

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ANONİM ORTAKLIKLARDA İMTİYAZLI PAYLAR



ESRA UYSAL

ARALIK 2015

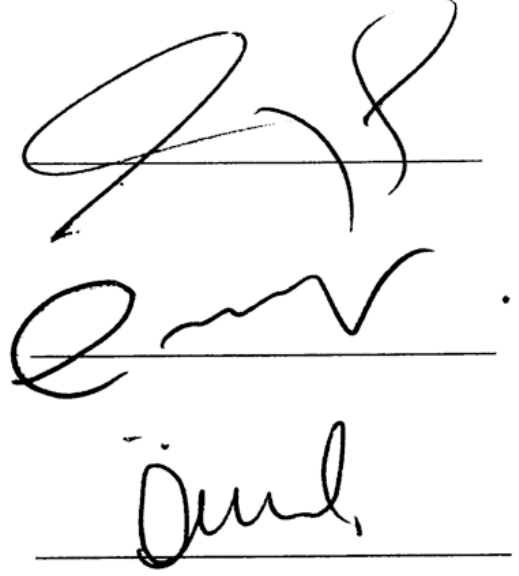
Bu tezi okuduğumuzu ve bu tezin kapsamı ve niteliği açısından, Özel Hukuk alanında Yüksek Lisans Derecesi için tamamen yeterli olduğunu beyan ederiz.

Tez Jürisi Üyeleri:

Prof. Dr. Tekin Memiş
(Tez Danışmanı)

Prof. Dr. Şükrü Yıldız

Doç. Dr. Ömer Çınar



The image shows three handwritten signatures, each written on a horizontal line. The first signature is the most stylized, the second is more fluid, and the third is the most legible, appearing to read 'Ömer'.

Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.



Tarih

ÖZ

ANONİM ORTAKLIKLARDA İMTİYAZLI PAYLAR

Uysal, Esra

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Tekin Memiş

Aralık 2015, 209 sayfa

Anonim ortaklıklar; küçük tasarrufların büyük yatırımlara dönüştüğü, bir ülkenin ekonomik düzeninin temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. İmtiyazlı paylar, diğer paylara nazaran üstün haklar tanıdığı için kanunda özel olarak düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK’da birkaç maddede sınır gösterilmeden düzenlenmiş olan imtiyazlı paylar doktrinde birçok tartışmalara neden olmuştur.

TTK ise imtiyazlı payları daha kapsamlı düzenlemiştir. Ancak TTK, imtiyazlı paylar ile ilgili yeni tartışmalara da sebep olmuştur.

Bu nedenlerle tez konumuz “Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar” olarak seçilmiş ve TTK’da düzenlenen imtiyazlı paylar ile ilgili sorunları dile getirerek uygulamaya ışık tutabilmek amaçlanmıştır.

İmtiyaz TTK m.478’de ilk esas sözleşme veya esas sözleşme değişikliği ile kâr payı, oy hakkı, rüçhan hakkı gibi haklarda tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmaktadır. Kavram ile ilgili tartışmalar yaşandığı için ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

6762 sayılı TTK’da imtiyazlı paylar ile ilgili bir sınırlama yapılmamasına karşılık TTK m.479 ile oy hakkındaki imtiyazlara sınırlama getirmiştir. Yine m.478/4 de imtiyazın sınırlandırıldığı haller göze çarpmaktadır.

Bir diğer husus TTK m.478/2’deki “kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı” hükmüdür. Bu düzenleme tamamen yenidir ve TTK m.340 ile birlikte değerlendirildiğinde tartışmalara sebep olmuştur.

TTK ile getirilen başka bir yenilik ise “grup imtiyazıdır”. TTK m.360 ile yönetim kurulunda temsil hakkında imtiyaz, belirli bir özelliği haiz pay sahibine ya da azınlığa da tanınabilecektir.

Haklı olarak çok fazla tartişılan TTK m.478/4 hükmü başta Anayasa'nın 10.maddesi olmak üzere 35. ve 48.maddelerine aykırı bir düzenlemedir.

TTK madde 454'te düzenlenen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun amacı imtiyazların korunmasıdır. Kurulun bir organ olup olmadığı noktasında tartişmalar yapılmışsa da kanaatimizce İPSK zel nitelikte kurulmuş olan yetkileri sınırlı olan bir kuruldur.

Anahtar Kelimeler: İmtiyaz, stnlk, grup imtiyazı, zel kurul.



ABSTRACT

Uysal, Esra

LLM, Department of Private Law

Thesis Advisor: Prof. Tekin Memiş

December 2015, 209 pages

Joint stock companies in which minor disposals become large-scale investments are essential elements of economy. In these companies where equal shares principal applies, privileged shares are regulated differently in compare to other shares. These privileged shares vaguely regulated in the Commercial Act numbered 6762 gave rise to many disputes both in practice and theory. Commercial Act numbered 6102 regulated privileged shares more thoroughly. However, disputes are ongoing.

For these reasons set forward, the topic of this thesis is determined to be “Privileged Shares in Joint Stock Companies” and it is intended to explain and enlighten the problems and disputes rising from the regulations on privileged shares in Commercial Act no. 6102.

Privilege is defined as to have a superior right in comparison to which are specified in Law such as in profit, vote, option to call or any other right which is not specified in Law. At this point it is important to define privileged share since it constituted a center of the disputes for the abrogated Commercial Act.

The other important issue is the limits of rights provided by the privileged shares. While no limitations in the rights to be provided by privileged shares were acknowledged in Commercial Act no. 6762, Commercial Act no 6102 limits the privileges in voting. Especially the art. 478/4 is might be emphasized in this regard.

Another newly adopted regulation, art.478/2, will give rise to many disputes when considered with art.340.

Another newly adopted regulation is “group privileges” which is an exception of the rule to “privileges for shares”. Art. 360 of the Act. regulates the

privilege in representation in the board of management to shareholders who constitute a category or group or minority.

Yet another issue causing debates is the art. 478/4.while message of this regulation is unsatisfactory; it is contradictory to Constitution Art. 10, 35 and 48.

At last, privileged shareholders assembly regulated in art. 454 serves to protect the privileges. It must be accepted that this assembly is a qualified board with limited authority while its debated whether it is an organ of the corporation.

Keywords: Privilege, superiority, group privilege, privileged shareholders assembly



ÖNSÖZ

Anonim ortaklıklarda, sahibine diğer paylara nazaran üstün haklar sağlayan imtiyazlı paylar uygulamada sıkça kullanılması nedeniyle önem arz etmektedir. TTK’da imtiyazlı paylar ve imtiyazların korunması ile ilgili 6762 sayılı TTK’ya nazaran daha kapsamlı düzenlemeler yapılmasına rağmen, konu ile ilgili doktrinde birçok tartışma ve eleştiri bulunmaktadır.

Bu çalışmada imtiyazlı paylar ve imtiyazların korunması; TTK hükümleri, doktrinde yapılan tartışma ve eleştiriler ile birlikte değerlendirerek incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın yazım aşamasında ve bitirilmesinde desteklerini esirgemeyen herkese teşekkürü borç bilirim.

Güneşten aldığı ışık ile karanlığı bir nebze olsun aydınlatan ay misali, bizler de hocalarımızdan aldığımız ışığı yansıtmaya çalışıyoruz. Lisans ve yüksek lisans eğitimimde beni öğrencisi olarak kabul eden, gerek akademik ve gerekse hayata dair her konuda bana engin ilmi ile fikirler veren, bana güvenen ve beni destekleyen, değerli hocam Prof.Dr.Tekin MEMİŞ’e sonsuz minnettarım. Kendisinin hocam olmasından her zaman gurur duyarım.

Binbir emek ve ümitlerle beni büyüten, her zaman maddi ve manevi desteklerini bana sunan, ilgi ve sabırlarıyla hep yanımda olan başta babam ve annem olmak üzere tüm aileme şükranlarımı sunarım.

Bu çalışmanın yazılmasında ve kaynak araştırma sürecinde benden hiçbir desteği esirgemeyen sevgili arkadaşım Araştırma Görevlisi Emine DEVELİ’ye de teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iv
ABSTRACT	vi
ÖNSÖZ	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
TANIM, TARİHİ GELİŞİM VE ÖZELLİKLER	4
§.1. ANONİM ORTAKLIKLARDA PAY KAVRAMI VE PAY ÇEŞİTLERİ.....	4
I. PAY KAVRAMI.....	4
Payın Çeşitli Anlamları	5
1. Esas Sermayenin Bir Parçası Olarak Pay	5
2. Pay Sahipliği Mevkii Olarak Pay	6
3. Hakların ve Borçların Kaynağı Olarak Pay	8
4. Pay Senedi Anlamında Pay.....	8
II. PAY ÇEŞİTLERİ.....	9
A. Nakit Karşılığı Pay	9
B. Ayın Karşılığı Pay	10
C. Oy Hakkı Bulunan Pay	11
D. İtibari Değerli Pay / İtibari Değerden Yoksun Pay	11
E. Özvarlıktan Kaynaklanan (Bedelsiz/Gratis) Pay	12
F. Aslen İktisap Edilen Pay / Devren İktisap Edilen Pay	12
G. İmtiyazlı Pay / Adi Pay	13
§.2. İMTİYAZLI PAYLARIN TARİHİ GELİŞİMİ.....	13
§.3. İMTİYAZLI PAYLARIN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ	17
I. İMTİYAZ KAVRAMI.....	17
A. Terminoloji.....	17
B. İmtiyazlı Payların Tanımı.....	19
II. İMTİYAZLI PAYLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	23
A. İmtiyazlı Paylar ve Müktesep Haklar	23
1. Eski Ticaret Kanunundaki Durum.....	23
a. Anonim Ortaklıkta Müktesep Hak Kavramı.....	23
2. Yeni Ticaret Kanunundaki Durum	26
3. İmtiyazlı Pay İhracı ve Müktesep Hakların Sınırlandırılması	29
B. İmtiyazlı Paylar ve Eşit İşlem İlkesi.....	31
1. Anayasa'da Düzenlenen Eşitlik İlkesi Karşısında İmtiyazlı Pay	31
2. Anonim Ortaklıklardaki Eşit İşlem İlkesi Karşısında İmtiyazlı Paylar.....	32
III. İMTİYAZLI PAYLARIN ÇIKARILMASINDA İLKELER	34
A. İmtiyazın Esas Sözleşmede Açıkça Öngörülmesi Zorunluluğu	34
B. İmtiyazın Belirli Olması İlkesi	36
C. İmtiyazın Bir Üstün Hak Olarak Tanınması.....	40
D. İmtiyazın Paya Tanınması.....	42
1. Kural : İmtiyazın Paya Tanınması	42

2. İstisna :Grup İmtiyazı (TTK m. 360).....	44
E. Üstünlüğün Kanundan ya da Esas Sözleşmeden Kaynaklanan Bir Pay Sahipliği Hakkına İlişkin Olması	51
1. Kanunda Yer Alan Pay Sahipliği Haklarında İmtiyaz.....	51
2. Kanunda Yer Almayan Yeni Bir Pay Sahipliği Hakkı	53
F. İmtiyazın Tescil ve İlanı	57
G. İmtiyazın Yasaklandığı Haller (TTK m.478/4).....	57
İKİNCİ BÖLÜM.....	62
İMTİYAZLI PAY ÇEŞİTLERİ	62
§.1. KANUNDA SAYILAN İMTİYAZLI PAYLAR	62
I. KÂR PAYINDA İMTİYAZLI PAYLAR.....	62
A. GENEL OLARAK ORTAKLARIN KÂR PAYI HAKKI.....	62
B. KÂR PAYINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ.....	66
1. Kârdan Öncelikli Yararlanma Hakkı.....	66
2. Kârdan Daha Büyük Oranda Yararlanma Hakkı.....	68
3. Kârdan Birikir Şekilde Yararlanma Hakkı	69
II. TASFİYE PAYINDA İMTİYAZLI PAY	70
A. TASFİYE PAYI HAKKI VE YARARLANMA ŞARTLARI.....	70
B. TASFİYE PAYINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ.....	72
III. OY HAKKINDA İMTİYAZLI PAY	74
A. GENEL OLARAK OY HAKKINDA İMTİYAZ VE TANINMA SEBEPLERİ.....	74
B. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANINMASININ ŞARTLARI.....	76
C. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMİ.....	78
1. Oy Hakkında İmtiyaz Tanınabilmesi İçin Eşit İtibari Değerdeki Paylara Farklı Sayıda Oy Hakkı Verilmesi Zorunluluğu.....	78
D. OY HAKKINDA İMTİYAZIN SINIRLARI VE ETKİSİZ OLDUĞU HALLER.....	82
1. Bir Paya En Çok 15 Oy Hakkı Tanınabileceği Kuralı (İmtiyazın Sınırı) 82	
2. Kanunda Öngörülen İmtiyazın Etkisiz Olduğu Haller	87
3. Kanunda Düzenlenmeyen İmtiyazın Etkisiz Olduğu Hal.....	88
E. YÜRÜRLÜK KANUNU GEREĞİ OY HAKKINDA İMTİYAZLARIN UYGULANMASI.....	89
F. SERMAYE PİYASASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE OY HAKKINDA İMTİYAZLI PAYLAR.....	91
IV. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINDA İMTİYAZLI PAY93	
A. GENEL OLARAK	93
B. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI	95
C. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINDA İMTİYAZ TANINACAK GRUPLAR	99
1. Belirli Pay Grupları	99
2. Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri.....	100
3. Azlık	103
D. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ.....	103
1. Yönetim Kuruluna Aday Önerme Hakkı.....	103

2. Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK m.360'da Belirlenen Gruplardan Seçilmesi	108
3. Temsil Edilme Hakkının Korunması ve TTK m.360 Hükmüne Aykırılığın Sonuçları.....	109
E. 6103 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI	113
F. SERMAYE PİYASASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI.....	113
V. RÜÇHAN HAKLARINDA İMTİYAZLI PAYLAR.....	115
§.2. KANUNDA SAYILMAYAN İMTİYAZLI PAYLAR	119
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	122
İMTİYAZLARIN KORUNMASI, İMTİYAZI İHLAL EDEN ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİKLERİ VE İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU	122
§.1. İMTİYAZLI PAYLARIN KORUNMASI VE ŞARTLARI.....	122
I. GENEL OLARAK	122
II. İMTİYAZLI PAYIN KORUNMA ŞARTLARI	123
A. İmtiyazlı Payın Varlığı	123
1. İmtiyaz Kavramı	123
2. İmtiyazın Paya Tanınması	124
B. İmtiyazı İhlal Eden Esas Sözleşme Değişikliği.....	125
1. İhlal Kavramı	125
2. Esas Sözleşme Değişikliği.....	128
C. Özel Korumanın Yalnız İmtiyaza İlişkin Olması.....	129
§.2. İMTİYAZI İHLAL EDEN ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİK HALLERİ... 130	
I. Esas Sermaye Artırımı	130
II. Esas Sermayenin Azaltılması.....	136
III. Anonim Şirketlerde Birleşme	139
A. Birleşmenin Tanımı ve Niteliği.....	139
B. Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Payı ve Ortaklık Haklarının Korunması	141
C. Anonim Şirket Birleşmelerinde İmtiyazlı Payların Durumu.....	143
D. İmtiyazlı Pay Çıkarılmasına İlişkin Hükmün Genel Kurul Tarafından Onaylanması ve Nisaplar	145
E. Birleşme Sonucu Devralan Şirkette İmtiyazlı Payların Oluşturulmasında İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'nun Önemi (TTK m.140/4).....	149
IV. Anonim Şirketlerde Bölünme ve İmtiyazlı Paylar.....	151
V. Anonim Şirketlerde Tür Değiştirme ve İmtiyazlı Paylar	154
VI. Ortaklığın Tabiiyetinin ve İşletme Konusunun Değiştirilmesi.....	155
VII. Ortaklığın Sona Ermesine veya Devam Etmesine Karar Verilmesi.....	155
VIII. İntifa Senetlerinin Çıkarılması.....	156
IX. Yeni İmtiyazlı Pay İhracına veya Mevcut İmtiyazların Kısıtlanması veya Kaldırılmasına Karar Verilmesi	157
§.3. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU.....	158
I. KURULUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	158
A. Kurulun Amacı	158
B. Kurulun Hukuki Niteliği	159
II. KURULUN TOPLANMA NEDENLERİ	160
A. İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının İhlal Edilmesi	160
B. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulun Onayına Tabi Kararın Olması.....	162

1. Esas Sözleşme Değişikliğine Dair Genel Kurul Kararları.....	163
a. Genel Kurulun Yönetim Kuruluna Sermayenin Artırılması Konusunda Yetki Vermesi Kararı	164
b. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırılmasına İlişkin Yönetim Kurulu Kararı	167
III. KURUL KARARINA GEREK OLMAYAN HALLER.....	168
A. Esas Sözleşme Değişikliğinin Zorunlu Olması.....	168
B. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Onayından Esas Sözleşmede Vazgeçilmesi Sorunu	168
C. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'nun İhlal Gerçekleşmeden Genel Kurula Onay Vermesinin Geçerliliği Sorunu.....	169
D. İmtiyazlı Pay Sahipleri Tarafından TTK m.454/3'de Öngörülen Nisaplar Sağlanarak Genel Kurul Toplantısında Genel Kurul Kararının Onaylanması	170
E. Bir Pay Sahibinin Belli Grup Oluşturan İmtiyazlı Paylara Tek Başına Sahip Olması	170
IV. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN TOPLANMASI	171
A. Toplantıya Çağrı.....	171
1. Toplantıya Çağrı Yapmaya Yetkili Olanlar.....	171
2. Çağrının Şekli.....	175
B. Elektronik Ortamda Toplantı.....	176
C. Toplantı Yetersayısı.....	176
V. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN KARAR ALMASI	179
A. Toplantıya Katılacak Olanlar	179
B. Karar Yeter Sayısı	180
C. Bakanlık Temsilcisinin Bulundurulması Zorunluluğu	180
§.4. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU KARARLARININ GENEL KURUL KARARLARINA ETKİSİ, İPTALİ VE HÜKÜMSÜZLÜĞÜ	181
I. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU KARARLARININ HUKUKİ ETKİSİ	181
II. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURUL KARARLARININ İPTALİ VE HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....	183
A. TTK M.454/7 Çerçevesinde İptal Davası.....	183
1. Genel Değerlendirme.....	183
2. Dava Sebebi.....	185
3. Husumet.....	187
4. Süre.....	187
5. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	188
B. Genel Hükümler Uyarınca İPSÖK Kararlarının İptali	188
C. İptal Kararlarının Etkisi	190
D. Yokluk.....	191
E. Butlan	192
F. Yoklukla Butlan Arasındaki Farklar.....	194
SONUÇ	195
BİBLİYOGRAFYA	202

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
AktG	:Alman Anonim Şirketler Kanunu (Deutsches Aktiengesetz vom. September 1965)
A.O.	:Anonim Ortaklık
AT	:Avrupa Topluluğu
Ban.K.	:5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BK	:6098 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız
GK	:Genel Kurul
GEREKÇE	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri
HGB	:Handelsgesetzbuch
HMK	:6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İPSÖK	:İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu
İsv.Bir.K.	:İsviçre Birleşme Kanunu
İsv.BK	:İsviçre Borçlar Kanunu
MK	:Medeni Kanun
MKK	:Merkezi Kayıt Kuruluşu
POK	:Paylı Ortaklıklar Kanunu
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SerPK	:6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
TTK	:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
6762 sayılı TTK	:6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu
YürK.	:Yürürlük Kanunu

GİRİŞ

Tezimiz genel hatları itibariyle imtiyazlı paylar ile ilgili özet, üç ana başlık altında bölüm ve sonuç kısmından meydana gelmiştir. Her bölüm kendi içinde ana ve alt başlıklar altında incelenmiştir.

Özet kısmında imtiyazlı paylar ile ilgili genel hatlarıyla bilgi verilerek tez konumuzun tanıtımı yapılmıştır.

Birinci bölümde, ilk ana başlık altında anonim ortaklıklarda pay kavramı incelenmiştir. Pay kavramının çeşitli anlamları üzerinde durulmuş ve akabinde pay çeşitlerine yer verilmiştir.

İkinci ana başlık altında, imtiyazlı payların tarihi gelişimine değinilmiştir. İmtiyazlı payların ilk ortaya çıkış sebebinin; nakliye ve demiryolu işletmeciliğinde faaliyet gösteren şirketlerin, 18. ve 19. yüz yıllarda Avrupa’da yaşanan sanayi devriminin de etkisiyle gelişen teknolojiye uyum sağlayabilmek için artan sermaye ihtiyaçları olduğu üzerinde durulmuştur. İmtiyazlı payların Avrupa ülkelerinde tarihi seyrine kısaca yer verilmiş ve ardından ülkemizde imtiyazlı paylar ile ilgili ilk kanuni düzenlemenin yapıldığı 1926 tarihli Ticaret Kanunu ve bundan sonra yapılan kanuni düzenlemeler incelenmiştir.

Bu bölümde üçüncü ana başlık altında ise; imtiyazlı payların tanımı, imtiyaz kavramı, hukuki niteliği ve özellikleri, konu ile ilgili gerek 6762 sayılı ve gerekse TTK döneminde yapılan tartışmalara da yer verilerek incelenmiştir. İmtiyaz kavramı üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmasının sebebi ise bu konu ile ilgili 6762 sayılı yasa döneminde tartışmaların yapılmış olması, doktrinde imtiyaz kavramı yerine “ayrıcılık paylar”, “özel kategori paylar” şeklinde kavramların kullanılmasının önerilmesi ve nihayetinde 6102 sayılı TTK’nın da imtiyaz kavramını tercih etmesidir. İmtiyazlı payların hukuki niteliği üzerinde de ayrıca durulmuş ve imtiyazlı paylar ile müktesep haklar arasındaki ilişkiye değinilmiştir. Ayrıca imtiyazlı payların eşitlik ilkesi karşısındaki durumu üzerinde de durulmuştur.

Yine bu bölümde imtiyazlı payların çıkarılmasındaki ilkeler ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir ki kanaatimizce bu ilkeler imtiyazlı payın hukuki geçerlilik kazanıp, var olabilmesi için en başta bilinmesi gereken hususlardır. İmtiyazın paya tanınması ilkesi üzerinde özellikle durulmasının sebebi TTK m.360 ile grup imtiyazının düzenleme altına alınmasıdır. Kanun koyucu 360. Madde ile aslında

Yargıtay'ın yıllarca kabul etmiş olduğu belirli pay gruplarına yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınabileceği hususunu yasal düzenlemeye kavuşturmuştur. Ancak bunun yanında kanun koyucu; azlık ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine de yönetim kurulunda temsil edilme hakkının verilebileceğini ve bunun da bir imtiyaz olduğunu düzenlemiştir. İşte tam bu noktada doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Anılan bu tartışmalar, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

TTK m.478 ile getirilen ve bir başka yenilik olan “kanunda yer almayan yeni bir pay sahipliği hakkında imtiyaz” konusu da bu bölümde incelenmiş ve konu ile ilgili doktrinde yapılan tartışmalara da ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

İkinci bölümde iki temel ana başlık ve beş alt başlık altında imtiyazlı pay çeşitleri incelenmiştir. Birinci ana başlıkta kanunda sayılan imtiyazlı paylara yer verilmiştir. TTK m.478/2'ye göre imtiyazlı paylar; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda tanınabilirken aynı zamanda kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkında da tanınabilir. Bu nedenle ikinci bölümde uygulamada en sık karşılaşılan imtiyazlı pay çeşitlerine yer verilmiştir. Birinci alt başlık altında kâr payında imtiyazlı paylar, ikinci başlık altında tasfiye payında imtiyazlı paylar incelenmiştir. Bunun yanı sıra; TTK m.479'da ayrı bir başlık altında düzenlenen oy hakkında imtiyazlar ve TTK m.360'da grup imtiyazı adı altında düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Üçüncü alt başlık altında oy hakkında imtiyaz ile ilgili getirilen yeniliklere ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Özellikle oy hakkındaki imtiyazın eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabileceği kuralı üzerinde durulmuştur. Bu düzenleme ile ilgili doktrinde yoğun bir şekilde yapılan eleştirilere de yer verilmiştir. Bununla beraber isabetli bir şekilde oy hakkına getirilen sınırlama da incelenmiştir. Bir paya en fazla 15 oy hakkı tanınarak imtiyaz oluşturulabileceği kuralı ve bu konu ile ilgili eleştiriler üzerinde incelemeler yapılmıştır.

Dördüncü alt başlık altında ise TTK m. 360 ile getirilen yönetim kurulunda temsil edilme hakkı yani grup imtiyazı incelenmiştir. Bu bölümde yukarıda ifade ettiğimiz gibi Yargıtay'ın yıllarca kabul ettiği belirli pay gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz olduğu yasal düzenleme altına alınmıştır ve doktrinde de çoğunlukla isabetli kabul edilmiştir. Ancak yeni bir düzenleme olan, azlık ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay

sahiplerine tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının TTK m.360/2 hükmü ile imtiyaz olarak kabul edilmesi doktrinde ciddi eleştirilere sebep olmuştur.

Beşinci alt başlık altında ise rüçhan haklarında imtiyaz tanınması ile ilgili incelemeler yapılmış ve açıklamalarda bulunulmuştur.

Bu bölümde ikinci ana başlık altında ise kanunda sayılmayan imtiyazlı paylar üzerinde durulmuş ve bunlar hakkında kısaca açıklamalarda bulunulmuştur.

Üçüncü bölüm ise 4 ana başlık altında incelenmiştir. Birinci ana başlıkta imtiyazlı payların korunması ve korunma şartları incelenmiştir. İkinci başlık altında ise imtiyazı ihlal eden esas sözleşme değişiklikleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

Bu bölümde üçüncü başlık altında TTK m.454'de düzenlenmiş olan imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna yer verilmiştir. TTK m.454 ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu hakkında bir çok yenilik getirilmiştir. Kanun koyucu m.454/2 hükmü ile imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesini öncelikle yönetim kuruluna vermiştir. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun imtiyazları ihlal edici nitelikteki bir karar ile ilgili olarak toplanıp karar alabilmesi için, yönetim kurulunun çağrısını bekleme zorunluluğu doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Yine kanun koyucunun 454/3 hükmünün son cümlesi ile getirmiş olduğu düzenleme de son derecede önemlidir. Kanun koyucu burada “bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararı alınmamış sayılır” şeklinde bir düzenleme yapmıştır. Nitekim bu hüküm de doktrinde isabetli bir şekilde eleştirilmiştir. Dolayısıyla üçüncü bölümde bu ve benzeri eleştiriler ve tartışmalar ışığında imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılmıştır.

Bu bölümün son başlığı altında ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurul kararlarının genel kurul kararlarına etkisi, iptali ve hükümsüzlüğü incelenmiştir. TTK m.454/7 ile yönetim kuruluna tanınan iptal davası açma hakkı üzerinde durulmuş, ardından genel hükümlere göre iptal, yokluk ve butlan durumları incelenmiştir.

Tezimizin sonuç bölümünde ise, imtiyazlı paylar ile ilgili kısa değerlendirmeler yer almaktadır. Sonuç kısmında ayrıca özellikle imtiyaz kavramı, imtiyazın sınırlandırıldığı TTK m.478/4 gibi çok tartışılan belli bazı konularda şahsi kanaatlerimize de yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TANIM, TARİHİ GELİŞİM VE ÖZELLİKLER

Ş.1. ANONİM ORTAKLIKLARDA PAY KAVRAMI VE PAY ÇEŞİTLERİ

I. PAY KAVRAMI

Pay (Aktie), anonim ortaklıklar hukukunun odak noktasını oluşturmakla birlikte, hem kanuni hem de teknik özelliği olan bir kavramdır. Pay kavramının kanuni özelliği; TTK'nın, anonim ortaklığın tanımını yaparken “pay” kavramını kullanmasından (TTK m.329) ve ayrıca altıncı bölümün birinci ayırımını “pay”a tahsis etmesinden gelmektedir (TTK m.476-479).

Pay anonim ortaklığın temelini oluşturmaktadır. Pay olmadan anonim ortaklık olmaz. Anonim ortaklıktaki tüm hükümler pay kavramı esas alınarak şekillenmiştir. Bu yönü ile pay aynı zamanda teknik bir kavramdır¹. Bundan dolayı pay kavramının doğru ve yerinde kullanılması, anonim ortaklık yapısının daha iyi anlaşılmasına yardımcı olurken çeşitli bilgi kopukluklarının da önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Anonim ortaklıktaki “pay” kavramı, ortakların sermayeye katılımlarını ifade etse de; bu durum adi, kollektif ve komandit ortaklıklardaki katılma payından farklıdır. Bu farklılıklar ise anonim ortaklıklar ile diğer ortaklık türlerinde payın itibari değeri, oransallık ilkesi, payın devir şartları, kâr ve zarara katılma vb. konularda kendini göstermektedir². Bir başka fark ise payların pay sahipliği kişiliği ile değil de, sabit pay sahipliği mevkileri ile özdeşleşmiş olmasıdır. Sonuç olarak, anonim ortaklıklarda pay mevkileri daima sabit kalmakta, sadece pay sahibi olan kişiler değişmektedir³.

Anonim ortaklıklıklarda pay, anonim ortaklığın kuruluşunda esas sözleşmenin veya sermaye artırımında genel kurulun sermaye artırım kararının ticaret siciline tescil edilmesi ile doğmaktadır. Dolayısıyla tescil, payın oluşumu için

¹ Ünal Tekinalp/Reha Poroy/ Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s.545, (Ortaklıklar 2014).

² Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, Ankara 2014, s.1267, (Şirketler Hukuku II).

³ Ender Canan Eroğlu, Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Açısından Anonim Şirketlerde Hisse Senetlerinin Devri, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü, Ankara 2007, s.4, (Anonim Şirketlerde Hisse Senetlerinin Devri).

kurucu niteliktedir. Ayrıca pay ve paydan doğan hakların kullanılmasını kolaylaştırmak için pay, senede bağlanmaktadır. 6762 sayılı TTK'ya göre anonim ortaklıklarda pay senedi çıkarma zorunluluğu bulunmamakta iken, TTK m.486 ile "hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılması zorunlu hale gelmiştir".

Payın Çeşitli Anlamları

1. Esas Sermayenin Bir Parçası Olarak Pay

Esas sermayenin bir parçası anlamında pay; esas veya çıkarılmış sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını ifade eder⁴. Bir başka deyişle pay kavramı, esas sermayenin bölünmesinden sonra elde edilen, belirli bir itibari değere sahip olan sermaye parçasını ifade etmektedir⁵. Mesela, 50.000 TL olan esas sermaye 50.000 adet ve1 TL'lik birim değere bölünmüş ise, her 1 TL'lik birim değer bir "pay"dır. Bu değere "nominal" veya "itibari" değer (Nominalbetrag, Nennwert) denilmektedir. Payın itibari değerinin az veya çok olması payın gücünü etkilemez⁶.

TTK m. 476'da payın itibari değeri ile ilgili olarak; "Payın itibari değeri en az bir kuruştur. Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibari değer Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar arttırılabilir." şeklinde hüküm bulunmaktadır. Anılan bu hüküm TTK henüz tasarı halinde iken Moroğlu tarafından, "Bir kere, payların asgari itibari değeri olarak belirlenen "Yeni Kuruş " çok küçük bir rakamdır. Her ne kadar, payların itibari değerlerinin küçük olması, küçük tasarruf sahiplerinin anonim ortaklıklara ve sermaye piyasasına girmelerini teşvik eder ve kolaylaştırır ise de, bir yeni kuruş bu amacı da aşan ölçüde küçük bir değerdir." gerekçesi ile eleştirilmiştir⁷.

Moroğlu, Bakanlar Kuruluna bir kuruluşluk asgari itibarı "yüz katına kadar artırabilir" ifadesine karşılık eğer asgari değer bu kadar düşük tutulmasaydı Bakanlar Kurulu'nun bu kadar aşırı yetkilendirilmemiş olacağını belirtmiştir. Yazar bu hükmün "Bakanlar Kurulunca 10 katına kadar artırılabilir" ifadesi ile

⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.545.

⁵ Sami Karahan, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Ankara 1991, s.3. (İmtiyazlı Paylar)

⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1269.

⁷ Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2012, s.276. (Değerlendirme ve Öneriler)

değiştirilmesinin yerinde olacağı düşüncesindedir⁸.

Burada ifade etmeliyiz ki; payın itibari değeri payın gerçek ve piyasa değerini ifade etmez. Payın itibari değeri; sermayenin bir parçası olması itibari ile olan değerini ifade etmektedir. Kural olarak payların itibari değerleri birbirlerine eşittir. Ancak bu kural kati olmamakla birlikte istisnaları olabilmektedir. Örneğin bir AO'da paylar A,B,C şeklinde gruplara ayrılmış ise her bir gruptaki payların itibari değerleri farklı olabilir. Yani A grubundaki payların itibari değeri 1 TL iken, B grubundaki payların itibari değeri 2 TL olmasında TTK veya AO'nun niteliğinden kaynaklanan bir engel bulunmamaktadır⁹. Buna karşılık aynı grup içindeki payların itibari değerleri ise birbirinden farklı olamaz, aynı grup içindeki payların itibari değerlerinin birbirine eşit olması gerekir¹⁰. Paylar arasındaki itibari değer farklılığı sadece farklı pay gruplarının varlığı halinde mümkün olabilir. Ancak böyle bir düzenleme kural olarak oy gücünü etkilemez. Yeni TTK'ya göre oy hakkındaki imtiyaz, ancak eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmek sureti ile tanınabilmektedir. (TTK m. 479/1) Yani farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınarak oyda imtiyaz oluşturulamaz.

Pay sahipliğine bağlı tüm haklardan her bir pay birimi yararlandığı gibi pay sahipliğinden kaynaklanan tüm borç ve yükümlülüklerden de yine her bir pay birimi sorumludur. Pay sayısı ve her bir payın itibari değerinin esas sözleşmede gösterilmesi zorunludur (TTK m.339/2.c)¹¹.

2. Pay Sahipliği Mevkii Olarak Pay

Anonim ortaklık, katı bir sermaye ortaklığıdır. Bu itibarla ortaklığın malvarlığının sahibi pay sahipleri değil, esas itibari ile ortaklık tüzel kişiliğidir. Bunun en önemli sebebi; anonim ortaklıklarının genellikle büyük sermayeler ile kurulması, ortaklık bünyesine yatırımcı olarak birden çok kişinin katılabilmesi, anonim ortaklıkların herkese uygun olması, dolayısıyla esasında pay sahibinin kişilik özellikleri ile yeteneklerinin anonim ortaklık için birinci derecede önem arz etmemesidir¹².

⁸ Eroğlu, s.6.

⁹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.545.

¹⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1270.

¹¹ Ezgi Öztürk, Halka Açık Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı (Ayrıcalıklı) Paylar, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2009/6 Kasım/Aralık s.3159, (İmtiyazlı Paylar).

¹² Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1270.

Bu itibarla payın ikinci anlamı kendisine bağlanan tüm hak ve yükümlülükleri diğer bir ifade ile pay sahipliği mevkiini ifade eder¹³. Anonim ortaklığın genel yapısına baktığımızda pay; pay sahibinin ortaklık ile maddi-hukuki ilişkisini, tüm haklarını ve yükümlülüklerini oluşturmaktadır. Yani anonim ortaklıkta payın sağlamış olduğu hak ve yükümlülükler pay sahibine değil, payın kendisine bağlıdır. Başka bir ifade ile pay; pay sahipliğine bağlı hak ve borçların birliğidir¹⁴. Böylece pay; kendisini edinen sahibinin şahsından soyut bir mevki oluşturmakta ve bu duruma ise “pay sahipliği mevki” denilmektedir.

Pay sahipliği mevki, dolayısıyla paylar sabittir. Yani değişken değildir. Değişken olan ise pay sahipleridir. Bir payı aslen veya devren iktisap eden bir kişi sabit olan pay sahipliği mevkiine gelmiş olur. Bu kişilere pay sahibi denir. Pulaşlı, pay sahipliği mevkiinin “otobüs koltukları gibi” olduğunu ifade etmektedir. Pulaşlı ifadesine; “kim koltuğa oturursa, oturduğu sürece o mevkiin (koltuğun) maliki olarak, o mevkiin içerdiği tüm hak ve imtiyazları kullanmak, bunlardan yararlanmak yetkisine sahip olduğu gibi, aynı zamanda payın (mevkiin) içerdiği yükümlülüklerin de borçlusu olarak, ifa yükümlülüğü altındadır.” şeklinde devam etmiştir¹⁵.

“Pay sahibi” terimi kanuni bir terimdir. Pay sahibine “paydaş” denilmesi doğru değildir. Esasında “paydaş” kelimesi daha çok eşya hukuku ile ilgili bir kavramdır. MK.’ya baktığımızda gerçekten de eşya hukukunda paylı mülkiyetteki her bir malike verilen ad paydaştır. (MK.m.688 vd.) Payı devreden kişi pay mevkiinden ayrılır ve yerine yeni pay sahibi gelir. Yine TTK m.483 gereği pay bedelini ödemediği için ıskat edilen kimse pay mevkiinden ayrılırken, pay sabit bir şekilde yerinde kalır. Sabit olan pay sayısı ancak sermayenin artırılması veya azaltılması yolu ile değişebilir.

Ayrıca anonim ortaklıklarda pay sahipleri, şahıs şirketlerindeki gibi şerik (ortak) olarak da kabul edilmemelidir. Dolayısıyla şahıs şirketlerindeki şerik kelimesinin anlamı; bir şirket kurmak amacı ile bir araya gelen kişilere verilen addır. Oysa ki bir anonim ortaklıkta pay sahibi her zaman bir şirket kurma arzu ve iradesine sahip olmayabilir. Pay sahibi bazen yıl sonu kârını almak, bazen oy gücünü kullanarak ortaklık yönetiminde etkin olmak vb. spekülatif amaçlar doğrultusunda

¹³ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.3.

¹⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.546.

¹⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1271.

hareket edebilir.

Bununla beraber bir pay sahibinin birden fazla paya sahip olabilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır. Yani bir anonim ortaklıkta bir pay sahibinin birden fazla payı bulunabilir. Böyle bir durumda her bir pay bağımsızlığını korur. Yani kollektif ve komandit ortaklıklardaki gibi birleşik ve tek bir pay haline dönüşmez. Her pay; sahibine kendisine bağlı hak ve yükümlülükleri ayrı ayrı sağlar.

Ayrıca pay ile ilgili ilkelerden bir tanesi payın bölünmezliği ilkesidir. Pay şirkete karşı bölünemez. Eğer bir payın birden fazla sahibi varsa, bu pay sahipleri şirkete karşı haklarını ancak aralarında seçecekleri bir temsilci aracılığı ile kullanabilirler (TTK m. 477/1)¹⁶.

3. Hakların ve Borçların Kaynağı Olarak Pay

Pay sahipleri, anonim ortaklıkta sahip oldukları pay miktarı oranında, ortaklığa yaptıkları yatırımlar nedeni ile anonim ortaklık tüzel kişiliğine karşı bir yandan bazı haklar kazanırken diğer yandan ise bir takım borçları yüklenirler. İşte bu anlamda pay; kendisine bağlanan hakların ve borçların kaynağını ifade eder.

Pay sahibinin, paydan doğan haklardan yararlanmasında ve borçlarını ifa etmesinde, onun anonim ortaklığa taahhüt ettiği sermaye oranı dikkate alınır¹⁷. Örneğin, genel kurula katılma, oy kullanma, kar payı vb. ile taahhüt edilen sermaye borcu gibi.

Pay sahipliği haklarının bağlı olduğu bazı ilkeler vardır. Bu haklar niteliklerine göre değişik şekilde korunurlar. Pay sahibinin hakları; pay sahibinin rızası olmadan değiştirilememe, vazgeçilememe, imtiyazlı paylardan doğma, tanındıkları yer, konu açılarından sınıflandırılabilir¹⁸.

4. Pay Senedi Anlamında Pay

Bu anlamda pay; üyeliği teyit ve tasdik eden kıymetli evrak niteliğindeki pay senedi anlamını içermektedir¹⁹. Anonim ortaklıkta hak ve borçlar ister eşit, ister farklı ve üstün olsun, kıymetli evrakta temsili ekonomik yönden çok

¹⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1272.

¹⁷ Eroğlu, s.9.

¹⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.620-611.

¹⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.3.

önemlidir. Bu nitelik nedeniyle, payın devri kolaylaşmış olur. Sonuç olarak anonim ortaklıkta sermayenin birikim oranı yükselir.

Pay sahipliğine bağlı hak ve borçların doğumu için hisse senedinin çıkarılması zorunlu değildir. Pay senedi düzenlenmeden önce de pay ile paydan doğan hak ve yükümlülükler mevcuttur. Pay senedi çıkarılmamış olsa dahi anonim ortaklığın tescili ve tüzel kişiliğin kazanılması ile veya sermaye arttırımının tescili ile pay sahipliği (hissedarlık) doğar. Pay senedi çıkarıldığı takdirde pay kıymetli evrak niteliğinde senede bağlanmakta ve hakkın içeriğinde bir değişiklik olmamaktadır.

Dolayısıyla pay sahipliği hak ve borçlarının doğumu açısından pay senedinin çıkarılması, kurucu nitelikte olmayıp açıklayıcı/bildirici niteliktedir.²⁰

Pay senedinin çıkarılması ile ilgili olarak şu hususa da kısaca değinmekte fayda vardır. Kapalı tip anonim ortaklıklarda pay senetleri; kuruluş aşamasında ortaklığın tescilinden sonra, sermaye arttırımı aşamasında ise genel kurulun sermaye arttırım kararının tescilinden sonra çıkarılabilir. Tescilden önce çıkarılan pay senetleri hüküm ifade etmez (TTK m. 486/1). Ayrıca tescilden önce pay senedi çıkaran kimseler, pay senetlerinin geçersizliği nedeniyle uğranılan zararlardan sorumludurlar.

Halka açık anonim ortaklıklarda ise pay senetleri tescilden önce çıkarılır. 2499 sayılı SerPK'da 3794 sayılı yasa ile değişiklik yapılması sonucu, halka açık anonim ortaklıklarda pay senetlerinin (sermaye piyasası araçlarının) satış esnasında alıcıya teslimi zorunluluğu getirilmiştir. Bu hüküm SerPK m.12/3 de aynı şekilde muhafaza edilmiştir. Ancak borsaya kote edilen şirketlerin hisseleri kaydileştirilerek, bu tür sermaye piyasası araçları elektronik ortamda Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından kayden izlenmekte ve merkezi muhafazası yapılmaktadır (SerPK m. 3/1 p). Dolayısıyla, borsaya kote edilmiş halka açık anonim ortaklıklarda artık fiziki olarak pay senedi çıkarılmamaktadır²¹.

II. PAY ÇEŞİTLERİ

A. Nakit Karşılığı Pay

Nakit karşılığı pay anonim ortaklık kuruluşunda nakit sermaye

²⁰ Gönen Eriş, Ayrıcalıklı Pay Senetleri I, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı:4, Yıl 1979, s.915.(Ayrıcalıklı Pay Senetleri)

²¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1273.

konulduğunda yani nakit taahhüt edildiğinde çıkarılan paydır (TK. m. 344, 345,346,459 f.2)²². Bu pay türünde payın bedeli nakden yani para ile ödenir.

Kural olarak anonim ortaklıkta pay sahiplerinin taahhüt edecekleri sermayenin nakit para olması zorunluluğu bulunmamaktadır²³.

Ancak bazı özel kanunlarda sadece nakdi pay çıkarılabileceği açıkça düzenlenmiştir. Örneğin SerPK m.49 f.1, bend c; m.50 f.2, m.65 f.2 gereği değişken sermayeli yatırım ortaklarının ve borsaların payları mutlaka nakit karşılığı olmalıdır. Yine bir başka örnek ise Bank.K m.7/b için de söz konusudur.

Ayrıca belirtmeliyiz ki, SerPK m.12 f.6'da yer alan, TTK'nın 346.maddesinin halka açık veya açılmak üzere SPK'ya başvuran AO'lara uygulanmayacağı düzenlenmesine rağmen TTK'nın 346.maddesinin nakdi ve aynı pay ayırımına dair bir hüküm olduğu ve anılan maddenin sadece nakdi paylara uygulanacağı belirtilmektedir²⁴. Yani bu durum karşısında SerPK m.12 f.6 hükmü TTK m.346 hükmünü atıl bir düzenleme haline dönüştürmüş olmaktadır.

B. Ayın Karşılığı Pay

Nakit dışındaki bir değerın anonim ortaklığa sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde ayın karşılığı sermaye söz konusu olur.

Kapalı anonim ortaklıklarda esas sermaye sisteminde aynı sermaye taahhüt edilebilir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi SerPK m.12 gereği halka açık anonim ortaklıklarda payların bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi şarttır²⁵.

TTK'nın 342.maddesi gereği anonim ortaklıklarda, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Ancak; hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

6762 sayılı TTK'da ayın sermaye karşılığı olan payların, anonim ortaklığın tescilinden itibaren 2 yıl geçmediği sürece devirleri hükümsüzdü (m.404). Ancak TTK'da ister nakit karşılığı ister ayın karşılığı olsun nama yazılı olan pay ve pay senetleri, kanunda ve esas sözleşmede aksi düzenlenmemişse her zaman

²² Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.558.

²³ Öztürk, İmtiyazlı Paylar, s.3159.

²⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.558.

²⁵ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, 3. Baskı, s.74-(9-06), (Yeni Hukuk).

serbestçe devredilebileceği düzenlenmiştir (TTK m. 490/1)²⁶.

C. Oy Hakkı Bulunan Pay

Anonim ortaklıklarda pay sahibinin en önemli haklarından bir tanesi oy hakkıdır. Pay sahibi oy hakkı ile; ortaklığın yönetim ve diğer organlarına üyelerin seçimini, azillerini, kâr dağıtımını, bilançonun onaylanmasını ve ortaklık yönetimini ilgilendiren diğer genel kurul kararlarını etkiler ve tercihini bildirir. Oy hakkı; pay sahibinin kendi rızası dışında bu hakkından herhangi bir şekilde tamamen veya kısmen yoksun bırakılamayacağı vazgeçilmez bir hak²⁷.

TTK'nın benimsemiş olduğu sisteme göre "her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir" (TTK m. 434 f.2).

TTK m.434 f.2 ile oy hakkı paya değil pay sahibine bağlanmıştır. Asgari oy ilkesi olarak adlandırılan bu hak, pay sahibi için vazgeçilmez niteliktedir. Oy hakkının vazgeçilmez bir hak olarak kabul edilmesinin sebebi ise, oy hakkının anonim ortaklıkta temel nitelik taşıyan yönetsel bir hak olması ve oy haksız pay sahibinin anlamsız olacağı düşüncesidir²⁸.

Bugün Türk Hukukunda oydan yoksun pay düzenlenmemiştir. Oydan yoksun pay kavramı ilk olarak 2499 sayılı mülga SerPK ile ortaya çıkartılmıştır. 2499 sayılı mülga SerPK'nın 14/A maddesinde bazı şartlarda oydan yoksun pay senetleri ile ilgili çerçeve düzenlemeye yer verilmişti. Bunun yanında bu tür paylar ile ilgili olarak SPK'ya tebliğ çıkarma yetkisi de verilmişti. Ancak SerPK ile oydan yoksun paylar yürürlükten kaldırılmıştır.

D. İtibari Değerli Pay / İtibari Değerden Yoksun Pay

TTK'nın benimsemiş olduğu sistemde itibari değerden yoksun pay bulunmamaktadır. TTK m.476 f.1 hükmü gereği; payın itibari değeri en az bir kuruştur. Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibari değer Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar arttırılabilir.

Bu hükme aykırı olarak çıkarılan paylar ve hisse senetleri geçersizdir. Ancak ödemedi doğan haklar saklıdır. Birinci fıkra hükmüne aykırı

²⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1274.

²⁷ Füsün Nomer, Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksun Paylar, Beta Yayınları, s.3. (Oydan Yoksun Paylar)

²⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.315(14-58).

olarak pay ihraç edenler, zarar verdikleri kişilere karşı müteselsilen sorumludurlar²⁹.

Kural olarak payın itibari değeri en az bir kuruş olmasına rağmen; mali olarak zor duruma düşen anonim ortaklığın mali durumunun düzeltilmesi için payların itibari değeri bir kuruştan fazla olduğu takdirde bir kuruşa kadar indirilebilir (TTK m.476 f.3).

Türk Hukuk Sisteminde; SPK tarafından, borsa anonim ortaklıklarda payların itibari değerlerinin, piyasa fiyatlarının ve defter değerlerinin altında olması halinde itibari değer altında fiyatla pay çıkarılmasına izin verilebilir. Bu şekilde yapılacak olan ihraçlara dair ikincil düzenlemeler SPK tarafından çıkarılır³⁰.

Türk Hukuk Sisteminin aksine ABD, Belçika, Lüksemburg gibi ülkelerin kanunlarında itibari değerden yoksun paylara yer verilmektedir³¹.

E. Özvarlıktan Kaynaklanan (Bedelsiz/Gratis) Pay

Anonim ortaklıkta, sermaye artırımının ortaklığın yedek akçelerinden veya fonlardan yapılması halinde, çıkarılacak yeni payların bedellerini özvarlık oluşturur. Bu paylar, sahiplerine bedelsiz verildiği için yabancı doktrin ve uygulamada bedelsiz anlamında gratis paylar adı ile anılırlar. Ancak aslında bu paylar bedelsiz değildir. Payların bedelleri yıllık kârların bir kısmının sahiplerine ödenmeyip ortaklığa yedek akçe olarak bırakılması sureti ile önceden ödenmiş veya fondan karşılanmıştır³².

F. Aslen İktisap Edilen Pay / Devren İktisap Edilen Pay

Aslen iktisap edilen pay; anonim ortaklığın kuruluşunda veya sermaye artırımında pay sahiplerinin taahhüdü sonucunda kazanılan paya verilen addır. Buna karşılık devren iktisap edilen pay ise; anonim ortaklığın kuruluşundan veya sermaye artırımından sonra payın taahhüt sahiplerinden devren kazanılmasına denilmektedir. Cebri icra veya pay sahibinin temerrüt sonucu ıskatı yolu ile kazanma da devren iktisaptır.

²⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1285.

³⁰ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.560.

³¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1287.

³² Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.576.

G. İmtiyazlı Pay / Adi Pay

İmtiyazlı pay kavramı; anonim ortaklıklarda, bir paya diğer paylara nazaran esas sözleşme ile veya esas sözleşme değişikliği ile üstün haklar tanınması niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Üstün haklarla donatılmayan diğer paylara da adi pay denilebilmektedir³³. Paya tanınan imtiyazlar ise, yönetimde, kâr payında, oyda, tasfiye payında vb. şeklinde olmaktadır.

Ş.2. İMTİYAZLI PAYLARIN TARİHİ GELİŞİMİ

İmtiyazlı payların ilk olarak kullanılmaya başlandığı tarih kesin olarak tespit edilememekle beraber bu payların 16. yy.'nin ikinci yarısında İngiltere'de ve bu tarihlere yakın bir zaman diliminde ise Hollanda'da kullanıldığı tespit edilmiştir.

İmtiyazlı payların ilk ortaya çıkış sebebi; nakliye ve demiryolu işletmeciliğinde faaliyet gösteren şirketlerin, 18. ve 19. yy.'de Avrupa'da yaşanan sanayi devriminin de etkisi ile gelişen teknolojiye ayak uydurabilmeleri için artan sermaye ihtiyaçlarıdır.

İmtiyazlı paylar, tarihi seyir içinde en büyük gelişmeyi ve çeşitliliği yaşadığı Amerika'da ise ancak 1830'lu yıllarda ortaya çıkmıştır. İlk olarak 1835 yılında "Baltimore and Ohio Railroad Company" esas sözleşmesinde imtiyazlı paylara yer vermişse de imtiyazlı payların Amerika'da gerçek anlamda ancak 1880'li yıllarda kullanılmaya başlandığı anlaşılmaktadır³⁴.

Anılan tarihlerde demiryolu ve nakliye ulaşımının hızlı bir gelişme göstermesi ve demiryolu ortaklıkları ile nakliye şirketlerinin bu gelişime ayak uydurabilmeleri için daha yüksek sermaye ihtiyaçları ortaya çıkmıştır. İşte bu artan yüksek sermaye ihtiyaçları imtiyazlı payların doğmasına neden olmuştur.

Gerçekten bir yandan ekonomik ihtiyaçlar ve şirketlerin bunlara ayak uydurma zorunluluğu, bir yandan ise ortaklıkların mevcut paylarının zamanla değerinin düşmesi ve ortaklardan ek ödeme istenememesi sonucu ihtiyaç duyulan sermayenin tedariki için imtiyazlı pay ihracı yoluna gidilmiştir³⁵.

³³ Mustafa Yiğit Örnek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü, İstanbul 2012, s.5 (İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu)

³⁴ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.7.

³⁵ Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s.2, (Yönetime

İmtiyazlı paylar Amerika'da kısa sürede çok hızlı bir gelişme göstermiştir. O kadar ki imtiyazlı payların vermiş olduğu kâr oranı birçok tahvilin verdiği faiz oranının üzerinde bulunmuştur. Bu durum ise yatırımcılar için son derecede önemli teşvik edici bir sebep olmuştur. Bu nedenle ABD birçok ortaklık sermayelerinin büyük bir bölümünü imtiyazlı paylara ayırmıştır. Gerçekten 1920'li yıllarda ABD'de imtiyazlı paylar tüm pay emisyonunun %20'sine erişmiş ve akabinde 1933 yılından itibaren bankaların da imtiyazlı pay ihraç edebilmelerine kanunla izin verilmiştir³⁶.

Almanya'da imtiyazlı paylar ABD'deki benzer sebeplerle kullanılmaya başlanmıştır. Ancak Almanya'daki gelişme ABD'den biraz daha eski ve farklıdır. Almanya'da imtiyazlı payların ilk olarak kullanımı 1857'li yıllara tekabül etmektedir. Yine ABD'de daha çok kârda imtiyazlı paylar kullanılırken, Almanya'da imtiyazlı paylar daha çok oyda imtiyazlı pay ve oydan yoksun imtiyazlı paylar alanında kullanılmıştır. Almanya'da her payın oy hakkı doğuracağı kuralı ilk kez getirilerek oyda imtiyazlı payların kullanılmasına izin verilirken, oydan yoksun imtiyazlı payların ihracı yasaklanmıştır.

Nitekim Almanya'da imtiyazlı paylar ile ilgili olarak ilk yasal düzenleme 1884 yılında yapılmıştır. Almanya'da imtiyazlı payları özel bir grup olarak kabul eden 1884 tarihli "Aktiennovelle" de her payın itibari değerine göre oy hakkı vereceği kuralını getirmiş ve oyda imtiyazlı paylar ile oydan yoksun imtiyazlı payları kesin olarak yasaklamıştır. Akabinde 1897 tarihli HGB'de ise, imtiyazlı paylar ile ilgili olarak çeşitli hükümler ile birlikte özellikle oyda imtiyazlı payların ihraç edilebileceği kuralı getirilmiştir. Aynı şekilde İsviçre'de de imtiyazlı payların ortaya çıkışı ve gelişme süreci benzer sebeplere dayanmaktadır. İlk olarak Birleşik İsviçre Demiryolları ile Oron Demiryolu (Lozan-Freiburg) 1859 yılında bu payların ihracını gerçekleştirerek bu yolda öncülük yapmıştır. Ancak İsviçre'de imtiyazlı paylara ilişkin ilk kanuni düzenleme ancak 1881 tarihli Borçlar Kanunu ile yapılabilmıştır³⁷.

20. yy.'nin başlarında özellikle 1.Dünya Savaşından sonra Almanya, İngiltere, Hollanda, İsviçre gibi birçok Avrupa ülkesinde imtiyazlı paylar

Katılma Haklarında İmtiyaz).

³⁶ Onur Kerem Günel, Özel Kategori Paylar, Ankara 1997, s.4.

³⁷ Kendigelen bu konuda; "...her ne kadar Karahan İsviçre Hukuku açısından ilk kanuni düzenlemenin 1881 tarihinde yapıldığını ileri sürmekte ise de yazarın iddiasının aksine eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda imtiyazlı paylara ilişkin herhangi bir özel hükmün yer almadığını" belirtmektedir. Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.3.

sınırsız ve koşulsuz bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır³⁸. Bunun sebebi ise; imtiyazlı paylar önceleri artan sermaye ihtiyacının karşılanması için kullanılırken, daha sonraları özellikle ulusal şirketleri yabancı büyük sermaye sahiplerine karşı koruma amaçlı kullanılmaya başlanmıştır. Savaş sonrasında ekonomik krize giren ülkelerde faaliyet gösteren şirketlerin, yabancı sermaye akımı nedeni ile yabancı şirketlerin eline geçmesini önlemek için özellikle oyda imtiyazlı paylar tedbir düşüncesi ile ihraç edilmeye başlanmıştır³⁹.

Ancak iyi niyet ve tedbir amacı ile ihdas edilen oyda imtiyazlı paylar daha sonraları kötüye kullanılmaya başlanmıştır. Önceleri bir paya 10-20 arası oy hakkı tanınırken bu durum daha sonraları bir imtiyazlı paya yüzbinlerce oy hakkı tanınması gibi inanılması güç boyutlara ulaşmıştır⁴⁰.

Bu konuda ünlü ticaret hukukçusu ve hukuk sosyoloğu Rudolf Müller-Erzbach “Die Entartung des Deutschen Aktienwesens seit der Inflationszeit, Berlin 1926/Enflasyon Döneminden Beri Alman Pay Kavramının Yozlaşması” adlı kitabında; Alman anonim ortaklıklarında oyda imtiyazlı payların milyonlarla ifade edilen oy hakları sağladığını, yönetim gücünün bu suretle sağlandığını anlatır⁴¹.

Bu durum anonim ortaklıkların sahip olduğu demokratik yapıyı ortadan kaldırdığı gibi, şirket yönetimi ile şirket sermayesi arasındaki oranın bozulmasına sebep olmuştur. Dolayısıyla bu durum bir yandan sermaye şirketlerinde geçerli olan sermayeye katılım oranında haklardan yararlanma (soviel kapital, soviel rechte) genel ilkesine aykırı olmuş bir yandan ise şirketlerin gelişmesine engel olmuştur⁴².

Bu nedenlerle Almanya’da ilk olarak oyda imtiyazlı payların bilançoda gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ancak bu tedbir yeterli olmadığı için 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu ile oyda imtiyazlı paylar kural olarak yasaklanmış ve bu payların istisnai nitelikteki bir izinle kullanılabileceği kabul edilmiştir⁴³.

Birçok Avrupa ülkesinde; imtiyazlı payların özellikle oyda imtiyazlı payların kötüye kullanılması sonucu, imtiyazlı paylar ve özellikle oyda imtiyazlı paylar hakkında birçok sınırlamalar getirilmiş ve hatta oyda imtiyazlı

³⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.562.

³⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1288

⁴⁰ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.10.

⁴¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.563.

⁴² Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1288, Karahan, İmtiyazlı Paylar s.10.

⁴³ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.10.

paylar tamamen reddedilmiştir. Almanya 1998’de oyda imtiyazı geçersiz saymış, diğer konularda ise sadece oysuz paylara imtiyaz tanımıştır. Almanya’nın yanı sıra imtiyazlı paylara sınırlama getiren diğer ülkeler arasında Fransa, İsviçre gibi Avrupa ülkeleri yer almıştır⁴⁴.

Ülkemizde ise imtiyazlı payların kullanılmaya başlanması ve ilgili kanuni düzenlemelerin yapılması ABD ve Avrupa ülkelerine nazaran çok daha yeni olmakla birlikte özgün olmaktan uzaktır. Bu nedenledir ki; 1926 tarihli Eski Ticaret Kanununun kabulüne kadar, ülkemizde imtiyazlı payların kullanıldığına dair elimizde bilgi ve belge bulunmamaktadır⁴⁵. Mülga 1957 tarihli 6762 sayılı TTK’da da imtiyazlı paylar yalnızca genel hatlarla düzenlenmiş, bu paylar hakkında herhangi bir sınırlamaya kanunda yer verilmemiştir. İmtiyazlı payların sınırlanması ile ilgili olarak yalnızca BK m.19, 20 ve dürüstlük kuralı (MK. m.2) uygulanabilmiştir⁴⁶.

Kanun koyucunun imtiyazlı paylarla ilgili herhangi bir sınırlama getirmemiş olması ve imtiyazlı payların herhangi bir şart veya gerekçeye bağlanmamış olması doktrin tarafından haklı olarak eleştirilmiştir⁴⁷.

6762 sayılı TTK’da, imtiyazlı payların koşulsuz ve sınırsız düzenlenmesine karşılık TTK’da imtiyazlı paylar daha çağdaş kurallara bağlanmıştır⁴⁸.

TTK’nın 478. maddesinde imtiyazlı payın tanımı yapılmıştır. Ayrıca yeni kanun ile birlikte imtiyazlı paylara özellikle oyda imtiyazlı paylara bir takım sınırlamalar ve koşullar getirilmiştir. Yine bir diğer önemli değişiklik ise; eski düzenleme çerçevesinde yönetim kuruluna veya denetim kuruluna aday gösterme hakkının bir imtiyaz olup olmadığı hakkında yapılmıştır. TTK’da konuya ilişkin tartışmaları sona erdirmek amacıyla, TTK m.360/f.1 hükmü ile belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesinin ana sözleşme ile belirlenebileceği belirtilmiştir. TTK m.360/f.2’de ise bu gruba yönetim kuruluna aday gösterme hakkı tanınması halinde o payların imtiyazlı sayılacağı hükme bağlanmıştır⁴⁹. Yine SerPK’da da imtiyazlı paylar ile ilgili olarak düzenlemelere yer verilmiştir.

⁴⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.563.

⁴⁵ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.12.

⁴⁶ Ozan Niyazi Günel, İmtiyazlı Hisse Senetleri, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2009, s.4, (Günel Ozan Niyazi, İmtiyazlı Hisse Senetleri).

⁴⁷ Kendigelen Abuzer, İmtiyazlı Paylar, Ticaret Hukuku Kürsüsünde 15. Yıl Makalelerim, İstanbul 2001, s.331 (Makalelerim).

⁴⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.563.

⁴⁹ Örnek, İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, s.24.

§.3. İMTİYAZLI PAYLARIN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

I. İMTİYAZ KAVRAMI

A. Terminoloji

İmtiyaz kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık anlamlarına gelmektedir⁵⁰.

Ancak, doktrinde konu ile ilgili terminoloji oldukça tartışılmış ve söz konusu payları belirtmek üzere farklı terimler önerilmiştir. Bunlardan bazıları “*imtiyazlı pay, ayrıcalıklı pay, mümtaz hisse, hukuki durumları değişik pay grubu*”⁵¹ olmakla birlikte doktrinde asıl tartışma “imtiyazlı pay” terimi ile “özel kategori pay” terimi arasında yaşanmıştır.

Özel kategori pay terimi ilk olarak İmregün tarafından ortaya atılmıştır. Yazar; anonim ortaklıklarda payların biri sahiplerine normal, diğeri ise bunlara nazaran ek ve farklı haklar sağlıyorsa imtiyaz teriminin kullanılabilceğini, ancak pay gruplarının hepsi birbirlerine oranla farklı haklar sağlıyorsa bu takdirde imtiyazlı paydan bahsedilemeyeceğini, zira bu halde hangi payın diğerlerine nazaran imtiyazlı olduğunu tespit etmenin olanaksız olduğunu belirterek “özel kategori pay” teriminin daha uygun olduğunu belirtmiştir⁵². Günel de; özel kişisel hak anlamını taşıyan imtiyaz teriminin kullanılabilmesi için karşısında özel bir hak taşımayan pay grubunun yer alması gerektiği, oysa özel kategori pay terimi kullanılacak olursa, farklı haklara sahip birden fazla pay grubu olması halinde bile bu pay gruplarının birbirine karşı özel kategoriler oluşturacağından, özel kategori pay teriminin durumu daha iyi açıklayacağını ifade etmiştir⁵³.

Tekinalp ise; bir dönem bu görüşün haklı olduğunu savunarak, âdi pay imtiyazlı pay ayrımının yanıltıcı olduğunu, çünkü bir anonim ortaklıkta birden fazla pay grubu bulunup da bunlardan bir grup bazı haklarda, diğer bir grup ise başka haklarda üstünlüğe sahipse âdi pay imtiyazlı pay adlandırılması yapılmasının mümkün olamayacağını, ancak karşılıklı üstünlüklerin olması halinde böyle bir

⁵⁰ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük 1, 9. Baskı, Ankara 1998, s.1078

⁵¹ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.5.

⁵² Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıkta Özel Kategori “İmtiyazlı” Paylar Kurulları, Prf. Yaşar Karayalçın’a 65.

Yaş Armağanı, s.186, (Özel Kategori Paylar Kurulları), Anonim Şirket Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunlara Telif Çareleri, İstanbul 1962 s.86 vd. (Menfaat İhtilafları).

⁵³ Günel, Özel Kategori Paylar, s.2 dp 2.

ayrımın yapılabileceğini, bu nedenle kavramı daha iyi tanıtan “özel kategori pay” teriminin kullanılmasının önerildiğini ifade etmiştir. Ancak buna rağmen Tekinalp; gerek 6762 sayılı yasa döneminde gerekse TTK döneminde “*imtiyazlı pay*” terimini kullanmıştır⁵⁴.

Genel olarak ise doktrinde, paya tanınan üstün hakları ifade etmek için “imtiyaz” terimi kullanılmaktadır⁵⁵.

Kanaatimizce; imtiyazın terimsel anlamı olan üstünlük, ayrıcalık ifadeleri de gözönüne alındığında imtiyaz, ancak adi paya nazaran bir üstünlük, ayrıcalık sağlanması durumunda söz konusu olacaktır. Nitekim yasa koyucu tarafından 478.maddenin gerekçesinde de “imtiyaz” adi paya nazaran üstünlük şeklinde tanımlanmıştır⁵⁶. Bu durumda bir anonim ortaklıkta (A) grubu paylar adi pay niteliği taşıırken, (B) grubu paylar kâr payında öncelik hakkına sahipse bu durumda (B) grubu paylar (A) grubu paylara nazaran imtiyazlı olacaktır. Çünkü burada (B) grubu paylar, kâr payında öncelik hakkına sahip olarak, adi nitelikteki (A) grubu paylar karşısında üstünlük sağlamaktadır. Buna karşılık bir anonim ortaklıkta (A) grubu paylar kâr payında, (B) grubu paylar tasfiye payında öncelik hakkına sahip, (C) grubu paylar ise yönetim kurulunun oluşturulmasında aday gösterme hakkına sahip olacak şekilde düzenlenmişse bu durumda imtiyazın terimsel anlamındaki üstünlüğü karşılayacak bir durum oluşmamaktadır. Zira bu durumda (A) grubu paylar, (B) ve (C) grubu paylara göre kâr payında üstünlük sağlarken, tersi durumda ise (B) grubu paylar, (A) ve (C) grubu paylara göre tasfiye payında üstünlük sağlamaktadır. Peki bu durumda hangi pay diğerine göre üstün ve ayrıcalıklı kabul edilecektir? Bu durumda her pay grubu diğerlerine nazaran farklılık ve üstünlük tanımaktadır. Öyleyse hangi pay adi pay olarak kabul edilecektir? Ya da hepsi birbirine oranla farklı olan haklarda, farklılık/üstünlük sağlayan paylara “*imtiyazlı*” denmesinin bir önemi kalacak mıdır?

Ayrıca esas sözleşme ile veya esas sözleşme değişikliğiyle paylara tanınan her farklılık veya ayrıcalık imtiyaz olarak değerlendirilebilir mi? Örneğin; esas sözleşmeye “Yönetim Kurulu, Genel Kurula iştirak eden (A) grubu hissedarların

⁵⁴ Tekinalp Ünal/Poroy Reha/ Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku, 8.Bası, İstanbul 2000, s.433 (Ortaklıklar 2000), Tekinalp Ünal, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 1996, s.3 vd (Sempozyum).

⁵⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.76 vd.; Çeker Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000,s.45 vd. (Oy Hakkı); Süleymanlı Servet, Anonim Şirketlerde Oy Hakkı, 2005, s.188 vd.; Moroğlu Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İstanbul 2014, s.15 (Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü); Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.4 vd.; Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.9 vd.

⁵⁶ Gerekeçe; m.478.

toplam oylarının en az %51'ine sahip olanlar tarafından gösterilecek adaylar arasından Genel Kurulca seçilecek dokuz üyeden oluşur” şeklinde bir hüküm konulduğunda, bu anonim ortaklıktaki (A) grubu paylar yönetiminde imtiyazlı sayılabilecek midir? Bir pay grubuna (örnekte (A) grubu); (A) grubundan genel kurula katılanların oylarının yarısından fazlasına sahip olanlara yönetim kurulu için aday gösterme hakkı tanınmak sureti ile imtiyaz tanınması geçerli olur mu? Eğer geçerli kabul edilirse bu durumda A grubu pay sahiplerinden genel kurula katılmayan/katılmayan pay sahiplerinin durumu ne olacaktır? Kanaatimizce burada (A) grubu paylara tanınan farklılık bir imtiyaz olarak değerlendirilmemelidir. Zira burada tam bir üstünlük bulunmamaktadır. İşte yukarıda örnekle izah etmeye çalıştığımız gibi benzer durumlarda pay gruplarına aslında imtiyaz tanınmak istense de, aslında tanınan hak, gerçek anlamda bir üstünlük sağlamamaktadır. Tüm bu hususlar ve sorulan sorular doktrinde tartışılabilir konulardır. Ancak kanaatimizce yaptığımız açıklamalar çerçevesinde “imtiyazlı pay” terimi yerine İmregün tarafından önerilmiş olan ve bazı yazarlarca da desteklenmiş olan “özel kategori paylar” terimini kullanmak amaca daha iyi hizmet edecek olup daha uygun olacaktır.

İmtiyaz kavramı ile ilgili olarak tüm bu açıklamalardan sonra; her ne kadar İmregün tarafından kabul edilen ve önerilen “özel kategori paylar” terimini kullanmanın daha doğru olacağına inanıyorsak da, TTK'nın tercih ederek kullandığı bir terim olması nedeniyle bu çalışmada imtiyaz terimi kullanılacaktır.

B. İmtiyazlı Payların Tanımı

6762 sayılı TTK'da imtiyazın tanımı yapılmamış sadece bazı paylara kâr payında, tasfiye bakiyesine katılmada ve sair hususlarda imtiyaz tanınacağı öngörülmüştür.

Buna karşılık; 6762 sayılı TTK döneminde imtiyazlı payın tanımı ve kapsamı ile ilgili olarak doktrinde⁵⁷ farklı tanımlamalar ve tartışmalar yapılmıştır.

