

T.C.
MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKETLERDE İMTİYAZLI PAYLAR
VE OY HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Mehmet Hanifi UĞURLU

11 11 02 202

Danışman Öğretim Üyesi

Prof. Dr. A. Lerzan YILMAZ

İstanbul, Ağustos 2014

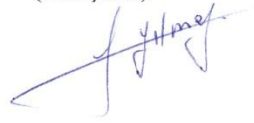
T.C. Maltepe Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

29.09.2014 tarihinde tezinin savunmasını yapan Mehmet Hanifi UĞURLU'ya ait "Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylar ve Oy Hakkı" başlıklı çalışma, Jürimiz Tarafından Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programında Yüksek Lisans Tezi Olarak **Oybirliği/Oyçokluğu** ile Kabul Edilmiştir.

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN
(Başkan)



Prof. Dr. A. Lerzan YILMAZ
(Üye)
(Danışman)



Yrd. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN
(Üye)



ÖZET

AO' lar esas sözleşmesi ile kurucular ve/ veya büyük ortaklara mali haklarda ve temsil haklarında tanınan ayrıcalıklı haklar sermaye kadar hak sahibi olma ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Bu nedenle ortaklık pay sahipleri arasındaki nizaların büyük çoğunluğunu bu imtiyazlar ile ilişkilendirmek mümkündür.

AO' lar hukukunda imtiyazlı paylara ilişkin öğretide yaşanan tartışmalar, 6102 Sayılı TTK' nun imtiyazlı paylara ilişkin düzenlemelerini incelenmesine neden olmuştur.

Yüksek lisans tez çalışmamızda, Anonim ortaklıklarda imtiyazlı paylar ve oy hakkının, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun imtiyazlı paylara ilişkin hükümleri ve emredici hükümler ilkesi yönlerinden incelenmesi konu edilmiştir.

Çalışmamızın birinci ve ikinci bölümlerinde, AO' lar hukukunda pay ve imtiyaz kavramlarına değinilerek imtiyazlı pay ihdasının şartları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde, TTK m. 478 hükmünde örnek kapsamında sayılan kar payı, tasfiye payı ve rüçhan hakkında imtiyaz ile m. 360' da düzenlenen grup imtiyazına ilişkin yeni düzenlemeler konu edilmiştir.

Dördüncü bölümde ise oy hakkı ve oyda imtiyaz ile imtiyaz haklarının korunmasına ilişkin İPSÖK' na yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler, pay, imtiyaz, oy hakkı, rüçhan hakkı, grup imtiyazı, emredici hükümler.

ABSTRACT

By giving the Founding Partners and/or big Partners Privileges on financial and representation Rights, Joint-Stock Companies with their Incorporations are creating an Exception of the Principle to have representation and financial Rights as much as the size of the Share, So its possible to see the majority of Conflicts between Company Shareholders related with these Privileges.

Discussions in the Doctrine due to the privileged Shares in the Law of Joint-Stock Companies caused to examine the Regulations of the Turkish Comercial Code Act.Nr.6102.

With the Master's Degree Thesis Work, the Regulations of the Turkish Commercial Code regarding the Privileged Shares and the Statutory Provisions about have been subjected.

The First and Second Parts of the Work are mentioning the Terms of Shares and Privileges in Joint-Stock Companies Law while reviewing the Condisions of Establishing Privileged Shares.

The Third Part is subjecting the Profit Share, Liquidation Share and Privilege on Buy Back Rigths listed among Examples in Art. 478 of the Turkish Commercial Code and new Provisions on the Group Privileges in Art.360 of the Turkish Commercial Code.

The Fourth Part is about the IPSOK (synonomous to Special Board of Privileged Shareholders) related to the Vote Right, Privilege on Votes and Protection of Privileged Rights.

Key Words; Share, Privilege, Vote Right, Buy Back Right, Group Privilege, Statutory Provisions.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

I. KAVRAMSAL OLARAK İMTİYAZLI PAY	3
A. Terminoloji Bakımından Pay Ve İmtiyaz	3
1. Pay Ve İtibari Değer	3
2. Pay Sahipliği Hakları	5
a. Mali Haklar	6
b. İdari Haklar	6
3. Anonim Ortaklıkta İmtiyaz	7
a. Kavram Olarak	7
b. İmtiyaza İlişkin Üstünlük Sorunu	8
B. İMTİYAZLI PAYLARIN İLGİLİ KAVRAM VE İLKELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	11
1. Müktesep Haklar	12
2. Vazgeçilmez Haklar	13

3. Akdi Haklar	14
4. Emredici Hükümler İlkesi	16
a. Kavramlar Ve Tanımlar	16
aa. Hukuk Kurallarının Niteliği	16
bb. Yorum Metodları	17
b. TTK m. 340' a Göre Normatif Sistem	18
aa. Normatif Sisteme İlişkin Yorum Sorunları	21
bb. Özel Kanuna Tabi AO' lara İlişkin Hükümler Sorunu	22
c. Emredici Hükümler İlkesinin İhlali	23
5. Eşit İşlem İlkesi	24
a. Eşitlik Kavramı	24
b. Eşitlik İlkesinin Fonksiyonu	25
c. İmtiyazlı Paylar Ve Eşit İşlem İlkesi	26
6. Genel Olarak AO Esas Sözleşme Hükümleri	29

İKİNCİ BÖLÜM

II. İMTİYAZLI PAY İHDASININ ŞARTLARI	32
A. Esas Sözleşme Hükmü	32
1. Genel Olarak	32
2. Kuruluşta İmtiyazlı Pay	33
3. Esas Sözleşme Değişikliği İle İmtiyazlı Pay	34

a. Esas Sermaye Sisteminde	34
b. Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Pay	35
c. Şartlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Pay	36
d. Sermaye Azaltılmasında İmtiyazlı Pay	38
e. Yapısal Değişiklikle Kuruluşta İmtiyazlı Pay	39
B. İmtiyazın Konu Ve Şartlarının Belirtilmesi	40
C. İmtiyazın Kural Olarak Paya Tanınması	41
1. Paya Bağlı Haklarda İmtiyaz	41
2. Grup İmtiyazı	43
D. İmtiyazın Üstün Hak Olarak Oluşturulması	44
1. Kanuni Pay Sahipliği Haklarında Üstünlük Tanınması	44
2. Yeni Pay Sahipliği Haklarında Üstünlük Tanınması	46
a. Yeni Pay Sahipliğine İlişkin İmtiyazın Unsurları	47
aa. Kanunda Öngörülmemiş Bir Hak Olması	48
bb. Yeni Bir Pay Sahipliği Hakkı Olması	49
cc. Paya Bağlı Bir Hak Olması	50
dd. Genel Kabul Görmüş AO' lık İlkelerine Uygun Olma	51
E. İmtiyaza İlişkin Esas Sözleşme Hükmünün Tescili	52

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. İMTİYAZIN KONUSU	54
-----------------------	----

A. KAR PAYINDA İMTİYAZ	54
1. Kar Payı Hakkı	54
a. Pay Sahibi Yönünden Kar Payı	55
b. Paylaşım Konu Kar Payı	57
2. Dağıtım Esas Olacak Karın Kaynağı	60
3. Kar Dağıtımına İlişkin Esaslar	61
4. Sermaye Piyasası Kanunu' nda Kar Payının TTK' dan Farkları	63
5. Kar Dağıtımında İmtiyazlı Paylar	66
a. Genel Olarak	66
b. Kar Dağıtımından Daha Fazla Yararlanmada İmtiyaz	67
c. Kardan Öncelikle Yararlanma Hakkı	69
d. Kar dağıtımında Birikir Nitelikli Kar Payı İmtiyazı	70
e. Dağıtımda Kara Tekrar Katılma Hususunda İmtiyaz	71
B. TASFİYE PAYINDA İMTİYAZ	71
1. Genel Olarak Anonim Ortaklığın Tasfiyesi	72
2. Dağıtım Esas Tasfiye Payının Belirlenmesi	73
a. Ödenmiş Sermaye Değeri Yöntemi	74
b. İtibari Değer Yöntemi	75
3. Tasfiyede İmtiyaz Tanıma Türleri	76
C. RÜÇHAN HAKKINDA İMTİYAZ	78
1. Genel Olarak Rüçhan Hakkı	78

2. Rüçhan Hakkının Kullanılması	79
3. Rüçhan Hakkının Kısıtlanması Ve Kaldırılması	80
a. Genel Kurul Kararının Şekli Sorunu	82
b. Esas Sözleşme Hükmi İle Kısıtlama Sorunu	82
c. Rüçhan Hakkında Nisap Sorunu	84
d. Hakkın Devri	84
4. Rüçhan Hakkında İmtiyaz Tanınması	85
D. GRUP İMTİYAZLARI	86
1. Genel Olarak	86
2. İmtiyaza Konu Grupların Ayrımı	88
a. İmtiyazlı Belirli Pay Grubu	89
b. İmtiyazlı Belirli Pay Sahipleri Grubu	89
c. İmtiyazlı Azınlık	91
3. Grup İmtiyazında Temsil Sorunu	93
a. Mutlak Grup İmtiyazı	95
b. Nispi Grup İmtiyazı	96
c. Karma Esas Sözleşme Hükmi	96

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

IV. OY HAKKI VE OY HAKKINDA İMTİYAZ	98
--	-----------

A. ANONİM ORTAKLIKLARDA OY HAKKI	98
1. Genel Olarak	98
2. TTK' da Oy Hakkının Niteliği	99
a. Vazgeçilmez Hak Ve Müktesep Hak Sorunu	99
b. Oy Hakkı Ve İtibari Değer İlişkisi	101
3. Oy Hakkının Kullanılması	102
a. Doğumu	103
b. Pay Bedelinin Ödenmesi Sorunu	104
c. Oy Sistemleri	105
aa. Yaygın Etkili Oy Sistemi	106
bb. Birikimli Oy Sistemi	106
d. Genel Kurula Elektronik Katılım Ve Oy Kullanma	109
4. Oy Hakkının Yasal Sınırlandırılması	111
a. Oydan Yoksunluk	111
b. Oy Hakkının Donması	113
B. OY HAKKINDA İMTİYAZ	113
1. Genel Olarak	113
2. Oy Hakkında İmtiyaz Tanınması	115
a. Tarihsel Gelişimi	115
b. TTK' da Oyda İmtiyaz Tanıma Yöntemi	116
c. Oyda İmtiyaz Tanımda Şekil Şartı	118
3. Oy Hakkında İmtiyazın Kullanılmadığı Kararlar	119

4. Oy Hakkında İmtiyazın Sınırlanması	121
a. İtibari Değerin İmtiyazla Uyuşmaması Nedeniyle Sınırlama	122
b. İmtiyaza İlişkin On Beş Oy Sınırı	122
c. Esas Sözleşme İle Adi Payların Sınırlanmasından Doğan Sınırlama	123
d. HAAO' larda Bilanço Zararı Nedeniyle Kısıtlama	124
C. OYDAN YOKSUN İMTİYAZLI PAYLAR	125
1. Genel Olarak.	125
2. 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' na Göre OYP	126
3. TTK Ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' nda OYP	128
II. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU.	130
1. Genel Olarak.	130
2. Hukuki Niteliği	131
3. Özel Kurulun Onayına Tabi Kararlar	131
a. Esas Sözleşme Değişikliği	132
b. Sermaye Artışı Hususunda Yönetim Kuruluna Yetki Verilmesi	133
c. Yönetim Kurulunun Sermaye Artırma Kararı	133
d. Tasfiye Kararından Dönme Sorunu	134
4. Özel Kurulun Toplanması	135
a. Çağrı Yetkisi	135
b. Süre Ve Şekil	136
c. Toplantı Ve Karar Nisabı	137

5. Özel Kurul Kararları	137
6. Özel Kurul Kararında Husumet	138
SONUÇ	140
KAYNAKÇA	143
ÖZGEÇMİŞ	149

KISALTMALAR LİSTESİ.

AO	: Anonim Ortaklık
AŞ	: Anonim Şirket
AÜ	: Ankara Üniversitesi
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
eTK	: Eski Ticaret Kanunu
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
İPSÖK	: İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu
Ltd.	: Limited Şirket
m.	: Madde
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu
N.	: Numara
s.	: Sayfa
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
XII	:oniki

GİRİŞ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun ikinci kitabında yer alan ticaret şirketlerine ilişkin altıncı bölümünde m. 478 ile imtiyazlı paylar ve m. 479 ile oyda imtiyazlı paylar düzenlenmiştir. Bunun yanında TTK m. 360 ile grup imtiyazı, TTK m. 454 ile de imtiyazların korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

6762 Sayılı Ticaret Kanunu ile çok yerde paralel hükümler içeren yeni düzenlemenin gerekçesinde, imtiyazlı payların sistemden tamamen çıkarılmasının doğurabileceği boşluğun yol açabileceği sakıncalar, hatta tehlikeler irdelenerek, bazı sınırlamalar ile yeniden düzenlendiği belirtilmektedir.

Türk Ticaret Hukuku uygulamasında yarım yüzyıllık uygulamaya getirilen sınırlama ve farklı düzenlemelerin doğuracağı sonuçların da ayrı bir öneme sahip olacağı muhakkaktır.

Anonim şirketler sisteminde esas olarak, ortaklığa ilişkin her hak ve yetki paya dayanır. Ortaklık karakteristik özellikleri pay kavramı üzerinden belirginleşir. Bu nedenle imtiyazlı payların incelenmesinde, çalışmamızda öncelikle pay kavramı ve paya sahipliğine bağlı haklar ele alınmıştır.

Anonim ortaklıklar (AO) toplam sermayedeki pay oranında ortaklarına mali ve yönetsel haklar vermektedir. Ortaklığın yeni yatırımlarla büyümesi, gelişmesi veya rekabet gücünü koruyabilmesi amacıyla sermayenin korunması ve artırılarak büyütülmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Bu noktada yeni ve ilave sermaye teminini kolaylaştırıcı uygulamalar gerekebilmektedir. Ancak bu uygulamaların, AO içerisindeki güç dengesine de etkisi olabilecektir.

Özellikle Birinci Dünya Savaşı sonrası AO' ların yeni sermaye ihtiyacını teminde mali haklarla donatılmış imtiyazlı paylar yoğun olarak uygulamaya girmiştir¹. Bu uygulamaların beraberinde, ortaklık içerisinde hakimiyeti korumak amacıyla yönetsel ve temsil hakları ile donatılmış imtiyazlı paylar gündeme gelmiştir.

Öğretide, imtiyazlı payların AO' lara esas olması gereken çoğunluk, eşitlik, oransallık ilkelerinde doğurduğu sorunlar tartışma ve eleştirilere konu olmuştur. Süreç içerisinde, özellikle oyda imtiyazlı paylara karşı eleştirilerin boyutu artmıştır².

TTK düzenlemesinde, eTK döneminde doktrinde sözkonusu olan tartışma konularına bazı noktalarda çözüm getirme gayreti yanında, imtiyazlı paylar meselesinin sistemden çıkarılmasının irdelenmiş olduğu yaklaşımı ve öngörülen sınırlamalar ve istisna kurumlarla farklı tartışmaları da başlatacaktır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu' nda (TTK) imtiyazlı paylara ilişkin düzenleme, öğreti ve uygulamadaki sorunlara çözüm kazandırmayı da amaçladığını gerekçesinde belirtmektedir.

TTK m. 478/ 2 hükmünde imtiyaz hakkı tanımlanmıştır. Ancak bu tanımda yer verilen “kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı ” öğreti ve uygulama için yeni bir tartışma konusu olabilecektir.

Yine TTK m. 340 hükmü ile AO' lar sisteminde, esas sözleşmenin düzenlenmesinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine emredici hükümler ilkesi esas alınmıştır. İmtiyazlı pay ihdasında şüphesiz bu sistemsel değişiklik de yeni tartışmalara neden olabilecektir.

Yüksek lisans tez konusu olarak seçilen “ İmtiyazlı Paylar Ve Oy Hakları ” konulu çalışmamızda, belirtilen yeni hükümlerin irdelenmesi ve öğretilerde yaşanan eTK dönemindeki imtiyazlı paylara ilişkin eski tartışma konularının, TTK düzenlemeleri ile mümkün olduğu oranda karşılaştırılması amaçlanmıştır.

¹ Karahan, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s.13.

² Kendigelen, Abuzer, İmtiyazlı Paylar, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbes Yıl Makalelerim, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.331

BİRİNCİ BÖLÜM

I. KAVRAMSAL OLARAK İMTİYAZLI PAY.

A. Teriminoloji Bakımından Pay Ve İmtiyaz.

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş sermaye şirkettir. Sermaye şirketlerinde, paya bağlı, pay sahipliği önem arz etmektedir. Bu yönüyle basit sermayeli şahıs şirketlerindeki, şirket ortağının şahsının esas alınması prensibinden ayrılır³.

Anonim şirketler sisteminde esas olarak, ortaklığa ilişkin her hak ve yetki paya dayanır. Ortaklık karakteristik özellikleri pay kavramı üzerinden belirginleşir. Bu nedenle imtiyazlı payların kavramsal olarak incelenmesinde; pay, imtiyaz terimleri yanında Anonim Ortaklıklara ilişkin ilkeler ve pay sahipliğine benzer haklara da değinmek gerekmektedir.

1. Pay Ve İtibari Değer.

Anonim ortaklık sermayesi, katılımcıların taahhüt ettikleri ve ödedikleri meblağların toplamından oluşur. Ortaklık katılımcıları, taahhütleri ve ödemeleri oranında, toplam sermayede hak sahibi olurlar. Katılımcının bu haklarının sınırını belirlemek üzere, pay ve itibari değer kavramları ölçü alınır.

Sermaye şirketinin kuruluşunda, sermayenin tespiti yanında, bu sermayeyi oluşturacak pay sayısı ve her bir payın itibari değeri de tespit edilir. Sermaye= İtibari değer x pay sayısı. Bu formül uyarınca itibari değer, sermayenin pay sayısına bölünmesi ile bulunur. Başka bir deyişle pay, ortaklık sermayesinin belirli sayıda birim değere bölünerek elde edilen parçasını ifade eder. Bu birim değer tespitinde itibari değer gündeme gelmektedir.

³ Tekil, Fehiman, Şirketler Hukuku Üçüncü Cilt, Otağ Yayınevi Ve Matbaacılık, İkinci Bası, İstanbul 1978, s. 17.

Pay, şirket sermayesinin belirli bir kısmını temsil ettiğinden, sahibine ortaklık haklarından yararlanma imkânı sağlar. Bu hakların konularına, kapsamlarına, kullanılış biçimlerine göre veya farklı bakış açılarına göre tasnif edilmesi mümkündür⁴.

Pay sahipliği esas sözleşme ve pay defterine göre belirlenir. Kural olarak zorunlu olmamakla birlikte, şirket payları temsil eden pay senetleri çıkarabilir. Pay senetleri kıymetli evrak niteliği taşır ve hamiline veya nama yazılı olabilir⁵.

Ancak pay şirkete karşı bölünemez. Bir paya, birden fazla kişinin sahip olması mümkün olmakla birlikte, bu kişilerin pay sahipliği haklarını ortak bir temsilci aracılığı ile kullanmaları zorunludur. Aksi halde, her biri tek pay üzerindeki hakkı oranında paysahibi olarak işlem görmesini anonim ortaklıktan talep edemez⁶.

Paysahibi tarafından, ortaklık payının devri ile anonim ortaklıktaki haklarının devri de sözkonusu olmaktadır. Buna göre pay sahibi değişmekte ancak pay değişmemektedir.

İtibari değer (nominal bedel), pay sahiplerinin sermayeye iştirak oranını belirleyen bir ölçüdür⁷. Anonim ortaklıkta sermayenin bir parçasını oluşturan payın şirket açısından haiz olduğu birim değeri ifade eder. Her payın bir itibari değerle ifade edilmesi ve bunun da esas sözleşmede gösterilmesi zorunludur⁸. Payın itibari değeri en az 1 kuruştur. İtibari değeri 1 kuruşun altındaki pay geçersizdir. Bu değer ancak birer kuruş ve katları olarak yükseltilebilir. Anılan itibari değer Bakanlar Kurulunca yüz katına kadar arttırılabilir (TTK m. 476)⁹. Payın itibari değeri ile gerçek piyasa değeri kuruluşta aynı olmakla birlikte, sonradan farklılık kazanabilir.

⁴ Karahan, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, 1. Bası, Mimoza Yayınları, Aralık 2012, s. 595, (Karahan / Bozgeyik, Hayri).

⁵ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s. 596.

⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.75.

⁷ Bozgeyik, Hayri, s. 595.

⁸ Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı Ve Kullanılması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 29.

⁹ Öğretide, asgari itibari değer olarak belirlenen bir kuruşun çok düşük bir olması nedeniyle eleştirilmiş; anonim şirketin asgari esas sermayenin 50.000TL olması karşısında, 1 kuruş asgari itibari değer ile arasında nisbetsizlik bulunduğu belirtilmiştir(Moroğlu, Erdoğan,(Değerlendirme Ve Öneriler) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, XII Levha, 7. Bası 2012, s. 276.

Sermaye, şirketin malvarlığı unsurlarının temelini oluşturur. İtibari değer sonradan genel kurulda esas sözleşme değişikliği ile değiştirilmesi veya farklı itibari değerli yeni pay ihdas edilmesi mümkündür¹⁰. İtibari değer değişikliği, mevcut payların belirlenecek değerlerde birleştirilmesi sonucu toplamı değerinde yeni pay ihdası veya yüksek itibari değerli payların, kanuni asgari itibari değer altına düşmeyecek oranda bölünmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Yahuatta sermaye artışı ile yeni payların ihdası da mümkündür. Kuruluştan sonraki aşamalarda bir değişiklik yapılmadığı sürece payların itibari değeri değişmediği gibi pay sahibinin sermaye taahhüdünde de bir değişiklik olmaz¹¹.

Gerek 6762 Sayılı TTK' nda gerekse de 6102 Sayılı TTK' nda, anonim ortaklıkta farklı itibari değerde pay ihracının mümkün olduğuna ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak sermaye artırımına ilişkin hükümlerde (eTK m. 393; TTK m. 459) yeni çıkarılacak payların itibari değerlerinin de gösterilmesi gerektiği düzenlenmekle, çıkarılmış paylarla yeni çıkarılacak paylar arasında itibari değer açısından farklılık bulunabileceği öngörülmüştür¹².

2. Pay Sahipliği Hakları.

Anonim ortaklıkta merkez kavram pay olmakla birlikte, her pay diğerlerinden bağımsız olarak haklar ve borçlar yükler. Bu yönü ile pay anonim ortaklıkta pay sahipliği mevkiini oluşturur¹³.

İmtiyaz kar payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda üstün bir hak olduğundan pay sahipliği mevkiine bağlı hakların tasnifine bu paragrafta değinilecektir. Pay sahipliğinin yüklediği borçlar üzerine imtiyaz oluşturulamayacağından, konumuz haricinde kalmaktadır.

Pay sahipliği hakları çeşitli açılardan tasnif edilebilir. Gücüne göre haklar, vazgeçilmez haklar, müktesep haklar ve diğer haklardır. Konusuna göre hakların

¹⁰ Çeker, Mustafa, s. 30.

¹¹ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s. 596.

¹² Çeker, Mustafa, s. 32.

¹³ Yıldız, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 69.

tasnifi ise mali haklar, idari haklar ve dava hakları olarak tasnife tutulabilir¹⁴. Bu tasnif bakış açısına göre farklılık da gösterebilmektedir¹⁵. İmtiyaza konu olabilmesi açısından mali haklar ve idari haklar çalışmamızda öne çıkmaktadır.

a. Mali Haklar.

Pay sahipliği mevkiinin sağladığı, para ile ölçülebilen bir değere sahip olan haklardır. Bu hakkın temelini, pay sahibinin AO malvarlığı üzerindeki ekonomik içerikli hakkı teşkil eder. Hakkın ekonomik içeriği, sahibine AO malvarlığı üzerinde hakimiyet ve tasarruf imkanı vermez¹⁶. Bu hakimiyet ve tasarruf AO' a aittir. Pay sahiplerinin AO' ın faaliyetleri sonucu doğan kazancı paylaşım fonksiyonu sebebiyle doğan haklardır¹⁷.

Mali haklar, kar payı alma hakkı, tasfiye payı alma hakkı, rüçhan hakkı, bedelsiz pay alma hakkı, hazırlık dönemi faizi alma hakkı, önerilmeye muhatap olma hakkı, sermayenin korunmasını isteme hakkı, geri alma hakkı, şirketten çıkma hakkı, şirketin temel yapısının korunmasını isteme hakkı olarak sayılabilir¹⁸.

b. İdari Haklar.

AO malvarlığı üzerindeki hakimiyet ve tasarrufu ortaklık yetkili organları vasıtası ile sağlar. Pay sahibinin AO içerisinde kendini ifade edebilmesi, bazı haklarını araması ve kullanabilmesi amacıyla idari hakların tanınması zorunludur. İdari haklar sayesinde pay sahibi şirketin gidişi yönüne etkide bulunma imkanına sahip olur. Şirket işleri doğrudan yönetim kurulu tarafından idare edildiğinden bu etki sınırlı olacaktır¹⁹. Başka bir deyişle idari haklar pay sahipleri demokrasisinin gereğidir²⁰.

¹⁴ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s. 596 vd.

¹⁵ Öğretide konularına göre pay sahipliği haklarının başka bir tasnifi: Malvarlıksal haklar, katılma hakları, aydınlatıcı haklar, koruyucu haklar. Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 456.

¹⁶ Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 456.

¹⁷ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s. 600.

¹⁸ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s.603.

¹⁹ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s.600.

²⁰ Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 456.

İdari haklar genel kurula katılma hakkı, oy hakkı, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, özel denetim isteme hakkı, genel kurulu toplantıya çağırma hakkı, genel kurulda kendini temsil ettirme hakkı, genel kurulun ertelenmesini isteme hakkıdır. Azlık hakları ve aydınlatıcı haklar olarak da tasnif edilebilen bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim isteme hakkı, denetçinin değiştirilmesini isteme hakkı da idari haklar kapsamında sayılabilir²¹.

3. Anonim Ortaklıkta İmtiyaz.

a. Kavram Olarak.

Kavram olarak imtiyaz kelimesi sözlükte ‘ başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak, şart veya ayrıcalık ’²²; ‘ayrıcalıklı, başkalarına göre önceliği bulunan, öncelikli’²³ olarak tanımlanmıştır.

Gerekçede, İsviçre BK. m.656/1’ deki “ daha fazla hak” ibaresinin başarılı bulunmadığı; Almanca metinde geçen “ Vorrechte ” sözcüğünün Türkçe’ de, özellikle hukuk dilinde tam karşılığının bulunmadığı belirtilmiştir. Fransızca ve İtalyanca metinde ise “ avantaj ” sözcüğü kullanılmıştır. Bu sözcüğün Türkçe karşılığı ise “ üstünlük, yarar, fayda, olumlu bir durum” anlamını vermektedir²⁴.

6102 Sayılı TTK m. 478/ 2 hükmü ile imtiyazlı payları, ‘ kar payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı’ diye tanımlamıştır²⁵. Hükmün gerekçesinde, imtiyazın paya tanınan üstün bir hak olduğu; üstünlüğün, hiyerarşik üstünlük olmayıp, adi paya nazaran olduğu belirtilmiştir²⁶.

Yasanın getirdiği tanımda, “ adi pay ” ifadesine yer verilmemiştir. Ancak gerekçede, “ üstünlüğün adi paya nazaran olduğu ” belirtilmiştir. Bununla birlikte,

²¹ Karahan / Bozgeyik, Hayri, s. 624.

²² Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998, s.1078. (Gerekçe)

²³ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 413.

²⁴ Gerekçe, s. 487.

²⁵ TTK m. 340 ‘ Esas sözleşme, bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir’ hükmü karşısında, m. 478/2’ deki ‘öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı hükmünün, anlamı kalmadığı; hatta çelişki oluşturmasından bahisle eleştirilmiştir. Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, XII Levha Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 280.; Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, XII Levha 2. Bası, İstanbul 2012, s. 383.

²⁶ Yeni Türk Ticaret Kanunu, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.486.

“ üstün sözcüğünün ”, Fransız ve İtalyan metinlerindeki “ avantaj ” anlamında yorumlanması gerektiği belirtilmiş; 6762 Sayılı TTK m. 401 döneminde öğretide hakim “ diğer paylara nazaran ” imtiyaz tanımı değişmiştir.

Gerekçede yer verilen bu cümle, 6762 Sayılı TTK dönemindeki imtiyaz tanımına ilişkin öğretideki tartışmalara değinmeyi zorunlu kılmaktadır.

b. İmtiyaza İlişkin Üstünlük Sorunu.

Anonim Ortaklıklar hukukunun, 6762 Sayılı TTK döneminde imtiyazın tanımı konusunda, öğretide farklı düşünceler ileri sürülmüştü. Öğretideki bu çeşitli tanımlarda, farklılık unsuru; eşitlik unsuru; nispetlilik unsuru; diğer paylara nazaran üstünlük unsurlarının esas alındığı dikkat çekmektedir²⁷. Farklı ve ek haklar sağlanması nedeniyle özel kategori pay ifadesi de kullanılmıştır²⁸.

6762 Sayılı TTK döneminde, nazaran üstünlük ve farklılık tanımı öğretide baskın görüş olmakla birlikte, kanuna nazaran üstünlük ile de imtiyaz oluşabileceği düşüncesi de ileri sürülmüştü²⁹. TTK m. 478/ 2’ de yer alan tanım da bu görüşle paralel olarak ‘imtiyazın, üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı’ olarak düzenlenmesi nedeniyle önem kazanmıştır.

Kanuna nazaran üstünlük ile imtiyaz tanınması öğretide, ‘ bir pay grubunun diğer pay grubuna nazaran farklı haklara sahip bulunması halinde imtiyaz olabileceği gibi, payların kanundaki hakların düzeyini aşan haklara sahip olmasının (mesela, 2 oy, mesela aday gösterme gibi) da imtiyaz ’ olacağı görüşü ile savunulmuştu. Bu görüşün dayandığı gerekçe olarak; eTK m. 401’ in farklılık ve nazaran üstünlük unsurlarına yer vermediği, öğretide farklılık unsuruna, Alman Paylı Ortaklıklar

²⁷ ‘ Arsanlı, diğer paylardan farklı haklara sahip olan ortaklık mevkileri; İmregün, diğer paylara oranla farklı ve ek haklar sağlayan haklar; Tekil, nisbîlik sisteminin getirdiklerini aşmakta olan haklar; Eriş, eşitlik ilkesini bozan paylar; Tekinalp, çeşitli gruplar birbirlerine nazaran çeşitli haklarda üstün ise hepsi imtiyazlı demektir’. Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996, s. 4.

²⁸ İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları 4. Bası, İstanbul 1989, s. 2

²⁹ Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996, s. 7.

Kanunu ve Alman doktrinine atıf yapılarak ulaşıldığını, ancak eTK ile Alman hukuku arasında fark bulunduğu ileri sürülmüştür³⁰.

Aynı düşünce paylaşılarak verilen örnekte; A, B, C hisse senetleri şeklinde üç grup var. Bu gruplardan her biri esas mukaveleye göre iki yönetim kurulu üyesi adayı önermek imkanına sahip. Yasada, kanunun tanıdığı hakların üzerinde haklar belli gruplara tanınmışsa bu haklar imtiyazdır. Eğer imtiyaz saymazsanız genel kurul toplanacak ve alacağı bir kararla A grubu hisse senetlerinin yönetim kurulunda iki üye ile temsil edilmesine ilişkin esas sözleşme maddesini değiştirecektir. İmtiyaz saymazsanız A grubu bu değişikliğe ilişkin özel toplantı yapamayacağı için iki adayla temsil hakkı ortadan kalkacaktır³¹.

Öğretide, ‘ kanuna karşı üstünlük ’ görüşü eleştirilmiştir. Üstünlüğün belirlenmesinde, ortaklığın ihraç ettiği payların dikkate alınması zorunludur³². Bütün hukuk sistemlerinde imtiyazlar, sermayeye katılım oranına göre diğer paylara nazaran farklı üstün haklar ve ayrıcalıklar tanınması biçiminde ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla imtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır.

Kaynak İsviçre BK m. 656/ 1 hükmünde de ‘ imtiyazlı paylar, adi paylara nazaran daha fazla haklardan yararlanırlar ’ denilmek suretiyle, üstünlüğün ‘ adi paya’ nazaran olduğu açıkça belirtilmiştir³³. İmtiyaz sözcüğünün içinde ‘ nazaran üstünlük ’ anlamı zaten vardır. Bazı nevi hisse senetlerine imtiyaz hakkı tanınabileceği belirtilerek ‘ nazaran üstünlük ’ koşulu açıkça vurgulanmış olmaktadır.

Anasözleşme ile tüm payları kapsayan gruplara kanunda öngörülenin üstünde ve fakat eşit haklar tanınması halinde bir imtiyazdan söz edilemez. Eşit haklar durumunda pay gruplarından söz edebilmek dahi mümkün değildir. İmtiyazlı pay kavramının kapsamını genişleten ve pay sahibi kadar grup oluşmasına neden olacak

³⁰ .Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996, s. 4.

³¹ Reisoğlu, Seza, , İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996, s. 27-28.

³² Kendigelen, Abuzer, Makaleleri 2001-2006 C. 2, Arıkan Basım Dağıtım. Mayıs 2006, s. 187.

³³ Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı TTK’ ya Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II., Adalet Yay. Ankara 2011, s. 1174- 1175.

bu yorum ile anasözleşme değişikliği dolaylı olarak pay sahiplerinin oybirliği ile karar almaları koşuluna bağlanacaktır³⁴.

TTK m. 478/ 2' de kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının ana sözleşmede belirtilmesiyle imtiyazlı pay oluşturulacağı düzenlemesi yeni bir eleştiriyi daha barındırmaktadır. TTK m. 340' a göre, esas sözleşme bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Bu hüküm karşısında, TTK m. 478/ 2' de belirtilen, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının esas sözleşme ile nasıl tanınabileceği, yeni bir sorundur³⁵.

Kanaatimizce, imtiyazın esas sözleşme ile konu ve kapsamının açıkça belirtilmesi koşulu karşısında, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının esas sözleşmede düzenlenmesi ile imtiyaz oluşturulması mümkün değildir. Bu durum ayrıca TTK m. 340 hükmü ile de uyumlu olacaktır. İmtiyaz, paya bağlı pay sahipliği hakları yönünden adi paya nazaran bazı paylara, esas sözleşmeyle tanınan göreceli üstünlüktür. Gizli imtiyaz hukuken mümkün de değildir. Kanunen tanınan pay sahipliği haklarının üstünde hakların esas sözleşme ile tanınması ipso jure imtiyaza imkan vermeyecektir.

İmtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır. Gerekeceği belirtildiği üzere, çeşitli kanuni hakların kaynağı olan pay, adi paydır . İmtiyazlı paylar için kullanılan üstün bir hak ifadesi, hiyerarşik üstünlüğü değil, adi paylara nazaran daha fazla pahasahipliği hakları sağlandığını ifade etmektedir.

Paya imtiyaz tanınmasına ilişkin doktrinde, üstünlüğün neye göre belirleneceği konusundaki tartışma nedeniyle m. 478/ 2' de ' paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı ' olduğu belirtilmiştir.

Bu bağlamda imtiyaz, payların birbirlerine veya kanuna nazaran üstün hak tanınarak oluşturulur. Bir anonim ortaklıkta farklı gruplar birbirlerine kıyasen çeşitli

³⁴ Moroğlu, Erdoğan, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, s. 24.

³⁵ Kendigelen, Abuzer, Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 383; Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, XII Levha Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul 2012, s. 280.

haklarda üstün iseler grupların hepsi kendi konusunda imtiyazlı olacak; diğer konularda adi pay niteliğine bürünecektir³⁶.

Öğretide karşı düşünceye göre, herhangi bir grup ayırımına gitmeksizin, kanuna nazaran üstün hak tanınması halinde, tüm payların imtiyazlı olduğu sonucuna varılacaktır. İmtiyaz tanınan paylar ile diğerlerinin zorunlu olarak iki farklı grup oluşturması zorunludur³⁷. Kanaatimizce de kanuna göre üstün hak tanınması kendi başına imtiyazlı pay oluşturmak için yeterli olmayacaktır.

B. İMTİYAZLI PAYLARIN İLGİLİ KAVRAM VE İLKELERLE KARŞILAŞTIRILMASI.

İmtiyazlı pay, kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı tanınması ile meydana gelir. Bu üstün hak, adi paya nazarandır. Paya tanınan üstünlük ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek tanınabilir (TTK m. 478/ 1).

Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; mütesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır (TTK m. 452).

Paya imtiyaz tanınması, esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararı ile mümkün olduğundan, bir kısım paylara imtiyaz tanınması AO' lar hukukunda sözkonusu olan kavram ve ilkelere değinmek gereğini zorunlu kılmaktadır. Bu ilke ve kavramlar imtiyazlı payların kapsam ve sınırını belirleyecektir.

³⁶ Tekinalp, s. 458.

³⁷ Kendigelen, Abuzer, Yönetime Katılmada İmtiyaz, s. 27.

1. Müktesep Haklar.

Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müktesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır (TTK m.452).

Hükmün gerekçesinde, müktesep haklar kavramının İsviçre BK' nda 1991 değişikliği ile yasadan çıkarılmasına rağmen, TTK' da muhafaza edilmesinin nedeni; kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşme ile de bu nitelikte hak oluşturulabilmesi gösterilmiştir³⁸.

Müktesep haklar TTK' nda ne tanımlanmış ne de örnekler verilmiştir. eTK m. 385' de tanım ve örnekleme yöntemi kullanılmış, ancak sayılan örneklere eleştiriler yönetilmiştir³⁹. Tekinalp, kanunda ve esas sözleşmede/ taahhütnamede bazı haklar, ancak tüm pay sahiplerinin olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir, bu hakların müktesep olduğunu ileri sürmüştür. AO' ın Türk uyuşunda bulunmasından ve pay sahibine sermaye taahhüt borcundan başka borç yükletilememesi ilkesinden doğan pay sahipliği hakları gibi⁴⁰.

Öğretide genel kabul gören tanıma göre, müktesep haklar pay sahibinin rızası olmadan sınırlandırılmayan ve pay sahibinden alınamayan haklardır⁴¹. Müktesep hakların tipik özelliği, pay sahibinin kendi rızasıyla haklardan vazgeçebilmesidir⁴². Müktesep hakların tanımı, kapsamı ve konusu hususlarında eTK döneminde de fikir ayrılıkları yaşanmış ve belirsizliği nedeniyle müktesep hak teorisinin tamamen terk

³⁸ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2013, s.299.

³⁹ eTTK m. 385' de müktesep hak olarak sayılan, genel kurula katılma hakkından doğan üyelik, oy kullanma ve iptal davası açma gibi haklar müktesep hak niteliğini haiz değildirler. Sayılan haklar, müktesep hakların çok üzerinde güçlü nitelik taşırlar. Zira, pay sahiplerine emredici hükümlerle tanınmışlardır. Kar payı ve tasfiye bakiyesi haklarının bütünüdürün sınırlandırmaz nitelikte müktesep hak teşkil ettikleri kabul edilirse, genel kurulun oybirliği ile bu haklar konusunda karar alması gerekecektir ki, bu da AO çoğunlukça yönetilmesi ve yönlendirilmesi ilkesine aykırı olur. Bu itibarla, sadece hakkın özlerinin pay sahibi lehine müktesep hak teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Hakkın özünün tespitinde, somut olayın şartları gözönüne alınarak objektif iyiniyet kuralları yorumlanmalıdır. Karahan, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar Ve İmtiyazların Korunması, Kazancı Kitap Ticaret AŞ., İstanbul 1991, s. 33 vd.

⁴⁰ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 300.

⁴¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 300.

⁴² Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım Yayım, 7. Bası İstanbul 2012, s. 238.

edilmesi ve bunun yerine, hakkın kazanılış şeklini değil, içeriğini esas alan bir ölçüt (MK m. 2 gibi) benimsenmesi önerilmiştir⁴³.

İmtiyazlı paylar genel kurul kararı ile değiştirilebildikleri için müktesep haklardan farklıdır. Müktesep haklar üzerinde pay sahibinin rızası hilafına hiçbir tasarrufta bulunulamaz⁴⁴. Müktesep hakların ihlali halinde, kamu yararı bulunmadığından, butlan sözkonusu olamaz⁴⁵. Müktesep hakkı ihlal edilen pay sahibi tarafından iptal davasına konu edilebilecektir (TTK m. 445). İmtiyazlı payların korunması, TTK m. 454’ de düzenlenen, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayına sunulması ile sağlanmaktadır⁴⁶.

Kanundan kaynaklanan müktesep haklar yanında, esas sözleşmeye hüküm koymakla da müktesep hak düzenlenebilir. Bu bağlamda, esas sözleşmeye sarahat konulmak suretiyle, imtiyaz haklarına da müktesep hak karakteri kazandırılabilir⁴⁷.

Bir kısım paylara imtiyaz tanınmasında, müktesep hakları ihlal edilen pay sahiplerinin rızası sağlanmalıdır. Bazı pay sahiplerinin rıza göstermemeleri halinde, bunlar yönünden müktesep hakları saklı kalır. Ancak müktesep haklarının sınırlandırılmasına veya bertaraf edilmesine rıza gösteren pay sahipleri yönünden imtiyaz hakkı oluşur⁴⁸.

2. Vazgeçilmez Haklar.

Vazgeçilmez haklar kavramı TTK m. 452 ile ilk kez düzenlenmiştir. Vazgeçilmez haklar kanunen tanınan, korunan ve sınırlanması veya tamamen kaldırılması, pay sahibinin rızasıyla dahi mümkün olmayan paya bağlı haklardır⁴⁹.

Vazgeçilmez haklar, AO’ ın temel yapısı gereği tanınmış olduklarından, pay sahibinin kişisel tasarrufunun kapsamında değildir. AO’ ın temel yapısının

⁴³ Arslanlı, Domaniç, İmregün, Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu), Naklen, Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, s. 238.

⁴⁴ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 37.

⁴⁵ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 37.

⁴⁶ Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 1168.

⁴⁷ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 36.

⁴⁸ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 37.

⁴⁹ Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, s. 240.

özellikleri; anonimlik, sınırlı sorumluluk, payların devredilebilirliği, bağımsız denetim, yöneticilerin hesap vermesi vb.⁵⁰.

TTK' da düzenlenen vazgeçilmez haklara aykırı esas sözleşme hükümleri veya değişiklikleri batıldır. Buna göre genel kurula katılma hakkı, pay sahibinin paydan yoksun bırakılmaması hakkı, sermayenin korunması ilkesinden doğan haklar, vb. vazgeçilmez haklar olduğundan, bunların aleyhine düzenleme yapılamaz. Esas sözleşme değişikliği ile vazgeçilmez hak ihdası da mümkün değildir. Bu yönden imtiyaz hakkından farklıdır.

İsviçre BK' ndaki 1991 değişikliği ile pay sahipliğine ilişkin sistem düzeltilmiş; bu sistemi düzeltme düşüncesi TTK' yı hazırlayanlara da hakim olmuştur. İsviçre BK m. 706b hükmünde, butlan sebeplerine, paysahibinden rızası olmadan alınamayan haklar sınıfı eklenmiştir. TTK' nu hazırlayan komisyon daha net bir çözüme kabul etmiş ve pay sahibinden hiçbir suretle alınamayan hakları, mutlak müstesna haklardan ayırmıştır. Vazgeçilemeyen hakları ihlal eden genel kurul kararları batıldır (TTK m. 447)⁵¹. İmtiyaz hakkı, TTK' da öngörülen koruma sistemi yönünden de vazgeçilmez haklardan farklıdır.

3. Akdi Haklar.

İmtiyazlı paylar, kuruluşta veya esas sözleşme değişikliği ile bir kısım paya, adi paylara nazaran pay sahipliği haklarında üstünlük tanınması veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı tanınmasına ilişkin esas sözleşmeye hüküm konulması ile oluşur. Esas sözleşme hükmü ile paya tanınan bu üstün hakkın, pay sahibine tanınması halinde, kelimenin sözlük anlamı manasında imtiyaz, ayrıcalık olduğu savunulabilir. Ancak AO' lar hukuku manasında kural olarak imtiyazlı pay sözkonusu olamayacaktır.

Öğretide ağırlıklı görüş, gerçek veya tüzel kişilere esas sözleşme ile tanınan hakların imtiyazlı hak olarak sayılmayacağı yönündedir. Doğrudan kişilere tanınmış olan ve imtiyaz hakkı oluşturmayan hakların hukuki niteliği de ayrı bir tartışma konusu olmaktadır. Moroğlu' na göre, esas sözleşmeyle doğrudan pay sahipleri veya

⁵⁰ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 303.

