

Çıkmaya Katılma¹

Ünal TEKİNALP*

I. Genel Olarak

Çıkmaya katılma, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("YTK") limited ortaklıklar ("LO") hukukuna getirdiği bir yeniliktir. Temellerini bir taraftan eşit işlem ilkesiyle (YTK m. 627), bir hakkın kötüye kullanılamayacağı kuralında (MK m. 2.2), diğer taraftan da, usul-dava ekonomisini sağlama anlayışında bulan bu kurum, 2005 tarihli "limited ortaklıklar hukuku reformu"² ile İsv. BK'nın 822a. maddesinde yer almış, oradan da YTK'nın 639. maddesiyle Türk limited ortaklıklar hukukuna girmiştir.

YTK'nın 639. maddesine göre, bir ortak, ortaklık sözleşmesindeki hükme dayanarak çıkma isteminde bulunmuş veya haklı sebepler dolayısıyla çıkma davası (YTK m. 638) açmışsa aynı konumda bulunan diğer ortakların da çıkma isteminde bulunma ve çıkma davasına katılma hakkı vardır. Bu suretle, çıkma talebinde bulunan veya davaya katılan ortaklar –kanunî ve sözleşmesel şartlar gerçekleşirse- birlikte çıkarlar; tüm ortaklar bu başvuruyu yapmış davaya katılmışlarsa feshedilebilir.

Çıkmaya katılma, talep usulünden sürelerle, çıkmadan vazgeçmeye; müdürlerin sorumluluklarından eşit işlem ilkesinin uygulanmasına, nihayet ortaklığın feshine kadar çeşitli sorunu içerir.

* Prof Dr. Ünal Tekinalp - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku E. Öğretim Üyesi

¹ Konu ile ilgili seçilmiş kaynaklar: Peter Böckli/Peter Fostmoser/Jean-Marc Rapp (1977), *Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29 November 1996 für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (Zürich), 41 ve 89; Lukas Handschin/Christof Truniger (2006), *Die neue GmbH, 2., Vollständig neue bearbeitete Auflage*, (Zürich, Basel, Genf); Markus Pfenniger (2009), *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht 2. Auflage*, (Hrsg. Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf), Zürich, (Kısaltma: OFK/(Pfenniger); Christoph Stäubli (2008), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage* (Hrsg. Honsell/Vogt/Watter), Basel, (Kısaltma: BaslerKomm/Stäubli). Ünal Tekinalp (2011), *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Bası, İstanbul § 21, N. 42.

² İsviçre'de "limited ortaklıklar reformu" diye anılan İsviçre Borçlar Kanununu (İsv. BK) değiştiren 16 Aralık 2005 tarihli kanun 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile sadece limited ortaklıklar köklü bir değişikliğe uğramakla kalmamış, aynı zamanda İsv. BK'nın anonim ortaklıklara, kooperatiflere, ticaret siciline ve ticaret unvanına ilişkin hükümlerinde de uyarlamalar yapılmıştır.

II. Hükümün Öngörülme Amacı

Çıkmaya katılma hükmünün öngörülme sebeplerinden biri çıkmamanın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılmasına engel olmaktır. Bu sebeple kurumun temeli MK m. 2'ye dayanır. Çıkma, bir ortağın ortaklıkta kalmasının çekilmez hale gelmesi, ona zarar vermesi veya benzeri sakıncalara ve sıkıntılara yol açması hallerinde, ortağa bu olumsuz durumlardan kurtulması için tanınmış bir haktır. Ancak, bu hak artniyetle, ortaklıktan veya ortaklardan menfaat veya taviz elde etmek amacıyla kullanılırsa hem diğer ortaklara hem de LO'ya zarar verir.