Tekinalp; başlangıçta imtiyazın ancak paya üstün bir hak tanınarak oluşturulabileceğini, esas sermayenin gruplara ayrılarak her bir gruba kanunda verileden daha fazla hak tanınmasına karşılık, paylar arasındaki eşitliğin

⁵⁷ Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, Ders Kitabı, 5.Bası, İstanbul 1993, N.785 (Ortaklıklar 1993), Reisoğlu Seza, Tekinalp-Sempozyum, s.27-28., Moroğlu, Tekinalp-Sempozyum, Tartışmalar, s.24, Teoman Ömer; Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi? Batıder Cilt.18, Sayı.3 Yıl.1996, s.1 (Ayrıcalık)

bozulmaması halinde imtiyazdan bahsedilemeyeceğini savunmuştur. Nitekim yazar bu savunmasına dayanarak, örneğin payların birden fazla gruba ayrılması ve her bir gruba dörder oy hakkının verilmesi halinde eğer paylar arasındaki eşitlik bozulmuyor ve üstünlük sağlanmıyorsa, bu takdirde sadece kanunda verilen 1 oy hakkından fazla oy hakkının verilmesi halinde imtiyazın varlığını ret etmiştir⁵⁸.

Ancak yazar 1996 yılında sunduğu bir tebliğde yukarıdaki görüşünü değiştirerek, TTK m.401’de sadece bazı paylara imtiyaz tanınabileceğinin belirtildiği buna karşılık “farklılık” unsuruna yer verilmediğinden hareketle, bir pay grubunun diğer pay grubuna nazaran farklı haklara sahip bulunması halinde imtiyaz olabileceği gibi, paylara kanunda yer alan düzenlemenin üzerinde haklar tanınması halinde (örneğin paylara 4 oy hakkının tanınması gibi) de imtiyazın meydana geleceğini ifade etmiştir⁵⁹. Dolayısıyla yazar bu görüşü ile diğer paylara nazaran üstünlüğün yanında kanuna nazaran üstünlüğün var olması halinde de imtiyazın varlığını kabul etmiştir.

Tekinalp’in bu görüşü Reisoğlu tarafından benimsenerek desteklenmiştir. Ancak sorunun tartışıldığı sempozyumda Moroğlu tarafından bu görüşe karşı çıkmıştır. Moroğlu tarafından karşı çıkma gerekçeleri sempozyumda uzun bir şekilde açıklanmıştır⁶⁰. Biz çalışmamızda sadece Moroğlu’nun görüşlerinden imtiyazlı payların tanımı ve kapsamına ilişkin olan kısma yer veriyoruz.

Moroğlu’na göre; imtiyazlı pay ve pay senetlerinden bahsedebilmek için esas sözleşmede bir kısım pay ve pay senetlerine, oy hakkı, kâr payı, v.s. konularda diğer paylara göre bir ayrıcalık tanınmış olunması zorunludur.

Teoman’a göre ise bir pay veya pay grubunun diğerlerine nazaran farklı ve üstün bir hak sağlamadığı durumlarda ayrıcalıktan söz edilememekte, tüm pay gruplarına kanuna nazaran tanınan eşit haklar, ancak müktesep hak oluşturmaktadır. Yazara göre, bir paya ayrıcalığın tanınması ancak üstün bir hak tanınarak oluşturulabilir⁶¹.

Çeker’e göre imtiyazlı paylar, kanuna ve diğer paylara nazaran üstün bir hakla donatılmış paylardır. Yazar özellikle oy hakkında imtiyaz açısından,

⁵⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ders Kitabı, 5.Bası, İstanbul 1993, N.785 (Ortaklıklar 1993)

⁵⁹ Tekinalp, Sempozyum, s.6-7.

⁶⁰ Bkz. Tekinalp, Sempozyum (Tartışmalar Moroğlu).

⁶¹ Teoman Ömer; Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi? Batıder Cilt.18, Sayı.3 Yıl.1996, s.1 (Ayrıcalık)

kanuna nazaran imtiyaz görüşünü reddetmiştir⁶².

İmregün'e göre maliklerine diğer paylardan farklı ve ek haklar sağlayan paylar özel kategori paylardır⁶³.

Eriş ise imtiyazlı payları şu şekilde tanımlamaktadır; paylı ortaklıklarda ana sözleşme ile kâra ve tasfiye artığına katılma vesair hususlarda farklı ve üstün haklarla donatılmış pay ve paylara ayrıcalıklı pay denir⁶⁴.

Kendigelen tarafından imtiyazın tanımı; "Her halde ana sözleşmede yer alması zorunlu bir hükümlerle öngörülen, paya bağlı olan, sermayeye katılma oranına göre üstünlük olarak nitelendirilebilen ve özel korunmadan yararlanan pay sahipliği hakları" şeklinde yapılmıştır⁶⁵.

Karahan ise imtiyazlı payın tanımını genişleterek şu şekilde yapmıştır: "Esas sözleşme ile pay sahipliği haklarının içerik itibariyle bazı pay veya pay grupları lehine farklılaştırılması sonucu ortaya çıkan, aksi esas sözleşmede öngörülmedikçe müktesep hak karakterini haiz olmayan, pay sahibi lehine korunması gereken bir menfaat teşkil eden farklılık ve üstünlüklere anonim ortaklıklar hukuku anlamında imtiyaz ve bu imtiyazla donatılmış paylara da imtiyazlı pay denilir."

6762 sayılı TTK döneminde yer alan imtiyaz ve imtiyazlı paylara dair düzenlemeler ile doktrinde yapılan tanım ve tartışmalara karşılık TTK'da, imtiyazlı paylar ile ilgili oldukça farklı düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan ilki imtiyaz kavramının tanımının yapılmasıdır. TTK m.478'e göre imtiyaz; "...paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır"⁶⁶.

Bu tanım ile birlikte aslında 6762 sayılı TTK döneminde imtiyazlı pay ile ilgili yapılan ve yukarıda yer verdiğimiz tartışmalar da bir nevi giderilmiştir. Bu tanıma göre bir pay iki şekilde imtiyazlı hale gelebilir. Bunlardan ilki bir paya, adi paya nazaran daha üstün haklar tanınması şeklindedir. Bir diğer imtiyazlı pay çeşidi ise; kanunda yer almayan bir hakkın bir kısım paylara tanınması ile meydana getirilir.

Tüm bu açıklamalardan sonra imtiyazlı payın diğer adi paylara nazaran üstün bir hak veya ayrıcalık olduğunu anlayabiliriz. Ancak kanun metninde belirtilen üstün kelimesi hiyerarşik anlamda bir üstünlüğü değil, adi paylara nazaran

⁶² Çeker, Oy Hakkı, s.52

⁶³ İmregün, Özel Kategori Paylar Kurulları, s.186.

⁶⁴ Eriş, Ayrıcalıklı Pay Senetleri.918.

⁶⁵ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.38.

⁶⁶ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.45.

daha fazla haktan yararlanmayı ifade etmektedir. Kaldı ki bu husus TTK'nın 478. madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir⁶⁷.

Yine madde metni ile gerekçesi doktrinde baskın olan görüşler ile birlikte değerlendirildiğinde; imtiyazlı payda kastedilen üstünlük, 6762 sayılı TTK döneminde Tekinalp'in savunduğu şekilde kanuna nazaran üstünlük şeklinde değildir. Yani bir anonim ortaklıkta birden fazla gruplara ayrılmış olan payların hepsine eşit olarak kanunda verilen hakların üzerinde bir hak tanınması imtiyaz oluşturmamaktadır. İmtiyazdan söz edebilmek için mutlaka paylar arasındaki oransallık ve eşitliğin bozulmuş olması veya kanunda düzenlenmemiş yeni bir hakkın paya tanınmış olması gerekmektedir.

İmtiyazın, kanuna nazaran üstünlük sağlanarak da tanınabileceği görüşünü ilk olarak savunan Tekinalp'in, 6102 sayılı TTK döneminde imtiyazlı payın tanımı ve kapsamı ile kanuna nazaran üstünlük hakkındaki görüşlerine yer vermenin de yararlı olacağını düşünüyoruz.

6102 sayılı TTK döneminde Tekinalp imtiyazlı payı şu şekilde tanımlamıştır: “imtiyazlı pay, adi paya nazaran, esas sözleşme düzenlemesi ile üstün hak veya haklar sağlayan paydır.” Yazar devamında burada sapmanın miktar olarak daha fazla hak veya öncelik sağlanması noktasında olduğunu belirtmektedir. Yazar üstün hak kavramını ayrıca değerlendirmiş ve üstünlüğün başka grup paylara göre değil, adi paya nazaran olduğunu vurgulamıştır. Yazarın üstün hak ile ilgili olarak vermiş olduğu örnekler incelendiğinde yazara göre; A grubu pay, sahiplerine 1 oy hakkı verirken, oyda imtiyazlı B grubu pay sahiplerine 2 oy hakkı veriyorsa B grubu payın oyda imtiyazlı olduğunu, yine kâr payında yıllık kârdan gerekli ayrımlar yapıldıktan sonra kalan karın %10'u A grubuna, %5'i B grubuna verildikten sonra bakiye A, B ve C grubu paylara oransallık ilkesine göre paylaştırılırsa A ve B grubu paylar kârda imtiyazlı, C grubu pay ise adi paydır⁶⁸.

Ancak yazar bir başka kitabında ise; paya, kanunda tanınan hakların düzeyinin üstünde bir hak tanınmasının imtiyaz olduğunu belirterek, bu halde A ve B grubu paylarının birbirine üstün olmasının şart olmadığını, A ve B grubu payların 3'er oy kullanabilmesi halinde biri diğerine üstün olmadığı halde ikisinin de imtiyazlı pay olacağını ifade etmiştir⁶⁹.

⁶⁷ Gerekeçe m.478/2, www.sinerjimevzuat.com.tr

⁶⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.564-565.

⁶⁹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.76.

II. İMTİYAZLI PAYLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. İmtiyazlı Paylar ve Müktesep Haklar

1. Eski Ticaret Kanunundaki Durum

a. *Anonim Ortaklıkta Müktesep Hak Kavramı*

Müktesep haklar, 6762 sayılı TTK'nın 385.maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni incelendiğinde birinci fıkrada pay sahiplerinin müktesep haklarında onların rızaları hilafına değişiklik yapılamayacağını düzenlenirken, ikinci fıkrada ise öncelikle müktesep hakkın tanımının yapıldığı ve devamında ise müktesep haklara bazı örneklerin verildiği anlaşılmaktadır. 6762 sayılı TTK m.385'de yer alan müktesep hak tanımı, kaynak 1936 tarihli İsv.BK m.646'da yer alan kısa tanımın aynen alınması şeklinde düzenlenmiştir.

Arslanlı, müktesep haktan bahsedebilmek için müktesep tabirinden çıkan anlama göre ana sözleşme ile iktisap gerektiğinin anlaşılacağı, ancak iktisap edilmiş bir hakkın mevcudiyetine gerek olduğu ve bu hakkın kanunla da tanınmış olabileceği, zira kanunun pay sahiplerine resen tanıdığı hakların emredici mahiyette tanınmış haklar olduğu ve ana sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olamayacağını belirtmektedir⁷⁰.

Genel olarak müktesep haklar, kanun veya esas sözleşme ile pay sahiplerine tanınmış olan ve bunların rızası olmadan değiştirilmesi mümkün olmayan haklar olarak nitelendirilmiştir⁷¹. Ayrıca burada bir hakkın müktesep hak olup olmadığının tespitinde, o hakkın kazanılış biçiminin önemli olduğu, hakkın içeriğinin ise hakkın kapsamının tespitinde işe yarayacağını kabul edildiğini önemle ifade etmeliyiz⁷².

Bu anlamda müktesep haklar doktrinde⁷³ mutlak müktesep haklar ve nispi müktesep haklar olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Mutlak müktesep haklar; sahibinin rızası olmadıkça değiştirilmesi ve sınırlandırılması mümkün olmayan haklar olarak ifade edilmektedir. Bu haklar anonim ortaklıkta genel kurul başta olmak üzere bütün organların kararlarına karşı mutlak bir güce sahip olan

⁷⁰ Arslanlı Halil, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s.242 (Anonim Şirketler).

⁷¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1549

⁷² Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.30.

⁷³ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.469; Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1551; İmregün, Özel Kategori Paylar Kurulları, s.106 vd.

haklardır. Bir başka anlatımla sahibine veto hakkı tanıyan haklardır⁷⁴. Bunlara örnek olarak; şirket konusunun değiştirilmesi, tür değiştirme, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkı gösterilebilir. Buna karşılık nispi müktesep haklar ise; sadece özü korunan hakkın, ortaklık menfaatleri gereği belirli şartlara uyulmak suretiyle sınırlandırılabilen haklar olarak ifade edilmektedir. Bu haklara örnek olarak ise ortağın kâr ve tasfiye payı hakları gösterilebilir⁷⁵.

6762 sayılı TTK m. 385’de yer alan gerek müktesep hakların tanımı ve gerekse müktesep hak olarak sayılan haklar Türk doktrininde adeta görüş birliği halinde ve şiddetle eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin bir kısmına aşağıda yer verilmiştir.

İmregün; müktesep hak kavramını “bir hukuk öznesinin malvarlığına girmiş ve malikinin rızası olmaksızın üzerinde tasarruf mümkün olmayan ve ancak malikinin kendi rızasıyla tasarruf edebileceği haklar” şeklinde tanımlamıştır. Yazar, bir hakkın müktesep olup olmadığının o hakkın içeriğine göre değil, kazanılma şekline göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Bununla beraber yazar, 6762 sayılı TTK m.385/2’nin anlam bakımından açık ve net olmadığını, yine ikinci fıkrada bahsedilen hakların müktesep haktan çok daha ileri bir şekilde korunan haklar olduğunu, bu hakların kanunun emredici hükümleri ile korunduğunu bu durumda bu hakların ihlali ile ilgili özel müeyyide bulunmaktayken 6762 sayılı TTK m. 385’e gitmenin lüzumsuz olduğunu ifade etmiştir. Yine devamla, kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırı kararlara karşı pay sahiplerinin 6762 sayılı TTK m.381 ile korunduğunu, bunun dışında şeklen kanuna ve esas sözleşmeye uygun olmakla birlikte muhtevası itibariyle şirket menfaatlerine uymayan ve bazı pay sahiplerini ezmeye yönelik kararlara karşı ise MK.m.2 gereği dürüstlük ve iyiniyet kurallarına göre hareket edilebileceğini bu nedenle karışık, muğlak ve hukuki teknikten yoksun müktesep haklar teorisinin kabulünün yersiz olduğunu belirtmiştir⁷⁶.

Tekinalp’e göre ise; mutlak müktesep hakların değiştirilebilmesi için kural olarak oybirliği gerekmektedir. Bu kural da, maddenin birinci fıkrasında kendisini göstermektedir. Buna göre, ana sözleşmede müktesep hak oldukları açıkça belirtilmiş haklarda değişiklik yapılabilmesi için pay sahiplerinin oybirliğinin

⁷⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.469.

⁷⁵ Günel Ozan Niyazi, İmtiyazlı Hisse Senetleri, s.13.

⁷⁶ İmregün, Menfaat İhtilafları, s.121 vd.

sağlanması gerekmektedir. Ancak ana sözleşmede bir hakkın müktesep olduğu belirtilirken, bu hakta nispi çoğunluğun kararı ile de değişiklik yapılabileceğinin öngörülmesi mümkündür. Bu takdirde değişiklik için belirtilen çoğunluğun sağlanması zorunlu olacaktır. Ayrıca, hakkın bu şekilde değiştirilebilmesi için oybirliği dışında bir çoğunluğun aranacağına hükme bağlanması, o hakkı müktesep olmaktan çıkarmamaktadır⁷⁷.

Karahan; 6762 sayılı TTK m.385'de müktesep haklar olarak sayılan genel kurula katılma hakkından doğan üyelik, oy kullanma ve iptal davası açma haklarının müktesep hak olmayıp, müktesep hakkın çok üzerinde güçlü niteliğe haiz haklar olduğunu, bunun nedeninin ise anılan bu hakların pay sahiplerine emredici hükümlerle tanındığını ifade etmektedir. Devamında ise; anılan bu haklardan emredici hükümlerle tanınması neticesi pay sahibinin rızası ile dahi vazgeçmenin veya bu hakların sınırlandırılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazar, müktesep haklarda ise pay sahibinin rızası ile değişiklik yapılabilmesinin veya bu haklardan vazgeçilebilmesinin müktesep hakların karakteristik özelliği olduğunu vurgulamıştır.

Yazar eleştirilerine madde metninden, müktesep hak oldukları ifade edilen kâr payı ile tasfiye bakiyesi haklarının bütünü ile mi yoksa kısmen mi pay sahibinin rızası hilafına sınırlandırılmaz nitelikte müktesep hak teşkil ettiklerinin anlaşamadığını beyan etmiştir. Yazar, kanunun diğer maddelerinden de yararlanarak bu hakların tamamen sınırlandırılmaz nitelikte olmadıklarını, bilakis sınırlandırılacakları hususunun genellikle kabul edildiğini ifade etmiştir.

Netice olarak yazar; 6762 sayılı TTK m.385'in, azınlığı çoğunluğun keyfi istek ve arzularına karşı korumak amacından uzak olduğu ve metin itibari ile yanlış ve mana itibari ile de muğlak olduğunu belirterek eleştirmiştir⁷⁸.

Moroğlu, müktesep hakkın bir özelliğinin çoğunluk kararı ile değiştirilememesi ve kaldırılamaması olduğu gibi diğer özelliğinin ise pay sahibinin bu haktan istediği zaman ve sürekli olarak feragat etmesinin hukuken mümkün olduğunu, buna karşılık madde metninde müktesep hak olarak gösterilen pay sahibinin iptal davası açma hakkından, bu hak somut olarak kullanılabilir hale gelmeden sürekli olarak feragat edilmesinin hukuken kabul edilemeyeceğini, bu

⁷⁷ Tekinalp Ünal, Esas Sözleşmesel Müktesep Hak, İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, s.21 vd (Esas Sözleşmesel Müktesep Hak).

⁷⁸ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.31 vd.

hususun kamu düzeni gereği olduğunu yani emredici hükümlerle kabul edildiğini, bunun aksini öngören hukuki işlemin emredici hükümlere aykırı olması nedeni ile batıl olacağını belirterek müktesep hak nitelemesinin iptal davası hakkının hukuki niteliğini açıklayabilmek bakımından yetersiz kaldığını ifade etmiştir⁷⁹.

2. Yeni Ticaret Kanunundaki Durum

TTK'da; 6762 sayılı TTK m.385 ile ilgili eleştiriler dikkate alınarak müktesep haklar sayılmadığı gibi anılan bu hakların tanımı da yapılmamıştır. Ancak kaynak İsv.BK'da kaldırılmış olmasına rağmen, TTK'nın 452. maddesinde müktesep hak terimi kavram olarak kullanılmıştır.

Gerekçede buna sebep olarak; 6762 sayılı TTK'da müktesep hakların yetersiz bir şekilde tanımlandığı ve müktesep hakları sayan ikinci fıkranın yanlış anlamalara yol açtığı, yine 6762 sayılı TTK'da sayılanların müktesep hakların tümünü içermediği gibi müktesep hakların farklı türde hatta derecede olabileceklerine de işaret ettiği, ilgili maddenin kanunun çeşitli maddeleri ile de çelişki içinde olduğu gösterilmiştir. Gerekçede devamlı, 6762 sayılı TTK'da bazı müktesep haklar mutlak nitelik taşıırken bazılarının niteliklerinden şüphe edilebilecek ölçüde sınırlandırılabilirdiği de ayrıca belirtilmiştir. Gerekçede kavramın (İsv.BK'nın aksine) muhafaza edilmesinin sebebi ise; kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşme ile de bu nitelikte hak oluşturabileceği, nitekim kavramın kanundan tamamen çıkarıldığı İsviçre'de de hukukî durumun değişmediği gösterilmiştir⁸⁰.

TTK'ya göre müktesep hak; değiştirilmesinde veya kaldırılmasında her bir pay sahibine veto hakkı tanıyan, bir başka ifade ile müktesep hak niteliğine haiz olan hakların değişmesi için ilgili pay sahiplerinin tümünün oy birliğine gerek duyulan haktır⁸¹. Bu durumda müktesep haklar için değiştirilemez, vazgeçilemez hak denilmesi aslında çok da uygun görülmemektedir. Yani müktesep hak vazgeçilemez değildir. Özellikle, bir anonim ortaklığın SPK'ya intibak ettirilmesi için esas sözleşmesinde bazı değişikliklerin yapılması zorunluluğu halinde pay sahibi tarafından, müktesep hak iddiası ileri sürülemeyecek ve pay sahibinin rızası olmadan da esas sözleşmede anılan değişiklik yapılabilecektir.

⁷⁹ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.191 vd.

⁸⁰ Gerekçe m.452, www.sinerjimevzuat.com.tr

⁸¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.612.

Pulaşlı, müktesep haktan bahsedebilmek için kazanılmış bir hakkın mevcudiyetine ihtiyaç olduğunu, Arslanlı'ya atfen "iktisap kavramıyla pay sahiplerinin hukuki işlem ile elde ettiği hakların bütünü" nün kastedildiğini belirterek müktesep haktan bahsedebilmek için hakkın esas sözleşme ile kazanılmış olması gerektiğini savunmaktadır. Yazar kanundan doğan müktesep hakları ise mutlak müktesep haklar olarak tarif ederken kâr payı hakkını ise kanundan doğan bir hak olmasına rağmen bir yönü ile nispi müktesep hak olarak değerlendirmektedir⁸².

Son dönemde müktesep hak kavramı ile ilgili eleştirilerin önemli dayanaklarından birisi, İsviçre hukukunda da öğretilerdeki görüşler neticesinde konuyu düzenleyen İsv.BK. m.646'nın 1991 değişikliği kapsamında yürürlükten kaldırılmış olmasıdır. Ancak konu tartışmaya açıktır. Gerçekten de İsv.BK'da, mülga m.646'da olduğu tarzda müktesep hakları (*wohlerworbene Rechte*) açıkça zikreden bir hüküm mevcut değildir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuyu algılayış biçimi de müktesep hak kavramına kanunda yer verilmediği yönündedir. Ancak İsviçre öğretisinde bazı önemli yazarlar⁸³; hakim görüşten farklı olarak, kanunda müktesep hakkın yalnız tanım ve örneklendirilmesinden vazgeçildiği; İsv.BK. m.706, b.'de butlan sebepleri arasında "alınamayan ve vazgeçilemeyen" (*unentziehbare und unverzichtbare*) haklara ilişkin ihlallerin sayılması dolayısı ile esasen müktesep hakların mevcudiyetini koruduğu; zira vazgeçilmez hakların yanında sözü edilen sahibinin rızası olmaksızın alınamayan (*unentziehbare Rechte*) hakların aslında müktesep haklar olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Bundan dolayı, mutlak ve nisbi müktesep hak ayrımı da kanunda varlığını korumaktadır⁸⁴.

Müktesep haklarla ilgili olarak yapmış olduğumuz açıklamalardan sonra tez konumuz olan imtiyazlı payların TTK m.452 anlamında bir müktesep hak olmadıklarını söyleyebiliriz. Bunun sebeplerini ise şu şekilde sıralayabiliriz: imtiyazlı pay diğer paylara nazaran üstün bir hak özelliğine sahipken, müktesep hak genel kurul veya yönetim kurulu tarafından sahibinin rızası alınmadan

⁸² Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1556.

⁸³ Nuri Erdem, 6102 Sayılı "Yeni" TTK.'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep" (Kazanılmış) Hakları, Regesta Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2012, s.39. (Müktesep Haklar) naklen; "Meier-Hayoz/ Forstmoser, § 16, N. 209 vd.; P. Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 16, N. 109 vd.; aynı yönde, Hartmann/ Martig, Schweizerisches Aktienrecht: Ein Überblick für die Praxis, Zürich, 2003, s. 38. Aynı yönde görüş bildiren Meier de, alınamayan hakların eski hukukta müktesep haklara karşılık geldiğini ve pay sahibinin rızası olmadan ortadan kaldırılamayacağını ifade etmektedir. (Meier, s. 170).

⁸⁴ Erdem, Müktesep Haklar, s.39.

değiştirilemeyen veya kaldırılamayan haklardır⁸⁵. Yine imtiyazlı paylar bir yandan TTK m. 454 ile özel olarak korunurken yine aynı maddede yer alan hükümlere uyulmak şartı ile anılan imtiyazlar kaldırılabilir veya sınırlanabilir⁸⁶.

İmtiyazların sadece esas sözleşmede tanınmış olması nedeni ile müktesep hak olarak kabul edilmesinin, imtiyazlı pay sahiplerinin rızası alınmadığı sürece bu haklarda hiçbir değişikliğin yapılamayacağı anlamına geldiği, bu durumun ise hem TTK m.454 ile çelişmekte hem de anonim ortaklıkların genel yapısına uymamakta olduğu belirtilmektedir⁸⁷.

İmregün de yukarıda atıfta bulunduğumuz Tekinalp, Pulaşlı ve Karahan ile paralel olarak kanunda belirtilen kurallara uyulmak şartı ile imtiyazlı paylarda pay sahibinin rızası olmaksızın değişiklik yapılabileceğini gerekçe göstererek imtiyazlı pay sahiplerine tanınan hakların müktesep hak olmadıklarını ifade etmiştir⁸⁸.

Buna karşılık Moroğlu, esas sözleşme hükümleri ile belirli paylara imtiyaz tanınmasının pay sahipleri ve pay grupları lehine müktesep hak oluşturduğunu ve her bir pay sahibinin ayrı ayrı rızaları alınmadıkça bu haklar üzerinde değişiklik yapılamayacağını, TTK m.454 ile imtiyazların ek güvence altına alınmasının bu hakların aslında esas sözleşme ile ihdas edilmiş müktesep hak olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini ifade etmektedir⁸⁹.

Yine kâr payının da müktesep haklar karşısındaki durumuna da değinmekte fayda vardır. Yani esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle veya kâr payında imtiyaz oluşturularak pay sahibinin %5 oranındaki kâr payı üzerinde sınırlandırma yapılabilir mi? Her ne kadar esas sözleşme hükmü ile kâr payında imtiyaz tanıyan paylar çıkararak veya başka bir şekilde kâr payında sınırlandırma yapılabilirse de; esas sözleşme ile getirilen sınırlandırmaların da bir sınırı bulunmaktadır⁹⁰. Kâr payı, pay sahibinin vazgeçilmez haklarından biridir. Bu nedenle pay sahibinin %5 lik kâr payı üzerinde sınırlandırmanın vazgeçilmez haklar karşısında geçerli olmayacağı kanaatindeyiz.

⁸⁵ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.612.

⁸⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1552.

⁸⁷ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.35-36.

⁸⁸ İmregün, Menfaat İhtilafları, s.123.

⁸⁹ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.221.

⁹⁰ Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.128 (Eşit İşlem İlkesi).

Kanaatimizce paya tanınan imtiyazlar müktesep hak değildir. Çünkü imtiyazlı pay ile müktesep hak karakteristik olarak birbirinden farklı haklardır. Öncelikle imtiyazlı payın en önemli özelliklerinden birisi diğer paylara nazaran bir üstünlüğünün olması yani adi paya nazaran üstün bir hak özelliği taşıması iken, müktesep hakkın en önemli özelliği değiştirilmesi veya kaldırılması sahibinin rızasına bağlı olan hak olmasıdır. Bu durumda eğer imtiyazlı payları müktesep hak olarak kabul edersek, tüm pay sahiplerinin oybirliği olmadan müktesep hak üzerinde değişiklik yapılamayacağı kuralı ile TTK m.454'deki şartlara uyulması halinde imtiyazlı paylar üzerinde pay sahiplerinin rızası hilafına değişiklik yapılması kuralı birbiri ile çelişecek ve bu durum uygulamada bir çok sorunu da beraberinde getirecektir. Yine imtiyazlı payların müktesep hak olarak kabul edilerek hakkın gücünün artırılmasının, pay sahiplerinin kötüniyetli bir şekilde şirket menfaatleri hilafına hareket etmesini son derecede kolaylaştıracağı düşüncesindeyiz.

3. İmtiyazlı Pay İhracı ve Müktesep Hakların Sınırlandırılması

Her ne kadar 6762 sayılı TTK'da yer alan 385.maddeye karşılık TTK'da müktesep hakların tanımı yapılmamış ve bu haklar sayılmamışsa da, doktrinde anonim ortaklıklarda imtiyazlı pay ihracı ve müktesep hakların sınırlandırılması konusunda görüş ve düşüncelere yer verildiğinden bu konuya da kısaca yer verilecektir. Anonim ortaklıkta imtiyazlı payların kuruluş aşamasında esas sözleşmede öngörülmüş olması halinde müktesep haklar ile ilgili olarak bir sıkıntı doğmayacaktır. Zira bu durumda esas sözleşme hükümlerine göre hareket edilecektir⁹¹. Bazı paylara imtiyaz tanınmasını öngören esas sözleşme değişikliğine karar verilen genel kurul toplantısında; müktesep hak sahibinin, genel kurul kararına olumlu oyu ile katılması veya anılan karara karşı olumsuz oy kullanmasına rağmen TTK m.445 gereği iptal davasını süresi içinde açmaması halinde müktesep hakların karakteristik özelliği olan sahibinin rızası ile şartı gerçekleşmiş olacaktır. Ya da genel kurul kararına karşı olumsuz oy kullanan müktesep hak sahibi, TTK m.445 gereği süresinde açacağı iptal davası ile müktesep haklarının hukuka aykırı bir şekilde sınırlanıp sınırlanmadığını yargı yolu ile denetleyebilecektir.

Ancak imtiyazların, ilk esas sözleşmede öngörülmeyip sonradan esas sözleşmenin değiştirilmesi suretiyle paylara tanınması durumunda müktesep

⁹¹ Kendigelen, Makalelerim, s.189 vd.

hakların sınırlanıp sınırlanmadığı hususunda bazı tereddütler oluşabilir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, müktesep haklar üzerinde pay sahibinin rızası olmadan hiçbir değişiklik yapılamaz. Bu sebeple, bir grup pay sahiplerine bu şekilde imtiyaz verilmesi, müktesep hak sahiplerinin bu haklarını ihlal ediyorsa ve imtiyazın ilgili pay sahibine ait haklar üzerinde de geçerli olması isteniliyorsa, ilgili pay sahibinin rızası alınmalıdır. Aksi takdirde, rızası sağlanamayan pay sahibinin müktesep hakkı saklı kalmaktadır. Bir başka anlatımla, bazı pay sahiplerinin rıza göstermemeleri imtiyazların oluşumuna engel olmamaktadır. Ancak, imtiyaz hakkı sadece kendisine ait müktesep hakların sınırlandırılmasına veya bertaraf edilmesine rıza gösteren paylar üzerinde oluşmaktadır⁹². Bir anonim ortaklıkta genel kurul; TTK m.452 gereğince aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir. Dolayısıyla genel kurulun, kanun ve esas sözleşmedeki usullere uyarak almış olduğu bir karar, bu karara karşı olumsuz oy kullanmış olan pay sahipleri de dahil olmak üzere tüm pay sahiplerini bağlamaktadır. Esas sözleşmenin değiştirilmesi ve özellikle sermaye artırımını sırasında mevcut veya ihraç edilecek yeni paylar lehine imtiyazların tanınması ihtiyacı doğabilir.

Ancak sonradan yapılacak esas sözleşme değişikliği ile bazı paylara imtiyaz tanınması her hal ve şartlarda müktesep hakların ihlal edileceği anlamını taşımakta mıdır? Bu durumda müktesep hakların sınırı ve konusu ile ilgili olarak genel kurula tanınmış olan tasarruf yetkisinin sınırı ne olmalıdır?

Genel kurulun bu konu ile ilgili olan tasarruf yetkisi keyfi olmamakla birlikte sınırı, eşit işlem yetkisinin düzenlendiği TTK m.357 ve MK m.2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı olmalıdır. Genel kurulun imtiyazlı pay ihracını öngören esas sözleşme değişikliği kararının, TTK m.357 ve MK m.2'ye aykırı bir şekilde alınarak müktesep haklarının sınırlandırıldığı veya ihlal edildiği düşüncesinde olan pay sahibi tarafından, anılan genel kurul kararına karşı TTK m.445 gereği iptal davası açılacaktır.

Böyle bir davada hakim müktesep hakkın hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilip edilmediğini eşit işlem ilkesi ve dürüstlük kuralları çerçevesinde somut olaya göre tespit etmelidir. Örnek vermek gerekirse; büyük bir yatırım planlayan bir anonim ortaklıkta kâr payı üzerinde yapılan değişiklik ile herhangi bir yatırım planı

⁹² Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.37; Eriş, s.206.

olmadığı halde kâr payı üzerinde yapılan değişiklik hali, ortaklığın menfaatleri gereği farklı değerlendirilecektir. Esasında bu yol müktesep hakların korunması açısından yeterli bir güvence oluşturmaktadır⁹³.

B. İmtiyazlı Paylar ve Eşit İşlem İlkesi

1. Anayasa’da Düzenlenen Eşitlik İlkesi Karşısında İmtiyazlı Pay

Eşitlik düşüncesi ve kavramı temeli çok eskiye dayanan ancak her dönemde önemini hiç kaybetmeyen bir düşüncedir. Hukuksal anlamda eşitlik; her türlü ayrıcalık ve dokunulmazlıkların reddini, bütün insanlara adil ve tarafsız muamele etmeyi öngörür. Hukukumuzda eşitlik ilkesi Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenmek sureti ile anayasal bir zeminde korunmaktadır. Ancak burada bahsedilen eşitlik; herkesin şartlar ne olursa olsun her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamını taşımamaktadır. Hukuki anlamda eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını sağlamak ve ayrıcalıklı kişi veya zümrelerin oluşturulmasına engel olmaktır.

Anayasa’nın amaçladığı eşitlik ilkesi mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, hal ve şartlar değerlendirilerek haklı ve makul karşılanacak durumların varlığı halinde farklı uygulamalara imkan veren nisbi bir ilkedir. Bir başka anlatımla; hukuksal konum ve şartları aynı olanlara aynı kurallar uygulanırken, konum ve şartları farklı olanların farklı kurallara tabi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Hal ve şartların doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ve başka haklı nedenlere dayanılarak kanunlarla farklı düzenlemelerin getirilmesi eşitlik ilkesinin ihlal edildiği anlamını taşımamaktadır⁹⁴.

Eşitlik ilkesini, hukuksal eşitlik dışında sosyal ve ekonomik eşitlik olarak da değerlendirmek gerekmektedir. Bugün batı demokrasilerinde artık ekonomik eşitlik yerine fırsat ve imkan eşitliği kavramları daha fazla önem kazanmıştır. Bu itibarla fırsat ve imkan eşitliği ihlal edilmediği sürece eşitlik ilkesinin ihlal edildiği düşünülmemektedir.

Bu açıklamalar ışığında mevcut Anayasal düzende, gerek ülkemizde gerekse hızla globalleşen dünyadaki sosyal ve ekonomik gelişmeler

⁹³ Kendigelen, Makalelerim, s.189; Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1554; Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.38.

⁹⁴ Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s.26-27.

nazara alındığında imtiyazlı payların eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığını söylemek mümkündür⁹⁵.

2. Anonim Ortaklıklardaki Eşit İşlem İlkesi Karşısında İmtiyazlı Paylar

Anonim ortaklıkta çoğunluk ilkesinin geçerli olması, sermaye, oy veya yönetimde çoğunluğu ele geçiren kişi veya grubun, adeta ortaklığın kaderini elinde tutmasına, ortaklığa hakim olarak tek söz sahibi haline gelmesine yol açmaktadır. Bu durum ise çoğu zaman çoğunluk pay sahibinin, azınlığın hak ve menfaatlerini düşünmeden keyfi ve mutlak surette davranmasına neden olmaktadır.

Bu nedenle hukuk sistemlerinde pay sahipliğini ve pay sahipliğinden doğan hakları korumak amacı ile çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Yine çoğunluk karşısında azınlığın haklarının ve haklı menfaatlerinin korunması amacıyla kanun koyucu tarafından bir takım yeni kurallar ve ilkeler getirilmiştir. İşte bu ilkelerin en önemli olanlarından bir tanesi de yukarıda açıkladığımız eşitlik ilkesidir. Eşit işlem ilkesi, anonim ortaklığın gücü ile çoğunluğun etkisini azınlığın yararına sınırlayan genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmektedir⁹⁶. Böylelikle anonim ortaklık organizasyon yapısı içindeki çoğunluğun gücü, eşit işlem ilkesi kapsamında sınırlandırılarak ortaklık içindeki pay sahiplerinin menfaatleri dengede tutulabilecektir.

TTK, AET'nin ticaret şirketleri ile ilgili olarak sermayeyi konu alan EWG/77/91 sayılı İkinci Yönergesinin 42. maddesinde yer alan eşit işlem ilkesini kanuni bir kural ve ilke haline getirmiştir (TTK m.357).

Eşit işlem ilkesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak iki görüşün ağırlık kazandığı görülmektedir. İlk görüş, eşit işlem ilkesini adalet düşüncesinden kaynaklanan genel bir hukuk prensibi olarak nitelendirmektedir. İkinci görüş ise, eşit işlem ilkesini dürüstlük kuralının bir görünümü olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre eşit işlem ilkesi, dürüstlük kuralının ortaklıklar hukukundaki somutlaşmasından ibarettir⁹⁷.

Kural olarak anonim ortaklıkta pay sahipliğinden doğan haklar eşit olduğu için, payların mutlak eşitliği ilkesi yürürlükte olup her pay malikine aynı

⁹⁵ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.40.

⁹⁶ Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s.59.

⁹⁷ Nomer Füsün, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.470 vd. (Eşit Davranma İlkesi)

nitelikte haklar ve borçlar yüklemektedir. Ancak zaman içerisinde gelişen ve değişen ekonomik ihtiyaçlar ve koşullar, anonim ortaklıklarda mali veya yönetsel haklar açısından farklı hak ve olanak sağlayan pay veya pay gruplarının doğmasına neden olmuştur. Böylelikle, bir zamanlar kabul edilen payların mutlak eşitliği ilkesi artık terk edilmiş ve sahiplerine diğer paylara nazaran ek ve farklı haklar sağlayan paylar, dolayısıyla payların nisbi eşitliği ilkesi anonim ortaklıklarda kabul edilmeye başlanmıştır⁹⁸.

Şahıs şirketlerinde ortaklık haklarını kullanmada ve yararlanmada mutlak eşitlik ilkesi hakim durumdayken, sermaye öncelikli anonim ortaklıklarda sermayeye oranla haklardan yararlanma ilkesi hakimdir. Bu ilkenin sonucu olarak payların mutlak eşitliği ilkesi terk edilmekte ve pay sahibinin haklarını kullanması ve yararlanması açısından sermayeye katılım oranı öne çıkmaktadır⁹⁹.

Bununla beraber anonim ortaklıklarda mutlak eşitlik ilkesinin geçerli olduğu alanlar da vardır. Bunlara örnek olarak, genel kurula katılma, bilgi alma vb. haklar gösterilebilir¹⁰⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, anonim ortaklıklarda eşitlik ilkesi; pay sahipleri ile ortaklık ve ortaklık organları arasındaki ilişkilerde geçerlilik kazanacaktır. Pay sahipleri başka bir sıfatla, örneğin borçlar hukukuna dayanan bir sözleşme nedeniyle işlemin tarafı olmuşlarsa, ortaklıktan kendilerine eşit işlem ilkesine uygun davranmasını talep edemeyeceklerdir. Üçüncü kişilerin bu ilkeye dayanarak hak talep etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ortaklıkla işlem yapan üçüncü kişilerin, MK m.2 kapsamındaki talep hakları saklıdır¹⁰¹.

Eşit işlem ilkesi 6762 sayılı TTK'da açık bir şekilde düzenlenmemişken TTK'nın 357. maddesinde eşit işlem ilkesi başlığı altında "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tutulur" şeklinde düzenlenmiştir.

Hükmün gerekçesinde, bu düzenleme ile hem organların keyfi karar ve uygulamalarının önüne geçilmesi hem de anasözleşme hükümlerinin adil ve menfaatler dengesine uygun şekilde uygulanmasının sağlanmasının amaçlandığı; eşit işlem ilkesinin ancak şartların eşit olması durumunda uygulanabileceği;

⁹⁸ Eriş, Ayrıcalıklı Pay Senetleri, s.916. İmregün, Özel Kategori Paylar Kurulları, s.181. İmregün, Menfaat İhtilafları, s.85.

⁹⁹ Özkan Okşan; Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, s.79 (Oy Hakkında İmtiyaz ve Korunması).

¹⁰⁰ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.43; Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.620.

¹⁰¹ Hamamcıoğlu Esra; Anonim Ortaklıklarda Ana Sözleşme Değişikliği, Doktora Tezi, s.313.

paysahiplerinin bu ilkedan oyları ile ve somut olaya özgü olarak vazgeçebilecekleri, ancak bu ilkenin bütünü ile ortadan kaldırılamayacağı belirtilmiştir¹⁰².

Eşit işlem ilkesi esas itibari ile bir anonim ortaklıkta iki organı hedef almaktadır. Bunlar genel kurul ve yönetim kuruludur. Bu hüküm özellikle yönetim kurulunun öznel ve keyfi karar ile uygulamalarının önüne geçmek ve esas sözleşmede yer alan hükümleri ortaklık ve pay sahipleri açısından adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlayabilmesi için isabetli olmuştur. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere yönetim kurulunun eşit işlem yükümlülüğü katı bir eşitlik olarak değil, eşitler arasında eşitlik olarak algılanmalıdır. Zira pay sahipleri arasındaki eşitlik esas sözleşmeye konulan bir hükümle (imtiyazlı paylar gibi) bozulabileceği gibi ölçülülük prensibi içerisinde büyük ve küçük hissedarların farklı muameleye tabi tutulması da mümkündür¹⁰³.

Anonim Ortaklıklarda eşit işlem ilkesine dair yaptığımız açıklamalardan sonra imtiyazlı payların eşitlik ilkesinin istisnası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Anonim ortaklıklar hukukunda esas sözleşme hükmü ile imtiyazlı payların çıkarılmasına imkan verilerek pay sahipleri arasındaki eşitlikten ayrılmıştır ve bu durumda eşitliğin ihlalden bahsedilemeyecektir¹⁰⁴. Zira; imtiyazlı paylar anonim ortaklıklarda geçerli olan nisbi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim imtiyazlı paylar ile adi payların varlığı halinde şartlarda farklılık meydana geldiğinden farklı işlemde bulunulması eşitsizlik anlamına gelmemektedir¹⁰⁵. Bu durumda imtiyazlı paylar eşitlik ilkesine aykırılık değil istisna oluşturmakta ancak eşitlik ilkesini de berteraf etmemektedir. Yani aynı pay grubuna dahil olan pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesi geçerlidir¹⁰⁶.

III. İMTİYAZLI PAYLARIN ÇIKARILMASINDA İLKELER

A. İmtiyazın Esas Sözleşmede Açıkça Öngörülmesi Zorunluluğu

Anonim ortaklıkta paylara imtiyaz tanınabilmesine ilişkin ilk temel ilke; imtiyazın, esas sözleşmede açıkça öngörülmüş olması zorunluluğudur. İmtiyaz ancak esas sözleşmede öngörülmüşse tanınabilir¹⁰⁷. Bu zorunluluk ilk olarak

¹⁰² Gerekçe m.357, www.sinerjimevzuat.com.tr

¹⁰³ Akdağ Güney Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s.143.

¹⁰⁴ Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s.224; Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.43.

¹⁰⁵ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.44.

¹⁰⁶ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.620 vd.

¹⁰⁷ Tartışmasız olan bu konuya ilişkin bkz. Arslanlı, s.144. Karahan, İmtiyazlı Paylar s.25. Pulaşlı, Şirketler

TTK'nın esas sözleşmenin içeriğini düzenleyen 339. maddesinin 2.fıkrasının d bendinde açıkça ifade edilmiştir. Yine aynı zorunluluk; TTK'nın imtiyazlı payları düzenleyen 478. maddesinin 1.fıkrasında: "İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir" şeklinde ifade edilerek de açıkça belirtilmiştir. Bundan başka SerPK'nın 18/5. maddesinde ise kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun imtiyazlı pay ihraç edebilmesini, esas sözleşmeyle bu konuda yetkili kılınmış olması şartına bağlamaktadır.

Anonim ortaklıklarda haklardan yararlanmada oransallık ilkesi geçerli olduğu için TTK m.340 gereği bu ilkedan ayrılabilmek için kanunda buna açıkça izin verilmiş olması gerekmektedir. TTK m.478 ile bu ilkedan sapılabileceğine açıkça izin verilmiş olduğu için esas sözleşmede imtiyazlı payların tanınabilmesi açıkça belirtilmiş olmalıdır¹⁰⁸.

İmtiyazın esas sözleşmede öngörülmesinin zorunluluk olmasının sebebi ise; anonim ortaklık esas sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması ve dolayısıyla pay sahipleri arasında bazılarının üstünlük sağlanabilmesinin ancak sözleşme taraflarının yani pay sahiplerinin rızası ile olabileceği şeklinde açıklanmaktadır¹⁰⁹.

İsviçre doktrininde; imtiyazın esas sözleşmede öngörülmesi zorunluluğu ilkesinin, gerek imtiyazlı pay sahipleri gerekse de adi pay sahipleri açısından alenilik ve böylece bir çeşit koruma sağladığı ileri sürülmüştür¹¹⁰.

İzah edildiği üzere imtiyazın esas sözleşmede öngörülme zorunluluğu ilkesi imtiyazlı paylar için karakteristik bir mahiyet arzetmektedir. Anonim ortaklıklarda imtiyazlı pay çıkarılması için esas sözleşmeye buna dair hüküm konulması kanuni bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu zorunluluk ilk esas sözleşmede yerine getirilebileceği gibi kuruluşun sonra esas sözleşme değişikliği yoluna gidilerek de yerine getirilebilir. Bu nedenle gerekli yasal zorunluluk yerine getirilmeden genel kurulun alacağı bir tavsiye kararıyla imtiyaz oluşturulması

Hukuku II, s.1291. Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyazlı Paylar, s.35. Bu konuda TEKİNALP "İmtiyazlı payların kural olarak esas sözleşme ile istisnaen ise TTK m.531 uyarınca mahkeme tarafından tanınabileceğini ifade etmektedir. Bkz.Tekinalp, Yeni Hukuk s.76.

¹⁰⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1291.

¹⁰⁹ Süleymanlı, s.200.

¹¹⁰ Gül Akad; Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2013, s.10. (Özel Kurul)

mümkün değildir. Genel kurulun anılan kararı tüm pay sahiplerinin oy birliği ile almış olması da sonucu değiştirmeyecektir¹¹¹.

Ayrıca, anonim ortaklıklarda esas sözleşme değişikliği yoluna gidilerek bazı paylara imtiyaz tanınmasına izin veren TTK m.478, ilk esas sözleşmenin pay sahipleri için müktesep hak oluşturmayacağına kanıtı olmakla birlikte TTK m.452'yi de doğrulamaktadır¹¹². Esas sözleşme değişikliği ile bazı paylara imtiyaz tanınabilmesi için genel kurulda sermayenin en az %75'ni oluşturan pay sahiplerinin olumlu oylarının alınması gerekmektedir (TTK m.421/3,b). Bu nisabın ilk toplantıda sağlanamaması durumunda izleyen toplantılarda da aynı nisap aranacaktır (TTK m.421/4).

Bu hususta akla şu soru gelmektedir: ağırlaştırılmış bir nisabın hafifletilmesi veya daha da ağırlaştırılması mümkün müdür? Nisapların hafifletilmesi genel kurulun çok daha kolay karar almasını sağlayacaktır. Bu durum ise, genel kurulda etkin gücü olan pay sahiplerinin, azınlıkta kalan diğer pay sahiplerinin haklarını görmezden gelmelerine ve hatta yok saymalarına neden olabilecektir. Kaldı ki, bizzat kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan ağırlaştırılmış bir nisabın hafifletilmesi başta TTK m.340'da düzenlenen emredici hükümler ilkesine aykırı olduğundan mümkün değildir.

Buna karşılık ağırlaştırılmış bir nisabın daha fazla ağırlaştırılması mümkün müdür? Kanaatimizce; TTK m.421'de nisaplar ile ilgili alt sınır düzenlenmiş ancak üst sınır ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle özellikle imtiyazlarla ilgili olarak ağırlaştırılmış bir nisabın daha fazla ağırlaştırılmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır.

B. İmtiyazın Belirli Olması İlkesi

İmtiyazın esas sözleşmede soyut bir ifade şeklinde tanınmış olması yeterli değildir. Esas sözleşmede imtiyaz tanınırken, imtiyazın kapsamının, konusunun, varsa süresi ve şartlarının tam ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirtilmiş olması gerekmektedir.

Burada ifade edilen maksat, imtiyaz teriminin esas sözleşmede kullanılmış olması değildir. Zira; esas sözleşme ile paya tanınan üstünlükler ve bu üstünlüklerin kapsamı, konusu açık bir şekilde değerlendirilebiliyorsa imtiyaz terimi

¹¹¹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.25

¹¹² Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.566.

hiç kullanılmamış olsa dahi TTK m.478 anlamında imtiyaz vardır¹¹³. Nitekim kanunun lafzına baktığımız zaman imtiyaz teriminin esas sözleşmede zikredilmesini zorunlu kılan bir hüküm görülmektedir. TTK m.478/2'de “İmtiyazın kâr payı, tasfiye payı, rüçhan veya oy hakkı gibi haklarda paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının tanınması” şeklinde tanınabileceği hususu açıkça anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla açık düzenlemeden maksat; esas sözleşmede imtiyazın konu, mahiyet, şart ve sınırlarının düzenlenmiş olmasıdır. Konusu, mahiyet ve şartları ile sınırları açıkça belirtilmemiş esas sözleşmeye dayanılarak imtiyazlı pay ihraç etmek mümkün değildir. Örnek vererek açıklamak gerekirse X şirketinin esas sözleşmesinde yer alan, “şirketin toplam sermayesinin %70’ni oluşturan paylar şirket kârından öncelikli olarak pay alır” şeklinde bir hüküm ile şirket sermayesinin %70’ine sahip olan paylar lehine kâr payında imtiyaz tanınamayacaktır. Zira bu durumda şirket sermayesinin %70’ine takabül eden payların hangi paylar olduğu, ne oranda kâr payı alacakları belirli değildir. Payların belirlenmesi için ise pay gruplarının oluşturulması gerekmekte olduğu kabul edilmekte¹¹⁴ uygulamada da imtiyazlı paylar şirketlerde pay grupları oluşturularak tanınmaktadır¹¹⁵.

Esas sözleşmede yukarıdaki şekilde yer alan bir hükme dayanılarak imtiyazlı pay ihracına karar veren kurul kararları ile ilgili olarak iptal davası açılabilir¹¹⁶.

Tekinalp ise belirlilik ilkesinin önemini; imtiyazların esas sözleşmede açık ve net olarak belirtilmesi gerektiği, bu konulardaki belirsizliklerin çözümü güç ihtilaflara yol açacağını ve dava yolu ile belirsiz olan imtiyazların işleyebilir duruma kavuşturulmasının mümkün olmadığını belirterek vurgulamıştır¹¹⁷.

İmtiyaz ile tanınan üstünlüğün kural olarak paydan kaynaklanan pay sahipliği haklarına ilişkin bir üstünlük olması zorunludur¹¹⁸. TTK m.478/1 hükmü gereği imtiyazın kaynağını kanuni bir pay sahipliği hakkı veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı oluşturabilir. İmtiyazın konusunu

¹¹³ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.25 vd.

¹¹⁴ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyazlı Paylar, s.27. Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1292.

¹¹⁵ Akad, s.11.

¹¹⁶ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.25.

¹¹⁷ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.434.

¹¹⁸ Bu kuralın istisnasını TTK m. 360/1’de yer alan belirli pay grupları, özellikleri ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve azlık oluşturmaktadır.

özellikle ve uygulamada karşılaşılan çoğunlukla yönetim ve malvarlığı nitelikli haklar oluşturmaktadır. Örneğin; oy hakkı, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, kâr payı ve tasfiye payı hakkı gibi. Buna karşılık doğrudan paya veya pay sahipliğine bağlı olmayan haklar ve paylar arasındaki farklılıklar imtiyaz olarak nitelendirilemez. Örneğin; esas sözleşme ile şirket kurucularından birisine yönetim kurulu başkanlığı görevinin tanınması bir imtiyaz olmadığı gibi payın itibari değerleri arasındaki farklılıklar da bir imtiyaz olarak kabul edilemez¹¹⁹.

Buna karşılık TTK m.360/2 ile anılan bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Böylece Yargıtay'ın yıllarca kararlarında yer vererek içtihat haline getirmiş olduğu grup imtiyazının tanınması yönündeki ilke kanunlaştırılmıştır¹²⁰.

Esas sözleşmede imtiyazın var olup olmadığının ve imtiyazın konusunun belirli olması, bu hususlara yorum yolu ile ulaşılmasının mümkün olmayacağı ilkesine karşılık, Kendigelen tarafından tanınan imtiyazın kapsamı açısından yorum ilkelerine başvurulabileceği savunulmuştur. Yazar devamında görüşünü "...yapılacak yorumda sözleşmede kullanılan ifadelerin ötesinde şüphesiz sözleşmeyi hazırlayanların gerçek ve ortak maksadı aranacaktır. (818 sayılı BK m.18) Ancak imtiyazın anonim ortaklıklar hukukunda geçerli oransallık ilkesinin bir istisnası olması nedeniyle, ana sözleşmedeki imtiyaza ilişkin hükümler kapsam konusunda dar yorumlanacaktır. " şeklinde ifade etmiştir¹²¹.

Kanaatimizce de imtiyazın belirlilik ilkesi çerçevesinde, imtiyazın kapsamı konusunda dar bir yoruma gidilmelidir.

Peki belirlilik ilkesi, imtiyazların belirli şartlara bağlanmasına engel oluşturur mu? Akad'a göre; imtiyazın şartlarının da açık ve net bir şekilde belirtilmiş olması belirlilik ilkesine uygunluk açısından yeterlidir. Örnekle açıklayacak olursak; şirketin performansına bağlı kâr payı hakkında imtiyaz, hangi durumda kâr payı hakkında imtiyazın doğacağına esas sözleşmeden net bir şekilde anlaşılması durumunda geçerli kabul edilmelidir¹²².

Son olarak; imtiyazın geciktirici şarta bağlanarak tanınmasının mümkün olup olmayacağı hususu ise Pulaşlı tarafından incelenmiştir. Yazara göre; kuruluşa pay veya pay gruplarına kanunda öngörülenden daha fazla hak tanınması

¹¹⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1293.

¹²⁰ Gereğe m.360

¹²¹ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyazlı Paylar, s.36.

¹²² Akad, s.11.

halinde, paylar arasında üstünlük olmadığından burada bir imtiyazdan söz edilemez. Ancak bu durum, imtiyazlı olmaya aday hak bir diğer deyişle geciktirici şarta bağlı imtiyazlı hak olarak nitelendirilebilir. Şöyle ki; kuruluştaki itibari değeri 1 TL olan (A) ve (B) grubu paylara kanunda öngörülenden daha fazla olan 2 oy hakkı tanınmışken (A) ve (B) grubu paylar arasında bir üstünlük bulunmadığından imtiyaz söz konusu olmamaktadır. Ancak kanuna nazaran bir üstünlük sağlandığından imtiyazlı olabilme durumu ortaklığın yeni ve 1 oy hakkı veren paylar çıkarılmasına kadar askıdadır. Ortaklığın ileride sermaye artırımına gitmesi ve genel kurul tarafından itibari değeri 1 TL olan ve 1 oy hakkı veren (C) grubu payları çıkarılması ile (A) ve (B) grubu paylar (C) grubu paya nazaran imtiyazlı olacaklardır. Bu durumda kuruluş aşamasında itibari değeri 1 TL olan (A) ve (B) grubu paylara 2 oy hakkı tanınmasının imtiyazlı olarak kabul edilmesi *askıdayken*, esas sözleşme değişikliği ile itibari değeri 1 TL olan ve 1 oy hakkı veren (C) grubu payların çıkarılması sonucu itibari değeri 1 TL olup 2 oy veren (A) ve (B) grubu paylar oy hakkında imtiyazlı hale gelirler. Ancak böyle bir esas sözleşme değişikliği için TTK m.421/3'de düzenlenmiş olan imtiyazlı pay çıkartılmasına ilişkin ağırlaştırılmış %75 oranındaki nisabın aranması gerekmektedir. Böylece kanunu dolanmak suretiyle kuruluştaki mevcut payların sonradan yapılacak normal bir sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararıyla imtiyazlı hale getirilmesi önlenmiş olabilmektedir¹²³.

Pulaşlı tarafından geciktirici şarta bağlı imtiyazın söz konusu olabileceği savunulmaktaysa da biz bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki; her ne kadar kuruluştaki ortaklık payları (A) ve (B) şeklinde gruplara ayrılarak her bir grup paya 2 oy hakkı verilse bile, bu durumda Pulaşlı'nın da belirttiği gibi paylar arasında bir üstünlük bulunmamaktadır. Bu nedenle imtiyaz söz konusu olamayacaktır. Ayrıca, ileride ortaklık tarafından sermaye artırımına gidilerek 1 oy hakkı veren yeni payların çıkarılıp çıkarılmayacağı hususu kesin nitelikte olmadığından, imtiyazın temel ilkelerinden olan belirli olma ilkesi nazara alınarak, mevcut belirsizlikten dolayı geciktirici şarta bağlı bir imtiyazdan ya da askıda imtiyaz durumundan da söz edilemeyecektir. Kaldı ki; ortaklığın kuruluştan belli bir süre sonra sermaye artırımına giderek 1 oy hakkı veren (C) grubu payları çıkarılması, imtiyazlı bir pay oluşturulması değil, ortaklık paylarının oy hakkının azaltılması anlamına gelmektedir. Yine kuruluştan belli bir süre sonra esas sermaye artırımına gidilerek 1

¹²³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1321-1322.

oy hakkı veren (C) grubu payların çıkartılması için TTK m.421/3-b 'de düzenlenen %75 oranındaki nisabın aranması da gerekmemektedir. Çünkü TTK m.421/3-b'de imtiyazlı pay çıkartılması için en az %75 oranındaki nisabın aranacağı düzenlenmiştir. Ancak esas sermaye artırımını yoluna gidilerek çıkartılmak istenen 1 oy haklı (C) grubu paylar imtiyazlı olmadığından TTK m.421/3-b'de düzenlenen %75 oranındaki nisabın uygulama alanı da doğmamış olacaktır. Sonuç olarak kanaatimizce; geciktirici şarta bağlı imtiyaz oluşturulması, imtiyazın esas sözleşmede açıkça öngörülmemesi, paylar arasındaki eşitliğin sermaye artırımını yolu ile yeni paylar çıkarılana kadar bozulmaması ve imtiyazın açıkça belirli olmaması hususları çerçevesinde geçerli olamayacaktır.

C. İmtiyazın Bir Üstün Hak Olarak Tanınması

Bir paya imtiyaz tanınabilmesi için, o paya diğer paylara nazaran üstünlük tanınmalı, söz konusu payın sağladığı haklar, diğer payların sağladıkları haklardan farklı ve üstün olmalıdır. Esas sözleşme ile payların gruplara ayrılması veya bazı payların hamiline diğer bazılarının ise nama yazılı olması paya imtiyaz tanınabilmesi için yeterli olmaz. Daha açık bir ifade ile izah etmek gerekirse; esas sözleşme ile payların (A), (B), (C), (D) gibi gruplara ayrılması, eğer bu gruplar arasında birbirlerine karşı bir farklılık ve üstünlük yoksa tek başına imtiyazlı pay oluşturmaz. Hatta bu pay gruplarına kanunda verilen haklardan daha fazla hak verilmiş olsa dahi örneğin, yukarıda verilen gruplara kanunda 1 oy hakkı verilirken esas sözleşmede 4 oy hakkı verilmiş olsa dahi gruplar arasında farklılık ve üstünlük olmadığından imtiyazın varlığından bahsedilemez¹²⁴. Ancak Tekinalp tarafından gerek 6762 sayılı TTK döneminde gerekse TTK döneminde bu görüşe karşıt bir görüş savunulmuştur. Yazara göre; üstünlük terimi imtiyaz tanınan konuda, kanunun o konuda tanımış olduğu hakkı aşan miktar veya oranda hak sağlamasını ifade etmektedir. Yazar üstünlüğün başka paylara nazaran değil adi paya nazaran olduğunu ve dolayısıyla (A) grubu pay, sahiplerine 2 oy hakkı verirken (B) grubu pay, sahiplerine 4 oy hakkı veriyorsa her iki pay grubu da kanunun tanımış olduğu 1 oy hakkından fazla hak tanıdığı için imtiyazlı olduğunu belirtmektedir¹²⁵.

Kanaatimizce, bir payın imtiyazlı olabilmesi için bu payın; bir

¹²⁴ Arslanlı, s.143. Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyazlı Paylar, s.29. Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.14, Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1290.

¹²⁵ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.565.

haktan diğerk paylara göre öncelikli yararlanma, daha fazla yararlanma veya bu ikisinin karma edilmesi ile oluşan bir kombinasyondan yararlanma vb. şekillerde farklılık ve üstünlük taşınması gerekmektedir. Oy hakkı dışında iptal davası açma, bilgi alma, genel kurula katılma fesih davası açma gibi bireysel haklarda imtiyaz yaratılmaz. Ayrıca paylar arasındaki itibari değerk farklılıkları da imtiyaz oluşturmaz.

Burada önemle üzerinde durduğumuz husus imtiyaz tanınacak paya diğerk paylara nazaran üstünlük, farklılık tanınmasıdır. TTK'da kanuna nazaran üstünlük ibaresi yer almadığından üstünlüğün diğerk paylara nazaran olması gerekmektedir. Buna karşılık bir gruba oyda imtiyaz, bir gruba kârda imtiyaz diğerk bir gruba ise yönetimde imtiyaz tanınarak bir anonim şirketteki tüm paylar imtiyazlı yapılabilir.

TTK m.478/2 de imtiyaz, “kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak TTK m.340'da yer alan, “esas sözleşmeyle bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir” hükmü karşısında TTK'de belirtilmeyen yeni bir pay sahipliği hakkının ana sözleşme ile nasıl belirlenebileceği tartışma konusu oluşturmuştur¹²⁶.

Keza Moroğlu tarafından da bu konu ele alınmış ve TTK m.340 hükmü karşısında TTK m.478/2 de yer alan “kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı” hükmünün bir anlamının kalmadığı hatta iki hükmün çeliştiğı belirtilmiştir¹²⁷.

Gerçekten, TTK m. 340 anonim şirketlerde emredici hükümler ilkesini kabul etmekte ve anonim şirketlerde geçerli olan sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınırlama getirmektedir. Maddeye göre esas sözleşme ile kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabilecektir. Ancak TTK'nın 340. maddesinde yer alan açıkça ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılmalıdır ve hükmün sözü ile özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özü esas

¹²⁶ Kendigelen Abuzer; Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s.383 (İlk Tespitler).

¹²⁷ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.280.

alınmalıdır¹²⁸. Bu durumda; TTK m. 478/2 hükmü ile “kanunda düzenlenmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının” tanınmasına izin verildiği için, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla bu şekilde imtiyaz tanınabilmelidir.

D. İmtiyazın Paya Tanınması

1. Kural : İmtiyazın Paya Tanınması

İmtiyazın oluşturulabilmesi için kural, imtiyazın paya, yani pay sahibinin şahsiyetinden soyutlanarak hak ve yükümlülükleri içeren pay sahipliği mevkiine bağlanmasıdır. Bu durum TTK m.478/1’de “...ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir” şeklinde yer alan hüküm ile açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi imtiyaz üstün bir hak olup, kişiye, makama veya belirli bir sığata değil, yalnızca paya bağlanır¹²⁹.

İmtiyazın paya bağlanmasının en önemli sonucu, ilgili pay sahibinin tanınan imtiyazdan diğer imtiyazlı pay sahiplerinden bağımsız bir şekilde, tek başına yararlanabilmesidir¹³⁰. Bir başka deyişle imtiyaz paya bağlanmakla bir anlamda kişiselleşmekte ve sahibine doğrudan doğruya üstün haktan yararlanma imkanı vermektedir¹³¹. Diğer sonuç ise imtiyazlı payın devredilmesi halinde imtiyazın, payın devri ile birlikte el değiştirmesidir¹³².

Bununla birlikte bir kişiye, bir makama veya sığata tanınan ayrıcalık veya üstün haklar da imtiyaz olarak kabul edilmemektedir. Örneğin pay sahibi (A)’ya esas sözleşme değişikliğini veto etme hakkı veya ömür boyu yönetim kurulu başkanlığı hakkı tanıyan esas sözleşme hükümleri geçerli olsalar dahi imtiyaz olarak kabul edilmemektedirler. Kişiyeye, makama veya bir sığata bağlanan bu tür üstün hak veya ayrıcalıklar doktrinde ve Yargıtay Kararlarında¹³³ akdi(sözleşmesel) hak olarak adlandırılmaktadır¹³⁴. 6762 sayılı TTK döneminde bu husus tartışılmış ve kişiyeye veya bir makama bağlanan bu tür hak ve üstünlüklerin imtiyaz olmadığı

¹²⁸ Rauf Karasu, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları Ankara 2015 2. Bası, s.50-51.

¹²⁹ Gerekeçe m.478

¹³⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1294.

¹³¹ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyazlı Paylar, s.26.

¹³² Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.20.

¹³³ Y.11.H.D. 25.12.1987, E:3565, K:7565; Y.11.H.D. 01.03.1995, E:1994/7391, K:1995/1777; Y.11.H.D., 13.02.2013 E:2011/15478, K:2013/2491 sayılı kararları.

¹³⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1295; Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.566. Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.20.

hususunda görüş birliğine varılmıştır. Ancak paya değil de pay sahibinin şahsına tanınan bu hakların ortaklar dışında üçüncü kişilere tanınabilmesinin mümkün olup olmadığı, olası bir ihlal halinde hangi yaptırımların uygulanacağı hususunda doktrinde tartışmalar ve farklı görüşler meydana gelmiştir.

Tekinalp, pay sahiplerinin şahsına tanınan hakların akdi (sözleşmesel) hak olarak nitelendirildiği Yargıtay Kararlarını incelediği tebliğinde söz konusu her iki kararı da isabetli bulmuştur. Yazar tebliğindeki değerlendirmesinde, "...Yüksek Dairenin akdi/sözleşmesel bir hakkın, esas sözleşmeye konulmakla değişmeyeceği, borçlar hukukunun alanından çıkıp ortaklıklar hukuku alanına girmeyeceği, yani ortaksal bir hak vasfını kazanamayacağı düşüncesinde olduğunu, hukukumuzda bu tür bir nitelik değişmesine imkan verecek bir hüküm bulunmadığından, böyle bir sonuca başka bir hukuki kurum aracılığı ile de varmak mümkün bulunmadığından ve tahvil kurumunun amacının da hakkın bu tarz değişmesine uygun olmadığından Yüksek Dairenin ulaştığı sonuç isabetli ve ortaklık hukukunun ilkelerine uygundur" şeklinde beyanda bulunmuştur¹³⁵.

TTK ile, önceki dönemde yapılan bu tartışmalara farklı bir boyut kazandıracak yeni bir hüküm getirilmiştir. Emredici Hükümler başlıklı 340.maddede "...esas sözleşme, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak TTK'da buna açıkça izin verilmişse sapabilecek, diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri ise o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracaktır" şeklinde hüküm bulunmaktadır. TTK m.340 ışığında değerlendirdiğimizde; esas sözleşme ile, özel kanunlarda açıkça izin verilmesi durumu dışında paya değil de pay sahibinin şahsına veya bir makama imtiyaz tanınmasına anılan madde hükmü engel teşkil edecektir. Dolayısıyla TTK m.340 emredici nitelikli bir hüküm olduğundan bu tür hakların tanınması halinde ise, bunların TTK m.445 vd. hükümlerindeki korumadan yararlanması mümkün olmayacaktır.¹³⁶ Ancak kanaatimizce burada bir istisnaya yer vermek istiyoruz. TTK m.360 hükmü ile imtiyazın paya tanınacağı kuralına bir istisna getirilmiştir. Anılan maddeye göre; imtiyaz belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa da tanınabilmektedir. Yasa her ne kadar grup kelimesini kullanmışsa da pay sahiplerinden söz ettiği için bu hak esas sözleşmeye

¹³⁵ Tekinalp, Sempozyum, s.12.

¹³⁶ Akad, s.13.

açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde konulacak bir hükümle, isimleri belirtilmiş bir veya birden fazla pay sahibine de tanınabilmelidir. Nitekim yasaya baktığımızda bu durumu engelleyici bir hükümle karşılaşmamaktayız. Bununla birlikte TTK m.340 ile düzenlenmiş olan emredici hükümler ilkesi kapsamında incelediğimizde de yasaklayıcı bir durum söz konusu olmamaktadır. Nitekim doktrinde¹³⁷ de bu görüşümüzü destekleyen ve savunulan görüşler mevcuttur.

İzah ettiğimiz üzere paya değil de pay sahibinin şahsına veya bir makama tanınan üstün hak veya ayrıcalıkların imtiyaz oluşturmayacağı ancak akdi (sözleşmesel) bir hak oluşturacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu tür haklar ancak ilgili tarafların karşılıklı anlaşmasıyla değiştirilip ortadan kaldırılabilir. Bu haklar şirket organlarının kararlarına tabi değildirler. Sözleşmesel bir hakkın esas sözleşmeye konulması, ona Anonim Ortaklıklar hukukuna ait bir hak niteliği kazandırmaz.

İmtiyazın paya bağlanmasının bir diğer sonucu ise, imtiyazlı paya sahip olan pay sahiplerinin ölümü halinde imtiyaz; pay ve paya bağlı bir hak olduğundan imtiyazlı payın mirasçılara geçmesiyle söz konusu imtiyaz mirasçılar tarafından aynen iktisap edilir. Çünkü anonim ortaklıkta pay, paya bağlı olan hak ve borçlar, pay sahibinin kişiliğinden soyutlanarak bir mevki oluşturur ve tüm haklar ile borçlar paya bağlanır. Dolayısıyla paylar ve mevkiler sabit, ancak bunların sahipleri değişkendir¹³⁸.

Buna karşılık pay sahibinin şahsına tanınmış olan hak veya üstünlükler pay sahibinin ölümü halinde mirasçılara intikal etmeyecektir. Çünkü bu haklar kanunen kişilere tanınmış olan kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklara benzemektedirler. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar ise hak sahibinin ölümü ile mirasçılara geçmemektedir.

2. İstisna :Grup İmtiyazı (TTK m. 360)

6762 sayılı TTK'ya göre imtiyaz ancak paya tanınabiliyordu. İmtiyazın paya tanınması ilkesi imtiyaz ile ilgili en belirgin ve temel bir ilke haline gelmişti. Bunun dışında pay sahiplerine veya pay sahipleri mevkiine imtiyaz

¹³⁷ Çamoğlu Ersin, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi- www.arslanlibilimarsivi.com , s.3. Memiş Tekin; Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?, Dokuz Eylül Üniv.Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Hakan Pekcanitez'e Armağan III, İzmir 2015, s.3111 (Nitelikli Pay).

