

2009/101/AT DİREKTİFİ VE TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE ANONİM ŞİRKETİN BUTLANI

Nullity of Corporations Pursuant to the Directive 2009/101/EC and
Turkish Commercial Code

İlhan DİNÇ *

ÖZET

Kuruluş aşamalarındaki işlemlerin tamamlanmasından sonra anonim ortaklığın (“AO”), merkezin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilanı gereklidir. Ancak şirket, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır. AO’nun ticaret siciline tescilinin etkilerinden biri de, tescil edilen şirketin butlanının ileri sürülememesidir. Bu ilke doktrinde, “*sicilin onarıcı etkisi*” olarak anılmaktadır. AO’nun butlanı konusunda 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TK”) herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (“YTK”) m. 353 hükmü ile söz konusu ilke pozitif hukukumuzda yeniden düzenlenmiştir.

YTK ile mevzuatımıza yeniden giren bu hüküm, Avrupa Birliği (“AB”) şirketler hukuku müktesebatı ile de uyumludur. Zira şirketler hukukuna ilişkin 2009/101/AT Sayılı AB Parlamentosu ve Konsey Direktifi (21.10.2009’dan önce 68/151/AET Sayılı Birinci Konsey Direktifi), *inter alia*, şirketin butlanı konusunu da düzenlemiş bulunmaktadır. Yüksek Yargıtay da bir kararında, ana sözleşmesinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a (“RK”) aykırı olduğundan bahisle bir AO’nun butlanının tespitine dair Ticaret Mahkemesi hükmünü onamıştır. Bu itibarla, Yüksek Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) kararlarına yansıyan uygulama da dikkate alınarak, konunun AB ve Türk hukuku çerçevesinde tartışılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, şirketin butlanı, butlanın tespiti, 2009/101/AT Direktifi, 68/151/AET Direktifi, Birinci Şirketler Hukuku Direktifi.

ABSTRACT

A corporation shall be registered in commercial registry located at the registered office and disclosure after fulfillment of transactions at the establishment stages. The company becomes a legal entity upon registration in the commercial registry. One of the impacts of the registration of corporation is that the company shall not be subject to declaration of nullity. This principle called as “*restorative impact of the*

* Ankara Adli Yargı Hâkim Adayı-Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü Doktora Öğrencisi.

registration” in the literature. The Commercial Code does not regulate grounds for nullity of companies. But the above-mentioned principle regulated again in Turkish positive law, by the Article 353 of the New Commercial Code.

There is coherence between this article of New Commercial Code and European Union (the “EU”) company law *acquis*. Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council regarding company law (before 21.10.2009, First Council Directive 68/151/EEC) regulates, *inter alia*, the nullity of companies. By the decision of Turkish Court of Cassation, the Court approved a Local Commercial Court’s decision declares that the nullity of a corporation by the reason of articles of association is contrary to the Act on the Protection of Competition. The subject shall be discussed, in accordance with EU Law and Turkish Law taking into consideration applications of Turkish Court of Cassation and Court of Justice of the European Union (the “CJEU”).

Keywords: Corporation, nullity of company, declaration of nullity, Directive 2009/101/EC, Directive 68/151/EEC, First Company Law Directive.

GİRİŞ

AO’nun kuruluş aşamalarındaki işlemlerin tamamlanmasından sonra, merkezin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilanı gereklidir[TK m.300/I, YTK m.354(1)]. Ancak, şirketin tüzel kişilik kazanabilmesi için kanun tarafından tescil yeterli görülmüştür[TK m.301/I, YTK m.355(1)]. AO’nun ticaret siciline tescilinin bazı etkileri bulunmaktadır. Bunlardan biri de, tescil edilen şirketin butlanının ileri sürülememesi ve tescilin bütün hukuki sakatlıkları sağlığa kavuşturmasıdır. Bu ilke doktrinde, “*sicilin onarıcı etkisi*” olarak anılmaktadır¹. Söz konusu ilkenin pozitif hukuka yansımaları zaman içerisinde değişiklikler göstermiştir. Şöyle ki, TK’nın m. 299(5) hükmünde; tasdik edilen bir şirketin sonradan butlanının iddia edilemeyeceği şeklinde açık bir hüküm bulunmaktaydı. Daha sonra, 1995 yılında 559 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (“KHK”)² ile TK’da yapılan değişiklik neticesinde, m. 299 hükmü tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 13.01.2011 tarihinde kabul edilen 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu³ ile AO’nun butlanına veya yokluğuna karar verilemeyeceği yeniden hüküm altına alınmıştır[YTK

¹ **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, No. 497a vd.; **Tekinalp, Ünal:** Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2011, s. 92.

² Türk Ticaret Kanunu’nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, bkz. RG. 27.06.1995, Sayı: 22326.

³ Bkz. RG. 14.02.2011, Sayı: 27846.

m.353(1)]. Bu düzenlemeyle, yukarıda anılan ilke yeniden pozitif hukuka girmiştir.

YTK ile mevzuatımıza yeniden giren bu hüküm, AB şirketler hukuku müktesebatıyla da uyumludur. AB müktesebatına bakıldığında; şirketler hukukunun, özellikle de sermaye şirketlerine ilişkin üye devlet hukuklarının, Tüzükler (*Regulations*) ve Direktifler (*Directives*) vasıtasıyla uyumlaştırıldığı gözlemlenmektedir. Hatta özel hukuk alanında yapılan bu tür yeknesaklaştırma (*unification*)/uyumlaştırma (*harmonization*) faaliyetlerinin kendisini en çok şirketler hukuku alanında gösterdiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira şirketler hukukuna ilişkin uyumlaştırma faaliyetleri, Avrupa Ekonomik Topluluğu (“AET”) döneminde 1968 yılında başlayan bir süreçtir. Bu anlamda şirketler hukuku alanındaki ilk düzenleme, 9 Mart 1968 tarihli ve 68/151/AET sayılı Birinci Konsey Direktifidir⁴. Ancak söz konusu Direktif 21.10.2009 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılarak; bunun yerine 16 Eylül 2009 tarihli ve 2009/101/AT sayılı AB Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁵ kabul edilmiştir. Direktifin tam adı “*Ortakların ve üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması için, üye devletlerce, Antlaşma’nın 48’inci Maddesinin ikinci paragrafındaki anlamıyla şirketlerden talep edilen güvencelerin eşdeğer kılınması amacıyla bu tür güvencelerin uyumlaştırılması konusunda 2009/101/AT sayılı ve 16 Eylül 2009 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi*”dir. Bu Direktifte, şirketler hukukunun muhtelif alanları düzenlenmiş olup; bunlardan biri de şirketin butlanıdır. YTK’nın bazı maddeleri kaleme alınırken, bu Direktif hükümleri de nazarı itibarı alındığından; konunun AB hukukundaki boyutunun da değerlendirilmesi gereklidir.

AO’nun butlanı konusunda tespit edebildiğimiz yeni bir Yargıtay kararında⁶, ana sözleşmesinin RK’ya aykırı olduğundan bahisle bir AO’nun butlanının tespitine dair Ticaret Mahkemesi hükmü onanmıştır.

⁴ First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community. Direktif metni için bkz. Avrupa Birliği Resmî Gazetesi (“ABRG”), L 065/8, 14.03.1968.

⁵ Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent. Direktif metni için bkz. ABRG L 258/11, 01.10.2009.

⁶ Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 29.03.2010 tarihli, 2008/12216 E., 2010/3433 K. Sayılı kararı. [Karar için bkz. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (“BATİDER”), C. XXVI, Sa. 2, s. 339].

Buradan hareketle AO'nun butlanı hususu, Yüksek Yargıtay ve ABAD kararlarına yansıyan uygulama da dikkate alınarak; AB ve Türk hukuku çerçevesinde bu çalışmamızda ele alınmıştır.

I. 2009/101/AT DİREKTİFİNDE ŞİRKETİN BUTLANI

A. GENEL OLARAK

AB'de şirketler hukukunun uyumlaştırılması süreci, 1968 yılında çıkarılan 68/151/AET Sayılı Birinci Konsey Direktifi⁷ ile başlamıştır. Bu tarihten itibaren de konu sürekli Avrupa Birliği'nin ilgili kurumlarının gündeminde olmuştur. Nitekim 68/151/EEC sayılı ilk Direktiften başlayarak kuruluş, sermayenin korunması, şirket birleşmeleri, yılsonu finansal tabloları, şirketlerin bölünmesi, konsolide hesaplar, şirketlerin başka bir üye devlette şube açması, tek ortaklı şirketler, Avrupa Anonim Şirketi (*Societas Europaea*) gibi şirketler hukukunun değişik alanlarında bir dizi düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur⁸.

Avrupa Komisyonu, 2001 yılında şirketler hukuku alanında yüksek düzeyli uzmanlardan oluşan bir grup oluşturmuştur. Yapılan çalışmalar sonucunda, bu Grup tarafından 2002 yılında “*Şirketler Hukuku Alanında Yüksek Düzeyli Uzmanlar Grubunun Avrupa’da Modern Şirketler Hukukuna İlişkin Çerçeve Şartlarına Dair Raporu*”⁹ hazırlanmıştır. Bu rapor doğrultusunda Komisyon tarafından 21.05.2003 tarihinde “*Şirketler Hukukunun Modernleştirilmesi ve Avrupa Birliği’nde Kurumsal Yönetimin Güçlendirilmesi*” başlıklı bir Eylem Planı (*Action Plan*)¹⁰ yayınlanmıştır. Komisyon’un şirketler hukukuna ilişkin 2003 Eylem Planı’na yönelik olarak revizyon çalışmaları hâlihazırda devam etmektedir¹¹. Bu kapsamda, güncel bir gelişme olarak, Avrupa

⁷ 68/151/AET Direktifi'nin şirketler hukukuna ilişkin ilk Direktif olmasının yanı sıra, özel hukukun yakınlaştırılması konusunda da ilk düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Habersack, Mathias:** *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. Auflage, München 2006, s. 82 vd.

⁸ Şirketler hukukuna ilişkin olarak bugüne kadar çıkarılan ve ulusal hukukların uyumlaştırılması hakkındaki düzenlemeler, bu düzenlemelerdeki tadiller ve bu alanda yapılan modernizasyon çalışmaları hususunda geniş bilgi için bkz. <http://ec.europa.eu/internal_market/company/official/index_en.htm> (27.01.2012).

⁹ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe. Rapor için bkz. <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf> (27.01.2012).

¹⁰ Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, COM (2003) 284. Bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF>> (27.01.2012).

¹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Geens, Koen/Hopt, Klaus J.:** *The European Company Law Action Plan Revisited–Reassessment of the 2003 Priorities of the European Commission*, Leuven 2010, s. 9 vd.

Komisyonu tarafından şirketler hukuku alanında bir Düşünce Grubu (*Reflection Group*)¹² oluşturulmuştur. Söz konusu Düşünce Grubu 2010 yılının Aralık ayında oluşturulmuş ve 15-16 Mayıs 2011 tarihinde Brüksel’de icra edilen konferans için bir rapor hazırlamıştır. Yapılan çalışmalar neticesinde, 5 Nisan 2011 tarihinde, Avrupa Birliği Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Düşünce Grubu’nun Raporu (*Report of the Reflection Group on the Future of European Union Company Law*)¹³ açıklanmıştır. Raporda Avrupa Birliği şirketler hukukunun güncel sorunları ele alınmış ve bunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmiştir.

B. DİREKTİFTE DÜZENLENEN KONULAR

68/151/AET sayılı Birinci Konsey Direktifi 21.10.2009 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılarak, bunun yerine 16 Eylül 2009 tarihli ve 2009/101/AT sayılı AB Parlamentosu ve Konsey Direktifi kabul edilmiştir. 68/151/AET Direktifi bugüne kadar esaslı değişikliklere tabi tutulduğundan, Birlik yasa koyucuları tarafından bu düzenlemenin yeniden kodifiye edilmesi¹⁴ tercih edilmiştir.

