



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 6 | Sayı/Issue: 2 | 2021/2

ISSN 2146 - 6203

KATILIM SİGORTACILIĞININ HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

LEGAL EVALUATION OF PARTICIPATION INSURANCE

Prof. Dr. İlhami SÖYLER

THE BANK PAYMENT OBLIGATION (BPO) AND ITS IMPORTANCE IN TURKISH LAW

*BANKA ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (BPO) VE TÜRK
HUKUKUNDAKİ ÖNEMİ*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM

LİMİTED ŞİRKET SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

*AMENDMENT OF THE LIMITED LIABILITY COMPANY
AGREEMENT*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hakan ÇEBİ

7194 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DÜZENLEME SONRASI SERMAYE PİYASASINDA İZİNSİZ HALKA ARZ VE ORTAK SAYISI İTİBARI İLE HALKA AÇIK ŞİRKETLER SORUNUNUN GEÇMİŞLE MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

*A COMPARATIVE EVALUATION OF THE PROBLEM
OF UNAUTHORIZED PUBLIC OFFERING IN THE
CAPITAL MARKETS AND JOINT STOCK COMPANIES
WITH A SHAREHOLDER NUMBER DEEMED TO BE
PUBLICLY-HELD AFTER THE REGULATION WITH
THE LAW NUMBERED 7194*

Dr. Osman Bahadır SİNAN

Dr. Ahmet TOK

ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL TOPLANTI TÜRLERİ VE TOPLANTIYA ÇAĞIRMA USULLERİ

*TYPES OF GENERAL ASSEMBLY MEETINGS IN JOINT
STOCK COMPANIES AND MEETING PROCEDURES*

Öğr. Gör./Assoc. Member Nebile TEKE AKBULUT

LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ ŞİRKET SÖZLEŞMESİ VEYA DAVA YOLUYLA ŞİRKETTEN ÇIKARILMASI

*THE DISCHARGE OF LIMITED
LIABILITY COMPANY'S PARTNERS
BY ARTICLES OF ASSOCIATION
OR LAWSUIT*

Dr. Soner ALTAŞ



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

*This journal is a peer reviewed academical and occupational journal published
three times a year.*

Cilt: 6/Sayı: 2
Volume: 6/Issue: 2
Yıl/Year: 2021

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 6/Sayı: 2
Volume: 6/Issue: 2
Yıl/Year: 2021

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/On Behalf of Istanbul Chamber of
Commerce Publisher and Grant Holder
Şekib Avdagiç

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Responsible Manager: Av./Aal. Nurcan Turan

Danışman ve Basıma
Hazırlayanın Adı/Name of the Legal Yayıncılık A.Ş.
General Counsel and Editing (Sertifika No./Certificate No. 27563)
Company: Tel.: 0 216 449 04 85-86

Basımcının Adı/Printed by: Filmon Baskı Çözümleri A.Ş.

Basıldığı Yer/ İkitelli Organize Sanayi Bölgesi Eskoop
Place of Publication: Sanayi Sitesi B1 Blok No: 35 34490
Başakşehir İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 47634)
Tel.: 0 212 671 57 40

Basım Tarihi/Publication Date: Eylül/September 2021

Yönetim Yeri/Place of İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Management: Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

URL: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Yayın Türü/Type of Publication: Bu dergi yılda üç sayı olarak yayımlanan
yerel, süreli ve hakemli bir hukuk
dergisidir./This journal is a peer
reviewed national law journal published
three times a year.

Basılı ISSN: 2146 - 6203
Online ISSN: 2687 - 1858

Dergiye yapılan atıflarda “**REGESTA**” kısaltması kullanılmalıdır.
*For citations please use the abbreviation: “**REGESTA**”*

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr
İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2021

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Ticaret Odası’nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.
All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Chamber of Commerce.

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

İnternet adresi: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Derginin web sayfası için "<https://ito.org.tr/tr/regesta>" adresini ziyaret edebilirsiniz.

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

DİL EDİTÖRÜ/LANGUAGE EDITOR

Av. Nur ÖZCAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU EDITORIAL and ADVISORY BOARD

- Prof. Dr. Pinar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ (*Özyeğin Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*Yaşar Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Okan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Doç. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Doç. Dr. Fülûrya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAĞ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Emrah KULAKLI (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)

HAKEMLER/REFEREES

Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (*Sakarya Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK (*Yeditepe Üniversitesi*)
Doç. Dr. Oğuz CANER (*Bursa Uludağ Üniversitesi*)
Doç. Dr. Gencay KARAKAYA (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Doç. Dr. Birgül SOPACI (*Marmara Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK AYBARS (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ
PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF
REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.

Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three times a year.

2. Dergi’de yayınlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a journal of law focusing on legal issues concerning law. Articles, case notes and comments, discussions of legislative development, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına, elektronik posta adreslerine ve “<https://orcid.org>” adresinden alınacak ORCID koda ilişkin bilgiler ve fotoğraflı özgeçmişi de editöre ulaştırılmalıdır.

Along with the paper, the following must be submitted to the editor: the name, and the title of the author (authors), his/her institutional affiliation; his/her street address, telephone number (s) where he/she could be easily reached; his/her e-mail address (addresses), and the information about ORCID code which would be obtained through the web address of <https://orcid.org> and CV (should be attached photo)

7. Dergi’ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words.*

8. Dergi’ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **key-words** in Turkish and English that reflect the content of the article.*

9. Dergiye gönderilen makalelerde **atıf dipnotları ve kaynakça** Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) stilinde hazırlanmalıdır.

Citation footnotes and bibliography should be prepared in Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) style in the articles that sent to journal.

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself.*

11. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

12. Dergi'ye ait yeni sayı yayınlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** kopyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each Publisher issue of the Journal will be uploded as a **PDF** file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

13. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author (s) and to the reviewer (s).

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

14. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'na, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

15. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin görüşlerinin farklı olması durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

16. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

REGESTA adlı hukuk dergisi, yılda 3 sayı yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2011 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide, Ticaret Hukuku'na ilişkin akademik makalelerin yanı sıra, ticaret sicili uygulamalarını ortaya koyan çalışmalara yer verilmektedir.

Akademisyenlerin ve ticaret sicilini ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık ve tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyoruz.

Dergimizin etik ilkeleri, yayın ve intihal politikasına ilişkin detaylı bilgilere “<https://ito.org.tr/tr/regesta>” adresinde yer verilmiştir.

Journal of REGESTA is a peer reviewed academic law journal published regularly three times a year, concentrating on issues of academic articles relating to Commercial Law and studies regarding trade registry process. It has been in publication since 2011.

We are persuaded that the academicians' and the specialists' especially the jurists' studies, including different views regarding open-ended and hesitated subjects relating to the trade registry directly or indirectly, will be filled the gap.

Detailed information about our journal's ethical principles, its policy on publication and plagiarism may be found in the following address: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, yerel ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayınlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu İTO olup, Kanunun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için nurcan.turan@ito.org.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by İTO, is a peer reviewed, national, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, İTO is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at nurcan.turan@ito.org.tr

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2021 yılında çıkan ikinci sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser katılım bankacılığı ile birlikte yaygınlaşan katılım sigortacılığına ilişkin Prof. Dr. İlhami SÖYLER'in "*Katılım Sigortacılığının Hukuki Açidan Değerlendirilmesi*" olup; bunun yanı sıra Doç. Dr. Orkun BAYRAM'ın "*The Bank Payment Obligation (BPO) and Its Importance in Turkish Law*", Doç. Dr. Hakan ÇEBİ'nin "*Limited Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi*", Dr. Osman Bahadır SİNAN ve Dr. Ahmet TOK'un "*7194 Sayılı Kanun ile Yapılan Düzenleme Sonrası Sermaye Piyasasında İzinsiz Halka Arz ve Ortak Sayısı İtibariyle Halka Açık Şirketler Sorununun Geçmişle Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi*", Öğr. Gör. Nebile TEKE AKBULUT'un "*Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Türleri ve Toplantıya Çağırma Usulleri*" isimli yazılarına yer verilmiştir. Uzman görüşü bölümünde ise, Dr. Soner ALTAŞ'ın "*Limited Şirket Ortağının Şirket Sözleşmesi veya Dava Yoluyla Şirketten Çıkarılması*" isimli yazısı bulunmaktadır.

Geçen sayımızda başlattığımız ULAKBİM kriterlerine uygun, yabancı dilde kaleme alınmış makale yayınlanması uygulamasına bu sayıda da devam edilmiştir.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 6/Sayı: 2

Yıl: 2021

İÇİNDEKİLER

Makaleler	245
Araştırma Makalesi	
Katılım Sigortacılığının Hukuki Açidan Değerlendirilmesi Prof. Dr. İlhami SÖYLER	247
Banka Ödeme Yükümlülüğü (BPO) ve Türk Hukukundaki Önemi Doç. Dr. Orkun BAYRAM.....	259
Limited Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi Doç. Dr. Hakan ÇEBİ	273
7194 Sayılı Kanun ile Yapılan Düzenleme Sonrası Sermaye Piyasasında İzinsiz Halka Arz ve Ortak Sayısı İtibariyle Halka Açık Şirketler Sorununun Geçmişle Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi Dr. Osman Bahadır SİNAN Dr. Ahmet TOK.....	301
Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Türleri ve Toplantıya Çağırma Usulleri Öğr. Gör. Nebile TEKE AKBULUT	341
Uzman Görüşü	355
Limited Şirket Ortağının Şirket Sözleşmesi veya Dava Yoluyla Şirketten Çıkarılması Dr. Soner ALTAŞ.....	357

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 6/Issue: 2

Year: 2021

CONTENTS

Articles	245
Research Articles	
Legal Evaluation of Participation Insurance <i>Prof. Dr. İlhami SÖYLER.....</i>	247
The Bank Payment Obligation (BPO) and Its Importance in Turkish Law <i>Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM.....</i>	259
Amendment of the Limited Liability Company Agreement <i>Assoc. Prof. Dr. Hakan ÇEBİ.....</i>	273
A Comparative Evaluation of the Problem of Unauthorized Public Offering in the Capital Markets and Joint Stock Companies with a Shareholder Number Deemed to be Publicly-Held After the Regulation with the Law Numbered 7194 <i>Dr. Osman Bahadır SİNAN Dr. Ahmet TOK.....</i>	301
Types of General Assembly Meetings in Joint Stock Companies and Meeting Procedures <i>Assoc. Member Nebile TEKE AKBULUT.....</i>	341
Expert Opinion.....	355
The Discharge of Limited Liability Company's Partners By Articles of Association or Lawsuit <i>Dr. Soner ALTAŞ.....</i>	357

MAKALELER

ARTICLES

* Katılım Sigortacılığının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi
Legal Evaluation of Participation Insurance
Prof. Dr. İlhami SÖYLER

* The Bank Payment Obligation (BPO) and Its Importance in Turkish Law
Banka Ödeme Yükümlülüğü (BPO) ve Türk Hukukundaki Önemi
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM

* Limited Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi
Amendment of the Limited Liability Company Agreement
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hakan ÇEBİ

* 7194 Sayılı Kanun ile Yapılan Düzenleme Sonrası Sermaye Piyasasında İzinsiz
Halka Arz ve Ortak Sayısı İtibariyle Halka Açık Şirketler Sorununun Geçmişle
Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi
*A Comparative Evaluation of the Problem of Unauthorized Public Offering in the
Capital Markets and Joint Stock Companies with a Shareholder Number Deemed to be
Publicly-Held After the Regulation with the Law Numbered 7194*
Dr. Osman Bahadır SİNAN
Dr. Ahmet TOK

* Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Türleri ve Toplantıya Çağırma Usulleri
*Types of General Assembly Meetings in Joint Stock Companies and Meeting
Procedures*
Öğr. Gör./Assoc. Member Nebile TEKE AKBULUT

- Araştırma Makalesi -

**#KATILIM SİGORTACILIĞININ HUKUKİ AÇIDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ***
(LEGAL EVALUATION OF PARTICIPATION INSURANCE)

Prof. Dr. İlhami SÖYLER¹

ÖZ

Evrensel bir nitelik kazanan sigortacılık olgusu; dünyada klasik (konvansiyonel) sigortacılık, karşılıklı (mütuel) sigortacılık ve tekafül (islami sigortacılık) şeklinde uygulanmaktadır.

Klasik sigortacılık; genel olarak batı ülkelerinde, tekafül; İslam ülkelerinde, karşılıklı sigorta ise tüm ülkelerde uygulama alanı bulmaktadır.

Her üç uygulamanın ortak özelliği rizikonun, yani tehlikenin ortaya çıkardığı zararların telafi edilmesidir. Klasik sigorta anlayışı tümüyle ticari gayelerle sürdürülürken, karşılıklı sigorta ve tekafülde yardımlaşma ve dayanışma anlayışı hakimdir. Diğer taraftan karşılıklı sigortada, toplanan primler her alanda değerlendirilirken, tekafülde münhasıran İslami finans araçları ile değerlendirilebilmektedir.

Tekafül uygulamasının ülkemize özgü bir versiyonu olarak tezahür eden katılım sigortacılığının hukuki açıdan ortaya çıkan sorunlarının tartışılması, bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 15.06.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 29.06.2021 tarihinde birinci hakem; 07.07.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi, ilhamisoyler@beykent.edu.tr, ORCID ID: orcid.org 0000-0003-1909-6391

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; SÖYLER, İlhami, “Katılım Sigortacılığının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 247-258.

Anahtar Kelimeler: Sigorta, Karşılıklı Sigorta, Katılım Sigortacılığı, Tekafül (İslami Sigorta)

ABSTRACT

The insurance phenomenon that has gained a universal character; classical (conventional) insurance, mutual (mutual) insurance and takaful (Islamic) insurance are applied in the world.

Classical insurance; generally finds application in western countries, takaful; in Islamic countries, and mutual insurance in all countries.

The common feature of all three applications is the compensation of the risks, that is, the damages caused by the danger. While the classical insurance concept is carried out entirely for commercial purposes, the understanding of mutual assistance and solidarity prevails in mutual insurance and takaful. On the other hand, in mutual insurance, the collected premiums are evaluated in all areas, while in takaful they can be evaluated exclusively with Islamic financial instruments.

The subject of this article is to discuss the legal problems of participation insurance, which manifests itself as a country-specific version of Takaful practice.

Keywords: Insurance, Mutual (Cooperative) Insurance, Participation Insurance, Takaful (Islamic Insurance)

GİRİŞ

İnsanoğlu öteden beri canını, malını ve geleceğini güvence altına alma içgüdüğü ile hareket etmektedir. Bu gayretler tarihi seyir içinde muhtelif güvence vasıtalarını ortaya çıkarmıştır. Bu vasıtalar insanların örf ve adetlerine, ülkenin kültürel yapısına uygun olarak tezahür etmiştir. Avarız sandıkları, ahilik teşkilatları, vakıflar, kooperatifler bu vasıtalar-dan bazılarıdır.

Söz konusu güvence vasıtalarının son halkasını sigorta uygulamaları teşkil etmektedir. Sigortacılık günümüzde adeta hem bir yatırım enstrümanı hem de finans enstrümanı olarak sosyal ve ekonomik hayata yön vermektedir. Sosyal güvenliği de hesaba kattığımızda devasa bir ekonomik büyüklük ortaya çıkmaktadır.

Bu makalede, genel olarak sigortanın mahiyeti (tanımı ve türleri) hakkında bilgi verildikten sonra, İslam sigortacılık anlayışının (tekafül) değişik bir versiyonu olarak ülkemizde uygulanmasına başlanan katılım sigortacılığının hukuki açıdan analizi yapılarak ortaya çıkan sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

1. Sigortanın Mahiyeti

Sigorta, mevcut veya muhtemel risklere karşı kişilerin güvenlik ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkan ekonomik önlem müessesesidir. Zira kişiler yaşadıkları sürece; canlarına, mallarına veya geleceklerine yönelik tehlikeleri bertaraf edecek yol ve yöntemler aramışlardır.²

Belirtmek gerekir ki, sigortanın amacı meydana gelecek rizikolara, hasarlara veya zararlara engel olmak değil, bu hasar veya zararı sigortalılara bölüştürmek, zararı taşınabilir hale getirmektir.³ Zira katılımcı (sigortalı) sayısı arttıkça riziko daha çok bölünerek, hasarın yükü daha küçük parçalara ayrılmaktadır. Buna “Büyük Sayılar Kanunu” denilmektedir.⁴

Sigortanın mahiyeti bağlamında sigortanın tanımı, tarihi süreci ve türlerine değinilecektir.

1.1. Sigortanın Tanımı

Sigorta, günümüzde sadece rizikoların bertaraf edilmesinde başvuru- rulan ekonomik bir güvenlik tedbiri olmanın ötesinde, yatırım, finans ve tasarruf aracı olma rolünü de üstlenmiştir. Sigorta, esasen ileriye görerek önlem alma ve ortak tehlikelere karşı yardımlaşma düşüncesinin bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır.⁵

Sigorta kavramı Latince güvence anlamına gelen “sicurta” sözcüğünden gelmektedir. Kişiler yaşadıkları sürece kendilerine yönelik rizikolara karşı, bir korunma ihtiyacı hissederler. Bu itibarla sigorta, en basit anlamda, ileride meydana gelme ihtimali bulunan tehlikelerden kaynaklanacak zararın giderilmesinin önceden yapılan ödemeler (prim, katkı payı vb.) karşılığında güvence altına alınması anlamına gelir. Bir başka ifade ile sigorta, bir topluluğun belirli rizikolar karşısında birleş-

² İlhami Söyler, *Tüm Yönleriyle Tekafül (İslami Sigorta)* (Adalet Yayınevi, 2018) 5

³ Ercan Duygulu, *Sigorta İşletmeciliği* (Detay Yayıncılık, 2012) 10

⁴ Enver Güvel and Afıtap Güvel, *Sigortacılık* (Seçkin Yayınevi, 2006) 25

⁵ Mustafa Çeker, *Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku* (Karahane Kitabevi, 2004) 1

rek meydana gelecek zararlı sonuçlara karşı koymalarıdır.⁶ Bir diğer tanıma göre sigorta belirli bir prim karşılığında bir kimsenin para ile ölçülebilir, hukukten korunmaya değer menfaatlerine zarar veren bir rizikonun gerçekleşmesi halinde bu zararı karşılayacak tutarda tazminat ödenmesini sağlayan bir sözleşmedir.