¹³⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1295.

tanınması mümkün değildi. Ancak TTK ile bu kurala bir istisna getirilmiştir. Gerçekten TTK m.360 ile payın yanında “pay gruplarına”, “belirli nitelik ve özellikleri ile grup oluşturan pay sahiplerine” ve “azlığa” yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı olacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla yönetimde temsil edilme hakkının imtiyaz olduğu açıkça ifade edilmiştir. Böylece 6762 sayılı TTK döneminde Yargıtay kararları ile yerleşik bir uygulama haline gelen grup imtiyazı kavramı yani yönetimde temsil edilme imtiyazının her bir paya ayrı ayrı değil de payların oluşturmuş olduğu bir gruba bir bütün olarak tanınması imkanı kanuni bir düzenleme haline gelmiştir. Bu durum gerekçede de açıkça ifade edilmiştir¹³⁹. Ancak Tekinalp tarafından TTK m.360 gereği bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan yönetimde temsil edilme hakkının bir grup imtiyazı olmadığı çünkü burada ifade edilen grubun bir pay grubu değil, bayi, tahvil sahibi, yan sanayi mensubu vb. sıfatları taşıyan pay sahipleri olduğu ifade edilmektedir. Aynı şekilde azlığa tanınan haklarında bir grup oluşturmayan kümeye tanınmış olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁰. İmtiyazın paya tanınması ilkesinin istisnası TTK m.478/3 ile, “360 ıncı madde hükmü saklıdır.” demek suretiyle de ifade edilmiştir.

Her ne kadar TTK m.360 ile imtiyazın sadece paya değil, pay grupları, grup oluşturan pay sahipleri ve azlığa da tanınacağı hükme bağlanarak bir istisna getirilmişse de, bu madde ile ilgili olarak özellikle, özellik ve nitelikleri ile grup oluşturan pay sahipleri ve azlığa tanınan yönetimde temsil edilme hakkının imtiyaz olup olamayacağı noktasında birçok tartışmalar yapılmıştır.

Hemen belirtelim ki, TTK m.360/1 de belirtilenlerden ilki olan belirli pay grubu 6762 sayılı TTK döneminde de imtiyazın paya tanınması kuralı bağlamında tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucu 6762 sayılı TTK döneminde Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin, üstünlüğün tek tek paylara değil de payların oluşturduğu grubun tamamına tanınmasının da imtiyaz olacağı yönündeki içtihadı yerleşmiştir¹⁴¹. İşte 360.maddenin 1.fıkrasında sayılan belirli pay grupları Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin içtihadında yer alan grup imtiyazıdır. Pay grubuna tanınan imtiyazda, tek tek paylara imtiyaz tanınması yerine bir demet halinde bu payların

¹³⁹ Gerekeçe m.360

¹⁴⁰ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.567.

¹⁴¹ Y.11.H.D. 25.12.1987, E:3565, K:7565; Y.11.H.D. 01.03.1995, E:1994/7391, K:1995/1777 sayılı kararları.

oluşturduğu gruba imtiyaz tanınmakta ve burada gruba dahil olan paylara kimlerin sahip olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Yani grup imtiyazında pay sahibi değil payın bizzat kendisi önem taşıdığından grup imtiyazı kavramı imtiyazın paya tanınması ilkesi karşısında çok rahatsız edici durmamaktadır¹⁴².

Asıl tartışma ise TTK m.360/1 de sayılan grup oluşturan pay sahipleri ile azınlığa tanınan yönetimde temsil edilme hakkının imtiyaz olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasındadır. Özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetim kurulunda temsil edilme hakkının imtiyaz olarak tanınması ise TTK ile getirilen tamamen yeni bir uygulamadır. Burada yenilik imtiyazın paya tanınmayıp adeta grup oluşturan pay sahiplerine tanınmasıdır.

Burada öncelikle belirtilmesi gereken, TTK m.360 gereğince pay sahiplerinin oluşturduğu gruplara imtiyaz tanınabilmesi için söz konusu pay sahiplerinin özellik ve nitelikleri ile belirlenmiş olması gerekmektedir. Madde gerekçesinde de belirlenebilme kriterlerine meslek veya işletme konuları esas alınarak belirlenebilir şeklinde örnekler gösterilmiştir¹⁴³.

Belirli pay grubunda imtiyaz tanınması ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine imtiyaz tanınması arasındaki en önemli farklardan birisi pay devri halinde ortaya çıkmaktadır. İlk gruba imtiyaz tanınması halinde bir pay devri söz konusu olduğunda payı devralan kendiliğinden gruba dahil olur ve imtiyazdan da kendiliğinden yararlanır. Yani imtiyaz kendiliğinden devralana geçer. Oysa ki ikinci grupta yer alan pay sahiplerine imtiyaz tanındığında pay devrinde payı devralan ancak esas sözleşmede öngörülen özellik ve niteliği taşıması şartıyla o gruba dahil olabilir ve ancak bu şartla imtiyazı kullanabilir. Yani ikincisinde payın devralınması sonucu devralan her zaman kendiliğinden gruba dahil olamayabilir ve imtiyaz da kendiliğinden devralana geçemeyebilir. Örneğin (A) grubuna dahil olan bir payı devralan pay sahibi kendiliğinden (A) grubuna dahil olur ve dolayısıyla bu gruba tanınan imtiyazı kullanma hakkına sahip olur. Çünkü imtiyaz (A) grubu paylara tanınmıştır ve bu gruba dahil olan paylara sahip olanların kim oldukları, nitelikleri önem taşımamaktadır. Nitekim grup imtiyazında payın sahibi önem taşımamakta ancak pay grubunun bizatihi kendisi önem taşımaktadır. Buna karşılık, özellik ve nitelikleri itibariyle mühendislerden oluşan bir grupta yer alan bir

¹⁴² Kırcı İsmail/Çelik Feyzan Hayal Şehirali /Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt:1 Ankara 2013 s.427.

¹⁴³ Akad, s.14.

mühendis payını devrettiği zaman payı devralan, ancak mühendis olması şartı ile özellik ve nitelikleriyle mühendislerden oluşan gruba tanınan imtiyazdan yararlanabilecektir. Zira bu durumda payı devralanın özellik ve nitelikleriyle mühendis olması yani payı devralan kişinin şahsi özellikleri önem arz etmektedir¹⁴⁴.

TTK m.360 gereğince pay sahiplerinden grup oluşturabilmek için esas sözleşmede anılan bu pay sahiplerinin özellik ve niteliklerinin açıkça belirlenmesi mecburiyeti imtiyazların hem kullanılması hem de korunması için önem taşıyan imtiyazın belirli olması ilkesinin bir sonucudur. Bu husus gerekçeden de açıkça anlaşılmaktadır¹⁴⁵. Biraz daha ayrıntılı anlatmaya çalışırsak; gruba tanınan hakkın kullanılması, bu paylara esas sözleşmede özellik ve nitelikleri belirlenen ortak özelliklere haiz kişilerin sahip olması ile mümkün olmaktadır. Diğer bir anlatımla, TTK 360. maddede öngörülen hak, belirli nitelikteki kişilerin oluşturduğu gruba tanınmıştır. Burada özellikle belirtilmesi gereken bir başka husus ise bu hak, o gruptaki paylara ancak belirli nitelikteki kişilerin sahip olabilecekleri yolundaki bir bağlam hükmüyle birlikte de düzenlenebilir¹⁴⁶. Pulaşlı da eserinde belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine imtiyaz tanınabilmesi için bu pay sahiplerinin sahip olduğu payların bağlı nama yazılı pay olması gerektiğini ve bağlamın söz konusu payları devralacak kişilerin de aynı özellikleri taşımasına dair olması gerektiğini savunmuştur¹⁴⁷. Ancak biz bu görüşe, TTK m.360 ile açıkça imtiyaz tanınmasına izin verilen bir konuda, kanunda yer almayan bu şekilde bir sınırlama yapmanın doğru olmayacağı, yani kanunda açıkça izin verilen bir hakkın yine herhangi bir yasal dayanağı olmadan bu şekilde sınırlanmasının hukuk mantığı ile örtüşmeyeceği düşüncesi ile katılmıyoruz.

Buna karşılık, bu tür bir bağlamın öncelikle TTK m.493 kapsamında önemli bir sebep olup olmadığı hususu tartışılmalıdır. Ayrıca yönetimde temsil edilme hakkının pay sahiplerine bir imtiyaz olarak tanınmasına izin veren TTK m.360 hükmü karşısında, istisnai durum göz ardı edilerek, imtiyaz adeta paya bağlıymış ve bu nedenle payı devralana geçmesi gerekiyormuş gibi imtiyazın tanınabilmesi için pay devrinin de sınırlandırılmasının zorunlu tutulması gerektiği anlaşılamamaktadır. İmtiyaz bu durumda paya bağlı olmayıp, istisnai bir durumla pay sahiplerine tanındığından payın devredilmesi ve devralanın esas sözleşmede o

¹⁴⁴ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.427.

¹⁴⁵ Gerekçe, m.360

¹⁴⁶ Çamoğlu,,s.2.

¹⁴⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1297.

grup için belirlenen özellik ve nitelikleri taşımaması halinde imtiyaz sona ermelidir¹⁴⁸.

Tekinalp ise; TTK m.360/1 de ifade edilenlerden birincisini, paylara tanınan imtiyazlarla oluşturulan pay gruplarının, ikincisini ise anonim ortaklığın işçileri, bayileri, alacaklıları, tedarikçileri veya bir ailenin mensupları gibi aynı sıfatı taşıyan pay sahiplerinin oluşturdukları pay sahipleri gruplarının olduğunu ifade etmektedir. Yazar devamında, aynı sıfatı taşıyan pay sahiplerinin oluşturmuş olduğu grubun da yine bir pay grubu olduğunu, diğer pay gruplarından farkının bu gruba sahip pay sahiplerinin aynı niteliklere sahip olmak gibi ortak faydalarının bulunması olduğunu ifade etmiştir. Yine bu gruba sadece yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınabileceğini, payın ortak niteliklere sahip olmayan birine devredilmesi halinde imtiyazın devralan kişi tarafından kullanılmayacağını, pay sahipleri grubunun da imtiyazlı olmasından dolayı İPSÖK oluşturabileceğini, esas sözleşme değişikliği halinde TTK m.360 gereğince tanınmış olan imtiyazını ihlal edecek olursa İPSÖK'ün toplanabileceğini ifade etmiştir¹⁴⁹.

Bununla birlikte TTK m.360/1 de özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinden söz edilmesi nedeniyle bu hükme istinaden belirli somut bir kişiye imtiyaz tanınmamalıdır¹⁵⁰. Ancak bu görüşe karşı bir görüş ise; “yasa her ne kadar gruptan söz etmekte ise de, bu hakkın ismen belirlenen tek bir(veya birden çok) ortağa da tanınması mümkündür. Örneğin bu hak şirketin kurucusunun ailesine verilebileceği gibi sadece kendisine şahsen de tanınabilir. Bu takdirde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı bu kişinin hayatı ile sınırlıdır” şeklinde ifade edilmiştir¹⁵¹. Kanaatimizce özellik ve nitelikleriyle belirlenebilir grup oluşturan pay sahiplerine yönetimde temsil edilme hakkının, ortaklık esas sözleşmesinde isim olarak gösterilmesi için yasada açıkça engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Konuya TTK m.340 hükmü çerçevesinde baktığımızda da yine engel nitelikte bir durum ile karşılaşmamaktadır. Bu nedenle yönetimde temsil hakkı tanınan özellik ve nitelikleriyle bir grup oluşturan pay sahiplerinin isimleri ortaklık esas sözleşmesinde gösterilebilir. Ancak bu durumda akla şöyle bir soru gelmektedir: Böyle bir durumda grup imtiyazından bahsedilebilir mi? Bu sorunun cevabı ise, her somut olayın nitelikleri ayrı ayrı incelenerek cevaplanmalıdır. Ancak

¹⁴⁸ Akad, s.14-15.

¹⁴⁹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.198.

¹⁵⁰ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.428.

¹⁵¹ Çamoğlu, s.3.

şunu ifade edebiliriz ki; ortaklık esas sözleşmesinde yönetimde temsil hakkı tanınan birden fazla isim gösterilmişse, TTK m.360 hükmü kapsamında bir grup hakkı söz konusu olabilecektir.¹⁵²

Buraya kadar TTK m.360/1 de sayılan belirli pay grupları, özellikle özellik ve nitelikleriyle grup oluşturan pay sahipleri ve azınlığa tanınan yönetimde temsil edilme hakkının imtiyaz olarak kabul edilebileceği yönündeki görüşlere yer vererek açıklamalar yapmaya çalıştık. Bununla birlikte özellikle, özellik ve nitelikleriyle grup oluşturan pay sahipleri ve azınlığa tanınan yönetimde temsil edilme hakkının imtiyaz olarak kabul edilmemesi yönünde tartışmalar da yaşanmıştır.

Kaya; “... İmtiyazın paya bağlı olduğunu, bu temel kuralı değiştirmek imkânının olmadığını, bu esas alındığında TTK m.360'daki birinci halin yani belirli pay gruplarının paya bağlanabileceğini ifade ediyor. Yazar devamında ikinci halin yani özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinde, imtiyazın özellikle çok net bir biçimde pay sahiplerine bağlandığını, aynı şekilde azınlık da değişken olduğu için oraya girme çıkmanın söz konusu olacağını belirterek sonuç itibarıyla son iki halde pay sahiplerine bağlı bir durumun var olduğunu ifade etmektedir. TTK m.360/2 fıkrası esas alındığında TTK m. 360/1'deki ilk hal paya bağlandığı için imtiyaz, diğer iki hal ise grup hakkıdır ve pay sahiplerine bağlanmaktadır; imtiyazın temel mantığına aykırıdır, doğal olarak bu iki hali imtiyaz olarak nitelenebiliriz diye düşünüyorum.” şeklinde görüş bildirmiştir¹⁵³.

Kendigelen, ise gerek aynı sempozyumda gerekse eserinde “..TTK 360. maddede düzenlenen kavramın grup imtiyazını aşan bir boyut taşıdığını, pay sahipleri ve azınlığa tanınmak istenen imtiyazın somut bir pay grubu ayrımı yapılmadığı sürece uygulanma kabiliyetinin olmayacağını ifade etmiştir¹⁵⁴.

Moroğlu ise TTK m.360/1'de yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının belirli grup oluşturan pay sahiplerine de tanınması karşısında 360/2'de yer alan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır denilmesinin tam bir çelişki olduğunu, çünkü pay sahipleri grubu ile azınlığa tanınan imtiyazın payın kendisine değil doğrudan pay sahiplerine tanındığını ifade

¹⁵² Memiş; Nitelikli Pay, s.3111.

¹⁵³ Kaya Arslan, Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVI, Sayı 3-4, Yıl 2012, Tartışmalar s.143 (Sempozyum-Tartışmalar)

¹⁵⁴ Kendigelen Abuzer, S Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVI, Sayı 3-4, Yıl 2012, Tartışmalar s.143 (Sempozyum-Tartışmalar). İlk Tespitler s.152.

etmektedir. Yazar devamında ise, gerekçede 360. maddeye kaynak olarak gösterilen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 709. maddesinde bu tür gruplara imtiyaz tanınabilmesi için esas sözleşme ile oy hakkı, kâr payı veya tasfiye payı gibi malvarlığı haklarında imtiyazlı birden çok pay gruplarının mevcut olmasının zorunlu olduğunu, İsviçre Hukukunda söz konusu bu paylara yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının, yine paya bağlı bir imtiyaz olma özelliğini koruduğunu da ifade etmektedir¹⁵⁵.

TTK m.360 hükmü ile yönetimde temsil edilme imtiyazı son olarak azlığa tanınmıştır. Burada imtiyazın tanınması için azlığın bir grup oluşturmasına veya belirli özellik ve niteliğe sahip olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu hükme göre azlık yüzdesinin en az kanuni yüzde kadar olma zorunluluğu yoktur. Çünkü madde hükmünden azlığın kanuni azlık yüzdesinden az olmasına izin verildiği anlaşılmaktadır¹⁵⁶. Burada sermayeye katılım oranı bakımından azınlıkta olmak yeterlidir. Asıl önemli olan ise azınlığa yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının nasıl ve ne şekilde tanınacağı hususudur. Pulaşlı bu konuda, azınlığa yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ancak ortak sayısı az olan ve kapalı tip anonim ortaklıklarda mümkün olabileceğini ifade ederek bu durumu şu örnekle açıklamıştır: “Ortak sayısı 5 veya 7 olan bir anonim şirkette (A) şahsının pay çoğunluğuna sahip olması halinde, diğer pay sahiplerinin kural olarak yönetim kurulunda temsil edilmeleri mümkün olmaz. Bu durumda payları (A) ve (B) gruplarına ayırarak, azınlıkta olan (B) pay grubuna yönetimde temsil edilme hakkı tanınabilir. Burada (A) grubundaki bir veya birkaç pay sahibinin paylarını azınlık olan (B) grubuna devretmesi halinde (A) grubunun azınlık durumuna düşmesi ile azınlık imtiyazından (A) grubu payın sahibi veya sahipleri yararlanır. Önemli olan husus, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazından azınlık konumundaki pay sahibi veya sahiplerinin yararlanabilmesidir¹⁵⁷. Gerçekten azınlığa tanınan yönetimde temsil edilme imtiyazı ile ilgili olarak azınlığın belirlenebilir olması çok önemlidir. Zira azınlığın iyi tanımlanıp belirlenmemesi imtiyazın kullanılması ve korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında (örneğin İPSÖK’na kimlerin katılacağına belirsiz olması) güçlük doğurabilir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.159.

¹⁵⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.198.

¹⁵⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1297.

¹⁵⁸ Gerekçe, m.360

E. Üstünlüğün Kanundan ya da Esas Sözleşmeden Kaynaklanan Bir Pay Sahipliği Hakkına İlişkin Olması

TTK'da da 6762 sayılı TTK'ya paralel olarak imtiyazlar numerus clausus olarak sıralanmamış bilakis, esas sözleşme ile yeni pay sahipliği haklarının getirilebileceği düzenlenerek imtiyazın kapsamı genişletilmiştir.

TTK m.478 gereğince imtiyaz; kanunda yer alan pay sahipliği haklarına tanınabileceği gibi, esas sözleşmede yer alması koşuluyla kanunda yer almayan yeni bir pay sahipliği hakkına da tanınabilmektedir.

1. Kanunda Yer Alan Pay Sahipliği Haklarında İmtiyaz

İmtiyaz yukarıda bahsettiğimiz gibi kural olarak paya tanınmakta ve paya bağlı olan bir haktır. İmtiyazın paya tanınması ise ancak pay sahipliği hakları konusunda olabilmektedir. Yani imtiyazın pay sahipliği hakları konusunda olması bir zorunluluktur¹⁵⁹. Bu sebeptendir ki; payların bir kısmının hamiline bir kısmının nama yazılı olması, pay bedelinin bir grup paylar için nakden bir grup paylar için ise aynen ödenmesi, payların itibari değerlerinin farklı olması, payların ihraç değerlerinin farklılığı, devir şekillerindeki farklılık gibi farklılıklar imtiyaz oluşturmamaktadır. Bunun yanında pay sahipliği hakkı niteliğinde olmayan hususlarda da imtiyaz tanınmaz¹⁶⁰.

Bu noktada pay sahipliği haklarının neler olduğuna ve hangi tip pay sahipliği haklarına imtiyazın tanınabileceği hususuna değinmekte fayda vardır. Genel olarak bakıldığında paylar konusuna göre; malvarlığı/mali haklar ve kişisel haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan kâr payı, tasfiye payı hakkı, rüçhan hakkı gibi haklar mali haklar arasında sayılırken, oy hakkı, genel kurula katılma hakkı, bilgi alma hakkı, denetim hakkı, iptal davası açma hakkı ise kişisel haklar arasında sayılmaktadır. TTK'nın 425-444. maddeleri arasında pay sahibinin kişisel hakları sayılmakla beraber, farklı kişisel hakların da bulunduğu göz önüne alındığında bu sıralamanın numerus clausus şeklinde olmadığını anlıyoruz. Bununla birlikte pay sahibinin haklarını kullanılış şekillerine göre; bireysel haklar, çoğunluk hakları ve azınlık hakları şeklinde üçe ayırmak mümkündür.

¹⁵⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.14.

¹⁶⁰ Akad, s.15-16.

Ancak imtiyaz, bu saydığımız pay sahipliği haklarının hepsine tanınabilir mi yoksa sadece bazı pay sahipliği haklarına mı imtiyaz tanınabilir?

Bu sorunun cevabına TTK m.478'in gerekçesine bakarak yanıt bulmaya çalışabiliriz. Şöyle ki; TTK m.478'in gerekçesinde belirtildiği üzere imtiyaz kural olarak malvarlığı haklarına tanınabilir. Bununla birlikte gerekçenin devamında kişisel haklardan oy hakkında imtiyazın bir istisna olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Hemen devamında yer alan TTK m.479'da oyda imtiyazlı paylar düzenlenmiştir¹⁶¹. Yine yönetime katılma hakkı ile ilgili olarak TTK m.360/2'de bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme haklarının imtiyazlı sayılacağı ifade edilerek istisnai bir hüküm düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşıldığı gibi imtiyaz sadece malvarlığı haklarında tanınmamakta, kişisel haklarda da tanınabilmektedir. Ancak bu durum kanunda da düzenlendiği üzere istisnai olup tüm kişisel hakları kapsamamaktadır.¹⁶²

Nitekim Kendigelen de doğrudan doğruya paya bağlı olmayan haklarda imtiyaz tanınamayacağı gibi pay sahipliği hakları dışında kalan paylar arasında meydana gelen diğer farklılıkların da tek başına imtiyaz olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu kapsamda yazara göre, genel kurul toplantısına katılma, bilgi alma ve inceleme, iptal davası açma gibi pay sahipleri arasında mutlak eşitliğin olduğu haklarda imtiyaz tanınamayacaktır¹⁶³.

Paylara yüklenen yükümlülükler açısından oluşturulan farklılaşmaların imtiyaz olarak değerlendirilmesi ile ilgili olarak doktrindeki¹⁶⁴ ağırlıklı görüş, bu farklılaşmaların bir imtiyaz niteliğinde olamayacağıdır.

Nitekim imtiyaz ancak üstün bir hak tanınması ile oluşturulabilir. Bu nedenle bazı paylara tali nitelikte yükümlülükler yüklemek sureti ile, tali yükümlülük yüklenmeyen paylar lehine imtiyaz tanınması mümkün değildir¹⁶⁵.

Kanaatimizce; TTK m.478/2 hükmü gözönüne alındığında imtiyazın, ancak paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmasından dolayı, kanunu dar yorumlayarak

¹⁶¹ Gerekçe m.478. İlgili metin: "İmtiyaz esas itibarıyla malvarlığı haklarında tanınabilir. Bunun bir istisnası olan oyda imtiyaz ayrı bir rejime bağlanmıştır".

¹⁶² Akad, s.16.

¹⁶³ Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.32

¹⁶⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.435; Eriş, s.923.

¹⁶⁵ Pulaşlı, Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve Etkisi, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.565. (Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz).

imtiyazın istisnalar dışında¹⁶⁶ ancak pay sahipliği haklarında tanınabileceği, bunun dışında tüm pay sahipleri için mutlak eşitlik arz eden genel kurula katılma, bilgi alma, iptal davası açma haklarında veya mevcut paylara tali yükümlülükler yüklemek, bu yükümlülükleri farklılaştırmak sureti ile imtiyaz tanınamayacağını kabul etmek gerekir.

2. Kanunda Yer Almayan Yeni Bir Pay Sahipliği Hakkı

TTK m. 478/2' de düzenlenmiş olan "...kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı" yeni bir düzenlemedir. Emredici hükümleri düzenleyen TTK m.340 hükmü göz önüne alındığında acaba TTK m.478/2 'de düzenlenmiş olan bu hüküm m.340 ile çelişkili midir?

Moroğlu; yeni bir pay sahipliği hakkı tanınması yolu ile imtiyaz tanınmasının TTK m.340 hükmü ile çeliştiği yönünde görüş bildirirken, Kendigelen ise; TTK m.340 hükmü karşısında, TTK'da öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının esas sözleşme ile nasıl tanınabileceğinin tartışılması gereken yeni bir sorun olduğunu ifade etmiştir¹⁶⁷.

TTK m.340 hükmü yeni bir hüküm olup, öncesinde TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri, tamamlayıcı hükümler niteliğindedir. Bu madde ile artık TTK'nın anonim şirketlere ilişkin olan hükümleri kural olarak emredicidir. Esas sözleşme ile kanun hükümlerinden ancak kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabilir. Burada önemli olan husus açıkça izin verilmesi ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğudur. Maddenin gerekçesine baktığımızda bu husus;".... Hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresi, maddenin lafzından "sapabilme" imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla "sapabilme"nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır." şeklinde açıklanmıştır¹⁶⁸. Gerekçe metnine baktığımızda kanun hükümlerinden sapabilme imkanı açıkça anlaşılmıyorsa, duruma göre amaca uygun, haklı

¹⁶⁶ TTK m.360/2 ve TTK m.479

¹⁶⁷ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.280; Kendigelen, İlk Tespitler, s.383.

¹⁶⁸ Gerekçe m.340

gerekçelere dayalı, adil ve menfaatler dengesine uyacak şekilde yorum yoluna başvurulabileceği anlaşılmaktadır.

Doktrinde¹⁶⁹ TTK'nın 340. maddesinde yer alan açıkça ifadesine rağmen, anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespitinde, sadece hükmün lâfzıyla yetinmeyip özüne de bakılmalıdır ve hükmün sözü ve özünün birbirine uymaması hâlinde, hükmün özü esas alınmalıdır şeklinde görüş savunan yazarlar vardır. Ancak bu görüşe karşı görüş olarak; TTK'nın 340. maddesinde yer alan “açıkça” ifadesi nedeniyle, bir emredici hükmün aksinin düzenlenmesine izin verilip verilmediğinin tespiti konusunda, sadece ilgili hükmün lâfzının esas alınacağını, hükmün anlam ve amacının dikkate alınamayacağı ileri sürülmüştür¹⁷⁰.

Kanaatimizce, TTK m.340'da düzenlenmiş olan “kanun hükümlerinden ancak kanunda açıkça izin verilmişse sapabilir” ifadesi karşısında TTK m.478/2'de düzenlenen “kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının” oluşturulabileceği hükmü, kanunun açıkça izin vermesi olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda TTK'nın 340. maddesi 478. maddeye karşı çelişkili bir hüküm olarak değil de birlikte değerlendirilerek yorumlanmalıdır. Dolayısıyla diyebiliriz ki; TTK m.478/2 hükmü gereği emredici hükümlere aykırı olmadığı takdirde yeni bir pay sahipliği hakkı ve bu hak üzerinde imtiyaz tanınabilir.

Kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği haklarına somut olarak şu şekilde örnekler verebiliriz; A grubu payların aylık mizanı veya 3 aylık hesapları inceleme hakkına sahip olmaları, B grubu pay sahiplerinin anonim ortaklığa ait tatil tesislerinde yılda 10 gün ücretsiz yararlanma haklarına sahip olmaları.

Bu açıklamalardan sonra kanunda düzenlenmemiş yeni bir pay sahipliği hakkına imtiyaz tanınması konusunda tartışmalı olan birkaç hususa değinmekte fayda görmekteyiz. Bu tartışmalardan ilki ön alım hakkında yani bir pay sahibinin payını satmak istemesi halinde diğer pay sahiplerine tanınan, satışa konu olan payları öncelikli alma, satım hakkında imtiyaz tanınıp tanınmaması hususudur. Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki ön alım, satım ve alım hakları yenilik doğurucu haklar arasında yer almaktadır¹⁷¹. 6762 sayılı TTK döneminde bu tür yenilik

¹⁶⁹ Karasu, s.316, Akad, s.18 vd.

¹⁷⁰ Bahtiyar Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 61, 2005, s.70 vd. (Değerlendirme)

¹⁷¹ Nilsson Okutan Gül, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s.216.

doğurucu hakların esas sözleşmede öngörülmesi tek borç ilkesine aykırı olarak kabul edilen anlayış, genişletilmiş şekilde TTK'da da kabul edilmiştir. Gerçekten TTK m. 480 hükmü incelendiği zaman; pay sahibine taahhüt ettiği sermaye borcunu ifa etmesi dışında yüklenen tüm borçlar, tek borç ilkesi kapsamında sayılmaktadır. Dolayısıyla verme ya da yapma borçları getiren alım, satım, önalım haklarının tek borç ilkesine aykırı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁷².

Kanaatimizce; önalım hakkında imtiyazın tanınması doğru değildir. Ancak bunun sebebi tek borç ilkesine aykırılık değildir. Önalım hakkında imtiyazın tanınmamasının nedenleri arasına tek borç ilkesini almak teknik açıdan yanlış olur. Çünkü tek borç ilkesi pay sahibi ile şirket arasında söz konusu olan bir ilkedir. Paydaşlar arasındaki yükümlülükler şirkete karşı tek borç ilkesi ile ilişkilendirilemez. Önalım hakkı ile ilgili olarak imtiyaz tanınmaz, bu doğru bir yargıdır ancak bunun sebebi sözleşmenin nispiyeti ilkesidir. Zira bir paya imtiyaz tanınırken, bu paydaki imtiyazdan dolayı üçüncü bir kişiye ek külfetler yüklenmesi doğru olmayacaktır.

Peki, teklifte öncelik hakkı veya icapta öncelik hakkı bir imtiyaz olarak tanınabilir mi? Öncelikle teklifte öncelik hakkı tanımlanmalıdır. Teklifte öncelik hakkı, payı satmak isteyen pay sahibinin, üçüncü kişilere icapta bulunmadan önce teklifte öncelik hakkına sahip pay sahiplerine payını devredeceğini bildirmesi yükümlülüğüdür¹⁷³.

Buradaki yükümlülük, pay sahibini payını teklifte bulunduğu veya icapta bulunan pay sahiplerine satma zorunluluğu altında bırakmamaktadır. Böyle bir durumda pay sahibi, payını devredeceğini teklifte öncelik hakkına sahip olan pay sahiplerine bildirmekle kendisine yüklenen yükümlülüğünden kurtulmuş olur. Yani pay sahibi, açıkça kötünietli olmadığı örneğin, diğer pay sahiplerine bildirdiği şart ve fiyattan daha düşük olmamak kaydı ile payını herhangi bir üçüncü kişiye satabilir.

TTK m.480/1 hükmü incelendiğinde, tek borç ilkesinin daha açık hale getirildiği anlaşılmakta ancak m.480/4 ile de konusu para olmayan bir takım edimlerin yükümlülük olarak getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Her ne kadar TTK m.339'da pay sahibine yüklenecek bu tür bir yükümlülüğün bahsedilmiyorsa da, TTK m.480/4 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, pay sahibine konusu para

¹⁷² Tekinalp, Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXVI, s.352 (Alım, Önalım, Geriye Alım). Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.607.

¹⁷³ Akad, s.22.

olmayan ve teklifte öncelik hakkı tanınmış pay sahiplerine teklif veya öneride bulunma hakkı tanınabilir¹⁷⁴.

Bunun yanında icapta öncelik hakkı ön alım hakkına benzetilmekte ve bu nedenle tek borç ilkesine aykırı olacağından bahisle bu hak üzerinde imtiyazın tanınamayacağı düşünülmektedir. Ancak tek borç ilkesine aykırı olmayan teklifte öncelik hakkının esas sözleşmede imtiyaz olarak tanınmasının önünde engel bulunmamaktadır¹⁷⁵.

Son olarak veto hakkında imtiyazın tanınıp tanınamayacağı hususuna değinilmelidir.

Teoman, anonim ortaklıkta sermaye artırımını için haklı bir sebep aranmadığı dolayısıyla sermaye artırımında bazı gruplara veto hakkının tanınmasının anonim ortaklığın bünyesine aykırı olduğunu ifade ederek bazı gruplara veto hakkının tanınmasının baştan itibaren hükümsüz olduğunu savunmuştur¹⁷⁶.

Kendigelen ise belirli bir pay grubuna veto hakkının tanınabileceğini ancak bu hakkın bir imtiyaz olamayacağını, bazı kararların alınması ile ilgili olarak belli bazı grupların onayının aranmasının karar yeter sayıları ile ilgili bir husus olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁷.

Tekinalp, bazı kararlara karşı veto haklarında imtiyazın, anonim ortaklığın niteliğine aykırı olmadığı hallerde tanınabileceğini, buna karşılık kişilere ya da makamlara tanınan veto hakkının imtiyaz olarak nitelendirilemeyeceğini savunmuştur¹⁷⁸.

Kanaatimizce; bazı pay gruplarına veto hakkının tanınması anonim ortaklığın bünyesine ve ortaklık yapısına aykırı olmamak şartıyla bir imtiyaz olarak kabul edilebilir. Her ne kadar veto hakkının bir imtiyaz olarak tanınması muhtemel bazı sakıncaları doğurabilecek nitelikte olsa da esas sözleşmeye, imtiyaz olarak tanınacak veto hakkının sınırları ile niteliklerini açık ve net bir şekilde belirleyen hükümler konulmak suretiyle bu sakıncalar giderilebilir. Biraz daha ayrıntılı bir şekilde anlatmaya çalışırsak; 6362 sayılı SerPK'nın "ortaklıkların önemli nitelikteki işlemleri" başlıklı 23. maddesinde belirtilen bir veya birkaç önemli işlem ile ilgili

¹⁷⁴ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.329.

¹⁷⁵ Akad, s.22.

¹⁷⁶ Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Belirli Bir Grup Paya Esas Sermaye Artırımına İlişkin Kararlarda Veto Hakkının Tanınması, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt 1, Kitap 4 İstanbul 1995 s.18-25. (Veto Hakkının Tanınması)

¹⁷⁷ Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.302.

¹⁷⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.441

bazı pay sahiplerine veto hakkı bir imtiyaz olarak tanınabilir. Ya da ortaklığın kurucu ortaklarına, artan pay sahipleri ve diğer imtiyazlı paylar da göz önüne alındığında ortaklık üzerindeki hakimiyeti kaybetmemesi için, belirli bir konuda örneğin; şirket ile ilgili alınacak birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararlarında veto hakkı bir imtiyaz olarak tanınabilmelidir. İfade ettiğimiz gibi burada önemli olan husus imtiyaz olarak tanınacak veto hakkının niteliklerinin ve sınırlarının esas sözleşmede ayrıntılı, açık ve net bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır.

F. İmtiyazın Tescil ve İlanı

Şirketin tescil ve ilanı başlıklı TTK m.354/1/d bendinde yer alan; “şirketin sermayesi, ödenmesinin şekil ve şartları ile payların itibari değerleri, varsa imtiyazlar” şeklindeki hüküm gereği anonim ortaklıkta tanınmış olan imtiyazların esas sözleşme ile tescil ve ilan edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Bunun amacı; şirkete sermaye getirerek pay sahibi olacak kimselerin imtiyazlardan haberdar edilmesi ve yatırım yapacaklar ise zarara uğramalarının, önceden imtiyazlara ilişkin bilgi sahibi edilerek önüne geçilmek istenmesidir.

G. İmtiyazın Yasaklandığı Haller (TTK m.478/4)

26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı yasanın 25.maddesiyle TTK m.478 hükmüne 4.fıkra eklenerek imtiyazın tesis edilemeyeceği bazı durumlar hüküm altına alınmıştır. İlgili fıkra hükmü: “Sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Bu hüküm, payları borsada işlem gören anonim şirketlere, 5411 sayılı kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmaz” şeklindedir.

Bu madde ile birlikte, bir anonim ortaklıkta birinci cümlede sayılan pay sahiplerinin bulunması halinde; bu pay sahipleri dışında kalan diğer paylara,

belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa herhangi bir imtiyaz tanınamayacaktır.

TTK m.478/4 son cümlesinde istisna tutulan tüzel kişiler dışındaki anonim şirketlerde yeni bir imtiyazın tanınması veya mevcut imtiyazların kullanılması, 478/4. maddenin 1.cümlesinde sayılan tüzel kişilerin pay sahibi olup olmadıkları ile çok yakın bir bağı olduğundan, bu türden sorunlarla karşılaşmamak için esas sözleşmelere bağlam hükümlerinin konulması (bkz. m. 493) önem taşımaktadır. Çünkü 478/4.maddenin 1.fikrasında sayılan tüzel kişilerin, anonim ortaklığın sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları halinde, bu pay sahipleri dışındaki diğer payların, belirli grup oluşturan pay sahiplerinin, belirli pay grupların ve azınlığın imtiyazlardan yararlanması mümkün olmayacağından, anonim ortaklıkta kontrolün/hâkimiyetin değişmesine, dolayısıyla şirketin ekonomik bağımsızlığını kaybetmesine (bkz. m. 493/2) sebebiyet verir¹⁷⁹.

TTK m.478/4' hükmünde yer alan "... bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez." ifadesindeki tesis edilemez ibaresi ile anlaşılması gerekenin ne olduğuna da değinmek gerekir. Yani bu ifade; fıkranın 1.cümlesinde sayılmış olan tüzel kişilerin anonim ortaklık sermayesinin %50'sinden fazlasına sahipse, diğer paylar, belirli grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık yararına imtiyaz tanınamayacak mı? Ya da bu gruplara imtiyaz tanınabilecek ancak sayılan tüzel kişilerin şirket sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip olması durumunda diğer paylar, belirli grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlığa tanınan imtiyaz donacak yani imtiyaz kullanılamayacak mı?

TTK m.478/4 hükmünde yer alan tesis edilemez ibaresini; bir anonim ortaklıkta, hem kuruluşta hem de esas sözleşme değişikliğinde kurucuların ve pay sahiplerinin kim olduğuna bakılmaksızın paylara imtiyaz tanınabileceğini ancak 478.maddenin 4.fikrasının 1.cümlesinde sayılan tüzel kişilerin pay iktisap etmeleri ve şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları durumunda, diğer paylara, belirli grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azınlığa tanınan imtiyazlar geçersiz hale gelmemekle beraber bu imtiyazlardan

¹⁷⁹ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.443.

yararlanamayacakları şeklinde kabul etmek anonim şirketlerin yapısına daha uygun olacaktır.

Bir başka deyişle, 478/4 hükmünün birinci cümlesinde sayılan tüzel kişilerin şirket sermayesinin yarısından fazlasına sahip olması durumunda bunlara tanınan imtiyazlar kullanılabilir, buna karşılık diğer paylara, belirli grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azınlığa tanınan imtiyazlardan doğan haklar ise kullanılmayacak ve donacak, devir vs. sebeplerle m.478/4 hükmünün 1.cümlesinde sayılan tüzel kişilerin pay oranlarının, şirket sermayesinin %50'sinin altına düşmesi durumunda donan bu imtiyazlar ve sağladıkları hakların yeniden canlanacaktır¹⁸⁰.

Kanaatimizce TTK m.478/4 hükmünü mülga TTK m. 401/3 hükmü ile karşılaştırma yaparak şu şekilde değerlendirmek daha doğru olacaktır. TTK m.478/4 hükmünün birinci cümlesinde sayılan tüzel kişiler, eğer ortaklık kurulurken ortaklığın sermayesinin %50'sinden fazlasına sahiplerse bu takdirde kanunda sayılan tüzel kişiler dışındaki pay veya pay gruplarına imtiyaz tanınmaz. Bu durumda “tesis edilemez” cümlesi imtiyazın tanınamayacağı anlamına gelmektedir. Ancak kuruluşun sonra devir, birleşme vb. şekillerle ortaklığın sermayesinin %50'sinden fazlasına TTK m.478/4 hükmünün birinci cümlesinde sayılan tüzel kişiler sahip olurlarsa bu durumda, diğer pay veya pay gruplarına tanınan imtiyazlar sona ermez ancak donarlar ve bu nedenle de kullanılamazlar. Bu yoruma mülga TTK m.401/3 hükmü ile TTK m.478/4 hükmünün karşılaştırılması ile de ulaşılabilir. Zira mülga TTK m.401/3 hükmünde belirlenen tarihe kadar ikinci fıkra hükmüne uygun hale getirilmeyen esas sözleşme hükümlerinin kendiliğinden geçersiz hale geleceği ve esas sözleşmede öngörülen imtiyazların da kanunen sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme TTK m.478'de yer almamaktadır. Dolayısıyla TTK m.478/4 hükmünün birinci cümlesinde sayılan tüzel kişilerin ortaklığın sermayesinin %50'sinden fazlasına kuruluşun sonra sahip olması durumunda diğer paylara sağlanan imtiyazlar donarak kullanılamaz hale gelir. Belirli bir zaman sonrasında, bu tüzel kişilerin pay oranlarının ortaklığın sermayesinin %50'sinin altına düşmesi halinde donan imtiyazlar yeniden canlanarak kullanılabilir hale gelir.

TTK m.478/4 hükmü, uygulamada çok ciddi bir çok sorunu da beraberinde getirmektedir. Çünkü maddenin yaptırımını imtiyazları ortadan

¹⁸⁰ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.444.

kaldırmaktadır. Bu da büyük anonim ortaklıkların yönetiminin yabancı sermaye sahiplerinin eline geçmesine, dolayısıyla milli ekonominin giderek yabancılaşmasına sebep olmaktadır.

Ayrıca bu kısıtlayıcı hüküm bazı tüzel kişileri belki korur ancak büyük projeler için kurulacak olan anonim ortaklıklara başka sermaye gruplarının katılma hevesini de kırabilir¹⁸¹.

Dolayısıyla; TTK m.478/4 hükmünde yer alan sınırlamanın yerindeliği tartışmalı ve başta eşitlik ilkesine, kazanılmış hak ilkesi ve mülkiyet hakkına aykırılık oluşturacağı ortadadır¹⁸².

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TTK m.478/4 başta Anayasaya aykırıdır. Sonradan yürürlüğe giren bu düzenlemenin geçmişe etkili olması Türk hukuk sisteminde bir geriye dönüş olarak değerlendirilmektedir. Zira bir kanun hükmünün yürürlüğe girdikten sonra geçmişe etkili olarak hakları ortadan kaldırması mümkün olmamakla birlikte hukuk güvenliği ile de bağdaşmamaktadır. Bu durum Anayasa tarafından teminat altına alınmış olan temel haklara aykırılık oluşturmaktadır. Diğer yandan TTK m.478/4 hükmü ile, imtiyazların kurulmasında pay sahibi ile ortaklık arasında kurulan menfaat dengesi imtiyazlı pay sahipleri aleyhine değiştirilmektedir. Ayrıca söz konusu bu fıkra hükmü, imtiyazların çok sık kullanıldığı özelleştirmelere konu işletmeler ile diğer ortaklıkları da olumsuz etkilemektedir. Zira bu fıkra hükmünden sonra; bir sendika veya derneğin böyle bir ortaklığa ortak olma düşüncesi, beraberinde getirebileceği birçok problem nedeniyle sekteye uğrayacaktır¹⁸³.

Kanaatimizce; gerekçesi tatminkar olmayan TTK'nın 478/4 maddesi hem hukuki açıdan hem de uygulamaya yönelik olarak birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. İlk olarak anılan fıkra hükmü Anayasa'nın 10.maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Özellikle madde metninde sayılan devlet, il özel idaresi, belediye, diğer kamu tüzel kişileri, dernek, vakıf, kooperatif ve sendika ile bunların üst kuruluşlarına imtiyaz tanınırken, aynı imtiyazların diğer gerçek kişi ve ticaret şirketlerine tanınmaması hem Anayasa'nın 10.maddesindeki eşitlik ilkesine hem de Anayasa'nın 35.maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkına açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Zira bir anonim ortaklıkta pay sahiplerinin tatminkar bir

¹⁸¹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.76.

¹⁸² Bahtiyar, Mehmet 6335 sayılı Kanun ile Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi 1. Baskı, İstanbul 2012 (Uyum Takvimi)

¹⁸³ Memiş Tekin, Adalet Bakanlığına Sunulan Görüş, (Görüş).

gerekçeye dayanmaksızın sadece hukuki kişiliklerine (devlete ait, özel nitelikli) bakılarak sınıflara ayrılması ve bunlardan sadece bir tanesine imtiyazlı haklar tanınmasının haklı bir şekilde izahının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı şekilde serbest piyasa ekonomisi kurallarına göre faaliyet gösteren anonim şirketlerdeki pay yapısında bu şekilde bir ayırım yapılmasının, yine Anayasa'nın 48.maddesinde düzenlenen özel teşebbüs kurma özgürlüğüne uyumlu olup olmadığı noktasında da düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz.



İKİNCİ BÖLÜM İMTİYAZLI PAY ÇEŞİTLERİ

Ş.1. KANUNDA SAYILAN İMTİYAZLI PAYLAR

I. KÂR PAYINDA İMTİYAZLI PAYLAR

A. GENEL OLARAK ORTAKLARIN KÂR PAYI HAKKI

Kâr payı, anonim ortaklıkta yıllık net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılan paydır (TTK m. 509/2). Her pay sahibi dağıtılmasına karar verilen net dönem kârına, payı oranında katılma hakkına sahiptir (TTK m. 507).

Anonim ortaklıklarda kârın dağıtılabilmesi için bazı şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Kârın dağıtılmasının tespitinde kullanılacak kriterler ortaklığın halka açık veya kapalı olmasına göre farklılık göstermektedir.

TTK m. 523/1'e göre; dağıtılacak kâr payının belirlenebilmesi için öncelikle kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılması gerekmektedir. Dolayısıyla kâr payı, anonim ortaklıklarda temel kural olan sermayenin korunması ilkesi ve TTK m.509/2 ve m.523 hükümleri çerçevesinde ancak yıllık net dönem kârından ve bu amaç için ayrılan veya herhangi özel bir amaca bağlı olmadan ayrılan serbest yedek akçelerden dağıtılabılır. Bu şartlar dışında kâr payının dağıtılması sermayenin iadesi olur ki bu durum ise TTK m. 480/3 hükmü gereği mümkün değildir. Ayrıca kâr dağıtımına karar verilebilmesi için ortaklığa ait geçmiş dönem zararlarının da kapatılmış olması gerekmektedir¹⁸⁴.

Halka açık anonim ortaklıklarda ise kâr payının dağıtılması SerPK m.19/2'de düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; kanuni yedek akçeler ile esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça, başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği

¹⁸⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1406.

gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz. SerPK tarafından SerPK'nın 19. ve 20. maddelerine dayanılarak 23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı "Kâr Payı Tebliği (II-19.1)" yayınlanmıştır. Kâr payının dağıtımını ile ilgili husus SerPK m.19 hükmüne paralel olarak tebliğin 4.maddesinde düzenlenmiştir. Tebliğin m.5/4 hükmünde: "İmtiyazlı pay sahiplerine, intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay verilebilmesi için ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunması zorunludur. Esas sözleşmede söz konusu kişilere kâr payı dağıtılması hususunda hüküm bulunmasına rağmen, kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmemişse; bu kişilere dağıtılacak kâr payı tutarı, imtiyazdan kaynaklananlar hariç her durumda pay sahiplerine dağıtılan kâr payının dörtte birini aşamaz." şeklinde kârda imtiyazlı pay sahiplerinin durumu da düzenlenmiştir¹⁸⁵.

Böylece SerPK m.19 ve ilgili tebliğ düzenlemesiyle birlikte tasarruf sahiplerinin korunması amacıyla kâr payı, kanuni yedek akçeden sonra birinci sıraya alınmıştır. Böylece kanun koyucu kanuni yedek akçelerin ayrılmasından sonra esas sözleşmeye ve kâr dağıtım politikasına göre dağıtılacak kârı diğer ayırım ve ödemelerin önüne geçirmiştir¹⁸⁶. Dolayısıyla tasarruf sahiplerinin kâr payı hakkı eski sisteme nazaran daha fazla koruma altına alınmıştır.

Kâr dağıtım esaslarının halka açık anonim ortaklıklarda karşımıza çıkan bir başka farklı yönü ise SerPK m.19/3'de düzenlenmiştir. İlgili hüküm: "Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır" şeklindedir. Kapalı tip anonim ortaklıklarda kâr payında öncelikli yararlanma imtiyazı tanımak mümkün olabilirken, SerPK m.19/3 hükmü gereği halka açık anonim ortaklıklarda kâr payında öncelikli yararlanma imtiyazı tanınması mümkün olmayacaktır¹⁸⁷.

Kâr dağıtımının yapılabilmesi için son şart ise genel kurul tarafından kâr dağıtım kararının alınmasıdır. Nitekim kârın tespit ve dağıtım yetkisi TTK m.408 hükmü gereği genel kurula aittir. Bir anonim ortaklığın sadece kâr etmiş olması tek başına pay sahiplerinin kâr paylarını talep etme hakkını doğurmamaktadır. Kâr payı muaccel olmadıkça talep ve dava edilemez. Kâr payının muaccel olması

¹⁸⁵ SPK'nın 23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı Kâr Payı Tebliği (II-19.1).

¹⁸⁶ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.629.

¹⁸⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1301.

için ise, kural olarak genel kurulun kâr dağıtım kararı alması gerekmektedir. Genel kurulun, kâr dağıtımını konusunda karar almaya tek ve münhasır yetkili organ olduğu hususu doktrinde¹⁸⁸ tartışmasız bir şekilde kabul edilmiştir.

Peki; kâr dağıtımını konusunda karar verme yetkisini münhasıran uhdesinde bulunan genel kurulun, bu yetkisini kötüye kullanarak keyfi davranması, bu suretle şirketin mali durumunun yeterli olması yani imkan olmasına rağmen hiç kâr dağıtmaması veya çok cüz'i kâr dağıtması durumunda pay sahipleri ile kâra iştirak hakkı olanların durumu ne olacaktır? Genel kurulun kâr dağıtılmaması yönündeki kararına karşı hak sahipleri tarafından iptal davası açılması halinde mahkeme tarafından genel kurul kararının iptal edilmesi ile birlikte kâr dağıtımına karar verilebilecek midir?

TTK m.531 hükmü ile bu konu yeni bir boyut kazanmıştır. Karahan yazmış olduğu bir makalesinde, kâr dağıtımına karar verme yetkisi münhasıran kendi uhdesinde bulunan genel kurulun bu yetkisini kötüye kullanması ve imkân olmasına rağmen keyfi şekilde davranarak hiç kâr dağıtmaması veya cüz'i miktarda kâr dağıtması halinde, mahkemenin buna müdahale edip edemeyeceği ve genel kurulun yerine geçerek dağıtılması gereken kâr miktarını belirleyebilip belirleyemeyeceği hususunda isabetli ve adil olan çözümün mahkemenin yetkisini kabul etmek olduğunu ifade etmiştir¹⁸⁹.

Ancak bu görüşün Türk hukuk mantığına uygun ve fevkalade tutarlı olmasına rağmen hukuk politikası bakımından eleştirilebilecek nitelikte olduğu savunulmuştur. Kâr dağıtımının TTK m.408 ile genel kurulun devredilemez yetkileri arasında olduğu ifade edildikten sonra, mahkemenin müdahalesinin kabul edilmesindeki amacın kâr beklentisi içindeki yatırımcının çoğunluğa karşı korunması ve bu beklentisinin karşılanması olduğu belirtilmiştir. Ancak kâr dağıtımını hakkında karar verirken yatırımcının şahsi menfaatlerinden çok kümülatif bir menfaat olan ortaklığın zenginliğinin artması hedeflenmelidir. Ayrıca genel kurulun kâr dağıtım kararı vermemesi tek başına bu hakkını kötüye kullandığı anlamına gelmediği, kâr dağıtılmamasının her zaman yatırımcıyı zarara uğratmayacağı, kâr beklentisi içinde olan yatırımcı ile birlikte çoğunluğun da bu kararla büyük fedakarlık yaptığı savunulmuştur. Yine mahkemelerin her zaman doğru ve hukuka uygun karar

¹⁸⁸ Arslanlı, s.199; Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.630;

Karahan, İmtiyazlı Paylar s.57.

¹⁸⁹ Karahan Sami, Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Kârın Dağıtılmasına Karar Verebilir mi?, Regesta Cilt 3, Sayı 1, 2013, s.19 vd (Kâr Dağıtımını)

veremedikleri buna karşılık bir sorumluluklarının bulunmadığı da ifade edilmiştir. Sonuç itibariyle; ortaklık yönetiminin karar alma süreçlerine mahkemenin müdahalesinin kabul edilmesinin ekonomik anlamda iyi bir yöntem olmadığı, mahkemenin ortaklık yönetimine müdahalesinin ancak ortaklık yönetiminin mevcut ve geçmiş hissedarları ya da potansiyel yatırımcıları kandırmaları, aldatmaları veya ortaklık değerlerini kendi şahsi çıkarları için kullanmaları halleri ile sınırlı tutulması gerektiği, bunun ötesinde her zaman mahkeme müdahalesi tehlikesi taşıyan bir ortaklıklar hukuku gerek doğrudan Türkiye'ye yatırım yapacak olanlar gerekse sadece hisseye yatırım yapacak olan yatırımcılar bakımından istenmeyen bir ortam yaratacağı gerekçeleri ile Karahan'ın görüşü eleştirilmiştir¹⁹⁰.

Kanaatimizce; her ne kadar böyle bir durumda mahkemenin genel kurul yerine geçerek kâr dağıtım kararı vermesi hukuk mantığına, hakkaniyet ve adalete daha uygun olarak görünse de mahkemenin genel kurulun yerine geçerek kâr dağıtım kararı verme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu durumu şöyle açıklayabiliriz; öncelikle TTK m.408'de kâr dağıtımını genel kurulun devredilmez yetkileri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından genel kurulun devredilemez nitelikte düzenlenen bir yetkisinin yorum yolu ile mahkemeye bırakılması en başta usul yönü ile hukuka aykırı olacaktır. Yine TTK m.531 hükmünde mahkemenin fesih kararı vermek yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüme karar verebileceği açıkça düzenlenmiştir. Yani TTK m.531 ile kanun koyucu tarafından mahkemeye açıkça bu yetki verilmiştir. Buna karşılık genel kurul kararının iptali davasında kanun koyucu tarafından mahkemeye böyle bir yetki verilmemiştir. Yine mahkemeye genel kurul yerine geçerek kâr dağıtım kararı verme yetkisinin tanınması halinde bu durum bazı pay sahipleri tarafından kötüye kullanılabilir. Örneğin; genel kurul tarafından ortaklık adına büyük bir yatırım yapılması amacı ile kâr dağıtım kararı verilmemesi durumunda, ortaklığın bir bütün olarak menfaatini düşünmeyip yalnızca kendi kâr payını düşünen pay sahipleri tarafından hemen iptal davası açılarak mahkemeden kâr dağıtım kararı vermesi talep edilebilecektir. Bu durumda mahkemenin kâr dağıtım kararı vermesi halinde ortaklık adına planlanan büyük yatırım yapılamaz hale gelecektir. Bu durum ise ortaklığın yatırımlarına engel olarak ileride daha büyük kâr elde etmesine mani olacaktır.

¹⁹⁰ Işıktaç Nazım Can, Yargının Kâr Dağıtım Konusunda Şirket Yönetimine Müdahalesinin Ekonomik Değerlendirilmesi, <http://www.ticaretkanunu.net/yarginin-kar-dagitma-konusunda-sirket-yonetimine-mudahalesinin-ekonomik-degerlendirmesi-nazim-can-isisktac/>

Böylece ortaklığın sağlıklı bir şekilde işleyişi doğrudan etkilenecektir. Ayrıca; mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verme yetkisinin bulunduğu bir ortaklıklar sistemi yatırımcıları da olumsuz etkileyecektir.

B. KÂR PAYINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ

TTK m.478/2 hükmü kapsamında kâr payında imtiyazın tanınabileceği düzenlenmiştir. Kâr payında imtiyazın en önemli fonksiyonu; özellikle ortaklığın kuruluşunda kurucuların sermayeye katılımları ile emek ve çalışmalarını ödüllendirmek ve bu suretle küçük yatırım sahipleri de dahil olmak üzere birçok yatırımcıyı, ortaklığın kurulması ve hayata geçirilmesi noktasında teşvik etmektir. Bunun dışında sermaye artırımlarında veya ortaklığın mali durumunun kötüye giderek bozulduğu durumlarda da kâr payında imtiyazlı payların çıkartılması, hem mali durumu bozulan ortaklık için yeni finansman kaynağını teminde hem de ortaklığın ıslahında önemli bir faktördür.

TTK m.478/2 ile kâr payında imtiyaz tanınabileceği düzenlenmiş ancak bu düzenleme çerçeve bir düzenleme şeklinde kalmıştır. Kanun koyucu kâr payında imtiyaz tanıma yöntemlerini ayrıca düzenlememiştir. Bu nedenle anonim ortaklıklar imtiyazlı kâr payının şeklini serbestçe tayin edebilirler. Anonim ortaklık imtiyazlı kâr payı tanınması sırasında, sermaye piyasası ilişkilerini, ortaklığın finansman durumunu, genel ekonomik durumunu, vergi politikasını ve çeşitli ihtiyaçlarını göz önüne alır. Bununla birlikte kâr payının şeklini tayinde 6098 sayılı BK m.26 ve m.27, MK m.2 ve TTK m.445 anlamında dürüstlük kurallarının çizdiği genel çerçeveye uyulması gerekir¹⁹¹.

Uygulamada kâr payında imtiyaz; kârdan öncelikli yararlanma, kârdan daha büyük oranda yararlanma ve kârdan birikir şekilde yararlanma olmak üzere başlıca üç yönetime göre tanınmaktadır.

1. Kârdan Öncelikli Yararlanma Hakkı

Kapalı tip anonim ortaklıklarda kâr payında imtiyazın kapsamı, kârdan öncelikli yararlanma hakkı olduğunda; bu imtiyaza sahip olan pay sahipleri, dağıtılmasına karar verilen kârdan diğer pay sahiplerine göre öncelikli olarak yararlanma hakkına erişirler. Bu durumda kanuni sınırlamaların dışında kâr

¹⁹¹ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.61.

dağıtımında öncelikli olarak, kârda imtiyazlı pay sahipleri tatmin edilir, kalan kısım ise diğer pay sahiplerine dağıtılır.

Kâr payında imtiyaz tanıma yöntemlerinden en önemlisi öncelikli yararlanma hakkıdır. Bu önem kendisini tüm pay sahiplerine dağıtılacak yeterli kâr elde edilememesi durumunda göstermektedir. Zira yeterli kârın olması durumunda önceliğin çok büyük bir önemi bulunmamaktadır. Neticede tüm pay sahipleri gibi kârda öncelikli imtiyaz sahipleri de tatmin edilmiş olacaktır. Ancak ortaklıkta tüm pay sahiplerine dağıtılacak yeterli kârın bulunmaması halinde ise, kârda öncelikli imtiyazlı pay sahiplerine kâr dağıtımını yapılmadan diğer adi paylar hiçbir şekilde kâra iştirak edemeyeceklerdir.

Bu konu hakkında özellikle 6762 sayılı TTK döneminde tartışılan bir konudan bahsetmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Karahan 6762 sayılı TTK döneminde yazmış olduğu eserinde, kârda imtiyazlı payın 6762 sayılı TTK m.466/3’de düzenlenen birinci temettünün önünde olacağını, bu maddede düzenlenen oranın öncelik taşıyan asgari bir oran olmadığını sadece ikinci temettü için anahtar bir oran olduğunu, bunun aksinin düşünülmesi halinde imtiyazın niteliklerinin yok olacağını ifade etmiştir¹⁹².

Konuyu TTK m.519/2-c hükmü çerçevesinde ele aldığımızda ise; ilgili hüküm: “Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir” şeklindedir. İkinci kanuni yedek akçenin ayrılmasına dair düzenlenen bu hüküm ikinci kanuni yedek akçenin ayrılmasında anahtar bir işleve sahip olmakla birlikte, aynı zamanda emredici niteliktedir. Bir yılda dağıtılan kâr payının tüm tutarı ödenmiş sermayenin %5’i oranındaki temettü tutarının üzerindeyse bu takdirde, ikinci yedek akçenin ayrılması gerekmektedir. Hükümde belirtilen kâr payı ile, pay sahiplerine (temettü), intifa senedi sahiplerine veya yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemeler kastedilmektedir. Bu nitelikte olan ve ödenmiş sermayenin %5’ini aşan herhangi bir ödemenin yapılması halinde ikinci yedek akçenin ayrılması zorunludur¹⁹³.

Canözü konuyu incelediği eserinde, TTK m.519/II-c hükmünde yer alan “%5 kâr payı ödendikten sonra” ifadesinden anılan bu ilk kâr payının her yıl

¹⁹² Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.65.

¹⁹³ Yanlı Veliye, Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Düzenleme, Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu 15 Aralık 2013, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, s.21, dp.20-21.

dağıtılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılamayacağını, bu hükmün direk kâr payının dağıtılmasını düzenleyen bir hüküm olmayıp yedek akçeleri düzenleyen bir hüküm olduğunu ve m.519/II-c hükmünün ikinci kanuni yedek akçelerin ayrılabilmesi için gerekli olan şartları ihtiva ettiğini savunmuştur¹⁹⁴.

Benzer şekilde Karslıoğlu da; her ne kadar TTK m.519/II-c hükmünde yer alan ifadeden şirketlerin en az %5 oranında kâr payı dağıtmak zorunda oldukları yorumunun yapılabildiğini ancak bu yorumun dayanaktan yoksun olduğunu savunmuştur. Yazar bu savunmasının gerekçesini ise, şirketin kâr dağıtmasının hem finansal hem de hukuki şartlarının bulunduğunu ve bu şartlar yerine getirilmeden kâr dağıtımının yapılamayacağını şeklinde ifade etmiştir¹⁹⁵.

Bu açıklamalar ışığında değerlendirdiğimizde kanaatimizce; 6762 sayılı TTK m.466/3'de yer alan "pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra" ifadesine karşılık TTK m.519/2-c hükmünde yer alan özellikle "kâr payı ödendikten sonra" ifadesinden hükmün emredici nitelikte olduğu açıkça anlaşıldığından m.519/1 de belirtilen sınıra ulaşıldıktan sonra ikinci yedek akçenin ayrılması zorunludur.

2. Kârdan Daha Büyük Oranda Yararlanma Hakkı

Bu tip kârda imtiyazlı pay tipinde ise imtiyazlı paylar, karşısında yer alan diğer paylara nazaran ortaklık kârından daha büyük oranda yararlanma hakkına sahiptir. TTK m.507/1'de her pay sahibinin dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına payı oranında katılma hakkının olduğu düzenlenmiştir. Ancak maddenin 2.fıkrasında ise; esas sözleşme ile payların bazı türlerine tanınan imtiyaz haklarıyla özel menfaatlerin saklı olduğu hususu düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu tip imtiyaz, sermayeye pay oranında katılarak kâr elde etme sisteminin istisnasını oluşturmaktadır. Örneğin bir anonim ortaklıkta, imtiyazlı hisse senetlerinin, diğer hisse senetlerine (adi ve diğer imtiyazlı hisse senetlerine) nazaran kâr payının yüzde beş daha fazlasını alacağını kararlaştırılması halinde, anılan imtiyazın varlığından bahsedilecektir¹⁹⁶.

Kârdan büyük oranda yararlanma hakkında imtiyazın halka açık anonim ortaklıklarda tanınması halinde ise; TTK m.507/3, SerPK m.19/2 ve bu yasanın 19.ve 20.maddelerine dayanılarak çıkarılan 23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı

¹⁹⁴ Canözü Salih, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Seçkin 2015, s.113.

¹⁹⁵ Karslıoğlu Hasan, Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, Ankara 2015, s.86.

¹⁹⁶ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.61.

Kâr Payı Tebliğinin 5/1 maddesi kapsamında değerlendirme yapmak gerekmektedir. Halka açık anonim ortaklıklarda ilk temettü gözetilerek kâr payından diğer pay sahiplerine göre daha fazla pay almak şeklinde imtiyaz tanınabilir¹⁹⁷.

3. Kârdan Birikir Şekilde Yararlanma Hakkı

İmtiyazlı hisse senedinin, sahibine kârdan birikir şekilde yararlanma hakkı vermesi halinde, o yılın kârının öngörülen miktarı karşılamaya yetmemesi üzerine kâr hakları birikir ve ileriki yıllarda şirketin kâr ettiği zamanlarda toptan ödenebilmesi ve pay sahibinin de geçmiş yıllara ilişkin bu alacağı talep edebilmesi mümkün olacaktır.

Halka açık anonim ortaklıklarda ise, o yılın kârının kurul tarafından belirlenen miktarı karşılamaya yetmediği durumlarda ilk temettü (kâr dağıtım) dikkate alınarak gelecek yıllardaki kârdan önce, önceki yıllarda eksik kalan kârın tamamlanması yoluna gidilir¹⁹⁸.

Bu imtiyaz tipinde esas sözleşmeye hüküm koyularak, geriye dönük biriken kârın ödenmesi ile ilgili zaman sınırlaması yapılabilir. Örneğin; esas sözleşmede ödenmeyen kârın sadece geriye doğru üç yıla ait olanlarının ödeneceği, kalan kısımlarının ise zamanaşımına uğramış sayılacağı düzenlenebilir. Ancak böyle özel bir düzenleme yoksa kural, kârda birikir imtiyazın süresiz olmasıdır. Yani, tüm geçmişe ait ve ödenmemiş olan birikmiş kârlar, şartların gerçekleşmesi ile ödenecektir¹⁹⁹.

Geçmiş yıllara ait birikmiş kâr paylarının ödenme sırası esas sözleşmede düzenlenebilir. Ancak esas sözleşmede bu yönde bir düzenleme yoksa, bu takdirde ilk önce mevcut yılın kâr payı ve daha sonra en sondaki yıldan başlamak üzere kalan diğer yıllara ait kâr paylarının dağıtım yapılr²⁰⁰.

Esas sözleşme ile kârda imtiyazlı pay tanıma yöntemlerinden birini, ikisini veya hepsini kapsayacak şekilde düzenlemeler yapılması mümkündür. Bazı esas sözleşmelerde üstün hak önden ödeme şeklinde tanınabilir. Bu sisteme göre yıllık kârın belli bir yüzdesi ilk olarak imtiyazlı paylara ayrılır, geriye kalan kısım ise

¹⁹⁷ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.569; Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1301.

¹⁹⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1301.

¹⁹⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.70.

²⁰⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1301.

adi ve imtiyazlı bütün pay sahipleri arasında dağıtılır. Böylece hem kârdan daha fazla pay almak hem de kârdan öncelikli yararlanma üstünlükleri sağlanmış olur.

Kârda imtiyazlı paylar da, anonim ortaklığın bir yıllık faaliyetinin sonucunu saptamak için çıkarılan sonuç açıklama bilançosuna bağlıdır. Bu nedenle imtiyazlı pay sahipleri, kârın hesaplanmasında kendileri için değişik ve özel kuralların uygulanmasını isteyemeyecekleri gibi, kârın yokluğu halinde anılan bu üstün haklarının bir anlamı kalmayacaktır²⁰¹.

Ayrıca önden ödemenin TTK m.519/2-c hükmünde öngörülen ilk temettünün (kâr payının) önüne geçip geçmeyeceği sorusu ise; ratio legis ve özellikle halka açık anonim ortaklıkların nitelikleri nedeniyle olumsuz cevaplandırılmalıdır²⁰².

II. TASFİYE PAYINDA İMTİYAZLI PAY

A. TASFİYE PAYI HAKKI VE YARARLANMA ŞARTLARI

Anonim ortaklığın sona ermesi halinde her pay sahibinin esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılma hakkı bulunmaktadır (TTK m.507/1). Bununla beraber esas sözleşmede bazı paylara tanınan imtiyazlar ve özel menfaatler saklı tutulmuştur (TTK m.507/2).

Tasfiye payı ise; anonim ortaklığın sona ermesi ve tasfiye süreci sonunda, ortaklığın tüm borçları ödendikten ve pay bedelleri ödendikten sonra kalan bakiyenin pay sahipleri arasında bölüşülmesiyle pay sahibine düşen hissedir²⁰³.

Esas sözleşmede aksi yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye bakiyesi pay sahipleri arasında ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır. Tasfiye payında imtiyaz tanınmış olması durumunda ise, esas sözleşmedeki düzenlemeler uygulanır (TTK m.543/1). Pay sahibine kanunda tanınmış olan tasfiye payı hakkı, esasında anonim ortaklığın malvarlığı üzerinde ekonomik mülkiyete sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle şirket hukuken faaliyette olduğu sürece pay sahipleri tarafından tasfiye payı hakkının talep edilmesi ve ileri sürülmesi mümkün değildir²⁰⁴. Dolayısıyla pay sahibinin tasfiye payı üzerindeki hakkı, geciktirici şarta bağlı ve müeccel bir haktır. Bu hak geciktirici

²⁰¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.569.

²⁰² Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1302.

²⁰³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1430.

²⁰⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.504.

şartın gerçekleşmesiyle, yani şirketin tasfiye sürecine girmesi ve tasfiye bakiyesinin ortaya çıkmasıyla birlikte tam alacak hakkına dönüşür²⁰⁵.

Pay sahiplerinin tasfiye payı hakkını ileri sürebilmeleri ve talep edebilmeleri için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunlardan ilki yukarıda da ifade edildiği gibi anonim ortaklığın tasfiye sürecine girmesi sonucu tasfiye bakiyesinin varlığıdır. Eğer bir anonim ortaklık tasfiye sürecine girmiş ancak malvarlığı borçlarını ödemeye yetmemiş veya borçlarını ödemeye yetmiş ancak bakiye bir malvarlığı kalmamışsa bu durumda pay sahipleri tarafından tasfiye payı talep edilemeyecektir.

Tasfiye payının dağıtılabilmesi için bir diğer şart ise; alacaklıların alacaklarını beyan etmeye davet edilmesi ve üçüncü davetten itibaren bir yıl geçmiş olması gerekmektedir. Bir yıllık süreden önce tasfiye paylarının dağıtılabilmesi, alacaklılar için herhangi bir tehlikenin varolmadığını saptayan mahkeme kararının varlığına bağlıdır (TTK m.543/2). Bu hüküm emredici nitelikte olduğundan tasfiye memurlarının bu hükme aykırı davranışları sonucu sorumlulukları doğacaktır²⁰⁶.

Tasfiye payının dağıtılabilmesi için genel kurul kararının gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bazı yazarlar, tasfiye payının dağıtılması için genel kurulun dağıtım kararı vermesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu yazarlara²⁰⁷ göre tasfiye payının muaccel olması için kat'i bilançonun genel kurul tarafından tasdik edilmesi gerekir. Aksi halde tasfiye memurları dağıtım yapamazlar. Bu hesaplamanın doğruluğunun aranması ve özellikle dağıtım ölçüsünde birliğin sağlanması için gereklidir. Nitekim 6762 sayılı TTK m.447/3 hükmünün değiştirilmeden alındığı TTK m.543/3'de yer alan "Esas sözleşme ve genel kurul kararında aksine hüküm bulunmadıkça, dağıtım para olarak yapılır" hükmü de dağıtım ile ilgili bir genel kurul kararına sarahaten yer vermektedir.

Tasfiye payının dağıtılması için genel kurul kararına gerek olmadığı yönünde görüşe sahip olan Tekinalp ise durumu şu şekilde izah etmektedir: doktrinde tasfiye payının son bilançonun tasdiki ile muacceliyet kazanacağı görüşünün hakim olduğunu, zaten 6762 sayılı TTK m.447/3 (TTK m.543/3'e aynen alınmıştır.) deki hükmün genel kurulun bir dağıtım kararının alınması amacını gütmeyip, aksi öngörülmemişse dağıtımın nakit yapılabileceğini vurgulamak için

²⁰⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1430.

²⁰⁶ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.75.

²⁰⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1436. Karahan, İmtiyazlı Paylar s.75-76. Arslanlı, s.209.

kanuna konulduğu hususunun hem madde metninden hem de maddenin gerekçesinden anlaşıldığını ifade etmiştir²⁰⁸.