⁵¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 298,299.

üçüncü kişiler lehine tanınmış haklar, ilgili kişiler arasında yapılmış çok taraflı borçlar hukuku taahhüdüdür ve sadece taraf olanları bağlar. Esas sözleşmede yer alan bu hükümler, genel kurulun çoğunluk kararı ile değil, ancak ilgili tarafların karşılıklı uyuşmaları ile değiştirilebilir veya kaldırılabilir⁵². Reisoğlu' na göre ise genel olarak borçlar hukuku ilişkisi içinde bir sözleşmesel haktır deme imkanı yoktur⁵³. Karayalçın' a göre, şahsa tanınan hakkın kaynağını tespit etmek lazımdır. Kaynak statü ise, yani statüde kişiye özel istisnai bir hak tanınmış ise bunu borçlar hukuku sözleşmesi olarak tanımlamaya imkan yoktur. Statüden kaynaklanan hak paya tanınmış ise, bu suretle korunması gereken menfaat ne ise, statüden kaynaklanan şahsa tanınmış olan hakta da korunması gereken menfaat odur⁵⁴. Tekinalp' in kabul ettiği görüşe göre ise, esas sözleşme ile pay sahiplerine tanınan haklar akdi haklardır. Akdi hak, AO' lar hukuku hükümlerine değil, borçlar hukuku hükümlerine tabidir. Bu nedenle AO organlarının kararlarından etkilenmeyeceği için BK genel hükümlerine göre AO ile akdi hak sahibinin anlaşmaları gerekmektedir⁵⁵.

İmtiyazlı payların korunması TTK m. 454 hükmüne göre korunmadan yararlanmaktadır. Şahsa tanınan imtiyazlar ise, imtiyazlı pay olarak kabul edilmeyeceğinden bu hükümden yararlanmayacaktır. Akdi hakların ihlali halinde, BK genel hükümlerine göre hareket edilecektir. Öğretide BK hükümleri uyarınca aynen tazminat yanında aynen ifa davasının da talep edilebileceği ileri sürülmüştür⁵⁶. Kanaatimize göre, ihlal edilen hakkın mahiyetine göre aynen ifa ve tazminat davası sözkonusu olabilmelidir.

⁵² Moroğlu, Erdoğan, İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 25.

⁵³ Reisoğlu, Seza, (özetle) 'Esas sözleşmede hak tanınan kişi ortaklık dışından bir kişi ise buna yönetim kuruluna aday önerme gibi hak tanınmaz. Ortaklara sağlanan bir hakkın, ortaklık dışından kişilere tanınması mümkün değildir. Dolayısıyla bu kişinin şirkete karşı tazminat talep hakkı da doğmaz. Ortakların hisse senetlerini satmak istemeleri halinde belli şahıslara önerme zorunluluğu bir borçlar hukuku ilişkisi doğurabilir. Esas sözleşmedeki böyle bir hüküm, ilgili ortak ile üçüncü şahıs arasında borçlar hukuku manasında bir sözleşme oluşturabilir.' İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 28.

⁵⁴ Karayalçın, Yaşar, İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 31.

⁵⁵ Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 12(11. HD' nin 1.3. 1995 Tarihli ve 7391/ 1777 Sayılı Kararına ilişkin Değerlendirme ve Görüş) .

⁵⁶ Buz, Vedat, İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 29.

4. Emredici Hükümler İlkesi.

Emredici hükümler ilkesi, AO' lar hukukuna 6102 Sayılı TTK ile getirilen en radikal düzenlemelerdendir. TTK m. 340 hükmü, AO' lara ilişkin tüm hükümlerin uygulama ve yorumlarına tesir edecek kesin kurallar öngörmektedir. Bu nedenle m. 340 düzenlemesinden önce kavram ve tanımlar ile esas sözleşme hükümlerinin genel niteliğine de değinilecektir.

a. Kavramlar Ve Tanımlar.

aa. Hukuk Kurallarının Niteliği.

Emredici hukuk kuralları, ilgililerin iradesi ne olursa olsun, uygulanmaları mutlaka zorunlu olan hukuk kurallarıdır. Kişiler, aralarında yapacakları anlaşmayla bu kuralların aksini kararlaştıramayacakları gibi, bu kuralların aralarındaki ilişkiye uygulanamayacağına da karar veremezler⁵⁷.

Emredici nitelikteki hükümlerden sapabilme ve esas sözleşmeyle düzenleme olanağı, ancak kanunda açıkça izin verilen hallerde mümkündür.

Yedek hukuk kuralları, kişilerin kendi aralarındaki ilişkiye uygulanıp uygulanmayacağını veya bu ilişkiyi, tamamen değişik bir hükmün düzenleyeceğini serbestçe kabul edebildikleri kurallardır. Kişiler, aralarındaki ilişkiyi kendi ihtiyaçlarına uyacak biçimde düzenleyebilmek imkanına sahip olurlar⁵⁸.

Yedek hukuk kuralları yorumlayıcı ve tamamlayıcı hukuk kuralları olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Yorumlayıcı yedek hukuk kuralları, herhangi bir hukuki ilişkiye girişmiş bulunan kişilerin iradelerinin açık olmadığı zaman devreye girer ve uygulanmalarıyla ifade ve beyanların nasıl anlaşılması gerektiği saptanmış olur⁵⁹.

Tamamlayıcı yedek hukuk kuralları, uyulması zorunlu olmayan ve ancak aksi kararlaştırılmadığı takdirde uygulanması gerekli olan hukuk kurallarıdır⁶⁰. Bu hükümlerin taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

⁵⁷ Akıntürk, Turgut, Medeni Hukuk, 8. Bası, Beta Basım Yayım, Ekim 2001 İstanbul, s. 65.

⁵⁸ Akıntürk, Turgut, s. 66.

⁵⁹ Akıntürk, Turgut, s. 66.

Kanun hükümlerini tamamlayıcı sözleşme hükümleri ise, kanun hükümlerinden sapmayan, sadece kanun hükümlerini somutlaştıran veya kanun boşluklarını dolduran sözleşme hükümleridir⁶¹. Kanun hükümlerini tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri, esas sözleşmedeki boşlukları değil, kanun hükümlerinde yer alan boşlukları doldurmakta veya mevcut bir kanun hükmünü somutlaştırmaktadır⁶².

Tahdidi hüküm, konuyu her yönüyle ayrıntılı ve sınırlayıcı bir biçimde düzenleyen hükümdür. Bir hükmün tahdidi olup olmadığı, hükmün anlam ve amacı ve diğer hükümlerle olan ilişkisi dikkate alınarak genel yorum kurallarına göre tespit edilmelidir⁶³.

bb. Yorum Metodları.

Lafzi yorum metoduyla, kanundaki ifade biçimleri ve sözcükler değerlendirilir ve bunların gerçek anlamları açıklanır. Hükmün yorumlanmasında ilk önce başvurulacak yöntemdir⁶⁴. Mantıksal yorum metodunda, bir maddenin kanun içindeki yerinden, hangi bölüm ve fasılda düzenlenmiş olduğundan, kenar başlıklar arasındaki ayırmadan, maddeler arasındaki mantıksal ilişkilerden, kanunun sistematığı ve planından mantık kuralları yardımıyla kanun koyucunun iradesinin ortaya çıkarılabileceği kabul edilir ve kanunun hazırlayıcı malzemesinden yararlanır⁶⁵.

Amaçsal yorum metodunda, her hükmün menfaat çatışmalarını düzenlerken belli bir maksatla hareket ettiği düşüncesi esas alınır. Toplumun günümüzdeki sosyal gerekleri ve somut olayın özellikleri göz önünde tutularak objektif biçimde araştırılır. Herhangi bir hükümden yorum yoluyla çeşitli anlamlar çıkarılabilen durumlarda, bu anlamlardan kanunun amacına ve korunması gereken menfaate en uygun olanın yeğlenmesi gerekir⁶⁶.

⁶⁰ Akıntürk, Turgut, s. 66.

⁶¹ Karasu, Rauf, s. 52, naklen, Röhricht, Grosskomm, AktG, 23 Rn. 186.

⁶² Karasu, Rauf, s. 52, 53.

⁶³ Karasu, Rauf, s. 53.

⁶⁴ Akıntürk, Turgut, s. 69.

⁶⁵ Akıntürk, Turgut, s. 70.

⁶⁶ Akıntürk, Turgut, s. 70.

Paya imtiyaz tanınması kuruluşta esas sözleşme hükmü ile veya kuruluş sonrasında esas sözleşme değişikliği ile mümkün olabilmektedir. Esas sözleşmede düzenlenmeksizin alınan genel kurul kararı ile paya imtiyaz tanınmaz.

Bu düzenleme karşısında, kanunda düzenlenen kar payı, tasfiye bakiyesi, oy hakkı ve diğer paya bağlı mali ve idari haklarda esas sözleşme değişikliği ile farklı düzenleme yapılmak istendiğinde, ilgili pay sahipliği hakkına ilişkin TTK hükmü ihlal edilmiş olacak mı? Başka bir deyişle, paya imtiyaz tanınmasında emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340) yönünden engel veya sınırlama sözkonusu mudur? Bu nedenle esas sözleşme hükümlerinin hukuki mahiyetine değinmemiz gerekmektedir⁶⁷

b. TTK m. 340' a Göre Normatif Sistem.

TTK m. 340 ile emredici hükümler başlığı altında ‘ Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar ’ düzenlemesine yer verilmiştir.

Emredici hükümler ilkesi 6102 Sayılı TTK ile ilk kez düzenlenmiştir. TTK m. 340 gerekçesinde, esas sözleşmenin düzenlenmesinde, sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine normatif sistemin benimsendiği belirtilmiştir⁶⁸.

Gerekçede hükmün düzenlenme amacının, normatif sistemin zorunlu bir parçası olduğu; açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmeye girmesine engel olmak, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapatmak; hukukun üstünlüğünü sağlamada etkinlik sağlamak; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin dava sayısını azaltmak olarak sayılmıştır.

⁶⁷ Bakınız Paragraf 6., s. 29.

⁶⁸ Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 350.

Yine gerekçede, hükmün uygulanmasına yönelik, kanunun lafzının açıkça işaret ettiği hususlar dışında, yasadan saptmaya izin verilmediği kesin olarak belirtilmiştir.

Öğretide, bu hükmün, sözleşmeler hukukunun temeli olan sözleşme özgürlüğünü Türk Borçlar Kanunu' nun 27 nci maddesi ile Medeni Kanun' un 23 üncü maddesinin öngördüğünün çok ötesinde sınırladığı; anasözleşmede yapılacak olan ihtiyari düzenlemelerin geçerliliğinin, sadece emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık veya imkansızlıkla değil, ayrıca ' kanunda açıkça cevaz verilmiş olma ' koşulu ile de sınırlandığı; anonim şirketlere adeta çelikten korse giydirdiği nedenleriyle eleştirilmiştir⁶⁹.

Öğretide diğer bir eleştiri, ' anasözleşmeden sapılabilmesi için, buna açıkça cevaz verilmesi şartının, kazüistik kanun yapma yöntemini akla getirmekte ve kanunu hazırlayanların, her olasılığı düşünmüş ve ona göre kanundan sapma iznini vermiş olmalarını gerektirmektedir. Oysa bu fiilen mümkün olmadığı gibi, anasözleşmenin irade özgürlüğüne tabi olan kısmını da ortadan kaldırmaktadır.'⁷⁰

TTK m. 340 hükmünün gerekçesinde, gelebilecek bu eleştirilerin tahmin edilmiş olması da ilginçtir. Adeta bu eleştirileri önceden cevaplar mahiyette gerekçede, bireysel pay sahipliği ve azlık hakları öğretisi karşısında sözleşme özgürlüğü ilkesinin etkisinin sınırlandığı belirtilmiştir.

Ayrıca TTK m. 340 hükmünün, dolaylı bir şekilde, mutlak pay sahipliği ve azlık hakkı da doğurduğuna gerekçede yer verilmiştir⁷¹. Kanunda emredici nitelik

⁶⁹ Moroğlu, Erdoğan, Değerlendirme Ve Öneriler, s. 139.

⁷⁰Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı' nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 61, 2005, s.71.

⁷¹ **'Paysahibinin Güçlenen Konumu**

132 Modern şirketler hukukuna uygun olarak paysahibinin konumu Tasarıda güçlendirilmiştir. Güçlenme aşağıdaki araç, yöntem ve sistemlerle sağlanmıştır.

(1) Paysahipliği haklarının listesi zenginleştirilmiştir. Tasarı, 6762 sayılı Kanunun paysahibine tanıdığı tüm malvarlığına, yönetime, denetlemeye ve incelemeye ilişkin hakları vermekte, ayrıca bu listeyi yeni haklarla zenginleştirmektedir. Bunlar inter alia,

- şirketten çıkma hakkı: (a) birleşmede (Tasarının 141 inci maddesi).

(b) hakimiyetin kötüye kullanılmasında [Tasarının 200 üncü maddesinin ikinci fıkrası].

- Özel denetim isteme hakkı (Tasarının 438 inci maddesi).

- Şarta bağlı sermaye artırımında önerilme hakkı [Tasarının 466 ncı maddesinin birinci fıkrası].

- Eşit işlemi isteme hakkı (Tasarının. 357 nci maddesi).

(2) Paysahibine yeni dava hakları tanınmıştır; inter alia,

- Birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortaklık payının ve haklarının veya ayrılma karşılığının uygun olmaması halinde denkleştirme talebi davası (Tasarının. 192 nci maddesi).

- Birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin iptali davası (Tasarının 193 üncü maddesi).

taşımayan bir çok hükmün bulunduğu ve tek örnek esas sözleşme eleştirisinin temelini bulunmadığı belirtilmiştir⁷².

-
- Birleşme, bölünme ve tür değiştirmede sorumluluk davası (Tasarının 194 üncü maddesi).
 - Hakimiyetin kötüye kullanılması halinde yönetim kuruluna sorumluluk davası (Tasarının 202 nci maddesinin ikinci fıkrası) ve alacaklıların davasına müdahale (Tasarının 202 nci maddesinin üçüncü fıkrası).
 - Tam hakimiyette uyulmaması gereken talimatlara uyan paysahibine sorumluluk davası (Tasarının 204 üncü maddesi).
 - Denetçi atanması davası (Tasarının 399 uncu maddesinin altıncı fıkrası).
 - Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünün tespiti davası (Tasarının 447 nci maddesi).
 - Kanuni şartlara uygun tasfiye memuru seçimi talebini içeren dava (Tasarının 537 nci maddesi).
 - (3) Bazı hakların kullanılması 6762 sayılı Kanuna nazaran daha etkili ve kolay hale gelmiştir, inter alia,⁴⁴
 - Kurumsal temsilci sistemi (Tasarının 428 ve 429 uncu maddeleri).
 - Temsilcinin genel kuruldan önce talimat alma zorunluluğu (Tasarının 428 ve 429 uncu maddeleri).
 - Bilgi alma hakkı (Tasarının 200 ve 437 nci maddeleri).
 - İnceleme hakkı (Tasarının 437 nci maddesi).
 - (4) Şeffaflığı sağlayan araçlar artmıştır.
 - web sitesi (Tasarının 1524 ve 1527 inci maddeleri).
 - (5) Oyda imtiyaz sınırlandırılmıştır (Tasarının 479 uncu maddesi).
 - (6) Bağlam sistemi keyfilikten ve ucu açık düzenlemelerden kurtarılmıştır (Tasarının 493 ve 495 inci maddeleri).
 - (7) Bildirim yükümleri öngörülmüştür. Inter alia,
Bir paysahibinin şirkette belirli pay yüzdelerine ulaşması (Tasarının 198 inci maddesinin birinci fıkrası); hakimiyet sözleşmesi kurulması (Tasarının 198 inci maddesinin ikinci fıkrası); birleşme sözleşmesinin imzalanmasından sonra, birleşmeye katılan ortaklıkların malvarlıklarında değişiklik olması (Tasarının 150 nci maddesi) gibi hallerde bildirim yükümü öngörülmüştür.
 - (8) Yönetim kurulunun önemli bazı konularda beyanda bulunması veya rapor vermesi yükümü getirilmiştir. Inter alia,
 - Bağlı ortaklık yönetim kurulunun toplulukla ilişkiler raporu (Tasarının 199 uncu maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları).
 - Hakim ortaklık paysahibinin topluluk ilişkileri raporu (Tasarının 199 uncu maddesinin dördüncü fıkrası).
 - Kurumsal yönetim ilkeleri değerlendirme açıklaması (Tasarının 375 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi, 1529 uncu maddesi).
 - Kuruluş (Tasarının 349 uncu maddesi) ve sermaye artırımı beyannamesi.

m) Azlık Hakları

133 Tasarıda azlık hakları ile ilgili olarak üç yönden iyileştirme yapılmıştır: (a) Azlık haklarının etkin bir şekilde kullanılmasını engelleyen, gündeme bağlılık ilkesine haklılık temeli güçlü istisnalar getirilmiştir (364, 463 ve 438 ilâ 440 inci maddeler). (b) Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemeze, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez. 6762 sayılı Kanunda sistem doğru işlemiyordu. Çünkü, bir taraftan gündemde madde bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalara yol açıyor, diğer taraftan özel denetçiyi genel kurul yani çoğunluk seçiyordu. Tasarı, bu aksaklıkları gidermiş, denetçinin mahkeme tarafından seçilmesi sağlanmış ve özel ihtiyaçlara cevap verecek şekilde denetçi yeniden kaleme alınmıştır (438 ilâ 440 inci maddeler). Bunun gibi genel kurulun toplantıya çağırılmasında yönetim kurulunu bağlayıcı süreler konulmuştur (Tasarının 412 nci maddesi) (c) Aynen paysahipliği haklarında olduğu gibi azlık hakları listesine yenileri eklenmiştir. Diğerleri yanında,

- Azlığa şirketin feshini isteme hakkı tanınmıştır (Tasarının 531 inci maddesi).⁴⁵
- Finansal tabloları inceleyen denetçinin, haklı sebeplerin varlığı ve tarafsızlığı ihlâl etmesi halinde azlık tarafından görevden alınması ve yerine yenisinin atanması davası açılabilmesine olanak sağlanmıştır (Tasarının 389 uncu maddesinin dördüncü fıkrası).
- Kapalı anonim şirketlerde pay senetlerinin basılmasını talep hakkı azlığa verilmiştir (Tasarının 486 nci maddesi).’ Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 91, 92.

⁷² Yeni Türk Ticaret Kanunu (m. 340 Gereğesi), s. 350, 351.

aa. Normatif Sisteme İlişkin Yorum Sorunları.

Hükümdeki ‘ kanunda açıkça izin verilmişse ’ ibaresi gerekçede, ‘*maddenin lafzından “sapabilme” imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözeten bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır* ’ paragrafi ile açıklanmıştır.

Öğretide Pulaşlı, TTK m. 340 hükmündeki “ açıkça ” ifadesi karşısında, bir emredici hükmün aksinin esas sözleşmede düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken, acaba sadece ilgili hükmün “ lafzının mı ” yoksa “ amacının mı ” dikkate alınacağı sorunu olarak ortaya çıkabileceğini ileri sürmüştür.

Sonuç olarak, TTK’ da yer alan anonim şirketlere ilişkin bütün hükümler emredici mahiyet taşımakta ve bu hükümlerden sapabilme, ancak kanunda açıkça öngörülmüşse veya öngörülmemiş olmakla birlikte, hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi dikkate alındığında uygun görülebiliyorsa mümkündür⁷³.

Öğretide Karasu, TTK m. 340’ in esas sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmadığını, sadece belli konularda öngörülen kanun hükümlerinin, esas sözleşme hükümleri karşısındaki önceliğini garanti altına aldığını ileri sürmüştür. Eğer bir konu hakkında Kanun’ da herhangi bir hüküm yoksa, bu durumun konunun olumsuz şekilde düzenlenmek istendiği anlamına mı geldiği, yoksa ortada gerçekten bir kanun boşluğu mu bulunduğu tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kanun koyucunun bilinçli olarak düzenleme yapmadığı sonucuna varılması halinde, bu konuda öngörülen esas sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir. Buna karşılık kanunda düzenleme olmaması, konunun kanunkoyucu tarafından unutulduğu anlamına geliyorsa, bu durumda konunun esas sözleşme hükümleriyle düzenlenmesi mümkündür⁷⁴.

TTK’ nun herhangi bir hükmünün, konuyu tahdidi olarak düzenlemediği hallerde; TTK m. 340 hükmü sadece AO’ lara ilişkin kanun hükümlerinden sapmayı yasakladığından, esas sözleşmede kanun hükmüne ilişkin tutanlayıcı sözleşme

⁷³ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 270, 271.

⁷⁴ Karasu, Rauf, s. 50.

hükmüne yer verilmesi mümkün görülmektedir⁷⁵. Tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır⁷⁶.

TTK' nundaki AO' lara ait herhangi bir düzenlemede, esas sözleşmede tamamlayıcı sözleşme hükmünün geçerli olup olmayacağı hususunda gerekçede,“ 340' ncı madde, bu Kanunun herhangi bir hükmünden açıkça anlaşılmasa bile, esas sözleşme ile yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere yöneticiler, denetçiler, işlem denetçileri ve benzeri kişiler için yaş, ek mesleki nitelikler ve kişisel şartlar konulmasına; komisyonlar ve kurullar oluşturulmasına, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına engel değildir ” denilerek, her anonim şirketin Kanunda öngörülenlere ek nitelikler ve kurullar kurmak hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁷⁷.

bb. Özel Kanuna Tabi AO' lara İlişkin Hükümler Sorunu.

Emredici hükümler ilkesinin düzenlendiği m. 340, Alman POK 23(5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmıştır⁷⁸. İki cümleden oluşan hükmün ikinci cümlesi, Alman POK hükmünden ayrılmaktadır⁷⁹. Hükmün gerekçesinde, ikinci cümlede Alman hükmünden ayrılmanın amacı, Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum güclüğü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımak; bu özel kanunlar kendi alanlarına özgülenerken, TTK' na müdahalelerini önlemek olarak belirtilmiştir.

Kanaatimizce, gerekçedeki bu açıklamadan, kanunkoyucunun TTK' daki AO' lar yönünden emredici hükümler ilkesini kesin ve kati bir şekilde uygulanmasını hedeflediği düşünülmektedir. Yargı kararlarında da bu ilkenin özenle hayata geçirilmesi beklentisi de gerekçede ayrıca belirtilmiştir. Bu nedenle hükmün ikinci cümlesinin ayrıca önem taşıdığını düşünmekteyiz.

⁷⁵ Karasu, Rauf, s. 52,53.

⁷⁶ Karasu, Rauf, s. 53.

⁷⁷ Yeni Türk Ticaret Kanunu, s. 351.

⁷⁸ Yeni Türk Ticaret Kanunu, (Gerekçe), s. 350.

⁷⁹ “ Kaynak Kanunun aynı paragrafın 2. cümlesindeki, ‘tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğere ki, bu Kanun konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlemiş olmasın’, Böylece, ortaya tabiri caizse yarısı “ithal” diğer yarısı da “yerli” malından oluşan yeni bir “melez hüküm” doğmuştur.” Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 271.

Bununla birlikte öğretide, özel hüküm genel hükümden önce uygulanır temel ilkesi dikkate alındığında, TTK m. 340 hükmünün gereksiz bir hüküm olduğu savunulmuştur⁸⁰. Ancak istisnai olarak TTK' nun herhangi bir hükmü, açık bir şekilde eski tarihli özel bir kanun hükmünü bertaraf etmeyi amaçlamış ise, bu durumda özel kanun hükmünün uygulanmaması gerekir⁸¹.

c. Emredici Hükümler İlkesinin İhlali.

TTK' nun AO' lara ilişkin hükümleri emredici hüküm niteliğindedir. Emredici hükümler ilkesini öngören m. 340 hükmünde, emredici hükmün ihlalinin sonucuna ilişkin düzenleme mevcut değildir. Bu noktada, esas sözleşme ile AO' lara ilişkin bir hükmün hilafına düzenleme yapılması halinde, yaptırımının ne olacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı, TTK' nun emredici bir hükmüne aykırılık teşkil ediyorsa, aksi kararlaştırılmayan maddi hukuk normu ihlal edilmiş sayılır. Dolayısıyla bu konuda, m. 340 maddesi değil, TTK m. 445 ve m. 447 esas alınması gerektiği görüşü savunulmaktadır⁸². Bu görüş uyarınca, emredici hükümler ilkesinin kabulünden sonra, bütün emredici hükümlere aykırılığın butlana yol açtığını savunmak, butlan hallerinin kural olduğunu kabullenmek anlamını taşır⁸³.

6102 sayılı TTK ile genel kurul kararlarının iptali ve butlanı sebepleri m.445 ve m. 447 ile sayılmıştır. Bizimde katıldığımız görüş uyarınca, TTK m. 340, sadece TTK' nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak aksinin kararlaştırılmayacağını öngördüğünden, sözkonusu hükümlere aykırı düzenlemelerin ne tür sonuçlar doğuracağı, genel hükümsüzlük kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararlarının hangi emredici hükmü ihlal ettiğine bakmak gerekir. Emredici

⁸⁰ Karasu, Rauf, s. 56. ; “ 340. Maddenin 2. fıkrası hükmü konulmamış olsaydı, hukuki durumda kanımca bir değişiklik olmazdı”, Pulaşlı, Hasan, Şirketlet Hukuku Genel Esaslar, s. 271.

⁸¹ Karasu, Rauf, s. 57. ; naklen, Oğuzman/ Barlas, s. 76.

⁸² Karasu, Rauf, s. 60.

⁸³ Karasu, rauf, s. 60.

hükümlere aykırılık, ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptaledilebilirlik, butlan veya yokluk şeklinde ortaya çıkabilir⁸⁴.

Öğretide benzer görüş uyarınca, m. 447' de sayılanlar dışında emredici hükümlere aykırılık artık iptal sebebidir. TTK m. 340' ın bu konuda hiçbir etkisi olmaz⁸⁵. TTK sisteminde butlan nedenleri m. 447' de sayılan ve benzeri hallerle sınırlıdır. Tekinalp' e göre bu istisnai haller, BK m. 27/1' deki hallere inhisar eder⁸⁶.

5. Eşit İşlem İlkesi.

a. Eşitlik Kavramı.

Kelime olarak eşitlik; aynılık, özdeşlik manalarına gelebilmektedir. Sayısal, mantıksal eşitlik gibi. Toplumda ve sosyal bilimlerde kavram olarak ise eşitlik, iki veya daha çok şeyin ortak bir faktöre, bir özelliğe göre karşılaştırılmasını; birlikte incelenerek ortak ya da farklı yanlarını bulmayı ifade eder⁸⁷. Karşılaştırmada esas alınan özellik, faktör önem arz etmektedir. Hukuki açıdan karşılaştırma statülerinin temelinde kural olarak hukuk normu bulunur.

Kişilerin, ortakların nitelik ve yetenekleri arasında pek çok farklılıklar bulunması karşısında; hak ve yükümlerin dağıtılmasında nazara alınacak farklılığın, ilişkili fark olması gerekmektedir. İlişkili farkın, ölçü olarak kullanılabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir⁸⁸.

Şekli eşitlik, benzer durumlara benzer biçimde yani tek ve aynı kurala göre davranma ve işlem yapma gereğini içerir. Belli bir kuralın, birden çok kişiye tarafsız olarak uygulanmasını ifade eder⁸⁹.

Mutlak eşitlik, ortaklar arasındaki çeşitli sebep ve şartlar nedeni ile doğan farkları, değişik durumları hiç gözönüne almadan ve değerlendirmeden tanınan

⁸⁴ Karasu, Rauf, s. 62.

⁸⁵ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 345.

⁸⁶ "Bu istisnai haller de GK toplantısı yapılmadan, toplantı ve karar nisabı bulunmadan karar alınması, kararın ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusunun imkansız olmasına, yani kararın meydana gelmesindeki kanuni unsurlardaki eksikliğe, yani BK. m. 27(1)' deki hallere inhisar eder." Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 345.

⁸⁷ Yıldız, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 28.

⁸⁸ Yıldız, Şükrü, s. 30.

⁸⁹ Yıldız, Şükrü, s. 33.

eşitliktir. Mutlak eşitlikte sadece uygulanan ölçü eşittir. İptal davası açma, bilgi alma, genel kurula katılma gibi haklarda, esas sermayeye katılım oranı ve pay sayısı dikkate alınmaksızın tüm pay sahipleri mutlak eşittir⁹⁰.

Nispi eşitlik, ortakların çeşitli sebeplerden doğan farklı durumlarını, değişik şartları gözönüne alıp değerlendirir ve sonuç eşit çıkacak şekilde bir ölçü uygular. Sermayeye katılım ilkesine göre hak sahibi olma kuralı, ölçü olarak alındığında; pay sahibinin kar payı, tasfiye bakiyesinden yararlanma ya da yeni pay alma hakkı sermayesi oranında olacaktır⁹¹.

Anonim Şirketlerde hakların getirilen sermaye ile orantılı biçimde kullanılması esastır⁹². Oransallık ilkesine konu olan pay sahipliğine ilişkin mali ve sosyal haklar (kural olarak), kara ve tasfiye artığına katılma, hazırlık devresi faizi, yeni pay alma, oy hakkı ve azınlık haklarıdır.

Oransallık ilkesi mutlak değildir⁹³. Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir (TTK. m. 434)⁹⁴. Aynı hükümle, birden fazla paya sahip pay sahiplerinin oy hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesi de öngörülmüştür.

Eşit işlem ilkesi, aynı şartlar altında bir pay sahibinin diğer pay sahibi veya pay sahipleri gibi işleme tabi tutulmasıdır. Başka bir deyişle paylar eşit hak ve borçlara sahiptir (TTK m. 357).

b. Eşitlik İlkesinin Fonksiyonu.

Anonim ortaklık, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş sermaye şirkettir. Ortaklık, çok sayıda küçük tasarruf sahibinin birikimlerini kullanır. Pay sahiplerinin şirket yönetimindeki etkileri ancak genel kurul toplantısında sözkonusu olabilir.

⁹⁰ Yıldız, Şükrü, s. 33.

⁹¹ Yıldız, Şükrü, s. 37.

⁹² Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, Tekil Müşavirlik Yayıncılık Ltd., 4. Bası, İstanbul 1993, s. 299.

⁹³ Tekil, Fahiman, s. 20.

⁹⁴ Bu hükümle 6762 Sayılı Kanunun ‘ pay sisteminden, pay sahibinin paylarının toplam itibari değeri değeri’ sistemine geçilmiştir. Farklı itibari değerli paylara da bir oy hakkı tanınmakla oluşan zoraki imtiyaz yolu kapatılmak istenmiştir. Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 261.

Genel kurulda oy birliği ile karar alma Şirketin bünyesine yabancı olduğundan oy çokluğu kuralı geçerlidir. Çoğunluğu veya Şirket yönetimini ele geçirenlerin, Şirket menfaati yerine kendi kişisel çıkarlarını ön planda tutmalarına uygulamada sıkça rastlanmıŐtır⁹⁵.

EŞitlik ilkesi, Şirket organlarının ve bu yapıya hakim çoğunluğu keyfi ve orantısız iŐlemlerine karşı koruma sağlar. Böylece Şirket organizasyonu içinde farklı menfaat gruplarının çıkarlarını uzlaŐtırır ve menfaat dengesini sađlar⁹⁶.

Anonim Őirketlerle ilgili kanun veya esas sözleşme hükümlerinin, adil ve menfaatler dengesine uygun bir Şekilde yorumlanmasını sađlar⁹⁷. Yorumlayıcı ve boşluk doldurucu fonksiyonlar birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olup, birbirini tamamlar⁹⁸.

c. İmtiyazlı Paylar Ve EŞit İŞlem İlkesi.

Tarihsel süreçte, ortaya çıkan ekonomik sorunların aÇılması amacıyla, bir kısım paylara farklı ve üstün haklar sağlayan pay ihdası zorunluluğu doğmuştur. Bu geliŐmeler sonucu payların mutlak eşitliği yerine nispi eşitliği ilkesi gündeme gelmiştir.

Ortakasal hakların ölçüsü, sermayeye katılma oranında hak sahibi olma ilkesidir. Bir kimse esas sermayeye ne kadar çok oranda katılırsa, mali açıdan o kadar çok riziko üstlenmiŐ olur. İmtiyazlı paylar oransallık ilkesinden sapmadır⁹⁹.

EŞit işlem ilkesi, AO' lar hukukunda ilk kez TTK m. 357 ile düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm öncesinde de doktrin ve yargı kararlarında, genel hukuk ilkesi olarak eşit işlem ilkesine yer verilmiŐti. Bu dönemde ilkenin kaynağının, dürüstlük kuralı; dağıtıcı ve denkleŐtirici adalet; bireyler arasındaki topluluk ilişkisinin sonucu; anayasal eşitlik ilkesi olduğu hususlarında farklı görüşler savunulmuŐtur¹⁰⁰.

⁹⁵ Yıldız, Şükrü, s. 56, vd.

⁹⁶ Yıldız, Şükrü, s. 60, vd.

⁹⁷ Yeni Türk Ticaret Kanunu, Gerekçe, s. 366.

⁹⁸ Yıldız, Şükrü, s. 62.

⁹⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar s. 262.

¹⁰⁰ Yıldız, Şükrü, s. 56.

Öğretide Tekinalp, eşit işlem ilkesinin, “ sözleşmeye dayalı kişi birliklerinin niteliklerinden doğar ve dayanağını, dürüstlük kurallarında ve bu kuralların adaletten, güven doğurulmasından ve hakkaniyetten kaynaklanan yüksek değerli idelerinde bulunduğunu ” savunmuştur¹⁰¹.

Öğretide Karahan ise, “ 1982 Anayasasının 10. maddesinde kanun önünde eşitlik başlığı altında hukuki eşitliğin düzenlendiğini; AY m. 10’ da sayılanlar içerisine ekonomik imtiyazlar dahil edilmemiş, yani ekonomik imtiyazların yasaklanmadığını; AY m. 10’ da bir yasaklama bulunsaydı dahi, haklı nedenler nazara alınarak imtiyazlı payların oluşturulmasına izin verilebileceğini ” savunmuştur¹⁰².

Öğretide karşıt görüşte olan Eriş’ e göre, klasik eşitlik ilkesini (AY m. 10) sosyal eşitlik kavramı doğrultusunda yorumlamak gerekir. AY’ nın sadece hukuksal değil, sosyal eşitlik kuralını da gözönünde tutmalıdır. Esas sermayeye aynı tutarda katkısı olan paydaşlar arasında, ayrıcalık tanınması AY’ nin sosyal içeriğine aykırıdır. Ancak kurucu pay sahiplerine tanınan ayrıcalıkların, sarf edilen emek karşılığı olmasından bahisle sarf edilen görüş dışında olduğu ileri sürülmüştür¹⁰³.

TTK m. 357 ile eşit işlem ilkesi düzenlenmekle, ilkenin maddi hukuk kaynağı olmuştur. Kanuni düzenlemenin var olduğu hallerde anayasa kurallarının doğrudan doğruya uygulanması sözkonusu olamayacağı gibi, hakimin kendi anlayışına göre uygun sayacağı bir çözüme ulaşması da mümkün değildir¹⁰⁴.

Hükmün gerekçesinde, “ Eşit işlem ilkesi ancak şartların eşit olması halinde uygulanabilir ” denilmekle, nispi eşitliğin kabul edildiği de belirtilmektedir. Ancak, TTK’ da pay sahipliğine bağlı koruyucu ve aydınlatıcı haklar gibi, vazgeçilmez haklar hususunda mutlak eşitlik ilkesinin geçerli olduğu emredici hükümlerle öngörülmüştür. Buna göre AO’ lar da kural olarak nispi eşitlik; bununla birlikte mutlak eşitlik ilkesi de bulunmaktadır.

¹⁰¹ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 460.

¹⁰² Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 40.

¹⁰³ Yıldız, Şükrü, s. 47; Naklen,Eriş, Gönen, Ayrıcalıklı Pay Senetleri II, Yargıtay Dergisi 1979, Sayı 4, s. 210, 211.

¹⁰⁴ Yıldız, Şükrü, s. 56; Naklen Karayalçın, Yaşar, Hukukun Üstünlüğü, Prof. Bedri Gürsoy’ a Armağan, AÜ. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C.47, Sayı 3-4, 1992, s. 205.

TTK m. 357 ve İsviçre BK m. 717/ 2 hükümlerindeki sözel ifadenin aksine, eşit işlemin pay sahiplerini değil, payı ilgilendirdiği belirtilmektedir. Bu nedenle esas sözleşmeye dayalı eşitsizlikler, örneğin imtiyazlar, eşit işlem ilkesinden etkilenmezler¹⁰⁵.

Eşit işlem ölçüsü, ilgili pay için geçerli olan kanuni ve esas sözleşmesel farklılıklara uymayı gerekli kılar. AO esas sözleşmesinde açıkça öngörülme ve sınırlarının belirlenmesi şartıyla, paylara imtiyaz tanınması mümkündür¹⁰⁶.

Pay sahipleri, eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur (TTK m. 357). Hüküm gerekçesine göre, pay sahiplerinin eşitliği kanuni bir üst kuraldır. İmtiyazlara ilişkin 478 ila 479' uncu maddelerin bu ilke yönünden değerlendirilmesi aşırılıkları önleyebilir¹⁰⁷. Eşit işlem ilkesi, imtiyazlı payların sınırını tayin edebilecektir.

İlke, eşit şartların varlığında, hiçbir pay sahibinin diğerinden daha kötü işleme tabi olmaması zorunluluğunu ifade eder¹⁰⁸. Bu nedenle, imtiyazlı paylara, imtiyazları kapsamındaki hakların kullanılmasında ayırım yapılamayacaktır. İmtiyazlı paya, aynı imtiyaz konusunda diğer pay sahiplerinden daha kötü işlem olmaması zorunludur.

Eşit işlem ilkesi, imtiyazlı paylara TTK m. 454 ile tanınan koruma yanında ayrı bir koruma daha tanımış olmaktadır. TTK m. 357 ile sağlanan koruma, sadece genel kurul kararlarına karşı değil, yönetim kurulu işlemleri ile doğacak keyfî ve eşitliğe aykırı işlemleri de kapsamaktadır.

Ancak, eşit işlem ilkesi pay sahiplerine tanınmış bir talep veya hak değildir. Ortaklık organlarının bir yükümlülüğü ve ortaklığın irade serbestisinin sınırlandırılmasıdır¹⁰⁹. Pay sahibi, uygulanan eşitliğe aykırı işlemden kendisinin de faydalanmasını talep edemez; ilkeye aykırılığın giderilmesini talep edebilir. Eşit işlem ilkesinden sapma, ancak şirketin amacını doğruluyor ve bütün pay sahiplerinin menfaati gerektiriyorsa ve gerektirdiği ölçüde mümkündür¹¹⁰.

¹⁰⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar s. 268.

¹⁰⁶ Yıldız, Şükrü, s. 70.

¹⁰⁷ Yeni Türk Ticaret Kanunu, Gerekçe, s. 366.

¹⁰⁸ Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu), s. 461.

¹⁰⁹ Tekinalp(Poroy/ Çamoğlu), s. 461

¹¹⁰ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 269.

Eşit işlem ilkesinin ihlaline ilişkin, TTK m. 357 gerekçesinde, genel kurul kararları bakımından kural olarak yaptırımın “ iptal ” olduğu belirtilmiş, ancak somut olayın şartlarına göre başka yaptırımların da gündeme gelebileceğine işaret edilmiştir¹¹¹.

Bununla birlikte, TTK m. 391 hükmü, batıl yönetim kurulu kararları arasında, eşit işlem ilkesine aykırılığı da düzenlemiştir. Gerekçede, “ en çok rastlanılan batıl kararların örnekseme ile gösterildiği; en çok rastlanan geçersiz yönetim kurulu kararları, eşitlik ilkesine aykırı olanlardır ” ifadelerine yer verilmiştir. Öğretide, yönetim kurulu kararlarının yaptırımının “ kesin hükümsüzlük ” olarak belirlenmesi eleştirilmiştir¹¹².

6. Genel Olarak AO Esas Sözleşme Hükümleri.

Esas sözleşmeye AO’nun kuruluş belgesi demek mümkündür. AO’nun kurulması bakımından kurucu işlem, kanuna uygun olarak düzenlenen ve kurucuların anonim şirket kurma iradesini açıkladıkları şirket esas sözleşmesi altındaki imzaların noter tarafından onaylanmasıdır¹¹³.

Esas sözleşmenin en önemli fonksiyonu, şirket için geçerli olan kanun hükümlerini, işletmenin yapısına ve pay sahiplerinin ihtiyacına uygun olarak tamamlamak veya değiştirmektir¹¹⁴. Esas sözleşme, anonim şirketi çevreleyen kurallar kademelenmesinde, emredici hükümlerden sonra gelir ve bu hükümlerin somutlaştırılmasında önemli bir rol oynar¹¹⁵.

Esas sözleşme içeriğini oluşturan hükümler, nitelikleri açısından herhangi bir ayrıma tabi tutulmamakla birlikte, doktrinde düzenledikleri konuları bakımından, zorunlu ve ihtiyari (maddi/ şekli) hükümler ayrımı yapılmaktadır.

¹¹¹ Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 242.

¹¹² Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 279.

¹¹³ Karahan, Sami (Editör) Şirketler Hukuku, 1. Bası, Mimoza Yayınları, Aralık 2012, (Karahan / Coşgun, Özlem Karaman) s. 360.

¹¹⁴ Karasu, Rauf, s. 27.

¹¹⁵ Karasu, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 28.

Şirkete özgü ilişkileri düzenleyen ve bu amaçla esas sözleşmeye konulan hükümler maddi nitelikli hükümler sayılmaktadır. Esas sözleşmenin içeriğini oluşturan zorunlu hükümler (gerçek; maddi/ korporatif sözleşme hükümleri) şirketin organizasyon yapısını, ünvanı, kuruluş amacını, sermaye miktarı, organları gibi şirket esas sözleşmesinde bulunması zorunlu hükümlerdir¹¹⁶.

Buna karşılık şirket temel yapısına ve normatif düzenine ilişkin olmayan, bir mevki olarak pay sahipliğine değil de belli pay sahiplerine veya belli bir kişi veya kişilere yönelik hükümler şekli nitelikli hükümlerdir¹¹⁷. Buna göre kurucular ve şirketle ilgili diğer kişiler yararına bazı haklar tanıyan hükümler şekli hükümler olarak kabul edilmektedir¹¹⁸.

Ancak esas sözleşmede şirketin yapısını ve işleyişini ilgilendiren ihtiyari hükümler de bulunmaktadır ve bu hükümler maddi nitelikli hükümler sayılmaktadır¹¹⁹. Örneğin kayıtlı sermaye sisteminin benimsenmesi, genel kurul karar yetersayılarının artırılmasına ilişkin esas sözleşme hükümleri şirkete özgü olduğu için maddi nitelikli hüküm sayılmalıdır¹²⁰.

İhtiyari hükümler işletme ve pay sahiplerinin ihtiyacına uygun olarak şirkete biçim vermenin en önemli aracıdır¹²¹. İhtiyari hükümler, emredici hükümlere aykırı olmamak üzere esas sözleşmede düzenlenir.

Anonim ortaklık esas sözleşmesinde bulunması zorunlu içerik TTK m. 339' da sayılmıştır¹²². Aynı hükümde, belirli paylara tanınan imtiyazlarında esas sözleşme içeriğinde düzenleneceği belirtilmiştir (TTK m.339/ d).

¹¹⁶ Karasu, Rauf, s. 30.

¹¹⁷ Karasu, Rauf, s. 30, naklen, Hüffer, AktG, 23 Rn. 4.

¹¹⁸ 'Özellikle kapalı tip anonim şirket esas sözleşmelerinde yer alan, pay sahiplerinin kişiliğine bağlı olan ve borç sözleşmesi niteliği taşıyan bazı düzenlemeler, esas sözleşmenin gerçek içeriğini oluşturmamaktadır. Pay sahipleri arasında yapılan sözleşmeler ile şirketin üçüncü kişilerle yaptığı anlaşmalar gelmektedir. Bu hükümlerin esas sözleşmede yer alması, hukuki niteliği ve hukuki sonuçları üzerinde herhangi bir etki etmemektedir. Söz konusu hükümlerin ihlalinde şirketler hukukuna ilişkin yaptırımlar değil, borç sözleşmelerinin ihlaline ilişkin yaptırımlar uygulanır.' Karasu, Rauf, s.30, 31.

¹¹⁹ Karasu, Rauf, s. 30, naklen, Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, s. 237.

¹²⁰ Karasu, Rauf, s. 31.

¹²¹ Karasu, Rauf, s. 29.