1.2. Sigortanın Türleri

Sigorta, birey ve toplulukların; can, mal veya geleceklerine yönelik tehlikelerin mahiyetine (şekli, ölçüsü, maksadı, süresi, konusu vb) göre muhtelif biçimlerde ortaya çıkabilmektedir.

Sigorta ana kategori itibarıyla özel sigortalar ve sosyal sigortalar şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

1.2.1. Özel Sigortalar

Özel sigorta, bireylerin ya da firmaların hususi menfaatlerinin zararına uğraması halinde, bu zararı veya hasarı telafi eden bir sigorta türü olup, kaynağı özel huktur.

Özel sigortalar; kanuni zorunluluklar (zorunlu mali sorumluluk ve DASK gibi) dışında genel olarak isteğe bağlı ve taraflar (sigortalı ve sigortacı) arasında serbestçe akdedilen sözleşmeye dayanır ve genel olarak herkese açıktır.⁷ Özel sigortalar amacı ve konusu bakımından ikiye ayrılır.

1.2.1.1. Amacı Bakımından Özel Sigortalar

Özel sigortalar amacı bakımından sabit primli ve değişken primli özel sigortalar olmak üzere ikiye ayrılır.

1.2.1.1.1. Sabit Primli Özel Sigortalar

Sabit primli özel sigortaya, ticari sigorta da denir. Bu sigorta uygulaması sadece prime dayalı olup; sigortalı başka bir ödeme yapmaz. Sabit primli sigorta uygulaması genellikle anonim şirket şeklinde kurulan

⁶ Şaban Kayhan and Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (Umuttepe Yayını, 2016) 27

⁷ Feridun Kaya and Mehmet Kahya, Sigorta ve Sigortacılık (Beta Yayını, 2017) 26

büyük sermayeli ortaklıklar tarafından sürdürülmektedir. Bu sigorta uygulamasında karlılık esastır.⁸

1.2.1.1.2. Değişken Primli Özel Sigortalar

Değişken primli özel sigorta uygulaması, batılı ülkelerde karşılıklı (mütüel) sigorta, İslam ülkelerinde ise tekafül olarak uygulanmaktadır. Bu sigorta uygulamasında karlılıktan ziyade dayanışma, yardımlaşma amacı daha belirgindir. Karşılıklı (mütüel) sigortacılık veya tekafül, esas itibarıyla kooperatif, dernek veya vakıf gibi tüzel kişilikler tarafından yürütülmektedir. Karşılıklı sigorta, ülkemiz mevzuatına Türk Ticaret Kanunu'nun 1402.maddesiyle girmiş olmasına rağmen, henüz uygulaması bulunmamaktadır.

Tekafül uygulaması ise ülkemizde katılım esaslı sigortacılık veya katılım sigortacılığı şeklinde uygulanmaktadır. Ne var ki ülkemizde faaliyet yürüten 11 tekafül kuruluşunun hepsi de anonim şirket şeklinde kurulan şirketlerden oluşmaktadır. Bunlar da karlılık esasına göre faaliyet yürütmektedirler. Bunların toplam prim üretim tutarı genel sigortacılık prim tutarına oranı %4 civarında seyretmektedir.⁹

1.2.1.2. Konusu Bakımından Özel Sigortalar

Konusu bakımından özel sigortalar üçe ayrılmaktadır.

1.2.1.2.1. Mal Sigortaları

Mal sigortalarına, elementer sigorta da denilmektedir. Konusu taşınır veya taşınmaz mallardır. Tazminat sigortası olarak da bilinen bu sigorta çeşidi, malın zayi olması veya bozulması durumunda oluşan zararları karşılamaktadır. Değeri para ile ölçülebilen haklar da bu sigortanın konusu olabilirler. Hatta alacaklar bile mal sigortalarına konu edilebilmektedir. Mal sigortalarında sigortacı, tazminatı ödedikten sonra sigorta ettirenin üçüncü kişilere karşı sahip olduğu dava haklarını elde etmekte, yani sigortacı (şirket), sigorta ettirenin (sigortalının) halefi olmaktadır. Belli başlı mal sigortası türleri şunlardır;

- Yangın sigortaları,

⁸ İlhami Söyler, 'İslam Düşüncesinde Sosyal Güvenlik' (Mart 2021) (2) İş ve Sosyal Güvenlik Atölyesi e-Dergisi, 14

⁹ İbid

- Nakliyat sigortaları,
- Mühendislik sigortaları,
- Tarım sigortaları,
- Doğal afet sigortaları,
- Kaza sigortaları (trafik, kasko vb.).

1.2.1.2.2. Hayat Sigortaları

Hayat sigortaları, insanların kazaen ölümü, malul duruma düşmesi veya belirli bir süre sonra yaşlanması gibi rizikolara karşı yapılan can sigortası türüdür.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1487.maddesinde hayat sigortası şu şekilde tanımlanmıştır:

“Sigortacı, belli bir prim karşılığında sigorta ettirene veya onun belirlediği kişiye, sigorta ettirenin ölümü veya hayatta kalması halinde, sigorta bedelini ödemeyi üstlenir.”

Hayat sigortasında, hayatı sigorta edilen kişi, eğer primin ödenmesinden önce ölmüşse, sigorta sözleşmesi geçersiz olur.

Hayat sigortaları aşağıdaki sigorta türlerini kapsar:

- Hayat sigortası,
- Evlilik ve doğum sigortası,
- Sermaye itfası sigortası,
- Yatırım fonlu sigorta,
- Bireysel emeklilik sigortası.

1.2.1.2.3. Sorumluluk Sigortaları

Sigortalının üçüncü kişilere vereceği zararlar neticesinde karşılayacağı tazminat taleplerini sigorta şirketlerinin üstlendiği sigorta dalıdır. Bu sigorta türü, sigorta ettirenin sorumluluğu kapsamındaki eylem ve kazalardan dolayı üçüncü kişilerin mal veya canlarında oluşturduğu zararları tazmin etmektedir. Sorumluluk sigortası ile sigortalı, sorumluluğu kabul etmekte, ancak bunun neticesi olan zararı karşılama veya tazminat ödeme borcundan kurtulmaktadır.

Sorumluluk sigortaları, zarar (tazminat) sigortaları kapsamında yer almakla birlikte, bedeni tazminatları da içermesi nedeniyle bir anlamda mal ve can sigortalarını bir poliçede birleştirmektedir. Başlıca sorumluluk sigortaları türleri aşağıda sıralanmıştır:

- Tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası,

- Özel güvenlik mali sorumluluk sigortası,
- Yapı denetimi zorunlu mali sorumluluk sigortası,
- İşveren sorumluluk sigortası,
- Trafik (Zorunlu mali sorumluluk) sigortası.

1.2.2. Sosyal Sigortalar

Sosyal sigortalar, belirli bir topluluk veya meslek grubunun sosyal güvenliğini temin etmek üzere kanunda öngörülmüş ve prensip itibarıyla zorunlu nitelikteki sigortalardır. Sosyal sigortaların kaynağı ise kamu hukukudur.

Sosyal sigortalar, ülkemizdeki iki sosyal güvenlik kuruluşunca sağlanmaktadır.

Bunlardan biri, 5502 sayılı Kanunla kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), kamu görevlilerinin, işçilerin ve kendi adına bağımsız çalışanların emeklilik, yaşlılık, analık, hastalık, malullük ve ölüm gibi durumlarını güvence altına almaktadır.

Diğeri, 4904 sayılı Kanunla kurulan Türkiye İş Kurumu (İŞKUR) ise 4447 sayılı Kanunla öngörülen işsizlik sigortası kapsamındaki kişilerin işsizlik ve kısa çalışma ödeneklerini tediye etmektedir.

2. Katılım Sigortacılığının Tanımı ve Esasları

2.1. Tanımı

Katılım sigortacılığının tanımı 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda veya başka herhangi bir kanunda tanımlanmamıştır. Katılım sigortacılığının tanımı, 5684 sayılı Kanunun ek 1.maddesi ile 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 26.maddesine istinaden çıkarıldığı ifade edilen Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik¹⁰ ile tanımlanmıştır. Ne var ki bu yönetmelik, Sigortacılık Kanunu açısından dayanaksız, Bireysel Emeklilik ve Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu açısından geçersiz görünmektedir. Zira, 5684 sayılı Kanunun ek 1.maddesi, bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmeliklerin, hangi makam tarafından çıkarılacağını öngörmektedir. Söz konusu kanunda katılım sigortacılığı konusuna hiç değinilmediği gibi, bu konuda yönetmelik

¹⁰ Yönetmelik için bkz., Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik, RG: 19.12.2020/31339.

çıkartılacağı da belirtilmemiştir. Sigortacılık gibi hem bireylerin hem de sigorta kurumlarının hak ve vecibelerini, diğer taraftan da ülkenin makroekonomik dengelerini ilgilendiren bir müessesenin, hukuki dayanağı tartışmalı bir yönetmelikle düzenlenmesi doğru bulunmamaktadır.¹¹ Diğer taraftan söz konusu yönetmeliğin ikinci dayanağını oluşturan 4632 sayılı Kanunda da katılım sigortacılığı ibaresine yer verilmediği gibi, bu Kanuna göre çıkartılacak yönetmeliğin, Kanunun yürürlük tarihinden (07.10.2001) itibaren altı ay içinde çıkartılacağını öngörmektedir. Oysa bu yönetmelik 19.12.2020 tarihinde çıkartılmıştır. Yönetmelik bu yönüyle de hukuken geçersiz bir düzenlemedir.

Söz konusu yönetmeliğe göre, katılım esaslarına göre yürütülen sigortacılık faaliyeti, katılım sigortacılığı olarak tanımlanmıştır. Aynı yönetmeliğe göre katılım esasları ise sigortacılık veya bireysel emeklilik faaliyetlerinin, bu yönetmelikle öngörülen esaslar dikkate alınarak danışma komitesince belirlenen düzenlemeler olduğu ifade edilmiştir. Bu iki tanımdan hareketle katılım sigortacılığı şöyle tanımlanabilir:

“Sigortacılık veya bireysel emeklilik faaliyetlerinin, yönetmelikle öngörülen esasları dikkate alınarak danışma komitesinin belirlediği hususlar çerçevesinde sürdürülmesidir.”

Tanımda geçen ve yönetmelikle belirlenen esaslar aşağıda özetlenecektir.

2.2. Katılım Sigortacılığının Esasları

Katılım sigortacılığına ilişkin esaslar, üç ana başlıkta incelenebilir. Bunlar genel ve özel esaslar ile diğer esaslardır.

2.2.1. Katılım Sigortacılığının Genel Esasları

Yönetmelikte katılım sigortacılığının genel esasları şu şekilde sayılmıştır:

a. Sigorta şirketinin (sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ile sigorta kooperatifleri) faaliyetlerinin katılım esaslarına uygunluğunun sağlanması ve izlenmesi için kendi bünyelerinde danışma komitesi oluşturması,

b. Şirketce sunulacak ürün ve hizmetlerin danışma komitesinin onayına sunulması,

¹¹ Söyler (n 2) 45

- c. Şirketin tahsilat ve ödemelerinde katılım esaslarına riayet etmesi,
- d. Katılım esaslarına göre faaliyet yürütecek şirketin unvan, sözleşme ve poliçelerinde “katılım” ibaresine yer vermesidir.

2.2.2. Katılım Sigortacılığının Özel Esasları

Yönetmelikte katılım sigortacılığının özel esasları aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

- a. Şirketin, sigortacılık, reasürans, koasürans ve retresyon faaliyeti yürütmesi,
- b. Şirket personelinin katılım finans alanında eğitim ve donanımına sahip olması bağlamında lisans veya yüksek lisans diplomasına sahip olması,
- c. Teknik personel unvanına sahip personelin, Sigortacılık Eğitim Merkezi ve Emeklilik Gözetim Merkezi’nce yapılacak eğitim ve sınavlara katılması,
- d. Şirket dışında kalan Tarım Sigortaları Havuzu, Doğal Afet Sigortaları Kurumu, Güvence Hesabı, Türkiye Motorlu Taşıt Bürosu ile diğer havuz, fon ve benzeri hesapları içinde barındıran kuruluşların yukarıda genel esaslara göre hareket etmesidir.

2.2.3. Katılım Sigortacılığının Diğer Esasları

Katılım sigortacılığına yönelik, genel ve özel esaslar “Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik” ile düzenlendiği halde teferruat niteliğindeki diğer esaslar (danışma komitesinin kuruluş ve işleyişi, katılım uyum biriminin oluşturulması, iç denetim raporları, eğitim, sertifikasyon ve faaliyet ruhsatı gibi) Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme Kurumu (SEDDK) tarafından çıkarılan 01.04.2021 tarihli ve 2021/3 sayılı “Katılım Esaslı Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Genelge” ile düzenlenmiştir. Söz konusu genelgeye göre;

- İslami ilimler, katılım finans, bankacılık veya sigortacılık alanlarından en az lisans düzeyinde mezun ve/veya bu alanlarda deneyim sahibi kişilerden oluşan, bağımsız ve en az üç kişiden teşekkül eden danışma komitelerinin kurulması veya bu hizmetlerin dışarıdan ücretle sağlanması, bu komitenin katılım sigortacılığı yapan şirketlerin ve kuruluşların faaliyetlerinin katılım esaslarına uygunluğuna yönelik bir raporu yıl sonunu izleyen üçüncü ayın sonuna kadar şirket/kuruluş yönetim kuruluna

sunması ve şirket/kuruluş personeline, fıkıh, muamelat gibi İslam hukukuna yönelik eğitim vermesi öngörülmüştür.

- Şirket/kuruluş bünyesinde genel müdüre bağlı olarak katılım uyum birimi oluşturulması, bu birimin her üç ayda bir görev ve sorumlulukları kapsamında yönetim kuruluna ve danışma komitesine raporlama yapması öngörülmüştür.

- İslami ilimler, katılım finans veya finans alanlarından mezun ve bu alanlarda tecrübe sahibi kişilerden oluşan iç denetçiler tarafından yılda en az bir defa iç denetim raporu düzenlenerek bu raporun yönetim kuruluna ve danışma komitesine sunulması öngörülmüştür. İç denetim raporunun yukarıda belirtilen niteliklere sahip, bağımsız denetim firmalarınca da düzenlenmesi mümkün kılınmıştır.

- Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun 2021/3 sayılı Genelgesi kapsamında;

- Uluslararası sertifika eğitimi,
- Ulusal sertifika eğitimi,
- Periyodik olarak yapılacak yenileme eğitimi,
- Danışma komitesi üyelerine verilecek sektörel eğitim,

düzenlenmiştir. Bunlara ilaveten Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmeliğin 8.maddesinin (e) bendinde “*yılda en az bir kez olmak üzere şirket/kuruluş nezdinde katılım esaslarına ilişkin olarak danışma komitesince eğitim verilmesi de öngörülmüştür.*”

- Katılım esaslarına göre faaliyet göstermeyen şirketin, danışma komitesi ve katılım uyum birimi kurması, konu ile ilgili eğitimleri almış personel çalıştırması, esas sözleşmesinde katılım faaliyetlerine yer vermesi ve internet sitesi, form, sözleşme ve yatırım faaliyetlerinde gerekli güncellemeleri yapması kaydıyla mevcut ruhsatlarıyla katılım sigortacılığı yapması uygun görülmüştür.

Ancak, bu düzenlemelerin yer aldığı 01.04.2021 tarihli ve 2021/3 sayılı Genelgenin, hukuken dayanaksız ve geçersiz bir yönetmeliğe dayandığından yok hükmünde olduğu düşünülmektedir.

Bu itibarla, katılım sigortacılığının öncelikle, Sigortacılık Kanunu kapsamına alınarak tanımlanması ve genel esaslarına yer verilmesi, özel esaslarla diğer ayrıntıların ise bu konuya ilişkin çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunan/bulunacak kooperatifler için Kurumlar Vergisi Kanunu ve Kooperatifler için ku-

rumlar vergisi muafiyeti öngörölmüşken, katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunan/bulunacak anonim şirketlerin bundan mahrum bırakılması da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Katılım sigortacılığının emekleme döneminde olduğu kabul edilerek, en azından beş yıllık bir geçiş dönemi için sözkonusu muafiyetin anonim şirketlere de teşmil edilmesi yararlı olacaktır.

SONUÇ

Katılım sigortacılığının hukuki açıdan değerlendirmesinin konu edildiği bu makalede aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

- Makroekonomik açıdan ölkemizin muhtelif düzey ve dengelerini ilgilendirdiği gibi mikroekonomik açıdan da, birey (sigortalı) ve firmaların (sigorta şirketleri) kararlarını etkileyen katılım sigortacılığının yasal alt yapıdan yoksun olması, telafisi imkansız sonuçlara yol açabilecektir. Bu itibarla, katılım sigortacılığının müstakil bir kanunla ya da mevcut 5684 sayılı Sigortacılık Kanununa eklenecek hükümlerle yasal bir zemine kavuşturulması elzem bulunmaktadır.

- Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu(SEDĐK) tarafından çıkarılan “Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik” ise kanuni dayanağını oluşturduğu ifade edilen Sigortacılık Kanunu’nun ek 1.maddesinde “katılım sigortacılığı”ndan bahsedilmemesi nedeniyle hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır. Bu itibarla, ilgili kanunda veya çıkarılacak yeni bir kanunda açıkça katılım sigortacılığının tanımı ve genel esasları belirlendikten sonra, ayrıntıların yönetmelikle düzenleneceğinin açıkça hüküm altına alınması gerekmektedir.