Kanaatimizce; anonim ortaklık tasfiye sürecine girdiğinde genel kurul varlığını devam ettirmektedir. Tasfiye memurlarının atanması ve akabinde görev ve yetkileri ise TTK m.536 vd. düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, tasfiye memurları, ortaklığın tasfiye işlemlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Ancak tasfiye memurlarının; kalan tasfiye bakiyesinin pay sahiplerine dağıtılması gibi önemli konularda, genel kurul varlığını devam ettirdiği halde ortaklık adına tek başına karar alabilecekleri şeklinde geniş bir yorumun anonim ortaklıkların yapısı ile bağdaşmayacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle her ne kadar kanunda tasfiye payının dağıtılması için genel kurulun ayrıca bir karar vermesini gerekli kılan emredici bir hüküm bulunmasa da, tasfiye memurları tarafından kalan tasfiye bakiyesinin dağıtılabilmesi için, varlığını devam ettirdiği sürece genel kuruldan tasfiye bakiyesinin dağıtılmasına dair karar alınması gerekmektedir.

B. TASFİYE PAYINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ

Tasfiye payında imtiyaz, bazı paylara tasfiye bakiyesi üzerinden adi pay senetlerine nazaran üstünlük tanınması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle tasfiye payında imtiyazlı payların varlığı halinde, tasfiye bakiyesi önce tasfiye bakiyesinde imtiyazlı olan pay sahiplerinin haklarının ödenmesi için kullanılır. Bundan sonra kalan bakiye varsa bu, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa diğer pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır (TTK m.543/1)²⁰⁹.

Bu imtiyaz türü nadiren görülen bir imtiyaz türüdür. Tanındıkları zaman ise çoğunlukla kâr payında imtiyazın yanında tali bir imtiyaz olarak tanınırlar. Zira, yatırımlarını bir anonim ortaklığa bağlayan bir pay sahibinin amacı ortaklığın tasfiyeye girmesini bekleyerek kâr elde etmek değildir. Aksine ortaklığın ve pay sahiplerinin amacı kâr elde ederek daha fazla büyümek ve daha büyük yatırımlar yaparak kâr oranını yükseltmektir. Kaldı ki bazı anonim ortaklıkların özellikle de

²⁰⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2000, s.509.

²⁰⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1303.

halka açık anonim ortaklıkların tasfiye sürecine girmeleri çok zor belki de imkansızdır²¹⁰.

Kâr payında imtiyazın tanınmasında olduğu gibi tasfiye payında imtiyazın şekli ile ilgili olarak kanunda emredici bir hüküm bulunmamaktadır. Anonim ortaklıkları, esas sözleşmelerinde 6098 sayılı BK m.26 ve m.27, MK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına uyulması şartıyla diledikleri tipte ve konusu tasfiye payına katılma olan imtiyazlı pay yaratabilirler²¹¹.

Burada şu soru akla gelmektedir: Acaba tasfiye halinde bulunan şirketin borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan tasfiye bakiyesinin tümü imtiyazlı paylara bırakılacak şekilde bir imtiyaz tanınabilir mi? TTK m.543/1 hükmü çerçevesinde konuyu incelediğimizde; kalan varlığın esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa pay sahipleri arasında oransallık ilkesine göre dağıtılacağı ancak tasfiye payında imtiyazın varlığı halinde esas sözleşme hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda esas sözleşme ile aksinin düzenlenebileceği ve imtiyazlı paylar ile ilgili düzenlemeler saklı tutulduğuna göre bakiye tasfiye payının tamamı tasfiye payında imtiyazlı paylara tahsis edilebilir²¹².

Ayrıca belirtmek gerekir ki; kârda imtiyazda düzenlenebilen birikir şekilde imtiyaz, tasfiye payında düzenlenemez. Zira tasfiye bir kere yapılır ve dolayısıyla tasfiye mevcudu ya vardır ya da yoktur. Bunun birikmesi ve daha sonradan ödenmesi söz konusu olamaz²¹³.

Son olarak; tasfiye payında imtiyaz, esas sözleşmede farklı ve üstün haklar tanımak yerine, daha çok aynî sermaye koymuş olan pay sahiplerine, ortaklığın tasfiyesi halinde bunun aynen geri almasını sağlayan hükümler şeklinde de tanınabilir. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, böyle bir hükmün ortaklık alacaklılarına karşı ileri sürülmesi mümkün değildir²¹⁴.

²¹⁰ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.80.

²¹¹ Günel Ozan Niyazi, İmtiyazlı Hisse Senetleri, s.31, Eriş, s.198; Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.81.

²¹² Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.570.

²¹³ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.81.

²¹⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1303.

III. OY HAKKINDA İMTİYAZLI PAY

A. GENEL OLARAK OY HAKKINDA İMTİYAZ VE TANINMA SEBEPLERİ

Payın sahibine sağladığı hakların belki de en önemlisi şüphesiz oy hakkıdır. Bu hak ile pay sahibi bir taraftan paydan doğan malvarlığı haklarına ilişkin menfaatlerini talep etme ve koruma imkanını sağlarken, diğer taraftan ise ortaklığın bünyesi, yönetimi ve denetiminde söz sahibi olabilme imkanını sağlamaktadır. Bu yönü ile oy hakkı sadece yönetime ilişkin olarak değil, malvarlığı haklarının da merkezinde olan temel pay sahipliği haklarından biri olmaktadır²¹⁵.

Genel olarak anonim ortaklıklarda sermayeye oranla hak sahibi olma veya haklardan yararlanmada oransallık ilkesi geçerlidir. Bu anlamda pay sahipleri oy haklarını genel olarak sermayeye katılma oranlarına göre kullanırlar. Bu sayede pay sahibi, üstlenmiş olduğu riziko oranında oy gücüne sahip olmakta ve böylece şirket yönetiminde daha etkin olabilmektedir²¹⁶.

Ancak, anonim ortaklıklarda yukarıda ifade edilen oransallık ilkesinin yanı sıra oy hakkında imtiyaz sistemi de kabul edilmiştir. İşte; bir paya sermayeye katıldığı orandan daha fazla oy hakkının tanınması, yani payın itibari değerinden daha güçlü bir oy hakkının tanınması halinde oy hakkında imtiyaz meydana gelir. Oy hakkında imtiyaz, anonim ortaklıklarda oransallık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır²¹⁷.

Anonim ortaklıklarda paya oy hakkında imtiyaz tanınmasının başlıca sebeplerini şu şekilde açıklayabiliriz:

Birinci sebep; anonim ortaklık içinde yabancılaşmaya engel olmaktır. Burada kastedilen yabancılaşma, payların istenmeyen üçüncü kişiler tarafından iktisap edilerek ortaklık yönetiminin ele geçirilmesidir²¹⁸.

Doktrinde²¹⁹ yabancılaşma kavramı iç ve dış yabancılaşma olarak iki ayrı kategoride incelenmiştir. Bunlardan iç yabancılaşma²²⁰; ulusal alanda ancak

²¹⁵ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.49.

²¹⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1304.

²¹⁷ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.53.

²¹⁸ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.59.

²¹⁹ Süleymanlı, s.205; Karahan, İmtiyazlı Paylar s.84. Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.56.

²²⁰ Karahan iç yabancılaşmayı oy hakkında imtiyazın zararları arasında göstermiştir. Ancak Kendigelen ise Karahan'ın bu görüşüne karşı çıkararak; "...Oysa iç yabancılaşma kavramı, tarihsel süreç içerisinde oy hakkında imtiyazın bir sakıncası değil, sürekli tanınma nedeni olarak anılmıştır. Üstelik Karahan'ın dnp.16'da yollama yaptığı yazarlar da oy hakkında imtiyazın iç yabancılaşmaya neden olduğu yönünde bir görüş ileri

menfaatleri ortaklık menfaatleri ile uyuşmayan rakipler veya istenmeyen diğer üçüncü kişiler tarafından düzenli olarak payların, ortaklıkta çoğunluk sağlayacak veya ortaklık yönetimini etkileyecek şekilde elde edilmesi şeklinde ifade edilmektedir. Dış yabancılaşma ise; ortaklık paylarında çoğunluğun ve dolayısıyla ortaklık yönetim ve hakimiyetinin yabancı sermaye sahiplerinin eline geçmesi olarak tanımlanmaktadır.

Oyda imtiyazlı paylar, sahiplerine ortaklık sermayesinde sahip oldukları katılım oranından daha fazla kontrol hakkı tanıyarak anonim ortaklıktaki oransallık ilkesine bir istisna oluşturmaktadır. Böylece oyda imtiyazlı paylar ortaklıkların ele geçirilmesi ve yabancılaşmaya karşı etkin bir önlem olarak uygulanabilecektir. Dolayısıyla; ortaklık bünyesinde kontrolü sağlayacak oranda pay elde edilse bile, ortaklık içinde kontrolü kaybetmek istemeyen bazı pay veya pay gruplarına oyda imtiyaz hakkı tanınarak ortaklık sermayesinin çoğunluğunu eline geçiren kişilerin etkinliklerinin önüne geçilmiş olunacaktır. Bir başka deyişle, elde edilen sermaye oranında kullanılacak olan oylar, daha az sermayeye sahip olan pay sahiplerine tanınan oy hakkındaki imtiyazlar ile anlamsız hale gelecektir²²¹. Bu açıklamalar ışığında oy hakkında imtiyazın en önemli temel nedenlerinden birisinin ortaklığın iç ve dış yabancılaşmaya karşı korunmak istenmesi olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Burada şunu belirtmeliyiz ki; yabancılaşma tehlikesinin oy hakkında imtiyazın tanındığı sırada fiilen mevcut olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu tehlikenin muhtemel olması, aslında bir önlem olarak görülen oy hakkında imtiyazın tanınması için yeterli olacaktır. Ancak son zamanlardaki ekonomik ve teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, oy hakkında imtiyazlı payların çıkarılması için yabancılaşma tehlikesinin artık etkin bir sebep olma özelliğini kaybettiği anlaşılmaktadır²²².

İkinci sebep; ortaklık yönetiminde etkinliğin sağlanması ve bu etkinliğin korunması şeklinde gösterilmektedir. Anonim ortaklığın yapısal durumu göz önüne alındığında, kurucu veya ortaklığı geliştiren ortakların, anonim ortaklığa ileride yeni pay sahiplerinin katılması halinde, yönetimdeki etkilerini kaybetme korkusu, onları oy hakkında imtiyazlı paylar çıkarılmasına teşvik etmektedir²²³.

sürmemişler, tam aksine bunu tarihi bir ihraç nedeni olarak belirtmişlerdir. “ şeklinde beyanda bulunmuştur.

²²¹ Çelik Feyzan Hayal Şehirali, Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008, s.201-2015.

²²² Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.59 vd.

²²³ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.83.

Nitekim imtiyazların anonim ortaklıklardaki en önemli işlevlerinden birisi; imtiyazlı pay sahiplerinin sermayenin çoğunluğuna sahip olmadıkları halde imtiyazın varlığı sebebiyle ortaklığın kontrolünü ele geçirebilmeleridir. Oyda imtiyazlı pay ile elde edilen kontrol, özellikle imtiyazlı pay sahiplerine yönetim kurulu üyelerini belirleme gücünü verdiği için etkili bir kontroldür²²⁴. Özellikle aile ortaklığı gibi sıkı ilişkilerin bulunduğu anonim ortaklıklarda, kurucuların hızla gelişen teknolojik yenilikler karşısında ortaklığın bu yeniliklere uyum sağlayabilmesi için daha fazla sermayeye ihtiyaç duymaları söz konusudur. Böyle bir durumda kurucular; bir taraftan ortaklığa daha fazla sermaye getirmek, diğer taraftan ise daha az sermaye ile yönetimdeki etkinliklerinin sağlanmasını ve bu etkinliğin devam ettirilmesi arzularını gerçekleştirebilmek için oy hakkında imtiyazlı paylar çıkartmaktadırlar.

B. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANINMASININ ŞARTLARI

TTK'da m.479'da belirtilen sınırlamalar dışında, oy hakkında imtiyazdan yararlanma konusunda ilave hiçbir şart öngörülmemiştir. Bu nedenle oy hakkında imtiyazlı pay tanınmasında, TTK m.479 hükmünde yer alan sınırlamalar temel alınacak, bunun dışında ise diğer imtiyazlı payların tanınmasında geçerli olan ilkeler oy hakkında imtiyaz tanınmasında da geçerli olacaktır.

Ancak mehzaz İsviçre Kanunu'nda oy hakkında imtiyaz tanınması bazı şartlara bağlanmıştır. İsv. BK m.693/2'ye göre oy hakkında imtiyaz tanınmasının ilk şartı oy hakkında imtiyaz tanınacak olan payın nama yazılı olma zorunluluğudur. İkinci şart ise nama yazılı olan bu payların bedellerinin tamamen ödenmiş olması zorunluluğudur. Bu iki şartın dışında İsv.BK m.704 ile oy hakkında imtiyazlı pay tanınmasını önemli bir karar olarak kabul etmiş ve bu kararın alınmasını özel yetersayıya tabi tutmuştur. Buna göre oy hakkında imtiyazlı pay tanınmasına ilişkin kararın, genel kurul toplantısında temsil edilen oyların üçte ikisi ve ancak temsil edilen sermayenin de mutlak çoğunluğu ile alınabileceği belirtilmiştir²²⁵.

Aynı şekilde Fransız hukukunda da genel olarak oy hakkında imtiyaz yasaklanmakla beraber istisnai olarak bir pay sahibine ikinci bir oy hakkı tanınabilmektedir. Ancak bu ikinci oy hakkı da İsviçrede olduğu gibi belirli şartlara

²²⁴ Paslı Ali, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009, s.233-234.

²²⁵ Kendigelen Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, 1998, s.369 (İsviçre Hukukunda Oy Hakkı).

bağlanmıştır. Bunlardan ilki payın nama yazılı olması, ikincisi bedelinin tamamen ödenmesi şeklindedir. Fransız hukukunda ikinci oy hakkı için aranan bir diğer şart ise bu üstünlükten yararlanacak olan payların en az iki yıldan beri pay defterinde aynı kişi adına kayıtlı olması ve adına kayıtlı olan kişi ya Fransız ya da Avrupa Topluluğu üye devletlerinden birinin vatandaşı olmasıdır²²⁶.

Görüldüğü üzere özellikle mehz İsviçre kanununda oy hakkında imtiyazdan yararlanabilmek belirli şartlara bağlanmışken Türk hukukunda böyle bir durum söz konusu değildir. Yani pay senetleri ister nama yazılı olsun ister hamiline yazılı olsun, nama yazılı olan pay senetlerinin bedelinin yasa da belirlenen %25'lik kısmının ödenmesi şartıyla kalan kısmı ödenmemiş olsa dahi oy hakkında imtiyazdan yararlanabilirler. Yine oy hakkında imtiyaz tanınmasına ilişkin genel kurul kararının alınması ve karar yetersayıları ile ilgili olarak da TTK'da ayrıca özel bir düzenleme mevcut değildir.

TTK ile yeniden ele alınarak özgün bir şekilde düzenlenen oyda imtiyazlı paylar ile ilgili olarak, kanun koyucunun oy hakkındaki imtiyazlar hakkında getirmiş olduğu sınırlamaların yerinde olduğunu düşünüyoruz. Nitekim 6762 sayılı TTK döneminde oyda imtiyazlar ile ilgili hiçbir sınırlama bulunmamaktaydı. Bu durum ise doktrinde görüş birliğiyle eleştirilmiştir. Bu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu TTK m.479 ile oyda imtiyazlı paylara sınırlama getirerek bu konuda sistemli bir düzen oturtmaya çalışmıştır. Gerekçede de belirtildiği üzere oyda imtiyazlar ile ilgili düzenleme mehz İsviçre kanunundan son derecede farklıdır. Ancak kanaatimizce; kanun koyucu tarafından İsviçre kanununda olduğu gibi oyda imtiyazların ancak bedeli tamamen ödenmiş nama yazılı paylar hakkında düzenlenebileceğine ilişkin bir sınırlama getirilmemesi, buna karşılık oyda imtiyazların yalnızca eşit itibari değerli paylara en fazla 15 oy hakkı verecek şekilde düzenlenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Zira oyda imtiyazların suistimal edilmesindeki en büyük etken bu imtiyazların nama yazılı olmaması veya bedelinin tamamının ödenmemesi değil, imtiyazların sınırsız bir oy hakkı tanınmasıdır. Tamamen sınırsız ve suistimale son derecede açık bir düzensizliktense, sınırları belirlenmiş, şeffaf ve uygulanması kolay bir oyda imtiyazın her zaman için tercih edilebilir olduğunu düşünmekteyiz. Kaldı ki; kanun koyucu tarafından, mehz İsviçre kanununda olduğu gibi oyda imtiyazın tanınmasında, bedeli tamamen

²²⁶ Süleymanlı, s.212.

ödenmiş nama yazılı paylar için düzenleneceğine ilişkin bir sınırlamanın yapılmaması mahrum kalınan bir hak veya menfaate de sebep olmamaktadır.

C. OY HAKKINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMİ

1. Oy Hakkında İmtiyaz Tanınabilmesi İçin Eşit İtibari Değerdeki Paylara Farklı Sayıda Oy Hakkı Verilmesi Zorunluluğu

TTK oy hakkında imtiyaz tanınmasına izin vermiş ancak 6762 sayılı TTK'ya nazaran oy hakkında imtiyazda birçok yenilik getirmiştir. Oy hakkında imtiyazı düzenleyen TTK m.479 hükmünde, 6762 sayılı TTK sisteminden farklı olarak imtiyazın tabi olacağı şartlar belirlenerek kesin ve emredici sınırlamalar getirilmiştir. Bu imtiyaz için bazı şartlar ile sınırlamaların getirilmesinin temel amacı ise gerekçede; "...ne güç ne de hakimiyet oluşturulmasına yardımcı olmak düşüncesi vardır. Kabul gören yaklaşım, akılcı, çağdaş, kurumsal yönetim ilkelerine dayalı amaca uygun, iyi, dağınık olmayan ve profesyonel yönetimdir. Baskı aracı olan, hakimiyeti güvence altına alma düşüncesine yönelik, kanunî sınır aşan oyda imtiyaz Tasarıya aykırıdır"²²⁷ şeklinde ifade edilmiştir.

TTK m.479/1 oy hakkında imtiyazın; Oyda imtiyaz, eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabileceğini hüküm altına almıştır. Oysa ki 6762 sayılı TTK'da oy hakkında imtiyaz; eşit itibari değerdeki paylara farklı oy hakkı verilerek tanınabildiği gibi, farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı verilmek suretiyle de tanınabilmekteydi. Ancak TTK m.479/1 hükmü ile gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınarak imtiyazlı pay tanınamayacaktır. Oy hakkındaki ilk sınırlama bu şekildedir.

Ancak bu sınırlama eleştirilere sebep olmuştur. Teoman bu sınırlama ile ilgili olarak; bu yasaklamanın hiçbir haklı nedeninin olmadığını ve gerekçede belirtilen kaldıraç güç sınırlamasının engellenmesi, karışıklıklara yol açmama ve ikinci fıkrada yer alan hükmün uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılmasını açıklamaları ile meşru gösterilmesinin olanaklı olmadığını ifade etmektedir. Yazar devamında; itibari değeri 100 TL olan (A) grubu paylarla, itibari değeri 200 TL olan (B) grubu payların her ikisine de 1'er oy hakkı tanınması halinde nasıl bir karışıklık ve hesap güçlüğüne ortaya çıkacağına belli olmadığını, bir

²²⁷ Gerekçe, m.479.

anonim ortaklıkta farklı itibari değerli pay gruplarının çıkarılmasına cevaz verirken bu pay gruplarına eşit oy hakkı tanıyarak imtiyaz yaratılmasının yasaklanmasını anlamakta güçlük çektiğini, payın itibari değeri ile orantılı olarak kullanılacağına dair açık düzenlemenin bulunmadığı bir dönemde yürütülen bir tartışmanın tortusu olan bu yaklaşımın asla kabul edilemeyeceğini belirtmektedir²²⁸.

Moroğlu ise; bu yasaklamanın anlamsız olduğunu ve bu yasaklama için geçerli bir nedenin gösterilmediğini, TTK m.434/1’de paylardaki itibari değer farklarının oy hakkı bakımından bir imtiyaz oluşturacağı esası benimsenirken, farklı itibari değerli paylara oy imtiyazı tanınmamasının çelişkili bir durum olduğunu belirtmiştir²²⁹.

Kendigelene göre; kanunda yer alan farklı itibari değerli payların ihracı olanağı karşısında, bu paylara oy hakkında imtiyaz tanınmamasını açıklamak güçtür. Oy hakkının itibari değere göre kullanılacağı ilkesinin benimsenmesi karşısında, oy hakkında imtiyazın oy sayısında imtiyaz veya oy gücünde imtiyaz şeklinde tanınmasının herhangi bir karışıklığa yol açmayacağı da açıktır²³⁰.

Ayrıca bu yasak sadece anonim ortaklıklara yönelik olup, limited ortaklıklar bakımından öngörülmemiş aksine limited ortaklıklar bakımından, oy hakkında imtiyaz tanınabilmesinin tek yolu olarak düzenlenmiştir (TTK m. 618/1-2). Bir başka ifade ile anonim ortaklıkta sadece eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı tanınarak imtiyaz oluşturulabilirken, limited ortaklıkta sadece farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınarak imtiyaz tanınabilecektir²³¹. Her ikisi de sermaye ortaklığı olan bu iki ortaklık arasındaki farklılığın sebebi olarak gerekçede herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durum ise kanun koyucunun her iki madde karşısında çelişkili davrandığını göstermektedir.

Buna karşılık TTK’nın farklı itibari değerli paylara oy hakkında imtiyazın tanınmasını yasaklayıcı hükme olumlu bakan Tekinalp ise bu yasaklamanın sebebini, imtiyazlar sisteminin net olması ve kolay uygulanabilir bir sisteme dayanması, eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı tanıyarak imtiyaz oluşturulmasının daha sade bir yöntem olması şeklinde göstermektedir. Yazar devamında; “...farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı vererek oyda

²²⁸ Teoman Ömer, TTK Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı, Batıder Cilt 25, Sayı 3, Eylül 2009, s.22 (Oy Hakkı).

²²⁹ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.281.

²³⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s.387.

²³¹ Coştan Hülya, Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar, Ankara Barosu Dergisi 2012/4, s.83.(İmtiyazlı Paylar).

imtiyaz tanınması yönteminin devre dışı bırakılması ile yoksun kalınan bir yarardan veya yitirilen bir düzenleme zenginliğinden de söz edilemez” şeklinde ifade etmiştir²³².

TTK m. 479/1 hükmü TTK m.434/2 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, hükümde yer alan birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir hükmü gereği bir pay sahibinin sahip olduğu oy sayısı esas sözleşme ile sınırlandırıldığında, sınırlandırılmayan payların imtiyazlı sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelebilir. Yukarıda ifade edildiği üzere TTK m.479/1 hükmü oy hakkında imtiyazın ancak eşit itibari değerli paylara farklı oy hakkı tanınarak düzenlenebileceğini hüküm altına almıştır. Bu hüküm emredici nitelikli olduğundan başka bir şekilde TTK m.434/2’de olduğu gibi oy hakkında imtiyazın tanınması mümkün değildir²³³. Ayrıca bu soruya imtiyazların tanınmasında genel bir ilke olan imtiyazın esas sözleşmede açıkça gösterilmesi, kapsam ve sınırlarının belirli olması ilkesi gereği de olumsuz cevap verilecektir.

Kanaatimizce, 6762 sayılı TTK’ya nazaran TTK m.479 ile oy hakkında imtiyazın eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı vermek suretiyle tanınması isabetlidir. Nitekim kurumsallaşmanın ve profesyonelleşmenin çok önemli olduğu anonim ortaklıklarda bu konuda 6762 sayılı TTK’ya nazaran sistematik bir düzenlemenin getirilmesi gerekiyordu. Bu nedenle kanun koyucu TTK ile kolay uygulanabilir, karışıklığa sebep olmayacak, kanunun dolanılması imkanını ortadan kaldırmaya çalışacak, fikir ayrılıklarına yer vermeyecek şekilde şeffaf, açık ve sistematik bir düzen getirmiştir. Her ne kadar bu düzenlemeye karşı birçok eleştiri yöneltmişse de; gerek farklı itibari değerli paylara farklı oy hakkının tanınabilmesi ve gerekse de tamamen düzensiz, suistimale açık bir duruma karşılık makul seviyede bir sistematik düzenin kurulmuş olması gözönüne alındığında TTK m.479/1 hükmünün yerinde bir hüküm olduğunu düşünüyoruz.

Peki esas sözleşmede farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı tanınması halinde hukuki durum nasıl olacaktır? Bu soruya TTK m.340 hükmü ile birlikte değerlendirerek cevap vermek gerekir. Böyle bir imtiyazın, kanunun farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı vererek imtiyaz tanınamayacağına ilişkin emredici hükmüne aykırı olması nedeniyle ticaret sicil memuru tarafından tescil isteminin reddedilmesi gerekecektir. Kanunun 479.maddesine aykırı bir şekilde farklı

²³² Tekinalp, Yeni Hukuk, s.317.

²³³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1305.

itibari değerli paylara eşit oy hakkı verilerek tanınan imtiyazın bir şekilde tescil edilmesi halinde durum nasıl olacaktır. Böyle bir durumda ise; batıl hükümünde olan genel kurul kararlarının akıbeti ile ilgili olan TTK m.447 hükümüne göre hareket etmek gerekecektir. Kural olarak batıl olan bir esas sözleşme hükümüne karşı süreye tabi olmaksızın her zaman dava aılabılır. Ancak Pulaşlı; TTK m.447'nin "...konusu itibariyle batıl olan genel kurul kararları, bazı niteliklere sahip pay sahipliği haklarını kaldıran veya sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması ilkesine aykırı olan kararlara özgülenmiştir. Bunun dışındaki batıl genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği ilkesi uygulanır" şeklindeki gerekçesine dayanarak, esas sözleşmede yer alan bu duruma dayanılarak alınan genel kurul kararına istinaden iyiniyetli olarak elde edilen haklara hukuk güvenliği bakımından dokunulmaması gerektiğini, bu anlamda TTK m.479'da düzenlenen emredici hükme aykırılık nedeniyle açılacak davanın iptal davası olması gerektiğini savunmuřtur²³⁴. Ancak; TTK m.479/1 hkm oyda imtiyaz tanıma yöntemini kesin emredici bir hükümle sınırlandırmaktadır. Yine TTK m.447'de sayılan butlan sebepleri maddede numerus clausus şeklinde sayılmamıştır. Yani butlan sebepleri madde metninde sayılanlar ile sınırlı değildir. Dolayısıyla gerek TTK m.479/1 hükümünün kesin emredici nitelikteki bir hüküm olması ve gerekse mutlak butlan sebeplerinin TTK m.447'de dzenlenenlerle sınırlı olmaması hususları nazara alındığında, esas sözleşmeye farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı tanıyarak sağlanan imtiyazın bir şekilde tescil edilmesi halinde açılacak davanın butlan davası olması gerektiği kanaatindeyiz.

TTK hükümlerinin 6762 sayılı TTK'dan oldukça farklı olmasından dolayı yayınlanan Yrk.m.28'de oldukça kapsamlı bir geçiş hkm yayınlanmıştır. Bu hükme göre TTK m.479/1 hükümüne aykırı olan esas sözleşmelerin TTK'nın yayımı tarihinden itibaren 3 yıl içinde 479.maddeye uygun hale getirilmesi zorunludur (Yrk.m.28/3). Dolayısıyla Yrk.m.28/3 gereği, farklı itibari değerli paylara imtiyaz tanınan ortaklıkların, yasadada belirtilen sürede yani 14.02.2014 tarihine kadar öncelikli olarak bu yöntemi terk etmiş olmaları gerekecektir. Ancak burada şunu belirtmeliyiz: her ne kadar Yrk.m.28/3'de belirtilen süre 14.02.2014 tarihinde sona ermiş ve bu çalışmanın yapıldığı tarihte yargıtay kararlarında bu konu ile ilgili bir karara rastlanmamışsa bile, anonim ortaklıkların TTK m.479/1 hükümüne

²³⁴ Pulaşlı, şirketler Hukuku II, s.1306.

uyum sağlamaları teoride öngöröldüğü şekilde kolay olmayıp uygulamada sorunlar çıkması muhtemeldir. Şöyle ki; TTK m.479/1 hükmüne uyum sağlanması, ancak bir taraftan yüksek itibari değerli payların itibari değerlerinin, imtiyazlı ancak itibari değerü düşük olan payların itibari değerine indirilmesiyle olabilecektir. Yani, payların bölünmesi, öte yandan ise itibari değerü değişmeyen imtiyazlı paylara bu kez daha fazla sayıda oy hakkı tanınması ile mümkün olabilecektir. İşte bu ve benzeri hususlar uygulamada sorunların yaşanmasına sebep olabilecektir²³⁵.

D. OY HAKKINDA İMTİYAZIN SINIRLARI VE ETKİSİZ OLDUĞU HALLER

1. Bir Paya En Çok 15 Oy Hakkı Tanınabileceği Kuralı (İmtiyazın Sınırı)

TTK'nın oy hakkında imtiyaz tanınması ile ilgili olarak getirmiş olduğu bir diğer yenilik bir paya en çok onbeş oy hakkının tanınabileceğidir. Bu aynı zamanda oy hakkında imtiyaz tanınmasına getirilen ikinci bir sınırlamadır. Bu sınırlama, genel kurulda kurumsal yönetim felsefesinin etkilerinden biri olarak göze çarpmaktadır²³⁶. Gerçekten de 6762 sayılı TTK döneminde bir paya yüz, bin ve hatta onbinlerce oy hakkı tanınmasına hiçbir engel bulunmayan yasal düzenleme karşısında TTK ile oy hakkında imtiyaza sınır getirilmesi kurumsal yönetim açısından ileri bir adım olarak değerlendirilmelidir.

Birçok Avrupa ülkesinde oy hakkında imtiyazın sınırlanması veya tamamen kaldırılması çok daha eski tarihlere dayanmaktadır. İtalyan hukukunda 1942 yılında yasaklanan oy hakkında imtiyaz aynı zamanda Fransa ve Belçika'da da kaldırılmıştır. Nihayet 1998 yılında Almanya'da kabul edilen İşletmeler Alanında Kontrol ve Şeffaflık Hakkında Kanun (KonTrag) ile oy hakkında imtiyazı düzenleyen Alman Anonim Şirketler Kanunu § 12/2'nin 2. cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır²³⁷. Yine AB Hukukunda da AB Komisyonunun AB Konseyine ve Paramentosuna sunduğu 21.05.2003 tarihli Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union (Avrupa Birliğinde Şirketler Hukuku Modernizasyonu ve Kurumsal Yönetimin Geliştirilmesi) planında;

²³⁵ Kendigelen, İlk Tespitler, s.387.

²³⁶ Tekinalp, Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Prof.Dr.Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.650. (Yönetim Felsefesi)

²³⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1308.

pay sahipleri arasında eşitliğin sağlanması ve demokrasinin gerçekleşmesi için bir pay bir oy (one share, one vote) ilkesi tavsiye edilmiştir (m.3.1.2 vd.)²³⁸.

Bu ilke İngiliz ve Amerikan hukuklarında ise yedek hukuk kuralıdır. Yani bu hukuk sistemlerinde oy hakkında imtiyazlı pay çıkarılmasını engelleyen yasal bir düzenleme mevcut değildir²³⁹.

Buna karşılık İsviçre hukukunda ise oy hakkında imtiyazlı paylara bir üst sınır getirilmiştir. Oy gücü ile sermaye yatırımı arasında büyük uçurumun doğmasına engel olma amacıyla getirilen bu üst sınır; oy hakkında imtiyazlı payların nominal değerlerinin diğer (imtiyazsız) payların nominal değerlerinin onda birinden daha düşük olamaz şeklindedir²⁴⁰.

Türk Hukukunda 6762 sayılı TTK döneminde, her ne kadar ülkemizde sınırsız oy hakkının kötüye kullanılması durumuna rastlanılmamış olsa bile, oy hakkında imtiyazın sınırsız olması öğretide görüş birliği ile eleştirilmiştir²⁴¹. Bu eleştirilerin de etkisi ile TTK m.479/2'de oy hakkında imtiyaza; bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir şeklinde sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlamanın gerekçesinde, sınırlama hükmüne İsviçre BK m.693/2'den esinlendiği ancak İsviçre BK'da yer alan düzenlemenin TTK düzenlemesinden çok farklı olduğu özellikle vurgulanmıştır. Ancak gerekçede sınırlamanın neden 15 oy şeklinde yapıldığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Teoman; bu sınırlamanın şirketin profesyonel yöneticiler tarafından belirli bir ailenin tekelinden alınarak daha rahat bir biçimde idare ve temsil edilmesine olanak sağlayan bir düzenleme olduğunu ancak, kanun koyucunun oy hakkını en fazla on beş sayısı ile sınırlandırmasının hiçbir objektif temelini olmadığına işaret etmektedir²⁴².

Kendigelen ise benzer bir şekilde onbeş oy hakkının hangi kritere göre tespit edildiğinin gerekçede açıklanmadığını, ayrıca kanun koyucunun ilginç bir şekilde limited ortaklıklar için oy hakkında imtiyazlı esas sermaye payı ile imtiyazlı olmayan esas sermaye payının itibari değeri arasında onda birlik bir sınır getirdiğini, bu farklılığı da haklı kılacak bir gerekçenin bulunmadığını ifade etmiştir²⁴³.

²³⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/governance-consult-responses_en.pdf

²³⁹ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.88-89.

²⁴⁰ Çeker, Oy Hakkı, s.76.

²⁴¹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.318.

²⁴² Teoman, Oy Hakkı, s.23.

²⁴³ Kendigelen, İlk Tespitler, s.386.

Pulaşlı; İsviçre’de oy hakkında imtiyaza getirilen sınırlamanın amacında sermaye yatırımı ile oy gücü arasında uçurum oluşmasının engellenmesi amaçlanırken, Türk hukukunda ise sermaye yatırımı ile oy gücü arasındaki uçurum bir paya en çok onbeş oy hakkı tanınarak daha da açılmış olduğunu belirtmiştir ²⁴⁴.

Ancak Tekinalp; sınırın onbeş oy şeklinde belirlenmesinin kanun koyucunun takdiri olduğunu, sınırsız bir düzenden oy hakkında imtiyazı sınırlandıran yeni bir sisteme geçilirken sorun yaratabilecek bir katılıktan uzak durulduğunu daha yumuşak bir geçişin tercih edildiğini, bu sınırlamanın istisnasız bir nitelikte olmamasının da bu yumuşak geçişin bir kanıtı olduğunu ifade etmiştir ²⁴⁵.

TTK m.479/2 hükmü karşısında oyun itibari değere göre hesaplanmasını öngören TTK m.434/1 hükmü uygulanmaz. Bu sınırlama iki şekilde ele alınır. Birincisi, onbeş oy sınırı adi paylar dikkate alınarak belirlenir. İkincisi ise, adi payla birlikte TTK m.434’de öngörülen itibari değer ilkesi uygulanmaz ²⁴⁶.

Burada akla şu soru gelmektedir: TTK m.434/2’de yer alan oy sayısının esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesine ilişkin düzenleme karşısında TTK m.479/2 hükmü nasıl uygulanacaktır? Yani bu hükmü bir payın sahip olabileceği maksimum oy sayısının 15 olabileceği şeklinde mi yoksa sadece imtiyaz olarak tanınan oy hakkı en fazla onbeş olacak şekilde mi anlamak gerekecektir?

Teoman’a göre; esas sözleşme ile pay sahibinin oy hakkının en fazla 10 oy ile sınırlandırıldığı bir durumda, örneğin bir adet ve 15 oy sağlayan imtiyazlı paya sahip olan bir pay sahibi bu durumda imtiyazlı payından doğan tüm oy hakkını dahi kullanamayacak, bu durumda da bu pay sahibinin her iki sınırlandırmaya da tabi olacağı bir durumla karşılaşılabilir ²⁴⁷.

TTK m.479/2 hükmünün gerekçesine baktığımızda; TTK m.434/2’de düzenlenen sınırlamanın oyda imtiyazlı payları etkileyebileceği açıkça ifade edilmiştir. Nitekim m.434/2’de yer alan sınırlamanın oyda imtiyazları kapsamadığına ilişkin gerek m.434 hükmünde gerekse de TTK’nın diğer maddelerinde bir düzenleme yapılmamıştır. Burada m.434/2 hükmünün oyda imtiyazları da kapsamı halinde oyda imtiyaz tanımının hiçbir anlamının kalmayacağı düşünülebilir. Ancak m.434/2’de düzenlenen sınırlama esas sözleşme ile yapılabilecektir. Dolayısıyla ilk kuruluşa eğer esas sözleşmeye TTK m.434/2 kapsamında bir sınırlama hükmü

²⁴⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1308.

²⁴⁵ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.569.

²⁴⁶ Gerekeç, m.479/2.

²⁴⁷ Teoman, Oy Hakkı, s.17.

konulursa, zaten oyda imtiyazlı paylara en fazla bu sınırlamaya riayet edilerek oy hakkı tanınabilecektir. Kurulştan sonra esas sözleşme değışikliği ile TTK m.434/2’de yer alan sınırlama getirilmek istendiğinde ise, anılan bu düzenleme oyda imtiyazlı payların oy hakkını düşürecek nitelikteyse TTK m.454 hükmü devreye girer ve bu hüküm ancak oyda imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onaylaması ile geçerli ve uygulanabilir olur.

Konu ile ilgili olarak Tekinalp ise şu örneği vermiştir; İtibari değeri 1 TL olan A grubu pay, 1 oy hakkı veriyorsa, imtiyazlı olan 1 TL itibari değerde B grubu pay en çok 15 oy verebilir. A grubu bir payın itibari değeri 3 TL ise ve bir pay 1 oy hakkı veriyorsa, aynı itibari değerdeki B grubu paya en çok onbeş oy hakkı tanınabilir²⁴⁸.

Bir başka yorum ise; “...TTK m.479 uyarınca; bir paya ilke olarak en çok on beş oy hakkı tanınabilir. Bu ilke karşısında, oyun itibari değere göre hesaplanması kuralına ilişkin TTK m.434/1 hükmü uygulanmayacaktır. Ancak burada TTK m.434/1 hükmünü, bir payın en fazla 15 oya sahip olabileceği şeklinde anlamamak gerektiği, örneğin, sermayeye katılma oranına göre, 14 oy hakkına sahip bir pay ile, 1 oy hakkına sahip olan pay arasında, imtiyaz tanınması bakımından eşitsizlik oluşturulmaması gerektiğini, yani 15 oy hakkına sahip olan paya da, imtiyaz olarak en fazla 15 artı oy tanınabileceğini, 1 oy hakkına sahip olan paya da en fazla 15 oy hakkı tanınabileceğini, aksi durumun zaten 1 oy hakkına sahip olan paya imtiyaz tanınmamasına veya örneğin 14 oy hakkına sahip olan paya en fazla artı 1 oy tanınabilmesini doğuracağını, özetle; kanun koyucunun amacının, imtiyaz olarak tanınabilecek oy sayısını sınırlamak olduğu ifade edilmektedir”²⁴⁹.

Kanaatimizce; TTK m.479 hükmünün düzenlenme sebepleri ve mehaz kanunların uygulanmasında yaşanılan sorunlar göz önüne alındığında söz konusu 15 oyluk sınırlamadan bir paya imtiyazlarla beraber en çok 15 oy hakkı tanınmalıdır. Nitekim kanun koyucu 6762 sayılı TTK döneminde, öğretide oy hakkında imtiyazların sınırsız olmasına karşı yapılan eleştirileri dikkate alarak, oy hakkında imtiyaz konusunda bir sistematik kurmaya çalışmıştır.

Öte yandan, kanun koyucu bir paya en çok onbeş oy hakkının tanınabileceği kuralına yine TTK m.479/2’de istisna getirmiştir. Buna göre;

²⁴⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.318.

²⁴⁹ Sertoğlu Burak, TTK’da İmtiyaz Sistemi ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi Cilt 88, Sayı 1, 2014, s.297.

sınırlama kurumsallaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumda uygulanmaz. Bu her iki halin uygulanması için de mahkeme kararı gereklidir.

Kurumlaşma istisnası mahkemeden ancak bir proje ile istenebilir. Mahkemelerin, istisnaya karar verirken aşırı özen gösterecekleri, istisna tanırken sert koşullar koyacakları ve bu konuda cimri davranacakları şüphesizdir. Çünkü, katılık ratio legis gereğidir. Mahkemenin kararı üst mahkemelerin denetimine tabidir.

Haklı sebepler de, açıklanan hukuk politikasına uygun olmalıdır. Özelleştirmede veya bu nitelikte olmayan blok satışlarda ülkenin stratejik menfaatlerinin korunması, bir şirketin dar boğazdan kurtarılması, halk pay sahiplerinin korunması gibi bu amaçlarla iyi işleyebilecek bir mekanizma ile yönetimin profesyonellere bırakılması tasarı tarafından uygun görülmüştür. Hüküm, kurumlaştırma istisnası için projeyi zorunlu kabul etmiştir. Mahkemenin haklı sebepler istisnasında da proje istemesine engel yoktur. Tasarının projeye bağlı mahkeme kararı sistemi bazı ülkelerde aranan Adalet Bakanlığının veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ya da başka bir kamu kuruluşunun izninden daha amaca uygundur. Çünkü, tasarının sistemi ilkesel kararlarla gelişmeye açıktır.

Mahkeme kararı ile projede değişiklik yapılabileceği gibi ikinci fıkrada sayılan hallerde mahkeme kararının geri alınabileceği öngörülerek, istisnanın kötüye kullanılmasına engel olunmak istenmiştir²⁵⁰.

Ancak bu hüküm, gerek zaman ve masraf gerektiren ağır bir merasimi ve gerekse uygulamada özellikle sınırlamanın kaldırılmasında veya yeniden konulmasında bir çok belirsizlikleri devamında getirecektir²⁵¹. Ayrıca sözü edilen davanın kim ya da kimler tarafından açılacağı hususu da belirtilmeyerek uygulamada özellikle yargıda belirsizlikler doğurarak yargının yükünü ağırlaştıracaktır.

TTK'da oy hakkında imtiyazın 15 oy ile sınırlandırılmasına rağmen bu sınırın kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda mahkemelerden alınacak bir kararla kaldırılabilceğinin düzenlenmesi, şirket yönetiminde profesyonellik ilkesinin hakim kılınması anlayışını desteklediği söylenmektedir. Ancak; kurumlaşmanın gerektirdiği ibaresinden ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık yoktur. Kurumsal yönetimin temel

²⁵⁰ Gerekçe, m.479/2.

²⁵¹ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.281.

ilkelerinden olan, sermaye kadar hak sahibi olabilme ilkesi karşısında, oy hakkında imtiyaza ilişkin getirilen sınırın kurumsallaşma gerekçesi ile uygulanmamasının kurumsal yönetim ilkelerinin doğasına aykırı olacağı düşünülmektedir²⁵².

2. Kanunda Öngörülen İmtiyazın Etkisiz Olduğu Haller

Oy hakkında imtiyazın etkisiz olduğu ve kullanılmadığı durumlar TTK m.479/3'de belirtilmiştir. Bu durumlar numerus clausus şeklinde sayılmıştır. Bu durumda oy hakkında imtiyazın kullanılmayacağı durumlar; esas sözleşme değişikliği ile ibra ve sorumluluk davası açılmasıdır.

İncelemiş olduğumuz bu üçüncü fıkranın düzenlenme sebebi gerekçede, oy hakkında imtiyazın hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olmak şeklinde belirtilmiştir²⁵³.

6335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra TTK m.479/3-b bendinde sorumluluk davası şeklinde genel bir düzenleme yapıldığı için anılan bu sorumluluk davasını sadece yönetim kurulu ve yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davası şeklinde yorumlamak doğru olmayacaktır. Bu genel düzenleme gereği, kurucular, yönetim kurulu ve yöneticiler, tasfiye memurları, denetçiler ve diğer kişilere karşı açılacak sorumluluk davalarının açılması ile ilgili olan kararlarda oy hakkında imtiyaz kullanılmayacaktır. Bunun sebebi ise TTK'nın sorumluluk davası gibi önemli hukuki sonuçlar doğuran bir konuda pay sahiplerinin iradelerinin aynı ağırlıkta olmaları gerektiği yolunda olan eşitlikçi anlayışı kabul etmiş olması şeklinde belirtilmektedir²⁵⁴.

TTK m.479/3 düzenlemesi karşısında İsviçre hukukunda oy hakkında imtiyazın kullanılmadığı haller İsv.BK m.693/3'de dört bent halinde sayılmıştır. Bunlar; şirket denetçilerinin seçiminde, şirket yönetiminin veya bazı işlemlerinin incelenmesi amacıyla bilirkişi atanmasında, şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının incelenmesi amacıyla özel denetçi seçiminde, şirket yöneticileri ve diğer ilgililer hakkında sorumluluk davası açılmasında şeklindedir. Bununla beraber İsv. BK m.704/1 hükmünde 8 bent halinde sayılan önemli hususlarda da oy hakkında imtiyazın geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık TTK'da genel bir düzenleme yapılarak bu husus sadece esas sözleşme değişikliği şeklinde

²⁵² Sertoğlu, s.298.

²⁵³ Gerekçe, m.479/3.

²⁵⁴ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.319.

düzenlenmiştir. Bu durumda İsviçre hukukunda 3 halde seçim yapılması konusunda, bir halde sorumluluk davası açılması konusunda ve son olarak da esas sözleşme değişikliğinde oy hakkında imtiyazın kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

TTK m.479/3 fıkra hükmü gereği anılan genel kurul kararlarının alınmasında oy hakkında imtiyaz etkisizleşir ve adi pay gibi her bir payın karşılığı bir oydur. Yani bu durumlarda bir pay=bir oy (one share=one vote) ilkesi geçerli olur.

3. Kanunda Düzenlenmeyen İmtiyazın Etkisiz Olduğu Hal

TTK m.479/3' de oy hakkında imtiyazın kullanılamayacağı haller *numerus clausus* şeklinde belirtilmiş ve kanunda yer almasa da oy hakkında imtiyazın etkisizleştiği hususunda tartışmalı olan bir başka konu ise; anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin tümü aleyhine sorumluluk davası açılması halinde, ortaklığı bu davada temsil edecek olan kayyımın genel kurulda seçilmesidir. Acaba kayyımın seçilmesinde oy hakkında imtiyazlar kullanılacak mı yoksa kullanılmayacak mı?

Pulaşlı bu konuda TTK m.479/3 hükmünün anlam ve amacı dikkate alındığında oy hakkında imtiyazın bu konuda da etkisizleşerek kullanılamaması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun sebebini ise; oy hakkında imtiyazlı payların uygulanması halinde, bunların oy çoğunluğuyla seçilecek olan kayyımın ortaklığın çıkarlarını tam olarak koruması beklenemez ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin tümü aleyhine sorumluluk davasının açılmasını talep eden adi pay sahiplerinin bu sorumluluk davasının açılması yoluyla arzu ettikleri sonuca ulaşmaları mümkün olamayacaktır şeklinde ifade etmektedir²⁵⁵.

Konu ile ilgili olarak İsviçre hukukunda da durum tartışmalıdır. Ancak Federal Mahkemenin 2006 yılında vermiş olduğu bir karar bu tartışmalara bir yön vermiştir²⁵⁶. Federal Mahkeme söz konusu kararında; oy hakkında imtiyazın etkisiz olduğu halleri düzenleyen İsv. BK m.693/III, N.4 (şirket yöneticileri ve diğer ilgililer hakkında sorumluluk davasının açılması) hükmünün sadece sorumluluk davasının açılmasına ilişkin genel kurul kararında değil, aksine sorumluluk

²⁵⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1311.

²⁵⁶ Urteil 4C. 165/2006=BGE 132 II 707 (Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku II'den naklen).

davasında Őirketi temsil edecek kayyımın seçiminde de uygulanacağı görüşünün hiçbir federal yasaya aykırı olmadığını belirtmiŐtir²⁵⁷.

Kanaatimizce; kayyım atanmasında oy hakkında imtiyazın etkisizleŐmesi gerekmektedir. Zira, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası işin genel kurulda ortaklığı temsil edecek kayyımın seçilmesinde oy hakkında imtiyazın kullanılması halinde, oy hakkındaki imtiyazların etkisi ile yönetim kuruluna yakın olan bir kişinin kayyım olarak atanması ve sorumluluk davasında tarafsız davranmayarak ortaklığın menfaatlerini koruyamaması muhtemeldir. Dolayısıyla, ortaklığın menfaatlerinin daha iyi korunabilmesi açısından yönetim kurulu yeleri aleyhine sorumluluk davası açılması durumunda, ortaklığı temsil edecek kayyımın genel kurulda seçilmesinde oy hakkındaki imtiyazların etkisizleşerek kullanılmaması gerekmektedir.

E. YÜRÜRLÜK KANUNU GEREğİ OY HAKKINDA İMTİYAZLARIN UYGULANMASI

TTK m. 479'da öngörülen oy hakkında imtiyaza ilişkin düzenlemeler 6762 sayılı TTK'dan oldukça farklı olması, mevcut anonim ortaklıklarda hali hazırda düzenlenmiş bulunan oy hakkında imtiyazların yeni TTK'ya uyumlu hale getirilme süreci nazara alınarak YrK m.28'de kapsamlı bir geřiŐ hükmü düzenlenmiştir.

İlk olarak YrK m.28/3 hükmü ile TTK m.479/1 hükmüne aykırı olan esas sözleşmelerin TTK'nın yayım tarihi olan 14.02.2011 tarihinden itibaren 3 yıl içinde yeni düzenlemeye uygun hale getirilmeleri zorunlu tutulmuştur. Bu hükümden anlaŐılan Şudur ki; TTK'nın yayınlanmasından önce mevcut anonim ortaklıklarda farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı tanınarak bir imtiyaz tanınmışsa bu imtiyazların TTK m.479/1 hükmüne uyum sağlanabilmesi işin terk edilmesi ve esas sözleşmelerin bu doğrultuda deđerŐtirilmesi gerekecektir. Yani esas sözleşmelerinde farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı tanınarak imtiyaz tanımış olan anonim ortaklıkların, en geşi 14.02.2014 tarihine kadar bu Şekilde tanınmış olan oy hakkındaki imtiyazları terk etmiş olmaları gerekmektedir.

²⁵⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1317.

İkinci olarak yine YürK m.28/4 hükmü ile TTK m.479/2 hükmündeki sınırı aşan oy hakkında imtiyazların TTK'nın yayımı tarihinden itibaren yine 3 yıl içinde kanunda belirtilen sınıra getirilerek uyumlu hale getirilmesi veya anılan maddede öngörülen mahkeme kararının alınması zorunlu hale getirilmiştir. Bu durumda mevcut ortaklıkların en son 14.02.2014 tarihine kadar esas sözleşmelerinde yer alan imtiyazlı oy sayılarını TTK m.479/2 hükmünde belirtilen 15 oyluk sınırına çekmiş olmaları veya ilgili mahkeme kararını almış olmaları gerekmektedir.

Son olarak kanun koyucu m.28/5 hükmü ile; TTK m.479/3'de yer alan ibra ve sorumluluk davası açılması hükmünün ise TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl sonra uygulanacağını düzenlemiştir. Yani ibra ve sorumluluk davası açılması ile ilgili kararlarda oy hakkında imtiyazlar 01.07.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu bu hükümde esas sözleşme değişikliğini muaf tuttuğundan esas sözleşme değişikliği ile ilgili alınacak kararlarda oy hakkındaki imtiyazlar TTK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren etkisiz olmaya başlamıştır.

YürK m.28/6 ile kanun koyucu; aynı maddenin birinci ve üçüncü fıkralarındaki yapılması gereken değişikliklerin verilen süre içinde gerçekleştirilmemesi halinde kanunda belirlenen sürelerin dolması yani 14.02.2014 tarihi itibarıyla oyda imtiyazı düzenleyen esas sözleşme hükümlerinin kendiliğinden geçersiz hale geleceğini düzenlemiştir. Maddeye göre böyle bir durumda esas sözleşmede düzenlenen oyda imtiyazların tümü kanunen sona erecektir. Ancak burada şu açıklamayı yapmakta fayda var; YürK m. 28/6'da bu maddenin birinci ve üçüncü fıkraları ile ilgili düzenlemeden bahsetmiştir. YürK m.28/3 hükmünde ise TTK m.479/1 hükmüne aykırı esas sözleşmelerin anılan kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 yıl içinde anılan fıkra hükmüne uygun hale getirileceği düzenlenmiştir. Yani oyda imtiyazlı paylarda ancak eşit itibari değerdeki paylara farklı oy hakkı verilerek imtiyaz tanınabilecektir. Bunun dışında farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanıyarak sağlanan imtiyazların YürK m.28/3 gereği uyarlanması gerekmektedir. Bu durumda YürK m.28/6'ya göre farklı itibari değerli oylara eşit oy hakkı tanıyarak sağlanan imtiyazlar kanunun belirlendiği süre içinde kanuna uygun hale getirilmezse kendiliğinden geçersiz hale gelir ve kanunen sona erer. Ancak; YürK m.28/4 hükmü gereği en fazla 15 oy sınırını aşan oyda imtiyazlar ile ilgili kanunun belirlediği sürede gerekli değişikliklerin yapılmaması halinde oyda

imtiyazların sağladığı oy hakkı, kendiliğinden geçersiz hale gelerek kanunen sona ermez fakat kanunun belirlediği en fazla 15 oy hakkı sınırına iner.

F. SERMAYE PİYASASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE OY HAKKINDA İMTİYAZLI PAYLAR

SerPK, imtiyazlı paylar ile ilgili olarak kapsamlı bir düzenleme yapmıştır. Bu durumda; SerPK m.23 ile her türlü imtiyaz oluşturulması veya mevcut imtiyazların konusu ile mahiyetinin değiştirilmesi önemli nitelikteki işlem olarak kabul edilmiştir²⁵⁸. Kanun koyucu, hem önemli nitelikteki işlemleri sınırlı sayıda olmamak üzere belirlemiş hem de kurula bu işlemler ile ilgili esasları belirleme ve bu esaslara uyulmaması halinde idari para cezası uygulaması ile işlemin iptalini isteme yetkisi de vermiştir. Böylece bir taraftan kurulun yaptırım gücü artırılmış bir taraftan da yatırımcıların daha güçlü bir şekilde korunması amaçlanmıştır.

SerPK’da imtiyazlı paylar 28.maddede ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre; halka açık anonim ortaklıkların sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzında mevcut tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır ayrıntıda kamuya duyurulması zorunludur²⁵⁹. Madde gerekçesine baktığımızda bu düzenleme ile; sermaye piyasalarının, kanaatimizce AB kapsamında yer alan kurumsal yönetim ilkeleri de gözönüne alınarak etkin ve şeffaf çalışabilmesinin ve pay sahiplerinin ortak olacakları ortaklıklardaki hak ve menfaatlerini daha iyi anlayarak hareket etmesinin önemi vurgulanmıştır.

Burada sözü edilen duyurunun ise SerPK m.4 vd. yer alan izahnameden ayrı olarak kapsamını belirten ayrı bir başlık altında ve normal kullanılan puntodan daha büyük bir punto ile yazılı olarak yapılması gerekmektedir.Nitekim esas sözleşme hükmünün aynen aktarılması şeffaflık kavramı ile bağdaşmaz²⁶⁰. Bu husus ratio legis açısından da gereklidir.

Ancak SerPK m.28’de ilk halka arzdan sonra imtiyazlı pay çıkarılıp çıkarılamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu ile ilgili olarak 2499 sayılı kanun dönemine baktığımızda kurulun 01.07.1998 tarih ve 49/721 sayılı kararına göre; çağrı suretiyle halka açılan anonim ortaklıkların halka

²⁵⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.564.

²⁵⁹ Akbulak Yavuz, Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Halka Açık Anonim Şirketlere Getirilen Yeni Esaslar, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 6, 2012, s.286.

²⁶⁰ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.564.

açıldıktan sonra, ortak sayısı nedeniyle kurul kaydına alınan anonim ortaklıkların ise ilk fiili arzlarından sonra yeni imtiyaz tanınması taleplerinin reddedileceği, mevcut imtiyazlarla ilgili değişiklikler konusunda ise imtiyazların özünün değişmemesi halinde kabul edilebileceği anlaşılmaktadır²⁶¹. Buna karşılık SerPK m.23 ile yukarıda ifade edildiği üzere halka açık anonim ortaklıkların imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam ve konusunu değiştirmesi önemli nitelikte işlem olarak kabul edilmiştir. Bu hüküm dolayısıyla, artık kurulun belirlediği usul ve esaslarda halka açık anonim ortaklıklarda yeni imtiyaz tanınabileceği gibi, mevcut imtiyazların kapsam ve konusunun değiştirilmesi de mümkün olacaktır. Ancak ifade ettiğimiz gibi bu işlemler TTK ile belirlenen sınırlar çerçevesinde ve SerPK ile belirlenen usule uygun olmak şartı ile yapılabilecektir²⁶².

SerPK’da oy hakkında imtiyazlı paylar konusunda en önemli yenilik m.28/2 ile getirilmiştir. Anılan hüküm: ”Kurulun belirlediği esaslar çerçevesinde, faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hâller saklı kalmak kaydıyla, mevzuata uygun olarak hazırlanmış finansal tablolarına göre üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazlar Kurul kararı ile kalkar. Söz konusu imtiyazlı payların kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması hâlinde bu hüküm uygulanmaz” şeklindedir.

Böylece imtiyazlı paylara sahip olan pay sahiplerinin diğer ortakların da menfaatine uygun davranmasının ve verimsiz yönetimlerin değiştirilerek ortaklığı daha iyi yönetecek kişilerin göreve gelmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu madde ile TTK’da halka açık ortaklıklarda yönetim imtiyazını sınırlandıran maddenin bir adım önüne geçilmiştir²⁶³.

Gerekçede de ifade edildiği gibi, ülkemizde birçok ortaklık aile ortaklığı şeklinde kurulmuş ve bu ortaklıkların çeşitli sebeplerle halka açılmaları sırasında özellikle yönetimdeki hakimiyetlerini kaybetmemek için kendilerine çeşitli imtiyazlar tanıdıkları, sonradan ortak olan yatırımcıların ortaklık yönetimine katılmalarını neredeyse imkansız hale getirmektedir. Buna karşılık sahip oldukları imtiyazlarla yönetim kontrolünün değişmeyeceğini bilen mevcut yönetim ise, ortaklık kötü yönetilerek zarar etmiş olsa dahi atalet ve rahatlık içinde olmaya devam edebilmektedir. İşte SerPK m.28/2 ile isabetli bir şekilde bu anlayışın önüne

²⁶¹ <http://www.spk.gov.tr/apps/MevzuatEski/?submenuheader=-1>

²⁶² Çetin Nusret/Töremiş Hatice Ebru/Cantimur Zeynep, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistemik Analizi, Ankara 2014, s.73.

²⁶³ Çetin/Töremiş/Cantimur, s.74.

geçilmiştir. Bu hükümlerle, halka açık ortaklık yönetimlerindeki suistimallerin önlenmesi amaçlanmış ve yatırımcıların, azınlık pay sahiplerinin hak ve menfaatleri korunarak piyasa etkinliğinin artırılması sağlanmış olacaktır.

Ancak SerPK m.28/2'nin son cümlesinde kamu kurum ve kuruluşlarına bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktadır²⁶⁴.

IV. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINDA İMTİYAZLI PAY

A. GENEL OLARAK

Anonim ortaklıklarda genel kurul kararlarının alınması ile yönetim kurulu üyelerinin seçiminde çoğunluk ilkesi geçerlidir. Genel kurul toplantılarında kararlar, oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin istediği yönde alınmaktadır. Dolayısıyla yönetim kuruluna üye olarak seçilecek olan kişiler de yine oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin istediği kişilerden oluşur. Bu durum, çoğunluk dışında kalan veya onlarla aynı düşünceleri paylaşmayan pay sahiplerinin şirket yönetiminden uzaklaşmasına, şirket işleriyle ilgilenmemesine, şirket ile ilgili bilgi alamaması ve denetimleri yapamamasına yol açar. Pay sahiplerinin şirket işleriyle ilgilenememesi, şirket ile ilgili bilgi alamaması ise yönetimi elinde bulunduran grubun dilediği gibi hareket etmesine ve yeteri kadar denetlenmemesine neden olmaktadır. Pay sahiplerinin şirket yönetimini denetleyebilmesi, şirketin faaliyetleri hakkında yeterince bilgi alabilmesi ve hatta kendisini gerçek anlamda ortak olarak hissedebilmesi için yönetime katılmasına olanak vermek gerekir. Yine çoğunluk dışında kalan pay sahiplerinin veya pay gruplarının menfaatlerinin çoğunluk pay sahipleri veya pay gruplarına karşı korunması gerekmektedir²⁶⁵.

Anonim ortaklığın yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, ortaklığın sevk ve idaresi ile ortaklığın denetlenmesi hususlarında son derecede önemli, ekonomik işlevi olan bir haktır. Bir anonim ortaklıkta pay sahibi olup aynı zamanda ortaklığın yönetimini elinde bulunduran bir pay sahibi, elbette ki ortaklık yönetimindeki hakimiyetini kaybetmek istemeyecektir.

²⁶⁴ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.319.

²⁶⁵ Çeker, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması
www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/yönetime%20katılma2.doc (Yönetime Katılma)

Buna karşılık hızla globalleşen günümüz dünyasında, yine hızla ilerleyen ekonomik ve teknolojik gelişmeler ortaklıkların finans ihtiyaçlarını da arttırabilir. Böyle bir durumda ortaklık artan finans ihtiyacını karşılayabilmek için sermaye artırımı yoluna gitmek durumunda kalacaktır. Ancak bu durumda ortaklık yönetimini elinde bulunduran pay sahipleri yönetimdeki bu hakimiyetlerini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. İşte genel anlamda yönetim kurulunda temsil edilme hakkında imtiyaz, çeşitli nedenlerle sermaye artırımına gitmeyi düşünen ancak yönetimdeki hakimiyetlerini de kaybetmek istemeyen pay sahiplerine, yeni pay sahiplerine karşı kendilerini korumalarına, daha doğru bir ifade ile yeni pay sahiplerine karşı sahip oldukları ortaklık yönetimindeki hakimiyetlerini kaybetmemelerine hizmet etmektedir²⁶⁶.

6762 sayılı TTK döneminde yönetim kurulunda temsil edilme hakkında imtiyaz ile ilgili olarak açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak 6762 sayılı TTK m.401 hükmünde yer alan "...ve sair hususlar" ibaresi belirli bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil edilme hakkında imtiyaz tanınmasına olanak sağlamıştır. Nitekim bu husus doktrin tarafından da çoğunlukla kabul edilmiştir²⁶⁷. Ayrıca Yargıtay tarafından da konu incelenmiş ve belirli bir grup paya tanınan yönetim kuruluna aday önerme hakkının geçerli olduğu kabul edilerek ana sözleşme ile tanınabilecek haklar kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay bu imtiyazı grup imtiyazı olarak isimlendirmiştir²⁶⁸.

TTK'da ise 6762 sayılı kanunda açıkça düzenlenmeyen ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve yargıtay tarafından da kabul gören grup imtiyazı m.360 ile kanuni düzenleme altına alınmıştır. Nitekim bu husus gerekçede de açıkça belirtilmiştir²⁶⁹.

Belirli grupların yönetim kurulunda temsili başlıklı 360.madde hükmü şu şekildedir: "(1) Esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim

²⁶⁶ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.126.

²⁶⁷ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.127. Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.43.

Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2000, s.436.

²⁶⁸ Y.11.HD. K:1175/2721, 07.04.1994.

²⁶⁹ Gerekçe, m.360.

kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır.

(2) Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır”.

Madde hükmü belirli pay grubuna tanınan imtiyaz hariç tamamen yenidir. Belirli pay grubuna yukarıda ifade ettiğimiz gibi 6762 sayılı TTK döneminde yargıtay içtihatları ile yönetim kurulunda temsil edilme konusunda imtiyaz tanınma olanağı sağlanmıştır. Ancak özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ilk defa TTK ile tanınmıştır. Bu madde İsv.BK.m.709’dan esinlenilerek düzenlenmiştir. Ancak TTK m.360 ile getirilen düzenleme İsv.BK m.709 düzenlemesine göre farklılıklar taşımaktadır. Konu bir alt başlıkta her iki hukuk bakımından da kısaca ele alınarak incelenmiştir.

B. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI

Yönetim Kurulunda temsil edilme hakkı İsv.BK’nun 709. maddesinde düzenlenmiştir. İsv.BK m.709/1 hükmü ile farklı kategori pay sahiplerinin (yani malvarlıksal veya oy bakımından farklı kategori pay sahipleri) en az bir temsilci ile yönetim kurulunda temsil edilme imkanı düzenlenmiştir. Bu hükmün düzenlenmesindeki temel amaç ise farklı kategori pay sahiplerinin ortak menfaatlerinin doğrudan yönetim kurulunda gündeme getirilerek korunmasına olanak sağlanmak istenmesi şeklinde ifade edilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki İsv.BK m.709/1 hükmü emredici niteliktedir. Yani farklı kategori payların bulunduğu anonim ortaklıklarda her kategori pay sahiplerinin yönetim kurulunda en az bir temsilci ile temsil edilme olanağının sağlanması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hükmün emredici nitelikte olduğu İsviçre hukukunda hem Federal Mahkeme hem de doktrin tarafından

tartışmasızca kabul edilmiştir²⁷⁰. Bu durumda ilk fıkra hükmü ile farklı kategori pay sahiplerine temsilci gönderme hakkının ana sözleşmede düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Ana sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmadığı takdirde ise m.709/1 doğrudan uygulama alanı bulur. Her ne kadar m.709/1 bu yönde bir zorunluluk öngörmüşse de ana sözleşmede böyle bir hükmün yer almamasına karşı herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamıştır²⁷¹.

Yine İsv.BK m.709/I'de yer alan hak doktrinde ve Federal Mahkeme Kararında ferî nitelikte özel bir hak olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, kategori ayrımının kaldırılması ve paylar arasında eşitliğin sağlanması halinde bu hak da kendiliğinden sona erecek, bu anlamda pay kategorilerinin korunmasına ilişkin bir mütesep haktan söz edilemeyecektir²⁷².

İsv.BK m.709/II'de ise azınlık ve münferit pay sahiplerinin korunması için ana sözleşmelerde özel hükümlerin öngörülebileceği düzenlenmiştir. İlk fıkra hükmü ile karşılaştırıldığında ikinci fıkra hükmünün emredici nitelikte olmadığı, bu anlamda azınlığın ve münferit pay sahibi gruplarının yönetim kurulunda temsilinin sağlanması ana sözleşmede bu yönde açık bir hükmün öngörülmesi şartına bağlıdır²⁷³ İsv.BK m.709/II hükmünün hukuki niteliği ise, ilgili pay sahiplerinin rızası olmadan ellerinden alınamayan ve sınırlandırılmayan, dolayısıyla belirli kategori veya grup pay sahiplerine tanınmış bir mütesep hak şeklinde belirtilmektedir²⁷⁴.

Her iki düzenlemede de Alman hukukundaki AktG § 101/2 hükmünde öngörülen gözetim kuruluna aday gönderme hakkı şeklinde olduğu gibi yönetim kuruluna aday gönderme hakkı düzenlenmemiştir. Burada yalnızca temsil edilme hakkı tanınmıştır²⁷⁵. İsv. BK m.709/I'de düzenlenen temsil hakkı bağlayıcı bir öneri hakkı tanımaktadır. Genel kurul bu öneri hakkı ile bağlı olup, ancak haklı bir nedenle söz konusu hak reddedilebilir. Buradaki amaç ise genel kurulun devredilmez mutlak yetkilerinin, bazı pay gruplarına tanınan temsil edilme hakkı ile etkisiz hale getirilmesinin önüne geçmek ve bu şekilde kontrol hakkının korunmaya çalışılmasıdır. Ancak İsv.BK m.709/II'de düzenlenmiş olan azınlığa ve münferit pay

²⁷⁰ Kendigelen, İsviçre Hukukunda Şirket Organlarında Temsil Edilme Hakkı, Makalelerim Cilt I, s.400. (Temsil Edilme Hakkı)

²⁷¹ Güney, s.31.

²⁷² Kendigelen, Temsil Edilme Hakkı, s.447.

²⁷³ Güney, s.32.

²⁷⁴ Kendigelen, Temsil Edilme Hakkı, s.447.

²⁷⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1320.

sahibi gruplarına tanınan temsilci gönderme hakkının ana sözleşmede farklı şekillerde düzenlenebileceği kabul edilmektedir. Bu durumda ana sözleşmede hüküm olması şartıyla azınlığa veya münferit pay sahibi gruplarına 709/I'e paralel olarak bağlayıcı aday önerme hakkı tanınabileceği gibi, bağlayıcı olmayan aday önerme hakkı da tanınabilir²⁷⁶.

Türk Hukukunda ise; yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ilk olarak TTK m.360 ile yasal bir düzenleme haline gelmiştir. Madde, gerekçesinde de ifade edildiği üzere İsv.BK m.709 hükmünden esinlenilerek düzenlenmiştir. Yeni düzenleme kapsamında esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu hakkın başlangıçta esas sözleşme ile tanınmaması halinde genel kurulda alınacak bir esas sözleşme değişikliği kararı ile de tanınması mümkündür. Madde lafzından da anlaşıldığı gibi imtiyaz her paya değil, yalnızca belirli pay grupları, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve azlığa tanınmıştır. Madde bu hali ile imtiyazı paya bağlayan TTK m.478 hükmüne de istisna teşkil etmektedir. Ayrıca bu şekilde tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz (TTK m.360). Ancak halka açık olmayan anonim ortaklıklarda böyle bir sınırlama olmadığından, bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı istenilen sayıda olabilir. Kapalı tip anonim ortaklıklardaki pay sahipliği yapısı dikkate alındığında, bu hükmün teorik olmaktan öteye geçemeyen bir düzenleme olarak kalacağı belirtilmektedir²⁷⁷.

Görüldüğü üzere her ne kadar m.360 İsv.BK m.709 hükmünden esinlenilerek düzenlenmişse de anılan hükümle önemli noktalarda farklılıklar taşımaktadır. Öncelikle TTK m.360'da İsv.BK m.709/I hükmünde yer alan ortaklıkta farklı pay kategorilerinin varlığı halinde esas sözleşmede bu pay kategorilerine yönetim kurulunda temsilci bulundurma hakkı verilmesini öngören emredici hüküm düzenlenmemiştir. Yani bu durumda Türk hukukunda bir anonim ortaklıkta malvarlıksal veya oy hakkı bakımından farklı kategori pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ancak esas sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme varsa mümkün olabilecektir. Bir diğer önemli farklılık ise hakkın hukuki

²⁷⁶ Güney, s.32.

²⁷⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.987.

nitelendirilmesinde kendini göstermektedir. Mevaz İsv.BK m.709/I ile düzenlenen temsil edilme hakkı fer'i nitelikte özel bir hak olarak nitelendirilirken TTK m.360/2'de yönetim kurulunda temsil edilme hakkının açıkça imtiyaz olduğu kabul edilmiştir²⁷⁸.