Doktrinde “kamuyu aydınlatma direktifi” olarak anılmasına¹⁵ rağmen, 68/151/AET Direktifi (dolayısıyla 2009/101/AT Direktifi) esas itibarıyla şirketler hukukunun üç alanını düzenlemiştir. Bu kapsamda Direktif, sicil hukuku ve kamuyu aydınlatma (tescil ve ilana ilişkin hükümler) (*disclosure*)¹⁶, şirket işlemlerinin/taahhütlerinin geçerliliği (*validity of obligations entered into by the company*)¹⁷ ve şirketin butlanı (*nullity of the company*)¹⁸ konularında üye ülke hukuklarının uyumlaştırılmasını amaçlamıştır¹⁹.

¹² Avrupa Birliği Şirketler Hukukunun Geleceği Üzerine Düşünce Grubu (*Reflection Group on the Future of the European Union Company Law*).

¹³ Rapor için bkz. <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup/report_en.pdf> (27.01.2012)

¹⁴ 2009/101/AT Direktifi, Dibase (1) numaralı paragraf.

¹⁵ Bkz. **Saenger, Ingo**: Recent Developments in European Company and Business Law, *Deakin Law Review*, Vol. 10, Sa. 1, 2005, s. 304, dn. 48; **Yıldız, Şükrü**: Avrupa Topluluğu’nun Kamuyu Aydınlatmaya İlişkin 9 Mart 1968 Tarih ve 68/151/EEC Sayılı Bir No.lu Şirketler Hukuku Konsey Yönergesi, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, Sa. 1, 1999, s. 275 vd.

¹⁶ 2009/101/AT Direktifi m. 2 ila 7 hükümleri.

¹⁷ 2009/101/AT Direktifi m. 8 ila 10 hükümleri.

¹⁸ 2009/101/AT Direktifi m. 11 ila 13 hükümleri.

¹⁹ Bkz. **Wooldridge, Frank**: Harmonization of Company Law: The First and Second Directives of the Council of Ministers of the European Economic Community, *Acta Juridica*, Vol. 1978, s. 327 vd.; **Wymeersch, Eddy**: Company Law in Europe and European Company Law, *Financial Law Institute Working Paper No. 2001-06*, Gent 2001, s. 9 vd.

Söz konusu Direktif hükümleri, YTK'nın bazı düzenlemelerine de yansımıştır. Sözgelimi, 2009/101/AT Direktifi m. 3(7)²⁰ hükmünde sicil hukuku ile ilgili önemli bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; üye devletler, Direktifin m. 3(5) hükmüne uygun olarak açıklanan hususlar ile sicilde veya dosyadaki bilgiler arasında herhangi bir farklılık olmamasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Böyle bir farklılık olması durumunda; üçüncü şahıslar yayımlanan metne istinat edebilirler, meğerki şirket üçüncü kişilerin dosyaya konulan veya sicile işlenen metinleri bildiklerini ispat etsin. Direktifin bu hükmü, "Görünüşe güven" başlıklı YTK m. 37 hükmünün hazırlanmasında dikkate alınmıştır²¹.

Direktifteki bir başka önemli konu da, ticaret şirketlerinin ehliyetine ilişkin *ultra vires* prensibi ile ilgilidir. 2009/101/AT Direktifi m. 10 hükmü²²; şirketle iş ilişkisine giren üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak açısından; şirket organları tarafından yapılan işlemlerin, şirketin faaliyet konusuna girmese de şirket için bağlayıcı olduğunu hükme bağlamıştır. Ancak üye devletler, kendi mevzuatlarında şirketin maksat ve mevzuuna girmeyen bu tür işlemlerin şirketi ilzam etmeyeceğini kabul edebilirler. Bu halde şirket, üçüncü kişilerin bu işlemlerin şirketin maksat ve mevzuuna girmediğini bildiklerini veya bilmeleri gerektiğini ispat etmek durumundadır. Bu konuda şirket ana sözleşmesinin ilân edilmiş olması, tek başına yeterli bir delil değildir²³. Direktifin bu hükmü de; TK m. 137'deki "işletme mevzuu" sınırı kaldırılmak sureti ile "Tüzel kişilik ve ehliyet" başlıklı YTK m. 125 hükmüne yansıtılmıştır. Bu düzenleme ile "*ultra vires*" ilkesinin de Türk hukuku bakımından artık terkedildiği ifade edilmelidir.

²⁰ 68/151/AET Direktifi m. 3(6).

²¹ Buna ilişkin gerekçe şu şekildedir: "Madde AET'in 09.03.1968 tarihli ve 68/151 sayılı şirketler hukukuna ilişkin Birinci Yönergesinin 3(6)'ncı maddesinin gereği olarak ancak Yönerge hükmünü yansıtan Alm. TK'nın 15(3) paragrafı hükmü göz önünde tutularak kaleme alınmıştır." Bkz. YTK m. 37 hükmünün madde gerekçesi.

²² 68/151/AET Direktifi m. 9.

²³ Bkz. **Davies, Paul L.:** Gower and Davies' Principle of Modern Company Law, 7th Edition, Sweet & Maxwell, London 2003, s. 111, 132 vd.; **Omar, Paul J.:** Powers, Purposes and Objects: The Protracted Demise of the Ultra Vires Rule, Bond Law Review: Vol. 16, Sa.1, s. 108 vd.; **Yıldız, Burçak:** AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti ("*Ultra Vires*" İlkesi), BATİDER 2006, C. XXIII, Sa. 3, s. 187 vd.

C. DİREKTİF HÜKÜMLERİNE GÖRE ŞİRKETİN BUTLANI

Direktifin inceleme konumuzla ilgili asıl kısmı, şirketin butlanı (*nullity of the company*) konusunda milli hukukların uyumlaştırılmasına²⁴ ilişkin m. 11-13 hükümleridir²⁵. 2009/101/AT Direktifi m. 12 hükmüne göre²⁶, maddede sayılan butlan nedenleri dışında, bir şirketin yokluğu (*non-existence*), mutlak butlanı (*absolute nullity*), nispi butlanı (*relative nullity*) veya butlanının ilanı (*declaration of nullity*) talep edilemeyecektir. Şu hale göre, Direktifte bir şirketin butlanına ya da yokluğuna karar verilmeyeceği kuralı getirilmiş; şirketin butlanı istisnai olarak düzenlenmek suretiyle, bu konuda sınırlayıcı hükümler ihdas edilmiştir. 2009/101/AT Direktifinde, şirketin butlanı konusunda getirilen hukuki rejimi aşağıdaki şekilde değerlendirmek mümkündür:

İlk olarak, Direktife göre, bir şirketin butlanı ancak bir mahkeme kararıyla mümkündür²⁷. Nitekim bu husus 2009/101/AT Direktifi m. 12(a) hükmünde²⁸ açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, mahkeme dışında başka bir merciin ya da kamu otoritesinin bu anlamda bir tasarruf veya karar yetkisi bulunmamaktadır.

İkinci olarak, şirketin butlanına sebebiyet verebilecek haller 2009/101/AT Direktifi m. 12(b) hükmünde²⁹ tahdidi (*numerus clausus*) olarak³⁰ düzenlenmiştir. Buna göre şirketin butlanı, sadece aşağıdaki hallerde söz konusu olabilir:

- Bir kuruluş belgesinin düzenlenmemiş olması veya önleyici denetim kurallarına veya gerekli yasal formalitelere uyulmamış olması;

²⁴ Şirketin butlanı konusuna ilişkin olarak üye ülkelerdeki farklılıklar ve bunların sebepleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Drury, Robert R.**: Nullity of Companies in English Law, Modern Law Review 1985, Vol. 48, s. 645 vd.

²⁵ **Wooldridge**, s. 334.

²⁶ 68/151/AET Direktifi m. 11.

²⁷ Birinci Şirketler Hukuku Direktifi, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'na (*Aktiengesetz*) da yansıtılmak suretiyle Alman hukukuna aktarılmıştır. Şirketin butlanına ilişkin hükümler ise AktG §275 ve müteakip hükümlerde düzenlenmiştir. AktG §275(3) hükmünde, butlan kararını ancak bir mahkemenin verebileceği açıkça ifade edilmiştir. Alman hukukundaki butlan davasının, fesih davası olduğu yönünde bkz. **Kendigelen, Abuzer**: Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Makalelerim, İstanbul 2001, s. 322.

²⁸ 68/151/AET Direktifi m. 11.2(a).

²⁹ 68/151/AET Direktifi m. 11.2(b)-(f); Alman hukukunda düzenlenen butlan halleri için bkz. AktG §275(1).

³⁰ Bu hususta Direktifte "*Şirket ile üçüncü şahıslar arasındaki ve ayrıca ortaklar arasındaki ilişkiler konusunda hukuki kesinlik sağlamak amacıyla, butlan doğurabilecek durumları sınırlandırmanın gerekli olduğu*" ifade edilmiştir. Bkz. 2009/101/AT Direktifi, Dibace (10) numaralı paragraf.

- Şirketin maksat ve mevzuunun hukuka veya kamu düzenine aykırı olması;
- Kuruluş belgesinde veya esas sözleşmede; şirketin unvanının, ortaklar tarafından taahhüt edilen sermaye miktarının, taahhüt edilen toplam sermaye miktarının veya şirketin maksat ve mevzuunun belirtilmemesi;
- Ödenmesi gereken asgarî sermaye miktarına ilişkin millî hukuk kurallarına riayet edilmemiş olması;
- Kurucu üyelerin tamamının ehliyetsizliği;
- Şirketin tabi olduğu millî hukukun öngördüğü ve kurucu ortak sayısının ikiden az olamayacağına dair kurala aykırılık.

Görüldüğü üzere; üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak açısından, Direktifte şirketin butlanının iddia edilebileceği haller sınırlandırılmış³¹ ve böyle bir kararı belirli şartlar altında ancak bir mahkemenin verebileceği hükme bağlanmıştır. Zira bir şirketin butlanına karar verilebilmesi ihtimali; şirket alacaklıları, pay sahipleri, çalışanları ve diğer ilgilileri yönünden olumsuz bir durum teşkil edebilecek niteliktedir³².

Üçüncü olarak, Direktif, üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından butlan kararının şirket işlemleri üzerindeki etkisini de hükme bağlamıştır. Gerçekten de, 2009/101/AT Direktifi m. 13(3) hükmünde³³ “*Butlan, tek başına, şirket tarafından veya şirkete karşı üstlenilmiş herhangi bir taahhüdün geçerliliğini etkilemeyecektir; şirketin sona ermesinin sonuçları saklıdır.*” denilmek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla butlan, *per se*, şirket tarafından ya da şirkete karşı üstlenilmiş

³¹ Birlik yasa koyucularının amacının, özellikle üçüncü kişilerin korunması açısından, şirketin butlanının ileri sürülebileceği hallerin sınırlandırılması olduğu yönünde bkz. **Lefter, Cornelia/Dimitru, Ovidiu Ioan:** Theoretical and Practical Aspects Regarding the Nullity of Commercial Companies, Theoretical and Applied Economics, 2009, Vol. 11, s. 36. Ayrıca bkz. **Hicks, Andrew/Goo, S. H.:** Cases & Materials on Company Law, 6th Ed., Oxford University Press 2008, s. 23.

³² Bkz. **Cahn, Andreas/Donald, David C.:** Comparative Company Law-Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA, Cambridge University Press 2010, s. 144 vd.; **Wooldridge**, s. 333 vd.

³³ 68/151/AET Direktifi m. 12(3).

taahhütlerinin geçerliliğini etkilemeyecektir³⁴. Direktifte butlandan bahsedilmesine rağmen; mezkûr butlan *ex nunc* etkilidir³⁵.

2009/101/AT Direktifi m. 13 hükmünde ayrıca şu sonuçlar da düzenlenmiştir: Buna göre butlan, infisah gibi şirketin sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Üye devlet hukuklarında butlanın şirket ortakları arasındaki sonuçlarına ilişkin düzenleme yapabilir. Pay sahipleri, kendileri tarafından taahhüt edilmiş ve fakat ödenmemiş olan sermayeyi ödemekle yükümlü olmaya devam edeceklerdir.