- Keza, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nca çıkarılan 01.04.2021 tarihli ve 2021/3 sayılı Genelge’nin de kanuni dayanağını oluşturduğu ifade edilen, 19.12.2020 tarihli ve 31339 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmeliğın yukarıda açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun olması nedeniyle hukuken yok hükmünde olduğu düşünöldüğünden, önce kanunla sonra da yönetmelikle gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra, genelge çıkarılması gerekmektedir.

- Katılım sigortacılığı faaliyetinde bulunan/bulunacak olan sigorta kooperatiflerine tanınan kurumlar vergisi muafiyetinin, sektörün emekleme döneminde olduğu kabul edilerek en az beş yıllık bir geçiş dönemi

için, aynı alanda faaliyet yürüten anonim şirketlere de sağlanması hakkaniyetin bir gereği olarak görülmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Çeker M, Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku (Karahan Kitabevi, 2004)

Duygulu E, Sigorta İşletmeciliği (Detay Yayıncılık, 2012)

Güvel E and Güvel A, Sigortacılık (Seçkin Yayınevi, 2006)

Kaya F and Kahya M, Sigorta ve Sigortacılık (Beta Yayınevi, 2017)

Kayhan Ş and Bağcı Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku (Umuttepe Yayını, 2016)

SEDDK. Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik <www.seddk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 09.06.2021).

SEDDK. Katılım Esaslı Sigortacılık ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Genelge <www.seddk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 01.06.2021).

Söyler İ, ‘İslam Düşüncesinde Sosyal Güvenlik’ (Mart 2021) (2) İş ve Sosyal Güvenlik Atölyesi e- Dergisi

Söyler İ, Tüm Yönleriyle Tekafül (Adalet Yayınevi, 2018)

- Araştırma Makalesi -

**THE BANK PAYMENT OBLIGATION (BPO) AND ITS
IMPORTANCE IN TURKISH LAW***
(BANKA ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (BPO) VE TÜRK HUKUKUNDAKİ ÖNEMİ)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Orkun BAYRAM**

ABSTRACT

Foreign trade is a concept that has been going on since ancient times. In the historical process, this phenomenon, which started with the exchange method, has become very easy by eliminating the borders between countries with the development of humanity and technology. With the development of foreign trade and the invention of money, the payment methods for the parties who felt the lack of financing. Payment methods consist of collection basis and letters of credit. However, the Bank's Payment Obligation (BPO), which has been developed based on today's conditions and technology, is now included in the payment method. BPO is a new form of payment that enables the realization of trade without requiring any physical document control by automatically matching the buyer and seller information through a computer software program through banks. In this study, issues such as what BPO is, benefits, advantages over other forms of payment and functioning and its place in Turkish Law are discussed.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 03.07.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 31.08.2021 tarihinde birinci hakem; 01.09.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Antalya Bilim Üniversitesi, İİSBF, İngilizce Ekonomi Bölümü Antalya - Türkiye, orkun.bayram@antalya.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/ 000-0001-9958-7822

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; BAYRAM, Orkun, "The Bank Payment Obligation (BPO) and Its Importance in Turkish Law", REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 259-272.

Keywords: Foreign Trade, Bank Payment Obligation, URBPO, Turkish Law

ÖZ

Sınırötesi ticaret, eski çağlardan beri süre gelen bir kavramdır. Tarihsel süreç içerisinde mübadele yöntemiyle başlayan bu olgu, insanlığın ve teknolojinin gelişmesiyle ülkeler arasındaki sınırları ortadan kaldırarak oldukça kolaylaşmıştır. Dış ticaretin gelişmesi ve paranın icadı ile finansman sıkıntısı çeken taraflar için ödeme yöntemleri. Ödeme yöntemleri; nakit ödeme, mal mukabili, vesaik mukabili ödeme, kabul kredili ödeme ve akreditiften oluşmaktadır. Ancak günümüz şartlarına ve teknolojisine göre geliştirilen Banka'nın Ödeme Yükümlülüğü (BPO) artık ödeme yöntemine dahil edilmiştir. BPO, alıcı ve satıcı bilgilerini bankalar aracılığıyla bir bilgisayar yazılım programı aracılığıyla otomatik olarak eşleştirilerek herhangi bir fiziksel belge kontrolü gerektirmeden ticaretin gerçekleştirilmesini sağlayan yeni bir ödeme şeklidir. Bu çalışmada BPO'nun ne olduğu, faydaları, diğer ödeme şekillerine göre avantajları ve işleyişi gibi konuların yanında Türk Hukukundaki yeri ile ilgili bilgiler verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ticaret, Banka Ödeme Yükümlülüğü, URBPO, Türk Hukuku

1. THE BANK PAYMENT OBLIGATION (BPO)

Bank Payment Obligation (BPO) is a new banking product that provides bank security and wide financing opportunities for non-guaranteed payment methods (cash against goods, documents against documents, etc.). In short, BPO brings bank assurance to the open account payment method. BPO is an alternative that can be used by traders who find products such as Letters of credit, standby and bank guarantee which are complex and expensive and do not want to use it for such reasons but also want to benefit from bank security.¹

¹ Carlo de Meijer and Manoj Menon, "Bank payment obligation: The missing link?." (2012) 6 (3) Journal of Payments Strategy & Systems 232, 239

BPO is not a payment method that replaces existing payment methods, it is an alternative instrument that complements existing financing solutions. Although some say BPO is an electronic letters of credit or a simplified letters of credit, it is not entirely correct, it would be more accurate to regard it as a unique method.

BPO is defined in the new ICC Rules (URBPO) as follows; It is an irrevocable and independent commitment that the Obligatory Bank will pay to the Recipient Bank upon entering the data received from the Recipient Bank in electronic environment and comply with the elements (conditions) specified in the Generated Database, that it shall make payment to the Bank and pay the determined amount at maturity².

1.1. Reasons for BPO?

A BPO user achieves faster, paperless, and fully automated processing while reducing risk and securing payment. As a result, the payment system is faster, less complicated and less costly. The following substances can be cited as the reason for the emergence of BPO:

- i. Facilitation of trade
- ii. Electronization
- iii Eliminate paper
- iv. Assurance and simplicity

1.2. Operation of BPO

Although BPO has similarities with letters of credit as its workflow, it has unique features in many points. The most striking point in BPO is the fact that the payment commitment is taking place among the banks. In letters of credit transactions, the supervisor's bank is obliged to pay against the recipient bank. In BPO, the obliged bank enters the payment obligation against the buyer's bank if the data in the Transaction Matching App matches positively and a positive matching report is is-

² Matthew V. Raketti, "The Bank Payment Obligation: A Vehicle for the Electrification of Commercial Letters of Credit?." (2015) Annual Review of International Banking Law & Practice, edited by James E. Byrne, Christopher S. Byrnes, Justin B. Berger 101, 104

sued for both the buyer and the seller's bank. BPO's workflow can be summarized as follows³.

1.3. Established Baseline

The buyer sends an order to the seller. The buyer sends the order information and BPO terms to the bank. The information sent by the buyer and confirmed by the seller is compared in the TMA. Established Baseline occurs if the information matches. The buyer and seller receive a Match Report from their banks.

1.4. Matching

The seller delivers the transport document and invoice information to his bank and sends the seller's bank information to the TMA to match. The buyer receives a match report from his own bank. If there are any mismatched sections, the buyer is invited for consultation. The seller's bank sends information to the seller about the successful match.

1.5. Settlement

The seller sends the documents directly to the buyer so that the buyer can withdraw the goods. The buyer's bank charges the buyer's account at maturity, sends the money to the seller's bank, and the seller's bank credits the seller's account. At this point, it is useful to briefly introduce the parties involved in a BPO transaction:

1. **Seller:** A party responsible for providing goods and services in a BPO transaction.
2. **Buyer:** In a BPO transaction, it is the party to which the goods and services are procured and obliged to pay the price of the goods / services to the seller.
3. **Involved Bank:** It may mean the seller or the bank of the buyer or the liable bank, recipient bank and offering bank.
4. **Submitting Bank:** A bank that presents one or more data sets in the created database.
5. **Obligor Bank:** The bank that initiates the BPO transaction.
6. **TMA:** Transaction matching application

³ Ahmet Çelik, "Dış Ticarete Yeni Dönem-BPO" (2014) Konya Ticaret Odası 1, 3

7. Banking Day: The day in which the banks involved in the BPO transaction will be systematically open at the location where they will carry out the transactions in accordance with URBPO rules.

8. Baseline: The data entered into the TMA system of the buyer and the seller's bank in relation to the trade transaction between the buyer and the seller.

9. Recipient Bank: If a bank acts as a recipient bank in a BPO transaction, it is always obligatory to be the bank of the seller.

10. Established Baseline: The established database is the most important function of the BPO process. Because, in the BPO transaction, the banks commit themselves to payment obligation after the creation of the database.

The buyer's bank sends the data of the commercial transaction and the data of the BPO transaction to the transaction matching application (TMA) as the initial data set. The TMA prepares a suggestion report and attaches the initial data entered by the receiver's bank to the seller's bank in the annex of this recommendation report. If the seller accepts the data in the proposal report delivered to him through his bank, he sends the acceptance declaration to his TMA again through his bank. The TMA automatically compares the data entered by the receiving bank to the accepted data of the seller's bank. If the comparison results in a zero mismatch, the TMA will also send a match report to each relevant bank. This creates a established database, including a BPO transaction.

1.6. Advantages of the Bank Payment Obligation Transaction to the Parties

The biggest advantage BPO provides to buyers is that the time cost is low due to the fact that the transaction is carried out fast and simplified from the bureaucracy. In order to eliminate the exchange rate pressure that the importing companies are exposed to, they must manage the process phases very quickly. Since BPO transactions are not physically examined and all matching is done in the TMA infrastructure, correction operations are performed on the TMA system even if the data sets do not match. Within the framework of an exemplary rule (URBPO 750E), the element of subjectivity disappears because the data sets are compared (matched) in the automated process⁴.

⁴ Geoffrey L. Wynne and Hannah Fearn, "The bank payment obligation; will it replace the traditional letters of credit now, or ever?" (2014) *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 102, 104

In a developing country, the buyer will have to choose the method of cash payment in the import transactions to be carried out until the trust between the seller and the seller is established. In advance payment process, there are many risks for the importer company. The importer company has actually opened a credit to the seller with the advance payment. If the loading does not occur, or does not occur on the desired date, on the other hand, if the desired goods characteristics are not fulfilled, the importing company will be in a difficult situation both in terms of finance and against its own buyers in the supply chain. However, if the buyer chooses the form of payment, it can generate a protection mechanism since it will determine its own terms in the TMA database. This is because the obligor bank enters the payment commitment if the information requested in the TMA database matches. Since BPO trusts both the buyer and the seller, the seller will not hesitate to supply the goods. Thus, sustainability in the supply chain will be ensured and trade will be placed on a solid ground. The buyer will be able to enter more links in the supply chain to be established in the domestic market. Thus, trade volume will increase gradually.

The biggest benefit of the BPO transaction to the seller is the transfer of the credit risk posed by the seller to the buyer to the obligor bank. As a result of a bank's guarantee of payment, the seller can easily access pre-shipment or post-shipment credit sources⁵. BPO reduces the risk of the buyer canceling or changing the order. The buyer has no chance to refuse payment due to complaints about the goods⁶.

Since there is no physical examination of BPO transactions and solutions are provided automatically in the TMA system, the operational costs of banks are reduced and BPOs meet the needs of banks to keep them in the market, thus enabling banks to have more risk relationships with new customers. Banks using the BPO system can offer their customers value-added services such as finance, cash flow management, liquidity, working capital management, and support their reporting. Large bank groups can provide software support to banks that have not yet

⁵ Ömer Özkan, et al. "Is The Letters of credit Losing its Significance? A New Payment Method in International Trade BPO/Bank Payment Obligation" (2014) 3(7) International Journal of Arts and Commerce 50, 52

⁶ Angela Natalia Toso Milos, 'The Bank Payment Obligation: characteristics, similarities and differences with the Documentary Credit' (2021) 18(1) Juridicas 233, 241

installed the BPO operating system and generate revenue from this service⁷.

In addition to the general advantages mentioned above, there are some advantages in terms of payment methods, letters of credit and open accounts.

1.7. Advantages of BPO over Letters of Credit

- i. Data obtained from documents shall be submitted instead of physical documents
- ii. BPO will be faster because physical documents are not used
- iii. Changes can be made easily in much less time
- iv. Financing opportunities will be reached much earlier and easily

1.8. Advantages of BPO over Open Account

- i. Payment risk will be reduced
- ii. Commercial earnings relationship will be facilitated
- iii. There will be collateral for financing

2. UNIFORM RULES FOR BANK PAYMENT OBLIGATION – URBPO AND TURKISH LAW

Although BPO is seen as the equivalent of transactions with a letter of credit, it is neither a competitor of a letter of credit nor a payment method equivalent to a letter of credit. BPO is a new form of payment that combines letter of credit and collection-based payment methods. In this way, it is similar to the BPO version, both with letter of credit transactions and with payment methods based on collection. In order to determine the legal nature of BPO in particular, it is useful to examine the place of transactions with letter of credit in Turkish Law⁸.

Letter of credit, in international commercial relations and especially in contracts subject to the sale of goods, the buyer and the seller to perform their debt duly, that both parties will receive their debt. It is a

⁷ Bong-Soo Lee, "The Role of Bank Payment Obligation under SWIFTNet's Trade Service Utility" (2015) 17(2) International Commerce and Information Review 3, 11

⁸ Abdurrahman Özalp, "Blockchain ve Finansman" (2018) 7(1) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 105, 113

legal relationship that serves to guarantee⁹. In case of disagreement in transactions with letter of credit, the main source used to resolve the dispute is the brochure number 600 published by the International Chamber of Commerce. The brochure number 600 published by the ICC is called Uniform Customs and Practices and all parties to the letter of credit process are expected to act in accordance with this brochure¹⁰.

Although we accept the letter of credit as a special debt relationship, it is not included in any law and there is no law article for the letter of credit. Although it has the characteristics of a special debt relationship, it is not included in the Law of Obligations nor in other laws regulating commercial relations¹¹.

A letter of credit known as Letter of Credit or Documentary Credit in international terminology is a letter of credit. In Article 515 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, the definition of letter of credit is as follows: "A letter of credit is the document that contains the power of attorney of the sender to give money and similar things to a certain person who will benefit from the letter of credit, with or without determining an upper limit to the amount sent. The letter of credit is subject to the terms of the power of attorney and remittance. In the letter of credit given without an upper limit, if the person who will benefit from the letter makes an excessive request that does not clearly comply with the relationship between those who are related to this letter, the person who is sent the letter must notify the sender of the situation and postpone the payment until he receives a reply. The power of attorney given by letter of credit is valid only if it is accepted by the sender for a certain amount."

The most common practice regarding the legal nature of letter of credit transactions, especially in Turkey; If the supervisor comes to the conclusion that there is a conflict between him and the seller due to the

⁹ Sezer Çabri, "Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişkisine Etkisi" (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 615, 628

¹⁰ Demet Özdamar, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Adetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri" (2017) 19(3) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109, 146

¹¹ Seza Reisoğlu, "Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları" (2005) 52 Bankacılar Dergisi 39, 48

sales contract and when he clears the goods from customs after receiving the documents, especially in deferred payment letters of credit, if he concludes that the goods are contrary to the terms of the sales contract, defective, defective or lacking in quantity, the letter of credit bank and the confirming bank will not pay the Turkish Courts. requests an injunction or an injunction and files a lawsuit. It is seen that third parties claiming to be creditors from the beneficiary also resort to the same way¹².

One of the biggest problems encountered in practice is that in a dispute that may occur between the parties in transactions with letter of credit (non-payment of the cost of goods, etc.), the possible "measure decisions" to be taken by the Turkish Courts will not be binding for both the issuing bank and the confirming bank. Because the banks that accept the task of confirming bank in transactions with letter of credit are in the territory of foreign countries, and the legal decisions of the Turkish Courts will not have any effect in these foreign countries.

The International Chamber of Commerce has published a uniform practices brochure for the parties to comply with for BPO transactions as well as for letter of credit transactions. The ICC has published rules governing the BPO, the Uniform Rules for Bank Payment Obligations Publication 750. The URBPO provides the legal basis for handling BPO between involved banks. Although BPO is subject to URBPO rules in the payment obligation segment or contract between banks within the data generated, there will be a law to which BPO shall be subject. It may be appropriate to make a dual distinction¹³.

In this case, the applicable law shall be determined in accordance with Article 15 of URBPO. If the parties explicitly refer to the URBPO rules, it is not possible to determine the law applicable to the basis of the dispute arising from the BPO according to Private International Law no 5718. Because there is no situation requiring the application of Private International Law No. 5718¹⁴.

¹² Reisoğlu (n 11) 54

¹³ Nazire Göleç, "Uluslararası Finasta Inovasyon Örneği Olarak Banka Ödeme Yükümlülüğü (BPO)" (2015) 1(2) Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies 103, 112

¹⁴ Nuray Ekşi, "Banka Ödeme Yükümlülüğüne İlişkin ICC URBPO 750E Kurallarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı" (2013) 2(8) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 3, 11

According to Article 15 of the URBPO rules, the law to be applied to a BPO is the law of the location of the branch or office of the liable bank specified in the established data. URBPO is complementary to the law unless it is prohibited by the law applicable to the BPO. If the obliged bank is prevented from fulfilling its obligations in accordance with applicable law and legislation, it is not required to fulfill its obligations arising from BPO and does not assume any liability and responsibility for the resulting problems¹⁵.