TTK m. 360 ile tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, ön tasarı aşamasında açıkça imtiyaz olarak nitelendirilmezken, son tasarı aşamasında bu grup hakkının bu kez tam aksine olacak şekilde imtiyaz olarak nitelendirilmiştir. Ancak madde gerekçesinde anılan bu grup hakkının imtiyaz olarak nitelendirilmesinin tatmin edici bir gerekçesi de belirtilmemiştir. Madde düzenlemesinde esinlenen mevaz İsv.BK m.709/I hükmünün fer'i nitelikte özel bir hak olarak ve m.709/II hükmünün ise müktesep hak olarak kabul edilmesi karşısında TTK m.360 ile tanınan grup hakkının imtiyaz olarak nitelendirilmesinin ne kadar isabetli olduğu haklı olarak sorgulanabilir. Ancak ifade edilmelidir ki, mevcut düzenlemenin somut bir pay grubu ayrımı yapılmadan uygulanma kabiliyetinin olmayacağı hususu da ayrıca belirtilmektedir²⁷⁹.

Gerçekten de belirli bir gruba yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması gerçek anlamda bir imtiyaz olarak nitelendirilebilir mi? Bu konunun ayrıca tartışılması gerektiğine inanıyoruz. Konunun mevaz İsv.BK m.709 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi daha faydalı ve isabetli olacaktır. Nitekim İsv.BK m.709/I hükmünün düzenlenme amacının farklı pay kategorilerinin ve azlığın menfaatlerinin korunması ve temsil edilmesi olduğu ifade edilmektedir. Madde hükmü incelendiğinde ilk fıkranın emredici nitelikte olduğu ve kanundan doğan fer'i nitelikte özel bir hak olduğu, ikinci fıkranın ise sahiplerinin rızası olmadan ellerinden alınamayan müktesep bir hak²⁸⁰ olduğu ifade edilmektedir²⁸¹. Dolayısıyla İsviçre hukukunda Türk hukukunun aksine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı imtiyaz olarak kabul edilmemiştir. Kanaatimizce; her ne kadar TTK m.360/2'de belli gruplara tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının imtiyaz olduğu düzenlenmişse de kanun koyucu tarafından bunu haklı gösterecek bir gerekçe gösterilmemiştir. Esasında belli grupların yönetim kurulunda temsil edilme hakkı,

²⁷⁸ Güney, s.34.

²⁷⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s.252.

²⁸⁰ Güney, Kendigelen'in bu değerlendirmesinde yanılığa düştüğünü, ikinci fıkrada düzenlenen temsil edilme hakkının müktesep hak olarak nitelendirildiğine ilişkin olarak İsviçre Hukukunda herhangi bir tartışmanın söz konusu olmadığını, Federal Mahkemenin de madde 709/II ile ilgili olarak açık veya örtülü bir şekilde nitelendirme yapmadığını ifade etmektedir. Bkz.Güney, s.30.dp:82.

²⁸¹ Kendigelen, Temsil Edilme Hakkı, s.400 vd.

TTK m.478 anlamında gerçek bir imtiyazdan çok bir temsil hakkıdır. Çünkü imtiyazın açık bir şekilde ayrıcalık, üstünlük sağlaması gerekmektedir. Ancak belli grupların yönetim kuruluna aday göndermesi veya bu grup içinden aday seçilmesi diğer paylara nazaran bir üstünlük yaratmamaktadır. Bu olsa olsa anılan grupların haklarının korunması, taleplerinin dile getirilmesi ve gündeme taşınması amacını gerçekleştirmek için temsil hakkını karşılamaktadır. Nitekim mehz İsv.BK'da da isabetli olarak belli grupların yönetim kurulunda temsil edilmeleri bir imtiyaz olarak tanımlanmamıştır.

Son olarak şu hususu belirtmeliyiz: TTK m.360 hükmü gereği yönetim kuruluna seçilen temsilci ile temsil ettiği grup arasında seçimden önce kural olarak herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Ancak seçimden sonra grup ile grubu yönetim kurulunda temsil eden temsilci arasında vekalet veya vekalet benzeri bir ilişki ortaya çıkar. Bu temsilci temsil ettiği grubun menfaatlerini korumakla yükümlüdür. Ancak bunu yaparken anonim ortaklıklar hukukunun yönetim kurulu üyesi olarak kendisine yüklediği yükümlülükleri de dikkate almalıdır. Dolayısıyla öncelikli olarak ortaklığın menfaatlerini korumalı bir çakışma olmadığı sürece temsil ettiği grubun menfaatlerini korumalıdır²⁸².

C. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINDA İMTİYAZ TANINACAK GRUPLAR

1. Belirli Pay Grupları

TTK m.360 ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan ilk grup belirli pay gruplarıdır. Bu kavram 6762 sayılı TTK döneminde de tartışılmış ve nihayetinde yargıtayın içtihatları ile grup imtiyazlı şeklinde isimlendirilerek uygulamaya yerleşmiş olan bir kavramdır. Nitekim gerekçede de bu husus maddenin düzenlenme sebebinin tarihi sebeplere dayandığını ifade edilerek açıklanmaya çalışılmıştır. Kanunda, belirli pay gruplarının nasıl oluşturulacağı hususunda bir açıklık getirilmemiş, bu hususun esas sözleşme ile düzenlenmesi tercih edilmiştir. Bu durumda emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla esas sözleşmede belirli pay grupları serbestçe tanımlanabilir. Örneğin; anonim ortaklık iki aileden oluşuyorsa bunların sahip olduğu paylar (A) ve (B) grubu paylar olarak tanımlanarak 5 kişiden oluşan yönetim kurulunda (A) grubu payların 2 üye ile temsil edilmesi sağlanabilir.

²⁸² Güney, s.35.

Bunun dışında hukuki konumları farklı olan paylar ile de grup oluşturulabilir. Yani oy hakkında imtiyazlı paylar bir grup, kâr payında imtiyazlı olan paylar başka bir grup olarak tanımlanabilir²⁸³.

Burada önemli olan husus şudur: Belirli pay grupları, paylardan oluşan bir gruptur. Bu imtiyazlı olan grup içindeki bir payın devredilmesi halinde payı devralan, kimliğinin bir önemi olmaksızın devir işleminden sonra gruba tanınan imtiyazdan kendiliğinden yararlanma hakkına sahip olacaktır²⁸⁴.

2. Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri

TTK m.360 ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan ikinci grup ise özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleridir. Bu düzenleme tamamen yeni bir düzenlemedir. Pay grubunda imtiyaz tek tek paylara değil, bir bütün olarak gruba tanınmakta ancak bu durumda gruba dahil olan paylara kimlerin sahip olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Burada payın sahibi değil bizatihi kendisi önem taşıdığından imtiyazın paya tanınması ilkesi karşısında bu düzenleme pek fazla rahatsız edici olmamıştır. Ancak özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri açısından getirilen yeni düzenleme beraberinde birçok tartışmayı da getirmiştir. Bu durumda imtiyazın paya değil adeta pay sahiplerine tanınmakta olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır²⁸⁵.

Bu grup paylara örnek olarak anonim ortaklığın işçileri, bayileri, tedarikçileri veya bir ailenin mensupları gibi aynı sıfatı taşıyan pay sahipleri gösterilebilir. TTK m.360 ile pay sahipleri gruplarına da, bağlayıcı aday gösterme hakkını tanımıştır. Tekinalp aynı sıfatı taşıyan pay sahiplerinin meydana getirdiği grupların da yine bir pay grubu olduğunu, diğer pay gruplarından farkının bu gruptaki pay sahiplerinin aynı sıfatı taşımak gibi ortak özelliklerinin bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bir diğer fark ise, payın devredilmesi halinde kendini göstermektedir. Payın ortak paydaya uymayan bir kişiye devredilmesi halinde devralan kişi bu pay grubuna tanınan imtiyazdan yararlanamayacaktır. Söz konusu imtiyazdan yararlanmanın şartı ortak özelliğe sahip olmaktır. Ayrıca yazara göre, bir esas sözleşme değişikliği ile pay sahipleri grubunun TTK m.360 gereği tanınmış olan imtiyazı ihlal edilecek olursa İPSÖK toplanır. Ancak buradaki kurulda sadece aynı

²⁸³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.992.

²⁸⁴ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.198.

²⁸⁵ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.427.

sıfatı taşıyan pay sahipleri bulunabilir. Birden fazla özelliğe sahip pay sahipleri aynı İPSÖK’de yer alamaz²⁸⁶.

Buna karşılık TTK m.360/I’de yönetim kurulunda temsil edilme hakkı yalnızca belirli pay gruplara değil, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine de tanındığından TTK m.360/II’de düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır hükmünün tam bir çelişki oluşturduğu görüşü de savunulmaktadır. Çünkü pay sahipleri grupları ile azlığa tanınan imtiyaz, paylarla bağlantılı olarak değil, doğrudan şahıslara tanınmaktadır²⁸⁷.

Pay sahiplerinden bir grup oluşturabilmek ve bu gruba yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazını tanıyabilmek için esas sözleşmede söz konusu pay sahiplerinin özellik ve niteliklerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Bu mecburiyet imtiyazın en önemli temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim yine bu mecburiyet hem imtiyazların kullanılması hem de korunması için de gereklidir. Ayrıca madde lafzında belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ifadesi kullanıldığından bu hükme dayanılarak belirli somut bir kişiye imtiyaz tanınmamalıdır²⁸⁸.

Doktrinde²⁸⁹ özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azınlığa tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyazdan ziyade bir grup hakkı olduğu savunulmaktadır. Esasında bu görüşün isabetli olduğu, burada paya bağlı bir temel üstünlük ve ayrıcalığın söz konusu olmadığı, dolayısıyla burada ancak bir grup hakkının olabileceği ifade edilmektedir²⁹⁰.

Ayrıca Çamoğlu tarafından, TTK m.360 hükmüne dayanılarak imtiyazın, ismen belirlenen tek bir (veya birden çok) ortağa da tanınmasının mümkün olacağı savunulmaktadır. Örneğin bu hak şirketin kurucusunun ailesine verilebileceği gibi sadece kendisine şahsen de tanınabilir. Bu takdirde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı bu kişinin hayatı ile sınırlıdır²⁹¹. Konuya TTK m.340 çerçevesinde baktığımızda, TTK’da bu durumu yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığından TTK m.340 bir engel olarak karşımıza çıkmamaktadır. Ancak bu durum TTK m.360

²⁸⁶ Tekinalp; Yeni Hukuk, s.198.

²⁸⁷ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.159.

²⁸⁸ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.428.

²⁸⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s.252.

²⁹⁰ Memiş, Nitelikli Pay, s.3111.

²⁹¹ Çamoğlu; s.3.

anlamında bir grup imtiyazı (hakkı) sayılabilecek midir? Bu soruya her olayın özelliklerine göre kendi içinde cevap aramak daha doğru olacaktır. Bir örnek ile açıklamak gerekirse; 25 kişinin adının ismen belirtilerek gösterilen payların sahiplerine bu şekilde bir hakkın da sağlanması durumunda TTK m.360 anlamında bir grup hakkının varlığından bahsetmek gerekecektir²⁹².

Aynı şekilde bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu başkanı esas sözleşme ile belirlenebilir mi? Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, TTK m.360 hükmü ile getirilen özellik ve nitelikleri ile belirli grup oluşturan pay sahiplerine tanınan yönetimde temsil hakkı kanaatimizce de bir imtiyaz olarak değil bir grup hakkı olarak nitelendirilmelidir. Nitekim kanun koyucunun bu düzenlemesi, imtiyazın paya bağlı bir hak olma ilkesi karşısında adeta pay sahiplerine tanınarak tam bir çelişki oluşturması nedenleri ile eleştirilmiştir²⁹³.

Konuya TTK m.340 hükmü çerçevesinde baktığımızda ise; TTK m.360 hükmüne göre yönetimde temsil hakkı verilen özellik ve nitelikleriyle grup oluşturan pay sahiplerinin veya tek bir pay sahibinin isminin esas sözleşmede gösterilmesini kanunda yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu m.360 hükmünde özellik ve nitelikleri ile belirli grup oluşturan pay sahiplerine yönetimde temsil hakkı tanımıştır. Bununla birlikte kanun koyucu m.360/2 fıkrasında bu maddeye göre tanınan yönetimde temsil hakkının imtiyaz olarak kabul etmiştir. Bu durum karşısında özellik ve nitelikleri ile belirli bir gruba dahil olan bir pay sahibinin isminin esas sözleşmede belirtilmesinin kanunun emredici herhangi bir hükmünü ihlal etmediği kanaatindeyiz. Bu pay sahibinin aynı zamanda yönetim kurulu başkanı olması da muhtemeldir. TTK m.339/III hükmü gereği ilk esas sözleşme ile yönetim kurulu başkanı olarak seçilen ortaklık kurucusunun, ileride yapılabilecek bir sermaye artırımını halinde yönetimdeki hakimiyetini kaybetmemek için esas sözleşmeye “yönetim kurulu başkanı, ortaklığın kurucusudur” şeklinde bir hüküm koyabilir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TTK m.360 hükmü ile özellik ve nitelikleri ile belirli pay sahiplerine yönetimde temsil hakkı tanınmıştır ve her ne kadar bizim kanaatimiz bu hakkın bir grup hakkı olabileceği yönünde olsa da m.360/2 ile kanun koyucu bu hakkı bir imtiyaz olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla tüm bu açıklamalardan sonra, özellik ve nitelikleriyle belirli bir pay sahibinin yönetimde temsil hakkının esas sözleşmede isim gösterilmek suretiyle sağlanmasında

²⁹² Memiş, Nitelikli Pay, s.3111.

²⁹³ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.159.

kanaatimizce kanuna aykırılık bulunmamaktadır²⁹⁴.

3. Azlık

TTK m.360 ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan son grup ise azlıktır. Ancak burada sözü edilen azlık ile kastedilen sermayenin onda birini, halka açık ortaklıklarda yirmide birini temsil eden payların sahipleri değildir. TTK m.360'da sözü edilen azlık geniş anlamda %50 +1 oya sahip olan çoğunluk karşısında yer alan payların sahibini veya sahiplerini kapsamaktadır. Yani bu durumda azlık yüzdesinin en az kanuni yüzde kadar olmasına gerek yoktur.

TTK m.360 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere azlık kavramının kapsamı iyi bir şekilde belirtilmelidir. Aksi durumda hem imtiyazların kullanılmasında hem de imtiyazların korunması ve dolayısıyla İPSÖK'ün teşekkülünde bir çok sorun yaşanacaktır. Ancak gerekçede ayırt etme kriteri olarak yer verilen pay senedi numaraları ve sayıları ibaresinin de isabetli olmadığı söylenmektedir. Çünkü pay senedi numaraları ve sayıları yöntemiyle zaten belirli pay grubu oluşturulmaktadır²⁹⁵.

Yine gerekçede azlığın yüzdelerle ifade edilmesinin yeterli olmayacağı belirtilmesine karşın, Tekinalp tarafından, esas sözleşme ile sermayenin %40'ını oluşturan payların sahiplerine, yönetim kuruluna bir üyelik için aday gönderme hakkı tanınabileceği ifade edilmektedir²⁹⁶.

D. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKINDA İMTİYAZ TANIMA YÖNTEMLERİ

1. Yönetim Kuruluna Aday Önerme Hakkı

TTK m.360 hükmü ile belirli pay gruplarına, belirli grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kuruluna aday önerme hakkının tanınabileceği düzenlenmiştir. Yine kanun maddesinde genel kurul tarafından yönetim kuruluna üye olarak önerilen adayın haklı bir gerekçe bulunmadığı takdirde seçilmesinin zorunlu olduğu da düzenlenmiştir (TTK m.360/I). Bununla beraber kanunda haklı nedenlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Ancak haklı nedenler; kişinin ehliyeti,

²⁹⁴ Memiş, Nitelikli Pay, s.3111.; Çamoğlu, s.3.

²⁹⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.431.

²⁹⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.198.

gerektiği durumlarda tahsil durumu, TTK m.363/2'deki seçilme engelleri, başka kanunlardaki emredici hükümlere aykırılık (örneğin aday olarak önerilen kişinin devlet memuru olması) gibi esas sözleşmede öngörülen kriterlere uygun olmama halleri şeklinde sayılabilir²⁹⁷.

Burada yönetim kuruluna aday önerme hakkının, genel kurulun devredilmez yetkileri arasında olan yönetim kurulu üyelerinin seçimini ihlal edip etmediği sorusu akla gelebilir. İmregün tarafından; esas sözleşmede yer alan bu yöndeki hükmün genel kurulun iradesine müdahale anlamı taşıyacağı, bu nedenle de esas sözleşmeye bu şekildeki bir hükmün konulamayacağı, konulsa dahi bir sonuç doğurmayacağını ve genel kurulu bağlamayacağı savunulmuştur²⁹⁸.

TTK m.360 hükmünde düzenlenen yönetim kuruluna aday önerme ve yönetim kuruluna m.360'da sayılan gruplardan üye seçilmesi dışında esasen pay gruplarına veya pay sahiplerine genel kurul devre dışı bırakılarak yönetim kuruluna üye gönderme hakkının tanınması hukuken mümkün değildir. Nitekim TTK sisteminde, ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşme ile atanması (TTK m. 339/3), kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili (TTK m.334) ve yönetim kurulunun boşalan üyelik için seçim yapması (TTK m.363/1) istisnaları hariç yönetim kurulu üyelerinin seçimi genel kurulun devredilmez görev ve yetkilerindedir (TTK m.408/2.b). Yine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı konusunda TTK m.360 sınırlayıcı bir düzenleme yaptığı için, bu madde kapsamı dışında yönetim kurulunda temsil edilme hakkının verilmesi, emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m.340 hükmüne aykırı olacaktır²⁹⁹.

Yönetim kuruluna aday önerme hakkının kullanılabilmesi için belirli pay grupları, belirli grup oluşturan pay sahipleri veya azlık tarafından özel bir toplantı yapılarak önerilecek olan adayın belirlenmesi ve genel kurula sunulması gerekmektedir. Genel kurul kendisine önerilen adaylar arasından seçim yapacaktır. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, yasada ne söz konusu grupların aday önermek için özel bir toplantı yapmasıyla ilgili ne de bu toplantıya ilişkin nisaplar konusunda bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle gerek anılan grupların kendi aralarında aday belirleme toplantısını yapma usulleri ve gerekse bu toplantıda gerekli olan nisapların belirlenmesi önem arz etmektedir.

²⁹⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Cilt I, s.997.

²⁹⁸ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz isimli eserinden naklen, s.227.

²⁹⁹ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.433.

Yukarıda ifade edildiği gibi konu 6762 sayılı TTK döneminde de tartışılmıştır. Doktrinde³⁰⁰ yönetim kuruluna önerilecek adayın belirlenmesi ile ilgili olarak pay grubu sahiplerinin ortak adaylarını tespit amacı ile özel bir toplantı yapmaları kabul edilmiştir. Nitekim Karahan; bu halde imtiyazın gruba bir bütün olarak tanındığını bu nedenle gruba dahil olan her payın yönetim kuruluna aday önerme hakkının olmadığını, ancak grubun bir bütün olarak aday gösterebileceklerini, bu nedenle de seçim hususunu görüşmek üzere gruba dahil payların biraraya gelerek imtiyazlılar özel kurulunu oluşturmaları ve 6762 sayılı TTK m.388/3-4 fıkralarında öngörülen toplantı ve karar nisaplarıyla karar alarak aday veya adaylarını belirlemelerinin zorunlu olduğunu belirtmiştir³⁰¹ Ancak Karahan'ın bu görüşü aday önermek için hak sahibi olan ilgili pay grubunun özel bir toplantı yapması yönü ile desteklenirken, toplantı ve karar nisaplarıyla ilgili olan yönü açısından eleştirilmiştir. Bu eleştirilere gerekçe olarak ise 6762 sayılı TTK m.389 hükmünün esas sözleşme değişikliklerinde uygulanan özel bir hüküm olduğu, dolayısıyla bu hükmün ancak esas sözleşme değişikliklerinin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmesi durumunda uygulanabileceği, bu anlamda 6762 sayılı TTK m.389 hükmü ile 6762 sayılı TTK m.388/3-4 hükmüne açıkça yollama yapıldığı dolayısıyla kanunun açıkça düzenlemediği aday belirleme özel kurulunda anılan bu hükmün uygulanmasının yerinde olmayacağı gösterilmiştir³⁰².

Ayrıca, kanunda özel bir düzenlemenin bulunmadığı da gözönüne alınarak yönetim kuruluna aday önerme toplantısının yapılması hususunda, genel kurula ilişkin ilkelerin uygun olduğu ölçüde bu toplantılara da kıyasen uygulanması gerektiği görüşü savunulmuştur. Bu anlamda öncelikle toplantıya çağrı konusunda yönetim kurulunun yetkili olduğu kabul edilmelidir. Nitekim yönetim kuruluna önerilecek adayların belirlenmesi aynı zamanda genel toplantıya hazırlık işlemlerindedir. Zira genel kurul toplantısına kadar önerilecek adayların belirlenmemiş olması genel kurulun toplantıda yönetim kurulu ile ilgili karar vermesine ve dolayısıyla yönetim kurulunun teşekkülüne engel olacaktır. Öyleyse aday önerme toplantısına çağrı yönetim kurulunun aynı zamanda bir görevi olarak da değerlendirilebilir. Yine toplantıya çağrı usulü, yetki, süre, şekil, toplantı yeri, karar

³⁰⁰ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.263 vd. Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.128; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Cilt I, s.998; Teoman Ömer, Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar, Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s.502.vd. (Yetersayılar)

³⁰¹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.128.

³⁰² Teoman, Yetersayılar, s.502.

alma usulleri konusunda genel kurul toplantılarına ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir. Özetle denebilir ki; yönetim kuruluna aday önerme toplantısının yapılması konusunda bir taraftan ilgili gruba dahil olan tüm pay sahipleri bu toplantıdan haberdar edilmeli ancak diğer taraftan da genel kurul toplantılarına ilişkin kurallar çok katı bir şekilde uygulanarak önerilecek adayın belirlenmesi çok ağır formalitelere bağlanmamalıdır. Bu çerçevede, yönetim kuruluna aday önerme hakkına sahip olan gruba dahil tüm pay sahiplerinin hazır bulunduğu bir toplantıda anılan grup pay sahiplerinin hiçbirinin itiraz etmemesi halinde ilgili aday bu toplantıda da belirlenebilmelidir. Hatta aday belirleme toplantısı, genel kurul toplantısından bir kaç saat öncesinde de yapılabilirdir. Burada önemli olan genel kurul toplantısından önce yönetim kuruluna önerilecek adayın ilgili hak sahibi grup tarafından belirlenmiş olmasıdır³⁰³.

Toplantı ve karar nisapları konusunda ise Karahan'ın yukarıda yer verilen görüşündeki toplantı ve karar yetersayılarının uygulanması görüşü eleştirilmiştir. Bu görüşe karşılık olarak yönetim kuruluna önerilecek adayın belirlenmesi toplantısında kaç pay sahibi hazır bulunursa bulunsun ve bunların temsil ettikleri sermayenin oranı ne olursa olsun herhangi bir toplantı ve karar yetersayısı aranmaksızın karar alınabileceği ve toplantı yapılabileceği belirtilmektedir³⁰⁴. Ayrıca, esas sözleşmede aksi yönde bir düzenleme yoksa, hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı çözüm benimsenmeli ve önerilecek adayın belirlenmesi için yapılacak toplantı gibi alınacak kararın da herhangi bir yetersayıya tabi olmadığı, aday önermeye ilişkin kararların basit oy çoğunluğu ile dahi alınabileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁰⁵.

Yönetim Kuruluna TTK m.360 ile aday önerme hakkı tanınan grupların önerecekleri adayın belirlenmesi hususunda yapacakları toplantı ve bu toplantıya ilişkin usuller ile toplantı ve karar yetersayıları hakkında tıpkı 6762 sayılı TTK'da olduğu gibi TTK'da da herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle 6762 sayılı TTK döneminde yapılan ve yukarıda yer verdiğimiz tartışma ve görüşlere kıyasen bir inceleme yapmanın uygun olacağını düşünüyoruz.

Yönetim Kuruluna aday önerme hakkının tanınmasında hak tanınan grup içindeki pay sahipleri bu hakkı kullanırken aktif konumdadırlar. Dolayısıyla

³⁰³ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.267.

³⁰⁴ Teoman, Yetersayılar, s.504.

³⁰⁵ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.268.

eğer ilgili payların tümü tek bir pay sahibinin elinde değilse, pay sahipleri yönetim kuruluna önerecekleri adayı belirlemek için kendi aralarında toplantı yapmalıdırlar. Ancak bu toplantıya çağrı usulü, yetki, süre gibi hususlarda hakkın ve toplantının niteliğiyle bağdaştığı ölçüde genel kurul (TTK m.410 vd.) ve İPSÖK (TTK m.454) ile ilgili düzenlemelerden istifade edilebileceği düşünülebilir. Bu durumda aday önerme toplantısına çağrı konusunda öncelikli olarak yönetim kurulunun yetkili olduğu kabul edilmeli, ancak yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrının yapılmaması durumunda ilgili gruba dahil pay sahiplerinden her biri tarafından mahkemenin izni alınarak toplantıya çağrı yapılabilir (TTK m.410). Çağrının şekli ve süresi konusunda ise TTK m.414 ve toplantı yeri konusunda da TTK m.409/3 hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak; aday önerme toplantısında sadece bu hakkın TTK m.360/2 hükmü gereği imtiyazlı kabul edilen bir gruba tanınmasından dolayı özel bir hüküm olarak düzenlenen TTK m.454 hükmünün uygulanması doğru olmaz. Zira bu hüküm esas sözleşme değişikliklerinde imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi halinde uygulanacak ağırlaştırılmış nisapları içermektedir. İzah edilen nedenlerden dolayı, yönetim kuruluna aday önerme toplantısı için özel bir çağrı, yetki, şekil, toplantı yeri gibi toplantıya çağrı usullerine gerek bulunmamalıdır. Aynı şekilde toplantı için bir toplantı nisabının aranmaması da hakkın kullanılmasını kolaylaştırmak için daha uygun olacağı düşünülmektedir. Bununla beraber toplantıda alınacak karar ile ilgili olarak karar nisabı konusunda da ağırlaştırılmış karar nisabı yerine, anonim ortaklıklar hukukunda geçerli genel ilkeden hareketle toplantıda hazır bulunan çoğunluğun oyunu yeterli kabul etmek gerekir³⁰⁶.

Benzer bir şekilde yönetim kuruluna önerilecek adayın belirlenmesi ile ilgili yapılacak toplantı usulü ile ilgili olarak burada sadece bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan amaca uygun ve esnek davranılması gerektiği belirtilmektedir. Bu çerçevede, aday önerme toplantısına çağrı konusunda ilgili hak sahibi gruba dahil olan her pay sahibinin yetkili olduğu, toplantının genel kurul toplantısından birkaç gün önce hatta toplantıya çağrı yapılmasa bile genel kurul toplantısının yapıldığı aynı günde genel kurul toplantısından birkaç saat önce veya genel kurul toplantısına ara verilmek suretiyle dahi yapılabileceğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Aynı şekilde toplantıda Bakanlık temsilcisinin de

³⁰⁶ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.434-435.

bulunmasına gerek yoktur. Zira kanunda düzenlenmemiş bir hususun kıyas yolu ile uygulanması hukuk mantığına aykırıdır. Son olarak toplantı ve karar nisapları ile ilgili olarak şu hususlar ifade edilmektedir: toplantı nisbıyla ilgili olarak TTK m.418 hükmünde düzenlenen adi toplantı nisapları kıyasen uygulanır. Ancak bu hükümde iki toplantı öngörülmektedir. Aday önerme toplantısında ise ikinci toplantının yapılması söz konusu olmayacaktır. Söz konusu toplantı mevcut pay sahipleri ile toplanır, oyların çoğunlu ile önerilecek aday hakkında karar alınır. Yönetim kuruluna aday önerme toplantısında, hakkın kaldırılması veya sınırlandırılması değil sadece kullanılması söz konusu olduğundan, bu toplantı ile ilgili olarak daha hafif nisapların uygulanması menfaatler dengesi için daha uygun olacaktır³⁰⁷.

2. Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK m.360'da Belirlenen Gruplardan Seçilmesi

TTK m. 360 ile yönetim kurulunda temsil edilme yöntemlerinden bir diğeri ise söz konusu yönetim kurulu üyesinin m.360'da belirtilen gruplara dahil pay sahipleri arasından seçilmesidir. Bu yöntem nispeten aday önerme yönteminden daha basit ve daha kolay uygulanabilirliği olan bir yöntemdir. Çünkü bu yöntemde doğrudan aday önerme hakkı tanınmadığından, ilgili gruba dahil pay sahiplerinin aralarında önerilecek adayın belirlenmesi için toplantı yapma durumları söz konusu olmamaktadır. Bunun yerine genel kurul tarafından yönetim kuruluna üye seçilebilmeye ilişkin diğer şartları taşıması kaydıyla, ilgili pay grubuna dahil pay sahiplerinden dilediğini yönetim kuruluna üye olarak seçebilir³⁰⁸. Böyle bir düzenlemede, doğrudan bir grup hakkından ziyade bu gruptaki paylara tanınmış bir hak söz konusudur. Bu itibarla ilgili pay grubuna dahil pay sahiplerinin, mutlak surette bir toplantı yaparak aday belirleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Buradaki temel amaç, esas sözleşmede öngörülen sayıda yönetim kurulu üyesinin ilgili grupta yer alan pay sahipleri arasından seçilmesi ve bu suretle ilgili grubun temsil edilmesidir. Ayrıca, tanınan hak her ne kadar aday önerme hakkı olmayıp, yönetim kuruluna seçilecek adayın bu gruplardaki pay sahipleri arasından seçilmesi şeklinde bir hak olsa da TTK m.360 hükmünde belirtilen grupların yönetim kuruluna seçilecek adayı kendi aralarında belirleyerek genel kurula önermeleri söz konusu olabilir. Ancak bu durumda genel kurulun önerilen adayı seçme zorunluluğu

³⁰⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Cilt I, s.999.

³⁰⁸ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.436.

bulunmamaktadır. Genel kurul önerilen aday yerine aynı grup pay sahipleri arasından başka birini de seçebilme hakkına sahiptir. Hatta söz konusu hak sahibi grup bir toplantı yaparak yönetim kuruluna gönderilecek adayı oybirliği ile belirlemiş olsa ve belirlenen aday veya adaylar dışında hiç kimsenin aday olmayacağı hususu da yine oybirliği ile karara bağlanmış olsa, ancak buna rağmen sonradan bu grupta yer alan bir pay sahibi aday olduğunu açıklasa genel kurulun sonradan aday olan pay sahibini seçme hakkı bulunmaktadır. Çünkü yönetim kuruluna aday olmak, pay sahipliği hakkından doğan bir haktır ve bu haktan peşinen feragat etmek hukuken geçerli değildir. Burada önemli olan esas sözleşmede öngörülen sayıda yönetim kurulu üyesinin TTK m.360 hükmünde belirtilen gruplardan seçilmiş olmasıdır³⁰⁹.

Genel kurul tarafından TTK m.360 hükmü kapsamında yönetim kuruluna seçilen üyenin görevinin istifa, azil vb. nedenlerle öngörülen süreden önce sona ermesi durumunda da yine esas sözleşme ve TTK hükümlerine uygun hareket edilmeli yani boşalan üyelikler aynı gruptan olan pay sahipleri arasından seçilecek kişilerle doldurulmalıdır³¹⁰.

3. Temsil Edilme Hakkının Korunması ve TTK m.360 Hükmüne Aykırılığın Sonuçları

TTK, m.360 hükmünde belirtilen grupların yönetim kurulunda temsil edilme hakkının kısıtlanması veya kaldırılması konusunda bir hüküm içermiyor. Bu durumda esas sözleşme ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkının nasıl ve hangi şartlarda kısıtlanabileceği veya kaldırılabilirliği düşünülmelidir. Esas sözleşmede bu konuda bir açıklık bulunmadığı durumlarda ise temsil edilme hakkı ancak yasal hükümlerle konulabilir³¹¹. Ancak bu durumda TTK m.340 hükmü gözardı edilmemelidir.

TTK m.360/2 fıkrası gereği bu şekilde tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı imtiyaz olarak kabul edildiğinden, anılan bu hakların TTK m.454 hükmü gereği korunması mümkün olacaktır. Nitekim TTK m.454 hükmü gereği genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikteyse, bu karar anılan hak sahiplerinin yapacakları özel

³⁰⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.999.

³¹⁰ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.260.

³¹¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.386.

bir toplantı ile (İPSÖK) onanmadıkça uygulanamaz. Dolayısıyla esas sözleşmede belirli pay gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, sonradan alınan bir kararla kısıtlanır veya kaldırılırsa bu kararın uygulanmasında TTK m.454 hükmü kapsamında onay gerekecektir. Buna karşılık, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tesis edildiği esas sözleşmede bu hakkın kısıtlanması veya kaldırılmasına ilişkin hükümlerin de düzenlenmesi halinde, genel kurulun bu yönde alacağı kararın TTK m.454 hükmü gereğince onaylanmasına gerek olmayacaktır³¹².

Aday önerme ve yönetim kurulu üyesinin TTK m.360 ile hak tanınan gruplardan seçilmesi durumunda genel kurul, haklı bir sebebin varlığı dışında yönetim kurulu üyesini, TTK m.360 hükmü gereği hak tanınan gruba dahil pay sahipleri arasından veya bu gruplar tarafından önerilecek adayı seçmek zorundadır³¹³. Burada haklı sebeplerin ne olduğu daha önce de ifade ettiğimiz gibi kanunda açıkça belirtilmemiştir. Haklı sebepler öncelikle önerilen adayın kanunda veya esas sözleşmede öngörülen diğer şartları taşımaması veya ilgili pay grubunda yer alan pay sahiplerinden kanunda veya esas sözleşmede öngörülen şartları taşıyan birinin bulunmaması şeklinde gösterilebilir. Bunun dışındaki haklı sebeplerin varlığının tespiti noktasında ortaklığın menfaatlerinden hareket ederek bir sonuca varılmalıdır. Bu çerçevede adayın iş ilişkileri, yetenekleri vb. hususlar önemli kriterlerdir. Örneğin, adayın kendi adına tescilli ortaklık ile aynı konuda iştirak eden bir başka ortaklığın bulunması veya kendi adına olmasa bile bu şekildeki bir ortaklıkta hakim konumda olması, adayın ortaklığın itibarını zedeleyecek kötü bir itibarının bulunması haklı sebepler olarak değerlendirilebilir³¹⁴.

Yasada TTK m.360 hükmüne aykırı davranmanın sonuçları ve bu durumda başvurulacak yöntemler ile ilgili olarak bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak önerilen adayın hiçbir gerekçe sunulmadan seçilmemesi veya gösterilen gerekçenin haklı bir gerekçe olmaması veya genel kurulun TTK m.360 ile hak tanınan gruplardan yönetim kuruluna üye seçmemesi durumunda; genel kurulun bu kararına karşı iptal davasının açılacağı hususu genel olarak kabul edilmektedir. Burada mahkeme tarafından incelenecek olan husus genel kurul tarafından ileri sürülen gerekçenin haklı olup olmadığı yönündedir³¹⁵.

³¹² Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.387.

³¹³ Güney, s.34.

³¹⁴ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.436.

³¹⁵ Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.281.

Buna karşılık açılacak olan iptal davasında mahkemenin verecek olduğu kararın hukuki etkisi konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Kural olarak iptal davalarında mahkemenin kararı sadece genel kurul kararının iptaline yönelik olmalıdır. Mahkeme genel kurulun kararının iptaline karar verdikten sonra genel kurul yerine geçerek doğru olan kararı da belirleyerek hüküm altına alamaz. Böyle bir yetki iptal davasının amacını ve işlevini aşmaktadır. Bu durum ayrıca genel kurul kararlarının ve yetkilerinin mahkemelere bırakılması açısından da sakıncalıdır³¹⁶. Ayrıca bu husus usul hukuku açısından da sorunludur. Çünkü iptal davası bir hukuki durumun ortadan kaldırılmasına yönelik inşai bir davadır (bkz. HMK m.108/1). İptal kararına bunun ötesinde bir anlam yüklemek doğru olmayabilir. Nitekim kanun koyucu benzer bir konu olan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ile ilgili olarak, TTK m.454/7 hükmü ile özel bir düzenleme yapmıştır³¹⁷. Kural böyle olmakla beraber, davacı tarafından da talep edilmesi şartıyla bazı istisnai durumlarda mahkemenin iptal kararı ile birlikte doğru olan kararı da hüküm altına almasında hukuki yararın olabileceği düşünülmektedir. Ancak bu husus genel kurulun mahkemenin iptal kararından sonra hukuken başka bir karar alabilmesinin mümkün olmadığı durumlarda söz konusu olabilecektir. Yani mahkemenin iptal kararı ile birlikte doğru olan kararı da alabilmesi genel kurulun karar alma iradesine müdahale niteliğinde olmamalıdır. Böyle bir durumda genel kurulun yetkileri ve kararları mahkemeye bırakılmış sayılmayacak, buna karşılık doğru ve hukuken gerekli olan sonuca ulaşılabilmesinin gereksiz yere geciktirilmesi önlenmiş olacaktır³¹⁸.

Tüm bu açıklamalardan sonra konu ile ilgili olarak son dönemlerde çoğunlukla kabul edilen görüş; genel kurul tarafından bir gerekçe sunulmaması veya sunulan gerekçenin haklı kabul edilmemesi durumunda mahkeme tarafından, davacının talep etmesi şartıyla, genel kurul kararının iptaline karar verilip, aynı zamanda ilgili adayın yönetim kurulu üyesi olarak tesciline de karar verilebileceği yönündedir. Yine bu sonuca TTK m.454/7 hükmünün benzer nitelikte olması nedeniyle kıyasen uygulanabileceği noktasından da ulaşılabilceği belirtilmektedir³¹⁹.

³¹⁶ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.331.

³¹⁷ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.438.

³¹⁸ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.331.

³¹⁹ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.438. Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.334. Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s.282 vd.

Kanaatimizce; genel kurul tarafından TTK m.360 kapsamında önerilen adayın haklı bir gerekçe gösterilmeksizin seçilmemesi durumunda, anılan bu genel kurul kararına karşı açılacak dava genel kurul kararının iptaline yönelik bir dava olmalıdır. Yani iptal davasında mahkemenin yetkisi genel kurul kararının iptaline yönelik olmalı, bunun dışında genel kurulun yerine geçerek TTK m.360 hükmü kapsamında önerilen ve genel kurul tarafından seçilmeyen adayın tesciline ilişkin bir yetkisinin bulunduğu kabul edilmemelidir. Bu düşüncenin ilk temeli ise iptal davasının usul açısından hukuki durumu ortadan kaldıran inşai bir dava niteliğinde olmasıdır. İptal davasının niteliği gereği mahkeme, sadece genel kurul kararının iptaline karar vermeli bunun ötesinde genel kurul yerine geçerek bir karar vermemelidir. Bunun dışında mahkemeye genel kurul yerine geçerek karar alma veya genel kurulun karar alma yetkisinin önüne geçme imkanının verilmesi, anonim ortaklıkların işleyişi açısından bir çok sorunu da beraberinde getirecektir. Bu durum iptal davasının amacının ve işlevinin çok ötesine geçmektedir. Yine mahkemeye genel kurulun yerine geçerek karar verme yetkisinin tanınması TTK m.408 anlamında da hukuki yönden sakattır. Zira TTK m.408/2-b ile yönetim kurulu üyelerinin seçimi genel kurulun devredilmez yetkileri arasında sayılmıştır. Kanun koyucu tarafından genel kurula devredilemez nitelikte verilen bir yetkinin ancak yine kanun koyucu tarafından konulan bir kanun hükmü ile mahkemeye bırakılması söz konusu olmalıdır. Nitekim TTK m.454/7 ve TTK m.531’de kanun koyucu tarafından mahkemeye açıkça yetki verilmiştir. Kanunda böyle bir açıklık bulunmayan durumlarda, genel kurul karar ve yetkilerinin mahkemelere bırakılmasında her ne kadar hukuki yarar görünse de bu durum anonim ortaklıkların işleyişini olumsuz etkileyecektir. Ayrıca bu durum genel kurulun karar alma iradesinin de elinden alınması anlamına gelir ki bu da ayrıca işlemi sakat kılan bir durumdur. Bu nedenle, TTK m.360 kapsamında önerilen adayın genel kurul tarafından haklı bir gerekçe gösterilmeksizin seçilmemesi halinde açılacak genel kurul kararının iptali davasında; mahkemenin yetkisinin sadece genel kurul kararının iptaline yönelik olduğunun, bunun ötesinde genel kurul yerine geçerek karar alma yetkisinin ise bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

E. 6103 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI

TTK m.360 hükmü ile ilgili olarak YürK.m.28/2’de özel bir hüküm düzenlenmiştir. Buna göre; 6762 sayılı TTK zamanında ancak TTK’nın kabul edilmesinden en az 1 yıl önce esas sözleşme hükmü ile bazı pay gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı TTK m.360 ile getirilen sınırı aşsa bile müktesep hak sayılacaktır. Kanun koyucu gerekçede bu hüküm ile ilgili olarak herhangi bir açıklama yapmamıştır. Nitekim kanun koyucunun 6762 sayılı TTK zamanında esas sözleşme ile bazı pay gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının geriye doğru sadece 1 yıl ile sınırlandırılarak müktesep hak saymasını hukuken anlamlandırmak mümkün değildir. Gerekçede TTK m.360/1 ile getirilen sınırlandırmanın birçok ortaklıkta menfaatleri ve mevcut dengeleri zedeleyebileceğine işaret edilmiştir. Ancak kanunun kabulünden en az 1 yıl öncesindekiler için getirilen bu istisna gerek YürK m.28/2 ve gerekse YürK m.5 ile öngörülen müktesep hak kavramı ile çelişmektedir. İzah edilen nedenlerden dolayı YürK m.28/2 ile getirilen bu sınırlamanın kaldırılmasının bir zorunluluk olduğu düşünülmektedir. Aksi takdirde bu sınırlama mevcut anonim ortaklıklarda kurulan dengelerin bozulmasına neden olacak ve ortaklık içindeki barışı zedeleyecektir³²⁰. Yasanın bu konuda bir süre koymaksızın sadece müktesep hakların saklı olduğunu belirtmesinin daha uygun olacağı da ifade edilmektedir³²¹.

Yine bu hüküm, müktesep hakları ihlal ettiği gibi evrensel hukuk ilkelerini de dikkate almadığı, ve dolayısıyla Anayasal hakların inkarı suretiyle hukuk kurallarını ihlal etmektedir³²².

F. SERMAYE PİYASASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKI

SerPK’da m.28/2 hükmüne göre mevzuata uygun olarak hazırlanmış finansal tablolarına göre üst üste beş yıl dönem zararı eden halka açık ortaklıklarda, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazlar SPK kararı ile kalkar.

³²⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s.253-254.

³²¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.386.

³²² Eriş Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt II, Seçkin Yayıncılık, s.2486.

Ancak halka açık anonim ortaklıkların zararları SPK'nın belirlediği esaslar çerçevesinde ortaklık faaliyetlerinin makul ve zorunlu kıldığı hallerden doğmuşsa anılan imtiyazlar varlığını korur. Konuyu somutlaştırarak örnek verecek olursak, halka açık bir anonim ortaklığın çok büyük bir yatırım yapmak amacı ile bu yatırım için gerekli olan teknik ve diğer hususlarda sermayeyi karşılama amacından kaynaklanan giderleri zorunlu bir zarar olarak kabul edilebilir. Nitekim burada ilk bakışta kısa vadede ortaklık zarar etmiş gibi görünse de uzun vadede yapılan yatırımın ortaklığa büyük kâr getirmesi anılan bu zararı fazlası ile telafi edeceği düşünülür. Yine madde hükmünde ifade edilen ard arda 5 dönem zararının elbetteki SPK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğmuş olması gerektiği, aksi durumun kanunun zaman itibari ile uygulanmasına ilişkin kurallar açısından sorun yaratacağı ifade edilmektedir. Aynı zamanda söz konusu zararların genel kurul tarafından onaylanmış yıllık bilançolardan tespit edilmiş olması gerekmektedir³²³. Ancak kanaatimizce kanun metninde düzenlenen ard arda 5 dönemin bu şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki; SerPK'nın yürürlüğe girmesinden önce son 2 yıl zarar yapan ve SerPK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra da ard arda 3 yıl zarar yapan bir anonim ortaklık için de SerPK m.28/2 hükmü uygulanabilecektir. Bu durumda zararın başlangıcından ziyade kanun yürürlüğe girdikten sonra da zararın devam etmesi göz önüne alındığında kanunun zaman itibari ile uygulanması açısından bir sorun olmayacağı aşıkardır.

Böylece imtiyazlı paylara sahip olan pay sahiplerinin diğer ortakların da menfaatine uygun davranmasının ve verimsiz yönetimlerin değiştirilerek ortaklığı daha iyi yönetecek kişilerin göreve gelmesinin sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu madde ile TTK'da halka açık ortaklıklarda yönetim imtiyazını sınırlandıran maddenin bir adım önüne geçilmiştir³²⁴.

Ancak SerPK m.28/2'nin son cümlesinde kamu kurum ve kuruluşlarına bu hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktadır³²⁵.

Bununla birlikte halka açık bir anonim ortaklıkta ilk halka arzdan sonra imtiyaz tanınması ya da mevcut imtiyazların kapsam ve konusunun değiştirilmesi halinde, SerPK m.24 hükmü gereği genel kurula katılarak olumsuz oy

³²³ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.564.

³²⁴ Çetin/Töremiş/Cantimur, s.74.

³²⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.319.

kullanan ve bu durumu muhalefet toplantı tutanağına geçirten pay sahibine, payını satarak ortaklıktan ayrılma hakkı tanınmıştır.³²⁶ Yine SerPK m.23’de önemli işlemler arasında kabul ettiği imtiyaz tanınması veya imtiyazın kapsamının, konusunun değiştirilmesi ile birlikte pay alım teklifi zorunluluğu da gündeme gelebilecektir. Burada pay alım teklifi lehine imtiyaz yaratılan kişi tarafından yapılacakken, ayrılma hakkının ortaklık tarafından kullanılacağı nazara alınarak, ayrılma hakkı kullandırılarak paya imtiyaz tanınmasının maliyetinin ortaklık üzerinde bırakılması yerine, lehine imtiyaz yaratılan kişiye pay alım teklifi zorunluluğu getirilmesinin hakkaniyete daha uygun bir çözüm olduğu ifade edilmektedir. Konuyu biraz daha açıklamak gerekirse, SerPK m.25 hükmüne göre halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının elde edilmesi halinde diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunlu kılınmıştır. Yönetim kontrolünün hangi durumlarda el değiştirmiş olarak kabul edileceği ise yine SerPK m.26/2’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Buradaki amaç ise yönetim kontrolünün el değiştirmesi durumunda azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerini kötüniyetli uygulamalara karşı korumak, ortaklık içerisinde doğacak muhtemel menfaat çatışmalarına engel olmak, hakim ortağın yararlandığı kontrol priminden diğer ortakları da yararlandırmak amacıyla mevzuat ile zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü getirmektir³²⁷.

V. RÜÇHAN HAKLARINDA İMTİYAZLI PAYLAR

TTK m.478/2 hükmü gereği bir paya rüçhan hakkında imtiyaz tanınabilmektedir. Ancak rüçhan hakkında imtiyazlı payı açıklamadan önce rüçhan hakkı ile ilgili kısaca bilgi vermek daha faydalı olacaktır.

Rüçhan hakkı, pay sahibinin ortaklıktaki pay oranının korunabilmesini sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir pay sahipliği hakkıdır. Bu hak

³²⁶ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.564.

³²⁷ Çetin/Töremiş/Cantimur, s.73.

sayesinde pay sahibi yapılacak sermaye artırımını sonucu çıkarılacak yeni payları, pay oranlarına göre alma hakkına sahip bulunmaktadır³²⁸.

TTK'da rüçhan hakkı 6762 sayılı TTK'ya nazaran çok daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hak genel kurulun sermaye artırımını kararı alması ile doğar ve kullanılabilir hale gelir. Yani sermaye artırım kararı, pay sahibine ait rüçhan hakkını soyut olmaktan çıkararak, onu ortaklığa karşı ileri sürülebilen somut bir hak haline dönüştürür. Paya bağlı bir hak olan rüçhan hakkı, sadece pay sahipliği mevki tarafından kullanılan sübjektif, nisbi nitelikte ve bir malvarlığı hakkıdır. Ancak müktesep bir hak değildir³²⁹.

Pay sahiplerine tanınan rüçhan hakkının amacını ise, "pay sahiplerinin; pay sahipliği sıfatına bağlı, yönetsel ve mali nitelikteki haklarının ve bu haklara bağlı olarak ortaya çıkan menfaatlerinin zarara uğramasını önlemek, pay sahiplerinin ortaklıktaki etkinlik oranlarının aynı kalmasını sağlamak" şeklinde açıklayabiliriz³³⁰.

6762 sayılı TTK'da rüçhan hakları ile ilgili düzenlenen hüküm, bir taraftan rüçhan hakkının kısıtlanmasına imkan verirken diğer taraftan kısıtlama şartları ile ilgili açıklık taşımadığı için pek çok tartışma ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Bu kapsamda hakkın esas sözleşme ile kısıtlanıp kısıtlanamayacağı, genel kurulun hakkın sınırlandırılmasında uymakla yükümlü olduğu ilkelerin neler olduğu, kısıtlama kararı ile ilgili nisapların ne olduğu vb. konularda tartışmalar bulunmaktaydı³³¹.

TTK ise rüçhan hakkını düzenlediği 461.madde hükmü ile birçok soruna çözüm bulmaya çalışmıştır. Her ne kadar TTK, rüçhan hakkı ile ilgili olarak 6762 sayılı TTK'ya göre daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenleme içermekteyse de, m.461'de esas sözleşme ile rüçhan hakkının sınırlandırılabilirliği veya kaldırılabilirliği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. TTK m.461/2'nin gerekçesi ise; "İkinci fıkra yeni pay alma hakkını güçlendiren, dolayısıyla pay sahibini koruyan dört ilkeye yer vermektedir: (1) Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme

³²⁸ Yıldız Şükrü, 6102 sayılı TTK'da Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Cilt 18, Sayı 2, 2012 (Özel Sayı) s.809. (Rüçhan hakkı)

³²⁹ Adıgüzel Burak, Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması ve Kaldırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVIII, 2014, Sayı 1, s.2.

³³⁰ Epçeli Sevgi, TTK Tasarısı'nda Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, Sayı 6, 2010, s.3591. (Yeni Pay Alma Hakkı).

³³¹ Yıldız, Rüçhan Hakkı, s.809.

hakim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi” şeklindedir.

Adıgüzel; rüçhan hakkında imtiyazı kabul eden TTK m.478 ve intifa senetlerine rüçhan hakkı sağlanmasını öngören TTK m.503 hükümleri varken esas sözleşme ile sınırlandırma ve kaldırmanın hala mümkün olduğunu ifade etmektedir³³².

Esasında, TTK m. 478/2’de rüçhan hakkında imtiyaz tanınabileceğinin açıkça belirtilmiş olması ve m.503’de yeni pay alma hakkı veren intifa senedi çıkartabilme imkanı göz önüne alındığında, esas sözleşme ile pay sahibinin yeni pay alma hakkını kaldırma veya sınırlandırma imkanının halen varlığını sürdürdüğü ifade edilmektedir³³³.

Doktrind³³⁴ TTK m.478/2’de rüçhan hakkında imtiyaz tanınmasına imkan verilmesi ile rüçhan hakkında imtiyazlı olmayan diğer payların rüçhan hakkının tamamen veya kısmen kaldırılması anlamına geldiği savunulmuştur. Ancak biz bu görüşün yanılığdan ibaret olduğunu düşünüyor ve bu görüşe katılmıyoruz.

Gerçekten de; TTK m.478/2 ve m.503 hükümlerinde rüçhan hakkında imtiyazlı paylar ve yeni pay alma hakkı veren intifa senetlerinin açıkça düzenlenmiş olması rüçhan hakkının esas sözleşme ile kaldırılması imkanının var olduğunun kanıtı olarak değerlendirilebilecektir.

Ancak; TTK m.478/2 ve m.503 düzenlemelerinin kendi unsur ve şartları ile sınırlı olarak yorumlanmaları gerektiği belirtilmiştir. Bu hükümlerden rüçhan hakkının esas sözleşme hükmü ile genel olarak kaldırılması ya da sınırlandırılmasının mümkün olduğu sonucunun çıkarılmasının mümkün olmadığı, keza yeni pay alma hakkının düzenlendiği madde metinlerinde esas sözleşme ile kaldırma olanağına yer verilmemiş olmasının da esasen buna izin verilmediğinin kanıtı olarak değerlendirilmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir³³⁵.

Kendigelen ise; TTK m.461 hükmünün gerekçedeki açıklamalar dikkate alınarak artık rüçhan hakkına sınırlanmanın sermaye artırımı aşamasında ve

³³² Adıgüzel, s.30.

³³³ Yıldız, Rüçhan Hakkı s.813.

³³⁴ Adıgüzel, s.30.

³³⁵ Epeçeli, Yeni Pay Alma Hakkı, s.3604.

genel kurul tarafından getirilebileceğini, dolayısıyla esas sözleşme ile getirilen sınırlamanın kesinlikle geçerli olmayacağı düşünülebilirse de, gerek TTK m.478/2 ve gerekse TTK m.503 hükümleri karşısında yeni düzenleme bakımından aksine bir sonuca varılmasının pekala mümkün olduğunu ifade etmiştir³³⁶.

TTK henüz tasarı halindeyken gerek rüçhan hakkı ile ilgili olan 461.madde hükmü, gerekse TTK m.478/2 ve TTK m.503 hükümleri karşısında rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesine imkan tanındığı hususları eleştirilmiş ancak kanun koyucu tarafından bu eleştiriler dikkate alınmayarak ilgili 461.madde hükmü yasalaştırılmıştır. Böylece 6762 sayılı TTK döneminde rüçhan hakkı ile ilgili olan birçok tartışmalar yine devam etmektedir. Ayrıca bu durum bize, amaçlarından bir tanesinin de AB şirketler hukukuna uyum sağlamak olan yeni TTK'nın amaçlarına bu noktada ulaşamadığı sonucunu göstermektedir³³⁷.

Bununla birlikte rüçhan hakkında imtiyaz tanınmasına uygulamada pek rastlanılmamaktadır. Rüçhan hakkında imtiyaz kuruluşta esas sözleşme ile belirli bir paya tanınabileceği gibi, kuruluştan sonra esas sözleşme değişikliği ile de tanınması mümkündür. Ancak bu durumda sermayenin %75'ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyları gerekmektedir. Rüçhan hakkı bazı paylara adi paylara nazaran belli oranlarda (örneğin %5) tanınabilir. Böyle bir durumda yeni çıkarılacak payları ilk olarak rüçhan hakkında imtiyazlı olan pay sahipleri, sahip oldukları %5 oranındaki imtiyazları çerçevesinde kullanırlar. Bunun akabinde ise kalan mevcut paylar üzerinde adi ve rüçhanlı pay sahipleri payları oranında rüçhan haklarını kullanırlar. Somut bir örnek üzerinden anlatsak; 500.000 TL sermayesi olan X anonim ortaklıkta (A) grubu payın oranı %10'dur. Ve bu X anonim ortaklığında, esas sözleşme ile (A) grubu paylara %5 oranında rüçhan hakkında imtiyaz tanınmıştır. Ortaklık sermaye artırımında 100.000 TL tutarında 100.000 adet yeni pay ihraç etmiştir. Bu durumda %5 oranında rüçhan hakkında imtiyaza sahip olan (A) grubu pay sahipleri, öncelikli olarak %5 oranında yani 5.000 TL tutarında pay alırlar. Kalan 95.000 adet pay için ise rüçhan hakkında imtiyazlı olan (A) grubu paylar da dahil olmak üzere tüm pay sahipleri esas sermaye payları oranında rüçhan haklarını kullanırlar. Bu durumda rüçhan hakkında imtiyazlı olan (A) grubu paylar $5.000 + 9.500=14.500$ pay almış olacaklardır. Dolayısıyla sermaye

³³⁶ Kendigelen, İlk Tespitler, s.366.

³³⁷ Yıldız, Rüçhan Hakkı, s.814.

artırımında rüçhan hakkında imtiyazlı paya sahip olanlar, diğer adi paylara nazaran iki defa rüçhan hakkını kullanmış olmaktadırlar.

Son olarak konuyu kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan halka açık anonim ortaklıklar açısından değerlendirdiğimizde ise, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş ortaklıklarda SerPK m.18/5 hükmü gereği yönetim kurulunun yeni pay alma hakkını kısıtlayabilmesi ancak esas sözleşmede yetkili kılınmış olması şartına bağlıdır. Bu nedenle rüçhan hakkında imtiyazın halka açık anonim ortaklıklarda pek fazla bir etkinliği yoktur. Zira rüçhan hakkını düzenleyen TTK m.461/2-3 halka açık ortaklıklara uygulanmaz (SerPK m.18/5)³³⁸.

Ş.2. KANUNDA SAYILMAYAN İMTİYAZLI PAYLAR

İmtiyazlı payların çeşitleri; TTK m.360/2’de yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, m.478/2’de kâr payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı ve m.479’da oy hakkı şeklinde sayılmıştır. Ancak bu sıralama tahdidi bir sıralama değildir. Nitekim bu husus, TTK m.478/2 hükmünde yer alan oy hakkı gibi haklarda ve kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı ifadelerinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla kanunda sayılmayan ancak diğer pay sahipliği haklarında da imtiyaz tanınması TTK m.478/2 kapsamında mümkündür. Bu nedenle tezimizin bu başlığı altında kanunda sayılmayan ancak uygulamada karşılaşılabilecek diğer imtiyazlı pay çeşitlerinin neler olduğuna kısaca değinmek istiyoruz.

İntifa senedi talep hakkı imtiyazlı paylar; intifa senetleri, sahibine diğer pay senetlerinden farklı olarak sadece malvarlıksal haklar sağlayan buna karşılık pay sahipliği hakkı tanımayan kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir. İntifa senetleri TTK m.502 ve 503. maddede düzenlenmiştir. TTK m.503 hükmü kapsamında intifa senedi sahiplerine; net kâra, tasfiye sonucu kalan tutara katılma ve yeni çıkarılacak payları satın alma hakkı tanınabilir.

TTK m.502 uyarınca şirket genel kurulu, esas sözleşme uyarınca veya esas sözleşmeyi değiştirerek, bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine intifa senetleri çıkarılmasına karar verebilir. Bu intifa senetleri emre veya hamiline yazılı olabilir.

³³⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.304.

Anonim ortaklıklarda önemli ekonomik işleve sahip olan intifa senetlerini talep etme hakkı, bazı paylar lehine imtiyaz olarak tanınabilmektedir. İntifa senedi talep hakkı imtiyazların tanınmasındaki amaç ise, ekonomik öneme sahip olan bu senetlerin itici ve teşvik edici gücünden yararlanmaktır. Örneğin; kurucu payları mükafatlandırma gibi³³⁹.

Hazırlık Devresi Faiz Talep Hakkı İmtiyazlı Paylar; kural olarak anonim ortaklıklarda hazırlık devresi faizi söz konusu değildir. Bu husus TTK m.509/1 hükmünde yer alan sermaye için faiz ödenmez ifadesinden anlaşılmaktadır. Anonim ortaklıklarda sermaye için faiz ödenmesine izin verilmemesinin temel gayesi ise esas sermayenin korunmasıdır. Ancak kanun koyucu tarafından bu kurala TTK m.510 hükmü ile istisna getirmiştir. Buna göre; ortaklığın kuruluş aşamasında veya sermaye artırımında özellikle ortaklığın faaliyete geçmesinin uzun zaman alacağı durumlarda, hazırlık devresi içinde pay sahiplerine faiz ödenmesine izin verilmektedir³⁴⁰.

Hazırlık devresi faiz hakkı kural olarak TTK m.510/1 hükmü gereği esas sözleşme ile tanınır. Bu durumda hazırlık devresi faiz talep hakkı TTK m.478'de belirtilen unsurlara uyulmak şartı ile imtiyaz olarak tanınabilir. Burada önemli olan husus; hazırlık devresi faiz talep hakkının imtiyaz olarak tanınmasında imtiyazın paya tanınması, esas sözleşmede açıkça öngörülmesi, belirli olması gibi temel ilkelere uygun bir şekilde hareket etmektir³⁴¹.

Tahvil talep hakkı imtiyazlı paylar; tahvil anonim ortaklıkların yabancı sermaye bulmaları için çıkarmış oldukları kıymetli evrak niteliğindeki borç senetleridir. Sermayesi çok yüksek veya yeterli olmayan anonim ortaklıklar, faaliyetlerini daha iyi yürütebilmeleri için finans ihtiyacı içine girerler. Bu finans ihtiyacı ise çoğunlukla bankalar tarafından kredi sağlanarak karşılanır. Ancak faiz oranlarının yüksek olduğu dönemlerde anonim ortaklıklar için yüksek faizli kredi kullanmak yerine daha uygun şartlarda tahvil çıkarmak daha ekonomik olacaktır³⁴². İşte tahvil çıkarılmasının en önemli amaçlarından birisi budur.

Anonim ortaklıklarda bu amaçlarla çıkarılan tahvillerin imtiyazların karakteristik özelliklerine uygun olması şartı ile imtiyaz şeklinde tanınmaları da mümkündür. Zira TTK m.478/2 hükmünde imtiyazların konusu

³³⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.135.

³⁴⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1437.

³⁴¹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.133.

³⁴² Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1726-1727.

tahdidi bir şekilde sıralanmadığı için kanunda buna engel bir durum söz konusu değildir.

Tahvil talep hakkı bir imtiyazın çıkarılması ile anılan bu hakkın tanındığı pay ile tahvil talep hakkı olmayan diğer paylar arasında bir üstünlük sağlanmış olacaktır. Bu hak özellikle, anonim ortaklık tarafından çıkarılacak olan tahvillerin öncelikli alım veya daha fazla sayıda alım şeklinde imtiyazlı olarak tanınabilir³⁴³.

Anonim ortaklık imkanlarından yararlanma hakkında imtiyaz; TTK m.478/2 hükmünde imtiyazın kanunda sayılmayan yeni bir pay sahipliği hakkında da tanınabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle esas sözleşmede açıkça hüküm bulunması, imtiyazın bir paya tanınması, nitelik ve niceliklerinin belirli olması şartları ile anonim ortaklığa ait imkanlardan yararlanma hakkında imtiyaz tanınabilir³⁴⁴. Bu imtiyazlara örnek olarak; turizm sektöründe faaliyet gösteren bir anonim ortaklığın, (A) grubu pay sahiplerine ortaklığın İzmir/Çeşme’de bulunan tatil köyü tesislerinde yılın Temmuz ve Ağustos aylarında sıralı olarak kullanılmak üzere bir hafta ücretsiz konaklama hakkı imtiyaz olarak tanınabilir.

³⁴³ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.135.

³⁴⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.566.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İMTİYAZLARIN KORUNMASI, İMTİYAZI İHLAL EDEN ESAS
SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİKLERİ VE İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL
KURULU

Ş.1. İMTİYAZLI PAYLARIN KORUNMASI VE ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK

Bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklar çoğunluk ilkesine göre yönetilirler. Bir başka deyişle çoğunluk ilkesi gereği, anonim ortaklıklarda genel kurulda çoğunluğu elinde bulunduran pay sahipleri ortaklığın idaresini de elde etmiş sayılırlar. Genel kurulda alınan bir karar ise, bu karara katılmış olsun ya da olmasın tüm pay sahipleri üzerinde etkilidir. Ancak çoğunluğun iradesinde olan genel kurulun yetkileri sınırsız değildir. Genel kurul bu yetkisini ilk olarak kanunun emredici hükümlerine uygun olarak kullanmak zorundadır. Ardından ise genel kurul yine bu yetkisini esas sözleşmeye uygun bir şekilde kullanmak zorundadır. Bunların dışında genel kurul, objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde müktesep hakların özüne müdahale edemez yani hak sahibinin rızası olmaksızın bu haklar üzerinde bir kısıtlama, değişiklik yapamaz. Bununla beraber şayet genel kurul kendisine tanınan bu yetkilerini yukarıda sayılan esaslara aykırı olarak kullanırsa, imtiyazlı pay sahipleri de dahil olmak üzere ilgili tüm pay sahipleri TTK m.445 vd. hükümleri gereği genel kurul kararının iptalini sağlayarak kendilerini koruyabilirler³⁴⁵.

Sermaye unsurunun ağır bastığı anonim ortaklıklarda pay sahipleri sermayeye katılımları oranında kendilerine sağlanan haklardan yararlanırlar. Bununla birlikte bir paya çeşitli imtiyazlar tanınarak bazı üstünlükler sağlanması, paylar arasındaki oransallık ilkesine bir istisna teşkil eder³⁴⁶.

TTK m.478 hükmü ile bir taraftan paya tanınabilecek imtiyazlar ile ilgili düzenleme getirirken, diğer taraftan da bu imtiyazlar ile ilgili bir takım sınırlamalar da getirmiştir. Bununla beraber TTK imtiyazları koruyucu hükümleri de

³⁴⁵ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.156.

³⁴⁶ Oruç Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıklarda İmtiyazların Korunması, Batıder, Cilt 26, Sayı 4, 2010, s.170.

getirmeyi ihmal etmemiştir. TTK m.454 hükmünü incelediğimizde, imtiyazı ihlal eden esas sözleşme değişikliklerinin hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmadıkça uygulanamayacağı anlaşılıyor. TTK m.454 hükmünü incelediğimizde, genel kurulun karar almasını dahi engelleyecek kadar güçlü bir hak veren ancak bu hakkın kullanımına ilişkin koşulları belirtmeyen 6762 sayılı TTK'ya (m.389 ve 391 hükümleri) nazaran çok daha ayrıntılı düzenlenmiş ve yenilik getiren bir hüküm olduğu anlaşılıyor. Hükmün konuluş amacı, imtiyazlı pay sahiplerini genel kuruldaki psikolojiden ayırarak kendi yararlarını daha rahat düşünecekleri ve onlara karar alabilecekleri bir ortam sağlamaktır³⁴⁷.

Yeni düzenleme böylece İPSÖK'ün bahanelere alet edilmesine meydan vermemektedir. Yine artık İPSÖK aracılığı ile anonim ortaklığın sermayesinin artırılması engellenemeyecektir. 6762 sayılı TTK'da yer alan düzenlemeye baktığımızda ise, genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararlarının imtiyazlı payların haklarını ihlal etmesi halinde sermaye artırım kararlarında ise bir ayırım yapılmadan imtiyazlı pay sahiplerinin yapacağı özel bir toplantı ile onaylanması gerekiyordu. (6762 sayılı TTK m.389,391) Ancak TTK m.454 bu hükme yer vermeyerek sadece imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden esas sözleşme değişikliklerinin İPSÖK tarafından onaylanmasını öngörmüştür. Bunun dışında TTK m.454 ile hangi kararların imtiyazları ihlal edebileceği de belirtilmiştir³⁴⁸.

II. İMTİYAZLI PAYIN KORUNMA ŞARTLARI

A. İmtiyazlı Payın Varlığı

TTK m.454 hükmü kapsamındaki özel korunmadan yararlanabilmenin ilk şartı payın nitelik itibariyle buna uygun olmasıdır. Bir başka deyişle ancak imtiyazlı paylar TTK m.454 hükmü kapsamında korunma talep edebilecektir.

1. İmtiyaz Kavramı

İmtiyazın tanımı TTK m.478/2'de; "imtiyaz, kâr payı, tasfiye payı,

³⁴⁷ Örnek, s.53.

³⁴⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.564.

rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır” şeklinde yapılmıştır. Bu konu ayrıntılı olarak tezimizin birinci bölümünde incelendiği için burada kısa bir hatırlatma şeklinde bahsedilecektir. TTK m.478 hükmünün gerekçesinde imtiyazın unsurları 3 madde şeklinde belirtilmiştir. Bunlar; İmtiyaz paya tanınan üstün bir haktır, imtiyaz esas itibariyle malvarlı haklarına tanınabilir ve esas sözleşme ile bazı paylara yeni bir pay sahipliği hakkı veya hakları tanınabilir³⁴⁹.

Buna göre imtiyazın ilk unsuru, paya tanınan üstün bir hak olmasıdır. Bu durumda, imtiyazdan söz edebilmek için bir üstünlük ve ayrıcalığın bulunması gereklidir. Bir başka deyişle imtiyazlı bir pay, sahibine adi paylara nazaran üstün ve ayrıcalıklı haklar bahşeden bir paydır. Burada sözü edilen üstünlük ve ayrıcalığın adi paya nazaran bir üstünlük ve ayrıcalık olduğu gerekçede ayrıca vurgulanmıştır.

İkinci unsur olarak, imtiyazın esas itibariyle malvarlığı haklarında tanınabileceği hususu belirtilmiştir. Ancak imtiyazın esas itibariyle malvarlığı haklarında tanınmasına bir istisna olarak oy hakkında imtiyazlar belirtilmiş ve bunun ayrı bir maddede düzenlendiği de belirtilmiştir.

Üçüncü ve son unsur ise 6762 sayılı TTK’da yer almayan bir yenilik özelliği taşımaktadır. İmtiyazın sadece kanunda öngörülmüş bir pay sahipliği haklarında değil, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkında da tanınabileceği düzenlenmiştir³⁵⁰.

2. İmtiyazın Paya Tanınması

TTK m. 478 ile imtiyaza getirilen en önemli kurallardan birisi imtiyazın paya tanınmasıdır. Bu çerçevede kural olarak imtiyaz ancak paya tanınabilir, bunun dışında bir kişiye veya makama imtiyaz tanınmaz. Dolayısıyla kişiye veya makama tanınan bir hakka sahip olan da imtiyazlara özgü olan TTK m.454 hükmü kapsamında korunma talep edemez. Ancak TTK m.360 ile imtiyazın paya tanınması kuralına bir istisna getirilmiştir ve bu husus TTK m.478/3’de açıkça belirtilmiştir. TTK m.360 hükmüne göre; belirli pay gruplarına, grup oluşturan pay

³⁴⁹ Gerekçe, m.478.

³⁵⁰ İmtiyazın kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkında da tanınmasına izin veren düzenlemeye karşı eleştiriler için bkz.Kendigelen, İlk Tespitler s.383 ve Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.280.

sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmıştır. İkinci fıkrada ise bu hakkın bir imtiyaz olduğu açıkça ifade edilmiştir³⁵¹.

B. İmtiyazı İhlal Eden Esas Sözleşme Değişikliği

1. İhlal Kavramı

TTK m.454 hükmü her türlü esas sözleşme değişikliği ve sermaye artırımının değil, sadece imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden değişikliklerin ve sermaye artırımlarının İPSÖK tarafından onaylanmasını şart koymuştur. Bu durumda TTK m.454 hükmü kapsamında korunma talep edilebilmesi için öncelikle imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Böylece 6762 sayılı TTK'da yer alan sermaye artırımında imtiyazların ihlal edildiği varsayımı reddedilerek, öngörülen korumadan yalnızca imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının gerçekten ihlal edilmesi halinde yararlanılabileceği açıkça ifade edilmiştir³⁵².