Direktif'te, butlan talebinin hangi sürede ileri sürülebileceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Direktifte yer alan diğer hükümler kapsamında, bu hususun üye devletlerin tasarrufuna bırakıldığı ifade edilebilir. Söz gelimi Almanya, butlan talebini bir süre ile sınırlamıştır. Gerçekten de, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz*) ("AktG") §275(3) hükmünde, butlan talebinin şirketin tescil tarihinden itibaren üç yıllık süre içerisinde dermeyan edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Son olarak, Direktif, mahkeme tarafından verilen butlan kararına karşı dava yoluna başvurulabileceğini de hükme bağlamıştır. 2009/101/AT Direktifi m. 13(1) hükmünde³⁶ milli hukukun üçüncü bir şahsa, karara karşı itiraz hakkı bahşetmesi halinde bu şahsın hakkını ancak mahkeme kararının ilân edilmesinden sonra altı ay içinde kullanabileceği ifade edilmiştir. Görüleceği üzere, hukuk güvenliği ve şirketin durumunun bir an önce açıklığa kavuşturulması bakımından butlan kararının iptali davası 6 aylık süre³⁷ ile sınırlandırılmıştır.

³⁴ **English, Richard D.:** Company Law in the Single European Market, Brigham Young University Law Review, Vol. 1990, No: 4, s. 1442.

³⁵ **Tekinalp,** s. 102, dn. 19. Alman Hukukunda da butlan kararının etkisinin geriye dönük (*retroactive*) değil, ileriye etkili (*ex nunc*) olduğu kabul edilmiştir. Bu hususta bkz. AktG §277. Benzer şekilde, İtalyan Medeni Kanunu m. 2332 hükmüne göre de butlan kararı, şirketin butlan kararından önceki -gerek pay sahipleri gerekse üçüncü şahıslarla olan- hukuki ilişki ve sözleşmelerinin hükümsüzlüğünü intaç etmemektedir. Bkz. **Pernazza, Federiko:** Corporations and Partnerships in Italy, Kluwer Law International 2010, s. 68.

³⁶ 68/151/AET Direktifi m. 12(1).

³⁷ Bu konuda, üçüncü şahısların böyle bir karara itirazları için kısa bir süre tespit etmenin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. 2009/101/AT Direktifi, Dibace (10) numaralı paragraf.

II. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN C-106/89 SAYILI MARLEASING KARARI

Şirketin butlanı ile ilgili olarak 68/151/AET Direktifi döneminde verilmiş olan ve tespit edebildiğimiz başlıca karar³⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 1990 yılında verdiği C-106/89 Sayılı *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* kararıdır³⁹. Söz konusu dava, ABAD'ın önüne, İspanya'daki bir milli mahkeme nezdinde derdest olan bir uyuşmazlık nedeniyle ön karar usulü (*preliminary ruling*) çerçevesinde gelmiştir. Bu davada İspanya'daki bir millî mahkeme, o tarihte yürürlükte olan 68/151/AET Direktifinin butlan ile ilgili m.11 hükmünün (hâlihazırda yürürlükte olan 2009/101/AT Direktifi m. 12) yorumu için ABAD'a müracaat etmiştir.

A. DAVANIN MADDİ VAKIALARI

Ön karar usulüne konu davaya takaddüm eden maddi vakıalar kısaca şu şekildedir: Marleasing SA ("Davacı"), La Comercial Internacional de Alimentacion SA'nın ("La Comercial") da aralarında bulunduğu davalılar aleyhine İspanya'daki bir millî mahkeme huzurunda dava açmıştır. La Comercial, aralarında Barviesia SA'nın da bulunduğu üç kişi tarafından, halka açık sınırlı sorumlu şirket (*public limited company*) statüsünde kurulmuştur. Davacı Marleasing SA, Barviesia SA'nın alacaklısı olup; La Comercial'in gerçekte sadece Barviesia SA tarafından kurulduğunu ve diğer iki kurucunun saman adam (*man of straw*) konumunda olduğunu iddia etmiştir. Davacı Marleasing, La Comercial'in yegâne kuruluş gayesinin Barviesia SA'nın alacaklıları dolandırmak ve malvarlığını onlardan kaçırmak olduğunu, "sözleşme sebebinin yokluğu" (*lack of cause*) nedeniyle şirket kuruluşunun batıl olduğunu iddia ederek;

³⁸ Bkz. **Hopt. Klaus J./Wymeersch, Eddy**: European Company and Financial Law - Texts and Leading Cases, 3rd Ed., Oxford University Press 2004, s. 282.; **Sealy, Len S./Worthington, Sarah**: Cases and Materials in Company Law, 8th Ed., Oxford University Press 2008, s. 8 vd.

³⁹ Dava C-106/89 *Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentacion* [1990] ECR I-4156 vd. Karar metni için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0106:EN:PDF>> (27.01.2012). Esasen ABAD'ın bu karardan önce, şirketin butlanı konusunda verdiği başka bir kararı daha (Dava C-136/87 *Ubbink Isolatie BV v. Dak- en Wandtechniek BV* [1988] ECR 4682 vd.) vardır. Söz konusu karar, millî hukukun öngördüğü kuruluş formalitelerini tamamlamamış bir şirkete ilişkin olduğundan; çalışmamızda detayına girilmeyecektir. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse, kararda, 68/151/AET Direktifinde öngörülen butlana ilişkin hükümlerin, millî hukukun öngördüğü kuruluş formalitelerini tamamlamadığından, varlığı sicil dairesi tarafından onaylanmayan bir şirket adına yapılan işlemler yönünden söz konusu olmayacağı içtihat edilmiştir. Karar için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0136:EN:PDF>> (27.01.2012).

İspanyol Medeni Kanunu m. 1261 ve 1275 hükümleri kapsamında şirket kuruluş belgesinin butlanının tespitini talep etmiştir⁴⁰.

Davalı La Comercial ise, 68/151/AET Direktifi m. 11 hükmünde, butlana sebebiyet verebilecek hallerin tahdidi olarak (*exhaustively*) sayılmış olduğunu, “sözleşme sebebinin yokluğu” (*lack of cause*) durumunun Direktif hükümlerine göre bir butlan hali teşkil etmediğini iddia ederek davanın reddini talep etmiştir⁴¹.

Davacı taraf iddiasını, İspanyol Medeni Kanunu (*Código Civil*) m. 1261 ve 1275 hükümlerine dayandırmıştır. İspanyol Medeni Kanunu’nun m. 1261 vd. hükümlerinde, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin unsurlar düzenlenmiştir. Bu unsurlardan biri de m. 1275 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeye göre; “*Sebebe dayanmayan veya hukuka aykırı bir sebebe dayanan sözleşmeler geçerli değildir. Kanuna veya ahlak ve adaba aykırı sebepler hukuka aykırıdır*”⁴².

B. DAVANIN MİLLÎ MAHKEME AŞAMASI

Bu davada, millî mahkemenin önünde iki farklı hukuki durum söz konusu olmuştur. İlk olarak, kendi milli hukukuna göre (İspanyol Medeni Kanunu m. 1261, m.1275) sebebe dayanmayan veya hukuka aykırı bir sebebe dayanan sözleşmeler geçerli değildir. Ancak 68/151/AET Direktifinde sayılan şirketin butlanı halleri arasında, “*sözleşme sebebinin*

⁴⁰ Bkz. Dava C-106/89 [1990] ECR I-4157, §2-3; Mahkeme Kanun Sözcüsü (*Advocate General*) Van Gerven’in Mütalaası, ECR I-4144, §2 vd. Mütalaa için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989C0106:EN:PDF>> (27.01.2012). **Walter van Gerven:** Case Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law, *European Review of Private Law*, Vol. 3, Sa. 2 (1995), s. 371 vd.

⁴¹ Dava C-106/89 [1990] ECR I-4157, §3.

⁴² İspanyol Medeni Kanunu’nun İngilizce tercümesinden Türkçe’ye araştırmacı tarafından aktarılmıştır. İspanyol Medeni Kanunu’nun İngilizce tercümesi için bkz. **Walton, Clifford Stevens/Ponce de Leon, Nestor:** *The Spanish Civil Code in Force in Spain, Cuba, Puerto Rico, and the Philippines*, Havana 1899, s. 231. İspanyol Medeni Kanunu’nda yer alan bu hüküm, Roma Hukukundaki hukuki sebep (*iusta causa*) kavramının bir yansımasıdır. Şöyle ki, Roma Hukukunda hukuki muamele sebebinin (*iusta causa*) hukuka veya ahlak ve adaba aykırı olması ya da hukuki sebebin hiç bulunmaması, muamelenin hükümsüzlüğünü itaç etmekteydi. Hukuki muamelenin gözettiği amaç, hukukun reddettiği bir şeyse, o zaman sebep hukuka aykırıdır. Roma Hukukundaki bu müessese varlığını günümüzde de bazı hukuk sistemlerinde göstermektedir. Yukarıda anılan İspanyol Medeni Kanunu’nda da “*iusta causa*”nın sözleşmenin kurucu unsuru olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Bkz. **Koç, Nevzat:** Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, Sa. 2, s. 152 vd.; **Glaser, Abram:** *Doctrine of Consideration and the Civil Law Principle of Cause*, *Dickinson Law Review*, Vol. 46, Sa. 1, 1941, s. 16; **Lorenzen, Ernest G.:** *Causa and Consideration in the Law of Contracts*, *Yale Law Journal* S. 28, No.7, 1918-1919, s. 623, dn. 11; **Drake, Joseph H.:** *Consideration v. Causa in Roman-American Law*, *Michigan Law Review* Vol. 4, Sa. 1, s. 19 vd.

yokluğu’na dayalı bir butlan sebebi bulunmamaktadır. Neticede milli mahkeme, ihtilafa tatbik edilecek iç hukuk mevzuatı ile Direktif hükümlerinin farklı olması⁴³ nedeniyle; durumu ön karar yoluyla ABAD’a taşımıştır.

Ayrıca İspanya iç mevzuatında şirketin butlanı konusunda, dava tarihinde doğrudan bir düzenleme olmayıp; konu mahkeme içtihatlarında genel hükümler çerçevesinde mütalaa edilmişti. Bu kapsamda akdi noksanlıkların ya da kuruluşa ilişkin resmi formalitelere ilişkin eksikliklerin şirketin butlanına sebep olacağı kabul edilmiştir⁴⁴.

Davada İspanyol Mahkemesi tarafından, ABAD’a yöneltilen soru; “*Millî hukuka henüz aktarılmamış olan 9 Mart 1968 tarihli 68/151/AET Konsey Direktifinin 11’inci maddesi, mezkûr maddede sayılanlar dışında bir nedenle şirketin butlanına karar verilmesini engelleyecek şekilde doğrudan uygulanabilir mi?*” şeklinde olmuştur. Millî mahkeme tarafından yöneltilen soru esas itibariyle, Direktifte belirtilen butlan sebepleri dışında başka bir sebeple şirketin butlanına karar verilip verilemeyeceği; hükmün bireyler arasında doğrudan etki doğurup doğurmayacağına yöneliktir. ABAD konuyu hem direktiflerin iç hukuka etkisi bakımından, hem de 68/151/AET Direktifinin m. 11 hükmünün yorumu bakımından değerlendirmiştir. Ancak ilk husus (direktiflerin etkisi)⁴⁵ konumuz dışında olduğundan, bu hususa değinilmeyecektir.

⁴³ İspanya Krallığı ve Portekiz Cumhuriyeti’nin Avrupa Topluluklarına Katılımına Dair Antlaşma’ya göre İspanya, Topluluk müktesebatını (*acquis communautaire*) ve dolayısıyla söz konusu Direktif iç hukukuna aktarma yükümlülüğü üstlenmiştir (Bkz. ABRG L 302/23, 15.11.1985). Ancak, uyumsuzluk tarihinde henüz Direktif iç hukuka aktarılamamıştı. 68/151/AET Direktifinin uyumsuzluğa uygulanması hususundaki tereddüt esas itibariyle, Direktifin karar tarihinde henüz iç hukuka aktarılmamış olmasından kaynaklanmıştır.