Reference to URBPO rules makes these provisions the terms of the contract between the buyer's bank and the seller's bank. The courts and arbitrators shall apply the URBPO rules as a contractual provision. However, in order for URBPO rules to be applied as a contractual provision, the designated state must not be contrary to the mandatory provisions of the law. If these rules are contrary to the mandatory rules, this provision shall be invalid.

In the payment obligation segment within the data generated or in the agreement made between banks, the application of URBPO rules may not be referred. In such a case, the provisions of Article 15 of the URBPO rules are not binding on the parties. In other words, the state law to apply to the BPO relationship between the bank of the buyer and the bank of the seller shall not be determined in accordance with Article 15 of the URBPO rules. In such a case, the Turkish court will characterize the legal relationship between the buyer's bank and the seller's bank, since there is a foreign element in these foreign trade transactions in the case of a lawsuit against the Turkish court.

The legal relationship between the bank of the buyer and the bank of the seller is a guarantee contract. The state law to be applied to the BPO, which is a guarantee contract, shall be determined in accordance with the laws of international private law no. 5718. According to this article, the law of the country to be applied may be chosen by the parties. In cases where there is no legal choice by the parties, the law of the country where the characteristic actor's workplace or habitual residence is located shall apply. In BPO, the characteristic actor is the actor of the buyer's bank. Because the buyer's bank is under payment obligation. However, no law has yet been established for the payment methods or

¹⁵ Jin Ik Chae, "A Study on the Establishment and Application of URBPO 750E" (2013) 60 *The Korean Research Institute of International Commerce and Law* 109, 118

delivery methods used in international trade transactions, neither in the world nor in Turkey. Therefore, as the court cannot find a provision regarding BPO in local laws, the first source of reference will be the principle of *lex mercatoria* as per the legal tradition. However, the customary law applicable to commercial contracts has not yet been formed for the BPO and has not been taken for granted in practice. In this case, a legal vacuum can be mentioned. Because this gap in law cannot be filled with customary law, and a legal gap arises. The only way to resolve the dispute remains for the judge to use the initiative to create law. In disputes between banks in different countries, which state's legal rules will be applied is a very important issue. Because there will be an element of foreignness in cross-border transactions, it is not possible to apply the rules of national law. At this point, the source of reference in disputes with a foreign element is the conflict of laws rules.

CONCLUSION AND SUGGESTIONS

With the development of foreign trade and technology, a new payment method has been added. This form of payment, called the Bank's payment obligation, eliminates physical document controls. One of the most important issues in the BPO is that it has very little usability and is not known by many companies yet.

On the other hand, The Communiqué No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency published in the Official Gazette dated 4.09.2018 and numbered 30525 (Communiqué No: 2018-32/48) ("Communiqué"), which regulates the Bank Payment Obligation, which is one of the payment methods used in export transactions. Subparagraph (ğ) of the second paragraph of Article 3 has been repealed with the Official Gazette dated 28.08.2020 and numbered 31227. The main reason for this regulation is the need for dollars in the domestic market due to the significant depreciation of the Turkish Lira recently. With the abolition of the BPO, it is aimed to bring the foreign currency obtained in the export processes to the domestic market faster without seeking the agreement of the documents between the importer's bank and the exporter's bank. However, if BPO was widely used both in international trade transactions and in domestic trade transactions, it would be possible to combat the informal economy seriously on the one hand, and to channel the corporate-commercial loans extended by the banks to the real sector on the other. It would also be easier for SMEs to access cheap financing.

In this study, theoretical information obtained in order to use and know this payment method more is given. Accordingly, the advantages of BPO over other forms of payment were evaluated. This study is expected to contribute to the literature in order to increase the awareness of BPO.

REFERENCES

Çabri S, Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişkisine Etkisi (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016) 615

Çelik A, Dış Ticarete Yeni Dönem-BPO (Konya Ticaret Odası 2014) 1

Chae JI, A Study on the Establishment and Application of URBPO 750E (The Korean Research Institute of International Commerce and Law 2013) 109

De Meijer C and Menon M, Bank payment obligation: The missing link? (Journal of Payments Strategy & Systems 2012) 232

Ekşi N, Banka Ödeme Yükümlülüğüne İlişkin ICC URBPO 750E Kurallarının Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı (Banka ve Finans Hukuku Dergisi 2013) 3

Göleç N, Uluslararası Finansta Inovasyon Örneği Olarak Banka Ödeme Yükümlülüğü (BPO) (Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies 2015) 103

Lee BS, The Role of Bank Payment Obligation under SWIFTNet's Trade Service Utility (International Commerce and Information Review 2015) 3

Özalp A, Blockchain ve Finansman (Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 2018) 105

Özdamar D, Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Adetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017) 109

Özkan Ö, et al, Is The Letters of credit Losing its Significance? A New Payment Method in International Trade BPO/Bank Payment Obligation (International Journal of Arts and Commerce 2014) 50

Raketti MV, The Bank Payment Obligation: A Vehicle for the Electrification of Commercial Letters of Credit? (Annual Review of International Banking Law & Practice, 2016) 101

Reisoğlu S, Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları (Bankacılar Dergisi 2005) 39

Toso Milos AN, The Bank Payment Obligation: characteristics, similarities and differences with the Documentary Credit (Juridicas 2021) 233

Wyane GL and Fearn H, The bank payment obligation; will it replace the traditional letters of credit now, or ever? (Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 2014) 102

- Araştırma Makalesi -

LIMITED ŞİRKET SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ*

(AMENDMENT OF THE LIMITED LIABILITY COMPANY AGREEMENT)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Hakan ÇEBİ**

ÖZ

Limited şirket ülkemizde en çok görülen şirket türüdür ve sayısı her geçen gün artmaktadır. Limited şirketle ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanununda 2006 yılında ve Alman Limited Şirketler Kanununda 2008 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununda da limited şirketle ilgili köklü değişiklikler yapılmıştır. Yeni Ticaret Kanununda düzenleme yapılırken esas itibarıyla İsviçre Borçlar Kanununda 2006 yılında yapılan değişiklikler esas alınmıştır. Ancak, bu kanunda limited şirketin karma şirket özelliği korunmasına karşın, Ticaret Kanununda limited şirket sermaye şirketine yaklaştırılmıştır. Limited şirket faaliyete geçtikten sonra çeşitli nedenlerle sözleşmesini değiştirme ihtiyacı duyabilir. Mevzuatta yapılan değişiklikler, piyasa koşulları veya yeni şartların ortaya çıkması sözleşme değişikliğini gerekli kılabilir. Şirket sözleşmesindeki her türlü değişiklik, sözleşme değişikliği niteliğindedir. Sözleşmeye yeni hükümler eklenmesi, var olan hükümlerin kaldırılması veya sözleşmedeki hükümlerin değiştirilmesi bu kapsamdadır. Sözleşme değişikliği önemi nedeniyle kanunda özel olarak düzenlenmiş ve ayrı bir usule bağlanmıştır. Sözleşme değişikliği, genel ve özel söz-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 25.07.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 12.08.2021 tarihinde birinci hakem; 13.08.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Kocaeli Üni. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, hakancebi@yahoo.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-2157-7346

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; ÇEBİ, Hakan, “Limited Şirket Sözleşmesinin Değiştirilmesi”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 273-300.

leşme değişikliği olarak ikiye ayrılır. Sermayenin artırılması veya azaltılması özel sözleşme değişikliği teşkil eder.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Sözleşme Değişikliği, İmtiyaz, Sermaye Artırımı, Azaltımı

ABSTRACT

Limited liability company is the most common type of company in our country and its number is increasing day by day. Regarding the limited liability company, important changes were made in the Swiss Code of Obligations in 2006 and the German Limited Liability

Companies Law in 2008. In the New Turkish Commercial Code No. 6102, radical changes were made regarding the limited liability company. The amendments made in the Swiss Code of Obligations in 2006 were essentially based on the amendments made in the New Commercial Code. However, although the mixed company feature of the limited liability company is preserved in this law, the limited liability company is closer to the capital company in the Commercial Code. The limited liability company may need to change its contract for various reasons after it commences. Changes in legislation, market conditions or the emergence of new conditions may require a contract change. Any change in the Company's contract is a change in the contract. This includes adding new provisions to the contract, abolishing existing provisions or changing the provisions in the contract. Due to the importance of the amendment of the contract, it is specifically regulated in the law and is subject to a separate procedure. Contract amendment is divided into general and private contract amendments. Increasing or decreasing capital constitutes a special contract change.

Keywords: Limited Liability Company, Contract Amendment, Privilege, Capital Increase, Reduction

GİRİŞ

Limited şirket faaliyete geçtikten sonra çeşitli nedenlerle sözleşmesini değiştirme ihtiyacı duyabilir. Mevzuatta yapılan değişiklikler, piyasa koşulları veya yeni şartların ortaya çıkması sözleşme değişikliğini

gerekli kılabilir. Şirket sözleşmesindeki her türlü değişiklik, sözleşme değişikliği niteliğindedir. Sözleşmeye yeni hükümler eklenmesi, var olan hükümlerin kaldırılması veya sözleşmedeki hükümlerin değiştirilmesi bu kapsamdadır¹.

Sözleşme değişikliği önemi nedeniyle kanunda özel olarak düzenlenmiş ve ayrı bir usule bağlanmıştır. Sözleşme değişikliği, genel ve özel sözleşme değişikliği olarak ikiye ayrılır. Sermayenin artırılması veya azaltılması özel sözleşme değişikliği teşkil eder.

Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe, genel kurul şirket sözleşmesinin bütün hükümlerini değiştirebilir. Genel kurulun sözleşmeyi değiştirme yetkisi, emredici hükümlerle, şirket sözleşmesiyle, dürüstlük kuralıyla, limited şirketi temellendiren ilkelerle ve ortakların müktesep ve vazgeçilmez haklarıyla sınırlıdır².

I. DEĞİŞİKLİK USULÜ

A. Değişiklik Metninin Hazırlanması

Değişiklik metninin hazırlanması müdürlerin görevidir. Değişiklik ihtiyacını müdürler duymuş olabileceği gibi, genel kurul da müdürlere belirli konularda değişiklik yapılması talimatını verebilir. Bunun yanında azınlık da sözleşme değişikliğinin gündeme konulmasını ve genel kurulda görüşülmesini isteyebilir. Münferit ortaklar ise, müdürlere sözleşme değişikliği önerileri sunabilirler.

B. Yetkili Organ

TK 616/I a uyarınca şirket sözleşmesini değiştirme yetkisi münhasıran genel kuruldadır. Bu yetkinin başka bir organa veya kişiye devredilmesi mümkün değildir.

Kanunda sözleşme değişiklikleri için farklı yetersayılar öngörülmüştür. TK 589/I'de sözleşme değişiklikleri için genel bir karar yetersayısı, TK 621'de önemli sözleşme değişiklikleri için karar yetersayıları, TK 607'de ise ek ve yan edim yükümlülükleri için yetersayılar düzen-

¹ Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (Arıkan Yayıncılık 2007) 111; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, (Seçkin Yayınevi 2017) 183

² Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II (13th edn, Vedat Kitapçılık 2017) N. 1730; Yıldız (n 1) 112; Şener (n 1) 186-187

lenmiştir. TK 589/I'e göre, aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde, şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların oylarıyla değiştirilebilir³. TK 621'de ise, sözleşme değişikliği gerektiren bazı önemli kararların temsil edilen oyların en az 2/3'ünün ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğuyla alınabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, şirket sözleşmesinde yer alan ve TK 621'de⁴ düzenlenen hususlar değiştirilecekse, bu maddedeki yetersayılar aranacak, diğer sözleşme değişiklikleri için TK 589'daki yetersayı geçerli olacaktır⁵. TK 607'ye göre, şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir.

Kanunda öngörülen yetersayılar şirket sözleşmesiyle ağırlaştırılabilir, buna karşılık azaltılamaz. Ağırlaştırma bütün sözleşme değişikliklerini kapsayabileceği gibi, bazı sözleşme değişikliklerini de kapsayabilir (sermaye artırımı veya azaltımı gibi). TK 621/II'ye göre, kanunda belli kararların alınabilmesi için ağırlaştırılmış yetersayılar aranıyorsa, bunu daha da ağırlaştıracak şirket sözleşmesi hükümleri, ancak şirket sözleşmesinde öngörülecek çoğunlukla kabul edilebilir.

³ Alman hukukunda GmbHG 53/II'ye göre, şirket sözleşmesini değiştiren kararlar verilen oyların dörtte üç çoğunluğu ile alınabilir. İsv.BK. 808b'de sayılan, şirket merkezinin ve konusunun değiştirilmesi, oyda imtiyazlı esas sermaye payı öngörülmesi, esas sermaye paylarının devrin sınırlandırılması, yasaklanması ya da kolaylaştırılması ve esas sermaye artırımı kararının alınabilmesini gerektiren sözleşme değişikliğinde temsil edilen oyların en az üçte ikisinin olumlu oy vermesi ve bunların da esas sermayenin salt çoğunluğundan aşağı olmaması gerekir. Diğer esas sözleşme değişikliklerinde İsv.BK. 808'de öngörülen olağan karar yetersayısı, yani toplantıda temsil edilen oyların mutlak çoğunluğu yeterlidir.

⁴ Şirketin işletme konusunun değiştirilmesi, oyda imtiyazlı esas sermaye payları öngörülmesi, esas sermaye paylarının devrinin sınırlandırılması, yasaklanması veya kolaylaştırılması, esas sermayenin artırılması, şirket merkezinin değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri için TK 621'de düzenlenen yetersayılar aranır.

⁵ TK 621'de çifte karar yetersayısı aransa da, TK 589'da düzenlenen karar yetersayısı daha ağırdır. Bu nedenle önemli görülen ve ayrı düzenlenen bazı değişiklikler, önemli olarak nitelendirilmeyen şirket sözleşmesi değişikliklerinden daha az bir karar yetersayısıyla gerçekleştirilebilecektir. Yetersayılar konusundaki bu uyumsuzluğun temel nedeni TK 621 hükmü İsv.BK.'dan alınırken, ETK'dan aktarılan TK 589 hükmünün de korunmuş olmasıdır. Halbuki İsv.BK.'da sözleşme değişikliğine ilişkin özel bir yetersayı öngörülmemiş, eski düzenlemedeki yetersayıya ilişkin hüküm tamamen kaldırılmıştır. Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd edn, Onikilevha Yayıncılık İstanbul) 534-535

C. Değişikliğin Tescil ve İlanı

Sözleşme değişikliklerinin tescil ve ilan edilmesi gerekir (TK 589/II). Müdürler bir dilekçe ile şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret sicil müdürlüğüne başvurarak tescil talebinde bulunmalıdırlar. Sözleşme değişiklikleri iç ilişkide genel kurul kararının alınmasıyla, dış ilişkide ise tescille geçerli olur.

II. LİMİTED ŞİRKETTE İMTİYAZ VE İMTİYAZLARIN KORUNMASI

A. İmtiyaz Kavramı

6102 sayılı Kanunda limited şirketlerde de imtiyazlı esas sermaye payları oluşturulmasına izin verilmiştir. TK 576/I c bendine göre, imtiyazlı pay varsa, bunun şirket sözleşmesinde gösterilmesi zorunludur. TK 621/I b uyarınca da, oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının çıkarılması önemli bir karardır. Kanunda bu düzenlemeler haricinde limited şirkette imtiyazlı esas sermaye paylarına ilişkin başka bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir⁶. Nitekim, İsv.BK. 799'da imtiyazlı esas sermaye payları için anonim şirket hükümlerinin limited şirkette de, bu şirket türünün niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir.

İmtiyaz öğretide, ana sözleşmede yer alması zorunlu bir hükümle öngörülen, paya bağlı olan, sermayeye katılma oranına göre üstünlük olarak nitelendirilebilen ve özel korunmadan yararlanan pay sahipliği hakları olarak tanımlanmıştır⁷. TK 478/II'ye göre imtiyaz, kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır. Buna göre, imtiyazlı esas sermaye payından söz edilebilmesi için şirket sözleşmesiyle bazı esas sermaye paylarına, diğer esas sermaye paylarına oranla üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir hak tanınması gerekir.

TK 478/II'de yapılan sayım sınırlayıcı değildir. İmtiyaz, kanunda yer alan pay sahipliği haklarına tanınabileceği gibi, esas sözleşmede (şirket sözleşmesi) yer alması koşuluyla kanunda yer almayan yeni bir pay sahipliği hakkına da tanınabilir. Payın sahibine sağladığı haklar çe-

⁶ Bu yönde Şener (n 1) 192; Hülya Çoştan, Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar, (2012) 4 Ankara Barosu Dergisi 88

⁷ Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz (Beta Yayınevi 1999) 38

şitli açılardan farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu kapsamda yapılan ayrımlardan en yaygını konuya göre yapılan ayrımdır. Pay sahipliği hakları konusuna göre, mali/malvarlığı hakları ve kişisel haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kâr payı, tasfiye payı hakkı, rüçhan hakkı, hazırlık devresi faizi, şirket tesislerinden yararlanma, bedelsiz payları edinme gibi haklar mali hak olarak kabul edilmekte, oy hakkı, genel kurula katılma hakkı, bilgi alma hakkı, özel denetim hakkı ve iptal davası açma hakkı ise, kişisel hak olarak kabul edilmektedir. İmtiyaz kural olarak mali haklara tanınabilir; bunun istisnası oy hakkına da imtiyaz tanınabilmesidir. İmtiyaz, kanunda yer almayan yeni bir pay sahipliği hakkına da tanınabilir. Buna örnek olarak, A grubu payların aylık mizanı veya 3 aylık hesapları inceleme hakkına sahip olmaları, B grubu pay sahiplerinin şirkete ait tatil tesislerinden yılda 10 gün ücretsiz yararlanma hakkına sahip olmaları verilebilir⁸.