Ancak TTK m.454 imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlalden bahsetmiş ancak ihlalin niteliğini belirtmemiştir. Bu durumda hangi esas sözleşme değişikliği veya sermayenin artırılması kararının imtiyazları ihlal ettiği hususu yoruma açık bırakılmıştır. Bu yorum yapılırken kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurulmalı ve imtiyazların en etkin korunma biçimi değerlendirilerek bir yorum yapılmalıdır. Nitekim genel kurul ile imtiyazlı pay sahipleri arasında bir menfaat çatışmasının olması muhtemeldir. Böyle bir durumda, genel kurul söz konusu kararın imtiyazları ihlal etmediğini savunurken, imtiyazlı pay sahipleri ise kararın haklarını ihlal ettiğini savunacaklardır. İşte sorun tam da bu noktada çıkacaktır.

Nitekim TTK m.454/3 hükmünde İPSÖK tarafından imtiyazların ihlal edildiği sonucuna varılırsa kararın gerekçeli bir tutanağa yazılıp 10 gün içinde bu tutanağın şirket yönetim kuruluna verilmesi zorunlu tutulmuştur. Yine fıkra hükmünün son cümlesine göre bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararının alınmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere TTK m.454/3 hükmü hem usul açısından hem de imtiyazların korunması açısından ciddi sıkıntılar içermektedir. Öncelikle İPSÖK tarafından imtiyazların ihlal edildiği sonucuna varılarak genel kurul kararının onaylanmamasına dair verilen kararın, tutanak tutularak 10 gün içinde yönetim kuruluna verilmesinin zorunlu olması çok ciddi bir

³⁵¹ İmtiyazın yalnızca paya tanınabileceği hükmü karşısında ayrıntılı TTK m.360 ile ilgili eleştiri ve görüşler için bkz.Kendigelen, İlk Tespitler s.383; Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.280.

³⁵² Kendigelen, İlk Tespitler, s.353.

problemdir. Zira fıkra hükmünün son cümlesinde bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararının alınmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda yönetim kurulu tarafından, İPSÖK kararının alındığı tutanak ve ekindeki bilgiler tescil için sicile götürülürken, usule ilişkin bir takım eksiklikler yapılması halinde İPSÖK kararı alınmamış sayılacaktır. Bu da imtiyazların korunmasında büyük bir gedik oluşturacaktır. Zira burada usule ilişkin bir takım eksiklikleri yapan yönetim kurulu olduğu halde bedelini ödeyen imtiyazlı pay sahipleridir. Uygulamada ortaklığın yönetim kontrolünü elinde tutan çoğunluğun, alınan genel kurul kararının bir an önce uygulanabilir hale gelmesi için yönetim kurulunu etki altında bırakması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda yönetim kurulunun; İPSÖK kararının alınmamış sayılmasını sağlamak için İPSÖK tarafından verilen tutanağı ve diğer bilgileri sicile götürürken ufak tefek eksiklikler yapması yeterli olacaktır. Bu nedenle İPSÖK tarafından verilen imtiyazların ihlal edildiğine dair karar tutanağının 10 gün gibi kısa bir süre içinde yönetim kuruluna verilmesinin zorunlu tutulması, imtiyazların ihlal edildiğinin tespiti ve sonrasında korunması ile ilgili ciddi sorunlara sebep olacaktır.

Yine İPSÖK tarafından imtiyazların ihlal edildiğine yönelik karar için gerekçe öngörülmesi de bir başka sorundur. Zira genel kurul kararına olumsuz oy verenlerden gerekçe istenmezken, İPSÖK tarafından verilen olumsuz karar için gerekçe istenmesi çelişkili bir durumdur.

Ayrıca TTK m.454/3 hükmünün son cümlesinde yer alan “..bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararı alınmamış sayılır” ibaresi imtiyazların özel korunmadan yararlanmasının önünde büyük bir engeldir. Zira özel kurul kararının alınmamış sayılması açık ve net olmadığı için TTK m.454/5’de olduğu gibi genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı yönünde yorumlar yapılmaktadır³⁵³. Kanaatimizce; kararın alınmamış sayılmasını, genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı şeklinde yorumlamak imtiyazların korunması kapsamında mümkün olmamalıdır. Zira aksi durumda imtiyazların özel olarak korunması amacı ile getirilen TTK m.454 hükmünün hiçbir anlam ve önemi kalmayacaktır. Bu durumda imtiyazların korunmasından ziyade çoğunluğun imtiyazlı paylar karşısında korunması söz konusu olacaktır.

İmtiyazların ihlal edilip edilmediği ile ilgili sorun Mahkemeye taşındığında ise ispat yükü kimde olacaktır? Kanunda ihlalin ispatının kimin üzerinde

³⁵³ Kaya, Sempozyum-Tartışmalar, s.254 v.d.

olduğu hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, TTK m.454/7 hükmü lafzından ispat külfetinin ortaklık üzerinde olduğunun anlaşıldığı ifade edilmektedir³⁵⁴.

Bu görüşe karşı olan bir başka görüş ise, sermaye artırımı kararının haklarını ihlal ettiğini düşünen imtiyazlı pay sahipleri, mahkemeye başvurarak haklarının ihlal edildiğini ispat etmelidir şeklinde ifade edilmektedir³⁵⁵.

Bu yöndeki bir başka görüş ise; ihlal ile ilgili sorunun ancak çoğunluk tarafından ihlalin olmadığı savunulur ve imtiyazlı pay sahipleri de haklarının ihlal edildiğini iddia ederse ortaya çıkacağını, imtiyazlı pay sahiplerinin ise bu durumda kanunun aradığı ihlal şartının varlığını ispat etmesi gerektiğini savunmaktadır³⁵⁶. Nitekim MK m.6 gereği bir hususu iddia eden, bunu ispatlamakla mükelleftir. İmtiyazları korumak esas olduğundan, şüphe halinde imtiyazın varlığı kabul edilmelidir, ancak yine de ispat külfetinin MK m.6 gereğince imtiyazlı hak sahiplerinde olması gerekir³⁵⁷.

Ayrıca ihlalin doğrudan doğruya bir ihlal olması gerekmektedir. Yani sözkonusu kararın kendisi ihlalin sebebi olmalı, başka bir etken ihlale yol açabilecek bir durum yaratmamalıdır. Örneğin; bir sermaye artırımı kararında imtiyazlı pay sahiplerinin finansal imkanlarının yetersizliği nedeniyle katılamayacak olması imtiyazın ihlali değildir. Buradaki sonuç imtiyazın ihlalden değil imtiyazlı payın sahibinin sermaye artırımına katılamamasından doğmuştur. İmtiyazın ihlal edilmesi ise şu şekillerde olabilir: İmtiyazın kaldırılması, sağladığı menfaatin azalması (örneğin oy sayısının 4 iken 2'ye düşürülmesi), kâr payı oranının düşürülmesi, imtiyazların kullanılmadığı kararların artırılması gibi³⁵⁸.

Son olarak genel kurul tarafından alınan esas sözleşme değişikliği kararı veya kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından alınan sermayenin artırılması kararının imtiyazları ihlal etmediği ileri sürülerek İPSÖK kararı olmadan tescil ve ilan edilmek istendiğinde sicil memurunun tescil talebini ret etmesi gerekmektedir (TTK m.32/1). Ancak bir şekilde böyle bir karar tescil ve ilan edilmişse bu durumda hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri tescil kararının tebliğinden itibaren 8 gün içinde sicilin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesi'ne başvurarak itiraz edebilir (TTK m.34/1). Ayrıca gerekli koşulların

³⁵⁴ Oruç, s.180.

³⁵⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.97.

³⁵⁶ Kirtil Neşe, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu, İzmir 2005, s.24.

³⁵⁷ Örnek, s.49.

³⁵⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.572.

gerçekleşmesi durumunda genel kurul kararının TTK m.445 vd. hükümleri kapsamında iptali ve icrasının durdurulması için dava haklarını kullanabilir³⁵⁹.

Kanaatimizce; genel kurul kararının İPSÖK kararı olmadan bir şekilde tescil ve ilan edilmesi halinde, tescil kararına karşı imtiyazlı pay sahiplerinin 8 günlük itiraz etme süresi yeterli değildir. Bu süre çok kısa bir süredir. Bu sürenin geçmesi ile kararın uygulanabilir olması halinde imtiyaz tanınmasının ne önemi kalacaktır. Kaldı ki; İPSÖK tarafından onaylanmayan bir genel kurul kararı TTK m.454/1 hükmü gereği uygulanamaz nitelikte olduğundan tescilin imtiyazlı pay sahipleri açısından hiçbir etkisi bulunmamalıdır. Yani İPSÖK onayı olmadan genel kurul kararı tescil ve ilan edilmiş olsa dahi bu tescil ve ilan imtiyazlı pay sahipleri açısından hüküm ifade etmemelidir.

2. Esas Sözleşme Değişikliği

TTK m.454/1 hükmü, anonim ortaklıklarda genel kurul tarafından alınan esas sözleşme değişikliklerine ilişkin kararların imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca yapılacak bir toplantı ile onaylanması gerektiğini ifade etmektedir. Emredici nitelikte olan bu hüküm imtiyazlı pay sahiplerini imtiyazların ihlallerine karşı korumaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi her esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararı değil sadece imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden kararların uygulanabilmesi için İPSÖK onayı alınmalıdır³⁶⁰. Nitekim genel kurulda çoğunluğu ellerinde bulunduranların imtiyazlı paylara tanınan üstün ve ayrıcalıklı hakları ihlal etmeleri, esas sözleşme değişikliği aracılığıyla imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ortadan kaldırma veya sınırlandırma yoluna gitmeleri söz konusu olabilir³⁶¹.

Genel kurul tarafından alınan esas sözleşme değişikliği kararı; imtiyazları tamamen kaldırıyor veya sınırlıyorsa, süreli hale getiriyorsa, kullanımını zorlaştırıyorsa, sulandırıyor bu durumlar, imtiyazları ihlal ediyor anlamına gelmektedir. Peki bir imtiyazın sulandırılması ne demektir? İmtiyazların sulandırılması; bir imtiyaza tahsis edilmiş olan menfaate bir başkasının ortak edilmesi veya yararlanılan menfaate daha fazla payın katılması demektir. Bunu bir örnek ile açıklayalım: Farz edelim ki yıllık kârın %10'u paylaşan (A) grubu payın

³⁵⁹ Oruç, s.180.

³⁶⁰ Akad, s.38.

³⁶¹ Oruç, s.181.

yanına esas sözleşme değişikliği ile (B) grubu payın da katılması imtiyazın sulandırılmasıdır³⁶².

TTK m.478/1 hükmünden imtiyazların ancak kuruluşta esas sözleşme ile veya kuruluştan sonra esas sözleşme değişikliği ile tanınabileceğini anlıyoruz. Bu durumda her türlü genel kurul kararı değil yalnızca imtiyazları ihlal eden esas sözleşme değişiklik kararları için özel koruma yoluna gidilebilir. Bunun dışında imtiyazları ihlal etmeyen veya esasen bir esas sözleşme değişikliği kararı olmayıp sadece tavsiye niteliğinde olan bir genel kurul kararı için de özel korunma yoluna başvurulamaz. Ancak bazen genel kurul tarafından alınan karar aslında bir esas sözleşme değişikliği kararı olmayabilir ancak yine de imtiyazları ihlal edebilir. Böyle bir durumda özel koruma devreye girer yani imtiyazlı pay sahibi TTK m.454 hükmü gereği haklarını talep edebilir. Mesela; genel kurulun kâr dağıtımına izin vermeyen kararı, doğrudan doğruya olmasa bile dolaylı yoldan kâr payında imtiyazlı olan payların haklarını ihlal etmektedir. Böyle bir durumda kâr payında imtiyazlı olan pay sahipleri için TTK m.454 hükmü uygulanabilir. Yalnız burada önemle belirtilmelidir ki, her ne kadar bu görüş genel kurul kararına karşı genel korunma yollarından TTK m.445 vd. hükümleri çerçevesinde iptal davası açabilecek olan kâr payında imtiyazlı pay sahiplerine, özel ve daha avantajlı bir korunma yöntemi olan TTK m.454 hükmünden yararlanma olanağının açılması yönü ile desteklenebilecekse de; bu şekildeki her genel kurul kararı için TTK m.454 hükmünün uygulanması talep edilemez. Bu ancak genel kurulun bu şekildeki kararlarının süreklilik arz etmesi halinde mümkün olabilecektir. Dolayısıyla imtiyazları ihlal eden genel kurul kararları süreklilik arz etmiyorsa ve ortada bir esas sözleşme değişikliği de yoksa bu durumda TTK m.454 hükmünün uygulanması da mümkün olmayacaktır³⁶³.

İmtiyazları ihlal eden esas sözleşme değişiklikleri bir sonraki konu başlığında ele alınacağı için burada çok detaylı bilgi verilmemiştir.

C. Özel Korumanın Yalnız İmtiyaza İlişkin Olması

TTK m.454 hükmünün yalnızca imtiyazlı paylara özgü özel bir korunma yolu olduğunu daha önce ifade etmiştik. İmtiyaz farklı paylara farklı üstünlükler sağlanarak tanınmış olabilir. Dolayısıyla, TTK m.454 hükmünde yer alan

³⁶² Tekinalp, Yeni Hukuk, s.98.

³⁶³ Oruç, s.181.

korumadan sadece imtiyaz olarak kabul edilen hakkın bahşedildiği paylar yararlanabilir. Bu nedenle sadece oy hakkında imtiyazlı olan (A) grubu payların, genel kurulda alınan bir esas sözleşme değişikliği kararı ile kâr payında imtiyazların sınırlandırılması halinde kendilerinin de imtiyazlı pay oldukları iddiası ile TTK m.454 hükmündeki özel korunmayı talep edemez. Çünkü bu iddia oy hakkında imtiyazlı pay sahipleri tarafından yapılmıştır ancak bu pay grubu yalnızca oy hakkında imtiyazların sınırlandırılması halinde TTK m.454 hükmü gereği korunma talep edebilir. Ancak bu durum oy hakkında imtiyazlı olan pay sahiplerinin, şartları oluşmuşsa TTK m.445 vd. hükümlerinden yararlanmasına engel teşkil etmez³⁶⁴.

Son olarak; bir esas sözleşme değişikliğinin, salt bir imtiyaza ilişkin hakkı ihlal ettiğini yeknesak bir kuralla söylemek mümkün değildir. Her esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı hakları ihlal edip etmediğine karar verirken, mevcut imtiyazlar ışığında ayrıca değerlendirilmelidir³⁶⁵.

Ş.2. İMTİYAZI İHLAL EDEN ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİK HALLERİ

I. Esas Sermaye Artırımı

Bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıklarda esas sermaye, kayıtlı sermaye ve şartlı sermaye sistemleri mevcuttur. Esas sermaye, bir anonim ortaklıkta ortakların ödemeyi taahhüt ettikleri malvarlığıdır. Esas sermayenin en önemli özellikleri ise; sabit ve önceden belirlenmiş olması, asgari miktarın altında olmaması, paylara bölünmüş olması ve nakit ifade edilebilir olmasıdır. Kayıtlı sermaye sistemi ise; esas sermaye sisteminin uygulamada karşılaşılan sorunlarına karşı alternatif bir sistem olarak ortaya çıkmıştır. Kayıtlı sermaye sisteminde, yönetim kuruluna, kuruluşa veya değiştirilmiş esas sözleşme ile belirlenen tavan miktarı çerçevesinde sermayenin artırılması ve pay çıkarılma yetkisi verilir. Son olarak şartlı sermaye sisteminde ise; sermayeyi artırma yetkisi değiştirme hakkına sahip olandadır. Bu sistemde değiştirme hakkı sahibi tarafından ortaklık sermayesi, piyasa şartlarının elvermesi halinde aşama aşama artırılmaktadır³⁶⁶.

Bir anonim ortaklık sermayesi çeşitli amaç ve nedenlerle artırılabilir. Bu artırma hal ve şartlara göre iç kaynaklardan veya dış kaynaklardan

³⁶⁴ Oruç, s.186.

³⁶⁵ Akad, s.38.

³⁶⁶ Akkale Gülmisal Rüveyda, Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 sayılı TTK'ya Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırımı Usulü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, 2013, Sayı 1-2, s.25, (Kayıtlı Sermayenin Artırımı Usulü).

olabilir. Kuruluş aşamasında belirlenen sermayenin miktarı, pay sahipleri için bir müktesep hak oluşturmaz. Zira anonim ortaklıklar hem ülke ekonomisi hem de dünya ekonomisi açısından büyük bir öneme sahip olan sermaye ortaklıklarıdır. Bu nedenle, anonim ortaklıkların çağın gereklerine ve gelişen teknolojiye uyum sağlayabilmeleri, bu açıdan yeni yatırımlar yapabilmeleri ve dolayısıyla sermayelerini artırabilmeleri son derecede önemlidir³⁶⁷.

6762 sayılı TTK döneminde, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararı söz konusu olduğunda ihlal şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın imtiyazlı pay sahipleri özel kurul kararına ihtiyaç bulunmaktaydı (6762 sy.m.391). Kimi yazarlara³⁶⁸ göre, genel kurul tarafından alınan esas sermaye artırım kararı imtiyazlı payları ihlal ediyor ise bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin toplanıp karar alması gerekir. Buna karşı olan diğer bir görüşe göre ise, esas sermaye artırımına yönelik genel kurul kararı imtiyazlı ihlal etse de etmese de imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ayrıca toplanıp karar almalıdır³⁶⁹.

TTK'da ise; bu tartışmalar da dikkate alınarak sermaye artırımlarında hakların ihlal edilmesi koşulu aramaksızın her halükarda imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayını arayan 6762 sayılı TTK m. 391/f.1-c.2 hükmünü kanuna almadığından, imtiyazlı pay sahiplerinin korunması tek bir maddede düzenlenmiş ve her bir sermaye artırımının imtiyazlı ihlal ettiği faraziyesi reddedilmiştir. TTK m. 454/f.1'deki "yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı" ekleme ile de kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırım konusunda yönetim kuruluna yetki veren genel kurul kararları ve yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı da imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ederse, özel kurul onay kararı olmadıkça uygulanamayacaktır³⁷⁰.

Halka açık olmayan ve esas sermaye sistemini benimsemiş olan anonim ortaklıklarda sermayenin artırılması bir esas sözleşme değişikliği gerektirdiğinden dolayı, genel kurul tarafından bu yönde alınan sermaye artırım kararı TTK m.454/1 hükmü gereği imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olması şartıyla İPSÖK tarafından onaylanmadığı sürece

³⁶⁷ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.161.

³⁶⁸ Teoman, Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Tavan Tutarının Yükseltilmesini veya Çıkarılmış Sermayenin Artırılmasını Onaylamalarının Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu, Tüm Makalelerim, Cilt 1-2 (1971-2001). (Tüm Makalelerim)

³⁶⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.161 vd.

³⁷⁰ Örnek, s.65.

uygulanamayacaktır. Kaldı ki TTK'da 6762 sayılı TTK m.391 hükmüne karşılık gelecek bir düzenlemeye yer verilmemiş, sermayenin artırılması bir esas sözleşme değişikliği olarak kabul edilerek tek bir madde altında düzenlenmiştir.

Burada şu hususu da belirtmeliyiz ki; sermaye artırımı yapılan anonim ortaklıkta hakları ihlal edilen kaç tane imtiyazlı pay sahibi veya pay grubu varsa o kadar pay sahibinin veya özel kurulun onayının alınması gerekir. Bu onay verilmediği sürece genel kurulun sermaye artırımı kararı askıda hükümsüz olur ve uygulanamaz (TTK m.454/1). Nitekim sermaye artırımının istisnaen kanunla zorunlu tutulduğu hallerde, bu kanuni zorunluluğa uyulmasını kolaylaştırmak için TTK m.454'de öngörülen koşulların (bu arada imtiyazlı pay sahiplerinin veya oluşturdukları kurulların kararlarının) aranmayacağı ayrıca hükme bağlanmıştır. TTK m.454/4 hükmü gereği, imtiyazlı pay sahipleri veya bunların temsilcileri, sermaye artırımı kararının alındığı genel kurul toplantısında en az %60 çoğunluk ile hazır bulunup aynı zamanda da sermaye artırımına çoğunlukla olumlu oy vermişlerse, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun ayrıca toplanıp sermaye artırımı kararını onaylamalarına gerek yoktur. Yine 2848 sayılı Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik gereği; sermaye artırımının onaylanması için İPSÖK toplantıları, genel kurulun sermaye artırımı kararını takiben ancak anılan bu kararın ticaret siciline tescilinden önce yapılır. Bunun nedeni ise İPSÖK tarafından verilen sermaye artırımı kararının onanması kararının sermaye artırımının ticaret siciline tescil edilebilmesinin ön koşulu olmasıdır³⁷¹.

Bu konu 6762 sy.TTK döneminde de tartışılmıştır. Bu tartışmalarda İmregün³⁷² sermaye artırımının imtiyazlı pay sahipleri de dahil olmak üzere tüm pay sahiplerinin oybirliği ile alınması durumunda, artık İPSÖK'ün toplanarak yeniden sermaye artırımı kararını onaylamasına gerek olmadığı görüşüyleyken, Moroğlu³⁷³ ise; bu görüşün 6762 sayılı TTK m.391'in konuluş amacına aykırı olduğunu, bu hükmün imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunması için konulduğunu, genel kurulda, genel kurul ortamının psikolojisiyle bir şekilde olumlu oy veren imtiyazlı pay sahiplerinin; genel kurulun sermaye artırımı kararının gerçek anlam ve mahiyeti ile kapsamı konusunda aydınlanması ve kazanılmış

³⁷¹ Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul 2015, 3. Baskı, s.81. (Sermaye Artırımı).

³⁷² İmregün, Anonim Ortaklıklar, s.447.

³⁷³ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.81-82, dipnot.117.

haklarını koruması imkanının ancak özel oylama ile yeterli bir şekilde sağlanabileceği görüşünü savunmuştur. 6762 sayılı TTK döneminde yapılan bu tartışmalara TTK m.454/4 hükmü bir son vermiştir. Bu hükme göre genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararına imtiyazlı pay sahiplerinin %60'nın hazır bulunduğu ve temsil edilen payların çoğunluğunun olumlu oy verdiği durumlarda ayrıca İPSÖK toplantısının yapılmasına gerek duyulmamıştır.

Burada ifade edilmesi gereken diğer bir husus ise, sermaye artırımında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesidir. Yani hangi sermaye artırımlarında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmiş olduğu kabul edilecektir. Kanunda bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sermaye artırımlarında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilmediği duruma göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Ancak kanunda belirtilen hakları ihlal eden değişiklik kavramı, yalnızca imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ortadan kaldırılmasından ibaret olmayıp aynı zamanda bu haklara sınırlama getiren veya bunların kullanılmasını bazı şartlara bağlayan değişikliklerin de aynı niteliği taşıdığı kabul edilmelidir³⁷⁴.

Durumu bir örnekle somut olarak anlatmaya çalışırsak; iç kaynaklardan sermaye artırımını söz konusu olduğunda ortaklık iç dengeleri kural olarak değişmediğinden imtiyazlı payların haklarının ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir³⁷⁵. İç kaynaklardan sermaye artırım kararının, imtiyazlı olan veya olmayan pay sahiplerinin haklarını olumsuz etkilemesinin nadiren söz konusu olabilmesi ve ayrıca bu halde de artırım kararının iptali için dava açılacağı hususu göz önüne alınarak, TTK m.454 hükmünün iç kaynaklardan sermaye artırımlarında uygulanmaması yönünde bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı belirtilmektedir. Böylece uygulamada İPSÖK kararının gerekli olup olmadığı ile ilgili tereddütlere yol açıp hukuk güvenliğinin zedelenmesinin önüne geçileceği de ifade edilmektedir³⁷⁶. Yine sermaye artırımına, imtiyazlı pay sahiplerinin finansal olanaklarının yetersizliği nedeniyle imtiyazlı pay sahiplerinin katılamaması imtiyazın ihlali olarak değerlendirilmemektedir³⁷⁷.

Dolayısıyla sermaye artırımını nitelik olarak imtiyazları ihlal etmeye elverişli bir argüman olarak değerlendirilebilirse de, her sermaye artırımının

³⁷⁴ Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2013, s.447.

³⁷⁵ Akad, s.43.

³⁷⁶ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s.81.

³⁷⁷ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.572.

imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu anlamda somut bir olayda; sermaye artırımını, tüm imtiyazları ihlal edebileceği gibi hiçbir imtiyazı ihlal de etmeyebilir³⁷⁸.

TTK m.454'de 6762 sayılı TTK m.391 hükmü nazara alındığında yenilik getiren bir ek ifade bulunmaktadır. Gerçekten; genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararı dışında kayıtlı sermaye sistemine yönelik olarak sermaye artırımını konusunda, yönetim kuruluna yetki veren genel kurul kararları ile sermayenin artırılmasına karar veren yönetim kurulu kararları da TTK m.454 kapsamına alınmıştır. Kendigelen; bu ek düzenlemenin isabetli olmadığı ve gereksiz olduğunu ifade etmektedir. Zira yazara göre, kayıtlı sermaye sisteminde imtiyazları ihlal edecek olan kararların yönetim kurulu tarafından verilecek kararlar olduğu, genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması hususunda verdiği yetki kararının imtiyazları ihlal etme niteliği taşımamaktadır. Burada genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması hususunda yetki vermesi kararının onaylanması halinde, bu onayın yönetim kurulunun sermayenin artırılması kararı için de geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği veya genel kurulun yetki kararının onaylanmasının ardından yönetim kurulunun sermaye artırım kararını onaylamaktan kaçınmanın mümkün olup olmadığı hususunda yeni sorunlar çıkabilecektir³⁷⁹.

Ancak bu görüşe karşı olarak, kanundaki düzenlemenin isabetli olduğu, zira kayıtlı sermaye sistemine geçen anonim ortaklıkta imtiyazların olabileceği ve yetki kararının içeriğinin, tanınan yetkinin bazı şart ve unsurlarının mevcut imtiyazları ihlal edebileceği, mevcut imtiyaz sahiplerinin bir karara karşı iptal davası açmak yerine İPSÖK alternatifini kullanmalarının daha koruyucu olabileceği ifade edilmektedir³⁸⁰.

Gerçekten, kayıtlı sermaye sistemine geçerken esas sözleşme değişikliği ile yönetim kuruluna sermayeyi artırma yetkisi kararı veren genel kurul kararına onay verilmiş olsa dahi her bir sermaye artırımının içinde barındırdığı özellikler imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebilir. Ayrıca genel kurul kararı ile sermayenin artırılması kararının uygulanması İPSÖK onayına bağlı tutulurken, yönetim kurulu tarafından verilen sermaye artırım kararında da aynı korunmanın sağlanması gerekmektedir. Bu husus ayrıca imtiyazlı pay sahiplerinin korunması

³⁷⁸ Oruç, s.183.

³⁷⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s.353.

³⁸⁰ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.572

rejimi ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde anılan bütünlüğün korunup devam edebilmesi açısından da gereklidir³⁸¹.

Bir diğer görüş ise; her ne kadar kanundaki bu düzenleme imtiyazların korunması rejiminin bütünlüğünü sağlamak için gerekliyse de kayıtlı sermaye sisteminin yapısına çok uygun bir düzenleme olmadığı yönündedir. Çünkü kayıtlı sermaye sisteminde zaten hızlı sermaye artırımını hedeflenmektedir. Buna karşılık TTK m.454/2 yönetim kurulu tarafından imtiyazlı pay sahiplerinin toplantıya çağırılması, çağrının yapılmaması halinde mahkemeye başvurulması, 3.fıkra özel kurul toplantı tutanağının 10 gün içinde yönetim kuruluna teslim edilmesi süreçleri kayıtlı sermaye sistemini amacından uzaklaştırmaktadır³⁸².

Kanaatimizce kanun düzenlemesi son derecede isabetlidir. Her ne kadar imtiyazlı pay sahipleri; genel kurul tarafından sermayenin artırılması konusunda yönetim kuruluna yetki verilmesi kararını onaylamış olsalar ve bu yetki çerçevesinde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına karar verecek olduğunu bilseler dahi, her sermayenin artırılması kararı istisnai durumlarda da olsa imtiyazları ihlal etme ihtimalini taşımaktadır.

Buraya kadar esas sermaye sistemini benimsemiş veya halka kapalı kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş ortaklıkların sermaye artırımları incelenmiştir. Halka açık ve kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim ortaklıklarda imtiyazlı payların korunma sistemi TTK sisteminden farklıdır. SerPK m.18 kayıtlı sermaye sistemini düzenlemektedir. SerPK m.18/5'de yönetim kuruluna esas sözleşmede yetki tanınması halinde imtiyazlı pay çıkarma ve pay sahiplerinin haklarını kısıtlama imkanı getirilmiştir. Ancak SPK m.18/4'de ise imtiyazlı pay sahiplerinin yer alması halinde bu madde kapsamında yapılacak olan esas sözleşme değişikliklerinin TTK m.454 hükmü uyarınca İPSÖK tarafından onaylanması gerektiği düzenlenmiştir. Tabi TTK m.454 hükmüne yollama yapıldığından burada da imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilecek nitelikte olması ön koşuldur.

İmtiyazlı pay sahiplerinin hakları sadece kayıtlı sermaye sistemine geçişteki esas sözleşme değişikliği ile ihlal edilebileceği gibi aynı zamanda bunun zorunlu sonucu olan halka açılmanın gerektireceği esas sözleşme değişikliği nedeniyle de ihlal ediliyor olabilir. Bu durumda kayıtlı sermaye sistemine geçiş ile sermaye piyasasına uyuma dair esas sözleşme değişikliklerinin farklı zamanlarda

³⁸¹ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.328.

³⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Teoman, Tüm Makalelerim Cilt I-II, s.997 vd.

yapılması halinde İPSÖK'ün sonradan yapılacak olan sermaye piyasasına uyuma dair esas sözleşme değişikliğine onay vermeme ihtimali mevcuttur. Böyle bir durumda ise ortaklık kayıtlı sermaye sisteminden çıkarılma tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Bu tehlikenin önlenmesi için her iki esas sözleşme değişikliğinin aynı zamanda yapılması düşünülebileceği gibi, imtiyazlı pay sahipleri ile ortaklık veya diğer pay sahipleri arasında ileride alınacak esas sözleşme değişikliği kararını onaylayacakları konusunda cezai şartı da içeren bir oy sözleşmesi de yapılabilir³⁸³.

SerPK m.18/4 son cümlede ortaklıkların kayıtlı sermaye tavan sınırları içinde kalan sermaye artırımları için ayrıca İPSÖK kararının aranmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme yeni bir düzenlemedir. Nitekim genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki veren kararını onaylayan imtiyazlı pay sahiplerinin, yönetim kurulunun her an tavan sınırı içinde sermayeyi artırabileceği ihtimalini baştan bilerek kabul ettikleri varsayılmaktadır³⁸⁴.

SerPK m.18 kendi içinde uyumlu olmakla birlikte TTK m.454 ve 460 hükümlerinden farklı bir düzen oluşturmuştur. Halka açık anonim ortaklıkların kayıtlı sermaye sistemine geçerken; yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi veren, kayıtlı sermaye tavanını yükselten ve yönetim kuruluna verilen sermaye artırım yetkisinin süresini uzatan esas sözleşme değişiklik kararlarının hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri tarafından onaylanması gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu onay kararın geçerlilik değil uygulanma şartıdır. Ancak imtiyazlı pay sahiplerinin korunması bakımından TTK ile SerPK arasında farklı sistemlerin benimsenmesi doğru bir tercih değildir. Kayıtlı sermaye sisteminin en önemli özelliği olan hızlı sermaye artırımını hususu nazara alındığında, yönetim kurulunun her sermaye artırım kararında İPSÖK'ün toplanmasına gerek görmeyen SerPK m.18'de benimsenen sistem kayıtlı sermaye sistemine daha uygun bir yapıdır³⁸⁵.

II. Esas Sermayenin Azaltılması

Esas sermayenin azaltılması, ortaklığın esas sözleşmede belirleyerek ticaret siciline tescil edilmiş olan esas sermayesinin itibari değerinin

³⁸³ Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, s.333.

³⁸⁴ Teoman, Tüm Makalelerim, s.1005.

³⁸⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.329.

azaltılmasıdır. Burada sermayenin ödenmiş veya ödenmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır³⁸⁶.

Sermayenin azaltılması bir esas sözleşme değişikliğidir. Bir anonim ortaklık sermayesi şu hallerde azaltılır; ilk olarak ortaklığın ihtiyacının üzerinde olması, yani sermayenin bir kısmının kullanılmadığı durumlarda, ikinci olarak ortaklığın zararları nedeniyle sermayenin kısmen yitirilmiş olduğu ve bu durumun ortaklıkta olumsuz bir durum yarattığı bu nedenle ortaklığın durumunun düzeltilmesi ve bilanço zararının kapatılması için, üçüncü olarak ise kanunun sermaye azaltılması yönünde esas sözleşme değişikliğinin yapılmasını öngördüğü haller. Burada kanunda öngörülen sermaye azaltılması yönünde esas sözleşme değişikliklerinin; anonim ortaklığın bölünmesi (TTK m.162) ve anonim ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarını TTK m.384 ve 385 gereğince elden çıkarması icap ederken çıkaramamış olması (TTK m.386) şeklinde olduğunu ifade edebiliriz³⁸⁷.

Esas sermayenin azaltılması çeşitli şekillerde yapılabilir:

Bunlardan ilki kurucu ve efektif azaltma; bu yöntemde, ortaklığın elinde bulunan ve kullanmadığı, ihtiyaç fazlası olan sermaye azaltılarak itfa edilen pay bedelleri ortaklara geri ödenir veya yedek akçeye kaydedilir. Bu tür sermaye azaltılması özü itibarıyla bir sermaye azaltılması olduğu için adına kurucu ve efektif azaltma denilmiştir³⁸⁸. Ancak bu yöntemde ortaklık alacaklılarının aleyhine bir durum gelişebilir. Çünkü bir kısım sermaye miktarının itfa edilerek pay sahiplerine iade edilmesi, ortaklık alacaklılarının alacaklarını tahsil edememeleri halinde başvuracakları ortaklık malvarlığının azaltılması, bir nevi alacağın teminatının pay sahiplerine iade edilmesi anlamını taşımaktadır. Bu nedenle anılan bu yöntemin uygulanmasında ortaklık alacaklılarının korunması şarttır³⁸⁹.

İkinci yöntem açıklayıcı veya basit azaltma; bu yöntem ile ortaklık bilanço zararı ortadan kaldırılır. Bilanço açığının kapatılması suretiyle sermayenin azaltılmasının sebebi, bilanço açığının azaltma yolu ile ortaklık bünyesinden atılması, zararın somutlaştırılarak her bir pay sahibinin payının itibari değerinde zarar payını yüklenmesi demektir. Esasında bu yöntem bir iyileştirmedir. Zira ortaklık bilanço zararı yıllık kâr ile kapatılmadıkça pay sahiplerine kâr dağıtımı yapılamaz. Ayrıca hükümde yer alan zararın kapatılması ibaresi zararın yok edilmesi,

³⁸⁶ Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013, s.615.

³⁸⁷ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.117.

³⁸⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.616.

³⁸⁹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.119.

bertaraf edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bunun dışında kapatma dışarıdan konulan bir akçe veya içeriden dönüştürülen bir fonla kapatma olarak algılanmamalıdır³⁹⁰.

Üçüncü yöntem ise sermayenin azaltılması ile artırılmasının aynı anda birlikte yapılması; bu yöntem ise ortaklık bilanço açığının sermayenin azaltılması yoluyla bünyeden atılması ve eşzamanlı olarak azaltılan miktarda sermayenin artırılması şeklinde uygulanır (TTK m.473/c-1). Pulaşlı, bu yöntem ile elde edilecek sonuca ekonomik açıdan daha basit bir yöntem ile de ulaşılabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu yöntemi şu şekilde açıklamaktadır; ilk olarak sermayenin azaltılması ve sonrasında eşzamanlı olarak azaltılan miktar kadar sermayenin artırılmasına gidilmeksizin, pay sahiplerinin serbest iradeleri ile sahip oldukları pay taahhütlerini aşan bir ödemeyi kabul ederek veya ortaklık yükümlülüklerini üstlenerek de aynı sonuca ulaşılabilecektir. Böylece ortaklığın bilanço açığı kapatılarak ortaklığa yeni mali kaynaklar dahil edilecektir. Ortaklığın mali durumunun sessizce iyileştirilmesi şeklinde olan bu yöntemin avantajı ise, bir sermaye azaltılması olmadığından yönetim kurulunun beyanı, tescil ve ilan işlemlerine gerek olmamasıdır. Ancak bu yöntemin uygulanabilmesi için tüm pay sahiplerinin rızalarının alınması gerekmektedir³⁹¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi sermayenin azaltılması bir esas sözleşme değişikliği olduğundan, bu konuda genel kurul tarafından karar alınması gerekmektedir. Dolayısıyla imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikteki sermaye azaltımlarında bu payların sahiplerinin onayının alınması gerekmektedir (TTK m.454/1). Sermayenin azaltılması kararına imtiyazlı payların da dahil edilmesi ihlali meydana getirebilir. Özellikle imtiyazları içeren payların itibari değerlerinin azaltılması ve payların itfasına dair genel kurul kararının İPSÖK tarafından onaylanması gerekmektedir³⁹².

Karahan'a göre sermaye azaltımında imtiyazlı payların bu durumdan etkilenmemeleri kaçınılmazdır. Yukarıda açıkladığımız yöntemlerin uygulanmasıyla imtiyazlı payların haklarının ihlal edilmiş olacağı şüphesizdir. Bu nedenle Alman hukukunda benimsenmiş olan sermaye azaltımında dahi ihlal şartı aranmadan imtiyazlı pay sahiplerinin her türlü azaltımı onamalarına ilişkin sistemin bizim hukukumuzda da uygulanması gerekmektedir³⁹³.

³⁹⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.121

³⁹¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.617.

³⁹² Günel Ozan Niyazi, İmtiyazlı Hisse Senetleri, s.74.

³⁹³ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.168.

Ancak bizim kanaatimiz ise; TTK m.454/1 hükmü ile isabetli bir şekilde hüküm altına alınan ihlal şartının gerçekleşip, gerçekleşmediğinin aranması gerekmektedir. Zira her sermaye azaltımı imtiyazlı hakları etkilemeyecek, özellikle sermaye azaltımı imtiyazlı paylar üzerinde uygulanmadığında ihlalden söz edilemeyecektir. Aksi bir düşünce de şirketin menfaatleri ve işleyişi olumsuz yönde etkilenebilecektir.

III. Anonim Şirketlerde Birleşme

A. Birleşmenin Tanımı ve Niteliği

Birleşme TTK m. 136 vd. düzenlenmiştir. Gerek TTK çerçevesinde ve gerekse uluslararası literatürde birleşme; bir sözleşme bağlamında, kanunun izin verdiği türdeki bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının, tasfiye olunmadan, içlerinden birinin bünyesine ya da yeni kurulan bir şirkete geçmesi, bu şekilde malvarlıklarının birleşmesi ve devredilen malvarlığının karşılığı olarak, devralan ortaklığın paylarının, önceden belirlenmiş bir değişim oranına göre devrolunan ortaklık veya ortakları tarafından kendiliğinden iktisap edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Böylece devrolunan ortaklığın ortaklarının devralan ortaklığın ortağı olma sıfatını kazanmaları söz konusu olacaktır³⁹⁴.

Birleşme, ekonomik yoğunlaşma yöntemlerinden birisi ve en radikal olarak ifade edilmektedir. Birleşme o zamana kadar dağınık olan ekonomik varlıkların bir araya gelerek daha büyük ve güçlü bir ticari ortaklığın meydana gelmesi şeklinde kendini gösterir³⁹⁵.

Birleşme ile iki veya daha fazla ticari ortaklık varlıklarını ve yükümlülüklerini birleştirerek, faaliyetlerini hukuksal ve ekonomik açıdan tek bir tüzel kişilik şemsiyesi altında toplamaktadır.

Birleşmeyi düzenleyen TTK m.136'nın gerekçesinde; anılan maddenin Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmelerine İlişkin 9 Ekim 1978 tarih ve 78/855/EEC sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi³⁹⁶ temelinde İsviçre Birleşme Kanunundan yararlanılarak kaleme alındığı ifade

³⁹⁴ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.99.

³⁹⁵ Akbilek Nevzat, Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara 2009, s.25.

³⁹⁶ Yıldız Şükrü, Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin 78/855/EEC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, m.3,
http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_29.pdf (Üçüncü Konsey Yönergesi).

edilmiştir. Mehz olan gerek A.T. Üçüncü Konsey Yönergesi ve gerekse İsviçre Birleşme Kanununa baktığımızda genel olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme gibi yapısal değişikliklerin ortaklar ile pay sahipleri ve alacaklıların korunması, ortaklığın devamı, tasfiyesiz sona erme temelleri üzerinde inşa edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

TTK çerçevesinde ticaret ortaklıklarında birleşme iki şekilde yapılabilmektedir. Bunlardan ilki devralma suretiyle birleşmedir ki; bu yöntem, ticaret ortaklıklarından birisinin (devreden) tasfiye edilmeksizin dağılarak, tüm malvarlığını külli halefiyet yoluyla başka bir ticaret ortaklığının (devralan) bünyesine geçirmesi ve devreden ortaklığın pay sahiplerinin birleşme sonucunda devralan ortaklığın ortağı olması şeklinde gerçekleşmektedir. İkinci yöntem ise yeni kuruluş yolu ile birleşmedir ki; bu yöntem ise, birleşmeye katılacak olan tüm ticaret ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin dağılarak yeni kurulan ortaklık bünyesinde birleşmesi ve birleşmeye katılan ortakların yeni kurulan ortaklığın ortağı olma sıfatını kazanması şeklinde gerçekleşir. Her iki tanıma baktığımızda, gerek devralma yoluyla birleşmede ve gerekse yeni kuruluş yolu ile birleşmede pay sahipliği sıfatının devralan veya yeni kurulan şirkette de devamının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır³⁹⁷.

Ticaret ortaklıklarının birleşmesi ile, birleşmeye katılan ortaklıklardan en az bir tanesi tüm alacakları borçları ve ortakları ile birlikte devralan ortaklığa ya da yeni kurulan ortaklığa katılarak hukuk hayatına son vermektedir. Yani tüzel kişiliği sona ermektedir. Bu durum ise özellikle birleşmeye katılan pay sahipleri ile ortaklığın alacaklılarının hukuki durumlarını son derecede etkilemektedir. Nitekim; birleşen ortaklıktaki pay sahibinin birleşme öncesindeki mevcut pay ve haklarının, birleşme sonucu mevcut ortaklıkta devam edip etmeyeceği veya ortaklık alacaklılarının devreden ortaklıktaki alacaklarının akıbetinin ne olacağı meseleleri oldukça önem arz etmektedir. Burada ilk olarak birleşmelere hakim olan ilkelerden bahsetmek faydalı olacaktır. Bu ilkeler; malvarlıklarının birleşmesi ilkesi, külli halefiyet ilkesi, ortaklık paylarının ve haklarının sürekliliği ilkesi³⁹⁸.

Yine ifade etmeliyiz ki birleşme, birleşmeye katılan ticaret ortaklıklarının iradesine dayanan bir hukuki işlemdir.

³⁹⁷ Özatlan Yurdal, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, İstanbul 2014, s.9.

³⁹⁸ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.613.

Birleşmeler genellikle rekabet gücünün artırılması gibi ekonomik ve iktisadi kalkınma amaçları ile gerçekleştirilir. Ancak birleşme sebep ve amacı ne olursa olsun, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) hükümlerinde birleşme hakkında yer alan sınırlamaya riayet edilmelidir.

Son olarak belirtmeliyiz ki; birleşmelerde devralma karşılığında para veya başka bir ivaz ödenmemeli veya kısmi bir devralma söz konusu olmamalıdır. Aksi takdirde bu işlem birleşme olarak kabul edilemez ve tasfiye hükümleri uygulanır. Ancak, AB hukukunda ve TTK'da devrolunan ortaklıkların pay sahiplerine verilen payların nominal değerlerinin %10'nu geçmeyecek bir para ödemesi yapılmasının, işlemin birleşme karakterini bozmayacağı kabul edilmiştir³⁹⁹.

B. Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Payı ve Ortaklık Haklarının Korunması

Ortaklık hakları, anonim ortaklık bünyesinde yer alan pay sahibinin, sahip olduğu payı oranında kendisine tanınan idari ve mali nitelikteki haklardır. Örneğin, oy hakkı, kâr payı hakkı, katılma hakkı gibi. Bu haklar payın sağlamış olduğu haklar olduğundan, bunlardan payı aslen veya devren iktisap eden pay sahipleri yararlanabileceği gibi pay sahibi olmasa bile pay üzerinde hakları olan üçüncü kişiler de aynı şekilde bu haklardan yararlanabilecektir⁴⁰⁰.

Anonim ortaklık birleşmelerinde pay sahibi açısından en önemli konu, devrolunan ortaklık nezdinde mevcut olan haklarının devralan ortaklık veya yeni kurulan ortaklıkta devam edip etmeyeceği meselesidir. Bu konu anonim ortaklık birleşmelerinde belki de en kritik konularından biridir. Örneğin devrolunan ortaklıkta kâr payında imtiyaz hakkına sahip olan veya oy hakkında imtiyaza sahip olan ortağın bu haklarının devralan veya yeni kurulan ortaklıkta devam etmesini talep edip edemeyeceği hususu pay sahipleri için son derecede önemlidir.

Anonim ortaklık birleşmelerinde ortakların haklarının korunması esas itibarıyla ortaklığın sürekliliği ve devamı ilkesine dayanmaktadır. Dolayısıyla birleşmeye katılan bir ortaklıkta pay sahibi olan ortak, sona eren ortaklıktaki hukuki durumunun aynen yeni kurulan veya devralan ortaklıkta da devam etmesini, kendisinin önceki hukuki konumunun korunmasını talep eder. TTK m.140 ortağa bu

³⁹⁹ Yıldız, Üçüncü Konsey Yönergesi, m.3.

⁴⁰⁰ Özatlan, s.34.

hakları tanımakta ve 6335 sy. ile mülga edilen m.148 hükmü ise bu hükmü tamamlamakta ve güvence altına almaktaydı. Ancak 6335 sy. m. 43 ile TTK m.148 hükmü kaldırılmış ve böylece birleşmede özellikle devrolunan ortaklık pay sahipleri ile ortaklarının güvence altına alınan hakları tahrip ve imha edilmiştir⁴⁰¹.

İzah edildiği üzere, TTK m. 140/1 hükmü çerçevesinde şirket birleşmelerinde pay sahipliğinin devamı ilkesi gereği devreden pay sahibinin devredilen şirket nezdinde bulunan mevcut haklarının devralan veya yeni kurulan şirket nezdinde de korunması zorunludur. Bu düzenlemede ifade edilen ortaklık hakları yukarıda da ifade ettiğimiz gibi katılma payı ve paya bağlı malvarlığı, yönetim, denetim ve inceleme haklarıdır. Devralan ortaklık veya yeni kurulan ortaklıkta, pay sahibine yukarıda anılan hakları ortaklık yapısı nedeniyle doğrudan sağlanamamış olsa dahi payı ile orantılı uygun bir karşılığın pay sahibine verilmesi gerekmektedir. Ancak azınlık hakları, hüküm kapsamına girmez. Yani devrolunan şirkette azınlık haklarına sahip olan bir ortak, oransal eşitlik nedeniyle devralan şirkette azınlık haklarına sahip olmayabilir.

Ortağın talep hakkının (değişim oranının) hesaplanmasında birleşen ortaklıkların malvarlığı değerleri, oy haklarının dağılımı, birleşmenin iyileştirici etkilerinin bulunup bulunmadığı, payların itibari değerleri, primli pay çıkarılıp çıkarılmadığı, imtiyazlı paylar gibi önem taşıyan hususların dikkate alınması gerekmektedir. Bu hesaplamalarda birleşmeye katılan bütün ortaklıkları yaşayan bir ortaklık olarak kabul edip değerlendirmeyi buna göre yapmak gerekir. Aksi takdirde devrolunan ortaklık ile devralan ortaklıkların değerleri arasında büyük bir haksızlığa yol açacak eşitsizlik meydana gelir⁴⁰².

TTK bir taraftan m.140 hükmü ile birleşmeye katılan ortakların mevcut haklarının devralan ortaklıkta da korunmasını ve bu haklara uygun bir karşılığın verilmesini düzenlerken, diğer taraftan m.141 hükmü ile birleşmeye katılan ortaklıkların birleşme sözleşmelerinde ortaklara, pay ve ortaklık haklarının gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesinin verilmesini de düzenlemiştir. Bu düzenleme ile birleşmelerde ortaklık pay ve haklarının ve ortaklığın devamı ilkesine istisna getirilmiştir.

TTK m.141 ikinci fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, sermayenin %90'nın vereceği kararla, ayrılma akçesini ödeyerek ortağı ortaklıktan

⁴⁰¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.113.

⁴⁰² Bilgili/Demirkapı, s.73-74.

çıkarma hakkını çoğunluğa vermektedir. Her ne kadar TTK m.141/2'nin gerekçesinde fıkranın amacının şirket içindeki iç barışın sağlanması olduğu ifade edilmişse de, söz konusu hükmün imtiyazlı hakları korumasız bırakmaya elverişli bir düzenleme olduğu bazı yazarlar tarafından düşünülmektedir⁴⁰³.

TTK m. 140 hükmüne rağmen birleşme sonucu ortaklık haklarının korunmaması durumunda pay sahibinin birleşme kararının ilanından itibaren 2 ay içinde TTK m.191/1 hükmü gereği denkleştirme davası açıp uygun bir denkleştirme akçesinin belirlenerek kendisine ödenmesini talep etme hakkı da bulunmaktadır.

Birleşmeye ilişkin yasal düzenlemelerin ihlali halinde birleşme kararına olumsuz oy vermiş ve bunu tutanağa geçirmiş olan her ortağın birleşme kararının ilanından itibaren 2 ay içinde birleşmenin iptali talepli dava açma hakkı bulunmaktadır (TTK m.192).

Birleşmelerde en temel ilke ortaklığın devamı ilkesidir. Bu açıdan TTK'ya baktığımızda, devrolunan şirketin ortakları kural olarak birleşme neticesinde devralan şirketin ortağı haline gelir (153/2). Ancak ortaklara tanınan bu hakkın, şirketle ortaklık dışı ilişkisi bulunan ve özellikle kara iştirak hakkı tanınan kimseler için de kabul edilmesi gerekir⁴⁰⁴.

C. Anonim Şirket Birleşmelerinde İmtiyazlı Payların Durumu

Pay üzerinde tanınan imtiyazlar, hem malvarlığına ilişkin hakları hem de katılma haklarını doğrudan etkileyen etmenlerdir. Dolayısıyla, imtiyazlı payların birleşme sürecinden nasıl etkileneceği ve özellikle birleşme sonrasında bu imtiyazların korunup korunmayacağı belirlenmesi noktasında önemlidir.

Anonim ortaklık birleşmelerinde ortaklık paylarının ve haklarının korunması TTK m.140 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme gereği özellikle TTK m.140/4'de çok açık bir şekilde imtiyazlı payların sağladığı haklara eşdeğer bir hakkın veya uygun bir karşılığın devralan şirket tarafından sağlanacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca Avrupa Topluluğu Anonim Şirket Birleşmelerine İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi'nin 15. maddesinde de bu husus açıkça belirlenerek, devreden şirkette paylar dışında özel haklara sahip olan pay sahiplerine, en azından

⁴⁰³ Oruç, s.184.

⁴⁰⁴ Göktürk Kürşat, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C XVII, 2013, s.1-2

devredilen şirketteki paylarının sağladığı haklara eşdeğer hakların tanınması gerektiği belirtilmiştir⁴⁰⁵.

TTK m.140/4 hükmü incelendiğinde kanun koyucunun birleşme sürecinde devreden ortaklıktaki imtiyazlı paylar karşılığında, devralan ortaklığa iki seçenek sunduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, devreden ortaklıkta mevcut olan imtiyazlı paylara eş değerli hakların tanınmasıdır. İkinci olarak ise imtiyazlı paylara eşdeğerli hakların sağlanamaması durumunda bunun yerine uygun bir karşılığın verilmesidir. Madde gerekçesinde baktığımızda uygun bir karşılığın verilebilmesi için öncelikli olarak devralan ortaklıkta imtiyazlı paylara eşdeğerli hakların sağlanamıyor olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda, devralan ortaklık için öncelikli olarak devreden ortaklıktaki mevcut imtiyazlı paylara eşdeğer hakların ve payların sağlanabilmesi, bunun mümkün olmadığı durumlarda ancak uygun karşılığın verilmesi yolunun seçilebileceği anlaşılmaktadır.

Söz konusu olan karşılığın nakdî ödeme veya aynî edim şeklinde olması mümkündür⁴⁰⁶.

Yine uygun bir karşılık belirlenirken imtiyazın konusu dikkate alınmalı ve karşılığın aynı konuda olmasına dikkat edilmelidir⁴⁰⁷.

İmtiyazlı paylar açısından birleşme sonucu devreden ortaklıkta pay sahiplerinin mevcut imtiyazlı paylarının devralan ortaklıktaki akıbetinin ne olacağı, bu imtiyazlı paylara karşılık olarak eşdeğerde (aynı konu ve kapsamda) imtiyazlı paylar mı tanınacağı yoksa belirlenecek uygun bir karşılık mı verileceği hususlarının birleşme sözleşmesinde ayrıca somutlaştırılması gerekmektedir.

Elbette ki imtiyazlı paylar ile ilgili hakların birleşme sözleşmesinde düzenlenebilmesi için, bu hakların ortaklara daha önceden tanınmış olması gerekmektedir. İmtiyazlı paylar birleşen ortaklıklarda birleşmeden önce mevcut değilse, birleşme sözleşmesinde bu konuda hüküm konulmasına da gerek yoktur. Ancak söz konusu imtiyazlı paylara ilişkin haklar, birleşmeye katılan ortaklıkların birinde veya ikisinde mevcutsa, bu durumda devralan ortaklık aynı değerdeki hakları değişim ilişkisinde dikkate almak zorundadır. Örneğin; devreden ortaklıkta kâr payında imtiyazlı pay sahipleri mevcutsa, devralan ortaklık bu pay

⁴⁰⁵ Yıldız, Üçüncü Konsey Yönergesi, m.15, s.629.

⁴⁰⁶ Coştan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batıder, C XXIV, S 3, 2008, s.420 (Özel Hak Sahiplerinin Korunması).

⁴⁰⁷ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.117.

sahiplerine kâr payında imtiyazlı paya eşdeğerli bir pay tanınmalı veya bunun yerine anılan bu paya uygun bir karşılık vermelidir⁴⁰⁸.

Ayrıca birleşme sözleşmesi hükümlerinin, devralan ortaklık ana sözleşmesinde değişiklik meydana getirmesi halinde bu durumun da ayrıca birleşme sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Bu özellikle; devralan ortaklıkta imtiyazlı payların mevcut olmaması veya imtiyazlı paylar mevcutsa bile devreden ortaklıktaki mevcut imtiyazlı paylara eşdeğer (aynı konu ve kapsamda) olmaması halinde imtiyazlı veya yeni imtiyazlı payların çıkarılması veya sermaye artırımına gidilmesi durumlarında söz konusu olacaktır. Böylece genel kurul, birleşme sözleşmesini onaylarken, aynı zamanda esas sözleşme değişikliklerine ilişkin kararı da birlikte onaylayabilecektir⁴⁰⁹.

D. İmtiyazlı Pay Çıkarılmasına İlişkin Hükümün Genel Kurul Tarafından Onaylanması ve Nisaplar

TTK'da birleşme kararını onaylama yetkisine sahip olan organlar ve birleşme kararı ile ilgili toplantı ve karar yetersayıları ortaklık tiplerine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu kapsamda TTK m.151/1 hükmünde birleşme kararının onayı için düzenlenmiş olan yetersayılar nitelikli yetersayılardır. Birleşmenin onaylanmasına ilişkin olan bu hükümler asgari nitelikte ağırlaştırılmış nisaplar olup, bunlar esas sözleşme ile hafifletilemez ancak daha da ağırlaştırılabilir⁴¹⁰.

Böylece kanun koyucu m.151/1 hükmü ile birleşme kararının onaylanması için, genel kurulda esas sermayenin çoğunluğunu temsil etmek koşuluyla, kurula katılan payların $\frac{3}{4}$ oyunu arayarak çifte nisap öngörmüştür⁴¹¹.

Konumuz açısından bakıldığında, anonim ortaklık birleşme sözleşmesinde, devreden ortaklıktaki mevcut imtiyazlı paylara karşılık olarak devralan ortaklıkta da eş değer imtiyazlı payların tanınmasının düzenlenmesi halinde, bu hususa ilişkin olarak devralan ortaklığın esas sözleşmesinde değişiklik yapılması gerekmektedir. Çünkü imtiyazlı payların oluşturulmasında en temel karakteristik özelliklerden bir tanesi esas sözleşmede bu yönde hükümün yer almasıdır. Dolayısıyla

⁴⁰⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.150.

⁴⁰⁹ Özatlan, s.100.

⁴¹⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.165.

⁴¹¹ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.513.

TTK m.478/I hükmü gereği imtiyazlı pay çıkarılabilmesi için esas sözleşmede değişiklik yapılması zorunludur.

Esas sözleşmede değişiklik yapılabilmesi için ise TTK'da farklı nisaplar düzenlenmiştir. Biz burada sadece konumuzu ilgilendiren yönü üzerinde duracağız. TTK m.421/III-b hükmü gereği imtiyazlı pay oluşturulabilmesi için sermayenin en az %75'ini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyları gerekmektedir. Bu durumda, kanun koyucunun birleşme kararının onaylanması için genel kurulda sermayenin çoğunluğunun temsil edilmesi koşuluyla mevcut oyların $\frac{3}{4}$ yeterli görmüşken, yeni imtiyazlı pay çıkarılması halinde sermayenin en az %75'nin olumlu oylarını aradığı, bir başka deyişle kanun koyucunun devralma şeklinde birleşmelerde imtiyazlı pay çıkarabilmek için birleşme kararından daha ağır nisap ile karar alınmasını zorunlu gördüğü açıkça anlaşılmaktadır. Yeni kuruluş şeklindeki birleşmelerde ise; genel kurul, birleşme kararı ile birlikte aynı zamanda yeni esas sözleşmenin hazırlanması ve onaylanması hususunda da karar alacağından, bu durumda imtiyazlı pay çıkarılması esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmayıp kuruluş hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilir.

Bu açıklamalardan sonra akla şu sorular gelmektedir; birleşme sözleşmesinin onaylanması ile imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararı aynı genel kurulda alınabilir mi? Her ikisi için ayrı ayrı nisaplar mı yoksa tek bir ağırlaştırılmış nisap mı uygulanacaktır?

Birleşme süreci ile ilgili olarak 146ratik bir düşünce ile yola çıkıldığında birleşme işlemlerinin tüm sonuçlarıyla kısa bir sürede sonuçlanması en ideal birleşme olarak kabul edilmektedir. Çünkü sürecin uzaması, birleşmenin başarısını da olumsuz etkileyebilecektir. Bu nedenle, gündemin hem birleşme sözleşmesinin onaylanması hem de birleşme sonrası imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin, ihtiyaç halinde sermaye artırımını kararının görüşülerek karar alınması şeklinde düzenlenerek tek bir genel kurul toplantısında karar alınması en hızlı yöntem olacaktır. Zira bu yönde kanuni herhangi bir engel de bulunmamaktadır⁴¹².

Bu yönde bir başka görüş ise; birleşme kararının sadece tek bir genel kurul toplantısında alınabileceğini, birleşmenin geçerli olabilmesi için birleşecek ortaklıkların genel kurullarının bu konuda tam bir mutabakat halinde karar

⁴¹² Özatlan, s.101.

vermeleri gerektiğini, aksi takdirde ortaklıkların birleşme iradelerine rağmen birleşme şartları birbirine uymadığından birleşmenin gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir⁴¹³.

Yine A.T.'nin Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesi m.7/3'de birleşme kararının hem birleşme sözleşme tasarısının onaylanmasını hem de şirket sözleşmesi ve esas sözleşmede birleşmenin gerektirdiği değişiklikleri kapsayacağı düzenlemiştir⁴¹⁴.

Bizce asıl cevaplanması önem arzeden soru, birleşme kararının alınması ile imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararları için ayrı ayrı nisapların mı uygulanacağı, eğer tek bir nisap uygulanacaksa hangi nisabın uygulanacağıdır.

Şayet birleşme kararı ve imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararına, her biri için kanunda öngörülmüş olan nisapların ayrı ayrı uygulanacağı kabul edilirse ortada bir problem oluşmayacaktır. Zira bu durumda kanun koyucunun her iki durum için belirlemiş olduğu nisaplar esas alınacaktır. Ancak birleşme sözleşmesinin tek bir nisap ile onaylanmasının gerektiği kabul edildiği takdirde hangi nisabın uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Bu husus aynı zamanda, kanunda farklı nisabın öngörüldüğü birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesinin tanınması açısından da önemlidir⁴¹⁵.

TTK m.151/5 ile; birleşme sözleşmesi, ayrılma akçesini öngörüyorsa aynı fıkra da belirlenen ağırlaştırılmış nisabın uygulanmasını, yine m.151/6 ile birleşme sözleşmesinin aynı zamanda devrolunan ortaklığın işletme konusunda değişiklik öngörmesi halinde, birleşme sözleşmesinin ayrıca, şirket sözleşmesinin değiştirilmesi için gerekli nisapla onaylanmış olmasını zorunlu görmektedir. Buna karşılık imtiyazlı payların çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin öngörülmesi halinde hangi nisabın uygulanacağına yönelik bir düzenleme yapmamıştır.

Birleşme kararını düzenleyen hükümlerin, aksi öngörülmedikçe şirketler hukuku başlığı altında düzenlenen hükümlerle birlikte uygulanmasına herhangi bir engel bulunmadığından hareketle, imtiyazlı pay çıkarılmasına yönelik nisabın, birleşme kararı vasıtasıyla dolanılmasının engellenmesi gerektiği kabul

⁴¹³ Akbilek, s.84.

⁴¹⁴ Yıldız, Üçüncü Konsey Yönergesi, m.7/3, s.627.

⁴¹⁵ Özatlan, s.102.

edilmeli ve imtiyazlı pay çıkarılmasına yol açan birleşmelerde ağırlaştırılmış nisap olan TTK m. 421/III-b'deki nisap da ayrıca aranmalıdır⁴¹⁶.

Bu yönde bir başka görüş ise; birleşme sözleşmelerinde imtiyazlı payların çıkarılmasının de yer alması halinde, her bir hüküm için ayrı ayrı nisap tartışmalarına girilerek sürecin uzatılması ve zorlaştırılmasının birleşme öncesi ortaklık içindeki güvenin sarsılmasına yol açacağından sakıncalı olduğu, dolayısıyla birleşme sözleşmesinin bu çerçevede çok dikkatli hazırlanarak imtiyazlı pay çıkarılması ve buna dair esas sözleşme değişikliği kararını da içerecek şekilde tek ve ağırlaştırılmış nisapla onaylanması gerektiği şeklindedir⁴¹⁷.

TTK'da birleşme kararı ile birleşme sonrasında imtiyazlı pay çıkarılması ve esas sözleşme değişikliğinin meydana gelmesi halinde her bir karar için ayrı ayrı belirlenmiş olan nisapların mı esas alınacağı yoksa tek bir ağırlaştırılmış nisabın mı kabul edileceği hususunda herhangi bir açıklığın yer almaması menfaatler dengesini bozucu bir nitelik taşımaktadır.

Yine bu durum, A.T.'nin Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişkin Üçüncü Konsey Yönergesine aykırılık teşkil etmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Konsey Yönergesinin 7.maddesi 3.fıkrasında birleşme kararının, birleşme planının onaylanmasını ve birleşmenin gerekli kıldığı şirket sözleşmesi değişikliklerini kapsadığı düzenlenmiştir. Ayrıca TTK'daki bu durum mehz İsviçre Birleşme Kanunu ile de çelişmektedir. Zira İsviçre hukukunda birleşme kararları için ve ortaklık esas sözleşme değişiklikleri için aynı nisaplar kabul edilmiştir. Bu nedenlerle Türk hukuku açısından bu konu ile ilgili olarak en isabetli çözümün, TTK m.151 hükmünün değiştirilerek TTK m.421 hükmü de dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi ve böylece birleşme kararının onaylanmasının yanısıra, imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişiklikleri için de ayrıca karar alınmasına gerek kalmaması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹⁸.

Kanaatimizce; birleşme kararı ile birleşme sonrasında imtiyazlı pay çıkarılması veya imtiyazların kaldırılması ile ilgili kararlar için ayrı ayrı genel kurul toplantısı yapılmalı ve ayrı ayrı nisaplar uygulanmalıdır. Çünkü birleşme kararı ile imtiyazlı pay çıkarılması veya imtiyazların kaldırılması, sınırlandırılması ile ilgili kararın aynı genel kurul toplantısında alındığı bir ortamda, imtiyazlı pay sahiplerinin

⁴¹⁶ Coştan Hülya, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, 3. Baskı, s.131 (Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları).

⁴¹⁷ Özatlan, s:104

⁴¹⁸ Coştan, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, s.133.

menfaatlerini en iyi şekilde korumak amaçlı sağlıklı bir karar alma imkanı her zaman mümkün olamayabilir.

E. Birleşme Sonucu Devralan Şirkette İmtiyazlı Payların Oluşturulmasında İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'nun Önemi (TTK m.140/4)

Anonim ortaklık birleşmelerinde, devrolunan ortaklıktaki mevcut imtiyazlı payların devralan veya yeni kurulan ortaklıkta tanınıp tanınmayacağı, eğer tanınmayacaksa bunun karşılığının verilmesi, devralan ortaklık içinde ise devrolunan ortaklıktaki mevcut imtiyazlı paylara eşdeğerli yeni imtiyazlı payların çıkarılmasının mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmeyeceği hususları birlikte değerlendirildiğinde birleşme sürecinden imtiyazlı pay sahiplerinin olumlu veya olumsuz yönde etkilenmeleri söz konusu olabilecektir.

TTK m. 454/I hükmü, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine dair kararının, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edici nitelikteyse, bu kararın anılan pay sahipleri tarafından oluşturulacak özel bir kurul tarafından onaylanmadıkça uygulanamayacağını düzenlemiştir. Buna karşılık TTK'da aynı zamanda bir esas sözleşme değişikliğini içeren birleşme kararının genel kurulda kabul edilmesi ile birlikte ayrıca İPSÖK tarafından onaylanmasının gerekip gerekmediği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Mehaz İsv.Bir.K'nda birleşme kararının İPSÖK tarafından onaylanması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda bu konuda ileri sürülen bir görüş, kanun koyucunun İPSÖK'ün onama kararını aramaktan bilinçli olarak imtina ettiğini, çünkü bunların haklarının İsv.Bir.K. m.7 ve m.105 aracılığıyla zaten korunduğunu ifade etmektedir. Ancak aksi yöndeki bir diğer görüş ise, birleşme işlemi imtiyazlı payların özelliklerini, bu paydan doğan hakları değiştiriyor veya ortadan kaldırıyorsa birleşme kararının İPSÖK tarafından da onaylanması gerektiği yönündedir⁴¹⁹.

Esasında bu ikinci görüş A.T. Anonim Şirketlerin Birleşmesine Yönelik Üçüncü Konsey Yönergesi'nin 7/2.maddesi ile de paraleldir. Anılan düzenlemede, çeşitli türden pay gruplarının varlığı halinde birleşme kararının, hakları birleşme işleminden etkilenen her özel pay sahipleri grubu tarafından onaylanacağı hükme bağlanmıştır.

⁴¹⁹ Kayalı Fena İpek, Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, Vedat Yayıncılık, s.197.

Türk hukukunda birleşme kararının genel kurulda onaylanmasının yanı sıra hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından da onaylanmasının gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Coştan; birleşme kararının İPSÖK tarafından onaylanıp onaylanmaması konusunda TTK'da açık bir hüküm olmaması nedeniyle, İPSÖK onayına gerek olduğunun düşünülebileceğini ancak, TTK m.140/4 ile birleşmelerde imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının kanunen korunduğunu, bu kapsamda imtiyazlı paylar karşılığında eşdeğer hakların sağlanacağını veya uygun bir karşılığın verileceğini düzenlediğini, böylece İPSÖK aracılığıyla sağlanan koruma yerine imtiyazların doğrudan korunması yolunun tercih edildiğini, ayrıca TTK m.191 vd. hükümlerde de koruma sağlandığını, sonuç olarak birleşme kararının İPSÖK onayına tabi olmadığı kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴²⁰.

Oruç ise; benzer bir şekilde birleşme, bölünme ve tür değiştirme vasıtasıyla kanunun dolanılarak imtiyazların ortadan kaldırılmasının TTK m.140 ve TTK m.183'ün gerekçesinde yasaklandığını, imtiyazların TTK m.140/4 hükmü ile korunduğunu, dolayısıyla imtiyazların korunması için zaten özel hükümlerin mevcut olduğunu bu nedenle TTK m.454'te öngörülen imtiyazlara ilişkin özel koruma prosedürünün uygulama alanı bulamayacağını, diğer bir ifade ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının İPSÖK tarafından onaylanmasına ihtiyaç olmadığını belirtmektedir⁴²¹.

Kayalı'ya göre; her ne kadar birleşmeyi düzenleyen hükümler arasında imtiyazlı pay sahiplerini koruyucu düzenlemeler (TTK m.140, 146/1-c, 191,192,193) yer almaktaysa da, bu düzenlemeler imtiyazlı pay sahiplerini korumakta yetersiz kalmakta, özellikle birleşme kararının tescil edilmesinin önüne geçememektedir. Bu nedenle birleşme kararı hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından onaylanmalıdır⁴²².

Özatlan ise; TTK m. 140/4 hükmünün özellikle devreden ortaklık için düzenlenmiş olduğunu, imtiyazlı paylara ilişkin özel koruma prosedürlerinin uygulama alanı bulamayacağı görüşünün, hem devreden hem de devralan ortaklık pay sahipleri açısından kabulünün TTK m.140/4 hükmü çerçevesinde mümkün olamayacağını, dolayısıyla devralan ortaklıktaki mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin

⁴²⁰ Coştan, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, s.70.

⁴²¹ Oruç, s.184.

⁴²² Kayalı, s.198.

haklarının da etkilenebileceği göz önüne alınarak, devralma şeklindeki birleşme açısından devralan ortaklıkta birleşme kararının İPSÖK tarafından onaylanması gerektiği görüşündedir⁴²³.

Bu yöndeki görüşlerin temelindeki amaç ise, imtiyazlı pay sahiplerinin kendi haklarına zarar verecek birleşme kararlarının tamamlanmasına engel olabilmek ve böylece birleşme sözleşmelerinin kendi imtiyazlarına zarar vermeyecek hale getirmelerine imkan sağlamaktır. Bu nedenle birleşme kararlarının hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından da onaylanması gerekmektedir⁴²⁴.