⁴⁴ Bu konuya ve 68/151/AET Direktifinin İspanya iç hukuk mevzuatına aktarılmasına ilişkin detaylı bilgiler için bkz. **Maggio, Richard**: Accession to the European Economic Community: The Harmonization of Spanish Corporation Law, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 5, Sa. 2, 1981/1982, s. 443 vd.

⁴⁵ Konunun bu yönüne ilişkin olarak bkz. **Stuyck, Jules/Wytinck, Peter**: Case C-106/89, Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Judgment of 13 November 1990 (Sixth Chamber), Common Market Law Review 1991, Vol. 28, Sa. 1, s. 205 vd.; **Hinton, Eric F.**: Strengthening the Effectiveness of Community Law: Direct Effect, Article 5 EC, and the European Court of Justice, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 31, Sa. 2-3, 1999, s. 307 vd.; **Craig, Paul/de Búrca, Grainne**: EU Law–Text, Cases and Materials, 4th Ed., Oxford University Press 2008, s. 288-289.; **Saunders, O.O.R.**: Marleasing - A Fatal Blow to the Rule of Construction, European Business Law Review, Vol. 3, 1992, s. 339 vd.

C. ÖN KARARA KONU HADİSE HAKKINDA AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN YORUMU

ABAD tarafından yapılan yargılama neticesinde, Direktifin butlana ilişkin hükümleri bakımından şu yorumlar yapılmıştır: Mahkeme davada ilk olarak, Direktifteki butlan sebepleri konusunu ele almıştır. Mahkeme bu hususta; “*Direktifin 11. maddesi, özellikle m. 11(2)(b) hükmü göz önünde bulundurulduğunda; söz konusu hükmün, Direktifte tahdidi olarak sayılan durumlar dışında başka bir sebeple şirketin butlanına karar verilemeyeceği yönünde üye devletlerin hukuklarına kısıtlama getirdiği gözlemlenmektedir.*” şeklinde yorumda bulunmuştur⁴⁶. Bu yorumu ile Mahkeme, Direktifte sayılan butlan hallerini dar yorumlamış⁴⁷ ve bunların tahdidi (*numerus clausus*) (*exhaustive*) olduğunu⁴⁸ teyit etmiş bulunmaktadır⁴⁹. Dolayısıyla, üye ülkenin bir mahkemesi, Direktifte açıkça sayılan haller dışındaki bir sebebe dayanarak, bir şirketin butlanının tespitine ya da ilanına karar veremeyecektir⁵⁰.

Mahkeme nezdindeki dava kapsamında tartışılan ikinci bir husus da, şirket maksat ve mevzuunun nasıl yorumlanacağı konusudur. Zira milli mahkeme önünde açılan davada davacının aslî iddiası, şirketin amacının hukuka aykırı olduğu ve “sözleşme sebebinin yokluğu” (*lack of cause*) yönündedir. Yargılama evresinde Komisyon, “şirketin maksat ve mevzuu” (*objects of the company*) kavramının, münhasıran şirketin esas sözleşmesinde ya da kuruluş belgesinde yazılı amaçları biçiminde yorumlanması gerektiği yönünde görüş⁵¹ bildirmiştir. Ancak, ABAD Kanun Sözcüsü (*Advocate General*) tarafından verilen mütalaada⁵² ise “şirket maksat ve mevzuu” kavramının şirket esas sözleşmesinde veya kuruluş belgesinde yazılı amaçlar biçiminde ya da kuruluşundan itibaren

⁴⁶ Dava C-106/89 [1990] ECR I-4159, §10.

⁴⁷ **Pasa, Barbara/Benacchio, Gian Antonio:** The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe: A Guide to European Private Law, Central European University Press, Budapeşte 2005, s. 305.

⁴⁸ **Enriques, Luca:** EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are They?, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 27, Sa. 1, 2006, s. 17, dn. 52.

⁴⁹ ABAD, başka bir kararında da (*Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*), Direktifte sayılan butlan hallerinin *numerus clausus* olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Dava C-167/01 [1993] ECR I-10199, §8. Karar metni için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001J0167:EN:PDF>> (30.01.2012).

⁵⁰ Bkz. **Lefter/Dimitru**, s. 36.

⁵¹ Komisyon'un görüşü için bkz. Dava C-106/89 [1990] ECR I-4159, §11.

⁵² Davadaki Mahkeme Kanun Sözcüsünün mütalaası için bkz. ECR I-4155, §21(2).

şirket tarafından bilfiil sürdürülen faaliyetler olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir.

Mahkeme, Komisyon'un görüşü doğrultusunda "şirketin maksat ve mevzuu" kavramının; şirket esas sözleşmesinde ya da kuruluş belgesinde yazılı amaçlar olarak yorumlanması gerektiğini içtihat etmiştir. Mahkeme'nin kabulüne göre, Direktifte butlan sebebi teşkil eden haller ve butlana karar verilmesi halinde bunun geriye dönük etkisi sınırlandırılmıştır. Bu durumda Direktifte sayılan butlan halleri dar yorumlanmalıdır⁵³.

Mahkemenin kararı incelendiğinde şu tespitlerin yapılması mümkündür: Mahkeme, "istisnai hükümler dar yorumlanır" (*singularia non sunt extenda*) ilkesinden hareketle, Direktifte açıkça düzenlenmediğinden "sözleşme sebebinin yokluğu" (*lack of cause*) durumunu şirketin butlanını gerektiren bir hal olarak kabul etmemiştir. Şu hale göre, Direktifte şirketin butlanına sebebiyet verebilecek haller tahdidi olarak sayıldığından; butlan durumunun geniş yorum yoluyla başka alanlara teşmili hukuken mümkün değildir⁵⁴. Ayrıca Mahkeme kararı, şirketin maksat ve mevzuunun kanuna veya kamu düzenine aykırılığının değerlendirilmesinde; şirket tarafından bilfiil sürdürülen faaliyetler değil, şirket esas sözleşmesinde yazılı amaçların dikkate alınmasını öngörmektedir.

III. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA ANONİM ŞİRKETİN BUTLANI

A. MERİ TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN

AO'nun ticaret siciline tescil edilmesinin birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, AO'nun tüzel kişilik kazanmasıdır. Başka bir ifadeyle, ticaret siciline yapılan tescil AO'nun tüzel kişiliği bakımından kurucu (ihdasî) niteliktedir. Nitekim bu husus TK m.301/I ve YTK m. 355(1) hükümlerinde sarahaten ifade edilmiştir.

⁵³ Dava C-106/89 [1990] ECR I-4160, §12.

⁵⁴ Bu itibarla ABAD, İspanyol mahkemelerinin, İspanya'da yürürlükte olan mevzuatı Topluluk hukuku ışığında yorumlaması ve şirketin butlanı hususunda sadece Direktifte sayılan hallerin dikkate alınması gerektiğini içtihat etmiştir. Dava C-106/89 [1990] ECR I-4159, §9. Bu konuda ayrıca bkz. **Hunter, Rod/Muyllle, Koen J.**: European Community Deskbook, 2nd Ed., Washington 1999, s. 14, dn. 77.; **Edward, David**: Corporations and The Court, (in) Corporate Law: European Dimension, Butterworth, Londra 1991, s. 155.; **Cahn/Donald**, s. 144.

Tescilin başka bir etkisi ise, hukuki sakatlıkları onarması, sağlığa kavuşturmasıdır. Bu ilke doktrininde “*sicilin onarıcı etkisi*” olarak anılmaktadır. Söz konusu ilkeyle, tescil edilen bir AO’nun butlanının ileri sürülebilmesi, tescilin bütün hukuki sakatlıkları sağlığa kavuşturması ifade edilmektedir. Söz konusu ilke hakkında TK’da normatif bir düzenleme olmamasına rağmen, Türk hukukunda bu ilkenin varlığı kabul edilmektedir⁵⁵. Ancak, söz konusu ilkenin pozitif hukuka yansımaları zaman içerisinde farklılıklar göstermiştir. Şöyle ki, TK’da m. 299(5) hükmünde “Tasdik edilen bir şirketin sonradan butlanı iddia edilemez” düzenlemesi bulunmaktaydı. Ancak, 1995 yılında TK’da yapılan değişiklik neticesinde 559 Sayılı KHK’nın 13. maddesi ile TK m. 299 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum karşısında TK açısından, AO’nun butlanının ileri sürülüp sürülemeyeceği; başka bir anlatımla tescilin ıslah edici etkisinin hâlâ geçerli olup olmadığı hususunun⁵⁶ üzerinde durulmalıdır.

Bu konudaki bir görüşe göre⁵⁷ TK m. 299(5)’in yürürlükten kaldırılması ile Türk hukukunda tescilin onarıcı etkisi zayıflamış, hatta kaldırılmıştır. Bu düşünceye göre TK m. 299(5)’in yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, bir AO’nun butlanının dava edilemeyeceği; şartları varsa Türk Medenî Kanunu (“TMK”) hükümleri çerçevesinde “*tüzel kişilik kazanamayacağı*” (TMK m. 47/2) savunulabilir. Buna gerekçe olarak da TK m. 301/2 ve TMK m. 47/2 hükümleri gösterilmektedir. Bu yaklaşıma göre butlan, sözleşmelere özgü bir müeyyide olup, tüzel kişiler ile bağdaşmaz. TMK tüzel kişiliklerle ilgili olarak “*tüzel kişilik kazanamama*” müeyyidesini öngörmüştür.

Bu husustaki başka bir yaklaşıma göre de TK m. 299, 559 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırıldığından, artık AO’nun butlanı iddia edilemez; ancak şartları varsa TK m. 274 hükmüne göre fesih yoluna gidilebilir⁵⁸. Bu görüş, çözüm için TMK ve Borçlar Kanunu’ndaki (“BK”) genel

⁵⁵ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, No. 497a vd.; **Karayalçın, Yaşar**: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 308; **Ülgen, Hüseyin**: Türk Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005, s. 146; **Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi**: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010, s. 212-213; **Bilge, Mehmet Emin**: Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 164; **Alışkan, Murat**: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, s. 115 vd.

⁵⁶ **Alışkan**, s. 122.

⁵⁷ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, No. 497a vd.

⁵⁸ **İmregün, O.**: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. Bası, İstanbul 2005, s. 276.

hükümlere başvurulmadan önce, özellikle AO'lara dair hükümler olmak üzere, TK'da bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmasının gerekli olduğunu savunmaktadır. Kuruludan sonraki işlem ve faaliyetleri kapsamakla birlikte, BK m. 19 ve m. 20 hükümlerine⁵⁹ dayanan süresiz bir butlanın tespiti davası veya TMK m. 47/2'deki (hukuka ve ahlaka aykırılıkla sınırlı olan) dar kapsamlı ve sakıncalı tüzel kişilik kazanmama yerine, biraz geniş yorumla TK m. 274/2 hükmü uygulanmalıdır. Hukuk güvenliği açısından daha elverişli çözüm tarzının bu yönde olduğu ifade edilmiştir⁶⁰.

Bu husustaki başka bir yaklaşıma⁶¹ göre ise; 559 Sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmış olan TK m. 299(5), tescil edilerek tüzel kişilik kazanan bir AO'nun butlanının iddia edilmesi yolunu kapatıyordu. TK m. 299 hükmünün tamamen yürürlükten kaldırılması ile birlikte, AO'nun butlanının bir aylık hak düşürücü süre ile sınırlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilme olanağı gündeme gelmiştir. AO'nun butlanının hiçbir süre ile sınırlı olmaksızın ileri sürülebilmesi, pay sahipleri ile şirket alacaklılarının zararına sonuçlar doğurabileceği gibi, işlem güvenliği ilkesini de zedeleyecektir. Ancak kuruluştaki eksiklikler nedeniyle öngörülecek davaya verilecek isim ne olursa olsun, her halde bu davanın mutlaka bir hak düşürücü süre ile sınırlandırılması, ayrıca ortakların ve alacaklıların korunması açısından da verilecek kararın geriye etkili olamayacağı ve tasfiyenin fesih hükümlerine göre yapılacağıının öngörülmesi gereklidir.