¹²² 'TK m. 354' ün gerekçesi incelendiğinde ise, bu hükmün aynı zamanda esas sözleşmede bulunması gereken asgari kayıtları da gösterdiği, TK m. 354' ün bu yönden m. 339' dan ayrıldığı, TK 339' un hem asgari içeriğe ilişkin olanları hem de esas sözleşmeye girerek bağlayıcılık kazanan hükümleri gösterdiğinin ifade edildiği görülmüştür. Her iki madde karşılaştırıldığında ise,..., bazı hususlarda birbirinden farklı sayım yapıldığı görülmüştür.' Coşgun, Özlem Karaman, s. 363.

Anonim ortaklıkta bir kısım paylara veya pay gruplarına imtiyaz tanınması zorunluluğu bulunmadığından, imtiyaza ilişkin esas sözleşme hükmü ihtiyaridir. Ancak esas sözleşmede düzenlenmeden imtiyaz tanınması da mümkün değildir.

İKİNCİ BÖLÜM.

II. İMTİYAZLI PAY İHDASININ ŞARTLARI.

A. Esas Sözleşme Hükümü.

1. Genel Olarak.

İmtiyazlı pay, ilk esas sözleşmede düzenlenerek veya daha sonra esas sözleşme değişikliği suretiyle oluşturulabilir (TTK m.478). Esas sözleşmede düzenlenmeksizin imtiyazlı pay ihdası mümkün değildir. Esas sözleşmede düzenlenmiş olma, imtiyazın geçerlilik şartıdır¹²³. İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde de imtiyazlı hakların mutlaka esas sözleşmede düzenlenmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır¹²⁴.

Anonim ortaklıklarda, haklardan yararlanmada oransallık ilkesi geçerli olduğundan, bu ilkedен ayrılabilmek için mutlaka esas sözleşmede açık bir hüküm bulunması gerekmektedir¹²⁵. Esas sözleşmede hüküm bulunmadıkça, tüm pay sahiplerinin oybirliği ile alacağı genel kurul kararı veya kökleşmiş uygulama ile imtiyazlı pay ihdas edilemez¹²⁶.

Tekinalp, imtiyazın kural olarak esas sözleşme ile, istisnaen de TTK m. 531 uyarınca mahkeme tarafından tanınacağını veya mahkemece imtiyazın sınırının

¹²³ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 25.

¹²⁴ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 25

¹²⁵ Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı TTK' ya Göre Şirketler Hukuku Şerhi Cilt:3, Adalet Yay., Ankara 2011 Bası, s. 1176.

¹²⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 76; Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 25.

aşılmasına izin verilebileceğini ileri sürmüştür¹²⁷. Yazar, mahkemece m. 531' e göre imtiyazın nasıl oluşturulacağını belirtmemiştir.

Bizim de katıldığımız yerleşmiş görüş uyarınca, imtiyaz mutlaka esas sözleşme ile tanınır (TTK m. 478/ 1)¹²⁸. Mevcut payların arasında bir üstünlük olmaksızın, esas sözleşmede (A), (B) ve (C) gibi farklı gruplara ayrılması, bir imtiyazın tanındığı anlamını doğrulamaz¹²⁹.

2. Kurulusta İmtiyazlı Pay.

AO' ın kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır (TTK. m. 338). Pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucudur (TTK. m. 337). Kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur (TTK. m. 335/ 1); şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır (TTK. m. 355/ 1)¹³⁰.

Tek pay sahipli AO' nda, tek kurucunun imzalayacağı metin sözleşme olamayacağı için, esas sözleşmenin yerini taahhütname almaktadır¹³¹.¹³² Bu nedenle TTK m. 339 hükmünde belirtilen içerik uyarınca, paya bağlı haklarda tanınacak imtiyazların, esas taahhütnamede düzenlenmesi gerekecektir.

TTK m. 339/ d ile esas sözleşme içeriğinde bulunması zorunlu hususlarda imtiyazlı payların gösterilmesi yanında, m. 478/ 1 hükmü ile de bu konu teyid

¹²⁷ “ İmtiyaz kural olarak esas sözleşme ile, istisnaen de TK m. 531 uyarınca mahkeme tarafından tanınır veya mahkeme imtiyazın sınırının aşılmasına izin verebilir, bkz. TK m. 479/(2) ve N,... GK kararı veya kökleşmiş uygulama ile imtiyaz teşekkül edemez.” Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 76.

¹²⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 515.

¹²⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 515.

¹³⁰ “ Madde ön- anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmaktadır. Ön- anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır.”, TTK. m. 335 Gereğesi.

¹³¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 143.

¹³² Tekinalp, esas sözleşme teriminden hareketle, “ esas taahhütname” şeklinde adlandırılabilirliğini ileri sürmüştür(Bakınız, s.143). Taahhütname teriminin kullanılmasının karışıklıklara neden olabileceği gereğesi ile biz de bu görüşe katılmaktayız.

edilmiştir. Esas sözleşme hükmü ile pay sahipliği haklarında imtiyaz tanınması, TTK m. 340 ile ifade edilen emredici hükümler ilkesine şekli olarak uyulmuş olmaktadır. Ancak, imtiyazın içeriği hususunda, imtiyaz tanınan pay sahipliği hakkı yönünden emredici hükümler ilkesinin ayrıca irdelenmesi gerekeceği kanaatindeyiz.

3. Esas Sözleşme Değişikliği İle İmtiyazlı Pay.

a. Esas Sermaye Sisteminde.

Kuruluştaki ilk esas sözleşmede imtiyazlı pay ihdasının mümkün olacağı eTK ile açıkça düzenlenmişti. Kuruluş sonrası imtiyazlı pay ihdasında; 6762 SY m. 401 ifadesinde esas sözleşme değişikliğine ilişkin açık ifade bulunmaması, tereddüt uyandırabilmekteydi^{133, 134}.

TTK m. 421/ 3' de imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararının, sermayenin en az % 75' nin olumlu oyları ile alınması gerektiği belirtilmiştir. İkinci toplantıda da aynı ağırlaştırılmış nisap aranacaktır (TTK m. 421/ 4)¹³⁵.

Bununla birlikte gerekçede, bu nisabın yeni imtiyazlı pay oluşturulmasında geçerli olacağı; mevcut imtiyazların genişletilmesinde sözkonusu olmayacağı belirtilmiştir.

Kanaatimizce, esas sözleşme değişikliğine ilişkin TTK m. 421/ 3 düzenlemesinde, m. 421/ 1 düzenlemesinden ayrılarak ağırlaştırılmış nisap öngörmesi isabetlidir. Ancak mevcut imtiyazların genişletilmesi, mevcut düzenin

¹³³ Tekinalp, Ünal(Poroy, Reha/ Çamoğlu, Esin), Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, Güncel. Vedat, 12. Basım, İstanbul, 2010, s. 419.

¹³⁴ “TK. 279’ da esas sözleşmeye derci gerekli hususlar içerisinde imtiyazlar sayılmamakla beraber, TK. 300/2 b. 5’ de ‘ Hisse senetlerinin nev’ ileri, hamiline veya nama yazılı oldukları ve muayyen hisse senetleri bahsettikleri imtiyazlar’ tescil ve ilana tabidir denilmek suretiyle TK. 279 tamamlanmakta ve imtiyazların da esas sözleşmeye derci lazım geldiği ifade edilmektedir.” Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 24.

¹³⁵ “Esas sözleşme değişiklikleri için gerekli nisaplar bakımından, TTK m. 421’ de genel nitelikteki toplantı ve karar nisapları ile belirli esas sözleşme değişiklikleri için aranacak nisaplar şeklinde ayırım yapılmıştır.” Çoştan, Hülya, Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme Kararları, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Şubat 2013, s. 34.

devam etmesinden bahisle % 75 karar nisabından ayrı tutulması çelişki oluşturmaktadır.

6762 Sayılı TTK döneminde, eTK m. 393 gereği, imtiyazlı payların ihracına esas sermaye artırımını ve esas sözleşme değişikliğiyle karar verilmesi halinde, imtiyazlara izahnamede de yer verilmesi gerekmekte; bununla beraber, imtiyazlara iştirak taahhütnamesinde yer verilmesi halinde izahnamede bulunmalarına gerek bulunmamaktaydı¹³⁶. 6102 Sayılı TTK m. 457' nin başlığı ' Yönetim kurulunun beyanı ' olarak düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesinde, öngörülme amacı ve anlamı için m. 349' un gerekçesine atıf yapılmıştır.

TTK m. 349 gerekçesinde, beyan ilkesinin kabulü ile yolsuzlukları önlemek, hukuki ve cezai sorumluluk davalarına alışkanlık kazandırmanın amaçlandığı; bazı konuların esas sözleşmede yer almasının, onlar hakkında açıklama yapılması yükümünü ortadan kaldırmadığı; beyan raporunun kural olarak denetçiye verileceği ve onun incelemesinden sonra sicil müdürünün incelemesine sunulacağı belirtilmiştir¹³⁷.

b. Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Pay.

Kural olarak, AO' larda sermaye artışı, esas sözleşme değişikliği ve imtiyazlı pay ihracına karar verme, genel kurulun devredilemez yetkilerindedir¹³⁸. Esas sermaye sisteminde bu kesin kuraldır.

Halka açık büyük AO' larda belirli bir amaca yönelik olarak, hızlı bir şekilde kullanabileceği sermayeye gereksinim duyulması halinde, genel kurulun toplanması suretiyle sermaye artışı yoluyla taze ve nakdi para ihtiyacının karşılanması hem pahalı hem de ağır işleyen bir süreci gerektireceğinden, kısa sürede sermaye temin etmek düşüncesiyle bağdaşmayacaktır¹³⁹.

¹³⁶ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 26.

¹³⁷ Yeni TTK m. 349 Gerekçesi, s. 358- 359.

¹³⁸ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 27.

¹³⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 605.

Şirketin sermaye yapısını esnek olarak düzenleme imkanı vermesi ve finansman ihtiyacının hızlı, masrafsız ve zamanında karşılanmasını sağlaması işlevi nedeniyle, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 12/ 2 ile Halka Açık Anonim Ortaklıklar için kayıtlı sermaye sistemi düzenlenmişti¹⁴⁰.

Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim şirketlerde, yönetim kurulunun imtiyazlı pay ihraç etme olanağına sahip olması, bu hususta esas sözleşme hükmü ile kendisine yetki verilmiş olması ön şartına bağlıdır (6362 SPK m. 18)¹⁴¹.

6102 Sayılı TTK m. 460 ile ilk kez, halka açık olmayan AO' lar için de kayıtlı sermaye sistemine geçiş imkanı tanınmıştır.

“ Halka açık olmayan bir anonim şirkette, ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile esas sözleşmede belirlenen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanındığı takdirde, bu kurul, sermaye artırımını, bu Kanundaki hükümler çerçevesinde ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir. Bu yetki en çok beş yıl için tanınabilir ” (TTK m. 460/ 1).

Genel kurul tarafından esas sözleşme hükmü ile tanınacak yetkide, yönetim kuruluna, imtiyazlı pay çıkarma yetkisi de verilebilecektir (TTK m. 460/ 4). Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, yönetim kurulunun imtiyazlı pay çıkarması hususunda özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.

c. Şartlı Sermaye Artışında İmtiyazlı Pay.

TTK m. 463/ 1' de “ Genel Kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir ” hükmü ile ŞSA' nın genel ilkesini belirlemiştir.

Öğretide, TTK m. 463/1 hükmü ile genel kurulun ŞSA' na ilişkin karar vermesinin gerektiği ve bu genel kurul kararı ile kabul edilecek esas sözleşmedeki

¹⁴⁰ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 604.

¹⁴¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1176.

dayanak hükmün içeriği hakkındaki ayrıntılı düzenlemenin m. 465/ 1-2' de düzenlendiği belirtilmiştir¹⁴².

ŞSA' na ilişkin esas sözleşmede bulunması gereken hükmün içeriği, TTK m. 465' de, ' Esas Sözleşmedeki Dayanak ' başlığı altında düzenlenmiştir. Bu hükmün kaynağı İsviçre BK 653- 653i' dir¹⁴³.

TTK m. 465' de düzenlenen esas sözleşme hükmünün unsurlarının; zorunlu hususlar, öngörülme koşulu ile esas sözleşmede bulunmaları zorunlu hususlar ve esas sözleşmede bulunabilen hususlar bakımından üçe ayrılabilmesi ileri sürülmüştür¹⁴⁴.

Anılan hüküm düzenlemesinde TTK m. 465/1' de altı bent halinde belirtilen hususların esas sözleşmede yer alacağı açık olarak belirtilmiştir. Bu emredici niteliktedir¹⁴⁵. Belirtilen hususların esas sözleşmede düzenlenmemesi durumunda, esas sözleşme hükmünün sicile tescili mümkün olmayacaktır.

Esas sözleşmede bulunması zorunlu hususlar; şarta bağlı sermaye artışının itibari değerinin belirtilmesi, payların sayılarının, itibari değerlerinin, türlerinin, değiştirme veya alım hakkından yararlanacak grupların belirtilmesine ilişkin hükümlerdir.

Şartlı sermaye artışı suretiyle ihraç edilecek paylara imtiyaz tanınması da mümkündür. Belli pay gruplarına tanınacak imtiyazların da şartlı sermaye artışına ilişkin esas sözleşme hükmünde gösterilmesi zorunludur. Aksi halde, imtiyaz geçerli olmayacaktır.

Şartlı sermaye artışı suretiyle ihraç edilecek paylara imtiyaz tanınması ihtiyaridir. Ancak, bu payların imtiyazlı pay olarak ihracı için, bunun esas sözleşme hükmünde belirtilmesi zorunludur. Başka bir deyişle, imtiyaza ilişkin esas sözleşme hükmü, öngörülme koşuluyla esas sözleşmede bulunması zorunlu bir husustur¹⁴⁶.

¹⁴² Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, XII Levha Güncellenmiş 2. Bası, 2012, s.372. (TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler)

¹⁴³ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 371.

¹⁴⁴ Biçer, Levent, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye Doktora Tezi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2009, s. 86.

¹⁴⁵ Biçer, Levent, s. 89.

¹⁴⁶ Biçer, Levent, s. 89 vd.

d. Sermaye Azaltılmasında İmtiyazlı Pay.

AO sermayesinin azaltılması, pay sahiplerinin şirketteki paylarını ve haklarını azaltacaktır. Hatta bazı küçük pay sahiplerinin haklarının tamamen ortadan kalkması dahi sözkonusu olabilecektir¹⁴⁷.

Sermaye azaltılmasında, imtiyazlı paylar yönünden de sermaye azaltma sebebi ve yöntemine bağlı olarak, bazı sonuçlar doğar. Sermaye iadesi amacıyla veya bilanço açığını kapatmak amacıyla sermaye azaltılmasında, imtiyazlı pay sahibinin payı azalmakla birlikte sermaye iadesi veya bilanço zararının düzeltilmesi sözkonusu olacaktır¹⁴⁸.

Ancak, sermaye azaltılması ile birlikte eşzamanlı olarak sermaye artırımının yapılması da sözkonusu olabilecektir. Bu durumda yeni çıkarılacak payların imtiyaz taşımaması veya sadece imtiyazlı pay sahiplerine özel olarak çıkarılmaması halinde, imtiyazlı pay sahipleri için hak ihlali sözkonusu olabilecektir¹⁴⁹.

TTK m. 454/ 1 hükmüne göre, esas sözleşme değişikliği, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun alacağı bir kararla onanmadıkça uygulanamaz. Hüküm sadece sermaye artırımına özgülenmediğinden, sermaye azaltılması da esas sözleşme değişikliği kapsamında olmaktadır¹⁵⁰.

Sermaye azaltılması, TTK m. 473 vd. hükümlerine göre esas sözleşme değişikliği şeklinde gerçekleştirilecektir. Buna ilişkin genel kurul kararında TTK m. 421/ 3' de belirtilen nisablar geçerlidir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Çağlar Hayrettin, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 153.

¹⁴⁸ Çağlar Hayrettin, s. 154.

¹⁴⁹ Çağlar Hayrettin, s. 155.

¹⁵⁰ Çağlar, Hayrettin, s. 156.

¹⁵¹ Çağlar, Hayrettin, s. 156.

e. Yapısal Değişiklikle Kuruluşta İmtiyazlı Pay.

Sermaye şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerine TTK m. 134 ila m.194 hükümleri uygulanır. Diğer kanunların, TTK m. 134 ila m. 194 hükümlerine aykırı olmayan hükümleri saklıdır (TTK m. 134). TTK’ da esas olarak birleşme kararı düzenlenmiş, bölünme ve tür değiştirme kararlarını düzenleyen maddelerde ve bu maddelere ilişkin gerekçede, birleşmeye atıfta bulunulmuştur¹⁵².

AO’ ın birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla yeniden yapılanmasında şirket payının devamlılığı ilkesine de uyulmalıdır. Bu ilke uyarınca, her bir ortağın payını karşılayacak değerde pay verilmekle kalmayıp, aynı zamanda diğer pay sahipliği haklarının da yeni kurulan şirkette devamı sağlanarak koruma altına alınmaktadır¹⁵³.

TTK m. 140/ 4 ile m. 161/ 1 ve m. 183/ 2’ de devrolunan şirkette mevcut bulunan paylara bağlı imtiyaz hakları karşılığında, devralan şirkette eş değerde haklar veya uygun bir karşılık verileceği hükme bağlanmıştır. Belirtilen hükümle, yeniden yapılanmada imtiyazlı pay sahiplerinin hakları yasa ile korunmuştur¹⁵⁴.

Bu korumaya ek olarak TTK m. 191’ e göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirmede ortaklık paylarının gereğince korunmamış veya uygun ayrılma karşılığı belirlenmemişse, her ortak yapısal değişikliğin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinde ilanından itibaren iki ay içinde, işlemlere katılan şirketlerden birisinin bulunduğu ticaret mahkemesinden uygun bir denkleştirme akçesinin saptanmasını isteyebilir.

Yapısal değişikliğe ilişkin düzenlemelerle, imtiyazlı pay sahiplerinin doğrudan korunması öngörülmüştür. Bu nedenle, yapısal değişikliğe ilişkin esas sözleşme değişiklikleri, TTK m. 454/ 1 hükmünde ifade edilen imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onama kararına tabi değildir¹⁵⁵.

¹⁵² Çoştan, Hülya, Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme Kararları, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Şubat 2013, s. 18.

¹⁵³ Karahan, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, Mimoza Basım, 1. Baskı, Aralık 2012, (Karahan / Keşli, Ahmet) s. 160.

¹⁵⁴ Çoştan, Hülya, s. 70.

¹⁵⁵ Çoştan, Hülya, s. 70.

Konumuz kapsamında, AO' ın birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesinde kural olarak imtiyazlı payların sahiplerine tanıdığı haklar yeni oluşacak ortaklıkta da korunacaktır¹⁵⁶.

Öğretide, yeniden yapılanma kararını düzenleyen hükümlerin, TTK' nın AO' lara ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmediği, aksi öngörülmedikçe bu hükümlerle birlikte uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Bu görüş uyarınca, imtiyazlı pay ihracına ilişkin TTK m. 421/ 3 b hükmü; TTK m. 151/ 1 ve m. 189/ 1 a hükümlerine nazaran daha ağır toplantı ve karar nisabı öngörmektedir. Buradan hareketle imtiyazlı pay ihracına ilişkin nisabın, yeniden yapılanma kararı vasıtasıyla dolanılmasının engellenmesi amacıyla, imtiyazlı pay ihracına yol açan yeniden yapılanmalarda TTK m. 421/ 3 b' deki nisap aranmalıdır¹⁵⁷.

B. İmtiyazın Konu Ve Şartlarının Belirtilmesi.

İmtiyazlı paya dair esas sözleşme hükmünde, imtiyazın konusunun ve bağlı olduğu şartların belirtilmesi zorunludur. Sadece soyut bir hükümle imtiyazdan bahsedilmesi, bu manada yeterli olmayacaktır¹⁵⁸. İmtiyaz, esas sözleşme hükmü içeriğinde tanımlanmalı ve somutlaştırılmalıdır¹⁵⁹.

Öğretide Tekil, esas sözleşmede imtiyaza ilişkin açık düzenlemeye yer verilmesi gerektiği; Karahan ise açık düzenlemeden maksadın, imtiyazın konu, mahiyet, şart ve sınırları itibariyle esas sözleşmede düzenlenmiş olmasıdır¹⁶⁰.

Öğretide, sadece imtiyazlı olduğu belirtilen, ancak konu ve kapsamı belirsiz olan imtiyazın, dava yolu ile işleyebilir duruma kavuşturulmasına imkan olmadığı belirtilmektedir¹⁶¹. Aksi halde, belirsizlikle hak doğumu mümkün olmayacaktır.

¹⁵⁶ Bakınız, Birleşmede imtiyazlı pay, TTK m. 140/ 4; m. 146/ c; Bölünmede imtiyazlı pay, m. 167/ d; Tür Değiştirmede imtiyazlı pay m. 183/ 1, 2).

¹⁵⁷ Çoştan, Hülya, s. 130.

¹⁵⁸ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 25.

¹⁵⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 2, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s. 1177.

¹⁶⁰ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 25, Naklen, Tekil, Fehiman, AŞ, s. 514.

Bununla birlikte Karahan, ‘ imtiyaz teriminin ’ bulunmasının şart olmadığını, esas sözleşme ile paya tanınan üstünlükler bu anlamda değerlendirilebiliyorsa, imtiyaz terimi hiç kullanılmamış olsa da, imtiyazın mevcudiyetinin kabul edileceğini savunmuştur¹⁶².

İmtiyazın konusunu, özellikle yönetim ve malvarlığı karakterli haklar oluşturur; oy hakkı, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, kar payı hakkı, tasfiye bakiyesi hakkı, rüçhan hakkı gibi¹⁶³. Buna karşın doğrudan paya bağlı olmayan haklar ile paylar arasındaki farklılıklar (itibari değer, pay bedellerine mahsuben yapılan ödeme farklılıkları, bağlam, nakit veya ayın karşılığı olması vs.); pay sahiplerine esas sözleşme ile tanınmış alım, geri alım ve önalım imtiyaz olarak nitelendirilemez¹⁶⁴.

Yasada belirtilen imtiyaz türlerinin ‘ gibi haklarda ’ denilmek suretiyle örnek mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide, paylara imtiyaz tanınmasında tam bir serbesti ve sınırsızlığın kabul edilmesinin, öngörülme amacına aykırı istenmeyen ve beklenmeyen sonuçlar doğurabileceğinden eleştirilmiştir¹⁶⁵. Oy hakkında imtiyaz hususunda getirilen en çok 15 oy hakkı sınırlaması ve oyda imtiyazın kullanılmayacağı (TTK m. 479) haller dışında TTK ile imtiyazlara açıkça zikredilen sınır öngörüldüğünü söylemek güçtür.

C. İmtiyazın Kural Olarak Paya Tanınması.

1. Paya Bağlı Haklarda İmtiyaz.

İhdas edilen imtiyazın paya bağlanması esastır¹⁶⁶. Söz konusu payın el değiştirmesi ile imtiyaz da payın yeni sahibinin kullanımına geçmiş olur. Bu manada imtiyazın şahsa bağlanması söz konusu değildir. Bu aynı zamanda sermaye şirketinin öngördüğü sistemin gereğidir.

¹⁶¹ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, s. 420.

¹⁶² Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 25.

¹⁶³ Oruç, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, Batider 2010, C. 26, S.4, s. 175.

¹⁶⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1177, 1178.

¹⁶⁵ Kendigelen, Abuzer, Makalelerim, Beta, İstanbul 2001, s. 331.

¹⁶⁶ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 20; Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, s. 420.

Gerekçede (m. 478), imtiyazın üstün hak olup, kişiye, makama veya belirli bir sığata değil, yalnızca paya bağlanacağı belirtilmiştir. Bir bakıma imtiyaz kişiselleşmekte ve sahibine üstün haktan yararlanma imkanı tanımaktadır¹⁶⁷. Pay sahibinin değişmesiyle, yeni pay sahibi bu üstün haktan yararlanma imkanı bulmaktadır. İlgili pay sahibi, tanınan imtiyazdan diğer pay sahiplerinden bağımsız bir şekilde, tek başına yararlanabilmekte; imtiyazlı pay sahibine üstün haktan doğrudan doğruya yararlanma imkanı saęlamaktadır¹⁶⁸.

Öğretide, kişiye, sığata veya makama bağlanan ayrıcalık veya üstün hakların imtiyaz değil, akdi hak oluşturacağı belirtilmiřtir¹⁶⁹. Akdi haklar, Borçlar Kanunu kapsamında karşılıklı anlaşma ile değiştirilip, ortadan kaldırılabılır¹⁷⁰. Bu nedenle, akdi haklar şirket organlarının kararlarına tabi olmadığından, şirket ile ilgili hak sahibi arasında bir anlaşmanın yapılması gerektiği ileri sürülmüřtür¹⁷¹.

TTK m. 340 ile AO' lar hukukunda benimsenen emredici hükümler ilkesi, akdi haklar görüşüne farklı bir boyut kazandıracaktır. Esas sözleşme içeriğinin m.339 ile emredici hükümlerle düzenlenmesi; m. 340 ile de kanunun açıkça sapma izni vermediği hususların esas sözleşmeye girmesi önlenmek istenmektedir.

Kanaatimizce, kişiye, sığata veya makama bağlanacak ayrıcalık ve üstünlükler imtiyazlı pay kurumunun mahiyetine aykırı olduğundan, m. 478 manasında imtiyaz sayılamayacaktır. Aynı gerekçe ile bu hususların esas sözleşmede tamamlayıcı hüküm sayılmaları da mümkün olamayacaktır. TTK m. 32/ 2 gereği sicil müdürünün, belirtilen hususları emredici hükümlere aykırılık sayarak tescil talebini reddetmesi gerekecektir¹⁷². Bunun istisnası, yönetim kurulunda temsil hakkıdır (TTK m. 360).

¹⁶⁷ Pulaşlı, Hasan, şirketler Hukuku şerhi, s. 1179.

¹⁶⁸ Pulaşlı, Hasan, şirketler Hukuku şerhi, s. 1179.

¹⁶⁹ Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı Ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 65.

¹⁷⁰ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Ve Kooperatifler Hukuku, s. 420.

¹⁷¹ Pulaşlı, Hasan, şirketler Hukuku şerhi, s. 1180.

¹⁷² Öğretide benzer görüş, “ Bu hüküm esas sözleşmeyle, özel kanunlarda açıkça izin verilmediği haller haricinde, pay sahiplerine şahsi haklar tanınmasına engel teşkil edecek ve bu tür hakların tanınması halinde ise, bunların TTK m. 445 vd. hükümlerindeki korumadan yararlanması mümkün olmayacaktır.”, Akad, Gül, Anonim şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 13.

2. Grup İmtiyazları.

TTK m. 478/ 3' de belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin m. 360 hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir.

Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur (TTK m. 360).

Grup imtiyazı, imtiyazın belli bir paya bağlanması kuralına getirilen istisnadır. Belli bir gruba üstün hak tanınması imtiyaz olarak kabul edilmiştir¹⁷³.TTK. m. 360/ 2 hükmü ile, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm ile düzenlenen imtiyaz, belirli pay grupları yanında, pay sahipleri grupları ile azlığa tanınabilecektir.

Yargıtay' ın uzun yıllar süren uygulamasında, 6762 TK' nda düzenleme yer almamasına rağmen, “ sair hususlarda imtiyaz hakları ” kapsamında grup imtiyazına imkan verilmişti¹⁷⁴.

Gereğe göre bu istisna, Yargıtayın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihatı gereğidir. Tarihsel ve uygulamadan doğan zorunluluklar gerekçesiyle, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkına dair imtiyaz tanınmıştır. İsviçre BK m. 709 hükmünden esinlenen bu düzenlemenin, yasanın öngördüğü sistem ile çelişki oluşturduğu, gerekçede de kabul edilmektedir¹⁷⁵.

¹⁷³ Pulaşlı, Hasan, Pulaşlı, Hasan, Erdoğan Moroğluna 65. Yaş Günü Armağani, Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz Ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam Ve Etkisi, s. 566, vd. (Yönetimde İmtiyaz).

¹⁷⁴ Bu uygulamanın hukuki niteliği hususunda, öğretide Kendigelen, belirli pay gruplarına şirket organlarında temsil hakkı tanınmasının imtiyaz olarak nitelendirilmesi, kavramın ve temsil edilme hakkının tarihsel sürecine, imtiyaza ilişkin temel ilkelere ve kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı gerekçesi ile, “özel bir grup hakkı” olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştu. Kendigelen, Abuzer, Makalelerim Cilt II 2001-2006, Arıkan Basım Dağıtım, Mayıs 2006, s.189, (İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri).

¹⁷⁵ 1936 tarihli İsviçre BK m. 708' de hukuki konumları farklı birden fazla pay grubunun mevcut olması halinde esas sözleşmeyle her gruba en az bir temsilci seçmek imkanının sağlanması düzenlenmiş; 1991 değişikliği sonrası İsviçre BK m.709 ile, yönetim kurulunda temsil açısından malvarlığı hakları yanı sıra oy hakkına ilişkin imtiyazlarında farklı pay kategorisi oluşturacağı açık hükme bağlanmış; esas sözleşme ile her kategori pay sahiplerinin yönetim kuruluna en az bir temsilci seçmeleri imkanını sağlayacak şekilde düzenleme yapılması zorunluluğu hükmü kabul edilmiştir.

D. İmtiyazın Üstün Hak Olarak Oluşturulması.

1. Kanuni Pay Sahipliği Haklarında Üstünlük Tanınması.

Pay, üyelik hak ve borçlarının kaynağını teşkil eder¹⁷⁶. Paya tanınan haklar konularına göre mali haklar, idari haklar, dava hakları olarak tasnif edilebilmektedir¹⁷⁷.

İmtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır. Bu üstünlüğün, paydan kaynaklanan pay sahipliği haklarına ilişkin olması zorunludur¹⁷⁸. Gerekçede belirtildiği üzere, çeşitli kanuni hakların kaynağı olan pay, “ adi paydır ”. İmtiyazlı paylar için kullanılan “ üstün bir hak” ifadesi, adi paylara nazaran daha fazla paysahipliği hakları sağlandığını ifade etmektedir.

Paya bağlı kar payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı, kuruluşta hazırlık dönemi faizi talep hakkı vb. mali haklarda bir kısım paylara daha fazla hak tanınması ile üstünlük sağlanmasına TTK m. 478 hükmü imkan tanımaktadır¹⁷⁹. Hükmün gerekçesinde, imtiyazın kural olarak mali haklarda tanınabileceği belirtilmiştir.

Paya imtiyaz tanınmasına ilişkin doktrinde, üstünlüğün neye göre belirleneceği konusundaki tartışma nedeniyle TTK m. 478/ 2’ de ‘ paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı’ olduğu belirtilmiştir¹⁸⁰. Üstünlük, pay sahibine ilgili haktan, kural olarak, diğer pay sahiplerinden bağımsız olarak tasarruf imkanı tanır¹⁸¹. Bu haklardan yararlanmak, öncelik hakkı veya daha fazla yararlanma hakkı şeklinde olabilmektedir¹⁸².

Doğrudan paya bağlı olmayan, yönetim kurulu veya genel kurul toplantı başkanının üstün oya sahip olması gibi haklarda imtiyaz sözkonusu olmayacaktır.

Kendigelen, Abuzer, Makalelerim, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 375 vd.(İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar).

¹⁷⁶ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 517.

¹⁷⁷ Bakınız, s. 8-9.

¹⁷⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 516.

¹⁷⁹ Yine TTK. m. 479 hükmü ile idari haklardan olan oy hakkında imtiyaz ve TTK. m. 360 ile de belirli pay sahiplerine ve belirli azlığa yönetim kurulunda temsile ilişkin grup imtiyazı istisnai olarak tanınmıştır.

¹⁸⁰ Bakınız, s. 5.

¹⁸¹ Kendigelen, Abuzer, Anomin Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 1999, s. 26. (Yönetime Katılma)

¹⁸² Kendigelen, Abuzer, Yönetime Katılma, s. 31.

Yine paylar arasındaki itibari değer, ihraç değerinin primli olup olmaması, pay bedellerine mahsuben yapılan ödemelerin farklılığı, pay için esas sözleşmede öngörülen devir sınırlaması, pay karşılığının nakit veya ayın olması gibi farklılıklar; ortakların payları satması durumunda tanınmış olan alım, geri alım ve ön alım hakları da imtiyaz olarak nitelendirilemez¹⁸³.

Payın içeriğine ilişkin yasa hükmünün emredici olduğu hallerde üstün hak tanınması ile paylar arasında farklılık oluşturulması mümkün değildir¹⁸⁴. Bu nedenle genel kurula katılma, bilgi alma ve inceleme gibi idari haklara ilişkin hükümler ile dava haklarına ilişkin hükümler emredici nitelikleri gereği imtiyaza konu olamamaktadır. Bu pay sahipliği haklarında , yararlanma, menfaat sağlamada değil, koruyucu hak tanınmakta olduğundan, mutlak eşitlik ilkesi sözkonusu olmaktadır¹⁸⁵.¹⁸⁶

Bir anonim ortaklıkta farklı gruplar birbirlerine kıyasen çeşitli haklarda üstün iseler grupların hepsi kendi konusunda imtiyazlı olacak; diğer konularda adi pay niteliğine bürünecektir¹⁸⁷.

6762 Sayılı TTK döneminde, paylara tali yükümlülük tanınması ile imtiyazlı pay oluşturulması hususunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Karahan, bazı pay ve pay gruplarına diğerlerine nazaran tali yükümlülükler bağlanması halinde, tali yükümlülükleri bulunmayan payların imtiyazlı sayılacağını savunmuştur¹⁸⁸.

Öğretide Pulaşlı, imtiyazın konu ve kapsamının belirliliği ve esas sözleşme hükmünün açıklığı ilkelerine aykırı olduğundan ve de pay sahipliği haklarında ve paya tanınmış üstün bir hak sözkonusu olmadığından, tali yükümlülüklerin farklılaştırılmasıyla imtiyaz oluşturulması mümkün değildir¹⁸⁹.

Kanaatimizce de imtiyazın esas sözleşme ile konu ve kapsamının açıkça belirtilmesi ve pay sahipliği haklarında üstün hak koşulu karşısında, esas

¹⁸³ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 516.

¹⁸⁴ Kendigelen, Abuzer, Yönetime Katılma, s. 45.

¹⁸⁵ Yıldız, Şükrü, Eşit İşlem İlkesi, s. 34.

¹⁸⁶ “ payın sağladığı haklardan yararlanmada ölçü olarak nispi eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak ‘ oransallık ilkesi ’ anonim şirketlerde geçerlidir.”, Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s.517.

¹⁸⁷ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 458.

¹⁸⁸ Karahan, Sami, İmtiyazlı Paylar, s. 136- 137.

¹⁸⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1203.

sözleşmedeki yükümlülüklerin farklılığında imtiyazın kabulü mümkün değildir. Bu durum ayrıca TTK m. 339- 340 hükmü ile de uyumlu olacaktır.

TTK m. 480 hükmü uyarınca, tek borç ilkesinin kapsamı genişletilmiş ve pay sahibine sermaye koyma borcu dışında, esas sözleşme ile paya bağlı borç ve yükümlülük getirilemeyeceği düzenlenmiştir¹⁹⁰. Tek borç ilkesi karşısında esas sözleşme ile tali yükümlülük imkanı kalmamıştır. İmtiyaz, paya bağlı pay sahipliği hakları yönünden adi paya nazaran bazı paylara, esas sözleşmeyle tanınan göreceli üstünlüktür.

2. Yeni Pay Sahipliği Haklarında Üstünlük Tanınması.

TTK m. 478/ 2' de, öğretide ve uygulamada yerleşmiş paya bağlı haklar yanında, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkında da imtiyaz tanınabileceği düzenlenmiştir. Tanımda yer verilen bu ikinci kısım, AO' lar hukukunda yeni bir düzenlemedir¹⁹¹. Bu düzenleme ile koşulları sağlandığında, esas sözleşme düzenlemesinde, sözleşme özgürlüğüne imkan tanınmaktadır.

Gerekçede, esas sözleşme ile bazı paylara yeni pay sahipliği hakkı veya hakları tanınabileceğini ve bunun da imtiyazlı pay gibi mütalaa edileceği belirtilmiştir¹⁹². Bu düzenlemede öne çıkan ve vurgu yapılan husus, kanunda düzenlenmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır.

Öğretide Tekinalp, kanuni haklar dışında bir hak, örneğin C grubu paylara aylık mizanın gönderilmesi veya azlık oluşturmaları bile gündeme madde ekletilmesi tanınmışsa gene imtiyaz sözkonusu olacağını belirtmiştir¹⁹³.

¹⁹⁰ Akad, Gül, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 20, Naklen, Okutan Nilson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 216, 228.

¹⁹¹ Çalışmamızın bu kısmında, TTK. m. 478/ 2' nin ikinci cümlesi ile düzenlenen “ veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı” ifadesi, uzun tekrara yer vermemek amacıyla kısaca “ yeni pay sahipliği” olarak ifade edilecektir.

¹⁹² TTK Gerekçe, m. 478, s. 487.

¹⁹³ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 76.

Akad, yeni pay sahipliği haklarının hem malvarlıksal hem de kişisel haklarda mümkün olduğunu; TTK m. 487 kapsamında, “ teklifte öncelik ” hakkı hususunda, paya bağlı yeni bir imtiyaz hakkı tanınabileceğini belirtmiştir¹⁹⁴.

Yine Akad, TTK’ da genel kurul toplantı ve karar nisaplarının esas sözleşme ile artırılmasına kanunen her hangi bir engel bulunmadığından, esas sözleşmede belli bir pay grubu lehine, kapsamı belirli konularda “ veto hakkı ” tanınması ile de yeni bir imtiyaz hakkı tanınabileceğini belirtmektedir¹⁹⁵.

Moroğlu, TTK m.478/ 2 hükmü, ikinci cümlesinin, TTK m. 340 hükmü karşısında, bir anlamının kalmadığını ve çelişki oluşturduğu gerekçesiyle eleştirmiştir¹⁹⁶.

Kendigelen, kanunda öngörülmeyen yeni pay sahipliği hakkı tanınmasını, esas sözleşme içeriğinin yasa tarafından sınırlandırıldığı gerekçesiyle, TTK m. 340 ile öngörülen emredici hükümler ilkesi karşısında, bunun nasıl mümkün olacağı sorusuna ve tartışmalara neden olacağına dikkat çekmiştir¹⁹⁷.

a. Yeni Pay Sahipliğine İlişkin İmtiyazın Unsurları.

TTK m. 478/ 2 hükmünün ikinci cümlesinde, yasanın açık ifadesi ile emredici hükümler ilkesinden sapma izni verilmektedir. Bu sözleşme özgürlüğü lehine bir imkandır. Ancak yeni pay sahipliğine imtiyaz tanınmasına ilişkin esas sözleşmede yapılacak bu sapma, m. 478/ 2 hükmünde belirtilen şartların mevcut olması halinde geçerli olacaktır . Bu bağlamda, imtiyazlı payların tanımında yer verilen, yeni pay sahipliğine bağlı imtiyazın bağlı olduğu şartların ortaya konulması önem arz etmektedir.

¹⁹⁴ Akad, Gül, “ yönetim kuruluna devre konu payları pay sahipleri adına, pay sahiplerinin esas sözleşmede öngörülen öncelik haklarına uygun olarak, olma zorunluluğu yükletilebilir mi?... Bu durumda devralan pay sahibinin paylarını, önerilen miktar ya da öneren pay sahibine satma yükümlülüğü altında olmayacağından tek borç ilkesine her hangi bir ayrılık da söz konusu olmayacaktır.” s. 18, vd.

¹⁹⁵ Akad, Gül, s. 23-24.

¹⁹⁶ Moroğlu, Erdoğan, Değerlendirme Ve Öneriler, s. 280.

¹⁹⁷ Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 383.

aa. Kanunda Öngörülmemiş Bir Hak Olması.

AO' luk pay sahibinin kişisel hakları, TTK m. 425- 445 arasında düzenlenmiştir¹⁹⁸. TTK m. 461 rüçhan hakkı, m. 507 kar ve tasfiye payı hakkı, m. 510 ile hazırlık dönemi faizi talep hakkı düzenlenmiştir. TTK m. 478/ 2 düzenlemesi ile bu kanuni hakların örnek mahiyetinde olduğu, paya bağlı haklarda sınırlama olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanunda öngörülmemiş haklara ilişkin imtiyaz tanınmasında, kişisel ve malvarlıksal haklar yönünden farklılık sözkonusu olmayacağı düşüncesine biz de katılmaktayız¹⁹⁹.

Ancak, kanunda öngörülmemiş pay sahipliği haklarının esas sözleşmede düzenlenmesinin, ayrıca sınırları da vardır. AO' ların yapısından kaynaklanan sermayenin korunması ilkesi, tek borç ilkesi, eşit işlem ilkesi²⁰⁰, çoğunluk ilkesi, emredici hükümler ilkesi, vb. genel kurulun (TTK m. 408/ 2) ve yönetim kurulunun devredilemez yetkileri (TTK m. 375) hilafına pay sahipliği hakları ve imtiyaz düzenlenemez.

Nakden taahhüt edilen payların itibari değerinin ödenmesi (TTK m. 344), pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 358), iç kaynaklardan yapılan artırım hariç payların nakdi bedellerinin tamamen ödenmediği sürece sermaye arttırımının mümkün olmaması (TTK m. 456), bedelleri tamamen ödenmedikçe nama yazılı pay senetlerinin hamiline yazılı pay senedine dönüştürülemeyeceği (TTK m. 484), kar payının net dönem karından ve serbest yedek akçelerden dağıtılacağı (TTK m. 509), hazırlık dönemi faizi haricinde faiz ödeme yasağına (TTK m. 510) ilişkin hükümler sermayenin korunmasına yasağı kapsamındadır. Bu emredici hükümlere aykırılık butlan nedenidir (TTK m. 447)²⁰¹.

Yasanın, konuyu her yönüyle ayrıntılı ve sınırlayıcı bir biçimde, yani tahdidi olarak düzenlediği hususlarda sapma mümkün olmayacaktır²⁰². Bu nedenle kanunda

¹⁹⁸ Akad, Gül, s. 19.

¹⁹⁹ Akad, Gül, s. 19.

²⁰⁰ “Kamuyu aydınlatma ve içeriden öğrenenlerin ticaretine ilişkin hükümlerin en temel amaçlarından biri de, pay sahipleri arasında eşitliği sağlamaktır.”, Karasu, Rauf, s. 103.

²⁰¹ Karasu, Rauf, s. 69-70.

²⁰² Karasu, Rauf, 53.

öngörülmediğinden bahisle TTK m. 478/ 2 manasında esas sözleşme düzenlemesi geçersiz olacaktır.

bb. Yeni Bir Pay Sahipliği Hakkı Olması.

Yeni sözcüğü sözlükte, “ kullanılmamış olan; o güne kadar söylenmemiş, görülmemiş, gösterilmemiş, düşünülmemiş olan; değişik ” olarak tanımlanmıştır²⁰³.

Yeni pay sahipliğine ilişkin imtiyazın, TTK m. 478 manasında ve paya bağlı haklarda sözkonusu olacaktır. Öğretide de kabul gördüğü üzere, imtiyaz, paya tanınan üstün bir haktır. Bu üstünlüğün, paydan kaynaklanan pay sahipliği haklarına ilişkin olması zorunludur²⁰⁴.

Öğretide kabul edildiği üzere, esas sözleşme ile pay sahiplerine tanınan haklar akdi haktır. Akdi hak, AO’ lar hukuku hükümlerine değil, borçlar hukuku hükümlerine tabidir²⁰⁵. Paylara ilişkin ön alım hakkı, öncelik hakkı, geri alım hakkı, satım hakkı, geri alım hakkı pay sahipleri arasında sözleşme konusu olabilmektedir.

Bir şirketin bütün pay sahipleri bu sözleşmeyi imzalamış olsalar bile, şirket tüzel kişiliği ve organları bu sözleşme ile bağlı tutulamaz, zira, pay sahiplerinden bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir²⁰⁶. Bu nedenle, ortakların payları satması durumunda tanınmış olan alım, geri alım ve ön alım hakları da imtiyaz olarak nitelendirilemez²⁰⁷.

TTK m. 493 hükmü ile şirket lehine kanundan kaynaklanan bir öncelik hakkı öngörülmüştür²⁰⁸. Akad, öncelik hakkını tek borç ilkesi yönünden irdelediği çalışmasında, kanunda öngörülmemiş yeni bir paysahipliği olarak imtiyaz

²⁰³ Parlatır, İsmail/ Zülfikar, Hamza/ Gözaydın, Nevzat/ Tezcan Aksu, Belgin/ Yılmaz, Yaşar, Türk Dil Kurumu Okul Sözlüğü, 2. Bası, Ankara 2000, s. 1082.