1. İmtiyazlı Pay Çıkarılmasında İlkeler

a. İmtiyazın Şirket Sözleşmesinde Öngörülmesi Zorunluluğu

İmtiyaza ilişkin şirket sözleşmesinde mutlaka hüküm bulunması gerekir. TK 576/I c bendine göre, imtiyazlı pay varsa, bunun şirket sözleşmesinde gösterilmesi zorunludur. İmtiyaz ilk şirket sözleşmesiyle veya sonradan şirket sözleşmesi değiştirilerek oluşturulabilir. Sözleşme değişikliğiyle imtiyazlı yeni esas sermaye payları çıkarılabileceği gibi, mevcut esas sermaye payları da imtiyazlı hale getirilebilir⁹. Sözleşme değiştirilerek imtiyaz oluşturulması halinde TK 589'daki yetersayının uygulanması gerekir. Ancak oyda imtiyazlı esas sermaye payları öngörülecekse, TK 621/I'deki yetersayılar uygulanmalıdır.

b. İmtiyazın Esas Sermaye Payına Bağlanması Zorunluluğu

İmtiyaz kural olarak paya bağlanabilir¹⁰. Bu ilke TK 478/I'de "... ilk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir" şeklinde ifade edilmiştir. İmtiyaz üstün bir hak olup, kişiye, makama veya belirli bir sığata değil, yalnızca paya bağlanabilir¹¹.

⁸ Esra Uysal, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar (Onikilevha Yayıncılık 2016) 63

⁹ Şener (n 1) 194

¹⁰ Bunun istisnasını anonim şirketlerde, belirli gruplara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren TK 360 oluşturur.

¹¹ TK 478 Gerekeşesi.

İmtiyazın paya bağlı olması nedeniyle, ilgili pay sahibi tanınan imtiyazdan diğer imtiyazlı pay sahiplerinden bağımsız bir şekilde, tek başına yararlanabilir. İmtiyaz paya bağlanmakla, sahibine doğrudan doğruya üstün haktan yararlanma imkanını vermektedir¹². Yine, İmtiyaz esas sermaye payına bağlı olduğu için, pay devredilirse imtiyaz da devralana geçer.

Paya değil, ortak sıfatını taşısa dahi kişilere ya da belirli makamlara bağlanan haklar imtiyaz olarak kabul edilmemektedir. Bu bağlamda, genel kurul başkanının genel kurulda üstün oya sahip olması, kişilere tanınan şirket organlarında temsil edilme hakkı, bir yöneticilik sıfatının belirli veya belirsiz bir süre için taşınması gibi haklar imtiyaz değildir. Aynı şekilde, paya bağlanmadan, doğrudan kurucu ortaklara tanınan malvarlığına veya yönetime katılmaya ilişkin haklar da imtiyaz değildir¹³.

c. İmtiyazın Üstün Bir Hak Olarak Tanınması

Bir esas sermaye payına imtiyaz tanınabilmesi için, o esas sermaye payına diğer paylara nazaran üstünlük tanınmalı, bu payın sağladığı haklar, diğer payların sağladıkları haklardan farklı ve üstün olmalıdır. Esas sermaye paylarına kanunda verilen haklardan daha fazla hak verilmiş olması halinde, esas sermaye payları arasında farklılık ve üstünlük olmadığından imtiyazın varlığından sözedilemez¹⁴. Öğretide Tekinalp bu konuda farklı görüştedir. Yazara göre, üstün hak terimi, TK'nın o konuda verdiği hakkı aşan miktar veya oranda hak sağlamasını ifade eder. Yazar üstünlüğün başka paylara nazaran değil, adi paya nazaran olduğunu savunmakta, örneğin, A grubu, pay sahiplerine 2 oy hakkı verirken, B grubu, pay sahiplerine 4 oy hakkı veriyorsa, her iki pay grubu da kanunun tanımış olduğu 1 oy hakkından fazla hak tanıdığı için imtiyazlı olduğunu belirtmektedir¹⁵.

d. İmtiyazın Belirli Olması İlkesi

Şirket sözleşmesinde imtiyazın konusu, niteliği, koşulları ve sınırları yer almalıdır¹⁶. Sözleşmede sadece imtiyaz teriminin kullanılması

¹² Kendigelen (n 7) 26

¹³ ibid 26-27

¹⁴ ibid 29; Uysal (n 8) 47

¹⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I (13th edn, Vedat Kitapçılık 2014) N. 785

¹⁶ Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi (Beta Yayınevi 2001) 199-200; Şener (n 1) 195

yeterli değildir. İmtiyazın konusu, niteliği ve şartları şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmeden, imtiyazlı esas sermaye payı çıkarmak mümkün değildir.

İmtiyaz ile tanınan üstünlük, esas sermaye payından kaynaklanan ortaklık haklarına ilişkin bir üstünlük olmalıdır. Doğrudan esas sermaye payına bağlı olmayan haklar ve ortaklık hakları dışında, esas sermaye payları arasındaki diğer farklılıklar da imtiyaz olarak kabul edilmez. Örneğin, esas sermaye payının itibari değeri veya primli esas sermaye payı çıkarılması halinde ihraç değeri, pay bedellerine mahsuben yapılan ödemelerdeki farklılıklar, payın karşılığının nakit veya ayın olması, esas sermaye paylarının satılması durumunda diğer ortaklara tanınan bu payları öncelikle satın alma hakkı imtiyaz olarak kabul edilmemektedir. Yine, esas sermaye payları arasında haklar bakımından değil, borçlar bakımından bir farklılığın oluşturulması da imtiyaz olarak nitelendirilmemektedir¹⁷.

Bir şirkette birden fazla pay grubuna imtiyaz tanınması mümkündür. Bir pay grubuna kâr payında, diğerine tasfiye payı hakkında ve ötekine de oy hakkında imtiyaz tanınabilir. Bu halde, her bir pay grubu tanınan üstün hakkın içeriği bakımından diğerlerine oranla imtiyazlı kabul edilir.

2. İmtiyazlı Esas Sermaye Payı Çeşitleri

a. Kâr Payında İmtiyazlı Esas Sermaye Payları

Kâr payında imtiyazlı esas sermaye payları çıkarılabilir. Şirketler imtiyazlı kâr payının şeklini serbestçe belirleyebilirler. Uygulamada kâr payında imtiyaz, şu şekillerde tanınmaktadır:

i. Kârdan Öncelikle Yararlanma

İmtiyaz kârdan öncelikle yararlanma şeklinde tanındığı zaman, bu esas sermaye payları dağıtılmasına karar verilen kârdan, diğer esas sermaye paylarına göre öncelikle yararlanma hakkına sahip olurlar. Bu halde önce imtiyazlı esas sermaye paylarına kâr payı dağıtılır, sonra diğer esas sermaye paylarına dağıtım yapılır.

Bu yöntem kâr payında imtiyaz tanınması yöntemlerinden en önemlisidir. Önem, tüm ortaklara dağıtılabilecek yeterli kâr olmadığı

¹⁷ Kendigelen (n 7) 33

zaman kendisini göstermektedir. Yeterli kâr bulunmaması halinde, kârda öncelikli imtiyazlı esas sermaye paylarına dağıtım yapılmadan, diğer esas sermaye paylarına dağıtım yapılması mümkün değildir.

ii. Kârdan Daha Büyük Oranda Yararlanma

Bu halde, imtiyazlı esas sermaye payları şirket kârından, diğer esas sermaye paylarına göre daha büyük oranda yararlanma hakkına sahiptir. TK 608/II uyarınca kâr payı, şirket sözleşmesiyle aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının itibari değerine oranla hesaplanır. Dolayısıyla bu tür imtiyaz, sermaye payı oranında kâr elde etme sisteminin istisnasını oluşturur. Örneğin, bir şirkette, imtiyazlı esas sermaye paylarının, diğer paylara göre kâr payından yüzde on daha fazla alacağı kararlaştırılabilir.

iii. Kârdan Birikimli Şekilde Yararlanma

Kârdan birikimli şekilde yararlanma imtiyazının tanınması halinde, o yılın kârı öngörülen miktarı karşılamaya yetmediği takdirde, kâr hakları birikir ve sonraki yıllarda şirketin kâr ettiği zamanlarda bunlar toptan ödenir. Bu imtiyaz türünde şirket sözleşmesine hüküm konularak, biriken kârın ödenmesi ile ilgili zaman sınırlaması yapılabilir. Şirket sözleşmesinde geçmiş yıllara ait birikmiş kâr paylarının ödenme sırası düzenlenebilir. Sözleşmede bu yönde bir düzenleme yoksa, önce mevcut yılın kâr payı ödenir, daha sonra en sondaki yıldan başlamak üzere kalan diğer yıllara ait kâr payları ödenir¹⁸.

b. Tasfiye Payında İmtiyazlı Esas Sermaye Payları

Tasfiye payında imtiyaz, bazı esas sermaye paylarına tasfiye bakiyesi ile ilgili olarak diğer esas sermaye paylarına göre üstünlük tanınmasıdır. Bu şekilde bir imtiyaz tanınması halinde, tasfiye bakiyesi önce imtiyazlı esas sermaye paylarına ödenir. Daha sonra kalan bakiye, şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa diğer esas sermaye paylarına, ödenen sermaye ve ek ödeme yükümlülükleri oranında dağıtılır. Kâr payında imtiyazda olduğu gibi, tasfiye payında imtiyazda da imtiyazın şekli ile ilgili olarak kanunda emredici bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle şirket sözleşmelerinde BK 26, 27 ve MK 2'de düzenlenen dü-

¹⁸ Uysal (n 8) 79

rüstlük kuralına uyulmak şartıyla istenildiği şekilde imtiyazlı pay oluşturulabilir¹⁹.

c. Oy Hakkında İmtiyazlı Esas Sermaye Payları

Anonim şirkette oyda imtiyaz TK 479/I'e göre, ancak eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilir. Farklı itibari değerdeki paylar eşit oy hakkı tanınarak imtiyaz yaratılamaz. Anonim şirkette bir paya en çok 15 oy hakkı tanınabilir. Bu sınırlama, kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmaz.

Limited şirkette imtiyaz bakımından ise tam tersi bir düzenleme yapılmıştır. TK 618/II ile, anonim şirkette oyda imtiyazlı payları düzenleyen TK 479'un aksine, farklı itibarî değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması yoluyla oyda imtiyazlı pay oluşturulmasına izin verilmiştir²⁰. TK 618/II uyarınca, şirket sözleşmesi oy hakkını, itibari değerden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı düşecek şekilde belirleyebilir. Bu halde en küçük esas sermaye payının itibari değeri, diğer esas sermaye paylarının itibari değerleri toplamının onda birinden az olamaz (TK 618/II). Kanunda diğer esas sermaye paylarının itibari değerleri toplamı denilmişe de, bunun kaynak İsv.BK. 806/II'ye uygun olarak, en küçük esas sermaye payının diğer esas sermaye paylarının onda birinden az olamayacağı şeklinde anlaşılması gerekir²¹. Oyda imtiyaz, denetime tabi ortaklıklarda denetçi seçiminde, şirket yönetimi ya da yönetimin bir bölümünün denetimi için yapılacak özel denetçi seçiminde²² ve yöneticiler hakkında sorumluluk davası açılmasına karar verilmesinde geçerli değildir (TK 618/III). Bu hallerde oy hakkı esas sermaye paylarının itibari değerine göre belirlenir.

¹⁹ ibid 83

²⁰ Bu şekilde bir farklılık yaratılmasının eleştirisi için bkz. Kendigelen (n 5) 529; Coştan (n 6) 83

²¹ Bu yönde Kendigelen (n 5) 529; Direnç Akbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları (Vedat Kitapçılık 2010) 183; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9th edn, Dora Yayınevi 2013) 665

²² Kanunda bu şekilde düzenleme yapılmakla birlikte, TK 438-444 hükümlerine göre, özel denetçi seçimi mahkeme tarafından yapılmaktadır.

d. Rüçhan Hakkında İmtiyazlı Esas Sermaye Payları

Rüçhan hakkında imtiyazlı esas sermaye payları çıkarılması da mümkündür. Rüçhan hakkında imtiyaz kuruluşta şirket sözleşmesi ile belirli esas sermaye paylarına tanınabileceği gibi, kuruluştan sonra şirket sözleşmesi değişikliğiyle de tanınabilir. Rüçhan hakkında imtiyaz, bazı esas sermaye paylarına diğer paylara göre belli oranlarda (% 10 gibi) tanınabilir. Bu durumda yeni çıkarılacak esas sermaye paylarını ilk olarak rüçhan hakkında imtiyazlı olan ortaklar, sahip oldukları imtiyazları çerçevesinde alabilirler.

e. Kanunda Sayılmayan İmtiyazlı Esas Sermaye Payları

İmtiyazlı payların türleri TK 478/II'de kâr payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı ve oy hakkı gibi haklar şeklinde sayılmıştır. Ancak bu sayım sınırlayıcı nitelikte değildir. Dolayısıyla diğer ortaklık haklarıyla ilgili de imtiyaz tanınması mümkündür.

Buna göre, intifa senedi talep hakkı veren imtiyazlı esas sermaye payları çıkarılabilir. 6102 sayılı kanunla limited şirketlerde de intifa senedi çıkarılmasına izin verilmiştir. İşte bazı esas sermaye payları lehine bu şekilde talep hakkı veren imtiyazlar oluşturulabilir. Şirkette hazırlık devresi faizi talep hakkı veren imtiyazlı esas sermaye payları da çıkarılabilir. Hazırlık devresi faizi talep hakkı, TK 478'de belirtilen hususlara uyulmak şartı ile imtiyaz olarak tanınabilir. Son olarak, şirketin imkanlarından yararlanma hakkında da imtiyaz tanınması mümkündür. TK 478/II'de imtiyazın kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkında da tanınabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle, bazı esas sermaye paylarına şirketin imkanlarından yararlanma hakkında imtiyaz tanınabilir²³.

B. İmtiyazların Korunması

Genel kurulun şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararı, imtiyazlı esas sermaye payına sahip ortakların haklarını ihlal edecek nitelikteyse, bu karar ilgili ortaklar tarafından yapılacak özel bir toplantıda alacakları bir kararla onaylanmadıkça, uygulanamaz (TK 454/I). Her şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin genel kurul kararı değil, sadece

²³ Uysal (n 8) 137

imtiyazlı esas sermaye payına sahip ortakların haklarını ihlal eden kararların uygulanabilmesi için onay verilmesi gerekir.

İmtiyazlı esas sermaye payına sahip ortakların hakları, imtiyazın kaldırılması, sınırlandırılması, süreli hale getirilmesi, kullanımının zorlaştırılması, sulandırılması hallerinde ihlal edilmiş olur²⁴. İmtiyazın sulandırılması, bir imtiyaza tanınmış olan menfaate bir başkalarının ortak edilmesi veya yararlanılan menfaate daha fazla payın katılması anlamına gelir. Örneğin, yıllık kârın % 10'unu paylaşan A grubu payın yanına şirket sözleşmesi değişikliği ile, B grubu payın da katılması imtiyazın sulandırılmasıdır²⁵.

İmtiyazlar, imtiyazlı esas sermaye payı sahipleri özel kurulu tarafından korunur (TK 454). Bu kurulun amacı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını korumaktır. Kurulun üyeleri, genel kurulun sözleşme değişikliğiyle hakları ihlal edilen imtiyazlı esas sermaye payı sahipleridir. Bu kurul şirket sözleşmesinde imtiyazın oluşmasıyla kendiliğinden oluşur²⁶. Bir şirkette konuları ve sağladığı haklar bakımından kaç tane imtiyazlı pay grubu varsa, o kadar da imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu vardır.

C. İmtiyazlı Esas Sermaye Payı Sahipleri Özel Kurulunun Toplanması ve Karar Alması

İmtiyazlı esas sermaye payı sahipleri özel kurulunu toplantıya müdürlerin çağırması gerekir (TK 454/II). Müdürler, kurulu toplantıya en geç, genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde çağırmalıdır (TK 454/II). Kanunda ilan denilmekle birlikte, genel kurulun sözleşme değişikliği kararı henüz imtiyazlı esas sermaye payı sahipleri tarafından onaylanmadığı için, TK 589/II'ye göre alınan genel kurul kararı tescil ve ilan edilemez. Bu bakımdan BakTemYön'de yapılan düzenleme daha yerindedir. BakTemYön 7/c'ye göre, genel kurulun, imtiyazlı esas sermaye payı sahiplerinin haklarını ihlal eden sözleşme değişikliği kararı tarihinden en geç bir ay içerisinde, imtiyazlı esas sermaye payı sahipleri özel kurulu toplantıya çağırılır.

Müdürler bu süre içerisinde kurulu toplantıya çağırılmazsa, her imtiyazlı esas sermaye payı sahibi, müdürlerin çağrı süresinin son günün-

²⁴ Uysal (n 8) 147

²⁵ ibid

²⁶ Şener (n 1) 196

den başlamak üzere, on beş gün içerisinde bu kurulun toplantıya çağrılmasını şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir. Mahkeme talebi haklı görürse, BakTemYön 9/VII'ye göre, yetkilendirilen imtiyazlı esas sermaye payı sahiplerinden her biri kurulu toplantıya çağırabilir.

Kurulun toplantıya nasıl çağrılacağına ilişkin olarak kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle çağrının TK 414'e uygun olarak yapılması gerekir²⁷. Buna göre çağrının, şirket sözleşmesinde gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve TTSG'de yapılması gerekir. Çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılmalıdır. Pay defterinde yazılı ortaklarla, şirkete pay senedi veya pay sahipliğini bildirici belge vererek adreslerini bildiren ortaklara toplantı günü, gündem ve ilan çıktı veya çıkacağı gazeteler iadeli taahhütlü mektupla bildirilmelidir. TK 416'e kıyasen, imtiyazlı esas sermaye payı sahiplerinin tümü hazır ve içlerinden hiçbiri itiraz etmezse, kurul çağrısız olarak da toplanabilir. Bu düzenleme imtiyazlı esas sermaye payı sahipleri özel kurulu toplantıları için de uygundur. Kurulun genel kuruldan daha az katılımcıya sahip bir kurul olduğu da dikkate alınır, çağrısız genel kurula ilişkin hükmün uygulanması yerinde olacaktır²⁸.