Bu hususta ileri sürülen görüşler incelendiğinde; TK hükümleri bakımından, m. 299(5) hükmü yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, AO'nun butlanının iddia edilemeyeceği büyük ölçüde kabul edilmektedir. Ancak görüşler, butlan yerine uygulanabilecek diğer yaptırımlar, başka bir ifadeyle butlana alternatif çözümler hususunda farklılaşmaktadır. Yukarıda anılan bir görüş, yaptırım olarak, genel hükümler olan BK m. 19 ve m. 20 ile TMK m. 47/2 hükmüne başvurmakta iken; diğer bir görüş ise, önce TK bünyesindeki maddelere bakılmak suretiyle bir çözümün gerekliliğinden hareketle; TK m. 274/2 hükmünü geniş yorumlayarak fesih yoluna gidilmesini savunmaktadır. Bu husustaki düşüncelerimiz, aşağıda⁶² Yargıtay kararının incelendiği bölümde ifade edilecektir.

⁵⁹ Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 26 ve m. 27, bkz. RG. 04.02.2011, Sayı: 27836.

⁶⁰ **Bahtiyar, M.:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 95-96; **Alışkan, s. 122.**

⁶¹ **Kendigelen, Kuruluş,** s. 321-322.

⁶² Bkz. aşağıda IV numaralı başlık.

B. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN

1. Yeni Türk Ticaret Kanunu Madde 353 Hükmü

YTK m. 353(1) hükmüyle, “*Anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez*” düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu hükmün 559 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan TK’nın m. 299(5) hükmünün yerini tutmak amacıyla kaleme alındığı ve aynı zamanda AET’nin şirketlere ilişkin 68/151/AET sayılı Birinci Konsey Direktifi’nin 11 ve 12’nci maddelerine⁶³ de uygun olduğu ifade edilmiştir⁶⁴.

Bu itibarla, YTK m. 353(1) hükmüyle, sicilin onarıcı etkisine ilişkin temel ilke pozitif hukukumuzda yeniden girmiş bulunmaktadır. Kanun, AO’nun butlanına karar verilemeyeceğini açıkça ifade etmiş ve fakat kanunda yazılı koşulların oluşması halinde; şirket aleyhine “fesih davası” ikame edilebileceğini hükme bağlamıştır. YTK’nın 2009/101/AT (68/151/AET) Direktifi’nin aksine fesih davasını tercih etmesinin sebebinin *ex nunc* etkiyi sağlamak olduğu ifade edilmiştir⁶⁵. Gerçekten de 2009/101/AT Direktifi butlandan söz etmiş olmasına rağmen; m. 13.3 hükmünde butlanın *ex nunc* etkili olduğunu açıkça ifade etmiştir.

YTK m. 353(1) hükmündeki “*Anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez*” düzenlemesine karşı, gerek tasarı aşamasında gerekse kanunlaştıktan sonra farklı yaklaşımlar söz konusudur. *Tekinalp*, söz konusu hüküm ile 68/151/AET Sayılı 1. Yönerge hükümleriyle uyum sağlandığı ve hükmün 559 Sayılı KHK ile kaldırılması büyük hata olan TK m. 299(5)’in bıraktığı boşluğu doldurduğunu ifade etmektedir⁶⁶. *Kendigelen* de, bu düzenlemenin AB müktesebatına uyum açısından zorunlu ve aynı zamanda hukuk güvenliğini sağlamak bakımından yararlı olduğunu ifade etmiş; ancak kanun sistematığı açısından maddenin yeri konusunda eleştiride bulunmuştur⁶⁷.

⁶³ 2009/101/AT Direktifi m. 12 ve m. 13.

⁶⁴ YTK’nın gerekçesinde; hükmün konuluş amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “Kuruluştan itibaren, aylarla ifade edilen çok kısa bir süre geçtikten sonra anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilememesi, tescilin her türlü hukukî sakathığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesidir. Bu ilkenin Türk Medenî Kanunu’nun 47’nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü dışında istisnası yoktur. *Türk Medenî Kanunu’nun 47’nci maddesinin ikinci fıkrasının anonim şirketlere uygulanması ise sorgulanabilir*. Bu sebeple, İsviçre Medeni Kanunu 52(3) hükmüne dayanılarak İsviçre doktrininde savunulan geçersizlik hallerini Türkiye’ye uygulamak, tartışılması gereken bir konudur.” Bkz. YTK m. 353 hükmününün madde gerekçesi.

⁶⁵ *Tekinalp*, s. 102.

⁶⁶ *Tekinalp*, s. 102.

⁶⁷ *Kendigelen*, *YTK Yenilikler*, s. 204.

YTK m. 353'deki fesih davası açısından; *ilk olarak*; şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmiş olmalıdır. TK m. 299(5) hükmünde “*şirketin kurulmasında kanun veya esas mukavele hükümlerine riayet olunmama*” düzenlemesi bulunmaktaydı. Ancak YTK'da “*kanun hükümlerine aykırı hareket etme*” şeklinde kapsam daraltılmıştır.

İkinci olarak; alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması gereklidir. Kanun, burada bahsedilen menfaatlerin “önemli bir şekilde”⁶⁸ tehlikeye düşürülmüş ya da ihlal edilmiş olmasını aramaktadır.

Üçüncü olarak, hükümde dava açabilecek kişiler *numerus clausus* olarak⁶⁹ sayılmıştır. Buna göre, fesih davasını ikame etmeye yetkili olanlar; şirket yönetim kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklı(lar) veya pay sahibi/sahipleridir. Burada sayılanların her birinin dava hakkı diğerlerinden bağımsız olarak kullanılabilir⁷⁰. Davada pasif husumet ise, AO tüzel kişiliğine yöneltilecektir⁷¹.

YTK m. 353(4) hükmünde davanın açılması gereken süre de gösterilmiştir. Buna göre m. 353 hükmünde düzenlenen fesih davası, üç aylık bir süreye bağlanmıştır. Kanun, sürenin, şirketin tescil ve ilanından itibaren işlemeye başlayacağını ifade etmiştir. Yine, söz konusu üç aylık sürenin “hak düşürücü süre” olarak belirlendiği de kanunda sarahaten belirtilmiştir.

Son olarak, fesih kararının etkisi üzerinde de durulmalıdır. YTK m. 353 hükmündeki dava, “fesih davası” olarak düzenlenmiştir. Bu fesih kararının, mahkeme tarafından verilmiş şirketin feshi kararı gibi sonuç doğuracağı ve şirketin tasfiyesini zorunlu kılacağı bizzat madde gerekçesinde ifade edilmiştir.

⁶⁸ Maddenin gerekçesinde “önemli” sözcüğünün hem menfaati hem de ihlali kapsadığı ifade edilmiştir. Bkz. YTK m. 353 hükmünün madde gerekçesi. Yani hem ihlal edilen menfaat “önemli” olmalıdır; hem de menfaate yönelik ihlal “önemli” derecede olmalıdır.

⁶⁹ Maddede fesih davasının davacılarının *numerus clausus* gösterildiği yönünde bkz. YTK m. 353 hükmünün madde gerekçesi.

⁷⁰ **Alışkan**, s. 135.

⁷¹ **Domaniç, Hayri**: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul 1988, s. 327; **Alışkan**, s. 137.

2. Yeni Türk Ticaret Kanunu Madde 353 ve Türk Medenî Kanunu Madde 47/II Hükümlerinin İlişkisi

YTK m. 353(1) hükmü; her ne koşulda olursa olsun, içerdiği hukuki sakatlık ne kadar büyük olursa olsun⁷² AO'nun butlanına karar verilemeyeceği intibainı yaratacak katılıktadır. Hükmün gerekçesinde, ilkenin TMK m. 47/II hükmü dışında istisnasının olmadığı ve TMK m. 47/II hükmünün AO'lara uygulanmasının ise sorgulanabileceği ifade edilmiştir. Şu hale göre YTK m. 353 ile TMK m. 47/II arasındaki ilişkinin ortaya konulması gereklidir⁷³.

Tekinalp'e göre, amacı en baştan ahlaka aykırı olan AO'lar hukuki açıdan bir tüzel kişidir ve haklarında dava açılıncaya kadar da tüzel kişiliklerini muhafaza etmeye devam edeceklerdir. Bu bir yokluk hali değil, butlan halidir. Zira aksini kabul, AO'nun tüm işlemlerinin de yok olduğunun her zaman açılacak bir davayla tespit edilmesi anlamına gelecektir⁷⁴. Bu konuda *Tekinalp*, "şahsiyet iktisap edememe" kavramını yokluk olarak değil, AO'nun tasfiyesini birlikte getiren özel butlan hali olarak değerlendirmektedir⁷⁵.

Bu konuda *Alışkan* tarafından da, TMK m. 47/II hükmünün AO'lar için de uygulanması gerektiğini ifade edilmiştir. Müellife göre, burada bir tescil söz konusu olması hasebiyle yokluk hali söz konusu değildir⁷⁶.

Akın da, bu husustaki mufassal bir çalışmasında, TMK m. 47/II hükmünün, TK m. 138'de atfı yapılan diğer TMK hükümlerine nazaran gerek kaleme alınış tarzı, gerek himaye ettiği hukuki menfaat açılarından emredici karakterde olduğunu ve tüm şirketler bakımından diğer emredici düzenlemelerle beraber birinci sırada uygulanması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷. Müellife göre, TMK m. 47 ve m. 54 hükümleri, tüzel kişilere ilişki en temel düzenlemelerin başında gelmektedir. Bu itibarla söz konusu maddelere açıkça atfı yapılmamış olması durumunda dahi, ilgili hükümlerin AO'lar için de uygulanması gerekecektir⁷⁸. Müellif,

⁷² *Tekinalp*, s. 102.

⁷³ Bu hususta geniş ve detaylı bilgi için bkz. *Akın, Murat Yusuf*: İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/II ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler, BATİDER, C. XXVI, Sa. 1, s. 175 vd.

⁷⁴ *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, No. 1545.

⁷⁵ *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, No. 1545.

⁷⁶ *Alışkan*, s. 148 vd.

⁷⁷ *Akın*, s. 206 vd.

⁷⁸ *Akın*, s. 207 vd.

TMK m. 47/II hükmünün AO'lara uygulanmasının tartışmalı olmadığını ifade etmektedir⁷⁹.

YTK m. 353(1) hükmündeki AO'nun butlanına veya yokluğuna karar verilemeyeceği kuralı ile TMK m. 47/II hükmündeki amacı hukuka ya da ahlaka aykırı kişi ve mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağı ilkesi nasıl telif edilecektir? Kanaatimizce bu hususta şu şekilde bir ayırım düşünülebilir:

Şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık süre içerisinde AO'nun amacının hukuka ve ahlaka aykırı olduğu kanaati söz konusu olursa, bu durumda iki maddenin telifi konusunda bir zorluk söz konusu olmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, YTK m. 353 hükmündeki “fesih davası” yoluyla şirketin feshi talep edilebilecektir. Bu kapsamda açılacak “fesih davası” *ex nunc* etki sağlayacaktır. Bu ihtimalde, gerek şirket işlemlerinin ve ilişkilerinin fazla olmaması ve gerekse davanın *ex nunc* etkisi, hukuk ve işlem güvenliği hususunda bir sorun yaratmayacaktır.