²⁰⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 516.

²⁰⁵ Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 12(11. HD’ nin 1.3. 1995 Tarihli ve 7391/ 1777 Sayılı Kararına ilişkin Değerlendirme ve Görüş) .

²⁰⁶ Karasu, Rauf, s. 175- 176.

²⁰⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 516.

²⁰⁸ Karasu, Rauf, s. 176.

tanınmasının mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Yazara göre, imtiyaz tanınan pay lehine, yönetim kurulu öncelik hakkını kullanacaktır²⁰⁹.

Kanaatimizce, esas sözleşmede düzenlenecek imtiyaz, TTK m. 493/ 1’ de ifade edilen “ haklı neden ” oluşturmayacaktır. Diğer yönden, tanınacak imtiyaz hakkı, TTK m. 493/ 7’ de düzenlenen “ esas sözleşme devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramaz ” hükmüne aykırı olacaktır. Payını devretmek isteyen pay sahibinin payını azami bedel üzerinden devretmek istemesi en doğal hakkıdır. Pay sahipleri çevresinin bileşiminin arz ettiği duruma göre, devredilecek payın değer, gerçek değerinin üzerinde olabilecektir. Devralan, mahkemeden paylarının gerçek değerinin belirlenmesini isteyebilecektir (TTK m. 493/ 6). Bu durum, devirden ve devir alan yönünden devir şartlarının kısıtlanmasıdır.

Yine pay sahipleri çevresinin yapısı, imtiyaz tanınması hususunda, eşit işlem ilkesinin ihlali de sayılabilecektir.

Bu nedenlerle, TTK m. 493/ 2’ de sayılan haklı nedenler içerisine esas sözleşme ile düzenlenecek imtiyaz hakkının dahil edilmesi kanaatimizce mümkün deđildir²¹⁰.

cc. Paya Bağlı Bir Hak Olması.

İmtiyaz paya bağlı haklarda üstünlük tanınmakla oluşmaktadır. TTK ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetimde imtiyaz tanınması mümkündür. Esas sözleşme ile kanunda öngörülmemiş yeni grup imtiyazı düzenlenebilir mi?

TTK m. 360 hükmü ile, pay sahiplerinin özellik ve nitelikleri esas alınarak grup imtiyazı tanınabileceği belirtilmekle, “ pay sahiplerine ” de grup imtiyazı tanınması, grup imtiyazına getirilen eleştirilerin nedeni olmaktadır²¹¹. Grup imtiyazı,

²⁰⁹ Akad, Gül, s. 18.

²¹⁰ Bu bağlamda, sermaye arttırımında ran hakkını kullanmak istemeyen pay sahiplerinin paylarını almak hususunda imtiyaz hakkı tanınması da kanaatimizce mümkün değildir (TTK. m. 461/ 3). Yasanın bu hususta yetkiyi yönetim kuruluna vererek tahdidi düzenleme yaptığı kanaatindeyiz.

²¹¹ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 252.

imtiyazın karakteristik özelliklerini taşımamaktadır. Gerekçede, uygulamadan doğan zorunluluk nedeniyle bu düzenlemenin getirildiği belirtilmiştir.

Belirli pay sahiplerinin ve belirli azınlığın yönetim kurulunda temsiline ilişkin grup imtiyazı istisnai bir düzenleme olduğundan, genelleştirilemeyeceği kanaatindeyiz. Buna göre TTK m. 478/ 2 hükmünün ikinci cümlesini, TTK m. 360 ile birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir.

Öğretide Pulaşlı' ya göre, imtiyazın konu ve kapsamının belirliliği ve esas sözleşme hükmünün açıklığı ilkelerine aykırı olduğundan ve de pay sahipliği haklarında ve paya tanınmış üstün bir hak sözkonusu olmadığından, tali yükümlülüklerin farklılaştırılmasıyla imtiyaz oluşturulması mümkün değildir²¹².

dd. Genel Kabul Görmüş AO' lık İlkelerine Uygun Olma.

Kanaatimize göre, TTK m. 478/ 2' nin ikinci cümlesi ile emredici hükümler ilkesi karşısında, etkisini zaman içerisinde gösterecek rezerve bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm, TTK m. 340' da belirtilen “ açıkça sapma ” iznidir. Kurumsallaşma, esas sözleşmelere belli bir standart getirerek hukuki güvenlik, öngörülebilirlik amacıyla emredici hükümler ilkesi kabul edilebilmektedir²¹³.

İrade özgürlüğü, emredici hukuk kuralının başladığı yerde sona erer. Siyasal, ekonomik, sosyal kültürel ve biyolojik alanlarda başgösteren ihtiyaçlar ise zamana bağlı olarak değişiklik gösterir. Hukuk, bu değişiklik ve yeniliklere ayak uydurmak zorundadır²¹⁴. AO' lar hukukunda, gelişmelerin getireceği yenilikler karşısında, yasa değişikliği gerekmeksizin, TTK' nun imtiyazlı paylar hususunda dinamikliği korunmuş olacaktır.

²¹² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1203.

²¹³ Karasu, Rauf, s. 43.

²¹⁴ Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, Savaş Yayınları, 2. Basım, Şubat 1989 Ankara, s. 15.

E. İmtiyaza İlişkin Esas Sözleşme Hükümünün Tescili.

İmtiyaza dair esas sözleşme hükmü tescil ve ilana tabidir (TTK m. 354/ d). Hükümün gerekçesinde, esas sözleşmenin tamamının tescil edileceği, ancak maddelerin tümü için TTK m. 36 anlamında tescilin olumlu etkisinin sözkonusu olmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, tescil ve ilana rağmen esas sözleşmedeki her hüküm üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.

Tescil edildiklerinde bu etkiye sahip olacak esas sözleşme hükümleri, numerus clausus olarak sekiz bent halinde sayılmıştır. TTK m. 354/ d hükmü ile imtiyazların da üçüncü kişilere karşı hüküm doğurması tescil ve ilanı şartına bağlanmıştır²¹⁵.

Bu hükme paralel olarak TTK m. 455 ile esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından şirket merkezinin ve şubelerin bulunduğu yer ticaret sicilinde tescil edileceği; ilana bağlı hususların da ilanı ile internet sitesine konulacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm ayrıca, İPSÖK' na ilişkin TTK m. 454 hükmü ile de uyum içerisindedir.

Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisine ilişkin TTK m. 36 hükmünde, ticaret sicil kayıtlarının nerede bulunurlarsa bulunsunlar, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlandığı günü izleyen iş günü hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir.

Esas sözleşme değişikliğinin tescilden önce hüküm ifa etmeyeceği kuralı, emredicidir. Genel kurulda esas sözleşme değişikliğine ilişkin karar alınmış olsa bile, tescile kadar esas sözleşmenin eski hali geçerliliğini koruyacaktır²¹⁶. Öğretide de tescile tabi genel kurul kararlarının yasa da belirtildiği; bunların başında esas

²¹⁵ TTK m. 354, esas sözleşmenin asgari içeriğini göstermesi yönünden TTK m. 339' dan ayrılmaktadır. TTK m. 339 hem asgari içeriği hem de esas sözleşmeye girerek bağlayıcılık kazanan hükümleri göstermektedir. Tescilin zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de zorunlu olmasına rağmen ilanı yapılmış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir, TTK Gereke, m. 354, s. 363.

²¹⁶ Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku Ve Sermaye Piyasası Hukuku, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (Şirketler Hukuku Cilt 2), s. 307, 308.

sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının geldiği belirtilmiştir²¹⁷. Esas sözleşme değişikliği tescilden önce hüküm ifade etmeyecektir²¹⁸.

²¹⁷ Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 1967, 142, Naklen, Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku Cilt 2, s. 307.

²¹⁸ İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974, s. 332, Naklen, Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku, Cilt 2, s. 208.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. İMTİYAZIN KONUSU.

İmtiyaz; kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır (TTK m. 478/2).

Hükmün ifadesinden, burada örnekseme metodunun benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu yönden, 6762 Sayılı TTK m. 401 düzenlemesi ile paraleldir.

TTK m. 478 hükmü gerekçesine göre, imtiyaz esas olarak malvarlığı haklarına tanınabilir. Oy hakkında imtiyaz istisna teşkil etmektedir.

6762 Sayılı Yasa dönemindeki 30 yıllık uygulama sürecinde imtiyazlı paylar genel olarak dört grup altında incelenmiştir. Buna göre, kar payında, tasfiye payında, oy hakkında ve diğer hususlarda imtiyaz hakları olarak tasnif yapılmıştır.

6102 Sayılı TTK m. 479 düzenlemesi ile oy hakkında imtiyaz özel olarak ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Yine m. 360 hükmü ile grup imtiyazına açıkça yer verilmiştir.

A. KAR PAYINDA İMTİYAZ.

1. Kar Payı Hakkı.

Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilirler (TTK. 331). Sermaye şirketi olan AO' ın nihai amacı, kar elde etmek ve dağıtmaktır²¹⁹. AO' a katılan ve tasarruflarını değerlendirmek isteyen pay sahibinin beklentisi, kar dağıtımına katılmak ve yeterli miktarda kar elde etmek

²¹⁹ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 464.

olacaktır. Kar payı hakkı, pay sahibinin en önemli mali hakkı olarak görülmektedir²²⁰. AO kar elde etmek ve dağıtmak amacı ile bağlı olduğundan, pay sahipleri oy birliği ile kabul etseler bile ideal amaçlı bir dernek gibi çalışamayacaklardır. Bu nedenle kar payı, vazgeçilemez bir hak doğurur^{221, 222}.

a. Pay Sahibi Yönünden Kar Payı.

Kar payının tespiti ve dağıtımının TTK' da düzenlenmesi zorunludur. Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem karına, payı oranında katılma hakkını haizdir (TTK m. 507). Bir pay sahibinin ne kadar payı var ise o kadar birim kar payı alma hakkı olacaktır. Kara katılmada, paydan başka bir ölçü kabul edilemez²²³.

Esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, kar ve tasfiye payı, pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. Yıllık kar, yıllık bilançoya göre belirlenir (TTK m. 508). Kar payının hesaplanmasında, kural olarak, pay sahibinin esas sermaye borcuna mahsuben yaptığı ödeme esas alınacaktır. Ancak esas sözleşme ile aksinin düzenlenmesine yasa imkan tanımıştır.

Öğretide Tekinalp' e göre, eşit işlem ilkesinin ihlal edilmemesi gerekecektir. Bazı pay sahipleri pay bedelinin tamamını bazıları da dörtte birini ödedikleri halde hepsi için kar payının hesabında, pay bedeline mahsuben ödeme yerine, itibari değeri esas kabul etmek, pay bedelinin tamamını ödeyenlere haksızlık teşkil edecektir. Başka bir deyişle, hesaplamada ölçü olarak payın itibari değeri esas alınmışsa, pay sahiplerine eşitliği bozacak tarzda pay bedellerinin ödettirilmesi cihetine gidilmemelidir²²⁴.

²²⁰ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 470.

²²¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 305.

²²² 'Kar payı, 6102 sayılı TTK ile kanuni bir müktesap hak olarak kabul edilmemiştir.' Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 305.

²²³ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 476.

²²⁴ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 477.

TTK m. 507 ve m. 508 hükümleri arasında birbirini tamamlama sözkonusudur. TTK m. 508 hükmü ile kar payının dağıtımında esas alınacak ölçü değil, kar payının hesaplanmasına ilişkin kural gösterilmiştir²²⁵.

Geçmiş hesap dönemine ilişkin finansal tabloları ve ekleri ile yönetim kurulu faaliyet raporunun, bilanço gününü izleyen hesap döneminin ilk üç ayı içerisinde hazırlanıp sunulması ile yönetim kurulu görevlendirilmiştir (TTK m. 514)²²⁶. Bu yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 375).

Dürüst resim ilkesi gereğince, anonim şirketlerin finansal tabloları, Türk Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır (TTK m. 515). Dürüst resim ilkesi ve Türk Muhasebe Standartlarının benimsenmesi ile gizli yedek akçe ayrılması imkanı engellenmiştir²²⁷.

Sermaye Piyasası Kanununa tabi olmayan şirketlerde, TTK m. 509/ 3 yollaması ile, ‘ Gümrük Ve Ticaret Bakanlığının, Kar Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliği ’ ne göre, kar payından mahsup edilmek üzere, ara dönem finansal tablolara göre oluşan karlar üzerinden hesaplanan kar payı avansı ödenebilecektir²²⁸.

Kar payı avansı dağıtılacak hesap döneminde hazırlanan üç, altı veya dokuz aylık ara dönem finansal tablolara göre kar edilmiş olması gereklidir²²⁹. Ancak Bakanlık Tebliği m. 8 düzenlemesine göre, kar payı avansı sadece ortaklara ödenebilir. Kara katılan intifa senedi, tahvil sahiplerine, karda imtiyazlı paylara avans ödenemez. Başka bir deyişle, karda imtiyazlı pay sahipleri sadece pay

²²⁵ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 476.

²²⁶ Hükmün Gerekçesine göre “Bu görev yönetim kurulunun tüm üyelerine yönelik bir kurul görevidir. Yönetim hakkının devri bu görevin de devri sonucunu doğurmaz ” TTK Gerekçe m. 515, s. 516.

²²⁷ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 305.

²²⁸ Yanlı, Veliye, Kar Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme, Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 15.

²²⁹ Yanlı, Veliye, s. 18.

sahipliğine ilişkin avanstan yararlanabilecek; imtiyaz hakları kar avansına katılmada geçerli olmayacaktır²³⁰.

Gerekçede, 6762 Sayılı TK m. 470 düzenlemesinde yer alan “ safi kar ” teriminin uygulama ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilmesi nedeniyle, net dönem karı olarak düzeltildiği belirtilmiştir. Pay sahibinin net dönem karı üzerindeki oransal hakkı soyut değil, artık somut bir hak olarak nitelendirilmektedir. Net dönem karı teriminin benimsenmesi ile AO’ın keyfi olarak kar dağıtmamasının ya da net dönem karı ile karşılaştırılmayacak küçük karlar dağıtmasının engelleneceği amaçlanmıştır²³¹.

b. Paylaşım Konu Kar.

Kar payı, pay sahibinin önemli mali haklarından ve vazgeçilmez hak olması ile birlikte, AO’ın bilanço yılında elde etmiş olduğu tüm gelir paylaşım konusunu kapsamayacaktır. Ortaklık faaliyetinin devamlılığı, vergisel yükümlülükleri, işletmesel hedefler, sermayenin korunması ilkesi, vs. tüm kazancın paylaşılması mümkün değildir. Paylaşım konusunu karın belirlenmesi gerekecektir.

Kar payı ancak net dönem karından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir (TTK m.509). Hükmün gerekçesine göre, ‘ net dönem karı ’ ibaresiyle her şeyden önce bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kar kast edilmiştir. Anonim şirkette, bilançoda geçmiş yıl zararı/ zararları varken, yıllık kar dağıtılamaz. Bu yasak sermayenin korunması ilkesi gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır. Net karın vergi öncesi veya vergi sonrası karı ifade etmesi ise bir şirketler hukuku sorunu değildir²³².

Ayrıca, kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kar belirlenemez (TTK m. 523/ 1). Paylaşım esas karın tespitinde, bilanço zararlarının mahsubundan sonra genel kanuni yedek akçe ve isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılması gerekmektedir.

²³⁰ Yanlı, Veliye, s. 16.

²³¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 306.

²³² TTK Gerekçe m. 509, s. 513.

Kanuni yedek akçe TTK m. 519 ve m. 520' de düzenlenmiştir²³³. TTK m. 519' da düzenlenen birinci tertip ve ikinci tertip kanuni yedek akçe yanında, TTK m. 520 ile şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerini karşılayacak tutarda bir kanuni yedek akçenin ayrılması zorunlu tutulmuştur. İktisap edilen payların devri veya sermaye azaltılması sonucu itfası sonucu bu yedek akçe çözülebilecektir²³⁴.

Genel kanuni yedek akçenin ayrılması ve bilanço üzerinde gösterilmesi zorunludur. Bunun aksini öngören genel kurul kararları veya esas sözleşme hükümleri geçerli değildir. Hükümün emredici niteliği gereği, anılan hükme uyulmadan hazırlanan bilanço ve bunu onaylayan genel kurul kararının geçersiz olduğunu her ilgili ve sicil memuru mahkemeden isteyebileceği gibi, Bakanlık tarafından şirket aleyhine fesih davası da açılabilir²³⁵. Net dönem karının hesaplanmasında, kanuni yedek akçenin ayrılması emredici hüküm gereğidir.

Kanuni yedek akçenin amacı aynı hükmün üçüncü fıkrasında, genel kanuni yedek akçenin, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilirliği belirtilmiştir.

AO esas sözleşmesi ile, genel kanuni yedek akçenin yıllık karın yüzde beşinden fazla bir tutarının ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği hükmü konabilir. Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülenme amacıyla harcama yolları ve şartları belirlenebilir (TTK m. 521). Şirketin isteği ile ayrılan bu tür yedek akçeler, ihtiyaridir. İsteğe bağlı bu yedek akçelerin de net dönem karından ayrılması gerekmektedir.

²³³ AO' da, yıllık karın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır(TTK m. 519/ 1). Bu sınıra ulaşıldıktan sonra da; yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış kısmı; iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı; pay sahiplerine yüzde beş oranında kar payı ödendikten sonra, kardan pay alacak kişilere dağıtılacak tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir(TTK m. 519/ 2).

²³⁴ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 423.

²³⁵ Yıldız, Şükrü, s. 128.

Esas sözleşmede şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe ayrılabilir (TTK m. 522/ 1). Yardım amacına özgülünen yedek akçelerin ve diğer malların şirketten ayrılması suretiyle bir vakıf veya kooperatif kurulması zorunludur. Vakıf senedinde, vakıf malvarlığının şirkete karşı bir alacaktan ibaret olacağı öngörülebilir (TTK m. 522/ 2).

Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler yanı sıra, genel kurulun başka yedek akçe ayırma yetkisi de tanınmıştır. Genel kurul kararı ile tesis edilebilen bu tarz yedek akçeye “ Olağanüstü yedek akçe ” denilmektedir²³⁶.

Ancak, pay sahiplerine dağıtılacak kar payının keyfi olarak kısıtlanmasını önlemek amacıyla bu tür yedek akçelere sınırlama da getirilmiştir. TTK m. 523/ 2 hükmünde belirtildiği üzere, genel kurulun kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına karar verebilmesi; aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekli ise veya bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kar payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa, şartlarına bağlanmıştır²³⁷. Olağanüstü yedek akçelerin mevcut olması durumunda, net dönem karından ayrılacaktır.

Netice olarak, esas sözleşme ile bazı paylara karda imtiyaz tanınmış ise bu imtiyazlar ve kanuni ve isteğe bağlı bu kalemler ile TTK m. 339/ 2 f ' de kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kazancından verilecek menfaatler öngörülmüşse, net dönem karından ayrılmadıkça kar payı dağıtılamaz²³⁸.

²³⁶ Tekil, Fahiman, s. 356.

²³⁷ Öğretide Kendigelen, bu madde uyarınca şirket tarafından ayrılacak yedek akçelere bir sınırlama getirilmekle, çoğunluk dışındaki pay sahiplerinin de menfaatlerinin gözetilmesi yükümlülüğünün öngörüldüğünü; ancak pay sahibinin genel kurul kararına karşı iptal davası açma dışında bir hukuki imkanı olmadığını yönünden eleştirmiştir. Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s.424, 425.

²³⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 530.

2. Dağıtım Esas Olacak Karın Kaynağı.

AO genel kurulu tarafından kar dağıtım kararı verilebilmesi için Türk Muhasebe Standartlarına göre hazırlanmış şirket bilançosunda, net dönem karının mevcut olması ön koşuldur. Aynı zamanda, bilançoda geçmiş yıl zararlarının bulunmaması şartı sermayenin korunması ilkesi gereğidir²³⁹.

TTK m. 509 hükmüne göre kar payı, net dönem karı ve serbest yedek akçelerden dağıtılabılır. Hükmün gerekçesine göre, “ olağanüstü yedek akçeler dahil, şirketin isteğiyle ayrılan tüm yedek akçeler (TTK uygulamasında) dağıtılabılmak amacıyla ayrıldıkları belirtilmeden, amaçsız olarak yedek akçe hesabına alınmaktadır. Şirketin iradesi gereği yedek akçe hesabına alınan karlarda, dağıtılabılmak amacı hiçbir zaman belirtilmemektedir. Böyle bir uygulama yoktur. Bu sebeple yorum güçlüklerine ve bazı yanlış anlamalara yol açmamak için ‘ serbest yedek akçeler ’ ibaresi tercih edilmiştir. Kar payı vergisi verilmek şartıyla, yeniden değerlendirme, enflasyon düzeltmesi gibi fonlardan da dağıtılabılır ”.

Netice olarak, net dönem karının bulunmaması veya yeterli olmaması hallerinde, serbest yedek akçelerin mevcut olması şartıyla, kar dağıtım kararı alınması mümkün olmaktadır. Tabii ki, bu durum da öncelikle geçmiş dönem zararlarının kapatılması ile mümkündür.

3. Kar Dağıtımına İlişkin Esaslar.

AO’ da net dönem karının dağıtılabılması için karın ve/ veya serbest yedek akçelerin mevcut ve yeterli olması, kendiliğinden kar dağıtımına imkan vermeyecektir. Kar dağıtımına ilişkin genel kurulun karar alması zorunludur.

Genel kurul karın kullanım şekline, dağıtılabılmak kar ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine ilişkin karar alacaktır (TTK m. 409/ 1)²⁴⁰. Genel kurul kar

²³⁹ TTK Gerekeçe m. 509, s. 513.

²⁴⁰ ‘Genel kurullar bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörölmüş bulunan haller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığı ile toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir.’, TTK m. 418.

dağıtım kararı alırken, yönetim kurulunun kar dağıtım önerisi ile bağlı değildir. Ancak genel kurul, kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırı olmamak ve eşit işlem ilkesini de ihlal etmemek şartıyla kar dağıtımına, dağıtım oranına ve ödeme usul ve tarihlerine karar verir²⁴¹.

Genel kurul kar dağıtım kararı vermeksizin, pay sahibinin, kar payının tespitini mahkemeden talep etmesi veya şirketten kar payının ödenmesini talep etmesi mümkün değildir²⁴². Ancak genel kurul kararının iptalini talep mümkündür.

Olağanüstü yedek akçenin ayrılmasında TTK m. 523 ile getirilen sınırlama ile finansal tabloların çıkarılmasında dürüst resim ilkesinin benimsenmesi ve gizli yedek akçe ayrılmasının mümkün olmaması, genel kurulun kar dağıtım kararı üzerinde etkili olacağı öğretide savunulmuştur²⁴³.

Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasında, AO'ın olağanüstü yedek akçe ayırma yetkisini keyfi şekilde kullanma yetkisine sahip olmadığı; şirket kayıtları üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile alınan kararın objektif iyiniyet kurallarına aykırılığı değerlendirilmektedir²⁴⁴.

Kar payının ödenme zamanı, şekil ve şartlarını genel kurul tayin ve tespit eder. Kar payının tamamı bir defada ödenebileceği gibi, birkaç taksitte de ödenebilir²⁴⁵.

Genel kurul kar dağıtım kararı vermiş ancak ödeme tarihini belirlememiş ise öğretide, tarihi belirleme yetkisinin yönetim kuruluna geçeceği kabul edilmektedir²⁴⁶. Öğretide, tarihi belirleme hususunda genel kurulun, yönetim kuruluna yetki verebileceği kabul edilmektedir²⁴⁷.

TTK' da yılda birkaç kere kar dağıtan AO' da her dağıtım için genel kurul toplantısı yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, kar üzerinde tasarruf yetkisinin genel kurula ait olması (TTK m. 408), karın kullanım şekli ve

²⁴¹ Yıldız, Şükrü, s.140.

²⁴² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 531.

²⁴³ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 306.

²⁴⁴ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 469.

²⁴⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 530.

²⁴⁶ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 478.; Yıldız, Şükrü, s. 145.

²⁴⁷ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 478.; Yıldız, Şükrü, s. 145

dağıtılacak kar payının belirlenmesinin genel kurul kararı ile yapılacağı belirtildiğinden (TTK m. 409), yılda birden fazla kar dağıtımı bakımından, her dağıtım için genel kurul kararı gerekecektir²⁴⁸.

Ödemenin para ile nakden ve/ veya başka bir şekilde ödenmesi hususunda yasada düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide para ile nakden ödenmesi gereği kabul edilmektedir²⁴⁹.

Genel kurulun kar dağıtım kararı ile kar payı hakkı hak sahipleri için alacak hakkına, şirket için ise borç haline dönüşür. Bu yönüyle kar payı hakkı, geciktirici şarta bağlı bir talep hakkıdır²⁵⁰. Genel kurulun kar dağıtım kararı, yenilik doğurucu nitelikte olduğundan, daha sonra alınacak bir karar ile değiştirilemeyecektir²⁵¹.

Genel kurul sadece ilgili hesap dönemine ait bilançoda ortaya çıkan kar üzerinde tasarrufta bulunabilecektir. İleriki yıllara ilişkin bilançolar üzerinde böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu sonuç, hesap dönemlerinin bağımsızlığı ilkesinden kaynaklanmaktadır²⁵².

Payı yeni edinen kişinin, kar payından yararlanmada başlangıç tarihi önem arz etmektedir. TTK m. 508 ve eTK m. 456' da bu hususta açıklık bulunmamaktadır. Esas sermaye artırımlarında,yeni payların ne zamandan itibaren kar payına hak kazanacakları izahname veya genel kurul kararı yahut esas sözleşme ile belirlenmiş olabilir²⁵³. Eğer böyle bir tarih belirlenmemiş ise yararlanmanın başlangıcı, esas sermaye artırımının tescili tarihidir. Esas sermaye artırımının tescilinden önce pay teşekkül etmediği için kar ödemesi de sözkonusu olamaz²⁵⁴.

Esas sözleşme veya kanun değişikliği nedeniyle karın dağıtımına ilişkin esaslar, karın saptandığı bilanço tarihi ile dağıtım kararının alındığı tarih farklı olabilir. Örneğin ocak ayında halka açılan AO' in esas sözleşmesi ve kar payına ilişkin hüküm değişikliği sözkonusu olabilecektir. Bu durumda, Yargıtay

²⁴⁸ Tüysüz, Mustafa, Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtımı, Makale, www. kazancı.com, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, (online 04. 04. 2014, 06.30), s. 6.

²⁴⁹ Yıldız, Şükrü, s. 144.

²⁵⁰ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 531.

²⁵¹ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 478.

²⁵² Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 478.; Yıldız, Şükrü, s. 143.

²⁵³ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 477.

²⁵⁴ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 477.

uygulamasına göre kar dağıtımı, genel kurul kararının alındığı tarihteki esas sözleşme veya kanuna göre yapılacaktır²⁵⁵.

Öğretide Eriş, genel kurul kararının şirket bilançosunun onanması ile ilgili olması nedeniyle, bilançonun düzenlendiği tarihteki kanun ve esas sözleşmenin esas alınmasını savunmuştur²⁵⁶.

Haksız yere ve kötüniyetle kar payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdür. Geri alım hakkı, paranın alındığı tarihten itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TTK m. 512).

Kar payı, muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıl içinde istenmediği takdirde, zamanaşımına uğrar. Genel kurul muacceliyet tarihini belirtmişse, süre bu tarihten; belirtmemiş ise genel kurul karar tarihinden başlar. Yine şirketlerin zamanaşımına uğrayan hisse seneti ve tahvillerinin, kar payı, faiz, ikramiye gibi menfaatleri devlete intikal eder²⁵⁷.

4. Sermaye Piyasası Kanununda Kar Payının TTK' dan Farkları.

Kar ve Tasfiye Payı başlıklı TTK m. 507/ 3 hükmünde, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri (SPK' na tabi AO' lar yönünden) saklı tutulmuştur. Halka açık anonim ortaklıklarına ilişkin düzenlemeler 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında düzenlenmiştir²⁵⁸.

²⁵⁵ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 479.

²⁵⁶ Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme Ve Şirketler, 2. Baskı, Ankara, 1992, s. 1432.

²⁵⁷ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 479

²⁵⁸ **Halka açık ortaklık statüsünün kazanılması**

MADDE 16 – (1) Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar.

(2) Payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadırlar. Aksi durumda, Kurul, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için, ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alır.” 6362 SY m. 16.

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 19’ da ise kar payı ve bedelsiz pay dağıtımını ile bağış yapılması düzenlenmiştir²⁵⁹.

Sermaye Piyasası Kurulunun, 6362 SY m. 19’ a dayanılarak II-19.1 Sayılı Kar Payı Tebliği ile Kar Payı Rehberi 01. 02. 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁶⁰.

Halka açık anonim şirketler ile Sermaye Piyasası Kanunu’ na tabi olmayan AO’ lar karşılaştırıldığında, temettünün farklı şekilde hesaplandığı ve dağıtılma esaslarının farklı şekilde belirlendiği görülmektedir²⁶¹.

TTK m. 508’ e göre, esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, kar payı, pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesaplanır²⁶². Esas sözleşme ile sermaye payı için şirkete yapılan ödeme tarihi ve oranına bakılmaksızın tüm payların kara eşit olarak katılacağı hükme bağlanmamışsa; pay bedeline mahsuben apel uyarınca yapılan ara ödemeler ve bu ara ödeme tarihleri dikkate alınarak kar payı kıst- el- yevm kuralınca hesaplanacaktır²⁶³.

Halka açık anonim ortaklıklarda (HAAO), sermayenin çalışmadığı günler için kar verilmemesi esası, yani kıst- el- yevm, kesin olarak yasaklanmıştır²⁶⁴. Halka

²⁵⁹ “**Kâr payı ve bedelsiz pay dağıtımını ile bağış yapılması**

MADDE 19 – (1) Halka açık ortaklıklar, kârlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kâr dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtırlar. Kurul halka açık ortaklıkların kâr dağıtım politikalarına ilişkin olarak, benzer nitelikteki ortaklıklar bazında farklı esaslar belirleyebilir.

(2) Kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve 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 gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz.

(3) Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır.

(4) Halka açık ortaklıkların sermaye artırımlarında, bedelsiz paylar artırım tarihindeki mevcut paylara dağıtılır.

(5) Halka açık ortaklıklar tarafından bağış yapılabilmesi veya pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır. Yapılacak bağışın sınırı halka açık ortaklık genel kurulunca belirlenir. Kurul, bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkilidir. Ortaklıkların ilgili mali yıl içinde yapmış olduğu bağışlar, dağıtılabilir kâr matrahına eklenir.” 6362 SY. m. 19.

²⁶⁰ 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda (Kanun) yer alan düzenlemelere uyum kapsamında hazırlanan II-19.1 sayılı “Kâr Payı Tebliği” 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olup, anılan Tebliğin 01/02/2014 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

²⁶¹ Yanlı, Veliye, s. 28.

²⁶² Yanlı, Veliye, s. 29.

²⁶³ Yanlı, Veliye, s. 29.; “ Bu halde eşit işlem ilkesinin ihlal edilmemesi; aksi halde açık ya da örtülü imtiyaz sözkonusu olacağı” öğretide Tekinalp tarafından ileri sürülmüştür. Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 477.

²⁶⁴ Tekinlp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 306.

açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır (SPK m.19/ 3).

HAAO' da dağıtıma esas olacak karın tespiti de TTK düzenlemesinden farklılık arz etmektedir. TTK m. 523' de kar payı ve yedek akçeler arasındaki ilgi, SPK m.19/ 2' de pay sahipleri lehine sıkı şartlara bağlanmıştır²⁶⁵. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre ayrılması gereken yedek akçeler ile esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça; başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılmasına karar verilemez. Ayrıca kar dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kar payı nakden ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz (II- 19.1 Sayılı Tebliğ m. 5/3).

SPK sisteminde kanuni yedek akçelerden sonra pay sahibine ait kar payına öncelik tanınmış; TTK m. 523' de ise isteğe bağlı yedekler ile imtiyazlar, esas sözleşmede öngörülen menfaatlerin net dönem karından ayrılması sonrası net dönem karı paylaşımına konu olmaktadır. SPK sistemi ile TTK' da öngörülen kar kavramlarının matematik değer olarak da aynı miktarı ifade etmeyeceği öğretilmiş²⁶⁶.

Netice olarak, HAAO' da, pay sahibinin kara katılması ve kar payının engellenmemesi ve/ veya kısıtlanmamasına ilişkin TTK sistemine göre daha kesin düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin temelinde, HAAO' ın sermaye büyüklüğü, pay sahiplerinin sayısal çokluğu, yönetime uzaklık ve yabancılaşma faktörünün etken olduğu açıktır.

²⁶⁵ Tekinlp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 306.

²⁶⁶ Karahan, Sami, s. 55.

5. Kar Dağıtımında İmtiyazlı Paylar.

a. Genel Olarak.

TTK' nda her pay sahibinin, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre, net dönem karına, esas sermayedeki payı oranında katılma hakkına haiz olduğu düzenlenmiştir (TTK m. 507/ 1). Payın esas sermayedeki oranını esas alınması, oransallık ilkesi olarak ifade edilmektedir²⁶⁷.

Kar payı dağıtımında bir kısım paylara imtiyaz tanınması, oransallık ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir²⁶⁸. TTK m. 507/ 2 hükmü ile esas sözleşmede payların bazı türlerine tanınan imtiyaz haklarıyla menfaatler saklı tutulmuştur.

Bununla birlikte TTK m. 478' de ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabileceği düzenlenmiş, hükmün ikinci fıkrasında imtiyazın kar payında da üstün bir hak olarak tanınabileceği belirtilmiştir.

Yine emredici hükümler ilkesi uyarınca, AO esas sözleşmesinin zorunlu içeriğinin düzenlendiği TTK m. 339/ 2 d hükmünde, paya tanınan imtiyazların esas sözleşmede yer alması gerektiğine yer verilmiştir.

Öğretide, karda imtiyazlı payların, kuruluştaki sermaye katılımı ile emek ve gayret sağlanması hususunda motivasyon işlevi yönünden, gerekli mali kaynak sağlamadaki yararları ileri sürülmüştür²⁶⁹.

Ortaklığın kar edip etmediği yıl sonu bilançosu ile görülecektir. Bu nedenle karda imtiyazlı pay sahipleri, bilançosunun kar ile sonuçlanması halinde kar payı talebinde bulunabileceklerdir. Karın mevcut olmaması halinde imtiyaz hakkı da anlam ifade etmeyecektir²⁷⁰.

²⁶⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 529.

²⁶⁸ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu) s. 476.

²⁶⁹ Karahan, Sami, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, Batider, 1996, C.XVIII, Sayı 3, s.13 vd.; Pulaşlı, s. 1185.

²⁷⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, 9. Bası, N. 794.

Kar imtiyazlı payların farklı görünüm ve değişik çeşitler gösterebilmesine rağmen, şekli konusunda hukuk sistemlerinde, belirleyici ve örnek düzenlemeye yer verilmemiştir²⁷¹.

Kar payında imtiyaz, kardan öncelikle yararlanmak, kardan daha fazla pay almak, ön ödeme, imtiyazın kümülatif (Birikir) nitelikte olması, vs. şeklinde olabilir²⁷². Ancak öğretide, kar payında tanınacak imtiyaz türünün hukuka uygunluğu hususunda görüş farklılığı olabilecektir. Bu nedenle incelememizi imtiyazın şeklini esas alarak sürdüreceğiz.

b. Kar Dağıtımından Daha Fazla Yararlanmada İmtiyaz.

Kar payı dağıtımında, imtiyazlı bir kısım paya, adi paylara nazaran daha büyük oranda kar payı sağlamayı öngören imtiyaz tanınması yöntemi olarak ifade edilebilir. Bu tip imtiyazlar ödenmiş sermaye ile orantılı kar elde etme sisteminden ayrılmakla gerçekleştirilir²⁷³. Örneğin, AO' daki paylar % 5 oranında kar üzerinde hak sahibi iken, esas sözleşme ile AO' daki bir kısım payların ödenmiş sermayeye oranla % 10 imtiyazlı olmaları durumunda, bu imtiyazlı paylar ödenmiş sermayeye oranla kardan % 15 pay alabileceklerdir²⁷⁴.

Kar dağıtımına esas olacak net dönem karının tespitinde, bilanço zararlarının, eski dönem zararlarının ve mali, vergisel yükümlülükler ile kanuni yedek akçelerin öncelikle ayrılması yasal zorunluluktur. Bu zorunluluk SPK' na tabi HAAO ile SPK' na tabi olmayan AO' ların her ikisi yönünden geçerlidir.

Halka açık olmayan AO' lar yönünden, TTK m. 523 hükmü ile kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ile diğer sağlanan menfaatler ayrılmadıkça dağıtılacak kar belirlenemez.

Kanuni yedek akçeler başlığı altında yer alan, TTK m. 519/ 2- c (eTK m. 466/ II- 3) hükmünde, pay sahiplerine yüzde beş oranında kar payı ödendikten sonra,

²⁷¹ Karahan, Sami, s. 61.

²⁷² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 521; Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 422.

²⁷³ Karahan, Sami, s. 61.

²⁷⁴ Karahan, Sami, s. 61.

kardan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde 10' unun, genel kanuni yedek akçeye ekleneceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede yer alan yüzde beş oranı, öğretide tartışma konusu olmuştur²⁷⁵.

Öğretideki ağırlık görüşe göre, anılan hükümde belirtilen yüzde beş oranı, tüm pay sahiplerine dağıtılması zorunlu kanuni bir sayıyı ifade etmemekte, sadece ikinci kanuni yedek akçenin hesaplanmasında anahtar rol oynamaktadır. Bu nedenle, tüm pay sahiplerinin öncelikle yüzde beş oranında eşit olarak tatmin edilmeleri amaçlanmamaktadır. Kar payı hesaplamasında, yüzde beş oranı içerisine tüm pay sahiplerine ödenecek temettü yanında, imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazları da dahil edilecektir²⁷⁶.

HAAO' lar yönünden kar payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır. Bu husus 6362 SY m. 19/ 3' de açık olarak düzenlendiğinden bu eşitliği bozacak şekilde imtiyaz tanınamayacağı görülmektedir²⁷⁷. Ancak HAAO' da ilk temettüyü gözeterek kardan daha büyük pay almak mümkündür²⁷⁸.

Kapalı tip anonim ortaklıklarda esas sözleşme ile bir grup paya kardan öncelikle yararlanma konusunda imtiyaz tanınması mümkün olmakla birlikte, halka açık ortaklıklarda bu mümkün değildir. SPK m. 19 gereği, ilk temettünün bütün paydaşlara oransallık ilkesine göre dağıtılması zorunludur²⁷⁹. Buna göre, halka açık anonim ortaklıklarda, kardan daha fazla pay yararlanma hususunda imtiyaz, ilk temettü gözeterek kardan daha fazla pay almak şeklinde olabilecektir²⁸⁰.

Kanaatimizce, TTK m. 519/ 2 c hükmünün ikinci tertip yedek akçenin ayrılmasını öngördüğü açıktır. Yine TTK da kanuni yedek akçelerin ayrılması ve önceliği emredici olmakla birlikte, SPK m. 19' daki gibi ilk tertip kardan, pay sahiplerinin eşit olarak tatmini öngörülmemiştir.

²⁷⁵ Yıldız, Şükrü, s. 130.

²⁷⁶ Yıldız, Şükrü, s. 130; Karahan, Sami, s. 62.

²⁷⁷ Yıldız, Şükrü, s. 130; Karahan, Sami, s. 65.

²⁷⁸ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 422.

²⁷⁹ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 422

²⁸⁰ Pulaşlı, Hasan, s. 1184.

6762 Sayılı TK m. 466' da 'birinci tertip (%5) kar payının tüm paylara eşit olarak dağıtılacağına' açıkça yer verilmediği gibi, 01.07.2012' de yasa değişikliği ile yürürlüğe giren 6102 Sayılı TTK m. 519' da da açıkça böyle bir zorunluluğun açıkça düzenlenmemesi, yasa koyucunun iradesinin mutlak eşitlik öngörmediğine işaret etmektedir.

Bununla birlikte, emredici hükümler ilkesi uyarınca TTK m. 339' da düzenlenen esas sözleşme içeriğinde, kar payı oranlarının belirtilmesi zorunluluğu getirilmemiş; TTK m. 408/ d' de kar ve kazanç paylarının belirlenmesi genel kurula bırakılmıştır. Buradan da % 5 kar payının eşit dağıtım zorunluluğu olmayacağı öngörülmüştür. Aksine TTK m. 478, m. 507/ 2 hükümleri ile imtiyazlı paylara imkan tanınmıştır.

Belirtilen nedenlerle, halka açık olmayan AO' larda kar dağıtımında, kardan daha fazla yararlanma ve de kardan öncelikle yararlanma hususlarında imtiyaz tanınmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Ancak bunun sınırının TMK m.2, TBK m. 27 ve AO' lar hukukunun temel ilkeleri olacağından, hakkın kötüye kullanımını hukukun himaye etmeyeceği de ratio legis gereğidir.

c. Kardan Öncelikle Yararlanma Hakkı.

Kar payı dağıtımında, pay sahibine dağıtılacak kardan öncelikle yararlanma hususunda imtiyaz tanınması ile adi paylara nazaran üstün hak tanınmasıdır. AO' in tüm pay sahiplerini tatmin edecek ve yeterli oranda karının mevcut olmaması ihtimalinde önem kazanmaktadır²⁸¹. Bu ihtimalde, mevcut kardan bu imtiyaz sahipleri öncelikle yararlanacak, adi paylar bakiye kar kaldığı oranda kar payı elde edebileceklerdir²⁸².

Bu imtiyaz türünde de ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılmasına ilişkin TTK m. 519/ 3c (eTK m. 466/ II 3) hükmü nedeniyle yukarıda belirtilen tartışma sözkonusudur. Öğretideki muhalif görüş uyarınca, hükümde belirtilen yüzde beş kar

²⁸¹ Karahan, Sami, s. 65.

²⁸² Karahan, Sami s. 65.

payı tüm paylara eşit olarak dağıtılmadıkça, imtiyazlara öncelik tanınması yasaya aykırı olacaktır²⁸³.

HAAO' lar yönünden ise 6362 SY m. 19/ 3 hükmü gereği pay sahipleri arasında birinci tertip temettü dağıtımında eşitlik öngörüldüğünden kar payında öncelikle yararlanma hususunda imtiyaz tanınması mümkün değildir²⁸⁴. HAAO' larda oransallık ilkesi emredici olarak düzenlenmiştir²⁸⁵.

Kanaatimizce, yukarıda da belirtilen gerekçelerle kardan öncelikle yararlanma hususunda imtiyaz tanınması halka açık olmayan AO' lar yönünden mümkündür. Hatta esas sözleşme ile düzenlenmek şartıyla, isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılmasından da önce kardan yararlanmak hususunda imtiyaz tanınabileceğine yasanın müsaade etmesi isabetli olurdu.

d. Kar Dağıtımında Birikir Nitelikli Kar Payı İmtiyazı.

Ortaklığın kar edip etmediği yıl sonu bilançosu ile görülecektir. Bu nedenle karda imtiyazlı pay sahipleri, bilançonun kar ile sonuçlanması halinde kar payı talebinde bulunabileceklerdir. Karın mevcut olmaması halinde imtiyaz hakkı da anlam ifade etmeyecektir²⁸⁶.

Yeterli kaynağa sahip olmayan AO' ın kar payı ödemesinde bulunamaması, pay sahiplerinin kısmen veya tamamen temettü alamamasına neden olacaktır. Birikir nitelikli kar payı tanınmış paylara, ortaklık ileriki yıllarda yeterli kaynağa sahip olduğunda kar payı ödemesi yapılacaktır²⁸⁷.

Geçmiş yıllara ilişkin birikirlilik, belirli bir yıl sayısı ile sınırlanarak zamanaşımı öngörülebileceği; böyle bir sınır belirtilmediği takdirde süresiz sayılacağı belirtilmiştir²⁸⁸. Öğretide Arslanlı, imtiyazların sınırsız olarak

²⁸³ Karahan, Sami, s. 65 vd.

²⁸⁴ Karahan, Sami, s. 67; Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 422.

²⁸⁵ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 422.

²⁸⁶ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, 9. Bası, N. 794.

²⁸⁷ Karahan, Sami, s. 70.

²⁸⁸ Karahan, Sami, s. 70.

birikmesinin, diğ er pay sahiplerinin haklarını kanunun tecviz verdiğ i hududun dışında kısıtlayacağ i gerekçesiyle, bu sürenin sınırlı olmasını savunmuřtur²⁸⁹.

Bu imtiyaz türünde, birikir karların, eskiden yeniye; yeniden eskiye yahut önce cari temettünün sonra zaman sırasına göre ödeneceğ i kararlařtırılabilecektir²⁹⁰.