Bir diğer açıdan bakışla, çıkma ile LO, ortağın kişisel katkılarından yoksun kalması yanında finansal olarak da zayıflar. Ayrılma payı ne kadar büyükse tahribat da o derecede büyük olur. Çünkü, ayrılan ortağa, ayrılma akçesiyle sonuçta malvarlığından ödeme yapılır, yani ortaklığın işletme konusunun elde edilmesi için kullanılacak olan kaynak çıkmaya tahsis edilmiş olur. YTK sisteminde ayrılma akçesi önce, *kullanılabilir özkaynaktan* verilir (YTK m. 642.1). Böyle bir fon mevcut değilse veya çıkan ortağın ayrılma akçesini ödeyip alabilecek bir ortak veya üçüncü kişi bulunamıyorsa, sermaye azaltılması yoluna giderek itfa karşılıkları kullanılır (YTK m. 519.1, lit a). İtfa karşılığı yok veya yetersizse, bir kısım varlıkların satılması gerekebilir³. Bu mümkün değilse, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı, LO'ya karşı bütün alacaklardan sonra gelen bir alacağa dönüşür⁴. Fakat bu alacağın bir özelliği vardır. YTK m. 642 (3), c.2 uyarınca, söz konusu alacak *"yıllık raporda kullanılabilir öz kaynak tutarının tespiti ile muaccel hale gelir"*. Yani, bir bilanço kârının varlığı halinde bu kâr dağıtılmaz. Yedek akçeye ayrılamaz, bir zorunluluk halinde ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmının kapatılmasına tahsis edilir. Yıllık kâr, ayrılma akçesi ödenmeyen ortak bakımından bir alacak olduğu için ortak tarafından haczettirilebileceği gibi ortağın alacaklısı tarafından da haczettirilebilir. Gerçekte var olmasına rağmen, müdür veya müdürler kurulu kullanılabilir öz varlığı yıllık rapora yazmadıkları takdirde, denetçi ya bu tutarı yıllık rapora yazdırmalı ya da buna rağmen yıllık raporda yer almamışsa, denetleme raporunda konuya yer

³ Tekinalp (2011), dn. 1'de anılan kitap, § 21, N. 54 ve 56.

⁴ Bu alacağa faiz yürütülmeyeceği 642. maddeye ilişkin gerekçede belirtilmiştir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 1/324, 23. Dönem, TBMM S Sayısı, 96 (Kısaltma: Gerekçe).

vermelidirler (YTK m. 635, 397.1, 398.1). Aksine hareket halinde hem müdürler (YTK m. 644.1, lit. a, 553) hem de denetçi (YTK m. 644.1, lit. a, 554) sorumludur. Kullanılabilir öz varlık yıllık faaliyet raporunda gösterilmemiş fakat denetçi raporunda belirlenmişse YTK m. 642 (3) uyarınca gene muaccel hale gelir. Çünkü anılan madde sermaye azalmasında öz kaynak tutarını belirleme görevini işlem denetçisine vermiştir (YTK m. 642.2).

Bu izahat çıkmanın LO'nun malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerini açıkça ortaya koymaktadır. İşte çıkmaya katılmanın işlevi bu noktada anlaşılır. Çıkma teşebbüsü bir zorunluluktan doğmuyor, fakat bir ortağın dayattığı görüşlerini başarıya ulaştırmak, kullanılabilir bir özkaynağa el koymak veya ortaklığın sıkışık durumundan bir an önce kurtulmak gibi art niyetiyle yapılıyorsa, diğer bir veya birkaç ortak, hatta bütün ortaklar çıkmaya katılarak bu oyunu bozabilir. İsviçre'de çıkmaya katılma hükmünü öneren uzmanlar, reform tasarısının gerekçesinde, bu kurumun LO'nun güç durumunda olduğu bir dönemde çıkmanın cazibesini yok edeceğine işaret etmişlerdir⁵.

YTK'nın 639 (3) uyarınca, çıkmaya katılan ortaklar LO'nun kaynaklarından, esas sermaye payları oranında eşit olarak yararlanırlar. Bu hükümle çıkmaya katılma kurumunun başka bir amacı, net bir şekilde anlaşılmaktadır⁶. Aynı amaç 639. maddenin gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: "Bu suretle arzu eden ortak kendisine eşit işlem yapılmasını talep edebilecektir"⁷. YTK'nın 579. maddesi sebebiyle emredici niteliği tartışılmaz olan 639 (3) hükmünün aksine LO sözleşmesinde bir düzenleme yapılamaz ve ayrılma akçesinin ödenmesinde çıkma talebinde önce bulunan ortağın mezkûr kaynaklardan öncelikle yararlanacağı şeklindeki yorumlar da geçersizdir. Hüküm bazı esas sermaye paylarına böyle bir öncelik tanınması şeklindeki imtiyaz tanınmasına (YTK m. 576.1, lit. A) veya başka bir şekilde kanunun dolanılmasına engel olur.

Çıkmaya katılma ayrıca ortaklar arasında uzlaşmaya zemin hazırlayabilir. Çünkü çıkmak isteyen ortağa karşı, uzlaşma ve bir çözüm arayışında olan ortakların

⁵ Bkz. Böckli/Forstmoser/Rapp (1997), 88.

⁶ Bu amaç mehzaz hükmün gerekçesinde sarahaten belirtilmiştir: *Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht) sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht* vom 19 Dezember 2001, 3221.