Ancak, AO'nun amacı şirketin tescilinden çok uzun bir süre sonra hukuka ve ahlaka aykırı hale gelmiş/getirilmiş ise; ya da başlangıçta amaç hukuka ve ahlaka aykırı olmakla birlikte bu durum YTK m. 353(4)'deki üç aylık süreden çok daha sonra tespit edilmişse durum ne olmalıdır? Zira bu ihtimalde üç aylık hak düşürücü süre geçmiş olduğundan, fesih davası açılması mümkün değildir. Bu durumda YTK m. 353(1) hükmü ile TMK m. 47/II hükmü nasıl telif edilecektir?

YTK m. 353 hükmü kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir. Her şeyden önce, bu husustaki AB şirketler hukuku müktesebatına uyum açısından 2009/101/AT Direktifi hükümlerinin iç hukuka aktarılması zorunluluğu bulunmaktadır. Diğer yandan hukuk ve işlem güvenliğinin gözetilmesi bakımından da isabetli bir hükümdür. Aksi takdirde, ticaret siciline tescil edilmiş, faaliyete başlamış, üçüncü şahıslarla hukuki münasebetlere girmiş, alacaklıları ve diğer menfaat sahipleri olan bir AO'nun sonradan ve geçmişe yönelik olarak sona erdirilmesi söz konusu olacaktır. Bu yöndeki bir kararın özellikle ticaret hukuku, sözleşmeler hukuku, iş hukuku ve eşya hukukunda yaratacağı kaotik ortamın, işlem güvenliği prensibine getireceği zarar son derece büyük olacaktır⁸⁰. Durum böyle olmakla birlikte, TMK m. 47/II hükmü AO'lara da uygulanacağına göre, nasıl bir çözüm tarzı benimsenmelidir? Zira amacı hukuka ve ahlaka

⁷⁹ Akın, s. 220 vd.

⁸⁰ Akın, s. 211.

aykırı kişi/mal topluluğunun söz konusu olması durumunda; bunun yaptırımı butlan olup, bu karar *ex tunc* etkili olacaktır.

YTK kanunlaşmadan önce, Tasarı aşamasında iken, değişik çözüm önerileri gündeme gelmiştir. Bu hususta, YTK m. 353(1) hükmünün ilk cümlesinin madde metninden çıkarılması önerilmiştir⁸¹. Ancak, düzenlemede ısrar edilmesi ihtimalinde maddede, butlan yaptırımının sonuçlarını ileriye etkili doğuracağı yönünde açık hüküm konulması da savunulmuştur⁸². Bütün bu öneriler reddedilerek, YTK m. 353(1) hükmünün ilk cümlesi mevcut haliyle yasalaştığına göre, buradan hareketle bir çözüme gidilmesi gereklidir.

Bu konuda, doktrinde *Akın* tarafından ileri sürülen ve tasfiyeye ilişkin hükümler bağlamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, TMK m. 47/II uyarınca amaçta hukuka ve ahlaka aykırılık tespit edildiğinde, TMK m. 54/III hükmünün⁸³ uygulanması düşünülmelidir. Zira TMK m. 47/II ile TMK m. 54/III arasında sebep-sonuç ilişkisi olduğu gibi⁸⁴; bu iki düzenleme tüzel kişilere ilişkin temel ve emredici düzenlemeler arasında yer alması hasebiyle –gerek TK bakımından, gerekse YTK bakımından-AO'lara da uygulanacaktır. Bu hususta, şirket pay sahipleri arasında bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki, şirketin amacının hukuka ya da ahlaka aykırı hale gelmesine sebebiyet veren pay sahipleri yönünden, tasfiye bakiyesinin TMK m. 54/III hükmü uyarınca kamuya intikal ettirilmesi yoluna gidilmelidir⁸⁵. Buna mukabil, hukuka ya da ahlaka aykırı amacı hiç bilmeyen ya da bu işlemlerden kaçınılması gerektiğini şirket içerisinde mahkeme veya STB gibi kamu otoriteleri nezdinde hukuki girişimde bulunanlar yönünden ise tasfiye bakiyesinin TK'daki genel hükümler dairesinde dağıtımı yapılmalıdır⁸⁶. Dolayısıyla, TMK m. 47/II hükmü ortaklıklar hukukunda da yürüyen bir kural olduğuna göre, amacı baştan hukuka ve ahlaka aykırı olan ya da pay sahiplerinin/organların

⁸¹ YTK m. 353(1) hakkında bu husustaki tartışmalar için bkz. **Türkiye Barolar Birliği**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008, s. 328 vd.; **Akın**, s. 221.

⁸² **Türkiye Barolar Birliği**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008, s. 667 vd.; **Akın**, s. 221.

⁸³ TMK m. 54/III hükmüne göre; "*Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her halde ilgili kamu kuruluşuna geçer.*"

⁸⁴ TMK m. 47/II hükmünün uygulanmasıyla birlikte, hükme bağlanan sonuçlar da kendiliğinden hukuk düzeninde etki göstereceğinden tasfiyeye ilişkin TMK m. 54/III hükmünün sebep-sonuç ilişkisi kapsamında uygulanacağı yönünde bkz. **Akın**, s. 212.

⁸⁵ TMK m. 47/II hükmü TK'nın tasfiyeye ilişkin düzenlemelerinde yer almamakla birlikte, "amir" ve "temel" bir hüküm olması nedeniyle AO'lar bakımından da ilk sırada uygulanacağı yönünde bkz. **Ahışkan**, s. 156; **Akın**, s. 213.

⁸⁶ Bu husustaki detaylı izahat için bkz. **Akın**, s. 213-214.

fiilleriyle daha sonradan bu duruma dönüşen bir AO hakkında tasfiyeye yönelik bir yaptırımın düşünülmesi en uygun çözüm olacaktır.

IV. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN 29.03.2010 TARİHLİ, 2008/12216 ESAS, 2010/3433 KARAR SAYILI KARARI

AO'nun butlanı konusunda tespit edebildiğimiz bir karar, Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 29.03.2010 tarihli, 2008/12216 Esas, 2010/3433 Karar sayılı karardır⁸⁷. Söz konusu karar, TMK m. 47/II hükmünün ticaret şirketlerine, özellikle de AO'lara uygulanmasına ilişkin nadir kararlarından biridir.

A. DAVA KONUSU MADDİ VAKIALAR

Dava, Rekabet Kurumu (davacı) tarafından, esas sözleşmesindeki bazı hükümlerin RK'ya⁸⁸ aykırı olduğu iddia edilen bir AO (Bi... A.Ş.) aleyhine ikame edilmiştir. Davaya takaddüm eden olaylar kısaca şu şekildedir: Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı kararıyla⁸⁹; *inter alia*, "Bi... A.Ş.'nin Ana Sözleşmesi'nde RK'ya aykırılık taşınması nedeniyle; 38'inci ve 39'uncu maddelerinin, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde sözleşmeden çıkartılmasına" karar verilmiştir⁹⁰. Davalı şirketin kendisine tanınan süre içerisinde karar gereklerini yerine getirmemesi nedeniyle Rekabet Kurulu, ikinci bir karar almıştır. Rekabet Kurulu'nun 06.11.2002 tarihli ve 02-68/821-333 sayılı ikinci kararıyla⁹¹ ise; "Bi... A.Ş.'nin ana sözleşmesindeki ilgili hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olması nedeniyle; oluşan hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla ve Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi uyarınca, dava açma yoluna gidilmesine"⁹² karar verilmiştir.

Davada Rekabet Kurumu, dava dışı B.B.D... A.Ş. ile Y... A.Ş.'nin gazete ve dergi dağıtım piyasası ve müşteri yayınlarını (kendi gruplarının çıkardığı yayınlara rakip olabilecek yayınları) kendi gruplarına ait yayınlardan daha farklı koşullarda dağıtabilmek amacıyla davalı Bi... A.Ş.'yi kurduklarını, Bi... A.Ş.'nin sahip olduğu imkânlar

⁸⁷ Karar için bkz. BATİDER, C. XXVI, Sa. 2, s. 339.

⁸⁸ Bkz. RG. 13.12.1994, Sayı: 22140.

⁸⁹ Rekabet Kurulu kararının tam metni için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar135.pdf>> (30.01.2012), ayrıca bkz. RG. 26.04.2001, Sayı: 24384.

⁹⁰ Rekabet Kurulu kararı (dn. 90), L.1.b numaralı paragraf, s. 51.

⁹¹ Rekabet Kurulu kararının tam metni için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar455.pdf>> (30.01.2012), ayrıca bkz. RG. 14.05.2003, Sayı: 25108.

⁹² Rekabet Kurulu kararı (dn. 92), K.3 numaralı paragraf, s. 15.

dikkate alındığında, amacı olan gazete ve dergi dağıtımını gerçekleştirmekten aciz olduğunu, Bi... A.Ş.'nin dağıtımı yapılacak olan yayınları kabul etmekten dahi aciz olduğunu, bu yayınların yayınevleri tarafından fiilen B.B.D... A.Ş. ve Y... A.Ş.'ye teslim edildiğini, B.B.D... A.Ş. ile Y... A.Ş. arasındaki rekabeti sınırlamaya devam edeceğini, söz konusu sınırlamanın yapısal bir sınırlama olduğunu, davanın kabulü ile Ana Sözleşmesinin 38 ve 39'uncu maddeleri ile 3'üncü maddesindeki kuruluş amacı RK'ya aykırı olan Bi... A.Ş.'nin butlanının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Bi... A.Ş. ise, Kurumun idari nitelikteki kararlarının da yargı denetiminde olduğunu; davacı Kurumun, şirketin butlanının istenilmesine ilişkin 06.11.2002 tarihli ve 02-68/821-333 sayılı kararının iptali için Danıştay nezdinde iptal davaları ikame edildiğini; davaların tekemmül aşamasında olduğunu; söz konusu davalarda davacı Kurumun işleminin iptali yönünde karar verilmesi halinde bu davanın konusuz kalacağını iddia ederek, iptal davalarının bekletici mesele yapılmasını ve neticeten davanın reddini talep etmiştir.

B. YEREL MAHKEME KARARI VE YARGITAY AŞAMASI

Davaya bakan Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından tesis edilen kararda⁹³; davanın davalı şirketin ana sözleşmesinin butlanının tespiti istemine ilişkin olduğu, Rekabet Kurulu kararıyla davalı şirketin ana sözleşmesinin 3, 38 ve 39'uncu maddelerinin RK'ya aykırı olduğunun karar altına alındığı, bu kararın idari yargı sürecinden geçerek kesinleştiği belirtilmiştir. Akabinde davalı şirketin ana sözleşmesinin mezkûr maddelerinin RK'ya aykırı olduğunun açık ve sabit olduğu ifade edilmiştir. Bu aykırılığın müeyyidesinin de Türk Medenî Kanunu m. 47/2 maddesinde öngörülen "*amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz*" hükmü ile Borçlar Kanunu m. 19/2 hükmü olduğu ifade edilmiştir. Yine Borçlar Kanunu'nun m. 20/2 hükmünde sözleşmenin şartlarının bir kısmının butlanı halinde akdin tamamının geçersiz olacağı; fakat bunlar olmaksızın akdin yapılamayacağı açık olan hallerde sözleşmenin bütünüünün geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalı şirketin ana sözleşmesinin 3, 38 ve 39'uncu maddelerinin 5054 Sayılı RK'ya aykırı olduğu ve bu aykırılığın ana

⁹³ Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 18.06.2008 tarihli, 2007/96 E., 2008/230 K. sayılı kararı. Karar için bkz. BATİDER, C. XXVI, Sa. 2, s. 340-342.

sözleşmenin tamamını geçersiz kılacak nitelikte olduğu belirtilmiştir. Mahkeme tarafından yapılan yargılama neticesinde; davanın kabulüne, davalı şirketin ana sözleşmesinin 38, 39'uncu maddeleri ile 3'üncü maddesindeki kuruluş amacı RK'ya aykırı olan Bi... A.Ş.'nin butlanının tespitine karar verilmiştir.