HAAO' larda öngörülen miktarı karşılamaya o yılın karının yetmemesi halinde, ilk temettüyü (SPK m. 19) gözeterek, gelecek yıl veya yılların karından önce eksiğ in tamamlanması yoluna gitmek esas sözleşmede düzenlenebilecektir²⁹¹.

e. Dağıtımda Kara Tekrar Katılma Hususunda İmtiyaz.

Kardan öncelikle yararlanma imtiyazı ile kar payını önce alan imtiyazlı payın, tekrar adi paylarla birlikte kar dağıtımına katılmasını temin amacıyla düşünölen, tali nitelikte imtiyazdır²⁹².

Esas sözleşmede imtiyaz önden ödeme şeklinde tanınmıştır. Yıllık karın belli bir yüzdesi önce imtiyazlı paylara ayrılır. Geriye kalan kar, adi ve imtiyazlı pay sahiplerine birlikte pay edilir. Netice olarak hem kardan öncelikli yararlanmak hem de doç al olarak daha fazla yararlanmak üstünlüğ ü sağ lanmış olur²⁹³.

B. TASFİYE PAYINDA İMTİYAZ.

İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değ iştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir. AO' lar hukukunda paya tanınan haklardan birisi de ortaklık tasfiye artığına katılma hakkıdır. Tasfiye artığına katılma niteliğ i itibariyle mali bir haktır. TTK m. 478/ 2' de tasfiye payında üstün bir hak tanınarak imtiyaz oluşturulabileceğ i düzenlenmiştir.

²⁸⁹ Arslanlı, Halil, Anonim şirketler, IV-V 138.43. ; Naklen, Karahan,Sami, dipnot 56, s.70.

²⁹⁰ Karahan, Sami, s. 71.

²⁹¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğ lu, s. 422.

²⁹² Karahan, Sami, s. 67.

²⁹³ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğ lu), s. 422.

1. Genel Olarak Anonim Ortaklığın Tasfiyesi.

Kazanç elde etmek ve paylaşmak amacıyla kurulan AO, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi; işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi; esas sözleşmede öngörülmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesi; iflasına karar verilmesi; genel kurulun sona ermeye ilişkin karar alması yahut organ eksikliği veya haklı nedenle feshine karar verilmesi gibi kanunda öngörülen diğer hallerde sona erer (TTK m. 529).

Sona erme nedeni gerçekleştikten sonra ortaklık tüzel kişiliği hemen ortadan kalkmamakta, tüzel kişiliğin de sona ermesi için tasfiye işlemlerinin yapılması gerekmektedir²⁹⁴. Sona ermenin tamamlanması, yani tasfiye için AO' ın malvarlığının paraya çevrilmesi (TTK m. 538, m.542), alacaklarının tahsili (TTK m. 542), borçlarının ödenmesi (TTK m. 541) ve varsa kalanın, kural olarak, payları oranında pay sahiplerine dağıtılması gerekecektir²⁹⁵. Bu dağıtımdan sonra şirketin ticaret sicildeki kaydı terkin edilir²⁹⁶.

Tasfiye bakiyesi, tasfiye halinde bulunan ortaklığın borçları ödendikten sonra kalan artıktır²⁹⁷. Pay sahibinin, tasfiye bakiyesindeki, tasfiye payı hakkı zayıf nitelikte müktesep haktır. Esas sözleşme ile sona eren şirketin malvarlığının nasıl kullanılacağına ilişkin düzenleme mümkündür (TTK m. 507, m 508). Buna göre pay sahibinin tasfiye payından tamamen yoksun bırakılarak üçüncü kişilere tahsisi de mümkündür^{298, 299}.

Şirketin sona ermesi halinde her pay sahibi, esas sözleşmede sona eren şirketin mal varlığının kullanılmasına ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılır (TTK m. 507/ 1).

²⁹⁴ Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, s. 229.

²⁹⁵ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 164.

²⁹⁶ Yasaman, Hamdi (Erdem/ Dural/ Ayoğlu/ Altay/ Yusufoglu/ Yüksel), İsviçre Borçlar Kanunu' nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku' nun Türk Ticaret Hukuku' na Etkileri, İstanbul 2009, Naklen, Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku Cilt 2, s. 30.

²⁹⁷ Karahan, Sami, s. 74.

²⁹⁸ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 482.

²⁹⁹ Öğretide Arslanlı, AO gayri iktisadi maksat için kurulamayacağından, tasfiye payının sınırlanabileceği ancak bertaraf edilemeyeceğini savunur. Tekinalp, tasfiye payının ilk esas sözleşme ile üçüncü bir kişiye tahsis edilebilmesine iktisadi maksatın engel olmayacağını; tasfiye bakiyesinin niteliğinin bir üniversite veya hayır kurumuna tahsisine aykırı düşmediğini savunmuştur. Bakınız, Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 482.

Öğretide, TTK m. 543/ 3 (eTK m. 477/ III) hükmünün belirsizliği nedeniyle, tasfiye payının alacak hakkına dönüşmesi için genel kurul kararının olması gerektiği hususu tartışmalıdır³⁰⁰. Tasfiye memurunun genel kurula sunduğu son bilançonun adi toplantı ve karar nisabıyla tasdiki ile tasfiye payı üzerindeki hak alacak hakkı mahiyeti kazanır³⁰¹.

2. Dağıtım Esas Tasfiye Payının Belirlenmesi.

Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kar ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir (TTK m. 508/ 1). Yasa koyucu, hesaplama biçimi başlığı altında kar ve tasfiye payını aynı hükümde düzenlemiştir. Bu nedenle kar payı için öngörülen, esas sermayeye katılmadaki oransallık ilkesinin tasfiye payı için de geçerli olacağını söylemek mümkündür³⁰².

Öğretide, tasfiye payının dağıtılmasında, şirketin borçları ödendikten sonra kalan mevcudun dağıtılmasına ilişkin savunulan farklı görüşler nedeniyle, eTK m. 447/ I hükmü, TTK m. 543 ile değiştirilmiştir³⁰³.

Pay sahiplerinin tasfiye payı, kural olarak oransallık ilkesine göre ve ödedikleri sermaye oranında dağıtılacaktır. Ancak bunun aksinin esas sözleşmede kararlaştırılabileceği yasa hükmünde belirtilerek, emredici hükümler ilkesinden sapmaya da imkan tanınmıştır.

Bu bağlamda, AO esas sözleşmesinde yapılacak farklı düzenlemelere örnek oluşturması amacıyla, incelememizde tasfiye payının dağıtımına ilişkin 6762 SY dönemindeki iki farklı görüşe değineceğiz. TTK m. 543 hükmünde, tasfiye payına

³⁰⁰ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 486.

³⁰¹ Karahan, Sami, s. 76.

³⁰² Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 175.

³⁰³ eTK m. 447. “ Tasfiye halinde bulunan şirketin borçları ödendikten sonra kalan mevcudu, esas mukavelede aksine bir hüküm olmadıkça, pay sahipleri arasında ödedikleri sermayeler ve paylara bağlı olan imtiyaz hakları nispetinde dağıtılır. ” TTK m. 543/1. “ Tasfiye halinde bulunan şirketin borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan varlığı, esas sözleşmede aksine kararlaştırılmamışsa pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır.”

ilişkin emredici sınırlama getirilmediğinden, AO' ların ödenmiş sermaye veya payın itibari değerini esas sözleşmelerinde düzenlemeleri mümkündür.

a. Ödenmiş Sermaye Değeri Yöntemi.

Bu yöntem uyarınca, esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, tasfiye bakiyesinden öncelikle ödenmiş pay bedellerinin iade edilmesi gereklidir. Ödenmiş pay bedellerinin iadesi sonrası kalan bakiye, mevcut paylara ödedikleri sermayeler oranında dağıtılmalıdır³⁰⁴. Bu dağıtım yöntemi, TTK m. 543/ 1 düzenlemesi ile aynı olmaktadır.

Pay bedellerinin iadesinden sonra kalan mevcut da ortaklığın zaman süreci içerisinde elde etmiş olduğu kazanç sayılacağından, bu kazancın da yıllık kazanç gibi sermayeye orantılı olarak dağıtılması kanunun lafzına ve ruhuna uygun olacaktır³⁰⁵. Tasfiye payının dağıtımında, itibari değer esas alınması, eşitsizliğe, haksızlığa ve eTK m. 401 (TTK m.478) ' e aykırı olarak gizli imtiyaz tanınmasına yol açacaktır³⁰⁶.

Şöyle ki, tasfiye halindeki AO' ın pay bedellerini ödeme tutarları arasında fark varsa, pay sahipleri arasında ödemede eşitlik yoktur. Eşit olmadığı halde, eşit gibi davranmak, eşitsizliğe neden olacaktır³⁰⁷. AO' lar hukukunda özellikle mali haklarda nisbi eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. Bu her zaman payın itibari değerine göre tespit edilmez. Bazı durumlarda kar ve tasfiye payının hatta oy oranının hesabında ödeme oranının dikkate alınması nisbi eşitlik ilkesinin gereğidir³⁰⁸.

Pay bedellerinin bir kısmının diğerlerinden fazla olarak ödenmesi ve bu orana göre tasfiye payı dağıtılması imtiyaz oluşturmaz. Tam tersine nisbi eşitlik ilkesinin bir uygulaması sözkonusu olur. Çünkü eşit işlem ilkesi aynı pay grubuna ait paylar arasında eşitliğin sağlanması gereğini ifade eder³⁰⁹.

³⁰⁴ Karahan, Sami, s. 77.

³⁰⁵ Karahan, Sami, s.78.

³⁰⁶ Karahan, Sami, s.78.

³⁰⁷ Yıldız, Şükrü, s. 147.

³⁰⁸ Yıldız, Şükrü, s. 149.

³⁰⁹ Yıldız, Şükrü, s. 148.

Netice olarak bu yöntemde, tasfiye bakiyesinin de kar olması nedeniyle, bu karın sağlanmasında ödenmiş sermaye esas alınmıştır. Sermaye borcunu ödemiş pay sahibi ile eksik ödemiş pay sahibinin arasındaki farka dikkat çekilerek, aynı paylaşım oranına tabi tutulmalarının, sermaye borcunu eksik ödeyen yönünden gizli imtiyaz ve haksız çıkar sağlayabilecektir.

b. İtibari Değer Yöntemi.

Tasfiye bakiyesinin itibari değere göre dağıtılmasında, sermaye borcunun tüm paylar tarafından ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın, tüm payların itibari değerine göre paylaşılır. Pay sahibinin ödenmiş sermaye oranı dikkate alınmaz. Sermayenin ödenmemiş olmasının önemi yoktur. Çünkü payın bedeli tamamen taahhüt edildiğine göre sorumluluk vardır³¹⁰.

Bu görüş uyarınca, pay sahibinin haklarının miktarını, sınırlarını ve içeriklerini saptayan en önemli ölçek itibari değerdir. İtibari değer kuralının önemli istisnası imtiyazlı paylardır. İmtiyazlar, eşitlik ilkesinden sapma ile oluşur. İmtiyaza yer vermeyen paylar arasında, pay bedelinin ödenme oranından hareketle, bazılarında imtiyazlıymış gibi üstünlük tanımak, kanunun temeline aykırıdır. Kanunda öngörülen usule uymadan ve imtiyaz öngörülmeden imtiyazlı durum oluşturulamaz³¹¹.

Kanaatimizce, somut durumun özelliğine göre itibari değer veya ödenmiş sermaye yöntemi esas sözleşmede düzenlenebilecektir. Şirketin organizasyon yapısı, sektörel özelliği; kar oranının, sermaye miktarından bağımsız olarak büyüklüğü, pay sahipliğinin nitelik ve niceliğinin önem arz ettiği somut durumlar sözkonusu olabilecektir. Bu durumlarda, ödenmiş sermaye oranından ziyade itibari değere göre paylaşım hakkaniyete daha uygun düşecektir.

³¹⁰ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 484.

³¹¹ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 484.

3. Tasfiyede İmtiyaz Tanıma Türleri.

Tasfiye sürecine giren AŞ. nin borçları ödendikten sonra kalan tasfiye bakiyesinden yararlanmaya ilişkin tanınan imtiyazdır. AO' lara kar gayesi ile katılmak sözkonusu olduğundan, ortaklığın büyümesi, gelişmesi suretiyle payın ve karın artması daha önemli görülmektedir. Bu nedenle tasfiye payında imtiyazlı paylar nadiren görülmektedir³¹².

Bununla birlikte, tasfiye payındaki imtiyazın, istisnai durumlarda, ortaklığa katılmayı düşünmeyecek yatırımcıların, AO' a katılmasında teşvik ve güvence unsuru olabilmektedir³¹³. Ortaklığa katılmada, işlerin iyi gitmemesi sonucunda zararını karşılamada güvence olarak görülebileceği gibi, islah amaçlı sermaye artırımlarında ihraç edilecek bu tür imtiyazlı payların ikna edici yönü olabilecektir. Bu yönleri ile tasfiye payındaki imtiyazlar yararlı görülmüştür³¹⁴.

Tasfiye payına ilişkin imtiyaz, kar payında olduğu gibi üstünlükler tanınmasıyla düzenlenebilecektir³¹⁵. Mevcut tasfiye bakiyesinden öncelikle yararlanmada, bu paylara imtiyazları oranında dağıtım yapılır ve elde birşey kalırsa, tüm pay sahiplerine ödedikleri sermaye oranında dağıtım yapılır (TTK m. 543)³¹⁶. Ancak birikir nitelikte tasfiye payında imtiyaz olamayacağı; tasfiye bir kere olacağından birikmesinin sözkonusu olmadığı savunulmuştur³¹⁷.

Tasfiye payına ilişkin esas sözleşme düzenlemesi tasfiye bakiyesinden fazla pay almak şeklinde olabileceği gibi, ayın sermaye koymuş olan pay sahiplerinin tasfiye halinde bunu aynen geri almasına yönelik düzenlemeler şeklinde de olabilecektir. Yine gayri menkul anonim ortaklıklarında, tanınacak imtiyaz ile şirket mülkiyetindeki belirli taşınmazlara ilişkin alım, ön alım veya geri alım haklarının tanınabileceği öğretide belirtilmiştir³¹⁸.

Bununla birlikte, ödenmiş pay bedelinin iadesi aşamasında bu imkandan öncelikle imtiyazlı payların yararlanması hususunda, ‘ ödenmiş pay bedelinin

³¹² Karahan, Sami, s. 80.

³¹³ Karahan, Sami, s.80.

³¹⁴ Karahan, Sami, s.80.

³¹⁵ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 422.

³¹⁶ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1186.

³¹⁷ Karahan, Sami, s.81.

³¹⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1186.

iadesinden sonra önce imtiyazlılara tahsis yapılacağı; itibari değer in veya ödenmiş pay bedelinin belli bir yüzdesi bütün paylara dağıtıldıktan sonra geriye kalanın imtiyazlılara tahsis yapılacağı; pay bedellerinin tümünün ödenmediği bir ortaklıkta, tasfiye mevcudunun dağıtımının ödenmiş pay bedelleri iade edilmeden önce veya sonra payların itibari değerine göre yapılacağına ilişkin imtiyazların tanınabileceği ' öğretide ileri sürülmüştür³¹⁹ .

Öğretide Tekinalp, eTK m. 477/ 1' deki ' şirket mevcutu ' kavramının, ortaklık malvarlığının paraya çevrilmesi, alacakların tahsili, borçların çıkarılması ve yetiyorsa pay bedellerinin geri verilmesinden sonra kalan miktar şeklinde anlamanın, ratio legise daha uygun olacağını ileri sürmüştür³²⁰ . Söz konusu kavram, TTK m. 543/ 1' de ' şirket varlığı ' olarak ifade edilmiştir.

Yazar bu görüşünden hareketle, " yıllık kar nasıl bir yıllık faaliyetin sonucu oluyorsa, tasfiye artığının da ortaklığın bütün faaliyetinin sonucu olduğunu; karın içinde sermayenin bulunamayacağını belirtmiştir. Sermayeler kar değil, pay sahibinin yatırımdır. Bunun paylaşılması veya imtiyazlı pay sahiplerine verilmesi tasfiye artığı kavramına aykırı düşecektir " ³²¹ .

Kanaatimizce, şirketin borçları ödendikten ve pay bedelleri geri verildikten sonra kalan varlığı tasfiye payında imtiyaza konu olabilecektir. TTK m. 543/ 1 hükmünde bu sıralama açıkça vurgulanmaktadır.

Ayrıca, kar payı dağıtımında bilanço borçlarının ve yedek akçelerin ayrılması zorunludur. AO' ın tasfiyesinde de şirket borçları sonrasında ödenmiş sermayenin ayrılması yasanın ruhuna daha uygun olacaktır. Sermayenin korunması ilkesi, tasfiye ile sona erdiğinden, pay sahiplerinin ödenmiş sermaye alacaklarının kısıtlanması hukuka aykırı olacaktır.

³¹⁹ Karahan, Sami, s.81.

³²⁰ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 423.

³²¹ Tekinalp, Ünal(Poroy/ Çamoğlu), s. 423.

Belirtilen nedenlerle, ödenmiş sermaye borçları iade edilmeden önce imtiyazların tatmin edileceğine ilişkin esas sözleşme hükmünün geçerli olmayacağı görüşüne katılmaktayız³²².

C. RÜÇHAN HAKKINDA İMTİYAZ.

1. Genel Olarak Rüçhan Hakkı.

TTK m. 461 ile her pay sahibine, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkına haiz olduğunu belirtmiştir. Bu düzenleme ile her pay sahibinin yeni çıkan payları almadaki öncelik hakkı tanınmıştır.

Yeni pay alma hakkında, pay sahiplerinin sermaye artırımını neticesinde ortaklıktaki etki ve yararlanma oranlarının azalarak, zarara uğramalarının önüne geçmeyi amaçlanır. Sermaye artırımını ile pay sahibinin esas sermaye payına bağlı ortaklıktaki oransal durumu azalacaktır. Yeni payların içerikleri bu azalmayı daha da tehlikeli kılabilir. Pay sahibi, artırılan sermayeye payı oranında katılarak mali ve yönetsel haklarının zayıflamamasını, korunmasını sağlayacaktır³²³.

AO' da toplantı ve karar nisaplarında geçerli olan çoğunluk ilkesi nedeniyle, büyük sermayenin özel menfaat sağlamak amacıyla ortaklık yapısında arzu ettiği durumu oluşturmasında sermaye artırımını başvuru en etkili yöntemlerdendir. Ortaklık pay sahiplerine duyurulmadan ve/ veya yeni pay almaları engellenerek yapılacak sermaye artırımları, pay sahipleri arasındaki dengeleri değiştirecektir.

Öğretide, rüçhan hakkının müktesep hak karakteri bulunmadığı ağırlıklı görüştür. Ancak bu hakka esas sözleşme ile müktesep hak vasfı kazandırılabilir³²⁴.

Yeni pay alma, başka bir deyişle rüçhan hakkı payın semeresi değil, kök paya aittir. Oransallığın aynen devamı için tanınmış olan rüçhan hakkı, sermaye artırımını kararı ile doğar ve kullanılabilir hale gelir, tescil ile birlikte görevini icraya başlar³²⁵.

³²² Bakınız, Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 423.

³²³ Yıldız, Şükrü, s. 154.

³²⁴ Karahan, Sami, s. 130; Yıldız, Şükrü, s. 155; Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 678.

TTK m. 461 ile rüçhan hakkının kullanılması, kısıtlanması ve kaldırılması hususlarında emredici düzenlemeler getirilmiştir.

2. Rüçhan Hakkının Kullanılması.

Genel kurulun olağan (Dış kaynaklardan) sermaye artırımını kararı ile doğan rüçhan hakkının, kullanılabilmesinin esasları yönetim kurulunun alacağı bir karar ile belirlenir. Bu kararda, rüçhan haklarını kullanmak üzere, pay sahiplerine en az on beş gün süre verilmesi kanunun emridir. Yönetim kurulunun bu kararı ayrıca tescil ve TTK m. 35’ deki gazete ile ilan olunur, şirket internet sitesine konur (TTK m.461/ 3). Pay sahiplerine verilen en az on beş gün süre, kararın yayımlandığı tarihten başlar³²⁶.

İç kaynaklardan sermaye artırımında farklılık sözkonusudur³²⁷. Genel kurul veya yönetim kurulu kararının ve esas sözleşmenin değişik şeklinin tescili ile içkaynaktan sermaye artırımını kesinleşir. Tescil ile o anda mevcut pay sahipleri mevcut paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden iktisap ederler. Bedelsiz paylar üzerindeki hak kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz; bu haktan vazgeçilemez (TTK m. 472/ 3).

Hükmün gerekçesinde, iç kaynaklardan sermaye artırımını ile doğan bedelsiz pay, artırımın kesinleştiği an ‘ipso iure’ doğar. Bu nedenle iktisabına ilişkin karar alınmasına gerek yoktur³²⁸.

Şartlı sermaye artırımında rüçhan hakkının görünümü, önerilmeye muhatap olma şeklindedir. Tekinalp, buradaki öncelik hakkının ‘ yeni ’ payların alımında önceliğe yönelik olmadığını; değiştirme ve alım haklarını içeren tahvilleri ve diğer

³²⁵ Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 674.

³²⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 309.

³²⁷ “Esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbesçe kullanılabilen kısımları ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülerek sermaye iç kaynaklardan artırılabilir.” TTK m. 462/1.

³²⁸ TTK Gerekçe, m.462, s. 474.

borçlanma araçlarını iktisap hususunda pay sahiplerine verilen bir çeşit rüçhan hakkı olduğunu belirtmiştir³²⁹.

3. Rüçhan Hakkının Kısıtlanması Ve Kaldırılması.

eTK m. 394 düzenlemesine öğretide eleştiriler sözkonusu olmaktaydı. Öğretideki bu eleştirilerin ve yargı uygulamalarının, TTK m. 461 düzenlemesinde etkisinin olduğu, hükümün metni ve gerekçesinden görülebilmektedir.

Öğretide, hakkın kaldırılması ya da kısıtlanmasının geçerliliğinin, şirketin varlığı ve devamı için zaruri olan objektif sebepler ile eşit işlem ilkesi ve iyi niyet kurallarına uygun olması gerektiği kabul edilmektedir. Rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasında eşitlik, gereklilik ve ölçülülük ilkelerine sıkı şekilde uygunluk aranmaktadır³³⁰.

Genel kurulun, sermaye artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep olarak kabul olunur (TTK m. 462/ 2).

Rüçhan hakkı, esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Hakkın kısıtlanması istisnadır ve genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Hükümde sayılan haklı gerekçeler, örneksime yoluyla sayılmıştır ve numerus clausus değildir³³¹.

Yine yasa hükmünde, eşit işlem ilkesinin yansıması olarak, rüçhan hakkının sınırlanması ve kaldırılmasında, hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmayacağı veya kayba uğratılmayacağı belirtilmiştir.

Nisaba ilişkin şart dışında, bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. Yönetim kurulu, rüçhan hakkının kısıtlanmasının veya

³²⁹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 310.

³³⁰ Yıldız, Şükrü, s. 155, Bakınız, dipnot 282- 284.

³³¹ TTK Gerekçe, m. 461, s. 472.

kaldırılmasının gerekçelerini bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilan edilir (TTK m. 462/ 2).

TTK m. 461' in öngördüğü sistemde rüçhan hakkının kısıtlanması;

1. Genel kurulun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı ile,
2. Ancak haklı bir neden var ise,
3. Sermayenin en az yüzde altmış olumlu oyu ile yapılabilir. Bu üç şartın birlikte yer alması hükmün ifadesinden anlaşılmaktadır.

SPK m. 18/ 5 hükmünde, 6102 Sayılı TTK m. 461/2 ve 3' ün HAAO' lar için uygulanmayacağı belirtilmiştir. SPK' nun kayıtlı sermaye sistemi başlığını taşıyan bu hükmünde, yönetim kurulunun imtiyazlı veya nominal değerinin üzerinde veya altında pay çıkarılması, pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılması konularında veya imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alabilmesi için esas sözleşme ile yetkili kılınması bağlamında, TTK m. 461/ 2, 3' ün uygulanmayacağı ayrı bir cümle ile belirtilmiştir.

Düzenleme kanun tekniği açısından eleştiriye açık olmakla birlikte; hükmün yorumundan, kayıtlı sermaye sisteminde, HAAO' lara ilişkin olmak üzere, yönetim kurulunun esas sözleşme hükmü ile rüçhan haklarının kısıtlandırılması hususunda yetkilendirilmiş olması halinde, yönetim kurulu kararının TTK m. 461/ 2' de belirtilen haklı gerekçeler ile nisaba ilişkin hükümlerin ve rüçhan hakkının kullanılması için süre verilmesi hükümlerinin (f. 3) uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, yönetim kurulu kararında rüçhan hakkının kaldırılması ve sınırlandırılmasının gerekçelerinin raporla açıklama, tescil ve ilanına ilişkin(TTK m. 461/ 2) yönetim kurulu yükümlülüğü, SPK m. 18/ 8' de ayrıca düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, esas sözleşme ile tanınan yetki çerçevesinde yönetim kurulunca alınan kararlar, Kurulca belirlenecek şekilde kamuya duyurulur (SPK m. 18/ 8)³³².

³³² TTK m. 461/ 1 hükmü bu istisna haricinde olduğundan, kural olarak her pay sahibinin yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre alma hakkı haizdir.

a. Genel Kurul Kararının Şekli Sorunu.

Pay sahibinin rüçhan hakkını kısıtlama veya kaldırmaya ilişkin genel kurul kararı, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararı ile alınacaktır. Kanaatimizce, genel kurul bu yetkisini sermaye artırımına ilişkin toplantısı dışında, ileriye dönük alması mümkün değildir. Yine genel kurulun sermaye artırımını sonrası başka bir toplantıda veya her herhangi bir toplantıda böyle bir karar alması hukuka uygun olmayacaktır³³³.

Bununla birlikte, sermaye artırımına ilişkin genel kurul toplantısına çağrı gündeminde, rüçhan haklarının kısıtlanmasına veya kaldırılmasının ayrıca belirtilmesi gereği, TTK m. 413 ve m. 461 hükmünden anlaşılacaktır³³⁴.

Öğretide Yıldız, ‘ yeni pay alma hakkı gibi pay sahibinin çeşitli haklarına önemli etkileri bulunan bir hakkın ortadan kaldırılabilmesini, gündemde açıkça ilan edilmesi şartına bağlı tutmanın’ faydalarının inkar edilemeyeceğini belirtmiştir³³⁵.

b. Esas Sözleşme Hükümü İle Kısıtlama Sorunu.

Sermaye artırımına bağlı yeni pay alma hakkının kısıtlanmasına ilişkin eTK döneminde var olan esas sözleşme ile kısıtlama meselesi, TTK ile de çözülmemiştir.

Bu hakka ilişkin hüküm, hakkın sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararı ile kısıtlamanın yapılabileceğini ifade etmiş; aynı hükmün gerekçesinde de rüçhan hakkı “ esas sözleşme ile sınırlandırılmaz veya kaldırılamaz ” kesin ifadesine yer verilmiştir (Gerekçe TTK m. 461).

³³³ Öğretide, 6762 Sayılı eTK m. 394 hükmüne ilişkin yapılan değerlendirmede, “ genel kurul bu yetkisini ya sermaye artırımını kararı almadan önce ileriye dönük olarak esas sözleşme değişikliği yaparak ya da doğrudan doğruya sermaye artırımını kararının alındığı toplantısında kullanabileceği” belirtilmiştir. Bakınız, Yıldız, Şükrü, s. 163.

³³⁴ Alman hukukunda, bu kısıtlama ve sınırlama konusunun, genel kurul toplantı çağrısındaki gündemde yer almasını açıkça aramış, ayrıca sınırlandırmayı haklı gösteren bir raporun yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulmasını hükme bağlamıştır(Alman POK m. 186/ 4)³³⁴.

İsviçre baskın doktrin görüşü, esas sermaye artırım kararı, yeni pay alma hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması konusunu zaruri olarak içermeyeceğinden, bu konunun gündemde ayrıca gösterilmesi gereklidir, Yıldız, Şükrü, s. 164.

³³⁵ Yıldız, Şükrü, s. 165.

Bununla birlikte, rüçhan hakkında paya imtiyaz tanınabileceğini ve intifa senedi sahiplerine de yeni pay alma hakkı verilebileceği düzenlenmiştir (TTK m. 478, m.503)³³⁶. Esas sözleşme hükmü ile paya tanınan imtiyaz hakkının ve yeni pay alma hakkına haiz intifa hakkının, AO' lık pay sahiplerinin, rüçhan haklarını kısıtlayacağı muhakkaktır.

Bu durumda, TTK m. 461 hükmü ve gerekçesine rağmen, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlanabileceğinin veya kaldırılabilceğinin kabulü gerekir. Öğretide, bu üç hüküm (eTK m. 394, m.401 ve m. 403) birlikte ele alındığında yürürlükteki hukuk bakımından hakkın esas sözleşme ile de kaldırılabilceği ya da sınırlanabilceğinin kabulü gerekeceği; fakat hakkın kısıtlanması veya kaldırılması esas sözleşme ile de olsa geçerli hukuki sebeplere dayanması gerektiği belirtilmiştir³³⁷.

Kanaatimizce, mevcut yeni düzenleme karşısında, AO' ın doğrudan esas sözleşme hükmü ile rüçhan hakkını kısıtlaması veya kaldırması mümkün değildir. Böyle bir doğrudan düzenleme, TTK m. 461' in lafzına aykırı olacaktır. Ayrıca esas sözleşme hükmündeki kısıtlama, süreklilik arz edecektir. Bu da kısıtlamanın istisnai olması ve haklı nedene dayanması gereği nedeniyle ayrıca hükmün ruhuna aykırı olacaktır.

TTK m. 340 hükmü ile öngörülen emredici hükümler ilkesi gereği, böyle bir esas sözleşme hükmü batıldır ve TTK m. 35'e göre tescili de mümkün değildir.

Bununla birlikte, TTK m. 478/ 2' de, açıkça imtiyazlı pay tanıma hususunda TTK m. 461 hükmünden “sapma” iznini yasa koyucu vermiştir. Bu nedenle TTK m. 478/ 2' ye göre rüçhan hakkında paya imtiyaz tanınması mümkündür. Bu işlem de TTK m. 478/ 1 gereği esas sözleşme hükmü ile olacaktır.

Rüçhan hakkının mahiyeti gereği imtiyaz tanınması da “ rüçhan hakkı rejimine ” tabi olmalıdır. Bu nedenle imtiyaz tanınmasında da haklı neden sıkı şekilde aranmalıdır³³⁸. Başka bir deyişle, imtiyaz sadece oransallık ilkesine istisna

³³⁶ Yıldız, Şükrü, s. 162.

³³⁷ Yıldız, Şükrü, s. 162.

³³⁸ Yıldız, Şükrü, s. 162.

getirmiş olmalıdır³³⁹. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırı olarak, rüçhan hakkının özünü etkileyecek şekilde imtiyaz tanınamayacağı kanaatindeyiz³⁴⁰.

c. Rüçhan Hakkında Nisap Sorunu.

Genel kurul kararı ile rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasında sermayenin yüzde altmışının kabulü gereklidir (TTK m.461). Bununla birlikte, rüçhan hakkında imtiyaz oluşturulması için sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların olumlu oyları gereklidir (TTK m. 421/ 3 b).

Kanaatimizce, genel kurul kararı ile rüçhan hakkının kısıtlanması veya kaldırılmasında yasa hükmü açıktır. Ancak imtiyazlı pay tanınması hususunda yüzde yetmişbeş nisap emredici olduğundan, buna uyulması zorunlu olacaktır.

d. Hakkın Deviri.

Rüçhan hakkının devredilmesi, eTK m. 394' de belirsiz olmasına rağmen, öğretide devredilebileceği hususu görüş birliğiyle kabul ediliyordu. TTK m. 461' e göre hakkın devredilmesi, AO' lık tarafından yasaklanamaz ve sınırlanamaz³⁴¹. Ancak esas sözleşmede öngörülecek bağlam hükümleri, devralan üçüncü şahıslar bakımından bağlayıcı olacaktır³⁴².

Öğretide, imtiyazlı pay sahibinin, yeni pay almaya ilişkin bu hakkını devredebileceği belirtilmiştir. İmtiyaza ilişkin esas sözleşme hükmünde bunun aksi kararlaştırılabilecektir³⁴³.

³³⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 529.

³⁴⁰ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 462.

³⁴¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 310.

³⁴² TTK Gerekçe, m. 461, s. 472.

³⁴³ Karahan, Sami, s. 132.

4. Rüşhan Hakkında İmtiyaz Tanınması.

eTK m. 401' hükmünde açıkça rüşhan hakkı ifadesi yer almamasına rağmen, öğretide, “ ve sair hususlarda ” ifadesinden hareketle, Türk- İsviçre hukukunda rüşhan hakkında imtiyaz tanınabileceği kabul edilmiştir³⁴⁴.

Alman hukukunda ise yeni pay alma hakkının önceden esas sözleşme ile kısıtlanması veya bertaraf edilmesi mümkün görülmediğinden, rüşhan hakkında imtiyaz tanınmamaktadır³⁴⁵.

6102 Sayılı TTK m. 478 hükmünde rüşhan hakkının imtiyaz konusu olabileceği açıkça ifade edilmiştir³⁴⁶. Dış kaynaklardan sermaye artırımında, TTK m. 461 ile getirilen rüşhan hakkı rejimine uygun olarak, başka bir deyişle, ortaklığın varlığı ve gelişmesi için zorunlu ve objektif nedenlerin varlığında, eşit işlem ilkesi ile birlikte iyiniyet kurallarına uyarak, imtiyaz tanınabilir³⁴⁷.

Örneğin, ortaklığın içinde bulunduğu ciddi finansman sorunu karşısında, sermayenin tamamıyla kaybı ihtimali karşısında, pay sahiplerinin oransal haklarının küçülmesi ratio legise uygun haklı neden olabilecektir.

Yine ortaklık geleceği için çok önemli bir projeye finansman temini amacıyla, mevcut pay sahiplerinin rüşhan hakkının imtiyaz suretiyle kısıtlanması ratio legise uygun olabilecektir. Neticede şirketin karlılığının ve büyüklüğünün ciddi surette artacak olması, mevcut pay sahiplerinin pay değerlerinde ve kar paylarına da yansıtacaktır.

Yeni pay alma hakkının kullanılması, pay sahipleri için yükümlülük değil, bir haktır. İmtiyazlı pay sahipleri için de geçerlidir³⁴⁸. Sermaye artırımı sonucu, pay

³⁴⁴ Karahan, Sami, s. 130.

³⁴⁵ Karahan, Sami, s. 130.

³⁴⁶ Rüşhan hakkında imtiyazın, emredici m. 461 hükmü kapsamında uygulama yönünden değerlendirilmesi sorunu gündeme gelmektedir. Öğretide, belirli paylara, adi paylara nazaran belirli oranda rüşhan hakkında imtiyaz tanınabileceği ileri sürülmüştür. Bu durumda, öncelikle rüşhan hakkında imtiyazlı pay sahiplerine belirtilen oranda rüşhan hakları uygulanacağı, sonrasında m. 461 uyarınca tüm pay sahiplerine geri kalan oran üzerinden rüşhan hakkını kullanma imkanı tanınacaktır, Pulaşlı, Hasan, s. 1187.

³⁴⁷ Yıldız, Şükrü, s. 155.

³⁴⁸ Karahan, Sami, s. 131.

sahiplerince alınmayan payların belli bir oranda alınmasına ilişkin imtiyaz tanınması da mümkündür.

Bununla birlikte, esas sözleşmede, ileride yapılacak tüm sermaye artırımlarında belirli bir pay kategorisine imtiyaz tanınacağına ilişkin soyut imtiyaz hükmü düzenlenmesinin, TTK m. 461' e aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş AO' larda yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisi, esas sözleşme hükmü ile yönetim kuruluna bırakılabilir³⁴⁹. Öğretide Yıldız, yönetim kuruluna sadece, sınırlama yetkisinin verilebileceğini savunmasına karşın; Bahtiyar, sınırlandırma yetkisinin kaldırmayı da içerdiğini ve bu yetkinin zaten dürüstlük kuralı ile eşit işlem ilkesinin denetimi altında olduğunu belirtmiştir³⁵⁰.

Yönetim kurulu kısıtlama yetkisini, ortaklık menfaati, gereklilik, eşit işlem ilkesini gözeterek kullanmalıdır. Yine esas sözleşme hükmünde belirtilmek şartı ile haklı neden ve eşit işlem ilkesine uygun olarak yönetim kurulu imtiyazlı paylar da ihraç edebilir³⁵¹.

TTK m. 461 hükmünde, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun, nisablar dışında aynı ilkelere uyması gerektiği emredici olarak belirtilmiştir³⁵².

D. GRUP İMTİYAZLARI.

1. Genel Olarak.

TTK m. 478/ 3' de, belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin m. 360 hükmünün saklı olduğu belirtilmiştir.

³⁴⁹ Yıldız, Şükrü, s. 171.

³⁵⁰ Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s.215, 216. Naklen, Yıldız, Şükrü, s. 171.

³⁵¹ Yıldız, Şükrü, s. 171.

³⁵² "Rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılımı haklı sebep olarak kabul edilir. Nisap dışında, bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde YK kararına da uygulanır." TTK m. 461.

“ Esas sözleşmede öngörülme şartıyla, 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 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 (m. 360).”

Grup imtiyazı, imtiyazın belli bir paya bağlanması kuralına getirilen istisnadır. Belli bir gruba üstün hak tanınması imtiyaz olarak kabul edilmiştir³⁵³.TTK. m. 360/ 2 hükmü ile, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm ile düzenlenen imtiyaz, belirli pay grupları yanında, pay sahipleri grupları ile azlığa tanınabilecektir.

Yargıtay’ ın uzun yıllar süren uygulamasında, 6762 TK’ da düzenleme yer almamasına rağmen, “ sair hususlarda imtiyaz hakları ” kapsamında grup imtiyazına imkan verilmişti³⁵⁴.

Sermaye şirketlerinde hak ve borçlar ile imtiyazın paya ve kural olarak payın malvarlığı haklarına tanınması ilkesine istisna oluşturmaktadır. Gereğe göre bu istisna, Yargıtayın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihatı gereğidir.

Tarihsel ve uygulamadan doğan zorunluluklar gerekçesiyle, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkına dair imtiyaz tanınmıştır. İsviçre BK m. 709

³⁵³ Pulaşlı, Hasan, Pulaşlı, Hasan, Erdoğan Moroğluna 65. Yaş Günü Armağani, Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz Ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam Ve Etkisi, s. 566, vd. (Yönetimde İmtiyaz).

³⁵⁴ Bu uygulamanın hukuki niteliği hususunda, öğretilerde Kendigelen, belirli pay gruplarına şirket organlarında temsil hakkı tanınmasının imtiyaz olarak nitelendirilmesi, kavramın ve temsil edilme hakkının tarihsel sürecine, imtiyaza ilişkin temel ilkelere ve kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı gerekçesi ile, “özel bir grup hakkı” olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmuştu. Kendigelen, Abuzer, Makalelerim Cilt II 2001-2006, Arıkan Basım Dağıtım, Mayıs 2006, s.189, (İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri).

hükmünden esinlenen bu düzenlemenin, yasanın öngördüğü sistem ile çelişki oluşturduğu, gerekçede de kabul edilmektedir³⁵⁵.

İmtiyazlı pay ile grup imtiyazı arasındaki farklılık, imtiyazın konusunu oluşturan üstün hakkın kullanılması bakımındandır. Grup imtiyazı ile tanınan hak, bütün halinde kullanılabilir. Bu nedenle, tanınan imtiyaz, bütün halinde gruba tanınmış olup; gruba dahil paylarca ayrı ayrı kullanılamaz. İmtiyazlı pay sahibi, diğerlerinden bağımsız ve tek başına bu hakkını kullanabilmekte, grup imtiyazında ise her pay sahibi tek tek değil, birlikte hareket etmek suretiyle sözkonusu imtiyazı kullanabilmektedir³⁵⁶.

Esas sözleşme hükmünde, YK üyelerinin bu grup ve/ veya azınlık arasından seçileceğinin öngörülebileceği (nispi grup imtiyazı) gibi YK' ya aday önerme hakkı (mutlak grup imtiyazı) da tanınabilecektir. Haklı bir sebep bulunmadıkça GK tarafından önerilen adayın veya imtiyazlı gruba mensup adayın seçimi zorunludur³⁵⁷.

TTK m. 360 hükmü ile beraber, AO' larda imtiyazın üç kategori ile düzenlendiği söylenebilecektir. Paya bağlı mali haklarda imtiyaz (TTK. m. 478); oy hakkında imtiyaz (TTK. m. 479); belirli pay gruplarına, belirli pay sahibi gruplarına, belirli azlığa tanınan ve grup olarak kullanılması gereken ve yönetim kurulunda temsile ilişkin imtiyaz (TTK. m. 360).

2. İmtiyaza Konu Grupların Ayrımı.

Yasada yer alan belirli pay grupları ile özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ifadesinden ne anlaşılacaktır? Grup imtiyazı üç farklı statü

³⁵⁵ 1936 tarihli İsviçre BK m. 708' de hukuki konumları farklı birden fazla pay grubunun mevcut olması halinde esas sözleşmeyle her gruba en az bir temsilci seçmek imkanının sağlanması düzenlenmiş; 1991 değişikliği sonrası İsviçre BK m.709 ile, yönetim kurulunda temsil açısından malvarlığı hakları yanı sıra oy hakkına ilişkin imtiyazlarında farklı pay kategorisi oluşturacağı açık hükme bağlanmış; esas sözleşme ile her kategori pay sahiplerinin yönetim kuruluna en az bir temsilci seçmeleri imkanını sağlayacak şekilde düzenleme yapılması zorunluluğu hükmü kabul edilmiştir. Kendigelen, Abuzer, Makalelerim, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 375 vd.(İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar).

³⁵⁶Pulaşlı, Hasan, Erdoğan Moroğluna 65. Yaş Günü Armağani, Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz Ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam Ve Etkisi, s. 566, vd. (Yönetimde İmtiyaz).

³⁵⁷ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 570 vd.

olarak öngörüldüğünden, her birine ayrı başlıklar altında değinmekte yarar görülmüştür.

a. İmtiyazlı Belirli Pay Grubu.

Esas sözleşmeyle öngörülme şartıyla belirli pay gruplarına YK'nda temsil hakkı tanınabilecektir. Belirli pay grupları ifadesi gerekçede, karda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubu olarak örneklenmiştir³⁵⁸.

Grup imtiyazı olması nedeniyle, belirli ortak niteliğe haiz paylar esas sözleşmede grup olarak düzenlenebilecektir. Bu grup imtiyazında, kar payında imtiyazlı paylar grubu; oyda imtiyazlı paylar grubu; B grubu paylar grubu, vb. grup oluşumunda, ön planda ve esas olan yine paydır. Çünkü grubun oluşumunda, belirli ortak niteliğe sahip paylar esas alınmakta ve pay sahiplerinin özellikleri sözkonusu olmamaktadır.

Bu tür grup imtiyazında belirli paylar esas alınacağından, payın el değiştirmesi gruba katılım hakkını etkilemeyecektir.

AO içerisindeki tüm pay gruplarına yönetim kurulunda temsil hakkı tanınmasında; diğer gruplara nazaran üstünlük sözkonusu olmayacaktır. Bizimde katıldığımız öğretideki görüşe göre, kanuna nazaran üstünlük imtiyaz değildir. Tüm pay gruplarına tanınan yönetim kurulunda temsil hakkı, ana sözleşmesel müktesep hak olacaktır³⁵⁹.

b. İmtiyazlı Belirli Pay Sahipleri Grubu.

TTK m. 360 hükmü ile, pay sahiplerinin özellik ve nitelikleri esas alınarak grup imtiyazı tanınabileceği belirtilmekle, “ pay sahiplerine ” de grup imtiyazı tanınması yönünden vurgu yapılmıştır. Bu yönüyle grup imtiyazına getirilen eleştirilerin nedeni olmaktadır³⁶⁰.

³⁵⁸ TTK Gerekçe, s. 370.

³⁵⁹ Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı Ve Kullanılması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2000, s. 72-73, (Oy Hakkı).

³⁶⁰ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 252.

Pay sahiplerine imtiyaz tanınabilmesi için, belirli özellik ve nitelikleri haiz olması şarttır. Bu nedenle, esas sözleşmede grubun kimlerden oluşacağı kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde somutlaştırılmalı ve açıkça belirtilmelidir³⁶¹. Eğer pay sahiplerinin tamamı aynı özellikte ise veya hiçbirinin diğerinden farklı bir özelliği ve niteliği yoksa temsil imtiyazı oluşturulamayacaktır³⁶². Gerekçede, belirli pay sahipleri grupları, meslekler ve işletme konuları gibi ölçütlerle belirlenebilir, denilmiştir.