Çağrı yapılırken, çağrının bir gündemi de içermesi gerekir. Gündem şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin genel kurul kararının görüşülmesinden oluşur. Kurul ya genel kurul kararını onaylar ya da reddeder; değiştirerek onaması mümkün değildir²⁹.

Kurul imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır. Toplantıda imtiyazlı esas sermaye payı sahipleri genel kurul kararını onaylamazsa, karar gerekçeli olarak bir tutanakla belirtilir. Tutanak on gün içerisinde şirket müdürlerine teslimi gerekir. Tutanakla birlikte genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy verenlerin, en az nisabı oluşturan sayıda imzalarını içeren liste ile TK 454/VIII'e göre açılacak bir iptal davası için geçerli olmak üzere ortak bir tebligat adresi de müdürlere verilir. Tutanak, birlikte verilen bilgilerle beraber ticaret siciline tescil ve ilan edilir (TK 454/III ve TSY

²⁷ Şener (n 1) 196

²⁸ Hakan Bilgeç, Anonim şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Toplantıya Çağırılması, (2015) 11 (132) Legal Mali Hukuk Dergisi 81

²⁹ Uysal (n 8) 201

71/IV). Bu kurallara uyulmazsa, özel kurul karar almamış sayılır ve genel kurulun sözleşme değişikliği kararı uygulamaya geçmiş olur.

Genel kurulda imtiyazlı esas sermaye payı sahipleri veya temsilcileri şirket sözleşmesi değişikliğine yukarıda belirtilen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse, ayrıca özel toplantı yapılmasına gerek yoktur. Yine, çağrıya rağmen, süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır.

D. İmtiyazlı Esas Sermaye Payı Sahipleri Özel Kurulu Kararlarına Karşı İptal Davası Açılması

İmtiyazlı esas sermaye payı sahipleri, genel kurulun sözleşme değişikliği kararını onaylamama yönünde karar alırlarsa, müdürler karar tarihinden itibaren bir ay içerisinde kurul kararının iptali ve genel kurulun sözleşme değişikliği kararının tescili davası açabilirler (TK 454/VII). Bir aylık süre hak düşürücü süredir.

Müdürler, imtiyazlı esas sermaye payı sahiplerinin haklarının ihlal edilmediği gerekçesiyle iptal davası açabilirler. Davanın genel kurul kararının onaylanmasına olumsuz oy kullanan ortaklara karşı açılması gerekir. Dava şirket adına açılır. Mahkeme iptal davasını kabul ederse, özel kurul kararı geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu halde mahkeme ayrıca, genel kurulun sözleşme değişikliği kararının tesciline de karar verir.

III. ÖZEL DEĞİŞİKLİKLER

A. Sermaye Artırımı

Sermaye artırımı, şirket sözleşmesinde yer alan esas sermaye miktarının artırılmasıdır. Bu bakımdan sermaye artırımı da bir sözleşme değişikliği teşkil eder. Ortakları ve alacaklıları korumak için kanunda sermaye artırımı özel olarak düzenlenmiştir. Şirket faaliyet döneminde çeşitli nedenlerle sermaye artırımına gidebilir. Şirketin büyümesi, yeni yatırımlar yapması, başka bir işletmeyi devralması, vadesi gelen borçlarını ödemesi, sermaye yapısını güçlendirmesi bu nedenlerin başında gelir³⁰.

³⁰ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı (4th edn, Onikilevha Yayıncılık 2018) 14 vd.; Martin Nussbaum, Reto Sanwald and Markus Scheidegger, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht (Cosmos Verlag 2007) Art. 781, N. 1;

TK 590 uyarınca sermaye artırımının, şirketin kuruluşu hakkındaki hükümlere göre yapılması gerekir. TK sermaye artırımını ek kuruluş niteliğinde görmüş ve kuruluş hakkındaki hükümlere tabi tutmuştur. Bu nedenle kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde kuruluş hakkındaki hükümler kıyasen uygulanır³¹.

Sözleşmede hüküm bulunsun veya bulunmasın, şirket esas sermayesini sebep göstermek zorunda olmaksızın, her zaman ve dilediği miktarda artırabilir. Bununla birlikte, sözleşmede aksi kararlaştırılabilir. Mesela, sermayenin belirli şartlar gerçekleştiği takdirde veya belirli bir miktara kadar artırılabilmesi veya artırılamayacağı kabul edilmiş olabilir³².

Sermaye artırımı, dış kaynaklardan ve iç kaynaklardan artırım olmak üzere ikiye ayrılır. Dış kaynaklardan sermaye artırımında şirkete yeni kaynak girmektedir; iç kaynaklardan sermaye artırımında ise, şirkete yeni kaynak girmemekte, bilançodaki kalemler yer değiştirmektedir. Her iki artırım türü de, yeni esas sermaye payı oluşturulması veya mevcut esas sermaye paylarının itibari değerlerinin artırılması suretiyle uygulanabilir.

1. Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı

Dış kaynaklardan sermaye artırımını, ortakların veya üçüncü kişilerin sermaye taahhüdünde bulunması suretiyle yapılan artırımdır. Bu şekilde şirkete yeni malvarlığı getirilmekte, şirketin sermayesiyle birlikte malvarlığı da aynı ölçüde artmaktadır.

Dış kaynaklardan sermaye artırımının temel nedeni, şirketin yatırım yapmak veya bir işletmeyi devralmak ya da vadesi gelen borçlarını ödemek için sermaye ihtiyacı duymasıdır. Bu sermaye ihtiyacı esasen bankadan kredi kullanmak suretiyle giderilebilir; ancak kredilerin şartları uygun olmayabilir yahut temin edilemeyebilir. Dış kaynaklardan sermaye artırımının diğer bir nedeni, şirket birleşmeleridir. Birleşmede devralan şirketin, devralının şirketin ortaklarına birleşme sözleşmesinde belirtilen oranda yeni çıkarılan esas sermaye paylarından vermesi gerekir. Dış kaynaklardan sermaye artırımının bir nedeni de, şirketin vadesi ge-

Rino Siffert, Marc Pascal Fischer and Martin Petrin, GmbH-Recht (Staempfli Verlag 2008) Art. 781, N. 1

³¹ Halil Arslanlı and Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler C III (Temel Yayınevi 1989) 191

³² Arslanlı and Domaniç (n 31) 91

len borçlarının, ortak olan veya olmayan alacaklılarla anlaşarak sermayeye dönüştürülmesi ve bu şekilde ödeme güçlüklerinin giderilmesidir³³.

Yeni sermaye nakit olarak getirilebileceği gibi, ayın olarak da getirilebilir. Nakit sermaye getiriliyorsa, bunun kısmen veya tamamen sermaye artırımının tescilinden önce ödeneceği kararlaştırılmamışsa, tescili izleyen 24 ay içinde ödenmesi gerekir. Nakit sermaye şirketten olan alacakların takası suretiyle de getirilebilir. Aynı sermaye getirilmesi halinde özellikli (mevsuf) kuruluşa ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda genel kurul sermaye artırımını kararı almadan önce, müdürlerin, bilirkişilerin getirilen aylara değer biçmesi için şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye başvurması gerekir. Bilirkişi raporunun alınmasından sonra, aynı sermaye getirenlerin TK 128 uyarınca gerekli sicillere şerh vermesi şarttır. Genel kurul kararında ayının neden ibaret olduğu, değerinin nasıl biçildiği, sermayeye ne miktar mahsup edildiği ve karşılığı olarak artırılan sermayeden kaç adet esas sermaye payının verildiği, itibari değerleri de tespit edilerek açıkça belirlenmelidir³⁴.

Dış kaynaklardan sermaye artırımında mevcut ortaklara rüçhan hakkı tanınmıştır. TK 591/I'e göre, şirket sözleşmesinde veya artırma kararında aksi öngörülmemişse, her ortak sermaye payı oranda esas sermayenin artırılmasına katılma hakkına sahiptir. Rüçhan hakkının şirket sözleşmesiyle sınırlandırılması veya kaldırılması için herhangi bir şart aranmamışken, genel kurul kararıyla yapılması halinde haklı bir sebebin bulunması şartı aranmıştır. Kanunda haklı sebep olarak özellikle işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınmaları ve işçilerin şirkete katılmaları sayılmıştır. Bu sayım sınırlayıcı değildir. Genel kurulun rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin kararı TK 621'de düzenlenen önemli kararlardan birisidir.

Rüçhan hakkının kullanılması için ortaklara en az onbeş gün süre verilmelidir. Süre genel kurulun artırım kararında belirlenmemişse, müdürler tarafından saptanır. Ortaklar rüçhan haklarını, verilen süre içinde şirkete yapacakları başvuru ve imzalayacakları iştirak taahhüdü ile kullanırlar.

³³ Moroğlu (n 30) 15

³⁴ Yıldız (n 1) 123

2. İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı

Sermaye artırımı, yedek akçelerin, dağıtılmamış kârların, yeniden değerlendirme değer artış fonlarının, iştiraklerin, gayrimenkullerin veya amortismanına tabi diğer iktisadi değerlerin satışından elde edilen fonların sermayeye dönüştürülmesi suretiyle iç kaynaklardan da yapılabilir. Bu tür artırımda, esas sermaye rakamı artmasına rağmen şirketin malvarlığı aynı kalır.

İç kaynaklardan sermaye artırımının nedenlerinden biri şirketin kredibilitesinin artırılmak istenmesidir. Borçlarından dolayı malvarlığı ile sorumlu olan limited şirkette alacaklıların garantisini sermayenin karşılığı olan malvarlığı oluşturur. Bu malvarlığı, dolayısıyla sermaye ne kadar güçlü olursa şirketin kredibilitesi de o oranda yüksek olur. İç kaynaklardan sermaye artırımının bir diğer nedeni, şirketin elde ettiği safi kârı dağıtmayarak yatırım sermayesi ihtiyacını karşılamak veya özkaynağını güçlendirmek için şirkette alıkoymasıdır. İç kaynaklardan sermaye artırımının bir nedeni de, kâr dağıtımında istikrarın sağlanmasıdır. Şirketin yüksek kâr ettiği bir dönemde bu kârın bir kısmı sermayeye eklenerek ortaklara bedelsiz pay verilip, kâr dağıtımında istikrar sağlanmış olur³⁵.

Limited şirkette iç kaynaklardan sermaye artırımı sadece TK 583/V'de dolaylı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, esas sermaye payının bedeli, şirket sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde, nakit veya aynı olarak veya bir alacağın takası yoluyla yahut sermaye artırımında olduğu gibi serbestçe kullanılabilecek iç kaynakların esas sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ödenir. Bunun dışında kanunda bir düzenleme bulunmadığı gibi, anonim şirket hükümlerine atıf da yapılmamıştır. Bununla birlikte anonim şirkette iç kaynaklardan sermaye artırımını düzenleyen TK 462'nin kıyasen uygulanması öğretide kabul edilmektedir³⁶.

İç kaynaklardan sermaye artırımında, iç kaynaklardan karşılanan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğu, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tabi şirketlerde denetçinin bu tespitlere ilişkin raporu ile belirlenir (TSY 94/I c). Ancak, şirket sermayesinin özvarlık içinde korunduğunu, iç kaynaklar-

³⁵ Moroğlu (n 30) 20

³⁶ Yıldız (n 1) 120; Şener (n 1) 225. TK 462/III'ün limited şirketlere uygulanamayacağı yönünde bkz. Çamoğlu, Poroy and Tekinalp (n 15) N. 1733

dan karşılanan tutarın şirket bünyesinde gerçekten var olduğunu doğrulayan müdürler kurulunun açık ve yazılı beyanı ile genel kurul tarafından onaylanmış yıllık bilanço, bilanço tarihinin üzerinden altı aydan fazla zaman geçmiş olması halinde ise, müdürler kurulu tarafından onaylanmış ara bilançonun müdürlüğe verilmesi halinde bu rapor aranmaz (TSY 94/II).

Bu tür sermaye artırımında, sermaye yeni pay çıkarılarak artırılıyorsa, sermaye artırımının tesciliyle yeni esas sermaye payları oluşmuş olur. Ortaklar bu esas sermaye paylarını, sermaye oranlarına göre, bedelsiz olarak iktisap ederler. Ortakların bu paylar üzerindeki hakları kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz; bu haktan vazgeçilmesi de mümkün değildir (TK 462/III). Sermaye, payların itibari değerleri artırılmak suretiyle artırılıyorsa, tescille birlikte, ortakların sahip oldukları esas sermaye paylarının itibari değeri yükselir.

3. Artırım Usulü

a. Değişiklik Metninin Hazırlanması

Sermaye artırımına ilişkin şirket sözleşmesi değişiklik metni müdürler tarafından hazırlanır. Müdürler tarafından esas sermaye artırımının türü, miktarı ve gerekçesi ayrıntılı bir rapor haline getirilmeli, şirket sözleşmesinin esas sermayeye ilişkin maddesi, eski ve yeni metin olarak karşılaştırmaya imkan verecek şekilde hazırlanmalıdır³⁷. Aynı sermaye artırımında, bilirkşi seçimi için mahkemeye başvurulmalıdır.

b. Genel Kurul Kararı

Esas sermaye artırımına karar verme yetkisi genel kuruldadır. Bu yetki genel kurulun devredilemez yetkilerindendir (TK 616/I a). Artırım kararı TK 621/I d’de önemli bir karar olarak kabul edildiği için, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğuyla alınır. Bu yetersayılar şirket sözleşmesiyle ağırlaştırılabilir, ancak hafifletilemez. Kararın içeriğini müdürlerin artırıma ilişkin şirket sözleşmesi değişiklik önerisi oluşturur. Artırım kararında, artırım miktarı ve ulaşılan esas sermaye rakamı, çıkarılacak esas sermaye paylarının sayısı ve itibari değerleri, öngörülüyorsa imtiyazlı paylar yer alır.

³⁷ Yıldız (n 1) 123

c. Artırımın İcrası

Genel kurul kararının alınmasından sonra, artan sermaye ortaklar veya üçüncü kişiler tarafından taahhüt edilir. Ortakların sermaye artırımına katılma yükümlülüğü yoktur. Sermaye artırım kararına olumlu oy veren ortakların dahi, artırıma katılma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Eğer ortaklar artırıma katılmak istiyorsa, bu rüçhan hakkının kullanılması suretiyle olur. Artırma kararı tescil edilinceye kadar ortaklar taahhütlerinden kanunun düzenlediği çeşitli sebeplere binaen rücu edebilirler³⁸.

Sermaye artırımını nakit ve ayın olarak malvarlığı değerlerinin şirkete getirilmesi suretiyle icra edilir. Nakit sermayenin tescilden önce tamamen ödenmesi kararlaştırılmamışsa, tescili izleyen yirmidört ay içinde ödenmesi gerekir. Aynı sermaye taahhüdü durumunda ilgili sicillere şerh verilmelidir.

d. Tescil ve İlan

Sermaye artırımını sözleşme değişikliği teşkil ettiği için ticaret siciline tescil ve ilan edilmelidir (TK 589/II). Genel kurulun artırım kararından itibaren otuz gün içinde tescil için sicile başvurulması gerekir (TSY 93/I). Değişiklik eski ve yeni metinleri içerecek şekilde TTSG’de ilan edilir. Sermaye artırımını tescil ile tamamlanır ve üçüncü kişiler hakkında bu andan itibaren hüküm ifade eder.

B. Sermaye Azaltımı

Sermaye şirketlerinde sermaye, alacaklıların en önemli güvencesini teşkil eder. Bu nedenle, sermayenin kuruluşta fiilen getirilmesi ve sonradan ortaklara iade edilmemesi gerekir. İade yasağının tek istisnası sermaye azaltımıdır (TK 601/II). Şirket faaliyet aşamasında çeşitli nedenlerle sermaye azaltımına gidebilir. Sermaye azaltımının başlıca nedenleri, şirketin fazla esas sermayesinin bulunması, esas sermayenin zararlar nedeniyle kaybedilmiş olması ve bir ortağın ayrılma payının ödenmesi gereğidir³⁹. Bunun yanında, vergi avantajı, kısmi bölünme, tür değiştirme ve sermaye artırımını kararının iptali halinde de sermaye azaltımı gündeme gelebilir.

³⁸ Arslanlı and Domaniç (n 31) 193

³⁹ Nussbaum, Sanwald and Schheidegger (n 30) Art. 782, N. 1; Siffer, Fischer and Petrin (n 30) Art. 782, N. 1

Şirketin işlem hacmine göre sermayesi fazla ise, azaltım yapılarak sermaye tutarı indirilebilir ve azaltılan tutar pay sahiplerine iade edilebilir veya yedeklere ayrılabilir. Bu tür sermaye azaltımına kurucu veya gerçek sermaye azaltımı denir. Kurucu sermaye azaltımında amaç, aktiflerin serbest bırakılması ve serbest kalan tutarın pay sahiplerine iadesidir. Yine, dönemler sonu itibarıyla gerçekleşen bilanço zararları neticesinde şirket aktifleri tutarı sermaye rakamının altına düşmüş, yani sermaye kaybı yaşanmış olabilir. Bu halde şirket TK'nın 608/I gereği kâr dağıtamaz hale geldiği gibi, borçlanma imkanını da o ölçüde kaybetmiş durumdadır. Çünkü kredi kuruluşları bir şirketin kredibilitesini öncelikle sermayesi ve bu sermayede yaşanan kayıplar üzerinden değerlendirmektedir. Eğer bu halde esas sermaye azaltılacak olursa, şirket yeniden kâr dağıtabilir hale geleceği gibi, sermaye kaybını en azından bilanço üzerinde bertaraf etmiş olmakla, kredibilitesini de yeniden elde etmiş olur. Bu tür sermaye azaltımına da basit veya açıklayıcı sermaye azaltımı denir. Basit sermaye azaltımında, bilanço zararları neticesinde karşılıksız kalmış sermaye tutarının bilançodan silinmesi, temizlenmesi söz konusudur⁴⁰.