Mahalli mahkeme kararının temyizi üzerine Yüksek Yargıtay 11. HD tarafından yapılan temyiz incelemesi üzerine, yargılama gideri yönünden 4 numaralı hüküm fıkrasının düzeltilmesine ve neticeten kararın düzeltilmiş durumu ile onanmasına karar vermiştir. Sonuç itibariyle hüküm temyiz denetiminden geçmiş olup, Yargıtay tarafından mahalli mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir.

C. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda zikredilen mahalli mahkeme kararı, davacı Rekabet Kurumu vekili tarafından, davacının yaptığı yargılama giderlerinin eksik hesaplandığı gerekçesiyle bu yönden temyiz edilmiştir. Davalı şirketin butlanının tespitine dair karara karşı, davalı tarafından temyiz başvurusuna dair bir ibare, Yargıtay ilamında yer almamaktadır. Ancak, karar tarihi itibariyle meri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ("HUMK") m. 435/I, "*Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir*" hükmünü amirdir. Bu çerçevede, mahalli mahkeme kararının davalı şirketin butlanının tespitine dair hüküm fıkrası da temyiz denetiminden geçerek oybirliği ile onandığından; Yargıtay tarafından mahalli mahkeme kararında herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilmediği kabul edilmelidir. Söz konusu karar aşağıdaki başlıklarda değerlendirilecektir. Karar, TK döneminde verilmiş olduğundan; karar tarihindeki mevzuat hükümleri nazara alınarak değerlendirme yapılacaktır.

1. Şirketin Butlanına Karar Verilip Verilemeyeceği Yönünden

Mahkeme tarafından, ana sözleşmesinin 38 ve 39'uncu maddeleri ile 3'üncü maddesindeki kuruluş amacının RK'ya aykırı olduğu tespit edilen Bi... A.Ş.'nin "*butlanının tespitine*" karar verilmiştir. Mahkemenin kararına hukuki gerekçe olarak, BK m. 19 ve m. 20 hükümleri ile TMK m. 47/II hükmünün gösterildiği anlaşılmaktadır. Kararın verildiği dönem itibariyle TK hükümlerinde AO'nun butlanı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla yapılacak değerlendirmede, kararın verildiği tarihteki TK hükümleri nazara alınmalıdır.

Kanaatimizce, TK’da m. 299(5) hükmünde “Tasdik edilen bir şirketin sonradan butlanı iddia edilemez” düzenlemesinin yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen; TK’nın yürürlükte olduğu dönem itibariyle de AO’nun butlanına karar verilememesi gerekir. Her şeyden önce doktrinde de isabetle ifade edildiği üzere⁹⁴; butlan (BK m. 20), sözleşmeler hukukuna özgü bir yaptırımdır. Her ne kadar şirket kavramının temelinde de bir akdî ilişki bulunsa da; şirket ilişkisi, akit unsurunun yanı sıra; kişi, sermaye, müşterek gaye ve *affectio societatis* unsurlarını da bünyesinde barındıran bir müessesedir. Dolayısıyla, sözleşmeler hukukuna özgü butlan müeyyidesi, tüzel kişi olan AO ile bağdaşmaz.

AO’nun butlanı iddia edilemeyeceğinden; bu durumda tasfiyeye ilişkin hükümler bağlamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, TMK m. 47/II uyarınca amaçta hukuka ve ahlaka aykırılık tespit edildiğinde, TMK m. 54/III hükmünün uygulanması düşünülmelidir. Yukarıda detaylı olarak ifade edildiği üzere, şirket pay sahipleri arasında bir ayırım yapılarak; amacın hukuka/ahlaka aykırı hale gelmesine sebebiyet veren pay sahipleri yönünden, tasfiye bakiyesinin TMK m. 54/III hükmü uyarınca kamuya intikal ettirilmesi, diğerleri yönünden ise tasfiye bakiyesinin TK’daki genel hükümler dairesinde dağıtımı yapılmalıdır.

Kaldı ki, davalı şirkete ilişkin sicil kayıtlarına bakıldığında; şirketin 1996 yılında kurularak tescil ve ilan edildiği⁹⁵ anlaşılmaktadır. Şu hale göre; şirketin tescil ve ilanının üzerinden 10 yıldan fazla bir zaman geçmiş, bu zaman zarfında şirket üçüncü kişilerle işlemlerde bulunmuştur. RK’nın 1994 yılında yürürlüğe girdiği de göz önüne alındığında; tescil ve ilanının üzerinden bu kadar uzun süre geçen bir şirketin “butlanına” ya da “tüzel kişilik kazanamadığına” karar verilmesi, hukuk ve güvenliği açısından uygun bir çözüm tarzı değildir. Ayrıca bu yaklaşım, şirket alacaklıları ve pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması bakımından da olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu durumda adilane çözüm tarzı, yukarıda anılan tasfiye süreci olacaktır.

2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a Aykırılığı İddia Edilen Ana Sözleşme Hükümleri Yönünden

Mahkeme; Rekabet Kurulu’nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı kararıyla davalı şirketin ana sözleşmesinin 3, 38 ve 39’uncu

⁹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, No. 497a.

⁹⁵ Bkz. Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, 28.05.1996 tarihli ve 4046 Sayılı nüsha, s. 341 vd.

maddelerinin RK'ya aykırı olduğunun karar altına alındığı, bu kararın da idari yargı sürecinden geçerek kesinleştiği gerekçesine istinat etmiştir.

Yerel Mahkemece de belirtildiği üzere; Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı kararına karşı idari yargı mercilerinde iptal davası ikame edilmiştir. Ancak, karara karşı açılan davada Danıştay 10. Dairesi; 09.07.2002 tarihli, 2002/873 E., 2002/2685 K. sayılı kararı⁹⁶ ile davayı süre yönünden reddetmiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin ret kararına yönelik temyiz istemi de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 11.03.2004 tarihli ve 2003/401 E., 2004/309 K. sayılı kararı⁹⁷ ile reddedilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 30.12.2004 tarihli ve 2004/2594 E., 2004/2062 K. sayılı kararı⁹⁸ ile de karar düzeltme isteminin reddine karar verilerek dosya kesinleşmiştir.

Yukarıda anılan kararların incelenmesinden; idari yargıda açılan davanın safahattan geçerek, kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan söz konusu kararın kesin hüküm teşkil ettiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak burada, davanın süre yönünden reddedildiği hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Bir başka anlatımla, davalı şirketin ana sözleşmesinin 3, 38 ve 39'uncu maddelerinin gerçekten de RK'ya aykırı olup olmadığı konusunda davanın esası, idari yargı merciince incelenememiştir. Bu durumda Yerel Mahkemece, söz konusu ana sözleşme maddelerinin RK'ya aykırı olup olmadığı hususu ayrıca incelenmemiş; idari yargıda usulden reddedilerek kesinleşen karara atıf yapılmıştır.

Kaldı ki, davalı Bi... A.Ş., 2004 yılında bu hususta bir esas sözleşme tadili de yapmıştır. Gerçekten de, Bi... A.Ş.'nin 07.09.2004 tarihinde icra edilen olağan genel kurul toplantısında; şirket esas sözleşmesinin 3, 38 ve 39. maddeleri tadil edilmiştir. Bu kapsamda, "Amaç ve Kapsam" başlıklı 3. madde yeniden kaleme alınmış; "Rekabet Yasağı" başlıklı 38. madde ile "Uygulanacak Tarife" başlıklı 39. maddesi esas sözleşme metninden tamamen çıkarılmıştır⁹⁹. Esasen, Rekabet Kurulu'nun 17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı kararında da; ana sözleşmenin 3. maddesinin kararda belirtilen esaslar çerçevesinde yeniden düzenlenmesi, 38 ve 39. maddelerin de tamamen çıkarılması talep edilmiştir. Dolayısıyla, bu

⁹⁶ Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat423.pdf>> (30.01.2012)

⁹⁷ Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat1892.pdf>> (30.01.2012)

⁹⁸ Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat33.pdf>> (30.01.2012)

⁹⁹ Bu konuda, unvan değişikliği ve esas sözleşme tadilini de içeren olağan genel kurul toplantısındaki kararlar için bkz. Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, 30.09.2004 tarihli ve 6147 Sayılı nüsha, s. 619-620.

durumda davalı şirket tarafından yapılan esas sözleşme tadilinin, Rekabet Kurulu tarafından tesis edilen karar gereklerini karşılayıp karşılamadığının tartışılması gereklidir. Ancak, karar metninden anlaşıldığı kadarıyla; davalı şirketin yaptığı esas sözleşme tadilinin Rekabet Kurulu kararında talep edilen hususları karşılayıp karşılamadığı Yerel Mahkemece tartışılmamıştır.

Son olarak, Yerel Mahkeme huzurundaki butlan davası ikame edilmeden önce; Ticaret Mahkemesi tarafından 06.03.2006 tarihi itibarıyla davalı Bi... A.Ş.'nin iflâsına karar verilmiş ve iflâs dairesi tarafından tasfiye işlemlerine başlanılmıştır¹⁰⁰. Tasfiye işlemlerinin tamamlanmasının akabinde, Ticaret Mahkemesi tarafından verilen 25.11.2008 tarihli kararlar İcra ve İflâs Kanunu ("İİK") m. 254 hükmü uyarınca iflâsın kapatılmasına hükmedilmiştir¹⁰¹. Dolayısıyla davanın açıldığı tarihte şirketin iflâsına karar verildiği; karar tarihi itibarıyla de iflâs ve tasfiye sürecinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

Dava tarihi itibarıyla meri TK m. 439/II hükmünde; tasfiye haline giren şirketin tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini muhafaza edeceği ve bu aşamadan sonra ehliyetinin tasfiye gayesiyle sınırlı olacağı hükme bağlanmıştır. Davanın açıldığı tarih itibarıyla, davalı Bi... A.Ş. tasfiye sürecine girmiş bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra, esasen davalı şirketin tasfiye amacı dışında bir faaliyeti söz konusu olamayacağından; RK'ya aykırı herhangi bir tasarrufta bulunması da hukuken mümkün değildir. Tasfiye sürecinin hitamında, zaten şirketin tüzel kişiliği ortadan kalkacaktır.

3. Rekabet Kurumu'nun Dava Açma (Aktif Dava) Sıfatı Yönünden

İncelemeye konu dava; Rekabet Kurumu tarafından, Rekabet Kurulu'nun 06.11.2002 tarihli ve 02-68/821-333 sayılı kararına istinaden ikame edilmiştir. Söz konusu kararda RK'nın 27. maddesinin (a) bendi uyarınca, dava açma yoluna gidilmesi kararlaştırılmıştır. Bu sebeple, Rekabet Kurumu'nun böyle bir davada aktif dava ehliyeti üzerinde de durulmalıdır.

Rekabet Kurulu'nun 06.11.2002 tarihli ve 02-68/821-333 sayılı kararına karşı, davalı Bi... A.Ş. tarafından idari yargı yoluna başvurulmuş ve

¹⁰⁰ Davalı şirket hakkında iflâsın açıldığına dair ilan için bkz. Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, 15.03.2006 tarihli ve 6513 Sayılı nüsha, s. 263.

¹⁰¹ İflâsın kapatıldığına dair ilan için bkz. Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, 12.12.2008 tarihli ve 7205 Sayılı nüsha, s. 280.

kararın iptali talep edilmiştir. İptal istemi, *inter alia*, RK'nın 27/a maddesinin Rekabet Kurumu'na iptal davası açma yetkisi vermediği gerekçesine dayandırılmıştır.