Öğretide Çamoğlu, bir vakfın, bir partinin veya spor kulübünün üyelerinin sahip oldukları paylarla oluşturacakları gruba da aynı hakların tanınmasının mümkün olduğunu belirtmiştir³⁶³. Yine yazara göre, hükümde grup denilse de bu hakkın ismen belirlenen tek bir veya birden çok ortağa da tanınması mümkündür. Örneğin şirketin kurucusunun ailesine verilebileceği gibi, kurucunun şahsına da tanınabilir. Bu takdirde temsil edilme hakkı kişi hayatı ile sınırlıdır³⁶⁴.

Öğretide Tekinalp, AO' ın işçileri, bayileri, alacaklıları, tedarikçileri veya bir ailenin mensupları gibi, aynı sıfatı taşıyan pay sahiplerinin meydana getirdiği gruplarında yine “ pay grubu” olduğunu; diğer pay gruplarından farkının, pay sahiplerinin aynı sıfatı taşımak olduğunu savunmuştur. Payın, ortak paydaya uymayan birine devri halinde, devralan kişi tarafından kullanılamayacak; ortak paydaya dahil birine devri halinde tekrar etkinlik kazanacaktır³⁶⁵.

Yazara göre, aynı grup birden çok pay sahibi grubunu içermez. Grup hakkının kullanılmasında sakıncalara sebebiyet vereceğinden, aynı grup hem bayilerden hem de tahvil sahiplerinden meydana gelemez³⁶⁶.

Öğretide Pulaşlı, pay sahiplerine grup imtiyazı tanınabilmesi için, AO pay sahipliği yapısının uygun olması gerektiğini; şirket ortaklarının tamamı aynı özellikte

³⁶¹ Çamoğlu, Ersin, AO Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, www. Arslanlibilimarivi.com (04. 04. 2013, saat 15. 30 Online), s. 4 (Arslanlı Bilim Arşivi).

³⁶² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1181.

³⁶³ Çamoğlu, Ersin, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 3.

³⁶⁴ Çamoğlu, Ersin, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 3.

³⁶⁵ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 198.

³⁶⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 198.

ise veya hiç birinin diğerlerinden farklı bir özelliği ve niteliği yoksa, pay sahipliğine bağlı grup imtiyazı oluşturulamayacağını belirtmiştir³⁶⁷.

Yine Pulaşlı, belirli grup oluşturan pay sahiplerinin paylarının, ‘ bağlı nama yazılı pay’ olması gerektiğini ileri sürmüştür Bu görüşe göre, belirli nitelik ve özellikteki pay sahiplerinin oluşturduğu gruba imtiyaz tanınacağından, bu pay sahiplerinin belirli nitelik ve özelliklerine ilişkin bağlam sözkonusu olacaktır. Bu payların, bu özellik ve niteliklere sahip olmayan kişilerce iktisabı halinde, yönetimde temsil imtiyazından yararlanamayacaktır³⁶⁸.

Kanaatimizce, esas sözleşme hükmü ile somutlaştırılacak pay sahiplerinin belirli nitelik ve özelliklerine ilişkin ayrıca bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca, belirli azınlık grubun ve belirli pay grubunun yönetim kurulunda temsiline ilişkin böyle bir sınırlama da sözkonusu değildir. Bu nedenle, bağlı nama yazılı pay sahipleri yönünden hükmün geçerli olacağını ileri sürmek mümkün değildir. Bununla birlikte, ortak paydanın kabulünde, TTK sisteminin amaçladığı kurumsal AO hedefinin de nazara alınarak, dürüstlük ve eşitlik ilkeleri altında esas sözleşmede grup imtiyazı düzenlenebilmelidir.

c. İmtiyazlı Azınlık.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, azınlığa da esas sözleşmede öngörülmek şartıyla tanınabilecektir Azınlığa tanınacak YK’ nda temsil imtiyazının uygulaması ayrı bir soru olarak gündeme gelmektedir. Gerekçeye göre azlığa bu olanağın tanınması, hukukumuzda bir açılamdır. Bu hükmün uygulanabilmesi için azlığın belirlenebilir ve tanınabilir; diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerekmektedir.

Azlık başlığını taşıyan TTK m. 411 ile m. 439, m. 559 hükümlerinden sermayenin en az onda birine; halka açık ortaklıklarda en az yirmide birine sahip pay sahiplerince yasada düzenlenen azlık haklarının kullanılabilmesi görülmektedir.

Ancak hükmün gerekçesindeki ifade, TTK m. 360 manasında azlığın, TTK’ nunda azınlık hakları olarak düzenlenen, çoğunluk karşısında bir koruyucu hak

³⁶⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1181.

³⁶⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1181.

olarak tanımlanan azlık oranından farklı olduğu, gerekçedeki ‘ esas sözleşmede yüzdelerin anılması ’ ifadesinden anlaşılmaktadır³⁶⁹.

Çamoğlu’ na göre, TTK m. 360 azlığı tanımlamamış ve azınlık tanımını şirket esas sözleşmesine bırakmıştır. Yazara göre, esas sözleşmede belirlenen oranda payı temsil eden ve bu hakkı kullanmak amacıyla hareket eden, değişken içerikli bir veya birden çok ortakdır. Eğer esas sözleşme ile örneğin % 30 azınlığın kimlerden oluşacağı somut olarak saptanmışsa, bu takdirde m. 360 manasında azlıktan değil, bir gruptan söz edilmesi daha doğru olacaktır³⁷⁰.

Öğretide Tekinalp’e göre, azlık yüzdesinin en az kanuni yüzde kadar olmasına gerek yoktur ve TTK hükmü, azlığın kanuni azlık yüzdesinden az olmasına izin vermiştir³⁷¹.

Pulaşlı ise, imtiyazın azlığa tanınması halinde, bu payların nama yazılı olmasının gerekmediği gibi, payın sahibinin belirli bir nitelik veya özellikte olmasının da gerekli olmadığını; sadece esas sermayeye katılım oranı bakımından azınlıkta olmalarının yeterli olacağını savunmuştur³⁷².

Yazara göre, azlığa bu imtiyazın tanınabilmesi, ancak ve sadece ortak sayısı az ve belirli olan kapalı tip AO’ larda mümkündür. Ortak sayısı 5 veya 7 olan bir AO’ da, payları A ve B gruplarına ayırarak azınlıkta olan gruba yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir. Hisselerin devir suretiyle el değiştirmesi sonucu sermaye oranının değişmesi ile, bu kez azlığa düşen diğer pay grubu azlık imtiyazından yararlanır. Önemli olan, ortaklıktaki azlık konumundaki pay sahibi veya sahiplerinin yararlanabilmesidir³⁷³.

Kanaatimizce, azlığın yönetim kurulunda temsiline ilişkin imtiyazın uygulanmasını, az ortaklı ve kapalı tip AO’ lar ile sınırlamak hükmün ifadesinde öngörülmemiştir. Bu nedenle, pay sahiplerinin çok olduğu AO’ lara ilişkin esas

³⁶⁹ “ Bunun için somut olayın özelliklerinin ortaya çıkarılabileceği istisnalar bir yana, yüzdelerin anılmasının yeterli olmayabileceği; bunun yerine pay senedi numaraları ve sayıları ayırt edilebilirlik yönünden bir ölçüt olabilecektir.” TTK. m. 360, Gerekeçe.

³⁷⁰ Çamoğlu, Ersin, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 1.

³⁷¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 198.

³⁷² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1182.

³⁷³ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1182.

sözleşmelerde düzenlenecek azlık grup imtiyazına ilişkin düzenlemelerin geçersizliğini savunmak mümkün olmayacaktır.

Yine azlık grubunun, değişkenlik arz edeceğini savunmak; AO içerisinde birden fazla farklı menfaat grupları bulunması durumunda, azlık imtiyazından hangisinin yararlanacağı sorununu da beraberinde getirecektir³⁷⁴. Azlığın belirli nitelik ve özelliklere bağlanması halinde ise azlık imtiyazından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Olması gereken hukuk yönünden, azlığa imtiyaz tanınmanın gerekliliğinin tartışmaya açık olduğu kanatindeyiz. Çoğunluk karşısında, azlığa GK' da tanınan koruyucu hakların ve pay sahipliğinden kaynaklanan genel dava haklarının ötesine geçer düzenlemelerin, AO yapısıyla doku uyumsuzluğuna neden olabilecektir.

3. Grup İmtiyazında Temsil Sorunu.

Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir (TTK. m. 408/ 2-b). Grup imtiyazının tanıdığı hak, bu yetki kapsamında değerlendirilecektir.

TTK. m. 360' e göre, yönetim kurulu üyelerinin, belirli grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Buna göre esas sözleşme hükmü nisbi grup imtiyazı veya mutlak grup imtiyazı şeklinde olabilir.

³⁷⁴ Kanaatimizce, sermayenin en az onda birine, HAAO' da yirmide bire sahip pay sahibi veya pay sahipleri, m. 360' da tanınan YK' da temsil imtiyazından yararlanabileceklerdir. Bu durum, TTK manasında azlık hakkı ile de uyumlu olacaktır. GK' da, YK seçimi aşamasında 'sermayenin en az onda birine sahip ortaklarca, azınlık talebi kapsamında YK için aday önerme şeklinde' olacağını düşünmekteyiz. Bu nedenle AŞ ortak sayısının az, belirli ve kapalı tip olması zorunluluğu bulunmayacaktır. Burada önemli olan nokta, YK üyeliği aday önermesinin ' azlık talebi' kapsamında yapılmış olması gereğidir. Sermayenin en az onda birini sağlamak koşulu ile birden fazla grup tarafından da YK adayı önerilebilecektir. Bu durumda da sorun doğmayacaktır. GK tarafından, önerilen adaylar arasından seçim yapılacağı için neticede, azlık adayı YK' ya seçilmiş olacaktır. Diğer bir değişle, GK' da birden fazla grup tarafından azlık önerisi- adayı sözkonusu olduğunda da; GK yönünden bunların hepsinin sadece azlık olarak değerlendirilmesinde sakınca görmemekteyiz.

Grubun aday belirlemesi usulüne ilişkin yasada açıklık yoktur. Grubun toplanma ve aday belirleme yöntemi de esas sözleşmede düzenlenebilir. Esas sözleşmede böyle bir düzenleme bulunmadığı takdirde, imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin hükümler kıyas uygulanabilecektir^{375 376}.

Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur (TTK. m. 360) . Öğretide haklı neden olarak, aday gösterilen kişilerin kanunda veya esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aranan nitelikleri taşınamaması, kapasite ve eğitiminin bulunmaması, vb. gösterilmiştir³⁷⁷. Gösterilen adayın seçilmemesi için objektif ve haklı neden bulunmadığı takdirde, genel kurul gösterilen adayı seçmekle yükümlüdür³⁷⁸.

Bununla birlikte, yönetim kurulunun seçimi, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 408/ 2 b). Bu emredici hüküm nedeniyle, esas sözleşme hükmü, genel kurula seçim imkanı tanıyacak şekilde düzenlenmelidir³⁷⁹. Gösterilen adaylar arasından seçim, genel kurul tarafından gerçekleştirilir. Öğretide Tekil, imtiyazlı grubun çoğunlukla seçeceği adayın doğrudan atanması sözkonusu olamayacağı için, grup tarafından, seçilecek aday sayısının en az bir kat fazlasının aday olarak sunulmasının iyiniyet gereği olduğunu düşünmektedir³⁸⁰.

Esas sözleşmenin grup imtiyazına ilişkin düzenlemesi, grup imtiyaz hakkı ve genel kurulun seçim yükümlüğü yönünden önem arz etmektedir.

³⁷⁵ Çamoğlu, Ersin, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 4.; “ Tanınan aday gösterme imtiyazı İPSÖK ile korunur”, Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 198.

³⁷⁶ Karşıt görüş, “ sadece anasözleşme değişiklikleri için yapılacak İPGK bakımından getirilmiş istisnai nitelikte hüküm olduğu ve bunun da ancak öngörüldükleri alan ile sınırlı uygulanabileceği”, Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 578, Naklen, Teoman, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, Ankara 1995, s. 128.

³⁷⁷ Çeker, Mustafa, Oy Hakkı, s. 72.

³⁷⁸ Çamoğlu, Ersin, Arslanlı Bilim Arşivi, s. 5.

³⁷⁹ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 570.

³⁸⁰ Tekil, Fehiman, Anonim Şirketler Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1993, s. 301.

a. Mutlak Grup İmtiyazı.

AO esas sözleşmesinde, yönetim kurulu üyelerinin seçimi konusunda imtiyazlı grup tarafından imtiyazlı gruba aday önerme hakkı tanınması halinde mutlak grup imtiyazı sözkonusudur. Örneğin, “ Yönetim kurulunun 5 kişiden oluşması halinde A grubu pay sahipleri salt çoğunluğunun göstereceği 2 aday yönetim kuruluna seçilir ” şeklindeki düzenleme ile aday önerme hakkı tanınmaktadır. Bu hakkın kullanılması için grup üyelerinin birlikte hareket etmeleri zorunludur³⁸¹.

Gruptaki pay sahiplerinin ayrıca aday göstermeleri veya genel kurulun, önerilen liste dışında bir grup üyesini seçmesi, imtiyazın kurul halinde kullanılacağı hükmüne aykırı olacaktır³⁸².

İmtiyazlı pay sahiplerinin toplanıp aday tespit etmemeleri veya az sayıda aday göstermeleri hallerinde, grubun o dönem için öngörülen sayı kadar hakkını kullanmaktan imtina ettiği kabul edilerek, genel kurulun mutlaka öngörülen sayı kadar üyeyi imtiyazlı grup üyeleri arasından seçmesi gerektiği, bunun aksinin, imtiyazın anlam ve amacına aykırı düşeceği, öğreti ve yargı içtihatlarında belirtilmiştir³⁸³.

Kanaatimizce, imtiyaz hakkı vazgeçilmez bir hak değildir. İmtiyazlı grup tarafından genel kurula, usulüne uygun aday listesi hiç sunulmamış veya eksik sunulmuş ise, genel kurul, o dönem için grup imtiyazı yokmuş gibi yönetim kurulu üyelerini seçebilir.

Esas sözleşme de, grup kararı ve aday önerme hakkı düzenlenmiştir. Bu hükmün, grup üyeleri arasından seçim yapılacaktır şeklinde yorumlanmasına imkan yoktur. Esas sözleşmede hüküm olmaksızın, genel kurulun seçim hakkının sınırlandırılması, esas sözleşmeye aykırılık oluşturur kanaatindeyiz (TTK. m. 445).

³⁸¹ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 570.

³⁸² Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 571.

³⁸³ 11. HD. 1. 2. 1980, E. 98/ K. 440, Naklen Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 572.

b. Nispi Grup İmtiyazı.

Belirli grupların ve azlığın yönetim kurulunda temsili, yönetim kurulu üyesinin belirli pay grupları veya azlık arasından seçileceğine ilişkin esas sözleşme hükmü ile de olabilir. Bu yöntem, nispi grup imtiyazı olarak adlandırılmaktadır³⁸⁴.

Nispi grup imtiyazında, imtiyazlı grup ve azlığın, yönetim kuruluna seçilecek temsilci için aday hususunda grup kararı almak ve birlikte hareket etmek zorunluluğu bulunmamaktadır³⁸⁵. Doğal olarak grup üyeleri münferiden hareket edebilmektedir. Genel kurulun, gruba tanınan imtiyaz kadar yönetim kurulu üyesini grup üyeleri arasından seçmesi yeterli olacaktır.

Nispi grup imtiyazına ilişkin esas sözleşme hükmünde, mutlak grup imtiyazında olduğu gibi, imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunca gösterilen adaylar arasından olacağı şeklinde mutlak bir hüküm olmadığından, imtiyazlı gruptaki pay sahiplerinin özel toplantı yapıp, müşterek bir kararla yönetim kuruluna aday gösterebilirler bile, aynı gruptaki diğer paydaşların her birinin münferiden de yönetim kuruluna aday gösterme hakkının varlığı kabul edilmelidir³⁸⁶.

c. Karma Esas Sözleşme Hükümü.

Grup imtiyazının düzenleneceği esas sözleşme hükmünün bağlayıcı aday önerme veya bazı kurul üyelerinin belirli pay sahibi grupları arasından seçilmelerini öngörebileceği gibi, her iki düzenlemeyi birlikte içerir şekilde olması da mümkündür. Örneğin, esas sözleşme hükmü ile, yönetim kurulu üyesinin grup üyesi pay sahipleri arasından veya onların göstereceği adaylar arasından seçilmesinin öngörülmesi gibi.

Bu düzenleme şekline ilişkin Yargıtay eski tarihli bir kararında, imtiyazlı grup tarafından liste halinde aday gösterilmesi durumunda, bu aday listesinin

³⁸⁴ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 571.

³⁸⁵ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 572.

³⁸⁶ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 572.

dışından seçim yapılamayacağını belirtmiştir³⁸⁷. Yargıtay, daha sonraki bir kararında bu görüşünden vazgeçerek, müşterek bir kararla aday gösterilmesine karşın, genel kurulun aynı imtiyazlı grubun diğer pay sahiplerinin gösterdiği adaylar arasından da seçim yapabileceğini belirtmiştir. Bu içtihat öğretide, grup imtiyazı ile amaçlanan menfaate aykırı olduğu, mutlak grup imtiyazı varsa, önerilen liste dışına çıkılamayacağı gerekçesi ile, haklı olarak eleştirilmiştir³⁸⁸.

Mutlak ve nispi grup imtiyazına birlikte yer veren esas sözleşme hükümlerinin ifadesi önem taşımaktadır³⁸⁹. Kanaatimizce, her somut olaya göre değişmekle birlikte, esas sözleşmenin ilgili hükmünde, mutlak grup imtiyazı ile nispi grup imtiyazının birlikte bulunduğu hallerde, grup tarafından aday listesi sunulmuş ise, bu listenin dışına çıkılmaması gerekmektedir. İmtiyazlı grup, grup adayı önermekle imtiyaz hakkını kullanmıştır. Mutlak grup imtiyazı, nispi imtiyazdan daha güçlü bir hak tanımaktadır.

Oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerine, yönetim kurulunda temsil hususunda grup imtiyazı tanınabilir mi? Tartışmalı olan bu hususta, İsviçre Hukukunda 1991 düzenlemesi ile (Art. 709/ 1) buna imkan tanınmıştır³⁹⁰.

³⁸⁷ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 573, Naklen, 11. HD. 12. 6. 1984, E. 2542/ K. 3435 (Eriş, Şirketler 2, s. 613, N. 7).

³⁸⁸ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 573, vd., Naklen, 11. HD. 27. 9. 1990, E. 5739/ K. 5817 (Eriş, G. Ticari İşletme Ve Şirketler, Ankara 1992, s. 1194, N. 11).

³⁸⁹ Pulaşlı, Hasan, Yönetimde İmtiyaz, s. 575, Naklen, Teoman, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar Kitap 4, İstanbul 1995, s. 39-40.

³⁹⁰ Kendigelen, İsviçre Hukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, s. 377.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.

I. OY HAKKI VE OY HAKKINDA İMTİYAZ.

A. ANONİM ORTAKLIKLARDA OY HAKKI.

1. Genel Olarak.

Pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. Kanuni istisnalar saklıdır (TTK m. 407). Hükümde pay sahiplerinin katılma, önerme, tartışma ve oy verme gibi yönetime ilişkin hakları konu alınmaktadır. Anılan hakların genel kurulda kullanılması hem genel kurulu hem de bu hakları niteleyen emredici bir özellik idi^{391 392}.

AO' lar, ortaklarının kişiliğinden bağımsız ve otonom bir yapıya sahip olduklarından, pay sahipleri, ancak genel kurulda oy kullanmak suretiyle şirket yönetimine etkide bulunabilirler³⁹³. Pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerinin seçimi, denetimi ve ibrası, bilançonun oylanması, esas sözleşme değişikliği, kar dağıtımı ve oranı gibi bir çok konuda oy kullanmak suretiyle ortaklık iradesinin oluşumuna katkıda bulunur³⁹⁴.

³⁹¹ TTK Gerekeçe, m. 407, s. 422.

³⁹² “ Bu emredici hükmün istisnaları, genel kurul kararlarının iptaline ve geçersizliğinin tespitine, genel kurulun toplantıya çağırılmasına, gündeme madde konmasına, incelemeye ilişkin haklar ile genel kurula elektronik ortamda katılma ve oy vermedir.” TTK Gerekeçe, m. 407, s. 422.

³⁹³ Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı Ve Kullanılması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sözkese Matbaacılık Ticaret Ve Ltd. Şti., Ankara 2000, s. 5.

³⁹⁴ Çeker, Mustafa, s. 5.

2. TTK ' da Oy Hakkının Niteliği.

AO' lar sisteminde oy hakkı, pay sahibinin, katılma haklarından. Nitelikleri itibariyle malvarlıksal haklardan ayrılır³⁹⁵. Bu nedenle pay sahibinin kişisel hakları kapsamında düzenlenmiştir. Genel kurula katılma hakkı, niteliği gereği hem kişisel hem de vazgeçilmez bir haktır. Çünkü temel yönetsel bir hak olmaktan başka, genel kurula katılma hakkı bulunmayan veya sınırlandırılmış olan bir pay sahibinin konumu anlamsızdır³⁹⁶.

Pay sahibinin oy hakkı kural olarak, genel kurula katılmak suretiyle kullanılabilir. AO genel kuruluna elektronik ortamda katılmak ve oy vermek, fiziki katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurur (TTK m. 1527/ 5). Ancak genel kurul dışından mektupla oy kullanılması mümkün değildir³⁹⁷.

a. Vazgeçilmez Hak Ve Müktesep Hak Sorunu.

Vazgeçilemeyen haklar, pay sahibinin rızası ile dahi ortadan kaldırılamadığı gibi esas sözleşme veya genel kurul kararı ile dahi ortadan kaldırılması mümkün olmayan pay sahipliği haklarıdır³⁹⁸.

Pay sahibi bakımından asgari oy hakkı TTK m. 434/ 1 gereği vazgeçilmez bir haktır³⁹⁹. Bu oysuz pay sahibi olmaz ilkesinin gereğidir⁴⁰⁰. TTK m. 447' de pay sahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlayan veya ortadan kaldıran genel kurul kararlarının batıl olduğu belirtilmiştir.

eTK m. 385 uygulamasında müktesep haklar, pay sahibinin rızası olmaksızın genel kurul kararı ile değiştirilemeyen hak olarak tanımlanmaktaydı. Bu tanım sonucu, çeşitli pay sahipliği haklarına ilişkin öğretide fikir ayrılıkları yaşanmaktaydı.

³⁹⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 540.

³⁹⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 311.

³⁹⁷ Çeker, Mustafa, s. 7.

³⁹⁸ Çeker, Mustafa, s. 10.

³⁹⁹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 312.

⁴⁰⁰ TTK Gerekeçe, m. 434,s. 449.

eTK m. 385' de oy hakkı da müktesep haklar arasında sayılmıştır. Bununla birlikte, oy hakkına ilişkin eTK m. 373/I' de, her paya en az bir oy hakkı vereceği hükmü emredici olduğundan, pay sahibinin rızası önem taşımayacağı için, oy hakkının yapı itibariyle müktesep hak kavramına uymayacağı ileri sürülmüştü⁴⁰¹.

Yine eTK düzenlemesine ilişkin olmak üzere öğretide, oy hakkının nisbi ve zayıf müktesep bir hak olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰². Nispi müktesep hakların sadece cevheri korunan; buna karşılık ortaklık menfaatleri gereği, belli kurallara, şartlara ve ölçülere uyulmak kaydıyla, kapsamlarının sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir⁴⁰³.

Öğretide, oy hakkının, pay sahiplerinin bir çok konuda hem iradesini açıklamasına hem de şirket iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına katkıda bulunduğu, bu nedenle müktesep hak olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰⁴. Yasa oy hakkının müktesep hak olduğunu açıklarken, sadece payın biçimsel yönden bir oy vermesini düşünmemiştir⁴⁰⁵.

TTK m. 452 düzenlemesinde müktesep hak tanımına ve örneklerine yer verilmemekle birlikte, kavram olarak müktesep hak korunmuştur. Öğretide, müktesep hakka ilişkin tartışmaların varlığını aynen sürdüreceği belirtilmiştir⁴⁰⁶.

Kanaatimizce, her pay sahibinin en az bir paya sahip olacağı ilkesinden hareketle, oy hakkının nisbi müktesep hak olduğu savunulabilir. Ancak, asgari bir oy hakkının vazgeçilmez bir hak olması ve ihlalinin butlana tabi olması karşısında, oy hakkının müktesep hak inceleme ve irdelemesi sonucunda farklı bir yarar elde edilemeyecektir. Kanun koyucunun müktesep hakkı kavramsal olarak muhafazası, şanssızlık olmuştur.

⁴⁰¹ Çeker, Mustafa, s. 9.

⁴⁰² Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 500.

⁴⁰³ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 449.

⁴⁰⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 541.

⁴⁰⁵ Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, (Oy Hakkından Yoksunluk) s.

7.

⁴⁰⁶ Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 351.

b. Oy Hakkı Ve İtibari Değer İlişkisi.

AO' da itibari değer kavramı, pay sahiplerinin sermaye borçlarının miktarının, şirkete karşı haiz oldukları hakların kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde, agio hesabının tespitinde rol oynar. Tek borç ilkesinin kapsamına payların itibari değeri ve agio girer⁴⁰⁷.

Sermayeye göre hak sahibi olma ölçütünün sonucu olarak, pay sahipliği haklarının kapsamını belirlemede kullanılacak ölçü itibari değerdir. Mali haklara ilişkin düzenlemelerde itibari değere göre hak sahibi olma prensibi açıkça düzenlenmesine karşın, eTK' da oy hakkının da payların itibari değerine göre kullanılacağına ilişkin hüküm mevcut değildir⁴⁰⁸.

Oy hakkının esas sermayeye katılma oranına, yani itibari değere bağlı olması, oy hakkının payın itibari değerine göre tespit edilmesidir. Her payın bir oy hakkına sahip olması ile birlikte, bir AO' da farklı itibari değerlerde paylar varsa, en az itibari değere sahip paya tanınan oy hakkı esas alınacak ve yüksek itibari değerli payların oy hakkı tayin edilecektir⁴⁰⁹.

6102 Sayılı TTK sisteminde, pay sahibinin oy hakkının payların toplam itibari değeri ile orantılı kullanılacağı (TTK m. 434/ 1) öngörülmekle, “ pay ” sisteminden “ pay sahibinin paylarının toplam itibari değeri ” sistemine geçilmiştir. Yani oy, pay sahibi temelinde toplam itibari değere bağlanmıştır⁴¹⁰. Bu düzenleme, oysuz pay olmaz düzeninden, oysuz pay sahibi olmaz düzenine geçilmesi olarak ifade edilmiştir⁴¹¹.

Açıklanan düzen değişikliğinin sebebinin, kurucuların veya genel kurulun arzu etmesi halinde, yabancılaşmaya veya hakimiyetin tek kişi eline geçmesine engel olunması gibi nedenlerle, bir pay sahibinin haiz olduğu oy hakkının sınırlandırılması yoluna gidilebilmesi, olduğu savunulmuştur⁴¹².

⁴⁰⁷ Çeker, Mustafa, s. 34.

⁴⁰⁸ Çeker, Mustafa, s. 35, vd.

⁴⁰⁹ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 499.

⁴¹⁰ TTK Gerekeçe, m. 434, s. 449.

⁴¹¹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 315.

⁴¹² Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 315.

Bununla birlikte, AO' a ilişkin dogmatik yapının tümüyle değişmediği, bölünmüş sermayenin hak doğuran bir birimi olarak “ payın ” , oy hakkının belirlenmesinde, AO' da anahtar rolünün devam ettiği ifade edilmiştir. Buna gerekçe olarak da TTK m. 434/2 hükmündeki, her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir, düzenlemesi gösterilmektedir⁴¹³.

Kendigelen' e göre, TTK m. 434/ 1 düzenlemesinde, payın itibari değerine göre kullanılacağı kuralının açıkça vurgulandığını; böylece gerekçedeki aksi yönde açıklamalara rağmen, eski düzenlemede yorum yoluyla ulaşılan ve doktrinde güçlü şekilde savunulan bu ilke kanun hükmü haline gelmiştir. Ayrıca birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısının esas sözleşme ile sınırlandırılacağı de İsviçre düzenlemesine paralel olarak açıkça öngörülmüştür⁴¹⁴.

3. Oy Hakkının Kullanılması.

Pay sahibi oy hakkını kullanıp kullanmamakta özgürdür. Genel kurul toplantısına katılmayarak bu haktan hiç yararlanmayacağı gibi, sadece bazı paylardan doğan hakkını kullanmakla da yetinebilir. Bu hakkını temsilci aracılığı ile de kullanabilir⁴¹⁵.

Pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanır. TTK m. 1527/ 5 hükmü saklıdır (TTK m. 434)⁴¹⁶. Pay sahibi, pay sahipliğinden doğan haklarını temsilci aracılığı ile de kullanabilecektir. TTK m. 425 hükmünde, temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükmünün geçersiz olacağı yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir.

⁴¹³ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 315

⁴¹⁴ Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 334.

⁴¹⁵ Teoman, Ömer, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 10.

⁴¹⁶ TTK m. 415' de “genel kurula katılmaya yetkili olan pay sahipleri sayılmıştır. Yönetim kurulu tarafından düzenlenen “ hazır bulunanlar listesinde “ adı bulunanlar; Sermaye Piyasası Kanununa göre Merkezi Kayıt Kuruluşunca takip edilenler veya bunların temsilcileri genel kurula katılır.

Hamiline ait pay senedi sahipleri, toplantıdan en geç bir gün önce zilyetliklerini ispatlayarak giriş kartlarını alırlar. Ancak giriş kartı verilmesinden sonraki bir tarihte hamiline yazılı pay senetinin devralındığını ispatlayan pay sahipleri de genel kurula katılabilirler(TTK m. 415/ 3).

Genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı, pay sahibinin payların sahibi olduğunu kanıtlayan belgeleri veya pay senetlerini şirkete bir kredi kuruluşuna veya başka bir yere depo edilmesi şartına bağlanamaz(TTK m. 415/ 4).”

Hükmün gerekçesine göre, pay sahipliği haklarının temelini temsil edilebilirlik ilkesi oluşturmaktadır. Bunun, esas sözleşme, genel kurul kararı veya idari tasarruflarca kaldırılamayacağı bir kanuni kural haline getirilmiştir. Hükümde örnek olarak belirtilen pay sahipliği şartının yanında, öğretisi ve yargı uygulaması başka geçersiz sınırlamaları da bu hükme dayanarak belirleyebilecektir⁴¹⁷.

Temsilci, temsil edilenin talimatına uyar. Talimata aykırılık, oyu geçersiz kılmaz (TTK m. 427). Hükümün ikinci fıkrasında, pay sahibinin mülkiyet hakkıyla uyumlu olmak üzere, hamiline yazılı pay senedini, rehin, hapis hakkı, saklama sözleşmesi veya kullanım ödöncü ve benzeri sözleşmeler sebebiyle elinde bulunduran kimse, pay sahipliği haklarını, ancak pay sahibi tarafından özel bir yazılı belge ile yetkilendirilmişse kullanabileceği, düzenlenmiştir.

Pay sahibinin genel kurula katılma ve oy hakkı bakımından TTK m. 428 vd.' nda, öğretide “ toplu temsil ” olarak nitelendirilen üç ayrı kurum öngörölmüştür. Organın temsilcisi, bağımsız temsilci ve kurumsal temsilciye ilişkin düzenleme, sistemin çok iyi düşünölmemiş olması nedeniyle, işleyişinde gündeme gelebilecek sorunların öngörölmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴¹⁸.

a. Doğumu.

Oy hakkı, payın kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle doğar (TTK m. 435). Nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir (TTK m. 344/ 1).

Bu düzenleme nakdi sermaye taahhütü için geçerlidir. Bu nedenle aynı sermaye taahhütünde TTK m. 128 hükümleri geçerli olacaktır. Hükümde belirtilen

⁴¹⁷ TTK Gerekçe, m. 425, s. 438.

⁴¹⁸ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s.330.

kural, sermaye artırımında çıkarılan yeni paylara bağlı oy hakları için de geçerlidir⁴¹⁹.

Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketlerde taksitli ödeme mümkün görülmediğinden, bunlara ilişkin hükümler ikinci fıkra ile saklı tutulmuştur.

b. Pay Bedelinin Ödenmesi Sorunu.

Pay sahiplerinin, pay bedelinin tamamını ödemeleri halinde, oy hakkının kullanılmasıyla ilgili bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, pay bedellerinin farklı oranlarda ödenmesi halinde, özellikle oy hakkının kullanılması açısından dengesiz ve eşit olmayan bir durum ortaya çıkar⁴²⁰.

Alman Hukuku'nda oy hakkının doğumu, pay bedelinin tamamen ödenmiş olmasına bağlıdır (POK m.134/II). Bu kuralın istisnası, esas sözleşmede, oy hakkının doğumu için kanun veya esas sözleşmede öngörülmüş olan asgari tutarın ödenmesinin yeterli olacağına ilişkin düzenleme olması yahut AO' da pay bedeli tamamen ödenmiş hiçbir payın bulunmamasıdır⁴²¹.

İsviçre Hukukunda ise oy hakkının kazanılabilmesi, kanun veya esas sözleşme ile tespit edilen meblağın ödenmesiyle doğar (İsviçre BK m. 694). Esas sözleşme ile daha yüksek bir ödeme oranı öngörülebilecektir⁴²².

TTK m. 435 hükmü ile oy hakkı, payın kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle doğacağı, düzenlenmiştir. Bu yeni düzenlemenin, lafzi olarak İsviçre BK m. 694 ile paralel olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak oy hakkında imtiyaz hususunda TTK ile İsviçre BK sistemi arasında derin farklılık bulunduğu, çalışmamızın ileri bölümünde görülecektir.

Öğretide Pulaşlı, “ bu nedenle, kanun koyucu malvarlıksal haklar bakımından bu dengesizliği ve eşitsizliği gidermek amacıyla, oy hakkının, payın taahhüt

⁴¹⁹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 314.

⁴²⁰ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 542.

⁴²¹ Çeker, Mustafa, s. 43.

⁴²² Çeker, Mustafa, s. 42.

edilmesiyle değil, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen tutarın ödenmesiyle doğacağını ve TTK m. 344 vd. hükümleri uyarınca pay taahhütünde bulunanlar ödeme yükümünü yerine getirmedikçe bu paylar için oy kullanamayacaklarını hükme bağladığını ” savunmaktadır⁴²³.

Öğretide Kendigelen ise, “ ödeme yükümlülüğü sadece kanun veya esas sözleşmeyle öngörülen en az miktara ilişkin olduğu için, örneğin ikinci veya sonraki taksitlerin ödenmemesi, ilk taksitin (ve- varsa- çıkarma priminin) ödenmesi ile doğan oy hakkının kullanılmasına engel oluşturmayacağını ” ileri sürmüştür⁴²⁴.

c. Oy Sistemleri.

Pay sahibinin oy hakkını kullanması ile irade açıklaması sözkonusu olmaktadır. Genel kurul kararı, aynı yönde kullanılmış belirli sayıda oyların toplanması ile oluşur⁴²⁵.⁴²⁶ Toplantı ve karar nisapları kanun ve esas sözleşme ile belirtilir.

AO’ da geçerli çoğunluk prensibi karşısında, oylamada azlığın iradesinin yansımaları kısıtlı olacaktır. Bu husus uygulanacak seçim sistemi ile de yakından ilgili olmaktadır. Bu nedenle azınlık ortaklarının, ortaklığın yönetim ve denetim kurullarına temsilci seçtirebilmesi amacıyla, Sermaye Piyasası Kanununa tabi AO’ larda birikimli oy sistemi kabul edilmiştir⁴²⁷.

TTK m. 434/ 4 ile halka açık olmayan AO’ ların da birikimli oy sistemini ihtiyari olarak uygulamalarına imkan tanınmıştır. Buna ilişkin ‘ Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği ’ yayınlanmıştır.

⁴²³ TTK Gerekeçe, m. 435, s. 450; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 542.

⁴²⁴ Kendigelen, Abuzer, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 337.

⁴²⁵ Çeker, Mustafa, s. 13.

⁴²⁶ Öğretide, oy verme işleminin, tek başına hedeflenen sonucu meydana getirme olanağından yoksun olması nedeniyle ancak hukuki bir fiil sayılacağı görüşü karşısında, oy verme işleminin hukuki işlem karakterini haiz bir irade beyanı niteliğinde olduğu savunulmaktadır. Buna göre iradeyi sakatlayan nedenlere ilişkin hükümler oy Verne hakkında da uygulanabilecektir. Bakınız, Çeker, Mustafa, s. 13.

⁴²⁷ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 497.

aa. Yaygın Etkili Oy Sistemi.

TTK' nun genel kurul oylamalarında kabul ettiği sistem yaygın etkili oy sistemidir. Bu sisteme göre herhangi bir kurulun seçiminde verilen oy, kurul üyelerinin her birine verilmiş sayılmakta, kurul üyeleri sayısı kadar etkili olmaktadır⁴²⁸.

Bu oy sistemi, mutlak çoğunluk sisteminin, yasada ve esas sözleşmede belirtilen nisaplara göre uygulanmasıdır. Sistemin zaafiyeti de bu yönden olmaktadır. Oylamada azınlıkta kalan oyların etkisizliği sözkonusudur.

bb. Birikimli Oy Sistemi.

Birikimli oy sistemi ile amaçlanan, azınlık konumunda olan pay sahiplerinin yönetim kuruluna temsilci sokabilmesini sağlamaktır. AO' larda nispi temsil sözkonusu olmadığından, en çok oya sahip olan, tüm üyeleri belirleyebilmekte; azınlık ise kendi oyu oranında yönetim kuruluna temsilci gönderme imkanından yoksun kalmaktadır⁴²⁹.

Birikimli oy sistemi, seçim oylamalarında kullanılacak bir yöntemdir. Bakanlık Tebliği de yönetim kurulu üye seçimi bakımından düzenlenmiştir.⁴³⁰ Sistemin işleyişinde, seçilecek her bir üye için ayrı ayrı değil, tüm üyeler için aynı zamanda oy kullanılır⁴³¹. Oyların tercihli kullanılması sonucu, azınlıkta kalan oyların da temsil imkanının doğması umulmaktadır⁴³².

Pay sahibi, seçilecek yönetim kurulu üyeleri için aynı anda ve ayrı ayrı oy kullanacağından, pay sahibinin kullanacağı toplam oy sayısı, gerçekte seçilecek üye

⁴²⁸ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 313.

⁴²⁹ Okutan Nilsson, Gül, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, s. 53.

⁴³⁰ Okutan Nilsson, Gül, s. 54.

⁴³¹ Okutan Nilsson, Gül, s. 54.

⁴³² Turanboy, Asuman, 6102 Sayılı Türk Ticarey Kanununun Sermaye Piyasası Bakımından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, 2- 3 Haziran 2011, s. 26, www. Ankarabarusu. Org.tr// ttk- borclar- sempozyumu, Online, 27. 08. 2014, 15.15.

sayısı çarpımı kadar artmaktadır⁴³³. Bu sistemde, oy kullanan pay sahibi, oyunu üye sayısına yaymak yerine, seçilecek üye sayısınca kullanacağı toplam oyunu, bir kişide veya birkaç kişide toplayabilecektir⁴³⁴.

Sistem oyların biriktirilmesi esasına dayandığından, ancak birden fazla aday arasından seçim yapılması gereken durumlarda uygulanabilir. Aday sayısının artması, sistemin başarısı için de önemlidir. Bu nedenle sadece bir teklifin kabulü veya reddi için yapılan oylamalarda birikimli oy kullanılamaz⁴³⁵.

Genel kurul kararlarının alınmasında öngörülen karar nisabları, çoğunluğun etkisini kısıtlamak amacıyla öngörülmüştür. Birikimli sistemde ise nisbi çoğunluk esas olduğundan, karar nisabının uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu sistemde amaç salt çoğunluğu yakalamak değil, en çok oy alan adayların sıralamaya göre seçilmesidir⁴³⁶.

Birikimli oy, HAAO ile hisse senetleri borsada işlem görmeyen ve geçmiş iki yıl içerisinde pay sahibi sayısı 500' ün üzerinde olan ortaklıklarda zorunlu, diğerleri yönünden ihtiyaridir (SPK Tebliği m. 5/ 3). TTK' ya tabi AO' lar yönünden de ihtiyari olarak Bakanlık Tebliğinde düzenlenmiştir⁴³⁷.

Birikimli oy sistemini uygulamak isteyen AO' ların esas sözleşmelerinde buna ilişkin açık hüküm koymaları gerekmektedir. Bu hüküm esas sözleşme değişikliği ile kabul edileceği için TTK m. 421/ 1' e göre ilk toplantıda sermayenin en az yarısı, ikinci toplantıda ise en az 1/3' ü temsil edilmelidir⁴³⁸.

Bakanlık Tebliği m. 5' e göre, aday göstermeye ilişkin grup imtiyazı veya paylara oyda imtiyaz bulunan AO' larda birikimli oy yöntemi uygulanamaz. Ayrıca yönetim kurulu üye sayısının en az üç olması ve tüm üyelerin aynı toplantıda seçilmesine ilişkin düzenleme zorunludur⁴³⁹.

⁴³³ Okutan Nilsson, Gül, s. 54

⁴³⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuk Genel Esaslar, s. 511.

⁴³⁵ Okutan Nilsson, Gül, s.55.

⁴³⁶ Okutan Nilsson, Gül, s.56.

⁴³⁷ Okutan Nilsson, Gül, s.57.

⁴³⁸ Okutan Nilsson, Gül, s.58.

⁴³⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuk Genel Esaslar, s. 511.

Öğretide, TTK m. 360' a göre grup imtiyazı tanınmış olması halinde, grup imtiyazı kapsamında seçilen yönetim kurulu üyeleri haricindeki üyelikler için birikimli oy yönteminin uygulanabilmesi gereği ileri sürülmüştür⁴⁴⁰.

Bakanlık Tebliği m. 6' uyarınca, birikimli oyun yazılı oy pusulası ile kullanılır. Bu pusulada, kullanan kişinin adı, soyadı ve imzası, oy sayısı ve birikimli oyun dağılımı yer alır. Oy dağılımı belirtilmemiş ise oyların adaylara eşit olarak dağıtıldığı kabul edilecektir⁴⁴¹.

Birikimli oy yöntemi uygulanan AO' larda, çoğunluk dışı pay sahiplerinin birikimli oy ile seçtiği üyelerin, çoğunluk oyu ile görevden alınmasını engellemek amacıyla, Tebliğ m. 5/ 8' de, iki istisnai durum haricinde, diğer üyelerin de görevden alınmış sayılacağı ve tüm üyeler için seçim yapılacağı düzenlenmiştir. Öğretide, yönetim kurulunun seçiminin kanunla düzenlendiği; kanunun öngörmediği bir hususta, yönetmelik veya tebliğ ile yapılan bu düzenlemenin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu belirtilmiştir⁴⁴².

Tebliğde belirtilen istisnai durumlar, TTK m. 363' deki, üyeliğin kendiliğinden sona ermesi veya TTK m. 364 anlamında, mahkemece haklı kabul edilen bir sebebe dayalı olarak görevden alınması ayrı tutulmuştur. Düzenleme, belirsizliği nedeniyle öğretime eleştirilmiştir⁴⁴³.

Tebliğ m. 5/ 2' de, birikimli oy kullanılacak pay sahiplerinin veya temsilcilerinin, genel kurul tarihinden en az bir gün önce, birikimli oy kullanma isteklerini yazılı olarak şirkete bildirmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Birikimli oy yönteminin uygulanması için bir pay sahibi veya temsilcisinin bildirim yeterlidir. Ancak genel kurulda bütün pay sahiplerince oybirliği ile karar alınmış olması şartıyla, bildirim zorunluluğu aranmadan birikimli oy kullanılabilir.

⁴⁴⁰ Kaya, Arslan, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, s. 85.

⁴⁴¹ Okutan Nilsson, Gül, s. 68.

⁴⁴² Kendigelen, Abuzer, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, s. 81.

⁴⁴³ Okutan Nilsson, Gül, s. 62.

Öğretide, esas sözleşme ile öngörülen birikimli oy yönteminin uygulanması için bildirim zorunluluğu aranması eleştirilmiştir. Bu bildirim, gündemde belirtilme imkanı sağlamayacağı gibi, yönetim kuruluna hazırlık imkanı da vermeyeceğinden faydasız görülmüştür⁴⁴⁴.

d. Genel Kurula Elektronik Katılım Ve Oy Kullanma.