Esas sermaye azaltımı bir sözleşme değişikliğidir. Bu nedenle sözleşme değişikliğine ve sermaye azaltımına ilişkin hükümler birlikte uygulama alanı bulur. TK 592/I'e göre, anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümleri limited şirketlere kıyas yolu ile uygulanır. Sermaye azaltımı, esas sermaye paylarının itibari değeri düşürülerek, esas sermaye paylarının sayısı azaltılarak ya da esas sermaye payları itfa edilerek yapılabilir.

Sermaye azaltımı yapılabilmesi için, azaltım sonrası kalacak aktiflerin alacaklıların haklarını tamamen karşılaması gerekir (TK 473/II). Bu şartın gerçekleştiği, bir yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ya da denetime tabi şirketlerde denetçi tarafından düzenlenecek bir raporla belgelenir. Bu rapor tescil talebine eklenir (TSY 96/I c).

Sermaye azaltımı ile birlikte, azaltılan kısmın yerine geçmek üzere sermaye artırımı da yapılabilir. Buna iyileştirici sermaye azaltımı denir⁴¹. İyileştirici sermaye azaltımında sözleşme değişikliğine ve alacaklı-

⁴⁰ Koray Demir, Uygulanabilirlik Şartları Bakımından Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, (2017) 1 Batider 108

⁴¹ Şener (n 1) 257

ları koruyan hükümlerin uygulanmasına gerek yoktur. Zira, esas sermayenin miktarı ve esas sermaye paylarının türü ve itibari değeri değişmemektedir. Bu tür sermaye azaltımında TK 473/II’de öngörülen bilirkişi raporu alınmaz. Genel kurul kararının tescil ve ilanı yeterlidir.

Şirketin sermayesi kaybedilmişse ve sermaye azaltımı borca batık bilançonun düzeltilmesi amacıyla yapılıyorsa, önce şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi gerekir⁴². Bunun dışındaki esas sermaye azaltımlarında, ek ödeme yükümlülüğünün tamamen ödenmesi şart değildir.

1. Azaltım Usulü

a. Sözleşme Değişiklik Metninin ve Müdürler Kurulu Raporunun Hazırlaması

Müdürler sermaye azaltımına ilişkin sözleşme değişiklik metnini hazırlarlar. Müdürler ayrıca, sermaye azaltımına gidilmesinin nedenlerini, azaltımın amacını ve ne şekilde yapılacağını içeren ve dürüst hesap verme ilkelerine göre hazırlanmış bir rapor düzenlemekle de yükümlüdürler (TK 592, 473/I). Bu rapor genel kurul onayına sunulur ve onay sonrası tescil ve ilan edilir.

b. Genel Kurul Kararı

Sermaye azaltımı sözleşme değişikliği teşkil ettiği için genel kurul tarafından karar alınması gerekir. Genel kurulun sermaye azaltım kararı, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların olumlu oylarıyla alınır (TK 589/I)⁴³. Bu yetersayı şirket sözleşmesiyle artırılabilir. Genel kurul kararında sermaye azaltımının amacı, sermayenin indirileceği miktar, sermaye azaltımının şekli, ortaklara iade yapılıp yapılmayacağı ve iadenin nasıl yapılacağı gösterilir⁴⁴.

⁴² TK 592’de “borca batıklık” ifadesi kullanılmışken, bu maddeye kaynaklık teşkil eden İsv.BK. 782/III’de “sermaye kaybı (Unterbilanz)” ifadesi kullanılmıştır. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Bu nedenle terim İsv.BK. 782’ye uygun olarak “sermaye kaybı” şeklinde anlaşılmalıdır.

⁴³ Yüzde Yetmişbeş çoğunluk aranacağı yönünde Çamoğlu, Poroy and Tekinalp (n 15) N. 1737a

⁴⁴ Şener (n 1) 239-240

c. Alacaklılara Çağrı

Genel kurulun azaltım kararından sonra, müdürler bu kararı şirketin internet sitesine koymalı, ayrıca TTSG’de ve şirket sözleşmesinde öngörülen şekilde yedişer gün arayla üç kez ilan etmelidirler. İlanda alacaklılara, TTSG’deki üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde, alacaklarını bildirerek bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebilecekleri belirtilir (TK 474/I)^{45, 46}. Adresleri şirketçe bilinen alacaklılara çağrı mektubu da gönderilmesi gerekir.

Sermaye azaltımı, zarar nedeniyle bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla ve bu açıklar oranında yapılıyorsa, müdürler, alacaklıları davetten ve bunların haklarının ödenmesinden veya teminat altına alınmasından vazgeçebilirler (TK 474/II).

Esas sermaye, ancak alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesinden veya teminat altına alınmasından sonra azaltılabilir; aksi halde, alacaklılar sermaye azaltımının tescilinin ilanından itibaren iki yıl içinde mahkemeye başvurarak azaltımın iptalini isteyebilirler. Teminatın yetersizliği halinde de mahkemeye başvurulabilir (TK 475/I).

d. Tescil ve İlan

Sermaye azaltımının tescil ve ilan edilmesi gerekir. İki aylık sürenin dolmasından sonra müdürler bir dilekçe ile sicil müdürlüğüne müracaat ederler. Başvuruya müdürler beyanı, genel kurulun azaltım kararı, alacaklıları davete ilişkin çağrı ve ilan belgeleri, ödenen borçları veya verilen teminatları gösteren belgeler eklenir. Tescil kurucu etkiye haizdir.

⁴⁵ Alman hukukunda bu süre bir yıldır (GmbHG 58/I b. 3). Alacaklarını şirkete bildiren ve sermaye azaltımına onay vermeyen alacaklılar tatmin edilmeli veya alacağı teminat altına alınmalıdır (GmbHG 58/I b. 2).

⁴⁶ Kanundaki düzenlemeden alacaklıların seçim hakkı bulunduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak bu uygulama şirket aleyhine olumsuz bir durumun ortaya çıkmasına ve sermaye azaltımının olanaksız hale gelmesine neden olur. Bu nedenle muaccel alacaklarda ödeme, muaccel olmayan alacaklarda ise teminat talep edilebileceğinin kabulü gerekir. Bu yönde, Şener (n 1) 245

2. Azaltım Yöntemleri

a. İtibari Değerin Düşürülmesi

Bu yöntemde, şirket sözleşmesinde yazılı esas sermaye paylarının itibari değerleri tüm ortakları etkileyecek şekilde düşürülür. Bu bakımdan itibari değer düşürülmesi yöntemi eşit işlem ilkesine uygun bir yöntemdir. Çünkü yöntemin uygulanması neticesinde itibari değeri düşmekle birlikte tüm esas sermaye payları varlığını devam ettirir ve her bir esas sermaye payı itibari değer düşüşünden eşit etkilendiği için, münferit ortakların esas sermaye paylarının itibari değerleri toplamının sermayeye oranında bir değişiklik yaşanmaz⁴⁷.

b. Birleştirme

Alman hukukunda payların birleştirilmesi, mevcut payların aynı itibari değere sahip, fakat daha az sayıda yeni paylar içerisine alınmasını ifade eder. Birleştirme işlemi neticesinde sermayenin artırımında olduğu gibi yeni pay ihracı söz konusu olmamaktadır. Bu işlemde sadece, eski paylar belirli bir değişim oranı üzerinden yenileri ile değiştirilmektedir. Bu yöntemde pay sayısı azaltılmakla birlikte paylar yok edilmemektedir; mevcut paylar aynı itibari değere sahip yeni paylar altında toplanmakta ve sadece hukuki bağımsızlıklarını yitirmektedirler⁴⁸. Alman hukukunda birleştirme işlemi, itibari değer düşürülmesinin mümkün olmadığı durumlarda, bu yönteme alternatif teşkil edecek veya bu yöntemi tamamlayacak şekilde uygulanabilecek tali bir yöntemdir.

Türk hukukunda bu yöntemin azaltım yöntemi olduğu görüşü savunulduğu gibi⁴⁹, payların, sermaye miktarı değiştirilmeksizin, daha yüksek itibari değerler altında toplandığı görüşü de savunulmaktadır⁵⁰. İkinci görüşe dayanak olarak TK 477/II gösterilmektedir. Buradan hareketle, Türk Hukuku bakımından birleştirme işlemi müstakil bir esas sermayenin azaltılması yöntemi olarak görülmemekte, birleştirme yönteminin esas sermayenin azaltılmasını hazırlayıcı bir ön işlem olduğu kabul edilmektedir. Bu yöntemin uygulanabilmesi için, tüm pay sahiplerinin

⁴⁷ Demir (n 40) 109

⁴⁸ ibid 110

⁴⁹ Tahir Saraç, Sami Karahan (eds), Şirketler Hukuku (Mimosza Yayınları 2012) 592

⁵⁰ Demir (n 40) 119

birleştirme işlemi yönünde olumlu oy vermiş olmaları gerekir (TK 477/II).

c. İtfa

Sermaye son olarak itfa yöntemi kullanılarak azaltılabilir. İtfa, kelime manasıyla söndürmek demektir. Nitekim, itfa neticesinde itfaya konu paylar yok edilmekte ve itfaya konu payların sağladığı haklar da bu surette sönmektedir. Bu yönüyle itfa yöntemi pay sayısını azaltması bakımından birleştirme yöntemine yaklaşır, ancak münferit pay sahipliği mevkiini ortadan kaldırmakla bu yöntemden ayrılır. İtfa, itfaya uğrayacak ortağın rızası ile gerçekleşebilecektir; ancak eşit işlem ilkesine uyulmuşsa rızaya gerek yoktur⁵¹.

İtfa, gönüllü ve zorunlu itfa olmak üzere ikiye ayrılabilir. Gönüllü itfa payların, esas sermayenin azaltılması kararı üzerine, bir pay alım programı kapsamında şirketçe satın alınmasından sonra itfa edilmesidir. Bu durum TK 382/1 a bendinde düzenlenmekle, uygulanması bakımından herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmamıştır. Zorunlu itfa ise, şirket sözleşmesinde yapılan bir düzenlemeye istinaden itfanın gerçekleştirilmesidir. Buna dayanak olarak, ortağın bu hükmü bildiği ve buna rağmen payı edindiği ve örtülü de olsa, payın itfasına izin verdiği düşüncesi yatar. Ancak bu görüşün Türk hukukunda uygulanması bakımından TK 340 engel oluşturur. Bu hükme göre Kanunun açıkça izin vermediği hiçbir hüküm esas sözleşmeye alınamayacaktır ve Kanun da itfaya ancak bir pay alım programı kapsamında izin vermiş görünmektedir. Bu nedenle Türk Hukuku'nda zorunlu itfa yönteminin ancak bir kanun değişikliği neticesinde ya da itfadan etkilenen pay sahiplerinin rızası ile mümkün olacağı görüşü savunulmaktadır⁵².

SONUÇ

Şirket sözleşmesi değiştirilirken, değişiklik metninin hazırlanması müdürlerin görevidir. TK 616/I a uyarınca şirket sözleşmesini değiştirme yetkisi münhasıran genel kuruldadır. Bu yetkinin başka bir organa veya kişiye devredilmesi mümkün değildir. Kanunda sözleşme değişiklikleri için farklı yetersayılar öngörülmüştür. TK 589/I'de sözleşme değişiklik-

⁵¹ ibid 120

⁵² ibid 125

leri için genel bir karar yetersayısı, TK 621’de önemli sözleşme değişiklikleri için karar yetersayıları, TK 607’de ise ek ve yan edim yükümlülükleri için yetersayılar düzenlenmiştir. TK 589/I’e göre, aksi şirket sözleşmesinde öngörülmediği takdirde, şirket sözleşmesi, esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların oylarıyla değiştirilebilir. TK 621’de ise, sözleşme değişikliği gerektiren bazı önemli kararların temsil edilen oyların en az 2/3’ünün ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğuyla alınabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, şirket sözleşmesinde yer alan ve TK 621’de düzenlenen hususlar değiştirilecekse, bu maddedeki yetersayılar aranacak, diğer sözleşme değişiklikleri için TK 589’daki yetersayı geçerli olacaktır. TK 607’ye göre, şirket sözleşmesini değiştirip, ek ya da yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların onayıyla alınabilir.

Kanunda öngörülen yetersayılar şirket sözleşmesiyle ağırlaştırılabilir, buna karşılık azaltılamaz. Ağırlaştırma bütün sözleşme değişikliklerini kapsayabileceği gibi, bazı sözleşme değişikliklerini de kapsayabilir (sermaye artırımı veya azaltımı gibi). TK 621/II’ye göre, kanunda belli kararların alınabilmesi için ağırlaştırılmış yetersayılar aranıyorsa, bunu daha da ağırlaştıracak şirket sözleşmesi hükümleri, ancak şirket sözleşmesinde öngörülecek çoğunlukla kabul edilebilir.

Sözleşme değişikliklerinin tescil ve ilan edilmesi gerekir (TK 589/II). Müdürler bir dilekçe ile şirket merkezinin bulunduğu yer ticaret sicil müdürlüğüne başvurarak tescil talebinde bulunmalıdırlar. Sözleşme değişiklikleri iç ilişkide genel kurul kararının alınmasıyla, dış ilişkide ise tescille geçerli olur.

6102 sayılı Kanunda limited şirketlerde de imtiyazlı esas sermaye payları oluşturulmasına izin verilmiştir. TK 576/I c bendine göre, imtiyazlı pay varsa, bunun şirket sözleşmesinde gösterilmesi zorunludur. TK 621/I b uyarınca da, oyda imtiyazlı esas sermaye paylarının çıkarılması önemli bir karardır. Kanunda bu düzenlemeler haricinde limited şirkette imtiyazlı esas sermaye paylarına ilişkin başka bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir.

Sermaye artırımı, şirket sözleşmesinde yer alan esas sermaye miktarının artırılmasıdır. Bu bakımdan sermaye artırımı da bir sözleşme değişikliği teşkil eder. Ortakları ve alacaklıları korumak için kanunda sermaye artırımı özel olarak düzenlenmiştir. TK 590 uyarınca sermaye artı-

rımının, şirketin kuruluşu hakkındaki hükümlere göre yapılması gerekir. TK sermaye artırımını ek kuruluş niteliğinde görmüş ve kuruluş hakkındaki hükümlere tabi tutmuştur. Bu nedenle kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde kuruluş hakkındaki hükümler kıyasen uygulanır.

Sermaye şirketlerinde sermaye, alacaklıların en önemli güvencesini teşkil eder. Bu nedenle, sermayenin kuruluşta fiilen getirilmesi ve sonradan ortaklara iade edilmemesi gerekir. İade yasağının tek istisnası sermaye azaltımıdır (TK 601/II). Esas sermaye azaltımı bir sözleşme değişikliğidir. Bu nedenle sözleşme değişikliğine ve sermaye azaltımına ilişkin hükümler birlikte uygulama alanı bulur. TK 592/I'e göre, anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümleri limited şirketlere kıyas yolu ile uygulanır. Sermaye azaltımı, esas sermaye paylarının itibari değeri düşürülerek, esas sermaye paylarının sayısı azaltılarak ya da esas sermaye payları itfa edilerek yapılabilir.

KAYNAKÇA

Akbay D, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları (Vedat Kitapçılık 2010)

Arsılanlı H and Domaniç H, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması Hisseli Komandit Şirketler C.III (Temel Yayınevi 1989)

Bahtiyar M, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi (Beta Yayınevi 2001)

Bilgeç H, Anonim şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Toplantıya Çağırılması, Legal Mali Hukuk Dergisi (2015) 11 (132) 67-84

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9th edn, Dora Yayınevi 2013)

Çoştan H, Limited Şirkette Oyda İmtiyazlı (!) Paylar ve İmtiyazlı Paylar Ankara Barosu, Dergisi (2012) 4 77-90

Demir K, Uygulanabilirlik Şartları Bakımından Esas Sermayenin Azaltılması Yöntemleri, Batider (2017) 1 107-133

Karahan S (eds), Şirketler Hukuku (Mimoza Yayınları 2012)

Kendigelen A, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz (Beta Yayınevi 1999)

Kendigelen A, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3rd edn, Onikilevha Yayıncılık 2016)

Moroğlu E, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı (4th edn, Onikilevha Yayıncılık 2018)

Nussbaum M, Sanwald R and Scheidegger M, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht (Cosmos Verlag 2007)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I (13th edn, Vedat Kitapçılık 2014)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku II (13th edn, Vedat Kitapçılık 2017)

Siffert R, Fischer M P and Petrin M, GmbH-Recht (Staempfli Verlag 2008)

Şener O H, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (Seçkin Yayınevi 2017)

Tekinalp Ü, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2012)

Uysal E, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar (Onikilevha Yayıncılık 2016)

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (Arıkan Yayıncılık 2007)

- Araştırma Makalesi -

**7194 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DÜZENLEME SONRASI
SERMAYE PİYASASINDA İZİNSİZ HALKA ARZ VE ORTAK
SAYISI İTİBARI İLE HALKA AÇIK ŞİRKETLER SORUNUNUN
GEÇMİŞLE MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ***

*(A COMPARATIVE EVALUATION OF THE PROBLEM OF UNAUTHORIZED
PUBLIC OFFERING IN THE CAPITAL MARKETS AND JOINT STOCK
COMPANIES WITH A SHAREHOLDER NUMBER DEEMED TO BE PUBLICLY-
HELD AFTER THE REGULATION WITH THE LAW NUMBERED 7194)*

Dr. Osman Bahadır SİNAN
Dr. Ahmet TOK*****

ÖZ

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 1990'lı yılların başında ve sonunda önemli değişikliklere uğramış ve nihayet 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu ile ilga edilmiştir. Ülkemizde izinsiz halka arzlar 1990'lı yıllarda Holdingler sorunu tavsifiyle yaygın olarak karşımıza çıkmış, daha sonra 2000'li yılların ortalarından itibaren ani şekilde azalma kaydetmiştir. Konuya

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 22.06.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 13.07.2021 tarihinde birinci hakem; 12.08.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

İşbu çalışmada dermeyer edilen görüşler, yazarların şahsi görüşleri olup, mensup oldukları kurumu bağlamaz.