⁷ 639. maddenin gerekçesine bkz.

müzakerelerde elini güçlendirir. Özellikle büyük ortağın ayrılmayı bir şantaj aracı olarak kullandığı hallerde diğer ortakların çıkmaya katılması yararlı sonuçlar verebilir. Nihayet, iki ortaklı LO'larda küçük ortağı koruyucu rol oynar. Çünkü iki ortaklı LO'larda çıkmaya katılma LO'yu feshe götürür.

Çıkmaya katılmanın usul ve dava ekonomisine hizmeti ise bir çıkma davası veya işlemi ile birden çok ortak için karar verilebilmesidir.

III. Çıkmaya Katılabilmenin Mümkün Olduğu Çıkma Halleri

Haklı Sebebin Kendisi Yönünden Geçerli Olması Şartı. Bir ortağın ortaklıktan çıkma talebinde bulunduğu ve çıkma davası açtığı her halde, isteyen ortak çıkmaya veya çıkma davasına katılamaz. Çünkü YTK'nın 639 (2) maddesi hükmünde "şirket sözleşmesinde öngörülen sebebin çıkmaya katılmak isteyen ortak yönünden geçerli olması" şartı aranmıştır. Bu şart bazı bakımlardan tartışmayı gerektirmektedir.

Ortaklardan biri, LO sözleşmesinde yer alan sebeplerden birine veya bir kaçına dayanarak ortaklıktan çıkma talebinde bulunmuş olmalıdır. Bu halde sadece aynı durumda bulunan ortaklar çıkmaya veya çıkma davasına katılabilir. Her ne kadar YTK'nın 639 (1). maddesi hükmünde "*ortaklardan biri şirket sözleşmesindeki hükme dayanarak çıkma istediği*" şeklinde haklı sebep ibaresine yer vermeyen, tüm çıkma sebeplerini kapsayan bir genel ifade kullanılmışsa da çıkmaya katılma haklı sebep bağlamında olabilir. Çünkü aynı maddenin 2. fıkrasının lit. a hükmünde, "*şirket sözleşmesinde öngörülen haklı sebep kendisi yönünden de geçerliyse*" denilerek çıkmaya katılmak isteyen kişi bakımından da aynı haklı sebebin varit olması gereğine vurgu yapılmıştır⁸.

YTK'nın 638. maddesinin 1. fıkrasında "şirket sözleşmesi ortaklara şirketten çıkma hakkı tanıyabilir, bu hakkın kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilir" demiş, fakat çıkmayı haklı sebeplere inhisar ettirmemiştir. Kanaatimce çıkmaya katılma haklı sebebe bağlanabilir, fakat aynı haklı sebebe özgülenemez.

⁸ Mehaz İsviçre öğretisi bu sorun üzerinde durmamaktadır. Fakat İsv. BK'nın 822a maddesinin gerekçesinde çıkmaya ilişkin dava haklı sebeple veya ortaklık sözleşmesinde yer alan bir çıkma hakkına dayanılmışsa, çıkmaya katılmayı haklı sebebe özgülemeyen bir söylem kullanılmıştır. *Botschaft*, 3221.

Şartı yorumlayabilmek için çeşitli varsayımlar ele alınmalıdır.

- a) LO sözleşmesinde haklı sebep ibaresi kullanılmadan sadece çıkma sebepleri gösterilmişse bu sebepler –kural olarak- haklı sebepler olarak kabul edilmelidir. Kanaatimce ne genel kurul ne de mahkeme mezkûr sebeplerin haklı sebepler olup olmadığını tartışamaz, sebepleri başka bir terimle adlandıramaz. Çıkan ortak LO sözleşmesindeki sebeplerden birine dayandığına göre sebep zaten bu suretle nitelendirilmiş demektir. Ancak burada savunulan görüşün somut olay kurala istisna oluşturacak özellikler taşıyabilir. Söz konusu hallerde istisnai durum farklı değerlendirilmelidir.
- b) LO sözleşmesinde tek haklı sebep yer alıyorsa sorun yoktur. Çıkmaya katılacak ortağın durumu da söz konusu haklı sebebe uymalıdır.
- c) Ortaklık sözleşmesinde birkaç sebep gösterilmiş, çıkma talebinde bulunan veya dava açan ortak bunlardan birine göre istemde bulunmuşsa, çıkmaya katılanın aynı sebebe dayanması gerekmez, diğer haklı sebeplerden biri belirtilerek çıkmaya katılabilir.
- d) LO sözleşmesinde çıkma sebepleri, haklı sebepler ve diğer sebepler diye iki kategoriye ayrılmışsa, çıkma talebinde bulunan veya çıkma davası açan ortak haklı sebepler kategorisinden bir sebebe dayanmış olmalıdır. Çıkmaya katılacak ortak da aynı kategoriden bir sebebe göre istemde bulunabilir.
- e) LO sözleşmesinde ortağın haklı sebeplerle ortaklıktan ayrılabilceği öngörülmüş, fakat haklı sebepler sayılmamışsa, haklı sebebe dayanarak diğer ortaklar da çıkmaya katılabilir.
- f) Tek taraflı irade beyanı ile ayrılan ortağa katılmaya gerek yoktur. Çünkü diğer ortaklar da bu yolu kendi başlarına seçebilirler.