TTK m. 1527/ 5 hükmünde, AO' larda genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy vermenin, fiziki katılma ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir.

Pay sahiplerinin genel kurula, elektronik yoldan katılmasına ilişkin bu düzenleme, AO' lar hukukunda önemli bir yeniliktir. Elektronik toplantı, şirketi kırtasiyecilikten kurtarması, pay sahipliği haklarının kolay ve etkin kullanımına olanak vermesi, güç boşluğu sorununa çözüm oluşturabilmesi gibi faydaları yanında, kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk gereklerinden birisi olarak görülmektedir⁴⁴⁵.

Elektronik katılım ile yapılacak toplantı, hiç kimsenin bir araya gelmesine gerek olmadan, tamamen elektronik ortamda görüşerek karar almaya imkan veriyorsa, “ sanal toplantı ” sözkonusu olmaktadır. Buna karşılık, bazı pay sahiplerinin veya temsilcilerinin mutlaka fiziken bir araya gelmesi yanında diğer bazı pay sahibi veya temsilcileri toplantıya elektronik yoldan katılma olanağına sahipse, “ genel kurula elektronik katılım ” sözkonusu olmaktadır⁴⁴⁶.

TTK 1527/ 1 düzenlemesinde, yönetim kurulu ve müdürler kurulunun tamamen elektronik ortamda toplanabileceği öngörülmüştür. Buna karşılık AO' lara ilişkin 1527/ 5 hükmünde, genel kurula elektronik ortamda katılma ve oy vermeden bahsedilmektedir. Bu düzenleme sonucu, AO genel kurulunun tamamen elektronik ortamda toplanmasına izin verilmediği yorumuna ulaşılmaktadır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Okutan Nilsson, Gül, s. 67.

⁴⁴⁵ Bahtiyar, Mehmet, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, (Sempozyum), s. 114.

⁴⁴⁶ Bahtiyar, Mehmet, Sempozyum, s. 114.

⁴⁴⁷ Bahtiyar, Mehmet, Sempozyum, s. 120.

Elektronik ortamda katılım ve oy verme hususunda, AO' luk esas sözleşmesinde, Elektronik Genel Kurul Yönetmeliği m. 5' de yer alan hüküm örneğinin aynen yer alması zorunludur⁴⁴⁸.

Pay senetleri borsaya kote olmayan şirketler için toplantıya elektronik katılım uygulaması ihtiyaridir. Buna karşılık borsaya kote şirketlerde bu sistemin kurulması ve kullanma imkanı tanınması zorunludur. Ancak, pay sahibi için elektronik ortamda genel kurula katılma ve oy vermek bir zorunluluk değildir⁴⁴⁹.

Genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılanlar, toplantı başkanının ilgili gündem maddesine ilişkin oylamaya geçildiğini bildirmesinden sonra, oylarını elektronik genel kurul sistemi üzerinden kullanırlar. Her bir gündem maddesinin ayrı ayrı oylanması gerektiğinden, bu uygulama her defasında tekrar edilir. Elektronik ortamda iletilen oy ve varsa muhalefet beyanı, toplantı başkanı tarafından tutanağa geçirilir⁴⁵⁰.

Genel kurul toplantısındaki her bir gündem maddesine ilişkin oylama, toplantıya fiziki ve elektronik ortamda katılan pay sahipleri için aynı anda açılacaktır. Ancak elektronik ortamda oyların gönderilmesi iki dakika ile sınırlı olacaktır. Bu yönden farklılık sözkonusu olmaktadır.⁴⁵¹

Alman Hukuku' nda ortaklık genel kurullarında elektronik iletişim araçlarının kullanılabilmesinin yolu, Paylı Ortaklıklar Kanunu' nda, Nama Yazılı Pay Senetleri ve Oy Hakkı Kullanımının Kolaylaştırılması Kanunu ile yapılan değişiklikle açılmış olmaktadır⁴⁵².

AO genel kurul toplantısına elektronik katılımı doğabilecek teknik aksaklıklar veya hackerlerin sistemi işlemez hale getirmesi sözkonusu olabilecektir⁴⁵³. Ortaya çıkabilecek bir aksaklık karşısında toplantının akıbetine

⁴⁴⁸ Bahtiyar, Mehmet, Sempozyum, s. 127.

⁴⁴⁹ Bahtiyar, Mehmet, Sempozyum, s. 127.

⁴⁵⁰ Hamamcıoğlu, Esra, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, s. 161.

⁴⁵¹ Hamamcıoğlu, Esra, s. 160.

⁴⁵² Bilge, Mehmet Emin, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Temsilci Aracılığıyla Oy Vermede İnternetin Kullanımı, [http : // kazanci.com/ kho2/ hebb/ files/ makale](http://kazanci.com/kho2/hebb/files/makale), online, 30.06.2014, 21.31, s. 2.

⁴⁵³ Bilge, Mehmet Emin, s.13.

ilişkin mevzuatta bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁵⁴. İsviçre hukukunda teknik aksaklık çıkmazdan önce karara bağlanmamış gündem maddeleri hususunda toplantının yenilenmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir⁴⁵⁵.

4. Oy Hakkının Yasal Sınırlandırılması.

TTK sisteminde her pay sahibi, sadece bir paya sahip olsa bile, en az bir oy hakkını haizdir. Bu asgari oy kuralı olarak adlandırılır. Pay sahibinin asgari oy hakkını sınırlandıran veya kaldıran genel kurul kararları batıldır⁴⁵⁶.

Bununla birlikte, TTK gerek pay sayısı gerek itibari değer dolayısıyla, birden fazla oya sahip bulunan pay sahiplerine tanınacak oyun esas sözleşme ile sınırlandırılmasına olanak tanımıştır. Böyle bir sınırlama eşitlik ilkesi gereği, herkes için geçerli olacak şekilde öngörülebilir ve olumsuz farklılık yapılamaz⁴⁵⁷.

İradi sınırlamalar kapsamındaki oy sözleşmeleri zorunlu olarak incelememiz dışında tutulmuştur. Esas sözleşme ile getirilen sınırlama, pay sahibinin asgari oy hakkı kuralı gereği, oy hakkının vazgeçilmez ve bertaraf edilemezliğine aykırı olmaması yanında, temsilci ile kullanılabilme imkanına aykırı düşmemek, şarta bağlanmamak kaydıyla getirilebilecektir⁴⁵⁸.

Oy hakkına ilişkin kanuni sınırlamalar, oy hakkından yoksunluk ve oy hakkının donmasıdır.

a. Oydan Yoksunluk.

Oy hakkından yoksunluğa ilişkin hükümler, AO ile pay sahibi arasında doğabilecek bir menfaat çatışmasında, pay sahibinin kendi yararına oy kullanabileceği kuşkusundan kaynaklanmaktadır. Söz konusu menfaat çatışmasının,

⁴⁵⁴ Hamamcıoğlu, Esra, s. 164.

⁴⁵⁵ Hamamcıoğlu, Esra, s. 165.

⁴⁵⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 346.

⁴⁵⁷ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 316.

⁴⁵⁸ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 517.

pay sahibinin kişisel menfaati ile ortaklığın menfaatinin birbiri ile çelişir durumda bulunmasıdır⁴⁵⁹.

TTK m. 436 hükmünde iki halde oy hakkının kullanılmayacağı öngörülmüştür⁴⁶⁰. Oydan yoksunluk halleri pay sahibi ve yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli kişiler yönünden iki ayrı fıkra halinde düzenlenmiştir.

Düzenlemeye göre pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz (TTK m. 436/ 1).

Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan haklarını kullanamaz (TTK m. 436/ 2).

Öğretide, hükümde sayılan kişilerle şirket arasındaki ilişkilerin niteliğinin ortaksal temele dayalı olup olmamasının önemli olmadığı, şirket ile pay sahiplerinin sözkonusu ilişkide taraf olmasının oydan yoksunluk için yeterli olduğu belirtilmiştir. İbra olgusu da bu düşünceyi doğrulamaktadır⁴⁶¹. Ancak, yasa eş dediği için, nişanlılık ilişkisinin, yoksunluk kapsamına girmeyeceği ileri sürülmüştür⁴⁶².

Oydan yoksunluk halleri, pay sahibinin şahsından kaynaklanmakta ve geçici bir nitelik taşımaktadır. Bu durumda oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılması da mümkün değildir⁴⁶³. Oydan yoksunluk hallerine ilişkin hüküm emredici nitelik taşıdığından, esas sözleşme veya AO organlarının kararıyla, yeni yoksunluk halleri ihdası veya yoksunluk şartlarının hafifletilmesi de mümkün değildir⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ Teoman, Ömer, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 16.

⁴⁶⁰ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 542.

⁴⁶¹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 542.

⁴⁶² Teoman, Ömer, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 98.

⁴⁶³ Çeker, Mustafa, s. 24.

⁴⁶⁴ Teoman, Ömer, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 17; Çeker, Mustafa, s. 24.

b. Oy Hakkının Donması.

Donma ile yoksun olma arasındaki fark; donmanın genel, yoksunluğun özel olmasıdır. Donma halinde oy hakkı, donma devam ettiği sürece, her türlü kararın alınmasında kullanılamaz. Donan paylar toplantı nisabının hesabında da nazara alınmazlar. Gerçekte, sadece oy hakkı değil, tüm haklar donmaktadır. Bu nedenle geneldir. Yoksunluk ise yasada sayılan gündem maddeleri için sözkonusudur⁴⁶⁵.

Sermaye taahhütünü ödemedi temerrüde düşen (TTK m. 482) pay sahibinin iskat (TTK m. 483) edilmesinden sonra, paylar elden çıkarılmamış ve şirketin elinde kalmışsa ve şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde donma sözkonusu olur. Bu paylar genel kurul toplantı nisabında dikkate alınmaz; bu paylara ilişkin olmak üzere şirket hiçbir pay sahipliği hakkı kazanamaz (TTK m. 389)⁴⁶⁶.

Ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisap edilmiş olması halinde, TTK m. 195 anlamında bir hakimiyeti ilişkisi mevcut ise, yavru şirket tarafından devralınan payların genel kurulda temsili caiz değildir⁴⁶⁷.

TTK m. 201' e göre, sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylar nedeniyle sahip olacağı toplam oylar ile diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilecektir. Bedelsiz pay alma hakkı bundan hariçtir⁴⁶⁸.

B. OY HAKKINDA İMTİYAZ.

1. Genel Olarak.

Pay sahipleri oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanırlar (TTK m. 434). Böylece pay sahiplerinin üstlendikleri riziko oranında oy gücüne sahip olma ve dolayısıyla şirket yönetiminde etkinliği

⁴⁶⁵ Tekinalp, Ünal (Poroy/ Çamoğlu), s. 513.

⁴⁶⁶ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 543.

⁴⁶⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukunun Genel Esasları, s. 543.

⁴⁶⁸ Çoştan, Hülya, s. 47.

sağlanmış olacaktır⁴⁶⁹. Bu oy hakkının kullanımında oransallık ilkesi olarak ifade edilir.

Bununla birlikte, esas sözleşme ile bir paya itibari değerinden fazla oy gücü tanınmasıyla, oyda imtiyazlı olması mümkündür⁴⁷⁰. Öğretide, genel anlamda imtiyazlı pay, sermayeye katılma oranına göre daha fazla oy gücü tanınan, yani itibari değerine oranla güçlendirilmiş oy hakkı sağlayan pay olarak tanımlanmaktadır⁴⁷¹.

AO’ da ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara; kar payı, tasfiye payı rüçhan hakkı gibi haklar yanında, oy hakkında da üstün bir hak tanınabileceği TTK m. 478’ de “ imtiyazlı paylar ” başlığı altında açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında TTK m. 479’ da, oyda imtiyazlı paylara ilişkin ayrı ve özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Oyda imtiyazlı payların, TTK m. 478’ den ayrı ve özel düzenlenmesi ile ilgili olarak gerekçede, imtiyazın esas itibariyle malvarlığı haklarında tanınabileceği; bunun bir istisnası olan oyda imtiyazın ayrı bir rejime bağlandığı; bu ayrık rejimin temelinde, TTK’ nın esasında oyda imtiyaza kapalı olduğu düşüncesi olduğu, ifade edilmiştir⁴⁷².

Bununla birlikte, TTK m. 479 gerekçesinde, düzenlemenin temelinde yatan hukuk politikası tercihi, Türk AO’ larının yapılanma ve çalışma düzenlerinin, aile şirketi modelinden çıkarılarak, kurumsallaştırma ilkesinin ve buna bağlı profesyonel yönetim anlayışının benimsendiği, belirtilmiştir. Gerekçede, imtiyazlı pay oluşturulması, “ yapay güç oluşturulması ” olarak nitelendirilerek, düzenlemenin bu anlayışa kapalı olduğu belirtilmiştir⁴⁷³. Hukuk politikasına ilişkin bu tercih, şüphesiz tartışmaya açıktır.

⁴⁶⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1187.

⁴⁷⁰ Yıldız, Şükrü, s. 106.

⁴⁷¹ Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Makalelerim, Beta Yayın. İstanbul, 2001, s. 344.

⁴⁷² TTK Gerekçe, m. 478, s. 487.

⁴⁷³ TTK Gerekçe, m. 479, s. 489.

Kara Avrupa hukuklarında oy hakkında imtiyazın yasaklanmasına ilişkin eğilimler, TTK düzenlemesinde sınırlı da olsa etkili olmuştur⁴⁷⁴. Bununla birlikte, oyda imtiyazlı payların ortaklıktaki mevcut çoğunluk ilişkilerini koruma, dış yabancılaşıma engel olma yönlerinden yararları ile AO genel politikası, iç yabancılaşıma yönlerinden zararları olabileceği öğretilmektedir⁴⁷⁵.

Gerekçede belirtilen bu düşünce kapsamında, TTK m. 479 ile oy hakkında imtiyazın tanınması, sınırlandırılması, kısıtlanmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bununla birlikte, oy hakkında imtiyazın incelenmesinde, yasadaki oy hakkı (TTK m. 448), imtiyazlı paylara ilişkin genel düzenleme (TTK m. 478) ile TTK m. 479' un birlikte düşünülmesi gerekmektedir.

2. Oy Hakkında İmtiyaz Tanınması.

a. Tarihsel Gelişimi.

AO' a ilişkin yasal düzenlemede İsviçre hukuku, Türk hukukunu oldukça etkilemiştir⁴⁷⁶. İmtiyazlı paylara ilişkin TTK düzenlemesinde de İsviçre hukukunun esin verdiği gerekçede belirtilmiştir⁴⁷⁷.

Oy hakkında imtiyaz, paya bağlı mali haklarda imtiyazdan çok sonraları ortaya çıkmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan yüksek enflasyon nedeniyle yabancı sermaye ihtiyacı ile birlikte yabancı sermayenin şirket yönetimini ele geçirme arzuları karşısında imtiyazlı pay koruyucu olarak düşünülmüştür. Diğer bir deyişle, imtiyazlı paylar dış yabancılaşıma ve iç yabancılaşıma tehdidine karşı silah olarak düşünülmüştür⁴⁷⁸.

İsviçre hukukunda oyda imtiyazlı paylar, oyda ayrıcalıklı paylar kategorisinde değerlendirilmemektedir. İsviçre BK m. 656/ 2' de, paya tanınabilecek imtiyazlar; kar payı, tasfiye payı ve yeni pay alma hakları olarak sayılmıştır. TTK m. 478' den

⁴⁷⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1190.

⁴⁷⁵ Karahan, Sami, s. 83, vd.

⁴⁷⁶ Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda İmtiyazlı Paylar, s. 338.

⁴⁷⁷ TTK Gerekçe, m. 478, s. 487.

⁴⁷⁸ Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda İmtiyazlı Paylar, s. 337.

farklı olarak, bu sıralamada oy hakkında imtiyaza yer verilmemiştir. İsviçre öğretisinde de imtiyazın mali haklara tanınabileceği, yönetim haklarının ise imtiyaza konu olamayacağına ilişkin görüşler sözkonusu olmaktadır⁴⁷⁹.

b. TTK' da Oyda İmtiyaz Tanıma Yöntemi.

Oy hakkında imtiyazın, eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabileceği TTK m. 479/ 1' de düzenlenmiştir.

Hükmün gerekçesinde, oyda imtiyaz tanımının yönteminin emredici bir hükümle sınırlandırıldığı ve farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı verilerek imtiyaz tanınamayacağı ve yasaklandığı belirtilmiştir. Bu yasaklamanın nedeni olarak, oyda imtiyaza ilişkin kanuni sınırlamaların özellikle kaldıraç güç sınırlamasının dolanılmasının engellenmesi ve karışıklıklara yol açılmaması gösterilmiştir⁴⁸⁰.

Öğretide, oy hakkında imtiyaz tanıma yöntemleri; açık oyda imtiyaz ve gizli oyda imtiyaz olarak iki farklı yöntem olarak kabul edilmektedir⁴⁸¹. Buna göre, açık oyda imtiyaz tanıma yöntemi, eşit itibari değerdeki paylardan bir kısmına diğerlerine nazaran daha fazla oy hakkı tanınmasıdır. Gizli oyda imtiyaz tanıma yöntemi ise, payların itibari değerlerini farklılaştırmak, fakat eşit oy hakkı tanımak suretiyle imtiyazlı oy oluşturmaktır⁴⁸².

eTK m. 401 düzenlemesinde oy hakkında imtiyaz açıkça zikredilmemekle birlikte, “ sair hususlarda imtiyaz hakları tanınması ” kapsamında uygulamada yer almıştır. Bununla birlikte, oyda imtiyaz tanınmasına ilişkin her hangi bir açık düzenlemeye de eTK' da yer verilmemiştir.

⁴⁷⁹ Çoştan, Hülya, s. 46.

⁴⁸⁰ TTK Gerekçe, m. 479, s. 488.

⁴⁸¹ Karahan, Sami, s. 86; Çeker, Mustafa, s.48.

⁴⁸² Karahan, Sami, s. 86.

Öğretide, değişik itibari değerli paylar çıkarılabileceği ve oy hakkı, itibari değerine bakılmaksızın her paya bir oy düşecek şekilde belirlendiğine göre, bu yöntem ile imtiyaz tanınmasının da mümkün olduğu ileri sürülmüştü⁴⁸³.

Bu nedenle 6102 Sayılı TTK m. 479/ 1' de emredici hüküm ile oyda imtiyaz tanıma yönteminin belirlenmesi ve gizli imtiyazın yasaklanması, öğretilerdeki tartışmalar yönünden önemlidir⁴⁸⁴.

Öğretilerde, bu düzenlemede belirtilen yönteme aykırı olarak alınan genel kurul kararının akıbetinin, TTK m. 447 gereğince iptal davasına konu olabileceği ileri sürülmüştür.

Bununla birlikte, farklı itibari değerli paylara eşit oy hakkı tanınması halinde, esas sözleşmesel bir mütesep hak da sayılamayacağı, aksi halde yasa koyucunun bu konudaki açık iradesine ters düşeceği ve yasal hükümlerin dolanılarak oy hakkında imtiyazdan daha güçlü bir konum doğurmuş olacağı belirtilmiştir. Belirtilen nedenle, sicil memurunun müdahale ederek esas sözleşmeyi veya esas sözleşme değişikliğini tescilden kaçınması gerekmektedir⁴⁸⁵.

TTK' da benimsenen bu yöntem, İsviçre hukukunda benimsenmiş oyda imtiyazın tam tersidir⁴⁸⁶. İsviçre BK m. 693/ 1' e göre, farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınmak suretiyle oyda imtiyaz öngörülebilir. Örneğin, A

⁴⁸³ Çeker, Mustafa, s. 56.

⁴⁸⁴ Bir AO' da bazı payların bedelinin tamamen ödenmediği halde diğer bir kısım payların bedelinin tamamen ödenmiş olması durumunda, eşit oy hakkı tanımak suretiyle oluşan durum, öğretilerde gerçek olmayan imtiyaz olarak tanımlanmaktadır. Oy hakkının doğumunda pay bedelinin ödenme oranının hiçbir etkisi söz konusu olmadığından bu tür bir imtiyaz öğretilerde mümkün görülmüştür(Bakınız, Çeker, Mustafa, s. 58).

TTK m. 478 ve m. 479 düzenlemesi karşısında bu durumun imtiyaz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Oy hakkında imtiyazın yöntemi emredici olarak düzenlenmiştir. Yine imtiyazın esas sözleşme hükmü ile düzenlenmesi de emredici hukuk kuralıdır.

⁴⁸⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1188.

⁴⁸⁶ "İsviçre hukukunda, uygulamada ilk kez oy hakkında imtiyazın, şirketin faaliyet konusu, borsadaki hisseleri, ülke ekonomisine ilişkin bazı değerlendirmeler gerekçesiyle şirketin gelecekteki olası bir dış yabancılaşma tehlikesine karşı olağanüstü tedbir olarak, 1928 yılında çıkmıştır. Bu uygulamayı gerçekleştiren AO' lık, mevcut payların değeri 1.000 Frank olmasına rağmen, sermaye artımıyla 100 Frank itibari değerde 50.000 yeni pay ihraç etmiştir. İtibari değere bakılmaksızın bütün paylara tek oy hakkı tanınmıştır⁴⁸⁶.

Benzer gerekçelerle bu uygulamayı diğer şirketler de aynı yöntemle uygulamışlardır⁴⁸⁶. Bu yöntemde, farklı itibari değerdeki paylar aynı oy hakkı tanımakla, düşük itibari değerdeki paya imtiyaz tanınmış olmaktadır. Bu uygulama, 1881 tarihli İsviçre BK m. 640/ 1' deki " oy hakkının pay sahiplerine ait payların sayısına göre kullanılacağı ve her pay sahibinin bir payı olsa bile asgari bir oy hakkına sahip olacağı " hükmü karşısında tartışma konusu olmuştur. Bakınız, Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda İmtiyazlı Paylar, s. 339.

grubu payların itibari değeri 10 İsviçre Frankı, B grubu payların itibari değeri 1 İsviçre Frankı olması durumunda, düşük itibari değerli B grubu paylar imtiyazlı olmaktadır⁴⁸⁷.

c. Oyda İmtiyaz Tanımada Şekil Şartı.

TTK m. 479/ 1' de oy hakkında imtiyaz tanımının yöntemi emredici olarak belirtilmekle birlikte, bu hükmü TTK m. 478 ile birlikte düşünmek gerekmektedir. Bu bağlamda, paya bağlı haklarda imtiyaz tanınmasına ilişkin TTK' da öngörülen şartların, oy hakkında imtiyaz için geçerli olacağı şüphesizdir.

İmtiyazlı paylara ilişkin yasanın emredici hükmü gereği, oy hakkında imtiyaz ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek, bir kısım paylara diğerlerine nazaran oy hakkında üstün hak tanınması suretiyle öngörülebilir⁴⁸⁸.

Yine oy hakkına ilişkin imtiyazın, paya tanınması ve bağlanması gerekmektedir. Kişiyeye, sıfata veya makama bağlanan ayrıcalık veya üstün haklar imtiyaz değil, akdi hak oluşturur⁴⁸⁹.

AO genel kurulunda, oy hakkında imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınır. Bu nisaba ilk toplantıda ulaşılamadığında, ikinci toplantıda da aynı nisab aranır (TTK m. 421/ 3 b, m. 4).

İsviçre hukukunda, oyda imtiyaz tanınmasında, oy hakkında imtiyazlı payın nama yazılı olması, bedelinin tamamen ödenmiş olması, oyda imtiyazsız, yani adi payların toplam itibari değeri, oyda imtiyazlı payların toplam itibari değerinin 10 katını aşmamalıdır (İsviçre BK m. 693/ 1)⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1189.

⁴⁸⁸ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 317.

⁴⁸⁹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1179.

⁴⁹⁰ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 318; Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, s. 357.

3. Oy Hakkında İmtiyazın Kullanılmadığı Kararlar.

TTK m. 479/ 3' de oyda imtiyazın esas sözleşme değişikliği ile ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlarda kullanılmayacağı belirtilmiştir. 6335 Sayılı Yasa m. 43 ile işlem denetçilerinin seçimine ilişkin bent, düzenlemeden çıkarılmıştır.

Hüküm gerekçesinde, oyda imtiyazın etkisizleştiği kararlar sadece önem kriterine göre değil, aynı zamanda oyda imtiyazın hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olmak amacıyla göre belirlendiği belirtilmiştir⁴⁹¹.

İmtiyazlı oyun, hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasının engellenmesi amacıyla, esas sözleşme değişikliği ile ibra ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin genel kurul oylamalarında imtiyazlı paylar geçersiz olur; her pay eşit oy hakkına sahip olur⁴⁹².

Öğretide, TTK m. 479/ 3 düzenlemesinin numerus clausus olduğu; hükümde geçen ' sorumluluk davası ' şeklinde genel bir ifade kullanıldığı için, sınırlamayı sadece yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davalarına özgülemek olanağı olmadığı görüşü ileri sürülmüştür⁴⁹³.

Sınırlama kuruculara, tasfiye memurlarına, denetçilere ve diğer kişilere karşı açılacak sorumluluk davalarına ilişkin genel kurul kararlarına da uygulanır. Sorumluluk davaları hukuki sonuç doğurabileceğinden, eşitlikçi anlayış gereği, pay sahiplerinin iradelerinin aynı ağırlıkta olmaları gerekmektedir⁴⁹⁴.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin genel kurul kararlarında, oyda imtiyazın geçerli olup olmadığı hususunda açık düzenleme mevcut değildir. TTK m. 134' de belirtildiği üzere, yapısal değişikliğe ilişkin düzenlemelerde hüküm bulunmayan hallerde, AO' lara ilişkin hükümlerin geçerliliği sözkonusu olacaktır. TTK m. 479/ 3 a gereğince, esas sözleşme değişikliğinde imtiyazlı oylar

⁴⁹¹ TTK Gerekçe, m.479, s. 489.

⁴⁹² Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 319.

⁴⁹³ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 319.

⁴⁹⁴ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 319.

kullanılmamaktadır. Dolayısıyla, yapısal değişikliklerde de imtiyazlı oylar kullanılmayacaktır⁴⁹⁵.

Genel kurul kararının alınmasında sermayenin belli bir çoğunluğunun arandığı hallerde de imtiyazlı oyların sınırlanması sözkonusu olabilmektedir⁴⁹⁶. Rüçhan hakkının kısıtlanmasında sermayenin % 60' nın olumlu oyu aranmaktadır (m. 461).

Öğretide, İsviçre BK m. 693/ 3 hükmünde dört bent halinde imtiyazın etkisiz olacağı genel kurul oylamaları sayıldığı belirtilmiştir. Bunlar şirket denetçilerinin seçimi (2008 Tarihli İsviçre BK m. 730); şirket yönetiminin veya bazı işlemlerinin incelenmesi amacıyla bilirkişi atamasında (m. 731/ a / 3); şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının incelenmesi amacıyla özel denetçi seçiminde (m. 697/ a); şirket yöneticileri ve diğer ilgililer hakkında sorumluluk davası açılmasına (m. 752 vd.) ilişkin kararların alınmasıdır⁴⁹⁷.

Ayrıca İsviçre BK m. 704/ 1 hükmünde 8 bent halinde sayılan “ önemli hususlarda ” oy hakkındaki imtiyaz geçerli olmayacaktır. Bu husus, hükümde geçen “ temsil edilen itibari değerdeki payların mutlak çoğunluğu ” ifadesinden anlaşılmaktadır. İsviçre BK m. 704/ 1 hükmünde düzenlenen “ önemli hususların ” TTK m. 479/ 3 hükmündeki “ esas sözleşme ” değişikliğinin karşılığı olduğu ifade edilmiştir⁴⁹⁸.

Öğretide Pulaşlı, İsviçre Federal Mahkemesine ait bir karar incelemesinde; kanunda yer almamakla birlikte, tüm yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davasında, genel kurulun şirketi temsil için kayyum seçiminde de oy hakkında imtiyazın etkisizleşeceğine karar verildiğini belirtmiştir⁴⁹⁹.

1991 Tarihli İsviçre BK m. 693/ 3 kapsamına ibra kararları alınmamıştır. Bu yönden TTK düzenlemesinden farklıdır. Bununla birlikte, ibra kararlarının sınırlama kapsamına alınmamasının, şirket veya pay ya da şirket alacaklılarının aleyhine olumsuz bir sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. İbra kararları, kararı onaylayan veya

⁴⁹⁵ Çoştan, Hülya, s.71.

⁴⁹⁶ Kendigelen, Makalelerim, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, s. 374.

⁴⁹⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1192.

⁴⁹⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1192.

⁴⁹⁹ Bakınız, Urteil 4C. 165/ 2006 = BGE 132 III 707, Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1194.

varlığını bilerek payı iktisap eden pay sahipleri hakkında sonuç doğuracağı için doğrudan zararlara ilişkin sorumluluk davasını hiç etkilemeyecek ve diğer pay sahipleri doğrudan sorumluluk davası açabileceklerdir⁵⁰⁰.

4. Oy Hakkında İmtiyazın Sınırlanması.

Oyda imtiyazlı payların, oy haklarına ilişkin üç sınırlama öngörülmektedir. Sınırlamaya ilişkin 15 oy barajına TTK m. 479/ 2' de açıkça yer verilmesine rağmen diğer ikisi, bu hükmün gerekçesinden tespit edilebilmektedir⁵⁰¹.

Oyda imtiyazlı paylara ait olan, fazla oy hakkı, nisabların esas sermayeye göre tayin edildiği hallerde hiçbir anlam taşımayacaktır. Buna karşılık nisabların oy sayısına göre belirlendiği hallerde fazla oy hakkı önemli olmaktadır.

İsviçre hukukunda farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması ile imtiyaza müsaade edilmiştir. Gizli imtiyaz olarak ifade edilen bu yöntem, TTK düzenlemesinin tam tersidir. 1991 tarihli İsviçre BK m. 693/ 2 hükmünde, nominal değerleri yüksek olan (diğer) payların itibari değerlerinin, nominal değerleri düşük olan oy hakkında imtiyazlı payların itibari değerinin on mislinden fazla olamayacağı öngörülmüştür. Buna göre, sermaye yatırımına orantılı oy hakkında imtiyaz on misli ile sınırlandırılmıştır⁵⁰². Bu yönüyle, İsviçre hukukundaki sınırlamaya ilişkin düzenleme çok daha özel ve belirgindir⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, s. 374.

⁵⁰¹ Bununla birlikte, oy hakkında yoksunluk (TTK m. 436) ve oy hakkının donması (TTK m. 379, m. 398) hallerinde oy hakkının kullanılması sözkonusu değildir. Bu hallerde, oya bağlı imtiyazlar da kullanılamayacaktır.; Oyda imtiyazlı paylara ait olan, fazla oy hakkı, nisabların esas sermayeye göre tayin edildiği hallerde hiçbir anlam taşımayacaktır. Buna karşılık nisabların oy sayısına göre belirlendiği hallerde fazla oy hakkı önemli olmaktadır. Karahan, Sami, s. 98.

⁵⁰² Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 335 vd.

⁵⁰³ Karahan, Sami, s. 98.

a. İtibari Değerin İmtiyazla Uyuşmaması Nedeniyle Sınırlama.

Bu hususta sınırlama, TTK m. 434/ 2 ile getirilmektedir. Anılan hükmün ikinci cümlesinde, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısının esas sözleşmeyle sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir.

Bu hükme ilişkin olarak, TTK m. 479' un gerekçesinde, bazı paylara imtiyaz tanınmış olması durumunda, TTK m. 434/ 1' de ifade edilen, pay sahibinin paylarının itibari değeriyle orantılı olarak oy kullanacağı ilkesinin oyda imtiyazlı paylar yönünden uygulanmayacağı, belirtilmektedir. Buna göre, AO' daki A grubu payın itibari değeri 1 TL., B grubu payın itibari değeri 3 TL.' dir. B grubu paylara 4 oy hakkı imtiyaz tanınmış ise B grubuna dahil her pay itibari değerinden soyutlanarak sadece 4 oy hakkına sahip olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, $3 \times 4 = 12$ oy kullanamayacaktır⁵⁰⁴.

Buna karşılık aynı örnekten hareket edersek, aynı şirkette bulunacak C grubu payların itibari değeri 2 TL. ise, imtiyazlı olmadıkları halde her bir C grubu pay $2 \times 2 = 4$ oy hakkına sahip olacaktır.

b. İmtiyaza İlişkin On Beş Oy Sınırı.

İmtiyazlı paylara ilişkin öngörülen ikinci sınırlama, en fazla 15 sınırlamasıdır. TTK m. 479/ 2 hükmü, paya oy hakkında imtiyaz tanınması halinde kural olarak en fazla on beş oy hakkı tanınabileceğini belirtmektedir.

Hükmün gerekçesinde, bu on beş oy sınırının neye göre öngörüldüğü belirtilmemekle birlikte, zaman içerisinde bu sayının düşürülebileceği ifade edilmektedir. Yine gerekçede, bu kısıtlamanın AO' ları aile şirketi modelinden çıkararak kurumsallaşmayı sağlamak amacıyla oyda imtiyazın terk edilmesi gerektiği; bununla birlikte kurumsallaşmada profesyonel yöneticilerin etkinliğini

⁵⁰⁴ TTK Gerekçe, m. 479, s. 488.

sağlamada araç olabilmesi düşüncesiyle sistemde muhafaza edildiği belirtilmektedir⁵⁰⁵.

Oyda imtiyazda on beş oy sınırlaması, kurumsallaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmaz. Bu iki halde şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumsallaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bunlara bağlı olarak, sınırlamadan istisna edilme kararı vermesi gerekecektir (TTK m. 479/ 2).

On beş oy sınırlaması, kurumsallaşma açısından gerekli ve somut olayın özelliklerinden kaynaklanan haklı bir sebep mevcutsa mahkeme kararı ile kalkabilecektir. Kurumsallaşma gerekçesinin proje ile sunulması gerekmektedir. Haklı neden halinde de mahkeme proje talep edebilecektir⁵⁰⁶. Kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması veya haklı sebebin ortadan kalktığı hallerde bu karar mahkemece geri alınabilecektir.

Haklı sebebin varlığı halinde oyda imtiyaz tanınması; özelleştirmede veya bu nitelikte olmayan blok satışlarda ülkenin stratejik menfaatlerinin korunması, bir şirketin dar boğazdan kurtulması, halk pay sahiplerinin korunması gibi amaçlarla ve iyi işleyebilecek bir mekanizma ile yönetimin profesyonellere bırakılması gerekçesine dayandırılmıştır.

Öğretide, kurumlaşmada, yönetimin sermayedara ve onun mirasçıları yerine profesyoneller bırakılmış sermayenin küçük bir kısmından oluşan paylara ilişkin ise on beş oy sınırının kaldırılabilmesi ileri sürülmüştür⁵⁰⁷. Kanaatimizce, bu bakış açısı ticari uygulama ve ekonomik dinamiklerle uyumsuzdur.

c. Esas Sözleşme İle Adi Payların Sınırlanmasından Doğan Sınırlama.

Üçüncü olarak, TTK m. 434/ 2' de birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısının esas sözleşme ile sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir. TTK m. 479' un gerekçesinde, esas sözleşme ile getirilecek böyle bir sınırlamanın, imtiyazlı payları

⁵⁰⁵ TTK Gerekçe, m. 479, s. 489.

⁵⁰⁶ TTK Gerekçe, m. 479, s. 489.

⁵⁰⁷ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 318.

da etkileyebileceği; çünkü sınırlamanın oyda imtiyazsız paylara özgülenmesine ilişkin bir kuralın ne 434' üncü maddede ne de kanunun başka bir maddesinde yer almadığı, belirtilmiştir^{508 509}.

Kanaatimizce, bu son halde, adi payların oy haklarının sınırlanmasına ilişkin esas sözleşme hükmünde, imtiyazlı payların bu sınırlamadan hariç olduklarının belirtilmesi TTK m. 340 manasında mümkün olacaktır. Gerekçede, sınırlama getirilebilir ifadesinin, sınırlamadan hariç tutulabileceği anlamını da içermektedir.

d. HAAO' larda Bilanço Zararı Nedeniyle Kısıtlama.

Sermaye Piyasası Kanunu, HAAO yönünden, ortaklıkların sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzında mevcut tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır detayda kamuya duyurulması zorunluluğu getirmiştir (SPK m. 28).

Hükmün ikinci fıkrasında, beş yıl üst üste dönem zararı açıklayan HAAO' ların ilk genel kurulu toplantısında, oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazların kalkacağı hükme bağlanmıştır. Ancak faaliyetlerin makul ve zorunlu kıldığı haller bu duruma istisna kabul edilmiştir. Makul ve zorunlu hallerin esasları Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecektir.

Hükmün gerekçesinde, özellikle çoğunlukta olan aile şirketlerinin, sahip oldukları oy ve yönetim imtiyazları nedeniyle, yönetimde atalet ve rahatlığa düşmelerinin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ TTK Gerekçe, m. 479, s.488.

⁵⁰⁹ Çoştan, Hülya, s. 72.

⁵¹⁰ “Ülkemizde çoğunlukla aile şirketlerinin bulunması ve bu şirketlerin özellikle yönetim hakimiyetini kaybetmeme adına çeşitli imtiyazlarla halka açılması sonucu, bu şirketlere sonradan ortak olan yatırımcıların yönetime katılma hakları oldukça sınırlı olmaktadır. Şirketlerin kötü yönetilmesi ve zarar etmesine karşın yönetim kontrolünün değişmeyeceğinin bilinmesi de mevcut yönetimleri atalet ve rahatlığa sevk etmekte, bu da şirketlerin kötü yönetimini sürekli hale getirmektedir. Bu maddede getirilen yenilik ile 6102 sayılı Kanunda halka açık ortaklıklarda yönetim imtiyazını sınırlandıran maddenin bir adım önüne geçilerek, üst üste beş yıl zarar eden ortaklıklarda yapılacak ilk genel kurul toplantısında imtiyazların kaldırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu düzenleme ile imtiyazsız pay sahiplerinin korunması ilkesi gözetilerek; imtiyaza sahip grupların diğer ortakların da menfaatine uygun davranmasının, belirli pay gruplarının aday gösterdiği yönetim kurulu üyelerinin gözetiminin daha etkin bir şekilde yapılmasının ve nihayetinde etkisiz yönetimlerin değiştirilerek şirketi daha iyi yönetecek kişilerin göreve gelmesinin sağlanması amaçlanmıştır.”, Sermaye Piyasası Kurulu, Mevzuat, www. spk. gov. tr/ Mevzuat/, Online, 27. 08. 2014, 12.55.

C. OYDAN YOKSUN İMTİYAZLI PAYLAR.

1. Genel Olarak.

Pay sahibi genel kurulda oy kullanmak suretiyle şirket yönetimine etkiye bulunabilmektedir⁵¹¹. Bu nedenle oy hakkı, pay sahibinin en önemli yönetsel haklarından olarak görülmektedir.

Bununla birlikte, özellikle HAAO' larda, küçük yatırımcıların kara katılımı öncelikli olarak görmeleri, şirket yönetimine ilgisiz davranmaları da mümkün olabilmektedir. Bu durum AO' larda güç boşluğu sorununa neden olmaktadır⁵¹².

Tüm dünyadaki şirketlerin, yüzde altmış beş ile sekseni arasında değişen oranda çoğunluğunun aile şirketi olduğu kabul edilmektedir⁵¹³. Aile şirketlerindeki idari personel genellikle aileden ve akrabalarından temin edilmektedir. Bu tür şirketlerde güvenilirliğin uzmanlıktan önce geldiği ve aile üyeleri mevcut iken aile dışından idari personel almanın hoş karşılanmadığı durumlara rastlanabilir⁵¹⁴. Aile şirketleri, payların kendi ellerinden çıkacağı, yönetiminin başka kimselere kalacağı endişesiyle halka açılmamaktadırlar. Bununla birlikte, şirketin ihtiyacı olan kaynağı bulmakta güçlük çekilmekte ve mali külfeti yüksek kısa ve uzun vadeli kredilerle ve tahvillerle karşılamaktadırlar⁵¹⁵.

AO finansmanının banka kredisi veya tahvil karşılığı borçlanma ile karşılanması durumunda, öngörülen vadelere faiz ödemesi sözkonusu olacaktır. Ortaklığın bilanço zararı açıklamış olması, bu durumu değiştirmeyecektir⁵¹⁶.

Bu tür sorunlar nedeniyle yabancı hukuk sistemlerinde, oydan yoksun imtiyazlı pay senetleri düzenlenmiştir. Özellikle rüçhan hakkı dışında, kar payı, tasfiye payı gibi mali haklarda imtiyazlı oydan yoksun pay senetleri Amerikan,

⁵¹¹ Çeker, Mustafa, s. 5.

⁵¹² Karasu, Rauf, s. 166.

⁵¹³ Ateş, Özgür, Aile Şirketleri: Değişim Ve Süreklilik, Ankara Sanayi Odası, s. 1. , www. aso. Org. tr/ kurumsal/ media/ kaynak/ TUR, Online, 27. 08. 2014, 17. 05.

⁵¹⁴ Ateş, Özgür, Aile Şirketleri: Değişim Ve Süreklilik, Ankara Sanayi Odası, s. 7.

⁵¹⁵ Can, Mustafa, Oydan Yoksun Pay Senetleri, Mevzuat Dergisi, s. 2, Sayı. 67, Temmuz 2003, www. mevzuatdergisi. com/ yazarlar/ Mustafa- can. htm, Online, 27.08. 2014, 19. 07.

⁵¹⁶ Karahan, Sami, s. 101.

İngiliz, Fransız, Alman hukuk sistemlerinde bazı farklılık ve benzerliklerle düzenlenmişlerdir⁵¹⁷.

Oydan yoksun imtiyazlı paylar, her payın oy hakkı bahşeder kuralının istisnasıdır⁵¹⁸. Bu tür paylar oy hakkına sahip olmamakla birlikte, genel kurula katılma, genel kurul kararına karşı iptal davası açma, özel kurulda oy kullanma hakları sözkonusu olabilmektedir. Bu nedenle oy hakkından tamamen soyutlanma sözkonusu değildir. Ayrıca pay sahibi, oy hakkı dışındaki diğer tüm haklara sahip olmaktadır⁵¹⁹.

Türk hukuk sisteminde ilk defa Sermaye Piyasasının Tanzimi Ve Teşviki Hakkında Kanun Tasarısı m. 3/ 3' de HAAO' ın oydan yoksun imtiyazlı pay çıkarabileceği düzenlemiştir; ancak bu tasarı kanunlaşmamıştır⁵²⁰.

Öğretide Karahan, sözkonusu tasarı düzenlemesinin, yeterli nitelikte olmaması gerekçesi ile eleştirmiştir. Yazar, Alman sistemini örnek vererek, oy hakkının bulunmamasını telafi amacıyla öngörülecek karda imtiyazın, birikir nitelikte, yani imtiyazın ödenmeyen kısmının daha sonraki yıllarda da ödenmesinin talep edilebilmesi ile imtiyazlı temettülerin birbirini takip eden iki yıl içerisinde, kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde oy hakkının canlanmasına ilişkin düzenlemenin zorunlu olduğunu savunmuştur⁵²¹.

2. 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' na Göre OYP.

2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 14/ A hükmünde 1992 yılında yapılan yasa değişikliği ile HAAO' ların oydan yoksun pay çıkarabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile AO' lardaki güç boşluğu sorununu çözmek ve küçük yatırımcıya karda veya tasfiyede imtiyaz tanımak suretiyle AO hisse senetlerine ilgilerini artırmak amaçlanmıştır⁵²².

⁵¹⁷ Can, Mustafa, s. 3.

⁵¹⁸ Karahan, Sami, s. 109.

⁵¹⁹ Karahan, Sami, s. 110.

⁵²⁰ Karahan, Sami, s. 122.

⁵²¹ Karahan, Sami, s. 122.

⁵²² Karasu, Rauf, s. 166.

Belirtilen hükme göre HAAO' lar “ esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla, kâr payı imtiyazı sağlayarak, oy hakkından yoksun paylar ihraç edebilir ve bunları temsil eden hisse senetlerini halka arz edebilirler. Oydan yoksun payların ihracı ve bunların sermaye içindeki oranı bu payları temsil eden hisse senetlerine kar payı dağıtımında tanınacak imtiyazın mahiyeti ve oranı, senetlerin şekil, kapsam ve türü, kâr payı imtiyazı dışındaki pay sahipliği haklarında tanınabilecek diğer imtiyazlar ve bunların kullanım esasları ile bu senetlerin halka arz, satış şart ve usulleri Kurul tarafından belirlenir⁵²³.”

SPK' nun yenilenmesi ile 2499 Sayılı SPK 30. 12. 2012 tarihinde mülga olmuştur. Mülga SPK m. 14/ A hükmüne göre çıkarılan Sermaye Piyasası Kurulu' nun seri I, No: 36 tebliği ile oydan yoksun pay ihracı ve bu paylara ilişkin esaslar düzenlenmişti.