Kanaatimizce; birleşme kararının İPSÖK tarafından onaylanması gerekmektedir. Zira; TTK m.140/4 hükmü TTK m.454 hükmünün uygulama alanını ortadan kaldırmaz, bilakis TTK m.454 hükmünü pekiştirir.

IV. Anonim Şirketlerde Bölünme ve İmtiyazlı Paylar

Bölünme; ticari hayatta ortaklıkların hantal yapılarından kurtulmak, gelişen teknolojik ve diğer durumlara ayak uydurabilmek, birden fazla faaliyet alanı olan aynı ortaklıklar topluluğu içinde uzmanlaşmaya gitmek, iş bölümünü gerçekleştirmek ve bazen de vergi kolaylık ve indirimlerinden yararlanabilmek için başvurulan bir yöntemdir⁴²⁵.

Bölünmeler çoğu zaman verimliliğin, kâr marjının yada daha genel bir ifadeyle mali durumun iyileştirilmesi amacıyla yapılabildiği gibi, bazen sektörel bir seçime hayat vermek veya rekabetçi bir düzenin devamlılığını sağlamak bakımından bir müeyyide olarak da uygulanabilmektedir.

Kavramsal olarak bölünme, bir bütünden tam olarak veya belirli bölümler olmak üzere ayrılmayı yani bir bütünün içinde birden fazla parça meydana getiren bir ayrıma konu olmayı ifade etmektedir. Hukuki anlamda bölünme ise, bir ortaklığın malvarlığını ve yükümlülüklerini, tamamen veya kısmen bölerek tasfiyesiz olarak ve kısmî halefiyet yoluyla yeni kurulan ortaklık veya ortaklıklara devretmesi ve bunun karşılığında kendisine devralan ortaklığın paylarından pay tahsis edilmesidir⁴²⁶.

⁴²³ Özatlan, s.105.

⁴²⁴ Akbilek, s.193.

⁴²⁵ Bilgili/Demirkapı, s.93.

⁴²⁶ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.215.

Bölünme TTK'da tanımlanmamıştır. Kanun koyucu bölünme ile ilgili tanım yapmak yerine bölünmeyi iki ana türe ayırmak suretiyle bunları 159.maddede kavramsal olarak açıklamayı tercih etmiştir.

Bölünme ile ilgili olarak TTK'da yer alan hükümler çerçevesinde bir tanım yapmak gerekirse bölünme; “bir ortaklığın malvarlığının tümünün veya bir kısmının ya da bazı kısımlarının o ortaklıktan ayrılarak bir bütün halinde mevcut veya kurulacak bir ortaklığa yahut ortaklıklara devredip, karşılığında devralan mevcut veya yeni ortaklıkların paylarını, bölünen ortaklığın ortaklarının veya bizzat ortaklığın kendisinin iktisap etmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁴²⁷.

TTK m.159'da bölünme iki tür olarak ele alınmış ancak bu türlerin tanımı yapılmamış, buna karşılık bölünme türlerine ilişkin ilkeler belirlenmiştir. Çalışma konumuzun imtiyazlı paylar olması nedeniyle burada sadece bölünmenin türlerine çok kısa bir şekilde değinmekle yetineceğiz. TTK bölünmeyi tam bölünme ve kısmî bölünme olmak üzere iki türe ayırmıştır.

Tam bölünme; bu tür bölünmede bölünen ortaklık tamamen ortadan kalkar yani hukuken sona erer ve bölünen bu ortaklığın tüm malvarlığı mevcut veya yeni kurulacak en az iki ortaklığa bölünerek devredilir. Bölünen ortaklığın ortaklarına ise, mevcut veya yeni kurulan ve malvarlığın devredildiği ortaklıkların paylarından pay tahsis edilir.

Kısmî bölünme; bu bölünme türünde ise bölünen ortaklığın tüm malvarlığı bölünmeyip sadece bir kısmı bölünür. Ayrıca bu tür bölünmede yavru ortaklık kurma şeklinde de gerçekleşebilir. Kısmî bölünmede ortaklık bir veya birkaç kısma bölünür. Bu bölünen kısımların bağımsız bir işletme seviyesinde olması gerekmez. TTK'nın gerekçesi de göz önüne alındığında önemli olan ekonomik ve iktisadi değeri olan bir malvarlığının bölünmesidir. Böylelikle, bölünen ortaklık tamamen ortadan kalkmaz ve varlığını devam ettirir. Ortakların durumuna baktığımızda ise, ortakların bir kısmı bölünen bir kısmı da yeni kurulan veya devralan ortaklıkta pay sahibi olurlar veya ortaklıktan çıkabilirler⁴²⁸.

TTK m. 161/1 hükmü ile tam ve kısmî bölünmede ortaklık pay ve haklarının TTK m.140 hükmü kapsamında korunacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, bölünen ortaklıktaki mevcut hak ve paylara karşılık olarak devralan veya yeni kurulan ortaklıklarda mümkün olduğu kadar eş değerli hak ve payların tanınması

⁴²⁷ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku 2014, s.145.

⁴²⁸ Erdem Ercüment, Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi, Tür Değişiklikleri, Bankacılar Dergisi, Sayı 79, 2011, s.81.

gerekmektedir. Yani her kim bölünme öncesinde bölünen ortaklıkta ortak sıfatına haiz ise, ilke olarak bölünmeden sonra da devralan veya yeni kurulan tüm ortaklıkta mevcut katılım payı oranında ortak sıfatına haiz olmalıdır (TTK m.161/2-a simetrik bölünme). Bunun yanında bölünen ortaklıktaki ortaklara TTK m.161/2-b hükmü gereği münferit ortaklıkta veya diğer tüm ortaklıklarda mevcut paylarının oranlarına göre değişiklik yapılarak ortaklık paylarının tahsis edilmesi de söz konusu olabilir (asimetrik bölünme)⁴²⁹.

Bu açıklamalar ışığında ortaklıkların bölünmesi işlemlerinde ortaklık hak ve paylarının, konumuz itibariyle imtiyazlı payların da korunması için TTK m.140 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda bölünme sonucu bölünen ortaklıktaki mevcut imtiyazlı payların korunması için devralan veya yeni kurulan ortaklıkların iki yolu bulunmaktadır. Bunlardan ilki bölünen ortaklıkta bulunan imtiyazlı paylara eşdeğer bir şekilde imtiyazlı payların tanınması, ikincisi ise bu imtiyazlı paylar nedeniyle pay sahiplerine uygun bir karşılığın ödenmesidir. Her ne kadar kanun metnine baktığımızda devralan veya yeni kurulan ortaklık için bir seçim hakkı tanınmış gibi algılsa da madde metni incelendiğinde aslında gerçek anlamda bir seçimlik hak olmadığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki; devralan veya yeni kurulan ortaklık öncelikle bölünen ortaklıktaki mevcut imtiyazlı paylara eşdeğer imtiyazlı paylar tanımalı, bunun mümkün olmaması halinde ancak uygun bir karşılık (tazminat) ödemelidir.

Bununla birlikte, devralan veya yeni kurulan ortaklık bölünen ortaklıktaki mevcut imtiyazlı paylara eşdeğerli yeni imtiyazlı paylar sağlayamadığı için uygun bir karşılık yani tazminat ödeme yoluna gittiği zaman imtiyazlı payların hangi tarihteki değerinin esas alınacağı TTK'da açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak intifa senedi sahipleri için bu tarih TTK m.140/5'de birleşme sözleşmesinin yapıldığı tarih olarak kabul edildiğinden kıyasla hareket edersek ve yine bölünme kararının onaylanmasından sonra imtiyazlı payların sağladığı hakların değerinde düşme olasılığı bulunduğundan aynı tarihin imtiyazlı pay sahiplerinin korunması için de uygulanması gerektiği öğretide dile getirilmektedir⁴³⁰.

Bölünmede de imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunması hususunda TTK m.140/4'e atıf yapıldığından, birleşme kararının hakları ihlal edilen

⁴²⁹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.248.

⁴³⁰ Epçeli Sevgi,TTK Tasarısının Bölünmeye İlişkin Maddeleri, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, S 1, 2010, s:214. (Bölünme).

İPSÖK tarafından onaylanıp onaylanmaması ile ilgili aynı tartışmalar bölünme kararı için de geçerli olacaktır. Ancak devralma suretiyle bölünme söz konusu olduğunda, devralan ortaklıktaki imtiyazlı pay sahiplerinin bu bölünme işleminden dolayı hakları ihlal ediliyorsa, bölünme kararının bu imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanması gerektiği ifade edilmektedir⁴³¹.

V. Anonim Şirketlerde Tür Değişirme ve İmtiyazlı Paylar

Tür değişirme bir ticaret ortaklığının malvarlığında herhangi bir değişim olmaksızın, ortaklığın bir başkasına devri ve tasfiyesi yapılmadan, ortaklık paylarının ve haklarının korunarak biçim değişirmesidir. Bir limited ortaklığın anonim ortaklığa, bir limited ortaklığın sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığa bölünmesi tür değişirmeye örnek olarak gösterilebilir⁴³².

Tür değişirmenin temel unsurlarından ise kısaca şu şekilde bahsedebiliriz:

- a) Tür değıştiren ortaklık hukuken sona ermez bilakis hukuk sujesini devam ettirerek ekonomik ve hukuki kimliğini korur.
- b) Hukuki kimliği devam ettiği için tür değıştirmeden önceki aktif ve pasiflerinin intikaline de gerek kalmamaktadır.
- c) Birleşme ve bölünmede olduğu gibi malvarlığı ile ortaklık hak ve yükümlülüklerinin devamı ilkesi tür değıştirmede de bulunmaktadır.⁴³³

Tür değıştirmede de yukarıda ifade edildiği gibi ortaklık paylarının ve haklarının korunması yasa gereğidir. TTK'da bu husus 183.maddede düzenlenmiştir. Buna göre tür değıştirmede ortaklık hak ve payları korunur. Oydan yoksun paylar için sahiplerine eşdeğerde paylar veya oy hakkına haiz paylar verilir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise imtiyazlı paylar ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Tür değıştirmede de, imtiyazlı payların karşılığında eş değerde payların verileceği veya uygun bir tazminatın verileceği düzenlenmiştir. TTK tür değıştirmede bölünmede olduğu gibi m.140'a atıfta bulunmamıştır.

Burada ifade edilmesi gereken bir başka husus ise tür değıştirme işleminde, eğer dönüştürülen ortaklık türünde imtiyazlı pay tanınması mümkün değilse, hakları ihlal edilen İPSÖK'ün onayı gerekecektir⁴³⁴.

⁴³¹ Akad, s.45.

⁴³² Tekinalp, Yeni Hukuk, s.675.

⁴³³ Pulaşlı, Şirketler Hukuku I, s.270.

VI. Ortaklığın Tabiiyetinin ve İşletme Konusunun Değiştirilmesi

İmtiyazlı paylara sahip olan bir anonim ortaklığın tabiiyetinin değiştirilmesi halinde, bu durumdan imtiyazlı pay sahiplerinin hak ve menfaatlerinin etkilenmesi söz konusu olabilir. Şöyle ki; tabiiyetini değiştiren bir anonim ortaklığın yeni tabii olduğu ülkenin hukuk düzeni, imtiyazlı paylara Türk hukukunda bahşedilenden daha az hak ve menfaat sağlıyorsa, bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal edilmiş olacaktır. Ancak tabii olunan yeni ülkenin hukuku, imtiyazlı paylara Türk hukukundan daha fazla hak ve menfaatler sağlıyorsa, o zaman imtiyazlı pay sahiplerinin lehine bir durum gerçekleşmiş olacaktır⁴³⁵.

Bununla birlikte TTK m. 421 hükmü gereği ortaklığın tabiiyetinin değiştirilmesi kararı tüm pay sahiplerinin veya temsilcilerinin oy birliği ile alınabilmektedir. Dolayısıyla; ortaklığın tabiiyetinin değiştirilmesi kararı yukarıda ifade ettiğimiz gibi her ne kadar imtiyazları etkileyebilecek nitelikte de olsa ancak oybirliği ile alınacağından İPSÖK'ün ayrıca toplanmasına gerek kalmayacaktır.

Anonim ortaklığın işletme konusunun değiştirilmesi de bir esas sözleşme değişikliğini gerektirmektedir. Anonim ortaklıklarda işletme konusu TTK m.339/2-b hükmü gereği esas sözleşmede yer alması gereken unsurlardandır. Bu nedenle işletme konusunun değiştirilmesi ancak bir esas sözleşme değişikliği yapmak suretiyle gerçekleştirilebilir. İşletme konusunun değiştirilmesi her zaman olmasa bile zaman zaman imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebilir⁴³⁶. Örneğin; işletme konusu turizm olan bir anonim ortaklıkta, bazı paylara yılın belirli dönemlerinde ortaklığın bazı otellerinde ücretsiz tatil yapma imtiyazı tanınmışsa ve ortaklığın işletme konusu inşaat işleri olarak değiştirildiğinde ücretsiz tatil yapma imtiyazına sahip olan imtiyazlı pay sahiplerinin bu hakkı ortadan kalkıyorsa, bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiği kabul edilecektir.

VII. Ortaklığın Sona Ermesine veya Devam Etmesine Karar Verilmesi

Süresi esas sözleşmede belirtilmiş olan bir anonim ortaklığın, esas sözleşmede belirtilen süre dolmadan sona ermesine karar verilmesi halinde, ortaklık nezdinde mevcut imtiyazlı payların hakları ihlal edilebilir. Çünkü ortaklığın sona

⁴³⁴ Akad, s.45.

⁴³⁵ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.168.

⁴³⁶ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.168.

ermesi imtiyazlı payların da ortadan kalkması anlamına gelmektedir. Bu durumda genel kurul tarafından verilen sona erme kararı hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından onaylanmadığı sürece uygulanamayacaktır.

Ancak genel kurul tarafından verilen sona erme kararı anonim ortaklığın mali durumunun kötüleşmesi nedeni ile alınmış ve ortaklığın devam etmesi halinde daha büyük zararların doğacağı açıksa, bu durumda sona erme kararını onaylamayan İPSÖK kararına karşı TTK m.454/7 hükmü gereği yönetim kurulu tarafından iptal davası açılarak genel kurulun sona erme kararının tescili talep edilebilir. Zira; İPSÖK kararının da dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun olması gerekmektedir.

Bunun yanında süresi esas sözleşmede belirtilmiş olan ve bu sürenin sonunda faaliyetlerini durduran anonim ortaklık müfesihi olacağından, ortaklığın bu şekilde sona ermesine İPSÖK tarafından engel olunması mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık; belirli bir süre için kurulmuş anonim ortaklığın süresinin bitmesine rağmen, genel kurul tarafından ortaklığın devamına karar verilmesi halinde de imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal edilebilir. Örneğin belirli bir süre için kurulmuş olan bir anonim ortaklıkta tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar varsa, ortaklığın devamı kararı verilmesi ile tasfiye bakiyesinde imtiyazlı payların haklarının ihlal edileceği şüphesizdir. Bu nedenle genel kurul tarafından verilen ortaklığın devamına yönelik kararın hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından onaylanması gerekmektedir⁴³⁷.

VIII. İntifa Senetlerinin Çıkarılması

Anonim ortaklıkta intifa senedi; sahibine anonim ortaklık ile yapacağı sözleşme sonucunda yalnızca malvarlıksal haklar sağlayan, buna karşılık hiçbir şekilde anonim ortaklıkta pay sahipliği, ortaklık ve bunlardan doğan hakları tanımayan menkul kıymet türüdür. İntifa senetlerinin sahiplerine sağladıkları malvarlıksal haklar; net dönem kârına, tasfiye bakiyesine, sermaye artırımında yeni çıkarılacak paylara katılma hakkı vb. şeklinde sayılabilir⁴³⁸.

⁴³⁷ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.170.

⁴³⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1715.

TTK intifa senetleri ile ilgili olarak m.502'de genel kurulun esas sözleşme ile veya esas sözleşme değişikliği ile intifa senedi çıkarabileceğini düzenlemiştir. Bu durumda bir anonim ortaklıkta kuruluştan sonra intifa senedi çıkarabilmek için esas sözleşme değişikliği yapılması yasa gereğidir. İntifa senetlerinin niteliğini göz önüne aldığımızda, anonim ortaklıkta intifa senetlerinin çıkarılması kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebileceği anlaşılmaktadır. Şöyle ki anonim ortaklıkta kâr payında, tasfiye bakiyesinde veya yeni pay alma hakkında imtiyazlı paylar var iken, aynı konularda hak sahibi intifa senedi çıkarılmasına esas sözleşme değişikliği yapılarak karar verilmesi, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebilir. Böyle bir durumda hakkı ihlal edilen İPSÖK tarafından, intifa senedi çıkarılması yönündeki esas sözleşme değişikliği kararının onaylaması gerekecektir

Buna karşılık intifa senetlerinin çıkarılması, anonim ortaklıkta her zaman imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmez. İntifa senedi sahiplerine, ancak imtiyazlı pay sahipleri tamamen tatmin edildikten sonra kâr payına katılma hakkı tanınmışsa bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiğinden söz edilemeyecek ve dolayısıyla da İPSÖK'ün onama kararına gerek kalmayacaktır⁴³⁹.

IX. Yeni İmtiyazlı Pay İhracına veya Mevcut İmtiyazların Kısıtlanması veya Kaldırılmasına Karar Verilmesi

Anonim ortaklıklarda mevcut olan bir imtiyazlı pay ile aynı konuda yeni bir imtiyazlı pay ihraç edilmesi mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin hakkını ihlal edeceğinden, anılan bu genel kurul kararının hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından onaylanması gerekir. Nitekim kâr payında öncelik tanıyan imtiyazlı paylar varken, yeni kâr payında imtiyazlı pay çıkarılması halinde, daha önce yeterli kâr elde edilemeyen yıllarda daha iyi oranda kâr payı alan eski imtiyazlı paylar, yeni imtiyazlı payların gelmesiyle daha az oranda kâr payından yararlanabilecektir. Yine imtiyazlı pay sahibine ait mevcut imtiyazların kaldırılması veya kısıtlanmasına karar verilmesi halinde de imtiyazlı pay sahiplerinin hakkı ihlal edilmiş olacağından hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından bu kararlara onay verilmesi gerekecektir⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.169.

⁴⁴⁰ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.171.

§.3. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU

I. KURULUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Kurulun Amacı

6762 sayılı TTK'da imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı kurul m.389 ve 391'de imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu başlığı altında düzenlenmişti. Buna karşılık TTK'da ise imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı kurul imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu şeklinde değiştirilerek tek bir madde halinde 454.maddede düzenlenmiştir. Kurulun adının özel olarak değiştirilmesi, imtiyazlı pay sahipleri kurulunun genel kurulun özel bir türü olduğu düşüncesi ile isabetli olduğu görüşü savunulmaktadır⁴⁴¹.

İPSÖK'ün kanunda düzenlenme amacı ise; hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunmasını sağlamaktır. Bir başka deyişle anonim ortaklıkta çoğunluğun, keyfe keder bir şekilde imtiyazlı payların sahiplerine sağladığı hakları ihlal etmesine engel olmaktır.

Ancak imtiyazlı payların sahiplerine tanıdığı hakların ihlal edilmesine karşı adeta bir koruma kalkanı gibi olan İPSÖK'ün yetkileri de sınırsız değildir. Nitekim 6762 sayılı TTK döneminde azınlık ve imtiyazlı pay sahiplerinin çoğunluğun ve dahi ortaklığın genel menfaatlerini kullanacak şekilde haklarını korumaları gerektiği görüşü savunulmuş, azınlığın ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kötüye kullanmalarına karşı koruyucu hükümler olmaması nedeniyle 6762 sayılı TTK eleştirilmiştir⁴⁴².

6762 sayılı TTK dönemindeki anılan bu eleştiriler TTK'da dikkate alınmış ve imtiyazlı paylar ile bu payların kullanımı hususundaki düzenlemeler daha kapsamlı bir şekilde yapılmıştır. Daha açık bir ifadeyle; kanun koyucu imtiyazlı paylar ve bu payların kullanımı, sağladığı haklar konusunda ikili bir amaç çerçevesinde düzenleme yapmıştır. Kanun koyucu bir yandan çoğunluk tarafından imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının keyfi, gereksiz veya aşırı bir şekilde ihlal edilmesinin önlenmesini amaçlarken, diğer yandan ise ortaklığın genel menfaati için

⁴⁴¹ Akad, s.25.

⁴⁴² Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Makalelerim, İstanbul 2010, s.228.(Makalelerim)

gereken değişiklik ve yeniliklerin yapılmasını sağlamayı amaçlamıştır⁴⁴³.

B. Kurulun Hukuki Niteliği

İPSÖK anonim ortaklık esas sözleşmesinde imtiyazlı payların tanımlanması ile birlikte kendiliğinden oluşur. Kurulun oluşumu ile ilgili olarak esas sözleşmede ayrıca hüküm olmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak bir anonim ortaklıkta konuları ve sağladığı haklar bakımından kaç tane imtiyazlı pay grubu varsa o kadar da İPSÖK oluşur⁴⁴⁴.

İPSÖK'ün hukuki niteliği tartışmalara sebep olmuş bir konudur. İPSÖK'ün sadece temsil ettiği imtiyazlı pay sahiplerinin oylarıyla fonksiyonlarını yerine getiren bir karar organı, dar kapsamlı bir genel kurul niteliğinde şekilde ifade edilmektedir⁴⁴⁵.

Doktrindeki⁴⁴⁶ ağırlıklı görüş ise İPSÖK'ün işlevi ve yetkisi nazara alındığında ortaklığın bir iç organı olduğu ve yalnızca kendilerini temsil eden imtiyazlı payların haklarıyla ilgili olarak toplanıp karar alabilen dar kapsamlı özel nitelikte bir genel kurul olduğu yönündedir.

Tekinalp ise; İPSÖK'ün özellikle sermaye artırımlarında konusu ne olursa olsun tüm imtiyazlı pay sahiplerinin ayrı ayrı toplandıkları imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu olmadığını, sadece aynı hakları kapsayan imtiyazlı pay sahiplerinin birlikte toplandığı özel bir kurul olduğunu, dolayısıyla İPSÖK'ün davacı ve davalı olamayacağını, oluşumunun ihlal edilen imtiyazın konusuna göre değişeceğini savunmaktadır⁴⁴⁷.

İPSÖK anonim ortaklıkta bir iç organ olarak kabul edildiği için, kurul tarafından alınan kararların ortaklığın dış ilişkilerini doğrudan doğruya etkilemesi kural olarak mümkün değildir. Ancak, genel kurulun aldığı kararlardan imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eder nitelikte olanların, ilgili İPSÖK tarafından onaylanmadığı sürece uygulanamayacağı (TTK m.454/1) kuralı gereği ortaklığın dış ilişkilerini dolaylı olarak etkilemektedir⁴⁴⁸.

Yine TTK m.454 hükmü emredici nitelikte olduğundan, İPSÖK'ün

⁴⁴³ Akad, s.30.

⁴⁴⁴ Oruç, s.186.

⁴⁴⁵ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.15-17.

⁴⁴⁶ Akad, s.28. Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.142. Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1325; Oruç, s.186.

⁴⁴⁷ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.98.

⁴⁴⁸ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.142.

imtiyazları ihlal eden kararları onama hakkında feragat ile ilgili hükümlerin sözleşmeye konulmasının bir geçerliliği de olmayacaktır⁴⁴⁹.

Bir başka tartışma konusu ise, İPSÖK kararlarının bağımsız olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İmregün; imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ihlal ettiği düşünülen genel kurul kararını onama veya onamama kararlarının genel kuruldan bağımsız bir karar olmadığını, bu kararların genel kurul kararının bir parçası olduğunu, ayrı bir karar olarak nitelendirilemeyeceği için de iptal davasına konu olamayacağını ifade etmektedir⁴⁵⁰.

Ancak doktrindeki⁴⁵¹ ağırlıklı görüş ise İPSÖK'ün genel kuruldan bağımsız olduğu yönündedir. Moroğlu; TTK m.454/7 ve 8.fıkralarında İPSÖK'ün genel kurul kararını onaylamama kararına karşı iptal davasının açılmasını düzenlemesinin kanun koyucunun iradesinin İPSÖK kararlarının genel kurul kararlarından bağımsız olduğu yönünde olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir⁴⁵².

Kanaatimizce; İPSÖK bir organ vasfına haiz olmayıp özel bir kuruldur. Zira organ olması için anonim ortaklık bünyesinde ortaklık ile ilgili bir takım sorumlulukları üstlenmesi gerekmektedir. Oysa ki, İPSÖK sadece imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını korumak için oluşturulmuş bir kuruldur. Dolayısıyla, İPSÖK'ün hukuki niteliğini özel bir kurul olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

II. KURULUN TOPLANMA NEDENLERİ

A. İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Haklarının İhlal Edilmesi

İPSÖK'ün toplanıp karar alabilmesi için temel şart, pek tabii ki öncelikli olarak imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesidir. Yani İPSÖK'ün TTK m.454 kapsamında toplanıp karar alabilmesi için; TTK m.454/1 hükmünde belirtilen genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılması için yönetim kuruluna yetki verilmesine dair kararı ile yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına dair kararlarının imtiyazlı

⁴⁴⁹ Oruç, s.187.

⁴⁵⁰ İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1968, s.117.

⁴⁵¹ Arslanlı, s.81.Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.150. Tekinalp, Yeni Hukuk s.97 vd. Akad, s.28. Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.17.

⁴⁵² Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.202 vd.

pay sahiplerinin haklarını ihlal eder nitelikte olması gerekmektedir.

Burada ihlal kavramı üzerinde biraz durmak gerekiyor. Acaba kanunda belirtilen ihlal kavramının kapsam ve mahiyeti nedir? Hangi hallerde imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiği kabul edilmelidir? İmtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi kim/kimler tarafından yapılacaktır?

TTK m.454/1 hükmünde belirtilen genel kurul ve yönetim kurulu kararı, ortaklık bünyesinde yer alan bir pay üzerindeki imtiyazı tamamen kaldırıyor veya kaldırırsa bile süresiz olarak tanımlanmış bir imtiyazı süreli hale getiriyorsa, imtiyazlı payın sağladığı hakların kullanımını sınırlıyor, zorlaştırıyor, sulandırıyor veya şarta bağlıyorsa işte bu hallerde imtiyazların ihlal edildiği kabul edilecektir. İmtiyazların sulandırılması ise; imtiyazlı paylarla sağlanan haklara bir başka pay sahibinin veya 3. bir kişinin de dahil edilmesi veya mevcut bir imtiyazlı pay ile aynı konuda yeni imtiyazlı payların ihraç edilmesi suretiyle sağlanan menfaatlerin azaltılması veya etkisizleştirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁵³.

İhlal kavramının geniş olarak ele alınması gerekmektedir. Bir başka deyişle ihlalin olup olmadığını değerlendirirken TTK m.454 hükmünün asıl amacının imtiyazları korumak olduğu nazara alınarak hareket edilmelidir. İmtiyazın ihlali imtiyazın kaldırılması veya değiştirilmesi şeklinde doğrudan olabileceği gibi, imtiyazın süreye bağlanması, yeni imtiyazlı paylar çıkararak mevcut imtiyazlı payların menfaatlerinin azaltılması veya mevcut imtiyazlarla sağlanan menfaatlere daha fazla payın dahil edilmesi şeklinde imtiyazların amacının etkisizleştirilmesi şeklinde de olabilir.

Nitekim İsv. BK'nın 654.maddesinde özel kurulun onayına tabi kararların; imtiyazların değiştirilmesi, tamamen ortadan kaldırılması veya mevcut imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının önüne geçecek şekilde yeni imtiyazların çıkarılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararları olduğu şeklinde düzenleme yapılarak ihlal kavramı yerine değiştirilmesi, kaldırılması kavramları kullanılmıştır. Ancak pay grupları arasındaki oranın değiştirilmesine rağmen menfaat dengesinin değişmemesi veya değişen menfaat dengesini telafi edici bir başka düzenlemenin getirilmesi halinde ihlalden söz edilemeyecektir⁴⁵⁴.

İmtiyazların ihlal edilip edilmediğinin tespitinde yapılması gereken pay ve pay kategorileri arasındaki dengenin imtiyazlı paylar aleyhine değişip

⁴⁵³ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.98.

⁴⁵⁴ Akad, s.33.

değişmediğine bakmaktır. TTK m.454/1 hükmünde imtiyazın ihlali ile ilgili açıklık bulunmadığından, kanunda yer alan bu boşluğu, TTK m.454 hükmünün temel amacının imtiyazların korunması olduğunu düşünerek geniş bir şekilde yorumlayarak doldurmak daha isabetli olacaktır. Yine imtiyazların ihlal edilip edilmediği hususu her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla imtiyazların ihlal edilip edilmediği hususunda sadece şekli bir değerlendirme yapmanın çok doğru olmadığı, bu konuda esasen imtiyazın paya sağladığı menfaatin ihlal edilip edilmediği konusunun detaylı araştırılması gerektiği düşüncesindeyiz.

İmtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi TTK m.454/2 ile öncelikli olarak yönetim kuruluna bırakılmıştır. Yönetim kurulu tarafından özel kurulun toplantıya çağırılmaması halinde ise bu hak imtiyazlı pay sahiplerine tanınmıştır. Moroğlu, yönetim kurulunun özel kurulu toplantıya çağırmasının zorunlu olduğunun vurgulanmamasının bir eksiklik olduğunu vurgulamaktadır⁴⁵⁵. Kanun koyucunun genel kurul tarafından imtiyazları ihlal edebilecek nitelikteki bir esas sözleşme değişikliği kararının verilmesinden sonra, ilgili özel kurulun toplanabilmesi için, yönetim kurulunun çağrısını beklemek zorunda bırakması eleştirilebilir. Özel kurulun toplantıya çağırılması hususunda öncelik hakkının yönetim kuruluna verilmesi yerine, genel kurul tarafından karar alınmasından sonra, doğrudan doğruya ilgili özel kurulun toplantı yapmasına olanak tanınmasının, imtiyazların korunması açısından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Çünkü imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin tespitinin öncelikli olarak hak sahibi olan imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna verilmesi, imtiyazların korunması amacına daha iyi hizmet edecektir.

B. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulun Onayına Tabi Kararın Olması

TTK sisteminde, imtiyazlı payların sağladığı hakların ihlal edildiği her durumda, ihlal edilen imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı İPSÖK tarafından onama kararının verilmesi aranmamaktadır. TTK özellikle her sermaye artırımı kararının potansiyel bir imtiyaz ihlali olduğu görüşü ile hareket eden 6762 sayılı TTK sisteminden ayrılmıştır. Kanun koyucu ortaklık içinde alınan hangi kararların imtiyazların ihlaline yol açabileceğini m.454 ile kendisi belirlemiştir. Bu kararlar ise genel kurulun esas sözleşme değişikliği kararı, genel kurulun sermayenin artırılması

⁴⁵⁵ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.257.

konusunda yönetim kuruluna yetki vermesi kararı ve yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı şeklinde sayılmıştır (TTK m.454/1).

Pek tabi anonim ortaklık içinde TTK m.454/1 de sayılan üç karar türünün dışındaki kararlar ile de imtiyazlar ihlal edilebilir. Bu durumlarda, imtiyazların korunmasına dair özel bir koruma yolu olan TTK m.454 hükmü gereği korunma talep edilemese dahi, TTK m.445 vd. maddeleri gereği genel hükümler uyarınca açacakları iptal davaları ile muhtemel ihlallerin önüne geçerek imtiyazların korunması sağlanabilecektir.

1. Esas Sözleşme Değişikliğine Dair Genel Kurul Kararları

TTK m.454/1 hükmü gereği, genel kurulun her esas sözleşme değişikliği kararı İPSÖK onayına tabi değildir. Kanun metninde açıkça ifade edildiği üzere genel kurul tarafından verilen esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararlardan, ancak imtiyazlı payları ve sağladığı hakları ihlal eden kararlar İPSÖK onayına tabi olacaktır.

Genel kurulun hangi esas sözleşme değişikliği kararlarının, imtiyazları ve sağladığı hakları ihlal ettiğini maddeler halinde saymak mümkün değildir. Bu nedenle genel kurul tarafından verilen her esas sözleşme değişikliği kararının, kendi içinde incelemeye alınarak imtiyazları ve sağladığı hakları ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekecektir. Bununla beraber, esas sermaye sisteminden kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi ile ilgili esas sözleşme değişikliği, imtiyazların kaldırılması veya sınırlandırılması ile mevcut imtiyazların dışında yeni imtiyazlı pay ihracına ilişkin esas sözleşme değişikliği, sermayenin azaltılması veya artırılması, birleşme, bölünme, tür değişikliği, intifa senedi ihracı şeklindeki kararları en belirgin örnekler arasında sıralayabiliriz.

Yukarıda ifade edilen esas sözleşme değişikliklerinden imtiyazların kurulabilmesi için TTK ağırlaştırılmış nisap belirlemiştir. TTK m.421/3-b fıkrasında imtiyazlı pay oluşturulabilmesi için sermayenin en az %75'inin olumlu oyunun gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanun koyucunun fıkra ile ilgili gerekçesinin: “(b) bendine, imtiyazların genişletilmesi dahil değildir. Çünkü sonradan imtiyazlı payın oluşturulması, yeni bir düzenin gelmesi demektir. Mevcut bir imtiyazın veya imtiyazların kaldırılması veya zayıflatılması 454 üncü maddeye tâbidir.” şeklinde belirtildiğini görmekteyiz. Her ne kadar imtiyazların kaldırılması

için gerekli nisaplar kanunda açıkça düzenlenmediğinden işlemde paralellik ilkesi gereği, imtiyazların kurulması için gerekli olan nisabın geçerli olması gerektiği akla gelirse de, kanun koyucunun gerekçesi dikkate alındığında imtiyazların kaldırılması için %75 lik ağır nisap aranmamalıdır. Kanunda açıkça ağırlaştırılmış bir nisap aranmayan durumlarda genel nisapların uygulanması amaca daha uygun olacaktır. Bu durumda imtiyazların kaldırılması bir esas sözleşme değişikliği gerektirdiğinden TTK m.421/1’de belirlenen nisaplar aranmalıdır. Burada imtiyazların korunması ile ilgili sorunların doğabileceği de akla gelebilir. Ancak genel kurulda imtiyazların kaldırılması hangi nisapla alınırsa alınsın bu karar, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından TTK m.454/3’de belirlenen nisaplarla onaylanmadığı sürece hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim kanun koyucu TTK m.454 ile imtiyazların özel olarak korunmasını düzenlemiştir. Dolayısıyla imtiyazların kaldırılmasına dair genel kurul kararı imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmadan uygulanamayacağından, genel kurulda TTK m.421/1’de belirlenen nisapların uygulanmasının uygulamada sıkıntı doğurmayacağı kanaatindeyiz.

a. Genel Kurulun Yönetim Kuruluna Sermayenin Artırılması Konusunda Yetki Vermesi Kararı

TTK m. 460 hükmü ile halka kapalı anonim ortaklıklarda ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile yönetim kuruluna esas sözleşmede belirtilen tavan tutarına kadar sermayenin artırılması yetkisinin en çok 5 yıl için verilebileceği düzenlenmiştir.

Madde metni incelendiğinde, ilk esas sözleşmede düzenlenmediği takdirde kayıtlı sermaye sistemine geçmek için mutlaka esas sözleşmenin değiştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. TTK m.454/1’de ise genel kurulun, yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki vermesi kararının, İPSÖK tarafından onaylanmadığı sürece uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

Ancak genel kurulun kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki vermesi kararının tek başına imtiyazları ihlal edip etmediği konusu tartışmalıdır.

Teoman; 6762 sayılı TTK döneminde genel kurul tarafından yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki verilmesi kararının, yalnızca bu kararda imtiyazlı pay çıkarma veya mevcut imtiyazları sınırlandırma yetkisinin yer

alması halinde İPSÖK tarafından onaylanması gerektiğini, aksi takdirde tek başına yönetim kuruluna verilen sermayenin artırılması yetkisi kararının İPSÖK onayına tabi olmayacağını savunmaktadır⁴⁵⁶.

TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise benzer şekilde genel kurulun sermayenin artırılması için yönetim kuruluna yetki vermesine yönelik düzenlemenin isabetli olmadığı savunulmaktadır. Zira kayıtlı sermaye sisteminde imtiyazı ihlal edebilecek olan kararın yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı olabileceği buna karşılık genel kurulun sermayenin artırılması için yetki vermesi kararının imtiyazları ihlal niteliğinin olmadığı savunulmaktadır. Ayrıca hem yetki verilmesi hem de yönetim kurulunun sermayenin artırılması kararının İPSÖK onayına tabi tutulmasının gereksiz olduğu, bu durumun aynı zamanda verilen ilk onama kararının ikinci aşamada geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği hususunda tartışma ve sorunları beraberinde getireceği ifade edilmektedir⁴⁵⁷.

Moroğlu ise bu görüş ile paralel bir şekilde genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki vermesi kararının imtiyazları ihlal etmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle de düzenlemenin gereksiz olduğunu savunmuştur⁴⁵⁸.

Tekinalp ise, bu görüşlere karşılık olarak genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki vermesi kararının, her ne kadar yönetim kurulu tarafından henüz genel kurul kararına dayanılarak sermayenin artırılması kararı alınmamış olsa da, imtiyazların ihlali için gerekli alt yapının oluştuğu, özellikle de genel kurulun vermiş olduğu yetkilerin arasında imtiyazlı pay çıkarılması da varsa ihlale kapı açıldığı gerekçesi ile İPSÖK'ün onayına tabi olduğunu belirtmektedir⁴⁵⁹.

Yine benzer şekilde Akad, TTK m.454/1'de genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması için yetki vermesi kararının İPSÖK onayına tabi tutulmasının isabetli olduğunu ancak maddenin devamında yönetim kurulunun tavan dahilinde yapacağı sermaye artırım kararlarının da İPSÖK onayına tabi tutulmasının imtiyazların korunması amacını aşar nitelikte olduğunu savunmuştur⁴⁶⁰.

Konuya SerPK kapsamına giren ortaklıklar açısından bakıldığında

⁴⁵⁶ Teoman, Tüm Makalelerim, s.391.

⁴⁵⁷ Kendigelen, İlk Tespitler, s.353.

⁴⁵⁸ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.256.

⁴⁵⁹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.98.

⁴⁶⁰ Akad, s.40.

ise, SerPK m.18/4 ile TTK m.454 hükmüne atıfta bulunularak kayıtlı sermaye sistemine geçiş ile ilgili genel kurul kararının imtiyazları ihlal ettiği ölçüde hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından onaylanması gerektiği düzenlenmiştir.

Ayrıca kayıtlı sermaye sisteminde esas sözleşme ile yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma veya mevcut imtiyazları kısıtlama hakkının verilmesinin İPSÖK onayına tabi olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. Tekinalp, imtiyazların belirliliği ilkesi kapsamında yönetim kuruluna verilen yetkinin kapsamının yani imtiyazların konusu, niteliği, sınırları ve nasıl kullanılacağına esas sözleşmede açıkça belirtilmesinin zorunlu olması nedeniyle anılan bu kararın hakları ihlal edilen İPSÖK tarafından onaylanması gerektiğini savunmaktadır⁴⁶¹.

Buna karşılık Akad ise; ikili bir ayırım yaparak değerlendirme yapmıştır. Yazara göre; yönetim kuruluna imtiyazlı pay çıkarma veya imtiyazların kısıtlanmasına karar verme yetkisinin verildiği esas sözleşme değişiklik kararı her halde geçerli olacak ancak, verilen yetkinin sınırlarının belirtilmemiş olması halinde bu kararın doğrudan imtiyazları ihlal ettiğinden bahsedilemeyecek, dolayısıyla anılan bu yetkinin kullanıldığı her yönetim kurulu kararının imtiyazları ihlal etmesi halinde İPSÖK onayına tabi olacaktır. Buna karşılık, yönetim kuruluna verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının belirtilmiş olması halinde yetkinin verilmesine dair esas sözleşme değişikliğinin hakları ihlal edilen İPSÖK onayına tabi olduğu, bu durumda ise genel kurulun İPSÖK onayından geçmiş olan yetki kararına istinaden alınan yönetim kurulu kararlarının ayrıca İPSÖK onayına tabi olmayacağı ifade edilmektedir⁴⁶².

Her ne kadar genel kurulun yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki vermesi kararı imtiyazları doğrudan ihlal etmiyor olarak görünse de, Tekinalp'inde ifade ettiği gibi imtiyazların ihlali için mevcut ortam hazırlanmış olmaktadır. İmtiyazlı pay sahipleri; kendisine yetki verilen yönetim kurulunun belli dönemler içinde sermayenin artırılması yoluna giderek, mevcut imtiyazlı payların ortaklık üzerindeki etkisini azaltabileceği düşüncesi ile bu ihtimalin doğmasına baştan engel olmak isteyebilirler. İmtiyazlı pay sahipleri her sermayenin artırılmasına dair yönetim kurulu kararı ile ilgili olarak ayrı ayrı toplantı yapmak yerine, genel kurulun yetki kararını onamayarak tek bir toplantı ile bu duruma engel olabilecektir. Yani kısaca genel kurulun, yönetim kuruluna sermayenin

⁴⁶¹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.94.

⁴⁶² Akad, s.47.

artırılması konusunda yetki vermesi kararı, imtiyazların doğrudan olmasa da dolaylı yoldan ihlaline sebep olabileceğinden İPSÖK onayına tabi olmalıdır.

b. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Sermaye Artırılmasına İlişkin Yönetim Kurulu Kararı

TTK m.454/1 hükmüne göre İPSÖK onayına tabi olan bir diğer karar ise, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararıdır. Kanun koyucunun, yönetim kurulunun genel kurul tarafından verilen yetkiye dayanılarak tavan dahilinde sermaye artırımı kararının, imtiyazları ihlal etmesi halinde İPSÖK onayına tabi tutması eleştirilmiştir.

Teoman; bu konuda kayıtlı sermaye sistemine geçişe dair esas sözleşme değişikliğini kabul eden imtiyazlı pay sahiplerinin, yönetim kurulu tarafından tavan dahilinde sermayenin artırılması kararını verebileceğini baştan bildiklerini bu nedenle yönetim kurulu tarafından tavan dahilinde verilen sermayenin artırılması kararının İPSÖK onayına tabi olmadığını ifade etmektedir⁴⁶³.

Yine bu doğrultuda, kayıtlı sermaye sistemine geçerek yönetim kuruluna belirlenen tavan dahilinde sermayenin artırılması yetkisinin verilmesini kabul eden imtiyazlı pay sahiplerinin, ileride yönetim kurulu tarafından sermayenin artırılması kararına da izin vermiş sayılacaklarından, belirli bir zaman sonra yönetim kurulu tarafından fiili olarak sermayenin artırılması kararının İPSÖK onayına tabi olmayacağı, aksi takdirde kayıtlı sermaye sistemine geçişe teşvik edici sermaye artırımının hızlı bir şekilde gerçekleşmesinin önünün kapatılmış olacağı belirtilmektedir⁴⁶⁴.

Bu görüşe karşı olan görüşü ise, Tekinalp savunmuştur. Yazara göre; kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun tavan dahilinde de olsa sermayenin artırılmasına ilişkin kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edebileceğini, özellikle genel kurulun yönetim kuruluna yetki verdiği kararda verilen yetkiler arasında yönetim kurulunun yeni imtiyazlı paylar çıkarması da varsa imtiyazların ihlalinin söz konusu olmasından dolayı İPSÖK onayına ihtiyaç bulunmaktadır⁴⁶⁵.

Kanaatimizce; hem genel kurul tarafından yönetim kuruluna

⁴⁶³ Teoman, Tüm Makalelerim, s.390 vd.

⁴⁶⁴ Akad, s.49.

⁴⁶⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.98.

sermaye artırım yetkisi verilmesine dair kararın hem de yönetim kurulunun sermaye artırım kararının İPSÖK tarafından ayrı ayrı onaylanması gerekmektedir. Her ne kadar imtiyazlı pay sahipleri, genel kurul toplantısında yönetim kuruluna sermayenin artırılması yetkisi verilmesi kararını onaylamış olsalar da, yönetim kurulunun daha sonradan yapacağı bir sermaye artırım kararının istisnai hallerde de olsa imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etme ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu tarafından verilen her sermaye artırım kararının imtiyazlı pay sahipleri tarafından hakların ihlal edilip edilmediği noktasında değerlendirilmesi ve ihlal niteliği varsa, ilgili İPSÖK tarafından anılan karar ile ilgili toplantı yapılması gerektiğine inanıyoruz. Ancak burada şu soru akla gelmektedir: TTK m. 454/2 hükmüne göre İPSÖK'ü toplantıya çağırma görevi öncelikle yönetim kuruluna aittir. Bu durumda sermayenin artırılmasına karar veren yönetim kurulu İPSÖK'ü toplantıya çağırmadan anılan bu kararı uygularsa, İPSÖK ne yapabilir? Böyle bir soruya karşı akla gelen ilk cevap imtiyazlı pay sahiplerinin TTK m. 460/5 hükmü kapsamında yönetim kurulu kararının iptali davasıdır. Bunun dışında yine TTK m.553 hükmü ile düzenlenmiş olan sorumluluk davası da bir başka yoldur.

III. KURUL KARARINA GEREK OLMAYAN HALLER

A. Esas Sözleşme Değişikliğinin Zorunlu Olması

Bazı anonim ortaklıklarda esas sözleşme değişikliğinin yapılması kanun gereği zorunlu olabilir. YürK'nun 20/2 maddesi "sermayenin TTK'da öngörülen tutara yükseltilmesi için alınan genel kurul kararlarında TTK m.454 hükmünün uygulanmayacağını düzenlemiştir. Burada anlatılmak istenen imtiyazlı paylara sahip anonim ortaklığın sermayesinin 50.000 TL'ye yükseltilmesine ilişkin alınan genel kurul kararının TTK m.454 gereği İPSÖK tarafından onaylanmasına gerek olmadığıdır.

B. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu Onayından Esas Sözleşmede Vazgeçilmesi Sorunu

İPSÖK'ün hukuki niteliği incelenirken, TTK m.454 hükmünün emredici nitelikte kabul edildiği, esas sözleşme ile berteraf edilemeyeceği ifade edilmiştir. Nitekim 6762 sayılı TTK döneminde Yargıtay da vermiş olduğu

kararlarında esas sözleşmede aksine bir hüküm olsa dahi imtiyazlı pay sahiplerinin onayı olmadan genel kurul kararlarının uygulanamayacağını kabul etmiştir⁴⁶⁶.

Karayalçın; imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı kurulun onama kararının kamu düzeni ile ilgili olmadığından, kanunun imtiyazlı pay sahipleri kurulunun onama kararına ilişkin hükümlerinin mutlak emredici nitelikte olmadığını savunmuştur⁴⁶⁷.

Ancak konu ile ilgili olarak Tekinalp, esas sözleşme ile İPSÖK'ten tamamen feragat etmenin mümkün olamayacağını ifade etmekle birlikte, esas sözleşmede tek tek sayılacak belirli hallerde İPSÖK kararlarının aranmayacağını belirtilebileceğini savunmuştur⁴⁶⁸.

Konu ile ilgili olarak bir başka görüş ise Akad tarafından savunulmuştur. Yazar, İPSÖK hükümlerinin emredici olmakla birlikte, kamu düzenine ilişkin olmadığından ilgili tüm imtiyazlı pay sahiplerinin onayının alınması şartıyla, İPSÖK onayından esas sözleşme ile feragat edilebileceğini savunmuştur⁴⁶⁹.

Kanaatimizce; İPSÖK onayından esas sözleşmeye konulacak bir hükümle feragat geçersiz olmalıdır. Gerek TTK m.340 çerçevesinde düşünüldüğünde ve gerekse henüz doğmamış tehlikeler öngörülemediği için olması gereken hukuk bakımından esas sözleşmeye konulacak İPSÖK onayından feragat hükmüne cevaz verilemez.

C. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu'nun İhlal Gerçekleşmeden Genel Kurula Onay Vermesinin Geçerliliği Sorunu

Yukarıda esas sözleşmeye konulacak olan bir hüküm ile İPSÖK onayından feragat edilmesinin geçersiz olacağını gerekçeleri ile birlikte ifade ettik. Benzer bir şekilde İPSÖK tarafından henüz ihlal tam olarak teşekkül etmeden önce genel kurula esas sözleşme değişikliği, sermayenin artırılması yetkisinin verilmesi veya yönetim kuruluna sermayenin artırılması kararına onay verilmesinin de geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira genel kurul tarafından verilecek olan her esas sözleşme değişikliği kararı veya sermayenin artırılması kararı, kendi içinde farklı özelliklere sahip olacaktır. Dolayısıyla imtiyazların ihlal edilir nitelikte olup

⁴⁶⁶ Y.11.H.D. E:2001/8973, K:2002/893, T: 05.02.2002

⁴⁶⁷ Karayalçın Yaşar, Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Batider, Ankara, s.101.

⁴⁶⁸ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, s.428.

⁴⁶⁹ Akad, s.51.

olmadığı her bir genel kurul veya sermayenin artırılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı için ayrı ayrı değerlendirilerek tespit edilmelidir. İmtiyazlı pay sahiplerinden henüz esas sözleşme değişikliği kararı verilmeden önce anılan bu karar ile ilgili muhtemel tehlike ve ihlalleri öngörmesi beklenemez. TTK bu hususta imtiyazlı pay sahiplerine m. 454/3 hükmü ile genel kurul kararını önceden onaylama hakkını, en erken, bu kararın alındığı genel kurul toplantısında %75'lik nisabın sağlanması şartı ile vermektedir.

D. İmtiyazlı Pay Sahipleri Tarafından TTK m.454/3'de Öngörülen Nisaplar Sağlanarak Genel Kurul Toplantısında Genel Kurul Kararının Onaylanması

TTK m.454/4 fıkrasında, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri tarafından 3. fıkroda belirtilen nisap sağlanarak onaylanmış olması halinde İPSÖK'ün ayrıca toplanarak karar almasına gerek olmadığı düzenlenmiştir.

Bu hüküm 6762 sayılı TTK'da yer almadığından Yargıtay, ilgili kararın imtiyazlı pay sahipleri tarafından genel kurul psikolojisinden ayrılarak ve çoğunluk pay sahiplerinin etkisinde kalmadan eşit koşullarda bir araya gelerek tartışmaları sonucu bir karara varmaları gerektiğini belirtmiştir⁴⁷⁰. Doktrindeki⁴⁷¹ ağırlıklı görüş de Yargıtay'ın kararı paralelinde olmuştur. Ancak kanun koyucu anılan bu tartışmaları da göz önüne alarak konu ile ilgili açık bir düzenleme yaparak tartışmalara son vermiştir. Kanun hükmü gereği, artık imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının genel kurul toplantısında hazır bulunması ve genel kurul tarafından verilen kararın toplantıda hazır bulunarak temsil edilen imtiyazlı payların çoğunluğu ile onaylanması halinde yeniden İPSÖK toplantısı yapılmasına gerek kalmayacaktır.

E. Bir Pay Sahibinin Belli Grup Oluşturan İmtiyazlı Paylara Tek Başına Sahip Olması

Anonim ortaklıkta belli bir grup oluşturan imtiyazlı payların tek bir pay sahibine ait olması halinde imtiyazları ihlal eden kararlar ile ilgili olarak bir toplantı yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Böyle bir durumda alınan genel kurul

⁴⁷⁰ Y.11.H.D., E:1975/1516, K:1975/3138, T:05.05.1975

⁴⁷¹ Eriş, Ayrıcalıklı Pay Senetleri II, s.207; Karahan, İmtiyazlı Paylar s.159 vd.

kararına karşı imtiyazlı pay sahibinin, onay ve red kararını özel olarak genel kurul tutanağına yazdırması veya ortaklığa hitaben yazdığı ve imzaladığı bir belgeyi ortaklığa sunması yeterli olacaktır⁴⁷².

IV. İMTİYAZLI PAY SAHIPLERİ ÖZEL KURULUNUN TOPLANMASI

A. Toplantıya Çağrı

TTK m.454 hükmü ile, İPSÖK'ün toplantı ve karar alma prosedürleri ile ilgili olarak 6762 sayılı TTK'ya nazaran daha açık ve detaylı düzenlemeler yaptığı anlaşılmaktadır. İPSÖK'ü toplantıya çağrıda yetkili olan organ ve kişiler ayrı ayrı belirtilmiş, toplantıya çağrı için süreler belirtilmiş, çağrıya rağmen toplantının yapılmaması halinde özel bir yaptırım düzenlenmiş ve toplantının yapılmasına gerek olmayan durum belirtilmiştir. Şimdi bu hususları ayrı başlıklar halinde inceleyelim.

1. Toplantıya Çağrı Yapmaya Yetkili Olanlar

TTK m.454/2 fıkrasında İPSÖK'ü toplantıya çağırma yetkisinin ilk önce yönetim kurulunda olduğu düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre; yönetim kurulu en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren 1 ay içinde İPSÖK'ü toplantıya çağırmalıdır.

Kanun koyucu İPSÖK'ün toplantıya çağrılmasında bir öncelik sırası belirleyerek bu önceliği yönetim kuruluna vermiştir⁴⁷³. Ancak Moroğlu; kanun koyucunun yönetim kurulunun İPSÖK'ü toplantıya çağırmasının zorunlu olduğunun vurgulanmamasının bir eksiklik olduğu vurgulamıştır. Yazar; çağrının işlevi gereği yönetim kuruluna bir zorunluluk olarak yüklediğini, bu yükümlüğünü yerine getirmediği takdirde TTK m.553/1 hükmü gereği imtiyazlı pay sahiplerine karşı tazminle sorumlu olacağını savunmuştur⁴⁷⁴.

Yine, yönetim kurulunun İPSÖK'ü toplantıya çağırmasının devredilmez yetkileri arasında olduğu, bunun sebebinin ise, yönetim kurulunun bu yetkisinin genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin devamı olduğu, adeta yapışık olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu yetkinin TTK m.410 hükmünden doğduğu

⁴⁷² Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.16.

⁴⁷³ Akad, s.54.

⁴⁷⁴ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.257 ve Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.89.

da söylenebilmektedir. İPSÖK'ü toplantıya çağırma yetkisinin ilk önce yönetim kuruluna verilmesinin, imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinin de yönetim kuruluna bırakıldığına bir göstergesi olduğu, ancak kanun koyucunun yönetim kurulunun bu görevini bilerek veya bilmeyerek yerine getirmemesi ihtimaline karşı imtiyazlı pay sahiplerine de İPSÖK'ün toplantıya çağırılmasını mahkemeden isteme hakkını verdiğini ve bu suretle hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri ile yönetim kurulu arasında bir denge oluşturduğu belirtilmektedir⁴⁷⁵.

Bir başka tartışma konusu ise kanun koyucunun yönetim kurulunun İPSÖK'ü çağrı süresi ile ilgilidir. TTK m.454/2'de yönetim kurulunun en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu hüküm en başta maddenin 1.fıkrası hükmü ile çelişkilidir. Zira 1.fıkra genel kurulun imtiyazları ihlal edecek nitelikteki kararlarının İPSÖK tarafından onaylanmadan uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

Kendigelen; bu konu ile ilgili olarak kanunun hükmünün amaca uygun bir şekilde yorumlanarak kanunun lafzında geçen ilanın esas sözleşme değişikliğinin karara bağlanacağı genel kurul toplantısına yönelik çağrı ilanı şeklinde anlamak gerektiğini belirtmiştir⁴⁷⁶.

Akad ise; Kendigelen'in amaca uygun bir şekilde yorum yapılması gerektiği görüşüne katılmakla beraber, İPSÖK'ün toplantıya çağrı süresinin genel kurulun toplantıya çağrıldığı tarihten itibaren başlatılması görüşüne katılmadığını, zira; kurulun toplanabilmesi için herşeyden önce imtiyazları ihlal eden bir genel kurul kararına ihtiyaç bulunduğunu, genel kurul toplantı ilanı ile genel kurulda alınacak kararın henüz belirli olmadığını ve bu nedenle de imtiyazların ihlal edilmediğini ifade etmiştir⁴⁷⁷.

Bir başka görüş ise; İPSÖK'ün toplantıya çağrı süresinin genel kurul toplantı kararının alındığı tarih olmalı şeklindedir⁴⁷⁸.

Moroğlu ise; esas sözleşme değişikliği tescil ile hüküm doğuracağından İPSÖK'ün onama işleminin esas sözleşme değişikliği kararının ticaret siciline tescilinden önce yapılması gerektiğini, bu nedenle kanun metninin "...genel kurul toplantısının ilan edildiği tarihten itibaren..." şeklinde değiştirilmesi

⁴⁷⁵ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.99.

⁴⁷⁶ Kendigelen, İlk Tespitler, s.354.

⁴⁷⁷ Akad, s.55.

⁴⁷⁸ Oruç, s.189

gerektiğini belirtmiştir⁴⁷⁹.

Konu ile ilgili olarak 28.11.2012 tarihli Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesinde de düzenleme yapılmıştır. Yönetmeliğin 7.maddesinin c bendi uyarınca, yönetim kurulunun imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edici nitelikte alınan genel kurul kararının alınmasından itibaren 1 ay içinde hakları ihlal edilen İPSÖK'ü toplantıya çağıracağı düzenlenmiştir. TTK m.454 hükmünde belirsiz olan bu konuya açıklık getirmek için yönetmelikte düzenleme yapılması her ne kadar isabetli de olsa, kanaatimizce, yönetmelik ile düzenlenen hüküm TTK m.454/2 hükmü ile açıkça çelişmektedir. Bu durum ise normlar hiyerarşisine göre değerlendirildiğinde beraberinde başka sorunları getirme potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla kanaatimizce TTK m.454/2'de yer alan "...genel kurul kararının ilan edildiği..." hükmü ile ilgili kalıcı bir değişiklik yapılması daha isabetli olacaktır.

TTK m.454'2 ile ilgili bir başka eleştiri ise, genel kurul ile İPSÖK'ün ayrı ayrı ilanlarla toplantıya çağırılmasının ve İPSÖK'ün esas sözleşme değişikliğinin kaderini etkileyecek uzunca bir sürede gecikerek toplanmasının yanlış olduğu yönündedir. Her iki kurulun aynı ilan ile arka arkaya toplanarak karar almak üzere davet edilmelerinin hem zaman hem de masraf kaybını önleyeceği ve işin mahiyetine de uygun olacağı savunulmaktadır.

Ayrıca kanun koyucunun; yönetim kurulunun İPSÖK'den onama kararı almasının savsaklamasının eşyanın tabiatına aykırı olduğu düşünülerek İPSÖK'ü toplantıya çağrıda sadece yönetim kurulunun yetkili kılınması ile yetinilmesi gerekirken, bu yetkinin imtiyazlı pay sahiplerine de verilerek mahkemeleri devreye sokmasının yanlış olduğu belirtilmiştir⁴⁸⁰. Ancak biz bu görüşe, gerek uygulamada yaşanan fiili sıkıntıları nazara alarak ve gerekse de imtiyazların mahiyeti ile TTK m.454 hükmünün özel koruma amacı doğrultusunda katılmıyoruz.

Son olarak yönetim kurulunun İPSÖK'ü toplantıya çağrı süresi ile ilgili olarak farklı bir görüşe de değinmek istiyoruz. Bu görüş ile; genel kurul kararının tescil ve ilan edilmiş olmasının, bu karara hukuken iptal edilemezlik, butlanı tespit edilemezlik niteliği vermeyeceği gibi, İPSÖK tarafından reddedilemez

⁴⁷⁹ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.257.

⁴⁸⁰ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.257.

anlamına da gelmediği, tescile rağmen bu davaların açılacağı gerekçe gösterilerek TTK m.454/2 hükmünün yerinde olduğu savunulmuştur⁴⁸¹.

Kanaatimizce TTK m.454/2 hükmü ile ilgili olarak doktrinde yapılan eleştiriler genel hatları ile değerlendirildiğinde haklıdır. Ancak sunulan çözüm önerilerinin hepsine katılmak mümkün değildir. Öncelikle şu hususu ifade etmeliyiz ki; genel kurul tarafından TTK m.454/1 kapsamında alınan bir kararın, İPSÖK onayı olmadan uygulanamayacağı yine aynı fıkra da açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle, alınan genel kurul kararının İPSÖK onayı olmaksızın tescil ve ilan edilmesinin hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri açısından bir geçerliliği olmayacaktır. Buradaki tescil yolsuz bir tescil olarak değerlendirilebilir. Bu nedenlerle, yönetim kurulunun İPSÖK'ü, genel kurul kararının ilan edilmesinden sonra toplantıya çağırması teorik açıdan hukuka aykırı olmakla birlikte, TTK m.454/1 son cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde imtiyazların korunmasına bir engel oluşturamayacaktır. Zira bu kararın imtiyazlı pay sahiplerine uygulanma kabiliyeti olmadığından imtiyazların ihlali de söz konusu olmayacaktır. Ancak TTK m.454/2'de yer alan genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren ibaresi ile ilgili olarak değişiklik yapılarak amaca uygun bir şekilde düzeltilmesi, olması gereken hukuk açısından daha isabetli olacaktır.

TTK m.454/2 hükmü ile yönetim kurulunun verilen süre içinde İPSÖK'ü toplantıya çağırması halinde imtiyazlı pay sahiplerinin, yönetim kuruluna tanınan sürenin bitmesinden itibaren on beş gün içinde ortaklığın merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi'nden kurulun toplantıya çağırılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir.

Ancak kanun koyucu mahkemeye başvuru ve yargılama usulü ile ilgili bir açıklık getirmemiştir. En önemlisi mahkemeye başvurulduğunda hakimin şekli bir inceleme mi yapacağı yoksa esasa girerek mi inceleme yapacağı hususu ile ihlalin varlığının ispatı hususudur.

Konu ile ilgili olarak, TTK'nın gerekçesi nazara alındığında, ortaklığı imtiyazlı pay sahiplerine karşı koruma eğiliminde olması nedeniyle mahkemenin, işin esasına girerek çağrıyı gerektirecek nedenlerin bulunup bulunmadığını, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilip edilemediğinin araştırması gerektiği belirtilmektedir⁴⁸².

⁴⁸¹ Tekinalp, Yeni Hukuk, s.99.

⁴⁸² Akad, s.59.

Tekinalp; imtiyazlı pay sahiplerinin mahkemeye başvurması ile birlikte imtiyazlı payların ihlal edildiğini ispat etmekle yükümlü olduklarını savunmuştur⁴⁸³. Ancak bu görüşe, çoğunluğun menfaatlerinin gereğinden fazla korunduğu, imtiyazlı pay sahipleri ile çoğunluk arasında çıkması muhtemel bir ihtilafın her zaman tespit davasına konu olabileceği bu nedenle mahkemenin esasa girmeden, şekil şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakarak karar vermesi gerektiği gerekçeleri ile karşı çıkmıştır⁴⁸⁴.

2. Çağrının Şekli

TTK m.454'de İPSÖK'ün toplantıya çağrı şekli ile ilgili açık bir düzenleme yer almamaktadır. Nitekim 6762 sayılı TTK'da da aynı şekilde bir düzenleme bulunmamaktaydı.

Gerek 6762 sayılı TTK döneminde ve gerekse TTK döneminde anılan bu boşluğun genel kurulun toplantıya çağrı şekli ile ilgili hükümlerin kıyasen uygulaması ile doldurulabileceği görüşü savunulmuştur⁴⁸⁵.

Bu durumda genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin hükümleri içeren TTK m.414 hükmüne göre; İPSÖK'ü çağrı, ortaklığın internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanmalıdır. Bununla birlikte şayet esas sözleşmede İPSÖK toplantıları ile ilgili özel bir usul belirtilmişse buna da uyulması gerekmektedir. Yine kanun maddesine göre bu çağrının ilan ve toplantı günleri hariç toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılması gerekmektedir. Son olarak pay defterinde yazılı pay sahipleri ile, ortaklığa pay senedi veya pay sahipliğini bildirici belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine toplantı günü, gündem ve ilanının çıktığı veya çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektup ile bildirilmelidir.

İPSÖK'ün toplantıya çağrısının, genel kurulun toplantı çağrısı ile birlikte yapılıp yapılamayacağı sorusuna yukarıda da ifade ettiğimiz gibi olumlu cevap verilmektedir⁴⁸⁶.

Yine, İPSÖK toplantılarına, çağrıya ilişkin genel kurul toplantılarının çağrı usullerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanabileceği için TTK

⁴⁸³ Tekinalp, Yeni Hukuk s.97.

⁴⁸⁴ Akad, s.60.

⁴⁸⁵ Karahan, İmtiyazlı Paylar ,s.143.Akad, s.60; Oruç, s.190.

⁴⁸⁶ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.257. Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.143; Oruç, s.190.

m.416 hükmü gereği ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin itirazı olmaması halinde İPSÖK çağrısız olarak da toplanabilir.

İmtiyazlı pay sahipleri genel kurul toplantısına çağrı yapılırken, çağrının bir gündemi de içermesi gerekecektir. Gündem ana sözleşme değişikliğine veya sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının görüşülmesinden oluşur, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, ya genel kurul kararını onaylar ya da reddeder, değiştirerek onaylaması mümkün değildir⁴⁸⁷.

TTK m.454/5 hükmü ile çağrıya rağmen süresi içinde özel kurul toplanmazsa genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu fıkra Kendigelen tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre; anonim ortaklık esas sözleşmesi ile imtiyazlı pay grupları tanındıktan sonra, asıl olan imtiyazlı pay sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır. Ayrıca imtiyazlı pay sahiplerinin toplantıya katılmamaları halinde esas sözleşme değişikliğine onay verdikleri değil, aksine bu değişiklik kararını ret ettikleri şeklinde yorum yapmak gerekmektedir⁴⁸⁸.

B. Elektronik Ortamda Toplantı

TTK m.1527/5 fıkrasında anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılabileceği düzenlenmiştir. Genel kurula ilişkin bu hükümleri kıyasen uyguladığımızda İPSÖK toplantılarının da elektronik ortamda yapılabileceği kanaatindeyiz. Kaldı ki TTK'da, İPSÖK toplantılarının fiziki olarak yapılacağına ilişkin emredici bir hüküm veya İPSÖK'ün elektronik ortamda toplanmasını yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

C. Toplantı Yetersayısı

Kanun koyucu İPSÖK'ün toplantı yetersayısını 6762 sayılı TTK'ya nazaran ağırlaştırmıştır. TTK m.454/3 fıkrasında İPSÖK'ün sermayenin %60'ının çoğunluğu ile toplanacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bu düzenlemenin gerekçesini şirketin korunması ve küçük bir çoğunlukla olumsuz karar alınmasının önüne geçilmesi şeklinde belirtmiştir. Ancak TTK m.454/3 birçok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden ilki; her ne kadar 3.fıkranın gerekçesi ortaklığın korunması şeklinde gösterilmişse de, TTK m.454/5. fıkradaki özel kurulun çağrıya

⁴⁸⁷ Karahan, İmtiyazlı Paylar s.143.

⁴⁸⁸ Kendigelen, İlk Tespitler, s.355.

rağmen süresi içinde toplanamaması halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı hükmü de nazara alındığında; ortaklığın, imtiyazlı pay sahiplerine karşı hem ağırlaştırılmış toplantı nisabı ile hem de bu ilk toplantıda öngörülen nisaba ulaşamadığı takdirde genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı düzenlenerek İPSÖK için ikinci toplantının önünün kesilmesi ile korunmasının ortaklık ve hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinin orantısız bir şekilde bozularak ortaklık lehine dönüşmüş olmasıdır⁴⁸⁹.

Benzer bir eleştiri ise; anonim ortaklıklarda imtiyazlı payların tanınması halinde artık öncelikli olarak menfaati korunması gereken imtiyazlı paylar olduğu, ayrıca İPSÖK'ün toplantıya katılmaması halinde imtiyazlı pay sahiplerinin esas sözleşme değişikliğine dair genel kurul kararını ancak reddetmiş sayılabileceği şeklindedir⁴⁹⁰.

Bir başka eleştiri ise; İPSÖK tarafından imtiyazların ihlal edildiği ve genel kurul kararının onaylanmaması yönündeki kararın gerekçeli bir şekilde tutanak altına alınmasına yöneliktir. Genel Kurul kararlarına olumsuz oy veren pay sahiplerinden olumsuz oylarına ilişkin bir gerekçe belirtilmesi istenmemesine karşın, İPSÖK toplantısında olumsuz oy veren imtiyazlı pay sahiplerinden gerekçe istenmesi çelişkili ve adaletsiz bir durum oluşturduğu, zira olumsuz karara karşı açılacak iptal davasında gerekçenin mahkemeye sunularak mahkeme tarafından değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁴⁹¹.

Yine TTK m.454/3. fıkranın gerekçesinde izleyen toplantılara atıf yapılmasına rağmen, 5.fıkra özel kurulun çağrıya rağmen süresi içinde toplanamaması halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılacağı düzenlenmesi de çelişkili bir durum meydana getirerek düzenleme ile gerekçe arasındaki uyumsuzluğu da açıkça göstermektedir⁴⁹².

TTK m.454/3'de belirtilen şartlara uyulmamasının yaptırımını ise özel kurul kararının alınmamış sayılması şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme farklı yorumlara sebep olmuştur. Kaya, özel kurul kararının alınmamış olmasını 5. fıkraya atıf yaparak genel kurul kararının onaylanması şeklinde yorum yapılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Akad; s:63

⁴⁹⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s.355; Oruç, s.191.

⁴⁹¹ Moroğlu, Değerlendirmeler ve Öneriler, s.258.

⁴⁹² Oruç, s.192.

⁴⁹³ Kaya; Sempozyum-Tartışmalar, s.254.

Benzer bir başka yorumun gerekçesi ise; İPSÖK kararının alınmamış sayılmasının sonucu olarak İPSÖK'ün yeniden toplantı yapması gerektiği şeklinde kabul edilmesi halinde, İPSÖK kararını yargı denetiminden uzak tutmak isteyen imtiyazlı pay sahiplerinin sürekli bu yola başvurmalarına neden olacağından, TTK m.454/3'deki şartların yerine getirilmemesi halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılmasının kabul edilmesinin daha doğru olacağı şeklinde açıklanmıştır⁴⁹⁴.

Memiş ise; bu görüşe karşı çıkararak, İPSÖK toplantı tutanaklarının yönetim kuruluna teslim edilerek, yönetim kurulu tarafından sicile götürüldüğünü, burada yönetim kurulu tarafından yapılacak ufak tefek hatalar sonucunda bile özel kurul kararının alınmamış sayılmasının, genel kurul kararının onaylanmış sayılması şeklinde yorumlanmasının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunmasında bir gedik oluşturacağını, burada yapılması gerekenin, İPSÖK tarafından genel kurul kararının onaylanması şeklinde bir karar verildiğinde, fıkroda belirtilen şekil şartlarına uyulmamasının genel kurul kararının onaylanması şeklinde yorumlanabileceği, buna karşılık İPSÖK tarafından olumsuz karar verilmesi halinde ise genel kurul kararının onaylanmamış sayılması şeklinde yorum yapılması gerektiğini savunmuştur⁴⁹⁵.

