işveren şirket varlığına devam edeceği için söz konusu çalışanlar için iki ayrı şirket için de müteselsil sorumluluk hükümlerine gidilebilecektir.

Son olarak, bölünmede müteselsil sorumluluğun, alacaklılar açısından kapsamlı bir koruma sağlaması için hem devreden hem de devralan şirketin alacaklıları için geçerli olması gerekir. Bölünme işleminde, bölünmeye katılan tüm şirketlerin hiçbir koşul aranmaksızın alacaklılara karşı müteselsil sorumlu tutulması, bağımsız denetçi raporu uygulamasının getirilmesi, alacaklılara yapılan ilanların daha geniş kitlelere duyurulması sağlanarak alacaklıların teminat hakkından yararlanmasının tehlikeye düşürülmemesi, alacaklıları korumada daha adil ve güvenli bir bölünme süreci geçirilmesini sağlayacaktır.

TTK'da bölünme hükümleri diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine kıyasla çok daha kapsamlı ve alacaklıları koruyucu nitelikte olsa da çalışmamız kapsamında detaylı olarak incelenen bölünmeye ilişkin TTK hükümlerindeki bu boşluklar, bölünme sürecinde alacaklıların alacak haklarına gölge düşürebilecek niteliktedir. Bu kapsamda, bölünme sürecinin karar aşamasında alacaklıların söz hakkı olmadığı göz ardı edilmemeli, alacaklıların menfaatlerinin gözetilmesi gereği unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

ANDREAS, Binder, *Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung*, 2005.

AKKAŞOĞLU, Şeyma, *Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.

ALP, Mustafa, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi”, *Çalışma ve Toplum*, Y.2012, S.1, ss.51-74.

ALTAŞ, Soner, *Anonim Şirketler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AYDOS, O. Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2019.

AYHAN, Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin ve ÖZDAMAR, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2021.

BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, 2019.

CANBOLAT Talat ve SARIKAYA Sinan, *Ticaret Şirketlerinin Yapı Değişikliklerinde İş İlişkilerinin Geçmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Proje Çalışması, İstanbul.

ÇOŞTAN, Hülya, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009.

ÇOŞTAN, Hülya, “Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2012.

ÇEBİ, Hakan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

DEMİR, Koray, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

ERDEM, H. Ercüment, “Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, 2016, ss. 585-622.

ERDEM, H. Ercüment, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, S.2, ss.113-138.

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, 2003.

ERİŞ, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.

FANDEL, Stefan, *Die Angabepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG*, 2004.

GERÇEK, Adnan, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2020.

HELVACI, Mehmet, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, Beta Basım Yayım, 2004.

JAENİG, Ronny, *Die aktienrechtliche Sonderprüfung*, 2005.

JABORNEGG, Peter, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 1997.

LUKAS, Handschin, *Fusionsgesetz (Fusg), Das Wichtigste In Kürze*, 2008.

KAĞITÇIOĞLU, Murat, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, İstanbul, 2012.

KAYALI, Ferna İpek, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

KARSLIOĞLU, Hasan, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, 2016.

KEŞLİ, Ahmet ve KARAHAN, Sami (Editör), *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayınları, 2012.

KOCAER, Şenol, *Şirket Yeniden Yapılandırılmaları*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

KURU, Baki, “Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y.1976, C.3, S.8.

KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2018.

MAULBETSCH/KLUMPP/ROSE, Umwandlungsgesetz, C.F. Müller, *Heidelberger Kommentar*, 2009.

MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020.

NAZALI, Ersin, *Vergisel ve Yeni TTK Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri*, 4. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2015.

ÖZKARACA, Ercüment, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketlerin Birleşmesi Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, Y.2012, C.2, ss. 103-172.

PFEIFER, Michael, MÜLLER Roland M., in Frank Vischer et al (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Zürich, 2012.

POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal ve ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

PULAŞLI, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler”, *YÜHDF*, C.2, S.1, 2005.

PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

SCHWAB, Simona, *Die Unterrichtungspflicht und das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang nach der neuen Regelung des § 613a BGB*, 2003.

SORGUNOĞLU, M. Buket, *TTK Hükümlerine Göre Ticaret Şirketlerinin Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

SÜMER, H. Hadi, *Hukuka Giriş Kavramlar ve Kurumlar*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

SÜZEK, Sarper, “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C.15, Özel Sayı.

USLUEL GÜRBÜZ, Elif Aslı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y.2011, C.2, S.27,

WANNER, Marianne, *Arbeit und Recht*, 2020.