Tebliğ ile OYP' nin hamiline veya nama yazılı şekilde ihracı ile pay defterine kaydı; yönetimde bulunan kişiler ile bunların ilişkide bulunduğu kişilere OYP iktisap yasağı; OYP' lara karda imtiyaz ile kar dağıtımının esasları; bedelsiz pay alma hakkının OYP ilişkin olmasına dair düzenleme; AO' ın üç yıl üst üste kar dağıtmaması halinde oy hakkının canlanması; OYP' ne ilişkin özel kurul ve sorumluluk davası hakkı; esas sözleşme düzenlenmek şartıyla, en fazla beş yıllık süre ile sınırlı olmak üzere, sabit veya değişken oranda ortaklık oy hakkına sahip paylarını satın alma veya değiştirme hakkı; kar payı haricinde tasfiye payı gibi diğer hususlarda da imtiyaz tanınma esasları düzenlenmişti⁵²⁴.

⁵²³ www.mevzuat.gov.tr/ MevzuatMetin/ 1. 5. 2499. doc, Online, 27. 08. 2014, 23. 05

⁵²⁴ “Tebliğin m. 4/ e hükmünde, Oydan Yoksun Paylar (OYP), ortaklıkların sermaye artırımını ile ihraç edebilecekleri, oy hakkı hariç, sahibine kâr payından ve istendiğinde bedelsiz pay alma hakkında imtiyaz dışındaki diğer hususlarda imtiyaz ve diğer ortaklık haklarını sağlayan, istendiğinde belirli bir vade veya vadelerde, sabit veya değişken oranda ortaklığın oy hakkına sahip paylarını satın alma ve ortaklık payları ile değiştirme hakkı veren paylar, şeklinde tanımlanmıştır.

Tebliğ düzenlemesine göre, OYP hamiline veya nama yazılı şekilde ihraç edilebilir. Ancak nama yazılı OYP için eTK'nın 418 (TTK m. 493) inci maddesi hükmü uygulanmaz ve yönetim kurulu bu payları pay defterine kayıttan imtina edemez.

OYP'nin itibari değeri, oy hakkı bulunan payların itibari değerine veya farklı itibari değerler varsa bunlardan herhangi birine eşit olmalıdır.

Tebliğ ile ortaklığın, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri, murahhas müdür, genel müdürleri ve yardımcıları, yetki ve sorumluluk bakımından belirtilen görevlere benzer görevde bulunan kişiler ile bu kişiler veya ihraççıların yönetim veya denetim veya sermaye bakımından ilişkili bulunduğu diğer teşebbüs ve şahıslar OYP'yi iktisap yasağı düzenlenmiştir.

OYP ihracı için AO esas sözleşmesinde OYP'ye kâr payından ve istendiğinde bedelsiz pay alma dışındaki diğer hususlarda imtiyaz tanınması ve kâr payında imtiyaz oranının gösterilmesi zorunludur.

Belirli bir vade veya vadelerde ve sabit veya değişken oranda ortaklık paylarını satın alma hakkı veren OYP'yi ihraç edebilmek için birinci fıkrada yer alan hususların yanında, esas sözleşme ile

3. TTK Ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' nda OYP.

2008 krizi sonrasında dünya çapında düzenleme alanında yapılan reformlar,gerekse ülkemiz koşullarında meydana gelen değişiklikler de Sermaye

yetkili organa satın alma hakkı içeren OYP ihracı yetkisi verilmesi, ortaklığın kayıtlı sermaye sisteminde olması ve yeni pay alma haklarının kısıtlanmaması gerekir.

Ortaklıkların çıkarabilecekleri OYP'nin itibari değer toplam tutarı, OYP'nin temsil ettiği sermaye tutarı dışındaki ödenmiş veya çıkarılmış sermayeyi geçmemek üzere esas sözleşmelerinde gösterilir. Limitin belirlenmesinde, daha önce ihraç edilmiş OYP miktarı hesaba katılır.

Tebliğ m. 14 ile esas olarak kar payında imtiyaz düzenlenmiştir. OYP sahipleri diğer ortaklarla birlikte, Kanun, ilgili Kurul düzenlemeleri ve esas sözleşmede belirtilen miktarda kâr payı alırlar. Ayrıca OYP sahipleri için, esas sözleşmede gösterilecek oranda kâr payında imtiyaz tanınması zorunludur(m. 14)

OYP sahiplerine, imtiyazlı kâr payları nakden dağıtılır. OYP sahiplerine tanınan imtiyazlı kâr payı dağıtılmadıkça, başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere, çeşitli amaçlarla kurulmuş olan vakıflara ve bu gibi kişi veya kurumlara kârdan pay dağıtılmasına karar verilemez(m. 14/ 2).

Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği ile AO' a, esas sözleşmesinde hüküm bulunmak koşuluyla, OYP sahiplerine bedelsiz pay alma hakkındaki imtiyazlar dışındaki diğer hususlarda imtiyazlar tanıyabileceği düzenlenmişti.

Tebliğ m. 16 düzenlemesinde OYP sahiplerine koruyucu bir hak tanınmıştır. Hükme göre, AO ard arda 3 yıl kâr dağıtamazsa veya mevzuat uyarınca izin verilmediği halde, herhangi bir nedenle bir yıl OYP'nin imtiyazına ilişkin kâr dağıtımını yapmazsa, OYP sahipleri, bu durumların kesinleştiği genel kurul toplantı tarihini izleyen yıl, esas sermayeye katılmaları ile orantılı olarak oy hakkını elde ederler ve buna bağlı olarak imtiyazlı bu paylar adı pay haline dönüşür. Bunun için OYP' a satın alma hakkı tanınmamış olması gerekmektedir⁵²⁴.

Ayrıca esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla, belirlenecek bir süre sonunda satın alma hakkı içermeyen OYP, adı paya dönüşebilir. Satın alma hakkı içeren OYP'lere ilişkin bu Tebliğ'in 12 nci maddesi hükmü saklıdır.

OYP sahiplerinin, sermaye artırımında, sermaye payları oranında yeni pay alma hakları vardır. Ancak bu hak OYP almaya ilişkindir. Bu nedenle, esas sözleşmede, OYP veya oy hakkına sahip pay ihraçlarında, OYP sahiplerinin yeni pay alma haklarına ilişkin esaslar düzenlenebilir. Esas sözleşmede bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde, ortaklıkların sermaye artırımlarında, OYP sahiplerinin esas sermaye içindeki payını korumak üzere OYP ihraç etmeleri esas olup, bu durumda, OYP ve oy hakkına sahip paylar kendi içlerinde yeni pay alma haklarını kullanırlar.

Bunun yanında, iç kaynaklı sermaye artırımlarında OYP sahipleri, artırım tarihindeki sermaye payları oranında bedelsiz OYP alma hakkına sahiptirler.

AO, esas sözleşmesinde hüküm bulunmak ve izahname ve sirkülerde ilan edilmek koşuluyla, iç kaynaklardan sermaye artırımlarında, oy hakkına sahip bedelsiz pay da verebilir. Bu durumda OYP sahiplerine tanınan imtiyazlar, bedelsiz pay alma hakkında geçerli değildir.

Tebliğde düzenlenen sistem uyarınca, OYP sahiplerinin, oy hakkı dışındaki bilgi alma, genel kurula katılma hakları devam etmektedir. Ancak, genel kurul nisaplarında OYP' lar hesaplanmaz ve tabii ki, oy kullanamazlar⁵²⁴.

Bununla birlikte, OYP sahipleri özel bir kurul oluştururlar. OYP sahiplerinin haklarını değiştiren veya ortadan kaldıran ya da ihlal eden genel kurul kararları aleyhine, özel kurul toplantı tutanağına muhalefetini yazdıran OYP sahibi, gerektiğinde OYP sahipleri özel kurul kararları için iptal davası açabilir ve genel kurul kararının iptali için dava açılmak üzere, keyfiyeti yönetim kurulu üyeleri ve denetçilere bildirir(eTK m. 389).

Kayıtlı sermaye sisteminde, OYP sahipleri yönetim kurulu kararları aleyhine de iptal davası açabilirler.

Tebliğ ile OYP sahipleri doğrudan veya dolaylı olarak uğradıkları zararların tazmini için yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri aleyhine sorumluluk davası açma hakkı da tanınmıştır.

Son olarak, Tebliğ ile OYP sahiplerinin, azınlık hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir(m. 23) ” , www.resmigazete.org.tr/eskiler/2009/01/21, Online, 27. 08. 2014, 23. 45.

Piyasası Kanunu'nda kapsamlı bir değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya ıkarmıştır⁵²⁵. Ayrıca 6102 Sayılı TTK hazırlanması, Sermaye Piyasası Kanunu'nun TTK Tasarısına uyumlu hale getirilmesini zorunlu kılmıştır⁵²⁶.

Bu gerekçeyle hazırlanan 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 30. 12. 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni kanunda, mülga 5499 Sayılı SPK m. 14/ A hükmüne yer verilmemiştir. Yasa gerekçesinde de bu hususa ilişkin açık bir gerekçe yer almamaktadır.

TTK m. 434/ 2 hükmü ile AO' larda her payın en az bir oy hakkı vardır. Yasa ile asgari oy ilkesi vazgeçilmez bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu emredici hüküm nedeniyle esas sözleşmede aksine düzenleme yapılamaz⁵²⁷. Dolayısıyla, oy hakkından yoksun pay ihdası ve buna ilişkin esas sözleşme hükmü, asgari oy hakkı ilkesine aykırı olacağından, geçersiz olacaktır. TTK m. 447/ a' da, vazgeçilmez nitelikteki asgari oy hakkını sınırlandıran veya kaldıran genel kurul kararlarının batıl olduğu düzenlenmiştir.

TTK m. 340' da, AO' lar yönünden normatif sistemi öngörmüş olmakla birlikte, aynı hüküm ile diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin özel kanuna özgü olarak hüküm doğurmasına izin verilmiştir.

OYP' lara ilişkin 6362 Sayılı SPK' nda mülga m. 14/ A hükmüne yer verilmemesi, HAAO' lar yönünden de esas sözleşme ile OYP düzenlemesini imkansız kılmaktadır.

Öğretide, aile şirketini kuran pay sahiplerinin şirketin kontrolünü kaybetmemek için, sermaye ihtiyacını yüksek mali külfetli kredilerle karşılamaları durumu gerekçe gösterilerek, OYP ıkarma hakkının HAAO' lara ve hatta kapalı AO' a tanınması gereği savunulmuřtur⁵²⁸.

⁵²⁵ Sermaye Piyasası Kanunu Genel Gerekçe, s. 10, [http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01,\(SPK Gereke\)](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01,(SPK%20Gereke)), Online, 27. 08. 2014, 12. 20.

⁵²⁶ SPK Gerekçe, s. 11.

⁵²⁷ Karasu, Rauf, s. 166.

⁵²⁸ Karahan, Sami, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, Batider 1996, C. XVIII, Sayı, 3, s. 30; Aktaş, M. Murat, Oydan Yoksun Hisse Senetleri, Yetkin Yaynevi, Ankara 2006, s. 34, Naklen, Karasu, Rauf, s. 166.

Kanaatimizce, emredici hükümlerle oydan yoksun imtiyazlı pay ihdasının geçersiz sayılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. OYP' ın oy hakkından ayrılması mutlak değildir. Oy hakkının telafisi amacıyla öngörülen imtiyaz hakkının belirli şartlarla ihlali halinde, oy hakkı tekrar canlanabilmektedir⁵²⁹. Başka bir deyişle, oy hakkı tamamen ortadan kalkmamakta, tanınan imtiyaz hakkı karşılığında askıya alınmaktadır. Bu durum, oy hakkının vazgeçilmez hak niteliğini yok etmemektedir.

Bununla birlikte, AO' lar hukukunda ortaya çıkan ihtiyaçlar, OYP' ı gerekli kılmaktadır. SPK ile değişken sermayeli yatırım ortaklıklarında, sermayenin korunması ilkesine karşın, payların itibari değeri bulunmamakta; pay sahibinin talebi ile payın itfası ve bedelinin iadesi mümkün olmaktadır⁵³⁰. Yasa ile değişken sermayeli yatırım ortaklıklarına ilişkin açılımın sözkonusu olmuştur. Bu yaklaşımın OYP yönünden de sergilenmesi yerinde olacaktır.

II. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULU.

1. Genel Olarak.

İmtiyazlı paylara esas sözleşme ile tanınan imtiyazların, sonradan alınacak genel kurul kararı ile kısıtlanması, kaldırılması veya sulandırılması ihtimaline karşı korunması ihtiyacı hukukun gereğidir.

Paylara tanınan imtiyaz haklarının kullanımında yasa ve/ veya esas sözleşme hükmü ile öngörülen etkisizlik halleri de imtiyazlı hak sahiplerinin ihlallere karşı korunma ihtiyacını doğurmaktadır⁵³¹.

İmtiyaz haklarının kısıtlanmasına ilişkin kararlar açık olabilecekleri gibi, sulandırmada olduğu üzere gizli, başka bir deyişle dolaylı da olabilmektedir.

⁵²⁹ Karahan, Sami, s. 110.

⁵³⁰ Ertan, Füsün Nomer, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' nda Kolektif Yatırım Kuruluşları Ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı, www. journals. istanbul. edu. tr/ iuhfm/ article, s. 133, Online, 29. 07. 2014, 15. 07.

⁵³¹ Öğretide, sadece imtiyazlı pay sahiplerine tanınan bu korumanın, adi paylara tanınmaması eleştirilmiştir. Bakınız, Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batider, C. XVII, S. 3, Ankara 1994, s. 47 vd.

Öğretide, sulandırma, imtiyazlılara özgülenmiş bir menfaate daha fazla payın katılması olarak ifade edilmiştir⁵³².

TTK m. 454 ile imtiyazlı payların korunmasına ilişkin, İmtiyazlı Paylar Özel Kurulu düzenlemesi yapılmıştır. Bu hüküm, eTK m. 389 hükmünde, öğreti ve uygulama da dikkate alınarak, bazı değişiklikler sonucu düzenlenmiştir.

Genel kurulun veya yönetim kurulunun yasada belirtilen hususlardaki kararları, imtiyaz haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamaz.

2. Hukuki Niteliği.

AO esas sözleşmesi ile herhangi bir imtiyazın öngörülmesi ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu (İPSÖK) kendiliğinden oluşur. Bu kurulun oluşması için esas sözleşmede veya genel kurulda ayrıca bir karar alınmasına, düzenleme yapılmasına gerek yoktur⁵³³.

İPSÖK bir organ değildir. Ayrıca İPSÖK bir genel kurul olmayıp, aynı imtiyaza sahip pay sahiplerinin birlikte toplandığı bir özel kuruldur⁵³⁴. Öğretide, İPSÖK' un işlev ve yetkisi dikkate alındığında, şirketin bir iç organı olduğu ve sadece kendi imtiyaz haklarıyla ilgili olarak toplanıp karar alabilen, dar kapsamlı bir ' özel nitelikte genel kurul ' olduğu görüşü de savunulmaktadır⁵³⁵.

Bu hususta, eTK m. 389' da ' imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu ' isminin imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu olarak değiştirilmesinden, iç organ veya özel nitelikli genel kurul tanımlamasına imkan olmadığı kanaatindeyiz.

3. Özel Kurulun Onayına Tabi Kararlar.

Genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine dair kararlarıyla yönetim

⁵³² Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

⁵³³ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1207.

⁵³⁴ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

⁵³⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1207.

kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda,... alacakları bir kararla onanmadıkça uygulanamaz (TTK m. 454/ 1).

a. Esas Sözleşme Değişikliği.

Yasanın ilgili hükmü uyarınca, genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararı ile imtiyaz haklarının ihlali halinde İPSÖK onayı gerekmektedir. Buna göre esas sözleşme değişikliğinde, imtiyazlı hak ihlali zorunludur⁵³⁶. Değişiklik kararı imtiyazı kaldırıyor, sınırlıyor, zorlaştırıyor, süreli hale getiriyor veya şarta bağlıyorsa ihlalin sözkonusu olacağı kabul edilmektedir⁵³⁷. Bu durumda, sözkonusu imtiyazlı pay sahiplerinin İPSÖK olarak toplanması ve onayı süreci sözkonusu olmaktadır.

Bu bağlamda, yasa gereği yapılması gereken esas sözleşme değişikliğinde, imtiyazlı payların kaldırılması veya kısıtlanması durumunda, İPSÖK toplantısı ve onayı aranmaksızın esas sözleşme hükümleri tescil ve ilan ile uygulanacaktır⁵³⁸.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme esas sözleşme değişikliğini zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, öğretide, imtiyazlı pay sahiplerinin, yapısal değişikliğe ilişkin esas sözleşme değişikliklerine karşı İPSÖK onayının aranmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³⁹. Yapısal değişiklik nedeniyle, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesine ilişkin TTK m. 140/ 4, m. 161/ 1, m. 183/ 2 hükümleri ile açık koruma öngörülmüştür. Bu nedenle İPSÖK sürecinin sözkonusu olmayacağı savunulmuştur⁵⁴⁰.

Öğretide karşıt görüş uyarınca, TTK m. 140/ 4 hükmünün, devralan şirket pay sahiplerine koruma sağlamadığından, devralan şirket ortaklarının haklarının devir

⁵³⁶ Öğretide, hak ihlali bulunmaksızın onay kararı verilmemesi, hakkın suistimali olarak değerlendirilmiştir. Karayalçın, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar, Ankara 1988 1991, s. 120

⁵³⁷ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

⁵³⁸ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1210.

⁵³⁹ Oruç, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Payların Korunması, Batıder, Aralık 2010, C XXVI, Sayı 4, s.183, 184.

⁵⁴⁰ Çoştan, Hülya, s. 70.

suretiyle birleşmede etkilenmeleri sözkonusu olabilecektir. Bu nedenle devralan şirket ortakları yönünden İPSÖK onayının aranması gerektiği savunulmuştur⁵⁴¹.

b. Sermaye Artışı Hususunda Yönetim Kuruluna Yetki Verilmesi.

Genel kurulun sermaye artışına ilişkin yönetim kuruluna verdiği yetki kararı, kayıtlı sermaye sisteminde sözkonusu olmaktadır. Genel kurulun yetki kararının, imtiyaz haklarını ihlaline karşı İPSÖK onayı gerekmektedir. Örneğin, sermaye artışına ilişkin yetki kararı, yönetim kurulunun yeni imtiyazlı pay çıkarmasını da içermesi durumu bir kısıtlamadır⁵⁴².

Öğretide, kayıtlı sermaye sisteminin kabulünün de İPSÖK onayı gerektirebileceği görüşü ileri sürülmüştür⁵⁴³.

c. Yönetim Kurulunun Sermaye Artırma Kararı.

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlali halinde, kararın uygulanabilmesi için İPSÖK onayı gerekli görülmüştür⁵⁴⁴.⁵⁴⁵

Öğretide, kayıtlı sermaye sisteminde, genel kurulun sermaye artırımına ilişkin yönetim kuruluna yetki kararı yanında tekrardan yönetim kurulunun bu yetkiyi kullanma kararına karşı İPSÖK onayının aranması, gereksiz olmanın ötesinde ilk aşamada verilen onayın ikinci aşama bakımından da geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği veya ikinci aşamada onay verilmesinden kaçınılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalarına neden olacağından, eleştirilmiştir⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ Akbilek, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahipliğinin Korunması 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 192.

⁵⁴² Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

⁵⁴³ Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 27

⁵⁴⁴ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

⁵⁴⁵ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 353.

⁵⁴⁶ Bahtiyar, Mehmet, Makalelerim I, Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s.176; Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 353.

HAAO' lar yönünden, kayıtlı sermaye tavanı dahilindeki sermaye artırımında İPSÖK kararının aranmayacağı SPK m. 18/ 4' de açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, yönetim kurulu kararlarına karşı, yönetim kurulu üyeleri veya hak ihlaline uğrayan pay sahipleri, 30 gün içerisinde AO' ın bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinde iptal davası açılacaktır (SPK m. 18/ 6). Bu hükümlerle, yönetim kurulu kararına karşı, yasa koyucu koruma öngörmüştür.

d. Tasfiye Kararından Dönme Sorunu.

AO' ın tasfiye sürecine girmesi ile organlarının yetkileri, tasfiye amacı ile sınırlı hale gelir⁵⁴⁷. Öğretide, tasfiyeye girmiş bir ortaklığın ehliyeti açıkça tasfiye gayesiyle sınırlanmış bulunması nedeniyle, ortaklığın devam kararı vermesinin tasfiye amacına aykırı olacağı; bu nedenle fesih kararı ve infisahın geri alınmasına yasanın engel olduğu belirtilmiştir⁵⁴⁸.

TTK m. 548 hükmü ile şirket malvarlığının dağıtılmasına başlanmamış olmak kaydıyla genel kurulda sermayenin yüzde altmışı ile karar alınarak şirketin devamına karar verilebileceği düzenlenmiştir⁵⁴⁹.

Bu düzenleme karşısında, tasfiyeden dönmeye ilişkin genel kurul kararı sonucu İPSÖK onayının gerekip gerekmeyeceği sorusu sözkonusu olmaktadır. Ortaklıkta tasfiye payında imtiyazlı pay sahiplerinin bulunması halinde, tasfiyeden dönme kararı ile beklentileri de sonuçsuz kalmış olacaktır.

Hükmün gerekçesinde, tasfiyeden dönme kararının bir esas sözleşme değişikliği kararı olmadığı, bu nedenle esas sözleşme değişikliği yapılması gerekmediği belirtilmiştir⁵⁵⁰. Bununla birlikte, yine gerekçede, tasfiyeden dönme kararının nihai bir karar olduğu, yeni bir hukuki durum meydana gelerek şirketin normal ticari seyrine döndüğü; tasfiyeden dönme kararının, şirket merkezinin

⁵⁴⁷ Yasaman, Hamdi, (Yasaman/ Erdem / Dural/ Ayoğlu/ Altay/ Yusufoglu/ Yüksel), Naklen, Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku, Cilt 2, s. 37.

⁵⁴⁸ Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ve Limited Ortaklıklarda Fesih Kararının Geri Alınması, Teoman' a Armağan, İstanbul 2002, s. 571, 573, Naklen, Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku, Cilt 2, s. 39.

⁵⁴⁹ Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku, Cilt 2, s.38.

⁵⁵⁰ TTK Gerekçe, m. 548, s. 542.

bulunduğu yer ticaret siciline tescil ile tesir icra edeceği belirtilmiştir. Bu tescil kurucudur⁵⁵¹.

TTK m. 548 gerekçesinde, tasfiyeden dönme kararının esas sözleşme değişikliği olmadığı belirtilmesi ile birlikte, dönme kararının tescilinin kurucu olduğu ve bu kararla yeni bir hukuki durum doğduğu da belirtilmektedir. Bu durum, tasfiye payında imtiyazlı pay sahiplerinin, tasfiyenin gerçekleşmesindeki haklarını ihlal eder niteliktedir. TTK m. 355 hükmü ile AO' ın sicile tescil ile tüzel kişilik kazanacağı düzenlenmiştir.

Netice olarak, tasfiyeden dönmeye ilişkin genel kurul kararı, AO' ın kuruluşuna ilişkin esas sözleşme hükmünü tekrar uyandırdığından, esas sözleşme değişikliği niteliğindedir. Bu nedenle tasfiyede imtiyazlı payların oluşturacağı İPSÖK onayı gerektiği kanaatindeyiz.

4. Özel Kurulun Toplanması.

Yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırır. Aksi halde, her imtiyazlı pay sahibi yönetim kurulunun çağrı süresinin son gününden başlamak üzere, on beş gün içinde, bu kurulun toplantıya çağrılmasını şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir (TTK m. 454/ 2).

a. Çağrı Yetkisi.

İPSÖK' na toplantıya çağrı yetkisi, öncelikle yönetim kuruluna verilmiştir. Yönetim kurulunun devredilemez yetkileri TTK m. 375' de sayılmıştır. İPSÖK çağrı yetkisi TTK m. 454/ 2' de düzenlenmiştir.

Öğretide, yönetim kurulunun bu yetkisinin, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin devamı olduğu ve ona yapışık olması nedeniyle, devredilemez nitelikte olacağı belirtilmiştir⁵⁵².

⁵⁵¹ TTK Gerekçe, m. 548, s. 542.

⁵⁵² Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

Çağrı yetkisinin yönetim kuruluna ait olması, aynı zamanda kararın imtiyaz haklarını ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesi yetkisinin de yönetim kurulunda olduğu anlamına gelecektir⁵⁵³.

Yönetim kurulunun bir aylık süre içerisinde çağrı yetkisini kullanmaması ihtimalinde, bu bir aylık süreyi takip eden on beş gün içerisinde imtiyazlı pay sahiplerinden birisinin mahkemeye müracaat ile İPSÖK' na toplantı çağrısı hususunda yetki tanınmıştır.

Öğretide, yönetim kurulunun bir aylık çağrı süresi dolmadan, imtiyazlı pay sahiplerinden birisinin mahkemeye müracaatı halinde, mahkemenin bir aylık süre henüz bitmediği ve dolayısıyla şartlar henüz oluşmadığı için bekleme kararı vermeksizin, derhal talebi red kararı vermesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁵⁴.

Kanaatimizce, TTK m. 454' de düzenlenen sistem uyarınca, İPSÖK' nun toplanamamasının sonuçları ağır olacaktır. İmtiyaz hakkının esas sözleşme hükmü ile tanınmış olması yanında, yasa hükmünün vermiş olduğu koruma hakkının, erken talep yapıldığı gerekçesiyle reddi, hukuk düzeninin sınırları dışında kalacaktır.

b. Süre Ve Şekil.

Hükme göre 'genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde İPSÖK' na çağrı yapılacaktır. Ancak ilanı sözkonusu olan genel kurul kararının belirsizliği eleştiri konusu olmaktadır. Esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının ilan edilmesi tescili sonucunu da kapsayacağından uygulanması gerekecektir. Bu durumda onayın sözkonusu olmayacağı ileri sürülmüştür.

Belirtilen nedenle, hükümde geçen ilan ifadesinin, esas sözleşme değişikliğinin karara bağlanacağı genel kurul toplantısına yönelik çağrı ilanı olması gerektiği belirtilmiştir⁵⁵⁵.

Çağrının şekline ilişkin özel bir düzenleme hükümde yer almamaktadır. Yönetim kurulunun çağrı yetkisinin TTK m. 410 hükmünde doğduğu belirtilmiştir⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

⁵⁵⁴ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1208.

⁵⁵⁵ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 354.

Bu nedenle çağrı şeklinin TTK m. 414 uyarınca yapılması zorunluluğu sözkonusudur⁵⁵⁷.

c. Toplantı Ve Karar Nisabı.

Özel kurul, imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır (TTK m. 454/ 3).

Genel kurulda, imtiyazlı payların sahipleri veya temsilcileri, esas sözleşmenin değiştirilmesine, üçüncü fıkrafta öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılmaz (TTK m. 454/ 4).

Hükmün gerekçesinde, şirketi korumak amacıyla, İPSÖK için özel toplantı ve karar nisabı öngörüldüğü belirtilmektedir. Böylece küçük bir çoğunlukla karar alınmasının önüne geçilmek istenmiştir⁵⁵⁸. Bu özel kurul toplantısı, sermayenin çoğunluğu ile toplanacak ve yine sermayenin çoğunluğu ile karar alacaktır⁵⁵⁹. Hükümde geçen ‘ payların çoğunluğu ’ ibaresinin bu nedenle hatalı olduğu; farklı itibari değerde payları bünyesinde barındıran AO’ larda, payların çoğunluğu, her zaman sermayenin çoğunluğu anlamını taşımayacaktır⁵⁶⁰.

Özel kurul toplantısında, TTK m. 407/ 3 çerçevesinde Bakanlık temsilcisi de hazır bulunur ve tutanağı imzalar (TTK m. 454/ 6). Bu düzenleme sonucu, eTK’ ndaki boşluk açık bir hükümlerle doldurulmuştur⁵⁶¹.

5. Özel Kurul Kararları.

İPSÖK, çağrıya rağmen süresi içinde toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır (TTK m. 454/ 5). Bu durumda genel kurul kararının uygulanabilirliği sözkonusu olacaktır.

⁵⁵⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 99.

⁵⁵⁷ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1208.

⁵⁵⁸ TTK Gerekçe, m. 454/ 3, s. 465.

⁵⁵⁹ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 99.

⁵⁶⁰ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 354.

⁵⁶¹ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 357.

Öğretide, İPSÖK toplantısının yapılmamasının, genel kurul kararının onaylanması sonucuna bağlanması eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız üzere, belirli bir pay grubuna esas sözleşme ile imtiyaz tanındıktan sonra artık korunması gerekenin AO değil, imtiyazlı pay sahipleri olması gerekeceğinden, imtiyazlı pay sahiplerinin toplanmalarına, esas sözleşme değişikliğine onay verdikleri değil, bu değişikliği kabul etmedikleri anlamı yüklenebilmelidir⁵⁶².

Bununla birlikte, özel kurulun belirtilen süre içerisinde ve belirtilen nisablara uygun olarak toplanması sonucu, onaylama kararı alması mümkündür.

Ancak özel kurulun onaylamama kararı alması durumunda; yönetim kurulu, özel kurulun onaylamama kararı aleyhine, karar tarihinden itibaren bir ay içinde, genel kurulun söz konusu kararının pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesi ile, bu kararın iptali ile genel kurul kararının tescili davasını, şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinde açabilir (TTK m. 454/ 7).

Genel kurul kararı, İPSÖK tarafından onaylanmadıkça uygulanamaz. Bu TTK m. 454/ 1' in açık hükmü gereğidir. Bu nedenle belirtilen esas sözleşme değişikliğinin kırk beş günlük süre içerisinde sicile tescili ve ilanı mümkün değildir. Sicil memurunun bu talebi red etmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, İPÖK kararının, genel kurul kararının geçerlilik şartı olmadığı, sadece iç ilişkide imtiyazlı pay sahipleri ile şirket arasında hukuki sonuç doğuracağı ileri sürülmüştür. İPÖK kararı olmadığı müddetçe, ortaklık genel kurul kararı geçerlidir, ancak askıdadır. Bu nedenle uygulanamaz⁵⁶³.

6. Özel Kurul Kararında Husumet.

İPSÖK bir genel kurul olmadığı için davacı veya davalı olamaz⁵⁶⁴. Özel kurulun tüzel kişiliği de bulunmamaktadır.

⁵⁶² Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 355.

⁵⁶³ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1211.

⁵⁶⁴ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 98.

Bu nedenle, İPSÖK toplantısında, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varılırsa karar gerekçeli bir tutanakla belirtilir. Tutanağın on gün içinde şirket yönetim kuruluna teslimi zorunludur.

Tutanakla birlikte, genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını liste ile bu maddenin sekizinci fıkrası hükmü gereği açılacak dava için geçerli olmak üzere ortak bir tebligat adresi de yönetim kuruluna verilir. Tutanak, birlikte verilen bilgilerle beraber tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilir. Bu hükümdeki şartlara uyulmadığı takdirde özel kurul kararı alınmamış sayılır (TTK m. 454/ 3).

Şirket tarafından, özel kurulun ihale gerekçesi tatmin edici bulunmazsa, yönetim kurulu bu kararın iptali ile genel kurul kararının tescili davasını açabilecektir.

Hükümde açıkça belirtildiği üzere, onaylamama kararına karşı davacı AO' luk olmaktadır. Bu davada davalılar ise, İPSÖK kararında esas sermaye değişikliğine olumsuz oy verenlerdir. Davanın tebliği, onay vermeme kararına eklenen listedeki isimler için belirtilen ortak tebligat adresidir. Bu düzenleme ile olumlu oy kullananların gereksiz yere dava edilmesi önlenmiştir⁵⁶⁵.

Öğretide, sadece olumsuz kararların hukuka aykırı olabileceği varsayımından hareketle, olumlu kararlara karşı örneğin karara katılmayan pay sahiplerine iptal davası açma hakkının tanınmaması bir eksiklik olarak eleştirilmiştir⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 1213.

⁵⁶⁶ Kendigelen, Abuzer, TTK Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, s. 357.

SONUÇ.

Sermayesi belirli ve paylara bölünmüş Anonim Şirketlerde, ortaklığa ilişkin her hak ve borç paya dayanır. Payların eşitliği ilkesi kuraldır.

Şirket ilk esas sözleşmesi ile veya esas sözleşmede sonradan yapılacak değişiklikle bir kısım paylara, diğerleri karşısında üstün hak tanınması suretiyle imtiyazlı pay oluşturulması mümkündür.

İmtiyazlı pay oluşturulmasında esas olarak paya ilişkin malvarlığı haklarına imtiyaz tanınması sistem olarak benimsenmiştir. Bununla birlikte grup imtiyazı açık olarak tanınmakla birlikte, azlığa veya belirli niteliğe sahip pay sahiplerini esas alarak imtiyaz tanınmasının kabulü ile paya bağlı imtiyaz ilkesinin istisnasına da TTK düzenlemesinde yer verilmiştir.

Eşit itibari değerdeki paylara, oyda imtiyaz tanınması hususu ayrı bir madde ile düzenlemiştir. Bu düzenleme kapsamında bir paya en çok 15 oy hakkı tanınabileceğine ilişkin sınır öngörülmüştür.

Oy hakkında imtiyaza getirilen 15 oy sınırı, kurumsallaşma veya haklı nedenin Ticaret Mahkemesi nezdinde ispatlanması ile sözkonusu olmayabilecektir.

Kurumsallaşma ve haklı nedenin varlığı halleri, aile şirketi yapısının terk edilmesi ve profesyonel yönetim olarak anlaşılmaktadır. Bu konudaki tercih ve bakış açısının, doktrinde ve uygulamada yeni tartışma ve problemlere neden olacağı kanaatindeyiz.

TTK m. 478/ 2' de kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının ana sözleşmede belirtilmesiyle imtiyazlı pay oluşturulacağı düzenlemesi yeni bir eleştiriyi daha barındırmaktadır.

TTK m. 340' a göre, esas sözleşme bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Bu hüküm

karşısında, TTK m. 478/ 2' de belirtilen, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının esas sözleşme ile nasıl tanınabileceği, yeni bir sorundur⁵⁶⁷.

Öğretide, TTK m. 340' ın esas sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmadığını, sadece belli konularda öngörülen kanun hükümlerinin, esas sözleşme hükümleri karşısındaki önceliğini garanti altına aldığını ileri sürülmüştür. Eğer bir konu hakkında kanun da herhangi bir hüküm yoksa, bu durum, konunun olumsuz şekilde düzenlenmek istendiği anlamına mı geldiği, yoksa ortada gerçekten bir kanun boşluğu mu bulunduğu tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶⁸.

Kanun koyucunun bilinçli olarak düzenleme yapmadığı sonucuna varılması halinde, bu konuda öngörülen esas sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilmelidir. Buna karşılık kanunda düzenleme olmaması, konunun kanunkoyucu tarafından unutulduğu anlamına geliyorsa, bu durumda konunun esas sözleşme hükümleriyle düzenlenmesi mümkündür⁵⁶⁹.

TTK' nun herhangi bir hükmünün, konuyu tahdidi olarak düzenlemediği hallerde; m. 340 hükmü sadece AO' lara ilişkin Kanun hükümlerinden sapmayı yasakladığından, esas sözleşmede kanun hükmüne ilişkin tutanlayıcı sözleşme hükmüne yer verilmesi mümkün görülmektedir⁵⁷⁰. Tamamlayıcı sözleşme hükümleri, emredici hükümlere dokunmamakta, sadece mevcut hükümleri somutlaştırmakta ya da kanun boşluklarını doldurmaktadır⁵⁷¹.

Yasanın, konuyu her yönüyle ayrıntılı ve sınırlayıcı bir biçimde, yani tahdidi olarak düzenlediği hususlarda sapma mümkün olmayacaktır⁵⁷². Bu nedenle kanunda öngörülmediğinden bahisle m. 478/ 2 manasında esas sözleşme düzenlemesi geçersiz olacaktır.

Kanaatimizce, TTK m. 340 gereğince, imtiyazın esas sözleşme ile konu ve kapsamının açıkça belirtilmesi koşulu karşısında, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkının esas sözleşmede düzenlenmesi ile imtiyaz oluşturulması şuan

⁵⁶⁷ Kendigelen, Abuzer, Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, 2. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 383; Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, XII Levha Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul 2012, s. 280.

⁵⁶⁸ Karasu, Rauf, s. 50.

⁵⁶⁹ Karasu, Rauf, s. 50.

⁵⁷⁰ Karasu, Rauf, s. 52,53.

⁵⁷¹ Karasu, Rauf, s. 53.

⁵⁷² Karasu, Rauf, 53.

için mümkün değildir. Normatif sistem buna imkan vermeyecektir. Bu hüküm AO' lar hukukundaki gelişme ile birlikte yeni paya bağlı hakların oluşmasında anlam ifade edecektir. Hukuki gelişmelere imkan verebilmesi yönü ile önemli olabilecektir.

KAYNAKÇA.

Akad, Gül, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Akbilek, Nevzat, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahipliğinin Korunması 1. Baskı, Ankara, 2009

Aktaş, M. Murat, Oydan Yoksun Hisse Senetleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006,

Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler, Fakülteler Matbaası, 1959.

Akıntürk, Turgut, Medeni Hukuk, 8. Bası, Beta Basım Yayım, Ekim 2001 İstanbul,

Ateş, Özgür, Aile Şirketleri: Değişim Ve Süreklilik, Ankara Sanayi Odası, s. 1. ,
www.aso.org.tr/kurumsal/media/kaynak/tur, Online, 27.08.2014, 17.05.

Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 61, 2005.

Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım Yayım, 7. Bası İstanbul 2012.

Bahtiyar, Mehmet, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, (Sempozyum).

Bahtiyar, Mehmet, Makalelerim I, Anonim Ortaklıkta Ayrıcalıklı Pay Sahiplerinin Onay Yetkisi ve Kayıtlı Sermaye Sistemi, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

Biçer, Levent, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye Doktora Tezi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2009.

Bilge, Mehmet Emin, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Temsilci Aracılığıyla Oy Vermede İnternetin Kullanımı, [http : // kazanci.com/ kho2/ hebb/ files/ makale](http://kazanci.com/kho2/hebb/files/makale), online (30.06.2014, 21.31).

Buz, Vedat, İmtiyazlı Payların Sorunları, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım Yayım, 7. Bası İstanbul 2012.

Can, Mustafa, Oydan Yoksun Pay Senetleri, Mevzuat Dergisi, s. 2, Sayı. 67, Temmuz 2003, www.muvzuatdergisi.com/yazarlar/Mustafa-can.htm, Online, 27.08.2014, 19.07.

Çağlar, Hayrettin, Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Turhan Kitapevi, Ankara 2010,

Çamoğlu, Ersin, AO Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, www.Arslanlibilimarşivi.com (04.04.2013, saat 15.30 Online), (Arslanlı Bilim Arşivi).

Çoştan, Hülya, Birleşme, Bölünme Ve Tür Değiştirme Kararları, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Şubat 2013.

Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı Ve Kullanılması, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.

Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, Cilt 1, 4. Bası, İstanbul 2004.

Ertan, Füsün Nomer, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kolektif Yatırım Kuruluşları Ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı, www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article, s. 133, Online, 29.07.2014, 15.07.

Hamamcıoğlu, Esra, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul,

Eriş, Gönen, Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme Ve Şirketler,2.

Eriş, Gönen, Ayrıcalıklı Pay Senetleri II, Yargıtay Dergisi 1979, Sayı 4, Baskı, Ankara 1992.

İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974

Karahan, Sami, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar Ve İmtiyazların Korunması, Kazancı Kitap Ticaret AŞ., İstanbul 1991.

Karahan, Sami, Oydan Yoksun İmtiyazlı Paylar, Batider, 1996, C.XVIII, Sayı 3.

Karahan, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, 1. Bası, Mimoza Yayınları, Aralık 2012.

Karasu, Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Karayalçın, Yaşar, İmtiyazlı Payların Sorunları, , XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996.

Karayalçın, Yaşar, Hukukun Üstünlüğü, Prof. Bedri Gürsoy' a Armağan, AÜ. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi C.47, Sayı 3-4, 1992.

Kaya, Arslan, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul.

Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, XII Levha, 7. Bası 2012 (Değerlendirme Ve Öneriler).

Kendigelen, Abuzer, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul 1999 (Yönetime Katılma).

Kendigelen, Abuzer, Makaleleri 2001-2006 C. 2, Arıkan Basım Dağıtım. Mayıs 2006.

Kendigelen, Abuzer, Makalelerim, Beta, İstanbul 2001, (İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar).

Kendigelen, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, XII Levha 2. Bası, İstanbul 2012.

Kendigelen, Abuzer, İmtiyazlı Paylar, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbes Yıl Makalelerim, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

Kendigelen, Abuzer, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul.

Kendigelen, Abuzer, İsviçre Hukukunda Oy Hakkında İmtiyazlı Paylar, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.

Moroğlu, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler, XII Levha, 7. Bası 2012 (Değerlendirme Ve Öneriler)

Moroğlu, Erdoğan, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996.

Moroğlu, Erdoğan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 1967,

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması, Batider, C. XVII, S. 3, Ankara 1994.

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ve Limited Ortaklıklarda Fesih Kararının Geri Alınması, Teoman' a Armağan, İstanbul 2002.

Nilsson, Gül Okutan, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Gümrük Ve Ticaret Bakanlığı Tebliği, Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Hukuk, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul.

Oruç, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta İmtiyazların Korunması, Batider 2010, C. 26, S.4.

Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı TTK' ya Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II., Adalet Yay. Ankara 2011.

Pulaşlı, Hasan, Erdoğan Moroğluna 65. Yaş Günü Armağani, Anonim Şirketlerde Yönetimde İmtiyaz Ve Buna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemelerinin Anlam Ve Etkisi, s. 566, vd. (Yönetimde İmtiyaz).

Reisoğlu, Seza, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996.

Sermaye Piyasası Kanunu Genel Gerekçe, s. 10, [http:// www. tbmm. gov. tr/ sirasayi/ donem24/ yil01](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01),(SPK Gerekçe), Online, 27. 08. 2014, 12. 20.

Tekil, Fehiman, Şirketler Hukuku Üçüncü Cilt, Otağ Yayınevi Ve Matbaacılık, İkinci Bası, İstanbul 1978 .

Tekil, Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, Tekil Müşavirlik Yayıncılık Ltd., 4. Bası, İstanbul 1993.

Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Tekinalp, Ünal (Poroy,Reha/ Çamoğlu, Ersin), Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul 2010.

Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Payların Sorunları, s. 12(11. HD' nin 1.3. 1995 Tarihli ve 7391/ 1777 Sayılı Kararına ilişkin Değerlendirme ve Görüş).

Tekinalp, Ünal, İmtiyazlı Paylara İlişkin Bazı Sorunlar, XIII. Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996.

Teoman, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, Ankara 1995.

Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, (Oy Hakkından Yoksunluk).

Turanboy, Asuman, 6102 Sayılı Türk Ticarey Kanununun Sermaye Piyasası Bakımından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, 2- 3 Haziran 2011, s. 26, www. Ankarabarusu. Org.tr// ttk-borclar- sempozyumu, Online, 27. 08. 2014, 15.15.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998.

Tüysüz, Mustafa, Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtımı, Makale, www. kazancı. com, Kazancı Hukuk Eserleri Bilgi Bankası, (online 04. 04. 2014, 06.30).

www. mevzuat. gov. tr/ MevzuatMetin/ 1. 5. 2499. doc, Online, 27. 08. 2014, 23. 05.

Yanlı, Veliye, Kar Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme, Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum 15 Aralık 2013 İstanbul, Seçkin Yayıncılık.

Yasaman, Hamdi, Şirketler Hukuku Ve Sermaye Piyasası Hukuku, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (Şirketler Hukuku Cilt 2).

Yasaman, Hamdi (Erdem/ Dural/ Ayoğlu/ Altay/ Yusufoglu/ Yüksel), İsviçre Borçlar Kanunu' nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku' nun Türk Ticaret Hukuku' na Etkileri, İstanbul 2009,

Yeni Türk Ticaret Kanunu, 2. Bası, Seçkin Yayınevi.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, Ankara 2011.

Yıldız, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk Giriş Ve Başlangıç Hükümleri, Savaş Yayınları, 2. Basım, Şubat 1989 Ankara.

ÖZGEÇMİŞ

Mehmet Hanifi Uğurlu, 1968 Kilis doğumludur. İlk ve ortaöğretimini Kilis’ de tamamlamıştır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ nden 1994 yılında mezun olmuştur. İstanbul Barosuna kayıtlı serbest avukatlık yapmaktadır.