Kendigelen ise, 3. fıkra hükmüne uyulmaması halinde İPSÖK kararının alınmamış sayılmasının, genel kurul kararının onaylanması şeklinde yorumlanamayacağını, burada İPSÖK toplantı sürecinin yeniden başlatılması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁹⁶.

Kanaatimizce; TTK m.454/3'de belirtilen şartlara uyulmaması halinde İPSÖK kararının alınmamış sayılması ile ilgili olarak, özellikle İPSÖK kararının olumsuz olması halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılması şeklindeki yorum, imtiyazlı pay sahiplerini ortaklık nezdindeki çoğunluğa karşı son derecede zayıf ve savunmasız bırakacaktır. Ayrıca bu şekildeki bir yorum TTK m.454 ile imtiyazlı pay sahiplerinin hakları ile ilgili olarak getirilmek istenen özel korumanın amacına da ters düşmektedir. Zira, burada bizce önemli olan esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının uygulama kabiliyeti doğmadan imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunmasıdır. İPSÖK toplantısı ile ilgili olarak

⁴⁹⁴ Oruç, s.192.

⁴⁹⁵ Memiş, Sempozyum-Tartışmalar, s.254.

⁴⁹⁶ Kendigelen, İlk Tespitler, s.356.

çok basit şekil eksikliklerinin yerine getirilmemesinin yaptırımının genel kurul kararının onaylanmış sayılması şeklindeki yorum son derecede ağır bir yaptırım olmakla birlikte imtiyazlı pay sahiplerinin, diğer pay sahiplerine nazaran özel koruma yöntemleri ile korunması amacına da ters düşmektedir. Bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin, esas sözleşme değişikliğini kabul etmeyen diğer pay sahiplerinden bir farkı kalmayacak, onlar gibi TTK m.445 vd. maddeleri gereği hukuksal süreci başlatabileceklerdir.

V. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNUN KARAR ALMASI

A. Toplantıya Katılacak Olanlar

TTK M.454/1 fıkrası hükmünden; İPSÖK toplantısına, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesi, sermayenin artırılması için yönetim kuruluna yetki verilmesi ve yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararlardan, hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahiplerinin katılacağı anlaşılmaktadır.

Ancak bu konuda üzerinde durulması gereken husus; esas sözleşmenin değiştirilmesi veya yönetim kurulunun sermayenin artırılması kararından, birden fazla farklı imtiyazlı pay grubunun haklarının ihlal edilmesi durumunda, tüm hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahiplerinin katılımı ile tek bir toplantının mı yapılması gerektiği, yoksa hakları ihlal edilen her bir imtiyazlı pay grubunun ayrı ayrı özel kurul toplantısı yaparak ilgili genel kurul veya yönetim kurulu kararını onaması mı gerektiğidir.

Konu 6762 sayılı TTK döneminde de tartışılmıştır. Doktrindeki⁴⁹⁷ ağırlıklı görüş, hakları ihlal edilen her bir imtiyazlı pay grubunun ayrı ayrı toplanarak ilgili genel kurul kararını onaylamaları şeklindedir.

TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da doktrindeki ağırlıklı görüşte bir değişiklik olmamıştır. Hakları ihlal edilen farklı neviden birden fazla imtiyazlı pay sahiplerinin yapılacak tek bir toplantıda haklarını tam olarak savunamayacakları, dolayısıyla bu durumun hakkaniyete ve maddenin amacına

⁴⁹⁷ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.166; Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2010.Y.11.H.D., E:5903/ K.7227, T:30.12.1985.

aykırı düşeceği bu nedenle imtiyazlı pay sahipleri lehine yorum yapmanın daha isabetli olacağı savunulmaktadır⁴⁹⁸.

B. Karar Yeter Sayısı

TTK m.454/3'de İPSÖK'ün toplantıda temsil edilen payların çoğunluğu ile karar alacağı düzenlenmiştir. Payların çoğunluğu ifadesi doktrinde Kendigelen tarafından eleştirilmiştir. Yazarın eleştiri gerekçesi ise; anonim ortaklıklarda farklı itibari değerli payların bulunması halinde, payların çoğunluğunun her zaman toplantıda temsil edilen sermayenin çoğunluğuna denk gelmeyeceği, bu nedenle de madde metnindeki payların çoğunluğu ifadesinin hatalı olduğu şeklinde belirtilmiştir⁴⁹⁹.

Benzer bir başka eleştiri ise; burada ölçütün sermayeden ziyade oy sayısının olması gerektiği, dolayısıyla düzenlemenin TTK m.421'de olduğu gibi mevcut oyların çoğunluğu şeklinde olması gerektiği yönündedir⁵⁰⁰.

C. Bakanlık Temsilcisinin Bulundurulması Zorunluluğu

TTK m.454/6. fıkrası ile 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak İPSÖK toplantılarında TTK m.407. maddenin üçüncü fıkrası çerçevesinde bakanlık temsilcisinin bulunacağı düzenlenmiştir. TTK m.407/3 hükmü ise 333.madde gereğince belirlenen şirketlerin genel kurul toplantılarında bakanlık temsilcisinin bulunacağı düzenlenmiştir. Ayrıca 28.11.2012 tarihli Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik'in 32. Maddesine göre İPSÖK toplantılarında kural olarak bakanlık temsilcisi bulunmaz. Ancak bunun biri zorunlu diğeri ihtiyari olmak üzere iki tane istisnası bulunmaktadır. Zorunlu olan durum, İPSÖK toplantılarının yurt dışında yapılmasıdır. Bu durumda bakanlık temsilcisinin İPSÖK toplantılarına katılması zorunludur. İhtiyari olan ise; genel kurulu toplantıya çağırılanların talep etmeleri ve görevlendirme makamının uygun görmesi halinde bakanlık temsilcisi görevlendirilir⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Akad, s.65, aynı yönde bkz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s.96 vd.

⁴⁹⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s.355.

⁵⁰⁰ Akad, s.66, benzer yönde bkz. Oruç, s.191 dipnot 65.

⁵⁰¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1327.

§.4. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU KARARLARININ GENEL KURUL KARARLARINA ETKİSİ, İPTALİ VE HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

I. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU KARARLARININ HUKUKİ ETKİSİ

TTK m.454/1 hükmünde genel kurulun esas sözleşme değişikliği, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesi kararı ve yönetim kurulunun sermayenin artırılması kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikteyse bu kararın, anılan imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanmadıkça uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

Kanun düzenlemesinden, İPSÖK'ün onay kararı olmadan genel kurul kararının uygulanamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bununla birlikte İPSÖK tarafından verilen karar acaba genel kurul kararı için bir geçerlilik şartı mı yoksa uygulanabilirlik şartı mıdır? 6762 sayılı yasa döneminde bu konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ancak biz TTK'nın yürürlüğe girmesi nedeniyle bu dönem ile ilgili görüşlere yer vereceğiz.

Moroğlu, genel kurul kararının İPSÖK onayı olmadığı sürece askıda hükümsüz olduğunu ancak burada genel kurulun esas sözleşme değişikliği, sermayenin artırılmasına yetki verilmesi veya sermayenin artırılması kararının bizatihi geçersiz olmadığını, bu hükümsüzlüğün şirket içi ilişkide bir takım hükümler doğuracağı, esasında genel kurul tarafından verilen kararın, İPSÖK onayı olmadığı sürece imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını etkileyebilecek şekilde hüküm doğuramayacağını savunmaktadır⁵⁰².

Tekinalp ise, genel kurul kararlarının geçerlilik bakımından İPSÖK kararlarından bağımsız olduğunu, İPSÖK onayının olmadığı hallerde genel kurul kararları ile ilgili askıda hükümsüzlük durumunun söz konusu olamayacağını, aksi durumun genel kurulun bağımsız organ olma niteliğini ortadan kaldıracığını belirtmiştir⁵⁰³.

Pulaşlı, İPSÖK tarafından verilen kararın genel kurul kararı için bir uygulama (infaz) şartı olduğunu, genel kurul kararının kanunda belirlenen süre içinde de genel kurul kararının hükümsüz olmadığını, genel kurul kararının geçerli

⁵⁰² Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.35-36.

⁵⁰³ Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2010, s.442.

olduğunu sadece İPSÖK tarafından onaylanıncaya kadar askıda olup uygulanamayacağını ifade etmiştir⁵⁰⁴.

Yargıtayın⁵⁰⁵ görüşü de; İPSÖK kararlarının genel kurul kararları için geçerlilik şartı olmadığı, yalnızca genel kurul kararlarının uygulamasını durdurucu koşulu olduğu yönündedir. Ancak yargıtayın bu görüşüne çelişkili nitelikte yani İPSÖK kararının genel kurul kararı için geçerlilik şartı olduğunu vurgulayan kararları da mevcuttur⁵⁰⁶.

Bir diğer husus ise genel kurul kararının İPSÖK onayı olmadan ticaret siciline tescil edilmesi durumunda imtiyazlı pay sahiplerinin hangi hukuki yollara başvurabileceğidir. TTK m.454/1 hükmü gereği sicil memurunun İPSÖK tarafından verilmiş bir onay kararını veya İPSÖK'ün toplantı yapmasına gerek olmadığına ilişkin bir durumu ya da İPSÖK'ün çağrıya rağmen toplanmadığına ilişkin bilgi ve belgeleri görmeden ilgili genel kurul kararının tescil talebini reddetmelidir. Ancak her nasılsa sicil memuru tarafından usule aykırı bir şekilde imtiyazları ihlal edebilecek nitelikteki bir karar tescil edilmişse bu durumda ne yapılacaktır?

Konu ile ilgili olarak genel kurul kararının tescil edilmesi uygulama kabiliyetini doğuracağından ilgililerin talebi ile kaydın ticaret sicilinden terkin edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁷.

Buna karşılık Akad ise; TTK m.445 vd. hükümlerinin uygulama işlemlerine de kıyasen uygulanması gerektiğini, bu kapsamda kanuna aykırılık sebebi ile tescil işleminin gerçekleşmesinden itibaren 3 ay içinde tescil işlemi başta olmak üzere uygulanan işlemlerin de iptalinin istenebileceğini ifade etmektedir⁵⁰⁸.

Kanaatimizce; İPSÖK kararları genel kurul kararları için bir geçerlilik şartı değildir. Zira; her ne kadar TTK m.454/1 ile İPSÖK kararlarının genel kurul kararının uygulanabilmesi için zorunlu unsur olarak düzenlenmişse de bu durumun TTK 410 vd. maddelerinde belirtilen kanuni unsurlara uygun bir şekilde alınmış olan genel kurul kararını geçersiz hale getirmesi hukuken mümkün değildir. İfade ettiğimiz gibi genel kurul kararı TTK 410 vd. maddelerindeki kanuni unsurlara uygun bir şekilde alındığı sürece geçerli olmalıdır. Aksi takdirde anonim ortaklığın

⁵⁰⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku II, s.1330-1331.

⁵⁰⁵ Y.11.H.D. E:2004/11672, K:2005/10136, T:21.10.2005, Y.11.H.D. E:2004/4559, K:2005/2778, T:24.03.2005.

⁵⁰⁶ Y.11.H.D. E. 1998/3462, K. 1998/5229, T. 7.7.1998.

⁵⁰⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s.1330.

⁵⁰⁸ Akad, s.78.

en önemli organı olan genel kurulun bağımsız olma özelliği yitirilecektir. İPSÖK kararları ancak genel kurul kararları için kanundaki ifadeden de anlaşıldığı üzere bir uygulama, yerine getirilme şartı olabilir. Her nasılsa sicil memuru tarafından İPSÖK kararına aykırı bir şekilde veya İPSÖK'ün onay kararı olmadan genel kurul kararı tescil edilmişse bu durumda genel kurul kararı geçerliliğini korumalı ancak hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahipleri açısından hüküm ifade etmemelidir. Zira anılan bu tescil işlemi yolsuz bir tescil olarak nitelendirilebilir. Tescilin hukuken geçerli olabilmesi için tescilin dayandığı hukuki sebebin geçerli olması gerekmektedir. Konumuz itibari ile değerlendirdiğimizde İPSÖK onayı alınmadan tescil edilen bir genel kurul kararına dayanarak imtiyazlı pay sahiplerine karşı tescile dayalı bir hak iddia edilemez veya bir hukuki işlem tesis edilemez. Nitekim Yargıtay⁵⁰⁹ kararları da bu yönde olup halen geçerliliğini devam ettirmektedir.

II. İMTİYAZLI PAY SAHIPLERİ ÖZEL KURUL KARARLARININ İPTALİ VE HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

A. TTK M.454/7 Çerçevesinde İptal Davası

1. Genel Değerlendirme

TTK m.454/1 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, imtiyazları ihlal eder nitelikteki esas sözleşme değişiklikleri ile sermayenin artırılmasına ilişkin yönetim kurulu kararları, hakları ihlal edilen imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı İPSÖK tarafından onaylanmadıkça uygulanamaz. Dolayısıyla, İPSÖK tarafından TTK m.454 kapsamında verilecek olan onama veya red kararı ortaklığın sağlıklı bir şekilde devamı için son derecede önemlidir. Yine 6762 sayılı eTK döneminde çoğunluk pay sahiplerinin azınlık ve imtiyazlı pay sahiplerine karşı korunması gerektiği yönünde eleştiri ve tartışmalar yaşanmıştır⁵¹⁰. İşte kanun koyucu tüm bu hususları nazara alarak özellikle İPSÖK'ün hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki kararları için kanun yolunu açık tutarak, ilgili İPSÖK kararının iptalini sağlayacak yasal düzenleme yapmıştır.

TTK m.454/7 hükmü çerçevesinde; yönetim kuruluna, İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı kararın alındığı tarihten itibaren 1 ay içinde, genel kurul

⁵⁰⁹ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi,Esas: 2004 / 11672, Karar: 2005 / 10136, Karar Tarihi: 21.10.2005

⁵¹⁰ Moroğlu, Makalelerim, s.219-224

kararının imtiyazları ihlal etmediği gerekçesi ile İPSÖK kararının iptali ve genel kurul kararının tesciline ilişkin iptal davası açma yetkisi verilmiştir.

Kanun hükmünden İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı iptal davasını açma hakkının açık bir şekilde yönetim kuruluna verildiği anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu için bu durum hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir. Yönetim kurulunun bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde ise TTK m.553 maddesi gereği sorumluluğu doğabilecektir⁵¹¹. Yine İPSÖK kararlarının iptali talebi; yokluk ve butlan taleplerinde olduğu gibi itiraz veya def'i olarak ileri sürülemez, ancak dava yolu ile ileri sürülebilir⁵¹².

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi; esas sözleşme değişikliği, sermayenin artırılması kararı gibi ortaklığın işleyişini bir nevi kaderini etkileyecek kararlara karşı özel bir koruma yöntemi olarak düzenlenmiş olan İPSÖK kararlarının, hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesine⁵¹³ aykırı bir şekilde kullanılmasına karşı TTK m.454/7 hükmü ile kanun yolunun açılması her ne kadar olumlu karşılanabilirse de maddenin düzenlenmesindeki özensizlik birçok eleştiriye sebep olmuştur.

Kendigelen maddenin genel olarak değerlendirilmesinden, İPSÖK kararlarının ancak imtiyazları ihlal eden bir karar olması halinde söz konusu olabileceğini, bu nedenle imtiyazların ihlal edilmediği bir durumda İPSÖK'ün toplanmasına da gerek olmadığını, yönetim kurulunun İPSÖK'ü imtiyazların ihlal edilmesi halinde toplantıya çağırıp akabinde imtiyazların ihlal edilmediği gerekçesi ile dava açmasının anlamsız olduğunu, zira imtiyazlar ihlal edilmediyse zaten İPSÖK'ün toplantıya çağırılmaması gerektiğini, şayet ihlal edildiyse İPSÖK'ün kararının iptali için dava açılmasının mümkün olmayacağını bu nedenle anılan bu hükmün uygulanma kabiliyetinin olmadığını ileri sürmüştür.

Yazarın bir başka eleştirisi ise, kanunda sadece İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı dava açma hakkının düzenlenmesinin isabetli olmadığını zira, İPSÖK tarafından verilmiş olumlu ancak usule aykırı kararlara karşı da iptal davasının açılabilmesi gerektiği yönünde olup bu yönü ile de kanun düzenlemesinin eksik olduğunu ifade etmiştir⁵¹⁴.

⁵¹¹ Akad, s.95-96.

⁵¹² Oruç, s.198.

⁵¹³ Tekinalp, Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Korunması İlkesi I-II, İktisat ve Maliye Dergisi, 1979(Temmuz-Ağustos) s.78,80-203,207.(Korunma İlkesi)

⁵¹⁴ Kendigelen, İlk Tespitler, s.357.

Benzer bir başka eleştiri ise, TTK m.454/7 hükmünün çok hatalı olduğu ve kendi içinde çeliştiği, zira imtiyazların ihlal edilmemesi durumunda zaten TTK m.454/1 hükmü gereği İPSÖK toplantısına gerek olmadığı, dolayısıyla yönetim kurulu tarafından açılacak iptal davasında; özellikle imtiyazlı pay sahiplerinin, diğer ortaklara ve ortaklığa zarar vermek, onları kötü duruma düşürmek için kasten onay vermemelerinin söz konusu olup olmadığının araştırılması gerektiği şeklindedir⁵¹⁵.

Moroğlu da İPSÖK kararlarına karşı açılacak iptal davasının yalnızca yönetim kuruluna tanınmasının, imtiyazlı pay sahipleri ile diğer pay sahiplerine ise bu hakkın tanınmamasının bir eksiklik olduğunu vurgulamıştır⁵¹⁶.

Kanaatimizce de kanun koyucunun TTK m.454/7 hükmü ile yalnızca yönetim kuruluna İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı genel kurul kararının imtiyazları ihlal etmediği gerekçesi ile iptal davası açılmasını düzenlemesi, buna karşılık imtiyazlı pay sahiplerine İPSÖK kararları için dava açma hakkının tanınmaması imtiyazların korunmasında bir gedik oluşturacaktır. Bu nedenle TTK m.454/7 hükmünün doktrindeki eleştiriler de dikkate alınarak yeniden ele alınması gerekmektedir.

2. Dava Sebebi

TTK m.454/7 hükmünde yönetim kurulu tarafından İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı açılacak olan iptal davasının sebebi genel kurul kararlarının imtiyazları ihlal etmediği şeklinde açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla bu davada mahkeme, söz konusu kararın, imtiyazları ihlal edip etmediğini araştırmalıdır.

Burada şu soru akla gelmektedir; yönetim kurulu tarafından açılan iptal davasında mahkeme imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesini hangi kriterlere göre yapacaktır?

TTK m.454 şüphesiz ki imtiyazlı pay sahipleri için düzenlenmiş özel bir korunma yöntemidir. Buradan hareketle İPSÖK kararlarının imtiyazlı pay sahipleri tarafından herhangi bir baskı altında kalmadan özgürce verilebilmesi gerekmektedir. Ancak, hakkın kullanılmasında suuniyetli davranılmaması, yani hakkın kötüye kullanılmaması gerçeği de gözardı edilmemelidir.

⁵¹⁵ Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı Seçkin 2012, s.535.

⁵¹⁶ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.259.

Bu çerçevede mahkeme tarafından imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi için ilk olarak; genel kurul tarafından verilen esas sözleşme değişikliği kararı veya yönetim kurulu tarafından verilen sermayenin artırılması kararının bir zorunluluk ya da ihtiyaç için mi verildiği yoksa bu kararın çoğunluk tarafından verilen keyfi bir karar mı olduğunu tespit etmelidir. Bunun akabinde alınan kararın imtiyazları ihlal edip etmediği ve İPSÖK kararının alınmasında hakkın MK.'nın 2.maddesinde düzenlenen dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını tespit etmelidir.

Moroğlu, hakkın MK. m.2 çerçevesinde kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde; imtiyazlı pay sahiplerinin uğradığı zarar ile ortaklığın uğrayabileceği zararlar arasındaki dengeye bakılması gerektiğini, bu oranın şayet taraflardan biri aleyhine ağır bir şekilde değiştiği tespit edilirse bu takdirde hakkın kötüye kullanıldığının kabul edilebileceğini belirtmiştir⁵¹⁷.

Bir başka değerlendirme ise; MK. m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralının birçok görünümünün olduğu, bunlardan bir tanesinin ise menfaatler arasında aşırı dengesizlik bulunmasının olduğu, bu çerçevede imtiyazlı pay sahiplerinin ilgili genel kurul kararının imtiyazları ihlal ettiğini düşünseler dahi dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmeleri gerektiği şeklindedir⁵¹⁸.

TTK m.454/7 fıkrasında dava sebebi açık bir şekilde gösterilmiştir. Buna göre; genel kurul kararının imtiyazlı payları ihlal etmediği hususu dava sebebidir. Öyleyse mahkemece, genel kurul kararının imtiyazlı payları ihlal edip etmediği araştırılmalıdır. Ancak kanunda imtiyazlı payların ihlali ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda mahkeme ihlal ile ilgili kanun boşluğunu kendisi dolduracaktır. İmtiyazların hangi durumlarda ihlal edildiğinin kabul edilebileceği ile ilgili kurulun toplanma nedenleri başlığı altında açıklama yapıldığı ve gereksiz tekrardan da kaçınmak için anılan başlık altında yapılan açıklamalara atıfta bulunmakla yetineceğiz. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki; mahkemenin, İPSÖK kararının alınması ile ilgili olarak imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini mi yoksa ortaklık menfaat dengesini mi esas alması gerekmektedir? Kanaatimizce, mahkeme tarafından böyle bir durumda imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerinin esas alınması gerekmektedir. Bu durum TTK m.454 hükmünden ve imtiyazların özel korumadan yararlanması amacından gelmektedir. Aksi halde yani mahkemenin ortaklığın

⁵¹⁷ Moroğlu, Makalelerim, s.223.

⁵¹⁸ Akad, s.100.

menfaat dengesini esas alması ve sadece dürüstlük kuralına göre hareket etmesi halinde, imtiyazların korunması için kanun koyucunun ayrı bir madde düzenlemesine gerek de yoktu. Çünkü zaten mahkemeye intikal eden böyle bir davada genel bir ilke olan dürüstlük kuralı her halükarda nazara alınacaktır. TTK m.454 hükmünün temel amacının imtiyazların özel bir korunma yöntemi ile korunması olduğunu kabul ediyorsak, TTK m.454/7 hükmüne dayanılarak açılan bir davada mahkemenin ihlalin varlığını tespit ederken imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini esas alması gerekmektedir.

3. Husumet

6762 sayılı TTK döneminde İPSÖK kararlarına karşı açılacak iptal davasının kime yöneltileceği hususunda bir açıklık olmaması ve bu konudaki tartışmalara karşılık TTK bu hususta açık bir düzenleme yapmıştır. Kanun koyucu TTK m.454/8 hükmü ile iptal davasının genel kurul kararına olumsuz oy veren pay sahiplerine karşı açılacağını açık bir şekilde düzenlemiştir.

Bununla beraber kanun koyucu 8.fikranın uygulanabilmesini kolaylaştırmak için aynı maddenin 3.fikrasında karara olumsuz oy verenlerin ortak bir tebligat adresinin de belirtilerek yönetim kuruluna tutanak ile sunulmasını düzenlemiştir.

4. Süre

Her ne kadar İPSÖK kararlarının da tıpkı genel kurul kararlarında olduğu gibi iptalinin dava konusu yapılabileceği kabul edilmişse de⁵¹⁹ kanun koyucu İPSÖK kararlarının iptali için açılacak dava açma süresini TTK m.445 hükmünde yer alan 3 aylık süreden daha az tutarak, bu süreyi 1 ay olarak belirlemiştir. Kanun koyucunun İPSÖK kararlarına karşı açılacak iptal davası için dava açma süresini kısa tutması; esas sözleşme değişikliği gibi ortaklığın işleyişi için son derecede önemli olan bir kararın uzun bir süreç içinde sürüncemede kalmasını engellemek amacıyla isabetlidir.

TTK m.454/7 hükmünde belirlenen 1 aylık dava açma süresi hak düşürücü bir süre olduğundan bu sürenin dolması ile birlikte dava açma hakkı

⁵¹⁹ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.203.

kendiliğinden düşer. Bu nedenle hakimin açılan bu iptal davasında, davanın süresinde açılıp açılmadığını re'sen incelemesi gerekmektedir⁵²⁰.

5. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kanun koyucu TTK m.454/7 ile iptal davasında görevli ve yetkili mahkemeyi ortaklığın merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesi olarak belirlemiştir.

B. Genel Hükümler Uyarınca İPSÖK Kararlarının İptali

6762 sayılı TTK sisteminde imtiyazlı pay sahipleri kararlarına karşı iptal davasının açılıp açılmayacağı tartışmalı bir konu olmuştur.

Bu tartışmalarda İmregün ikili bir ayırım yaparak; özel kategori pay sahipleri genel kurulunun, genel kurul kararının onanması yönündeki kararının iptalinin istenemeyeceği, ancak genel kurul kararının iptalinin istenebileceğini, özel kategori pay sahipleri genel kurulunun olumlu kararının ancak yokluğunun, hükümsüzlüğünün bir tespit davasına konu olabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte özel kategori pay sahipleri genel kurulunun, genel kurul kararının onanmaması yönündeki olumsuz kararına karşı ise; genel kurulun olumsuz kararlarına dahi çok sınırlı durumlarda iptal davasının açılabilirdiği, iptal davasına konu olabilmesi açısından ortada sakat da olsa iptal edilebilecek bir kararın olması gerektiği, genel kurul kararının onanmaması halinde ortada özel kategori pay sahipleri genel kurulu tarafından alınmış bir kararın olmadığı gerekçesi ile iptal davasının açılmayacağını savunmuştur⁵²¹.

Eriş ise; özel kurul kararlarının genel kurul kararlarının uygulama koşulu olduğunu bu nedenle özel kurul kararlarının da kanun, esas sözleşme ve dürüstlük kurallarına aykırı bulunması halinde iptal davasına konu olabileceğini, bunun yanında genel kurul kararlarının iptaline ilişkin yasa hükümlerinin özel kurul kararları ile bağdaştığı ölçüde geçerli olacağını belirtmiştir⁵²².

Poroy, konu ile ilgili olarak; imtiyazlı pay sahipleri genel kurul kararlarının şekli emredici kurallara aykırı olmaları halinde yoklukla sakatlanabileceğini ancak konusunun kanuna aykırı olmasının söz konusu

⁵²⁰ Oruç, s.199.

⁵²¹ İmregün, Özel Kategori Paylar Kurulları, s.195-196.

⁵²² Eriş, Ayrıcalıklı Pay Senetleri II, s.209.

olamayacağını, ahlak ve adaba aykırılığın genel olarak düşünülmemeyeceğini ancak afakî iyiniyet kurallarına aykırı olabileceğini savunmuştur⁵²³.

TTK m.454/7 hükmü ile İPSÖK kararlarından onamama yönündeki olumsuz kararlara karşı yönetim kurulu tarafından iptal davasının açılacağı şeklinde bir düzenleme yapılarak her ne kadar eleştirilere konu olsa da kısmen de olsa tartışmalara bir açıklık getirilmiştir. Ancak TTK, İPSÖK kararlarından olumlu olanlara karşı veya m.454/7 kapsamı dışında kalan hususlarda yani genel hükümler çerçevesinde iptal davasının açılıp açılmayacağı hususunda açık bir düzenleme yapmamıştır.

Doktrinde TTK m.454/7 ile ilgili eleştiri yapan yazarlardan Kendigelen; sadece İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı iptal davasının açılabilmesinin düzenlenmesinin büyük bir eksiklik olduğunu, zira hakların ihlal edildiği gerekçesinin dışında başka nedenlerle de İPSÖK kararlarının iptalinin gündeme gelebileceğini, İPSÖK'ün olumlu ancak usule aykırı olan kararlarına karşı da iptal davasının açılabilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵²⁴.

Moroğlu da, benzer bir şekilde imtiyazlı pay sahipleri ile diğer pay sahiplerinin İPSÖK kararlarına karşı iptal davası açabilmelerinden bahsedilmemesinin önemli bir kanun boşluğu olduğunu vurgulamıştır⁵²⁵.

Akad ise, İPSÖK kararlarının genel kurul kararlarından bağımsız olduğunu, TTK m.454/7 ile İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı iptal davasının açılmasına yönelik özel düzenlemenin, İPSÖK kararlarına karşı genel hükümler uyarınca iptal davasının açılmayacağı yönünde yorumlanamayacağını, bu nedenlerle İPSÖK'ün hem olumlu hem de olumsuz kararlarına karşı genel hükümler uyarınca iptal davasının açılabilmesini savunmuştur⁵²⁶.

Son olarak Tekinalp ise; İPSÖK'ün imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunması için özel bir korunma mekanizması olarak düzenlendiğini, ancak bunun imtiyazlı pay sahiplerinin TTK m.445-446 uyarınca iptal, TTK m.447 uyarınca butlan ve TTK m.553 uyarınca yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açmalarına engel olmadığını belirtmiştir⁵²⁷.

⁵²³ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2010, s.393-394.

⁵²⁴ Kendigelen, İlk Tespitler, s.357.

⁵²⁵ Moroğlu, Değerlendirme ve Öneriler, s.259.

⁵²⁶ Akad, s.105.

⁵²⁷ Tekinalp/Poroy/ Çamoğlu, Ortaklıklar 2014, s.575.

Kanaatimizce; TTK m.454/7 ile düzenlenen İPSÖK'ün olumsuz kararlarına karşı yönetim kurulunun iptal davası açma hakkı, ortaklık açısından özel bir korunma mekanizması olarak düzenlenmiştir. Ancak bu madde imtiyazlı pay sahiplerinin yukarıda açıklandığı üzere genel hükümler uyarınca iptal davası açmalarına engel oluşturmamaktadır. Dolayısıyla İPSÖK tarafından genel kurul kararının onaylanmasına ilişkin alınmış olan karara olumsuz oy veren imtiyazlı pay sahipleri tarafından, genel hükümler (TTK m.445/a) çerçevesinde iptal davasının açılabilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte TTK m.445/b hükmüne kıyasen; çağrının usulüne göre yapılmaması, gündemin ilan edilmemesi, toplantıya yetkisiz birinin katılması gibi usule ilişkin eksikliklerde de toplantıya katılmış olsun ya da olmasın imtiyazlı pay sahipleri tarafından iptal davası açılabilecektir. Yine genel kurul veya İPSÖK toplantısına katılması veya oy kullanması haksız bir şekilde engellenen imtiyazlı pay sahibinin de genel hükümlere göre iptal davası açabilecektir.

C. İptal Kararlarının Etkisi

TTK M.450 hükmü ile genel kurul kararlarının iptaline ilişkin kararların kesinleşmesi ile birlikte tüm pay sahipleri için hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. TTK'da İPSÖK kararlarının iptalinin etkileri ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla TTK m.450 hükmünden kıyasen, İPSÖK kararlarının iptali ile ilgili kararın da kesinleşmesinden itibaren ilgili tüm pay sahiplerini etkileyeceğini söyleyebiliriz.

TTK m. 454/7 kapsamında yönetim kurulu tarafından açılan iptal davası ile İPSÖK'ün vermiş olduğu olumsuz kararın iptali kararı, kesinleşmesi ile birlikte genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy veren tüm imtiyazlı pay sahiplerini etkileyecektir.

İptal hükmü bozucu yenilik doğuran bir hüküm olduğundan kesinleşmesi ile birlikte geriye etkili olarak İPSÖK'ün olumsuz kararını ortadan kaldırır. Yine TTK m.454/7 ile, yönetim kurulunun İPSÖK'ün onamama kararının iptali ile genel kurul kararının tesciline karar verilmesini talep edebileceğini düzenlemiştir. Bu durumda mahkemenin genel kurul kararının tesciline ilişkin kararı kurucu yenilik doğuran bir karar olup, İPSÖK'ün olumlu kararının yerine geçerek genel kurul kararını alındığı tarihten itibaren geçerli kılacaktır⁵²⁸.

⁵²⁸ Akad, s.102.

Bununla birlikte genel hükümler çerçevesinde İPSÖK'ün olumlu kararının iptali için açılan davada verilen iptal kararı, İPSÖK'ün vermiş olduğu kararı geçmişe yönelik olarak ortadan kaldıracığından, genel kurul kararına dayanılarak yapılan işlemlerin de iptali söz konusu olacaktır. Ancak burada şöyle bir fark bulunmaktadır; genel kurul kararının iptali halinde, iyiniyetli üçüncü kişilerin iptal edilen karara dayanarak kazandığı hakların saklı kalması gerekirken, İPSÖK'ün kararlarının iptalinde, iptal edilen karar, ortaklıkla iyiniyetli üçüncü kişiler arasında yapılan hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olduğundan, söz konusu özel kurul kararının iptali, iyiniyetli üçüncü kişilerle yapılan hukuki işlemlere de etki edecektir⁵²⁹.

D. Yokluk

Kurucu-şekli nitelikteki emredici hukuk kurallarına aykırı bir şekilde alınan kararların yoklukla malul olacağı belirtilmektedir. Böyle bir durumda irade beyanı veya kanuni şekil eksikliği nedeniyle hukuki işlem şeklen meydana gelmemiştir⁵³⁰.

Emredici hükümler çerçevesinde değerlendirildiğinde; bir genel kurul kararının meydana gelebilmesi için iki kurucu unsur gereklidir. Bunlardan ilki genel kurul toplantısının yapılması ve ikincisi ise toplantıda karar alınmasıdır. Bu iki kurucu unsurlardan birinin eksik olması durumunda işlem hiç doğmamış sayılır yani anılan bu işlem yoktur. Daha somut bir ifadeyle, bir toplantı yapılmadığı halde yapılmış gibi gösterilirse veya toplantıda herhangi bir karar alınmadığı halde karar alınmış gibi gösterilirse bu işlemler yoklukla malul olacaktır. Örneğin, bakanlık temsilcisinin katılmasının zorunlu olduğu bir toplantıya bakanlık temsilcisi katılmadığı halde katılmış gibi gösterilerek toplantının yapılması ve karar alınması halinde yapılan bu toplantıda alınan kararlar yoklukla maluldür⁵³¹.

Yoklukla sakat olan bir kararın tekrar geçerli hale getirilip canlandırılabilmesi mümkün olmayacaktır. Fakat, bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin tekrar toplanarak söz konusu kararı geçerli olabilecek şekilde tekrar alabilmeleri mümkündür⁵³².

⁵²⁹ Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.154.

⁵³⁰ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.29.

⁵³¹ Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınları 10. Bası, s.193.

⁵³² Karahan, İmtiyazlı Paylar, s.149.

Yokluk bunda hukuki yararı bulunan herkes tarafından süreye bağlı olmaksızın itiraz şeklinde veya dava yolu ile ileri sürülebilir. Yoklukla malul olan bir genel kurul/İPSÖK kararı şeklen meydana gelmediği için, başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm doğurmayacağından açılan dava tespit davası niteliğinde olacaktır⁵³³.

Yokluk yaptırımı; İPSÖK kararları açısından değerlendirildiğinde, öncelikli olarak İPSÖK kararının geçerli olması için irade uyuşmasının gerekli olduğu, bundan dolayı kanunda veya esas sözleşmede belirlenen toplantı ve karar nisaplarına uygun bir karar alınması, bunun aksi halinde ise İPSÖK kararlarına yokluk yaptırımının uygulanacağı belirtilmektedir⁵³⁴.

E. Butlan

TTK m.447 hükmünde genel kurul kararlarının butlanını ayrı bir şekilde düzenlemiş ancak butlanın tanımını yapmamıştır. Aynı şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da butlanın tanımı yapılmamıştır. Türk Borçlar Kanununda butlan 27.maddede “Kesin Hükümsüzlük” başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte butlan ile ilgili farklı tanımlamalar yapılmıştır.

Öz; kurucu unsurları ile birlikte kurulmuş olan bir sözleşmenin geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek derecede öneme sahip olanların gerçekleşmemiş olması halinde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağını ifade etmektedir⁵³⁵.

REİSOĞLU ise; “belli bir sakatlık sebebiyle baştan itibaren kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurmayan ve geçerli hale getirilemeyen işlemleri” batıl hukuki işlemler olarak tanımlamıştır⁵³⁶.

Ayrıca, butlanın genel kurul kararlarının iptali karşısında istisnai bir hüküm olarak öngörüldüğü, bunun sebebinin ise butlanın önemli ve belirsizlik oluşturan durumlar doğurduğunu, işlem güvenliğinin çok önemli olduğu ticari hayatta genel kurul kararlarının hiçbir süreye tabi olmaksızın hükümsüzlüğünün tespitinin mümkün olması halinde işlem güvenliğinin büyük oranda sarsılacağı da ifade edilmektedir⁵³⁷.

⁵³³ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.145.

⁵³⁴ Akad, s.90.

⁵³⁵ Öz Turgut/Oğuzman Kemal, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2015, s.174.

⁵³⁶ Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul, 2011

⁵³⁷ Karahan Sami, Şirketler Hukuku, Mimosza Yayınları, Mart 2015, 2. Bası, s.556.

Batıl olan bir hukuki işlem; kanuni ve şekli unsurları açısından şeklen var olduğu halde, konusu veya içeriği bakımından imkansız veya emredici hükümlere, ahlaka ve adaba aykırı olan işlemler olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda genel kurul kararı ölü doğmuştur ve hükümsüzdür⁵³⁸.

Batıl olan bir karar da kamu düzenini ilgilendirmesi açısından, hukuki yararı olan herkes tarafından süreye bağlı olmaksızın ileri sürülebilir ve hakim tarafından da re'sen göz önüne alınır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Poroy tarafından İPSÖK'ün sadece genel kurul kararlarını onaylayacağını veya onaylamayacağını, bundan dolayı İPSÖK kararlarının konusunun kanuna veya ahlak ve adaba aykırı olmasının söz konusu olamayacağını dolayısıyla da İPSÖK kararlarının butlanından söz edilemeyeceğinin savunulduğunu ifade etmiştik⁵³⁹.

Butlan ile ilgili farklı olarak belirtmemiz gereken bir husus da şudur:

TTK m.454/3 fıkrasının son cümlesinde yer alan “Bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararı alınmamış sayılır” hükmünün yokluk olarak mı yoksa butlan olarak değerlendirilmesi mümkün müdür?

Bu konu ile ilgili Akad eserinde; TTK m.454/3 ile getirilen yükümlülüklerin İPSÖK'ün olumsuz kararlarının varlığına ilişkin kurucu bir unsur olmadığını, fıkra ile ilgili gerekçe de nazara alındığında kamu düzeninden kabul edilecek bu hükümlere aykırı kararların batıl olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte TTK m.454/3 fıkra hükmü kapsamının dışında kalan hususlarda ise butlan ile ilgili olarak; İPSÖK kararlarının kural koyan veya ortaklık ile ilgili yapısal değişiklik yapan kararlardan olmadığı, sadece imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edici nitelikteki genel kurul kararlarının onanması veya onanmaması yönündeki kararlardan olduğunu, dolayısıyla TTK m.447 hükmü kapsamında butlan yaptırımına tabi olan genel kurul kararını onaylayan İPSÖK kararının da TTK m.447 hükmü kapsamında batıl kabul edilebileceği şeklinde yorumda bulunmuştur⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Pulaşı, Şirketler Hukuku I, s.859.

⁵³⁹ Bkz. s.117.

⁵⁴⁰ Akad, s.84.

F. Yoklukla Butlan Arasındaki Farklar

Kurucu, şekli ve emredici unsurları bulunmayan bir işlem yoklukla sakattır. Yoklukla sakat olan bir işlem hukuk aleminde hiç doğmamış kabul edilir ve her zaman ileri sürülebilir. Peki yoklukla butlan arasındaki fark nedir?

İki kavram arasındaki farkı şu şekilde açıklayabiliriz: Yokluk söz konusu olduğunda hukuki işlem şeklen dahi olsa var olmamış yani hiç doğmamıştır. Oysa ki butlan halinde hukuki işlem şeklen doğmuş ancak bu hukuki işlem emredici hükümlere aykırı olduğundan baştan itibaren geçersizdir⁵⁴¹.

Yine yoklukla butlan arasındaki farkı; yokluk halinde şekli kurucu hükümlere aykırılığın söz konusu olduğu buna karşılık butlan halinde ise öze ilişkin emredici hükümlere aykırılığın söz konusu olduğu şeklinde açıklayan görüş de bulunmaktadır⁵⁴².

⁵⁴¹ Moroğlu, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.30.

⁵⁴² Apalı Kazım, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:2014/1, s.383

SONUÇ

“Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar” konulu bu tez çalışmamızda, imtiyazlı paylar ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ile ilgili TTK’da hüküm altına alınan hususlar, yenilikler ve yeni düzenleme ile birlikte tartışmalara sebep olan konular incelenmeye çalışılmıştır.

İmtiyaz kavramı; özel, kişisel hak, ayrıcalık, üstünlük anlamlarına gelmektedir. TTK m.478’de, tıpkı 6762 sayılı TTK m.401’de olduğu gibi imtiyaz kavramı kullanılmıştır. Ancak 6762 sayılı TTK döneminde imtiyaz kavramı ile ilgili tartışmalar yaşanmış ve imtiyaz kavramı yerine “özel kategori pay, ayrıcalıklı pay” gibi kavramların kullanılması teklif edilmiştir. Bu konuda İmregün; imtiyaz teriminin paylardan birinin sahiplerine normal diğerinin ise buna nazaran ek ve farklı haklar sağlaması halinde kullanılabileceğini buna karşılık, pay gruplarının hepsinin birbirlerine oranla farklı haklar sağladığı durumlarda imtiyazdan söz edilemeyeceğini bu nedenle “özel kategori pay” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etmiştir. Gerçekten bir anonim ortaklıkta biri kâr payında, diğeri tasfiye payında bir diğeri oyda ayrıcalıklı olan payların varlığında, her bir payın bir diğerine farklı konulardan üstünlüğü bulunmaktadır. Her ne kadar kanun koyucunun imtiyaz kavramını tercih etmesi nedeniyle tez çalışmamızda imtiyaz kavramı kullanılmışsa da, bizce de İmregün tarafından teklif edilen “özel kategori pay” kavramının kullanılması daha doğru olacaktır.

TTK ile getirilen en önemli yeniliklerden bir tanesi, imtiyazın kanunda yer almayan yeni bir pay sahipliği hakkında tanınabileceğinin hüküm altına alınmasıdır. Bu düzenleme TTK m.340 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde tartışmalara sebep olmuştur. Ancak TTK m.478/2’de yer alan “kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı” ifadesi, m.340’da düzenlenen kanunda açıkça izin verme koşulunu gerçekleştirmektedir. Bu durumda m.340 hükmü m.478 hükmü ile çelişkili bir madde olarak yorumlanmamalı, her iki hüküm birlikte değerlendirilerek yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartı ile kanunda düzenlenmemiş yeni bir pay sahipliği hakkında imtiyaz tanınması mümkündür.

6335 sayılı kanunun 25.maddesi ile TTK m.478 hükmüne 4.fıkra eklenerek imtiyazın tesis edilemeyeceği bazı durumlar hüküm altına alınmıştır.

Hemen ifade etmeliyiz ki anılan bu fıkra hükmü öncelikle Anayasanın 10.maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine, 35.maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ve 48.maddesinde düzenlenen özel teşebbüs kurma hürriyetine aykırıdır. Bir başka husus bir kanun hükmünün yürürlüğe girdikten sonra geçmişe etkili olarak hakları ortadan kaldırması hukuk güvenliği ile bağdaşmamaktadır. Yine yapılan bu düzenleme ile ortaklık ve imtiyazlı pay sahipleri arasındaki menfaat dengesi imtiyazlı pay sahipleri aleyhine değiştirilmiştir. Ayrıca bu fıkra ile bazı özel teşebbüslerin ortaklıklara katılma süreci de olumsuz etkilenecektir. Dolayısıyla, TTK m.478/4 hükmü hukuk düzeninde bir geriye dönüş olarak değerlendirilmektedir. Bir başka husus ise, fıkra hükmünde yer alan “tesis edilemez” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgilidir. Konu ile ilgili değerlendirmeyi TTK m.478/4 hükmü ile mülga 6762 sayılı TTK m.401/3 hükmünü karşılaştırarak yapmakta fayda vardır. Mülga TTK m.401/3 hükmünde, belirlenen tarihe kadar ikinci fıkra hükmüne uygun hale getirilmeyen esas sözleşme hükümlerinin kendiliğinden geçersiz hale geleceği ve esas sözleşmede öngörülen imtiyazların da kanunen sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm TTK m.478/4 hükmünde yer almamaktadır. Bu durumda ortaklığın kuruluşunda, m.478/4 fıkrasının birinci cümlesinde sayılan tüzel kişilerin ortaklığın sermayesinin %50’sinden fazlasına sahip olmaları halinde, sayılan tüzel kişiler dışındaki pay ve pay gruplarına imtiyaz tanınmaz. Burada “tesis edilemez” ibaresi imtiyazın tanınamayacağı anlamına gelmektedir. Buna karşılık kuruluştan sonra birleşme, devir vb. bir şekilde ortaklık sermayesinin %50’sinden fazlasının m.478/4 hükmünün birinci cümlesinde sayılan tüzel kişilere geçmesi halinde diğer pay veya pay gruplarına tanınan imtiyazlar sona ermez ancak donarlar ve bu nedenle de kullanılamazlar. Yani “tesis edilemez” ibaresi bu durumda imtiyazların donması anlamına gelecektir. Belli bir süre sonra sayılan bu tüzel kişilerin sermayedeki oranları %50’nin altına düştüğünde donan imtiyazlar yeniden canlanarak kullanılabilir hale gelebilecektir.

TTK ile imtiyazlı paylarda getirilen en büyük yeniliklerden bir diğeri ise oy hakkında tanınan imtiyazlarla ilgilidir. Oyda imtiyazlı payların tanınmasındaki temel sebepler, ortaklıktaki yabancılaşmaya engel olmak ve ortaklık yönetimindeki etkinliğin sağlanmasıdır. 6762 sayılı TTK’da sınırsız bir şekilde düzenlenmiş olan oyda imtiyazlar doktrinde görüş birliği halinde eleştirilmiş ve bazı öneriler de sunulmuştur. Nitekim sınırsız ve suistimale yatkın olan eski düzenlemenin eleştirilmesi de son derecede haklı olmuştur. İşte kanun koyucu bu

eleştirileri de dikkate alarak oyda imtiyazları yeni baştan ele almış ve TTK sistemi içinde 479.maddede ayrı bir başlık halinde düzenlemiştir. TTK m.479 hükmüne göre oyda imtiyazlar artık sadece eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilir. Bu yönü ile mehz İsviçre Kanun sisteminden farklı bir düzenleme haline gelmiştir. Böylece oyda imtiyaz tanınması emredici bir şekilde sınırlandırılmıştır. Kanun koyucunun eski sisteme nazaran sadece eşit itibari değerli paylara farklı sayıda oy hakkı vererek oyda imtiyaz tanınmasına izin verirken, farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı verilerek oyda imtiyaz tanınmasına izin vermemesinin gerekçesine de bakmak gerekmektedir. Gerekçede bu şekilde bir sınırlandırma yapılmasının sebebi; kanuni sınırlamanın dolanılmasının engellenmesi, karışıklıklara mahal verilmemesi ve özellikle 479/2 hükmünün uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılması şeklinde gösterilmiştir. TTK m.479/1 hükmü daha tasarı aşamasındayken bile birçok eleştiri ve tartışmalara sebep olmuştur. Birçok yazarın ortak görüşü, kanun koyucunun yapmış olduğu bu sınırlamanın geçerli bir sebebe dayanmadığı yönündedir. Oyda imtiyazlar ile ilgili olarak eleştiri ve tartışmalara sebep olan bir diğer düzenleme ise, TTK m.479/2 de düzenlenen oy hakkında imtiyazın en çok 15 oy ile sınırlandırılmasıdır. Özellikle TTK m.434/2’de yer alan oy hakkının esas sözleşme ile sınırlanabileceği hükmü karşısında TTK m.479/2 hükmünün nasıl uygulanacağı hususu tartışılmıştır. Örneğin, esas sözleşmede oy hakkının en fazla 10 oy ile sınırlandırıldığı bir durumda kanun tarafından verilen 15 oy hakkının dahi kullanılmayacağı ve böylece oyda imtiyazların her iki sınırlamaya da maruz kalacağına vurgu yapılmıştır. Her ne kadar doktrinde TTK m.479 hükmü eleştirilmişse de; her türlü suistimale yatkın, sınırsız bir sistem yerine, uygulanması kolay olan ve kanun hükümlerinin dolanılmasına izin vermeyen sistematik bir düzenin getirilmesi tercih edilebilir bir durumdur. TTK m.434/2 hükmü karşısında TTK m.479/2 hükmünün uygulama alanı ile ilgili olarak şunu ifade edebiliriz. Gerekçede de ifade edildiği üzere TTK m.434/2 hükmü oyda imtiyazları etkileyebilir. Zira aksi bir durum ile ilgili olarak kanunda açık bir düzenleme de mevcut değildir. Bu durumda oyda imtiyaz tanınmanın hiçbir öneminin kalmayacağı düşünülebilir. Ancak unutmamak gerekir ki; TTK m.479/2’ de en fazla 15 oy hakkının tanınabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu burada azami bir sınır belirlemiştir. Yani oyda imtiyaz tanınırken 15 oya kadar oy hakkı verilebilecek ancak 15 oydan fazlası verilemeyecektir. Yine TTK m.434/2 hükmü anılan sınırlamanın esas sözleşmeye konulacak olan bir hükümlerle yapılabileceğini

düzenlemektedir. Bu durumda ortaklık kurulurken oy hakkı ile ilgili olarak esas sözleşmeye m.434/2 hükmü çerçevesinde bir sınırlama getirilirse, oyda imtiyaz tanınırken bu sınırlamaya riayet edilmesi gerekmektedir. Kuruluştan sonra esas sözleşme değişikliği ile TTK m.434/2 hükmü kapsamında bir sınırlama getirilmek istendiğinde ise bu durum oyda imtiyazlı payların haklarını ihlal ettiğinden devreye TTK m.454 hükmü gereği İPSÖK onayı girecektir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından oyda imtiyazlar ile ilgili düzenlenen m.479 hükmü, sınırsız ve suistimale yatkın bir duruma nazaran sistematik bir düzen getirdiği için eleştirilebilecek noktaları olsa dahi isabetli kabul edilmelidir.

İmtiyazın en önemli ilkelerinden bir tanesi imtiyazın paya bağlı bir hak olmasıdır. Ancak TTK m.478/3 ile buna bir istisna getirilmiştir. Bu istisna ise yine TTK m.360 hükmüdür. Bu hüküm; “belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesini” düzenlemektedir. 6762 sayılı TTK’da grup imtiyazı ile ilgili bir düzenleme olmamasına rağmen doktrin ve Yargıtay tarafından grup imtiyazı kabul edilmiştir. TTK m.360 ile grup imtiyazı kanuni bir düzenleme haline gelmiş ancak bunun yanında yönetim kurulunda temsil edilme hakkı özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa da verilmiştir. TTK m.360/2 hükmünde de bu madde ile yönetimde temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı olarak kabul edileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Doktrinde ise özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ve azlığa tanınan hakkın bir imtiyaz olarak değil de bir grup hakkı olduğu savunulmaktadır. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira bu durumda doğrudan doğruya paya bağlanan bir üstünlük söz konusu değildir. Dolayısıyla burada bir grup hakkından bahsetmek daha doğru olacaktır. Konu ile ilgili bir başka tartışma ise; özellik ve nitelikleriyle belirlenebilir olan pay sahiplerine yönetimde temsil imkanının, ortaklık esas sözleşmesinde isim gösterilerek yapılabilmemesi ile ilgilidir. TTK m. 340 hükmü çerçevesinde kanunda bunu yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu durumun, grup imtiyazı olarak nitelendirilebilip nitelendirilemeyeceği sorusuna ise her olayın somut şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirerek cevap vermek gerekmektedir.

İmtiyazlı paylar ile ilgili SerPK’da da yeni düzenlemeler mevcuttur. Öncelikle SerPK m.23 ile imtiyazların öngörülmesi ve mevcut imtiyazların kapsam ve konusunun değiştirilmesi ortaklık için önemli nitelikte işlemler arasında kabul edilmiştir. Bir başka önemli düzenleme ise “İmtiyazlı Paylar” başlığı altında SerPK m.28’de karşımıza çıkmaktadır. Anılan bu madde ile

ortaklıklar için; imtiyazların, sermaye piyasası araçlarını ilk halka arzlarında şeffaf ve anlaşılabilir bir şekilde kamuya duyurulması zorunlu hale gelmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise Kurul tarafından imtiyazlara getirilebilecek olan sınırlamadan bahsedilmektedir. Buna göre; halka açık ortaklıkların kurulun belirlediği esaslar çerçevesinde, makul ve zorunlu kılınan haller dışında finansal tablolarında üst üste 5 yıl dönem zararı yapması halinde, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazlar kurul kararı ile kaldırılır. Böylece, oy hakkında ve yönetimde etkisi olan imtiyazlı pay sahiplerinin ortaklıkta mevcut diğer pay sahiplerinin de menfaatlerine uygun davranmasına, verimsiz yönetimin değiştirilerek ortaklık hak ve menfaatleri ile tüm pay sahiplerinin menfaatleri arasındaki dengeyi kurabilecek daha iyi yöneticilerin göreve gelmesine olanak tanınmıştır. Ancak SerPK m.28/2 son cümlede yer alan “ söz konusu imtiyazlı payların kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması halinde bu hükmün uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükmü anlamak gerçekten mümkün değildir ve kesinlikle hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

TTK m.454 ile imtiyazları koruyucu özel bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu yetki ve sınırları belirli bir özel kurul olan İPSÖK’ü ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. TTK m.454 hükmü, imtiyazlı payların korunması hususunda 6762 sayılı TTK’ya nazaran çok daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Öncelikle imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanabilmesi için imtiyazları ihlal edecek nitelikte bir kararın bulunması gerekmektedir. TTK m.454 ile 6762 sayılı TTK’ya nazaran getirilen en önemli yeniliklerden birisi, esas sermaye artırımı kararının imtiyazlı payları mutlak surette ihlal edeceği varsayımından vazgeçilmiş olmasıdır. Kanun koyucu genel kurul tarafından verilen esas sözleşme değişiklik kararı ile yönetim kuruluna sermayenin artırılması yetkisi veren ve yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararlarının ancak imtiyazlı payları ihlal edici nitelikteyse İPSÖK onayına tabi olacağını düzenlemiştir. Ancak hangi durumlarda imtiyazların ihlalinin söz konusu olacağı ile ilgili açık bir düzenleme yapmamıştır. Kanunda yer alan bu boşluğu, pay ve pay kategorileri arasındaki menfaat dengesinin imtiyazlı paylar aleyhine değişmesi halinde, imtiyazların ihlal edilmiş olacağı şeklinde yorumlamak imtiyazların özel korumadan yararlandırılması amacı ile daha iyi bağdaşacaktır.

TTK m.454/2 ile imtiyazların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi öncelikle yönetim kuruluna vermiştir. Fıkra hükmüne göre

yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırarak eğer bu görevini yerine getirmezse, imtiyazlı pay sahipleri yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden itibaren 15 gün içinde mahkemeden kurulun toplantıya çağrılmasını isteyebilecektir. İmtiyazları ihlal edici nitelikte olan bir karar ile ilgili olarak, özel kurulun toplanıp karar alabilmesi için yönetim kurulunun çağrısını bekleme zorunluluğunun getirilmesi imtiyazların korunması amacı ile uyuşmamaktadır. Yönetim kurulunun özel kurulu toplantıya çağırmadığı düşünüldüğünde özel kurulun doğrudan doğruya toplanmasına olanak sağlamak yerine, toplantı için mahkemeye başvurarak sürecin daha da uzatılması açıkçası öncelikle imtiyazların korunmasını sonrasında ise alınan kararın uygulanabilirliğini sekteye uğratmaktadır.

TTK m.454/3 hükmüne baktığımızda ise özel kurulun toplantı yeter sayısının artırılmış olduğunu görmekteyiz. Bunun yanında, özel kurulun alınan kararın imtiyazları ihlal ettiği yönünde karar vermesi halinde bu durumun gerekçeli bir tutanakla belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Genel kurul kararlarına karşı verilen olumsuz oylara gerekçe istenmezken özel kuruldaki gerekçeli tutanak istenmesi eleştiri konusudur. Ancak en can alıcı nokta ise TTK m.454/3’de yer alan son cümledir. Bu cümlede “bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararının alınmamış sayılacağı” düzenlenmiştir. Bu hüküm doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Öncelikle İPSÖK toplantı tutanaklarının, yönetim kuruluna teslim edilerek yönetim kurulu tarafından sicile götürülmesi söz konusudur. Bu durumda yönetim kurulu tarafından yapılacak ufak tefek usule ilişkin hataların sonucu İPSÖK kararının alınmamış sayılması olarak düzenlenmiştir. Bu çok ağır bir yaptırımdır ve imtiyazların korunması ile ilgili ciddi sorunlar oluşturabilecektir.

Kural olarak İPSÖK onayı olmadan alınan genel kurul kararı ve buna bağlı olan işlemler uygulanamaz (TTK m.454/1). Ancak uygulamada İPSÖK onayı olmadan sicile tescil edilmiş olan genel kurul kararı ile buna bağlı olan işlemlerin imtiyazlı pay sahipleri açısından akıbeti ne olacaktır? Bu durumda kanundaki şartlara uygun olarak alınmış olan genel kurul kararı geçerliliğini koruyacaktır. Ancak İPSÖK tarafından onaylanmadan tescil edilen bir kararın imtiyazlı pay sahipleri açısından hüküm ifade etmesi de düşünülemez. Dolayısıyla kanunda belirtilen şartları taşımayan (İPSÖK onayı olmayan) tescil işlemi yolsuz bir tescil hükmünde olmalıdır.

Tüm bu incelemeler neticesinde vardığım sonuç, TTK'nın imtiyazlı paylar ile ilgili olarak 6762 sayılı TTK dönemindeki eleştiri ve tartışmaları da dikkate alarak getirmiş olduğu düzenleme ve yenilikler dikkate alındığında, olumlu ve isabetli yönleri bulunmakla birlikte birçok açıdan tartışmalara sebep olmuştur. Özellikle TTK m.478/4 hükmü başlı başına hukuk güvenliği ile bağdaşmamaktadır. Yine kanun koyucunun imtiyazlı pay sahipleri ile ilgili getirmiş olduğu düzenleme bir bütün olarak ele alındığında, imtiyazları korumaktan daha ziyade çoğunluğun imtiyazlı pay sahiplerine karşı korunmasına hizmet etmekte olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle TTK m.454/3 hükmü imtiyazların korunmasında büyük bir sorun oluşturmaktadır. Oysa ki; imtiyazların ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun kanunda yer almasının temel amacı; imtiyazların suistimale imkan vermeyen, şeffaf, anlaşılabilir ve kolay uygulanabilir bir şekilde tanınması ve bu şekilde tanınan imtiyazların özel olarak korunmasıdır. Bu nedenle imtiyazlı paylar ve imtiyazların korunması ile ilgili kanunda yer alan boşluklar ve tartışmalı konuların, imtiyazların kanun sistemi içinde yer alması ve özel korumadan yararlandırılması amacına uygun bir şekilde yorumlanması daha doğru olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- ADIGÜZEL BURAK :Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması ve Kaldırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVIII, 2014.
- AKAD GÜL :Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, İstanbul 2013
- AKBİLEK NEVZAT :Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahibinin Korunması, Ankara, 2009.
- AKBULAK YAVUZ :Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Halka Açık Anonim Şirketlere Getirilen Yeni Esaslar, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 86, Sayı 6, 2012.
- AKKALE GÜLMİSAL :Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 sayılı TTK'ya Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırım Usulü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, 2013, Sayı 1-2.
- APALI KAZIM :Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali ve Butlanı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:2014/1
- ARSLANLI HALİL :Anonim Şirketler I-II, İstanbul 1960
- BAHTİYAR MEHMET :Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 61, 2005 (Değerlendirme)
- BAHTİYAR MEHMET : Ortaklıklar Hukuku Beta Yayınları 10. Bası
- BİLGİLİ FATİH
DEMİRKAPI ERTAN :Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- CANÖZÜ SALİH :Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Seçkin 2015.
- ÇOŞTAN HÜLYA :Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, Ankara 2013.(Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları)
- ÇOŞTAN HÜLYA :Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar, Ankara Barosu Dergisi 2012/4. (İmtiyazlı Paylar)

- ÇOŞTAN HÜLYA :Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması, Batider, C XXIV, S 3, 2008. (Özel Hak Sahiplerinin Korunması)
- ÇOŞTAN HÜLYA :Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/1, Yıldırım Bayezıt Üniversitesi.
- ÇAMOĞLU ERSİN :6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili.
- ÇEKER MUSTAFA :Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000. (Oy Hakkı)
- ÇEKER MUSTAFA :Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/yonetime%20katilma2.doc.(Yönetime Katılma)
- ÇELİK FEYZAN H.ŞEHİRALİ :Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, Ankara 2008.
- ÇETİN NUSRET/
TÖREMİŞ HATİCE EBRU/
CANTİMUR ZEYNEP :6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Ankara 2014.
- EPÇELİ SEVGİ :TTK Tasarısı'nda Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, Sayı 6, 2010. (Yeni pay Alma Hakkı)
- EPÇELİ SEVGİ :TTK Tasarısının Bölünmeye İlişkin Maddeleri, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 84, S 1, 2010. (Bölünme)
- ERDEM ERCÜMENT :Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi,Tür Değişiklikleri, Bankacılar Dergisi, Sayı 79, 2011.
- ERDEM NURİ :6102 Sayılı "Yeni" TTK.'ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin "Müktesep" (Kazanılmış) Hakları, Regesta Cilt 2, Sayı 1, Yıl 2012.
- ERİŞ GÖNEN :Ayrıcalıklı Pay Senetleri I-II, Yargıtay Dergisi, Cilt 5, Sayı:4, Yıl 1979.
- ERİŞ GÖNEN : Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt II, Seçkin Yayıncılık

- EROĞLU ENDER CANAN :Türk Ticaret Kanunu ve Tasarı Açısından Anonim Şirketlerde Hisse Senetlerinin Devri, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü, Ankara 2007.
- GÖKTÜRK KÜRŞAT :Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C XVII, 2013.
- GÜNEL ONUR KEREM :Özel Kategori Paylar, Ankara 1997.
- GÜNEL OZAN NİYAZI :İmtiyazlı Hisse Senetleri, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2009. (İmtiyazlı Hisse Senetleri)
- GÜNEY NECLA AKDAĞ :6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2012.
- HAMAMCIOĞLU ESRA :Anonim Ortaklıklarda Ana Sözleşme Değişikliği, Doktora Tezi.
- İŞIKTAÇ NAZIM CAN :Yargının Kâr Dağıtma Konusunda Şirket Yönetimine Müdahalesinin Ekonomik Değerlendirilmesi, <http://www.ticaretkanunu.net/yarginin-kar-dagitma-konusunda-sirket-yonetimine-mudahalesinin-ekonomik-degerlendirmesi-nazim-can-isiktac/>
- İMREGÜN OĞUZ :Anonim Şirket Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunlara Telif Çareleri, İstanbul 1962. (Menfaat İhtilafları)
- İMREGÜN OĞUZ :Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1968.
- İMREGÜN OĞUZ :Anonim Ortaklıkta Özel Kategori “İmtiyazlı” Paylar Kurulları, Prof. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı. (Özel Kategori Paylar Kurulları)
- İMREGÜN OĞUZ :Anonim Ortaklıkta Özel Kategori Paylar, Prof.Dr.Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2013. (Özel Kategori Paylar)
- KARAHAN SAMİ :Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Ankara 1991. (İmtiyazlı Paylar)
- KARAHAN SAMİ :Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Kârın Dağıtılmasına Karar Verebilir mi?, Regesta Cilt 3, Sayı 1, 2013. (Kâr Dağıtımı)

- KARAHAN SAMİ :Şirketler Hukuku, Mimoza yayınları Mart 2015, 2. Bası
- KARASU RAUF :Anonim Şirketlerde Emredici Hüükümler İlkesi 2015/03 Yetkin Yayınları.
- KARAYALÇIN YAŞAR :Esas Sermaye Artırımında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Batıder, Ankara.
- KARSLIOĞLU HASAN :Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, Ankara 2015
- KAYAARSLAN :Yürülüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVI, Sayı 3-4, Yıl 2012, (Sempozyum-Tartışmalar).
- KAYALI FERNA İPEKEL :Türk Ticaret Kanununa Göre Birleşmeler, Vedat Yayıncılık
- KENDİGELEN ABUZER :Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999. (Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz)
- KENDİGELEN ABUZER :Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012 . (İlk Tespitler)
- KENDİGELEN ABUZER :İmtiyazlı Paylar, Ticaret Hukuku Kürsüsünde 15. Yıl Makalelerim, İstanbul 2001. (Makalelerim).
- KENDİGELEN ABUZER :İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, 1998. (İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar)
- KENDİGELEN ABUZER :İsviçre Hukukunda Şirket Organlarında Temsil Edilme Hakkı, Makalelerim Cilt I. (Temsil Edilme Hakkı)
- KIRCA İSMAİL / ÇELİK
FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİ /
MANAVGAT ÇAĞLAR :Anonim Şirketler Hukuku Cilt:1 Ankara 2013.
- KİRTİL NEŞE :Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu, İzmir 2005.
- MEMİŞ TEKİN :Yürülüğünün Birinci Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XVI, Sayı 3-4, Yıl 2012, (Sempozyum-Tartışmalar).

- MEMİŞ TEKİN
TURAN GÖKÇEN :Sermaye Piyasası Hukuku, Seçkin 2015.
- MEMİŞ TEKİN :Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?, Dokuz Eylül Ün.v.Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr.Hakan Pekcanitez'e Armağan III, İzmir 2015. (Nitelikli Pay)
- MEMİŞ TEKİN :Adalet Bakanlığı'na Sunulan Görüş. (Görüş)
- MODERNISING COMPANY
LAW AND ENHANCING
CORPARATE GOVARNANCE
İN THE EUROPEAN UNİON:http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/governance-consult-responses_en.pdf
- MOROĞLU ERDOĞAN :6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2012. (Değerlendirme ve Öneriler)
- MOROĞLU ERDOĞAN :Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2014. (Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü).
- MOROĞLU ERDOĞAN :Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul 2015. (Sermaye Artırımı).
- MOROĞLU ERDOĞAN :Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Makalelerim, İstanbul 2010. (Makalelerim).
- NOMER FUSÜN :Anonim Ortaklıklarda Oydan Yoksun Paylar, Beta Yayınları. (Oydan Yoksun Paylar).
- NOMER FUSÜN :Anonim Ortaklıkta EŞit Davranma (EŞit İşlem) İlkesi, Prof.Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998. (EŞit Davranma İlkesi)
- OĞUZMAN KEMAL
ÖZ TURGUT :Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2015
- OKUTAN GÜL NİLSSON :Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- ORUÇ MURAT :Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıklarda İmtiyazların Korunması, Batıder, Cilt 26, Sayı 4, 2010.
- ÖRNEK MUSTAFA YİĞİT :6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel

Kurulu, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi
Özel Hukuk Bölümü, İstanbul 2012.

ÖZKAN OKŞAN

:Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve
Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans
Tezi.

ÖZTÜRK EZGİ

:Halka Açık Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı (Ayrıcalıklı)
Paylar, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2009/6
Kasım/Aralık.

PASLI ALİ

:Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul 2009.

POROY REHA/
TEKİNALP ÜNAL/
ÇAMOĞLU ERSİN

:Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.
(Ortaklıklar 2014)

POROY REHA/
TEKİNALP ÜNAL/
ÇAMOĞLU ERSİN

:Ortaklıklar Hukuku, 8. Baskı İstanbul 2000.
(Ortaklıklar 2000)

POROY REHA/
TEKİNALP ÜNAL/
ÇAMOĞLU ERSİN

:Ortaklıklar Hukuku, 5. Baskı İstanbul 1993
(Ortaklıklar 1993)

PULAŞLI HASAN

:Şirketler Hukuku Şerhi Cilt:I-II, Ankara 2014.
(Şirketler Hukuku Cilt:I-II)

PULAŞLI HASAN

:Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013.

PULAŞLI HASAN

:Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz ve Buna
İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam ve
Etkisi, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü
Armağanı, İstanbul 1999. (Anonim Şirketlerde
Yönetimde İmtiyaz).

REİSOĞLU SAFA

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler 22. Bası İstanbul
2011,

SERTOĞLU BURAK

:TTK'da İmtiyaz Sistemi ve Kurumsal Yönetim
Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi
Cilt 88, Sayı 1, 2014.,

SÜLEYMANLI SERVET

:Anonim Şirketlerde Oy Hakkı, 2005.

ŞENER ORUÇ HAMİ

:Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders
Kitabı, Seçkin, 2012.

- TEKİNALP ÜNAL :Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, 3. Baskı. (Yeni Hukuk)
- TEKİNALP ÜNAL :Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, 1996. (Sempozyum).
- TEKİNALP ÜNAL :Esas Sözleşmesel Müktesep Hak, İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt 30, Sayı 1. (Esas Sözleşmesel Müktesep Hak)
- TEKİNALP ÜNAL :Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriye Alım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, İktisat ve Maliye Dergisi, Cilt XXVI. (Alım, Önalım, Geriye Alım)
- TEKİNALP ÜNAL :Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Prof.Dr.Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt 2, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008. (Yönetim Felsefesi).
- TEOMAN ÖMER :Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Yaratmak Anlamına Gelir mi? Batıder Cilt.18, Sayı.3 Yıl.1996. (Ayrıcalık).
- TEOMAN ÖMER :Anonim Ortaklıkta Belirli Bir Grup Paya Esas Sermaye Artırımına İlişkin Kararlarda Veto Hakkının Tanınması, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt 1, Kitap 4 İstanbul 1995. (Veto Hakkının Tanınması)
- TEOMAN ÖMER :TTK Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı, Batıder Cilt 25, Sayı 3, Eylül 2009. (Oy Hakkı).
- TEOMAN ÖMER :Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar, Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996. (Yetersayılar).
- TEOMAN ÖMER :Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Tavan Tutarının Yükseltilmesini veya Çıkarılmış Sermayenin Artırılmasını Onaylamalarının Zorunlu Olup Olmadığı Sorunu, Tüm Makalelerim Cilt I-II. (Tüm Makalelerim).
- TÜRKÇE SÖZLÜK :Türk Dil Kurumu, Ankara 1998.
- YANLI VELİYE :Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Düzenleme, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın

Değerlendirilmesi Sempozyumu 15 Aralık 2013,
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul.

YILDIZ ŞÜKRÜ

:Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Açısından Eşit
İşlem İlkesi, Ankara 2004.
(Eşit İşlem İlkesi).

YILDIZ ŞÜKRÜ

:6102 sayılı TTK'da Rüçhan Hakkı Konusunda
Getirilen Değişiklikler, Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD),
Cilt 18, Sayı 2, 2012 (Özel Sayı).(Rüçhan Hakkı).

YILDIZ ŞÜKRÜ

:Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin
Birleşmesine İlişkin 78/855/EEC Sayılı Şirketler
Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, m.3,
[http://www.erzincan.edu.tr/birim/
HukukDergi/makale/2000_1_29.pdf](http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2000_1_29.pdf).
(Üçüncü Konsey Yönergesi).