Yargılama sonucunda Danıştay 13. Dairesi'nin 31.05.2005 tarihli, 2005/89 E., 2005/2850 K. sayılı kararında¹⁰² “...[K]amu tüzel kişisi olan Rekabet Kurumu'nun Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan bir anonim şirketin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğu belirtilen ana sözleşmesindeki hükümlerin iptali istemiyle açılacak bir davada; Kurum'un 4054 sayılı Kanun'un 27/a maddesi kapsamında böyle bir davayı açıp açamayacağına adli yargı yerince değerlendirilmesinin mümkün olması karşısında, işlemin bu kısmının idari yargıda dava konusu edilebilecek bir işlem niteliğinde bulunmadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararın diğer muhatapları B.B.D... A.Ş. tarafından açılan davada Danıştay 13. Dairesi'nin 19.04.2005 tarihli, 2005/92 E., 2005/2123 K. sayılı¹⁰³ ve Y... A.Ş. tarafından açılan davada Danıştay 13. Dairesi'nin 19.04.2005 tarihli, 2005/88 E., 2005/2122 K. sayılı¹⁰⁴ kararlarda da aynı gerekçeyle davalar reddedilmiştir. Söz konusu kararlarda Danıştay, Rekabet Kurumu'nun bu konuda dava açma yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunun adli yargı mahkemelerinde tartışılması gerektiğini içtihat etmiştir.

326

Yerel Mahkeme kararından anlaşıldığına göre, Rekabet Kurumu'nun böyle bir davayı açıp açamayacağı, başka bir ifadeyle bu dava yönünden aktif dava ehliyetinin olup olmadığı davada tartışılmamıştır. Yargılama sonucunda “*davanın kabulüne ve davalı Bi...A.Ş.'nin butlanının tespiti*” karar verildiğinden; davada Rekabet Kurumu'nun dava açma hakkı bulunduğu hususunun Mahkemenin kabulünde olduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda Yerel Mahkeme, BK m. 19 ve m. 20 hükümlerinden hareket ederek “butlan” yaptırımını uyguladığından, Kurumun davacı sıfatının varlığını kabul etmiştir.

Rekabet Kurumu'nun bu şekilde bir dava ikame etme yetkisinin olup olmadığının tartışılmasından önce; kısaca, kurumun Türk idare teşkilatı içerisindeki yerine değinilmelidir. Rekabet Kurumu, bağımsız idari otorite, bir diğer ifadeyle düzenleyici ve denetleyici kurum, niteliğindedir. 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanunu¹⁰⁵ m.

¹⁰² Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat2070.pdf>> (30.01.2012)

¹⁰³ Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat1884.pdf>> (30.01.2012).

¹⁰⁴ Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dk/safahat885.pdf>> (30.01.2012).

¹⁰⁵ Bkz. RG. 24.12.2003, Sayı: 25326.

3(c) hükmünde ve Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde bu tür düzenleyici ve denetleyici kurumlar liste halinde sayılmıştır. Bunlar; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'dur.

Rekabet Kurumu, incelemeye konu davaya takaddüm eden kararında; RK m. 27(a) uyarınca, dava açma yoluna gidilmesine karar vermiştir. RK m. 27 hükmünde Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri sayılmıştır. Ancak m. 27(a) hükmünde ya da Kanun'un başka bir maddesinde; Kurul'a ana sözleşmesi kanuna aykırı bir şirket aleyhine butlan davası açma yetkisi tanındığına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. RK m. 27(a) hükmünde Kurul'un; inceleme, araştırma ve soruşturma yapabileceği; ihlalin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alacağı ve nihayet ihlalden sorumlu olanlara idari para cezaları uygulayacağı düzenlenmiştir. Kanunda yer alan "*gerekli tedbirler*" kavramı; şirket aleyhine butlan davası açma yetkisini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır.

Öte yandan, bir AO, kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulabilmektedir[TK m. 271/I, YTK m. 331(1)]. Bu durumda, faaliyetinin nev'ine göre, bir AO'nun -Sanayi ve Ticaret Bakanlığı dışında- yukarıda anılan bir veya birden fazla düzenleyici ve denetleyici kurum ile ilişkide olması kaçınılmazdır. Söz gelimi, halka açık bir AO, Sermaye Piyasası Kurulu'nun; telekomünikasyon alanında iştigal eden bir AO, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun; bankacılık alanında faaliyet gösteren bir AO, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun denetimi ve gözetiminde olacaktır. Bu durum, her düzenleyici ve denetleyici kurumun kendi mevzuatına tabi AO'lar bakımından geçerlidir. Zira bu alanlarda iştigal eden şirketlerin, yukarıda anılan bağımsız idari otoriteleri ile izin, ruhsat, lisans vs. ilişkileri olduğu gibi; bu şirketler, bir anlamda, söz konusu kamu otoritelerinin gözetimi ve denetiminde faaliyet göstermektedir. Rekabet Kurumu'nun bu tür bir dava hakkı olduğunun kabulü halinde, bu hakkın tüm bağımsız idari otoritelere teşmil edilmesi gerekir ki; böyle bir yorum ve uygulama, işlem güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz. Aksi takdirde, bu tür bağımsız idari otoritelerin denetimine tabi AO'lar; her an kanuna aykırılık nedeniyle butlan iddiası ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu açıdan ve yukarıda

belirtilen sebeplerden ötürü YTK m. 353 ile getirilen düzenleme isabetli olmuştur.

SONUÇ

AO'nun ticaret siciline tescilinden sonra butlanının ileri sürülememesi, sicilin onarıcı etkisini ifade etmektedir. Bu ilkenin pozitif hukukumuza yansımaları, zaman içerisinde değişiklikler göstermiştir. TK'nın m. 299(5) hükmündeki tasdik edilen bir şirketin sonradan butlanının iddia edilemeyeceği yönündeki düzenleme 559 Sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, YTK ile ilke yeniden pozitif hukuka girmiş bulunmaktadır. Buna göre, AO'nun butlanına ya da yokluğuna karar verilemez; koşulları var ise, YTK m. 353 hükmünde düzenlenen fesih davası söz konusu olabilir.

Şirketin butlanı, Avrupa Birliği şirketler hukuku müktesebatında 2009/101/AT Direktifi m. 11 ila 13 hükümlerinde (21.10.2009 tarihinden önce, 68/151/AET Direktifi m. 10 ila 12) düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerde; butlana ancak bir mahkemenin karar verebileceği ifade edilmiş; butlan sebebi teşkil eden haller de *numerus clausus* olarak sayılmıştır. Ayrıca, mahkemece verilecek butlan kararının *per se*, şirket tarafından veya şirkete karşı üstlenilmiş herhangi bir taahhüdün geçerliliğini etkilemeyeceği ve nihayet ilgililerin mahkeme kararının ilanından itibaren 6 aylık sürede butlan kararına itiraz edebileceği de düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

Akın, Murat Yusuf: İsviçre Hukuku Örneğinde Türk Medeni Kanunu Madde 47/II ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Madde 353 Üzerine Düşünceler, BATİDER, C. XXVI, Sa. 1, s. 175-227.

Alışkan, Murat: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.

Bahtiyar, Mehmet: Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001.

Bilge, Mehmet Emin: Ticaret Sicili, İstanbul 1999.

Cahn, Andreas/Donald, David C.: Comparative Company Law-Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA, Cambridge University Press 2010.

Craig, Paul/de Búrca, Grainne: EU Law–Text, Cases and Materials, 4th Edition, Oxford University Press, 2008.

Davies, Paul L.: Gower and Davies’ Principle of Modern Company Law, 7th Edition, Sweet & Maxwell, London 2003.

Domaniç, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-II, İstanbul 1988.

Drake, Joseph H.: Consideration v. Causa in Roman–American Law, Michigan Law Review Vol. 4, Sa. 1, s. 19 vd.

Drury, Robert R.: Nullity of Companies in English Law, Modern Law Review 1985, Vol. 48, s. 644 vd.

Edward, David: Corporations and The Court, (in) Corporate Law: European Dimension, Butterworth Londra 1991.

English, Richard D.: Company Law in the Single European Market, Brigham Young University Law Review, Vol. 1990, No: 4, s. 1413 vd.

Enriques, Luca: EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are They?, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 27, Sa. 1, 2006, s. 1 vd.

Geens, Koen/Hopt, Klaus J.: The European Company Law Action Plan Revisited–Reassessment of the 2003 Priorities of the European Commission, Leuven 2010.

Glaser, Aabram: Doctrine of Consideration and the Civil Law Principle of Cause, Dickinson Law Review, Vol. 46, Sa. 1, 1941, s. 12 vd.

Habersack, Mathias: Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, München 2006.

Hicks, Andrew/Goo, S. H.: Cases & Materials on Company Law, 6th Edition, Oxford University Press 2008.

Hinton, Eric F.: Strengthening the Effectiveness of Community Law: Direct Effect, Article 5 EC, and the European Court of Justice, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 31, Sa. 2-3, 1999, s. 307 vd.

Hopt, Klaus J./Wymeersch, Eddy: European Company and Financial Law - Texts and Leading Cases, 3rd Ed., Oxford University Press 2004.

Hunter, Rod/Muylle, Koen J.: European Community Deskbook, 2nd Ed., Washington 1999.

İmregün, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), 13. Bası, İstanbul 2005.

Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticarî İşletme, Ankara 1968.

Kendigelen, Abuzer: Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl Makalelerim, İstanbul 2001, s. 285 vd. (*Kuruluş*)

Kendigelen, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu - Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011. (*YTK Yenilikler*)

Koç, Nevzat: Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1981, Sa. 2, s. 127 vd.

Lefter, Cornelia/Dimitru, Ovidiu Ioan: Theoretical and Practical Aspects Regarding the Nullity of Commercial Companies, Theoretical and Applied Economics, 2009, Vol. 11, s. 33 vd.

Lorenzen, Ernest G.: Causa and Consideration in the Law of Contracts, Yale Law Journal Vol. 28, No.7, 1918-1919, s. 621 vd.

Maggio, Richard: Accession to the European Economic Community: The Harmonization of Spanish Corporation Law, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 5, Sa. 2, 1981/1982, s. 443 vd.

Omar, Paul J.: Powers, Purposes and Objects: The Protracted Demise of the Ultra Vires Rule, Bond Law Review: Vol. 16, Sa.1, s. 93 vd.

Pasa, Barbara/Benacchio, Gian Antonio: The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe: A Guide to European Private Law, Central European University Press, Budapeşte 2005.

Pernazza, Federiko: Corporations and Partnerships in Italy, Kluwer Law International 2010.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2010.

Saenger, Ingo: Recent Developments in European Company and Business Law, *Deakin Law Review*, Vol. 10, Sa. 1, 2005, s. 297 vd.

Saunders, O.O.R.: Marleasing - A Fatal Blow to the Rule of Construction, *European Business Law Review*, Vol. 3, 1992, s. 339 vd.

Sealy, Len/Worthington, Sarah: *Cases and Materials in Company Law*, 8th Ed., Oxford University Press 2008.

Stuyck, Jules/Wytinck, Peter: Case C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Judgment of 13 November 1990 (Sixth Chamber), *Common Market Law Review* 1991, Vol. 28 Sa. 1, s. 205 vd.

Tekinalp, Ünal: *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2011.*

Türkiye Barolar Birliği: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Ankara 2008.*

Ülgen, Hüseyin: *Türk Hukukunda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından Uygulama), İstanbul 2005.*

van Gerven, Walter: *Case-Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law, European Review of Private Law, Vol. 3, Sa. 2 (1995), s. 371 vd.*

Walton, Clifford Stevens/Ponce de Leon, Nestor: *The Spanish Civil Code in Force in Spain, Cuba, Puerto Rico, and the Philippines, Havana 1899.*

Wooldridge, Frank: *Harmonization of Company Law: The First and Second Directives of the Council of Ministers of the European Economic Community, Acta Juridica, Vol. 1978 s. 327 vd.*

Wymeersch, Eddy: *Company Law in Europe and European Company Law, Financial Law Institute Working Paper No. 2001-06, Gent 2001.*

Yıldız, Burçak: *AT ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Şirketlerin Ehliyeti ("Ultra Vires" İlkesi), BATİDER 2006, C. XXIII, Sa. 3, s. 185 vd.*

Yıldız, Şükrü: *Avrupa Topluluğu'nun Kamuyu Aydınlatmaya İlişkin 9 Mart 1968 Tarih ve 68/151/EEC Sayılı Bir No.'lu Şirketler Hukuku Konsey Yönergesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, Sa. 1, 1999, s. 275 vd.*