IV. Çıkmanın ve Çıkmaya Katılmanın Bildirilmesi

Ortaklardan biri LO sözleşmesinde bulunan hükme dayanarak çıkma isteğini beyan etmişse diğer ortaklardan her biri bu haberin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde (YTK m. 639.2) LO sözleşmesinde öngörülen haklı sebep kendi açısından da geçerliyse kendisinin de çıkmaya katılacağını müdürlerle bildirmelidir. Bir ortak haklı sebeplerle ortaklıktan çıkma davası açmışsa her ortak gene bir ay içinde davaya

katılmalıdır. Kanun katılma bildirimini bir şekilde bağlamamıştır. Fakat ispat sorunları yaşanmaması için bildirimin yazılı, hatta noter aracılığıyla yapılması doğru olur. Kanun müdürlerin bir ortağın çıkma beyanında bulunduğunu veya çıkma davasını açtığını diğer ortaklara gecikmeksizin bildirmesini öngörmüştür (YTK m. 639.1). Müdürlerin diğer ortakları haberdar etmesi bir şekilde bağlanmamıştır. Çıkmaya katılması için diğer ortaklara tanınan süre hak düşürücü niteliktedir. Bir aylık süre müdürler tarafından ispatlanan bildirim tarihinden başlar. Genel kurul ve mahkeme süresi içinde yapılmış bir çıkmaya katılma talebini reddedemez.

Müdürlerin ortakları haberdar etmemesi halinde süre başlamaz. Diğer ortaklar haberdar edilmedikleri için genel kurul çıkma kararını onaylarsa, kanaatimce onay kararı batıldır (kesin geçersizdir). Böyle bir varsayımda çıkma kararını mahkeme vermişse karar kesinleşinceye kadar davaya katılmak mümkündür. Haberdar edilmemiş olmak bozma sebebidir.

V. Müdürlerin Sorumluluğu

Kanun bir ortağın çıkma talebinde bulunması veya haklı sebeplerden dolayı çıkma davası açması halinde müdürün veya müdürler kurulunun diğer ortakları bundan gecikmeksizin haberdar etmesini öngörmektedir. Diğer ortakların gecikmeksizin haberdar edilmesi sadece bir görev değil, YTK m. 553 (1)'e göre bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi YTK m. 644 (1), lit. a) ve 553 (1) hükümleri uyarınca müdürlerin sorumluluğuna sebep olur.

Müdürler, ortağın hem çıkma talebinde bulunması hem de çıkma davası açması halinde durumdan haberdar olurlar. Çünkü, birincisinde haklı sebeplerle çıkma talebi ortaklığa yöneltilir, ikincisinde çıkma davası ortaklığa karşı açılır. Sorumluluk ve tazminat miktarı haberdar edilmemenin sonuçlarına göre belirlenir.

VI. Çıkmadan Feragat

Çıkma kesinleşmeden her aşamada çıkmadan feragat edilebilir. Çıkma isteminden veya çıkma davasından feragat halinde kanaatimce çıkmaya katılanların talepleri hem genel kurulda hem de mahkemede düşer. Çünkü çıkmaya katılmanın şartı, bir

ortağın çıkma talebinde bulunmuş veya çıkma davası açmış olmalıdır. Ana talep düşünce bu talebe katılanların talepleri de düşer. Çıkmaya katılan ortağın veya ortaklardan bazılarının katılma talebinden feragat etmesi halinde feragat sadece bu beyanda bulunan bakımından sonuç doğurur.

VII. Tüm Ortakların Çıkmaya Katılması

Bir ortağın çıkma talebine veya çıkma davasına tüm ortaklar katılmışlarsa, ortaklık feshedilir. Talep genel kuruldaysa ve feragat edilmemişse genel kurul LO'nun feshine karar vermelidir. Aynı sonuç çıkma davası için de geçerlidir. Bu halde çıkma iradesi aynı zamanda fesih iradesi haline dönüşmüş olduğundan haklı sebebin gerçekleşmiş olup olmadığı da incelenemez, yargılanamaz.