** Sermaye Piyasası Kurulu, Başuzman, bahadir.sinan@spk.gov.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6588-7963

*** Sermaye Piyasası Kurulu, Başuzman Hukukçu, ahmet.tok@spk.gov.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-2804-9255

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; SİNAN, Osman Bahadır, TOK, Ahmet, “7194 sayılı Kanun ile Yapılan Düzenleme Sonrası Sermaye Piyasasında İzinsiz Halka Arz ve Ortak Sayısı İtibariyle Halka Açık Şirketler Sorununun Geçmişle Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi” REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 301-340.

ilişkin TBMM Raporuna göre, 1990'lı yıllardan 2005'e kadar, 78 Holding ve buna bağlı yüzlerce şirketi ilgilendiren, yurt içinden ve dışından yüz binlerce vatandaşımızın para yatırdığı, kesin rakamı tespit edilememekle birlikte yaklaşık 5 Milyar Euro civarında paranın tasarruf sahiplerinden toplandığı görülmektedir. Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'yla birlikte izinsiz halka arz suçu usulsüz halka arz olarak düzenlenmiş, konuyla ilgili olarak yeni tedbirler getirilmiş ve toplanan paraların iadesi usulleri de detaylı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca anılan şirketlere Borsada işlem görme zorunluluğu getirilmiştir. Son olarak TBMM'de kabul edilen 7194 sayılı Kanun ile, anılan şirketlere para yatırımlarıyla ilgili olarak kanunla ortaklık vasfı tanınarak derdest davaların sona erdirilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Kanunu, İzinsiz Halka Arz, Halka Açık Sayılan Şirket, Kaydileştirme, Ortaklık İlişkisi

ABSTRACT

The abolished Capital Market Law numbered 2499 has been modified significantly at the beginning and end of 1990's and repealed by the new Capital Market Law which entered into force on December 30th, 2012. Unauthorized public offerings in our country were widely observed in the 1990s with the description of Holdings problem, and then suddenly decreased from the middle of the 2000s. According to the Parliament's Research Report, it is seen that hundreds of thousands of citizens living in Turkey or abroad which concern 78 Holdings and its affiliated companies, from the 1990s to 2005 had been collected from savers estimated about 5 billion Euros. With the new Capital Market Law, the crime of unauthorized public offering was regulated as improper public offer, the measures that can be taken against improper public offering crime have been expanded and the procedures for the return of the money collected were regulated in detail. Those companies are obliged to apply to the Exchange in order to have their shares traded on the exchange. Finally, with the Law numbered 7194 passed in the Grand National Assembly of Turkey, a regulation was made regarding the termination of pending lawsuits by recognizing partnership relations are deemed to have been established in return payments made to mentioned companies.

Keywords: Capital Market Law, Unauthorized Public Offering, Deemed Publicly-Held Company, Dematerialization, Partnership Relation

I- Giriş

Şirketlerin finansman ihtiyaçlarının doğru bir şekilde sağlanması ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirketlerin büyüyerek yatırımlarının artırılması ve borçlarının azaltılması halka arzla sağlanmaktadır. Yine işletme sermayesinin sağlanması amacıyla da halka arzlar gerekmektedir. Halka açılma, şirket hisselerinin ortak sayısının artması, sermayenin tabana yayılması ve kurumsal yönetimi birlikte getirir.

Çalışmada halka arz kavramının tanımı ile 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun (mülga Kanun) yerine 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu'yla (SerPK./Kanun) izinsiz halka arz suçunda yapılan değişiklikler ve bu alanda getirilen yeniliklere yer verilmiştir. Yine 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun geçerli olduğu 1996-2005 döneminde ülkemizde büyük ölçekte yapılan izinsiz halka arz fiillerine ilişkin bilgilere de yer verilmiştir.

Mülga Kanun 1990'lı yılların başında ve sonunda önemli değişikliklere uğramış ve 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı SerPK. ile ilga edilmiştir. 6362 sayılı yeni SerPK. ile birlikte izinsiz halka arz suçu Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin yönergelerine istinaden onaylı bir izahnameye bağlı olmadan yapılan ihraçları esas alarak düzenlenmiş, ayrıca payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklara, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvuru yapma zorunluluğu getirilmiştir (SerPK. md. 16/2) Yine tedbirler konusunda yapılan düzenlemeler ile Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK/Kurul) yetkilerinin ve halka açık şirket ortaklarının haklarının kapsamı genişletilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde halka arz kavramının tanımı, amacı ve türleri ile ortak sayısı itibarıyla halka açık şirketlere ilişkin bilgilere yer verilmiştir. İkinci bölümde izinsiz halka arz suçunun ülkemizde nasıl düzenlendiği ile 6362 sayılı yeni SerPK. ile getirilen değişiklikler anlatılmış ve 2499 sayılı mülga Kanun'un geçerli olduğu dönem olan 1996-2005 yılları arasında yapılan izinsiz halka arz fiillerine ilişkin bilgilere yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ortak sayısı itibarıyla halka açık şirketler açısından önemli olan kaydileştirme sürecinden bahsedilmiş, konuya ilişkin 6362 sayılı SerPK.'da yapılan değişiklikler ve son olarak 7194 sayılı Kanun ile yapılan güncel yasal değişikliklerin Holdingler üzerindeki etkisine değinilmiş ve yasal düzenlemeye ilişkin görüşlerimiz derleyen edilmiştir.

II- Halka Arz Kavramı ve Ortak Sayısı İtibariyle Halka Açık Şirketler

1. Halka Arz Kavramı

Şirketler halka açılmak ve paylarının organize bir pazarda işlem görmesini sağlamak suretiyle her şeyden önce önemli bir finansman kaynağından yararlanırlar. Halka arz finansman sağlama yanında satılan payların likit hale gelmesi, şirketin tanınırlığının artması ve kurumsallaşmayı da birlikte getirir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "*Kısaltmalar ve Tanımlar*" başlıklı md.3/1.f hükmünde halka arz¹ "sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrı² ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı"; yine aynı maddede halka açık ortaklık "*Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları*" olarak tanımlanmıştır (md.3/1.e bendi³). Halka arzın varlığı için 2499 sayılı mülga Kanun 3/1-c. hükmüne göre çağrı ve

¹ 2499 sayılı mülga SerPK.'da ise halka arz; "Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. (Md. 3/1-c)

² Hükümde yer alan çağrı kavramının şekli ve usulünün, halka arzın gerçekleşmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bir başka deyişle çağrıda yöntem sınırı söz konusu değildir. Bu meyanda çağrı, yazılı veya sözlü olabilir. Basın yayın organları, internet, televizyon v.s kanalıyla da sermaye piyasası araçlarının satın alınması için yatırımcılar şirkete ortak olmaya davet edilebilir. Tekin Memiş and Gökçen Turan, Sermaye Piyasası Hukuku, (4th edn, Seçkin 2019) 53; Veliye Yanlı, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, (Beta 2005) 27-28. Örneğin sermaye artırımını yaparak yeni pay ihraç eden bir şirket bu payları kamuya açık bir ortamda herhangi bir pazarlama yöntemiyle satmaya kalkarsa bu durumda halka arz yapılmış olur. Burada önemli olan nokta, bu satış sürecinde tek bir pay bile satılsa, satışa çıkarılan diğer paylar satılmamış olsa bile halka arz gerçekleşmiş sayılır. Ethem Sancak, Sermaye Piyasası Sözlüğü, (Scala 2014), 132

³ Anılan bent, 28.11.2017 tarih ve 7061 sayılı Kanunun 107 nci maddesi ile değiştirilmiş tanımı içermektedir.

davet gibi fiiller yeterli görülürken⁴; 6362 sayılı SerPK.'nın 3/1.f hükmü uyarınca çağrıyı takiben satışın yapılması da gerekmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenlemede çağrı ya da davet tek başına geçerli olmayıp fiilen satış şartı da aranmaktadır. Mülga Kanundan farklı olarak halka arz için çağrı ile birlikte satışın da şart kılınmasının, geçmişte yaşanan şirketlerin hisse senetlerinin⁵ ikincil piyasasının yine şirketlerin kendileri tarafından oluşturulmasının önüne geçilmeye çalışılması amacına matuf olduğu söylenebilir. Ayrıca şirket hisse senetlerini alan yatırımcılara daha sonra ellerindeki hisse senetlerini satmak istediklerinde, bu hisse senetlerinin daha önce şirket tarafından deklare edilen fiyattan satın alınmasına gerek kalmaması da bir başka sonuç olarak zikredilebilir.

Halka arz, mevcut payların satışı ile olabileceği gibi kuruluş aşamasında⁶ yahut sermaye artırımını sureti ile yeni pay satışı şeklinde de gerçekleştirilebilir. Sermaye artırımını yoluyla halka arz tercih edildiğinde elde edilecek hasılat ortaklığa aitken; mevcut payların halka arzında ise hasılatı ortaklar paylaşacaktır⁷. Bununla birlikte iki yöntemin birlikte uygulanması suretiyle de payların halka arz edilmesi mümkündür. Esasında ortaklığın niteliği, mali yapısı ve ekonomik durumu gibi farklı et-

⁴ 2499 sayılı mülga SPKn. açısından sermaye piyasası araçlarının satın alınmasının değil, o amaca dönük olarak “çağrı yapılması”nın, halkın katılmaya veya kurucu olmaya “davet edilmesi”nin satıştan bağımsız olarak “halka arz” eylemini tamamladığı sonucuna ulaşılır. Bunun da halka çağrı yapıldıktan, anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edildikten sonra herhangi bir nedenle satışın gerçekleşmemesi halinde bu fiili gerçekleştiren ortaklığın halka açıklık vasfını kazanıp kazanmadığı, kendisine, ihraççılara ve halka açık şirketlere ilişkin özel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı gibi tartışmalara ve duraksamalara yol açıcı bir düzenleme niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Reha Tanör, Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası, (TSPAKB 2003) 118

⁵ Mülga kanun döneminde kullanılan hisse senedi kavramı, yeni kanunla birlikte ve kaydıleştirilmenin de etkisiyle yerini pay terminolojisine bırakmıştır. Hisse senedi kavramı, finans literatüründe halen kullanılmaktadır.

⁶ Payları ilk defa halka arz edilecek şirketlerin hem bazı özelliklere sahip olmaları hem de arz öncesi bazı süreçleri izlemeleri gerekir. Bunlar; sermaye koşulu, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin koşul, yüklenim koşulu ve esas sözleşmenin sermaye piyasası mevzuatına uygunlaştırılması koşulu olarak belirtilebilir. Ali İhsan Karacan and Esra Erişir Karacan, Sermaye Piyasası Araçları, (Legal 2021) 180-181

⁷ Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 636, 637

kenler halka arzda tercih edilecek yöntem konusunda belirleyici olmaktadır⁸.

Halka arz gerçek anlamda geniş yatırımcı kitlesine yapılan halka arz olabileceği gibi varsayımsal (farazi) halka arz olarak tavsif edilebilecek olan ortak sayısının çokluğu nedeniyle ortaklığın paylarının halka arz edilmiş sayılması şeklinde de tezahür edebilir.

Teknolojinin ilerlemesi ile internet üzerinden yapılan halka arzlar da yaygınlaşmaktadır. İnternet üzerinden yapılan halka arzlarda hangi hukukun uygulanacağı ve yetkili kamu otoritesinin kim olacağı konuları önem taşımaktadır. Yerel dağıtım araçlarının kullanılması, çağrıda belli ülkelere ait medya araçlarının kullanılması, çağrıda bulunan kişilere gönderilen elektronik postaların ilgili ülkede yerleşik kişilere yönelik olması gibi hususlar önem taşımaktadır⁹.

Son dönemdeki istatistiklere bakıldığında, Borsa İstanbul ve SPK verileri çerçevesinde 2019 yılında 15 şirketin paylarını halka arz etmesinden sonra pandeminin başladığı 2020 yılında 8 şirket paylarını halka arz etmiştir. 2021 yılında da halka arz rüzgârı devam etmiş ve yılın ilk dört ayında 13 şirketin halka arzı gerçekleşmiş ve halka arz büyüklüğü yaklaşık 7,7 milyar TL'yi bulmuştur. Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun (MKK) 2020 yılsonu verilerine göre, yerli gerçek yatırımcı sayısı 2020 Aralık'ta 103 bin 204 artarken, yılın tamamında 782 bin 367 kişi pay piyasalarıyla ilk kez tanışmıştır. 2020'de pay piyasalarındaki yerli gerçek yatırımcı sayısı aylık ortalama 65 bin 200 artarak toplam 1 milyon 970 bin 245'e, portföy değeri de 210 milyar TL'den 312 milyar TL'ye ulaşarak rekor kırmıştır. 2021 Şubat sonu itibarıyla ise yerli yatırımcı sayısı 2 milyon 126 bine yükselmiştir¹⁰.

⁸ Manavgat (n 7) 640

⁹ Report of Technical Committee of IOSCO, Securities Activity on the Internet, <www.iosco.org> Erişim Tarihi 20 June 2021

¹⁰ Hisse senedi piyasası, geçmiş yıllara bakıldığında şirketler açısından Türkiye'de ciddi bir fon kaynağı olamamışsa da son yıllarda bu trendin tersine sermaye piyasalarına olan ilginin arttığı gözlenmektedir. Geçmişte halka arzları arttırmak suretiyle şirketlerin sermaye piyasasının sunduğu imkânlardan yararlanmasına katkıda bulunmak için Borsa İstanbul AŞ. (İMKB), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) ve Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (TSPAKB) arasında 07.08.2008 tarihinde bir işbirliği protokolü imzalanmıştır.

2. Ortak Sayısı İtibariyle Halka Açık Şirketler

Genel anlamı ile çok ortaklı anonim şirketler halka açık şirketler olarak tavsif edilebilmekle birlikte, hukuki tanım ile uygulama mantığındaki tanımlar aynı mahiyette değildir. Nitekim sermaye piyasası mevzuatında halka açık şirket¹¹ kavramı, paylarını halka arz eden ya da kanunda öngörülen belirli bir ortak sayısını geçen şirketler için kullanılan bir kavramdır. Bu çerçevede, SerPK.'nın “*Kısaltmalar ve Tanımlar*” başlıklı 3 üncü maddesinin 1-e bendinde halka açık ortaklıkların, “*payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkları*” ifade ettiği belirtilmiştir. Aynı maddenin 1-f bendinde ise halka arz'ın, “*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı*” ifade ettiği düzenlemesine yer verilmiştir. SerPK.'nın “*Halka açık ortaklık statüsünün kazanılması*” başlıklı 16/1 maddesinde de, payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların paylarının halka arz olunmuş sayılacağı ve bu ortaklıkların, halka açık ortaklık hükümlerine tabi olacakları hükme bağlanmıştır. Öte yandan aile şirketi ya da az ortaklı olan ve payları bir borsada

Söz konusu protokol çerçevesinde toplantı, seminer ve şirket ziyaretleri yapılarak şirketlerin halka açılması teşvik edilmiştir. Bu konuda sermaye piyasası mevzuatında da değişiklikler yapılarak şirketlerin halka açılması kolaylaştırılmıştır. 2023 yılına gelindiğinde halka arz olan şirket sayısının 1000'e ve yerli yatırımcı sayısının yaklaşık olarak 8 milyon kişiye çıkarılması hedeflenmiştir. Ancak geçen süre zarfında beklenildiği şekilde olumlu sonuçlar alınamamıştır. Yine bu dönemde bireysel borsa yatırımcı sayısında da belirgin bir artış yaşanmamıştır. Yapılan halka arz seferberliği çerçevesinde getirilen düzenlemelerle şirketlerin halka açılma şartları kolaylaştırılmıştır. Halka arz seferberliği çerçevesinde 2010 yılında 24, 2011 yılında 25, 2012 yılında 26, 2013 yılında 19 şirket paylarının ilk kez halka arz edildiği görülmektedir. Bu sayılar ilerleyen dönemlerde gittikçe düşerek 2014 yılında 14, 2015 yılında 5, 2016 yılında ise 2 olmuştur. Ancak ilerleyen dönemlerde bu halka açık şirketlerin bir kısmının finansal durumlarındaki bozulmalardan ve diğer nedenlerden dolayı ilgili pazarlarda işlem görmemeye başlamışlar ve bazı şirketlerin payları borsa kotundan çıkarılmıştır. Anılan protokol bilgisine, SPK internet sitesinde yer alan 2008 ve 2010 yıllarındaki gelişmelerden ulaşılabilmektedir. <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Hakkimizda/SermayePiyasasindaGelistmeler>> Erişim Tarihi 5 August 2021

¹¹ Karşılaştırmalı hukuk bakımından halka açık şirketler (İsviçre, ABD ve İngiliz Hukuku) hakkında bkz Burak Etirli, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Halka Açık Anonim Ortaklıkları Halka Kapalı Statüye Dönmesi, (On İki Levha 2021) 6-11. Örneğin İngiliz hukukunda halka açık şirketlerin paylarını halka arz etme zorunluluğu olmadığı gibi, payların borsada işlem görme zorunluluğu da bulunmamaktadır. ibid 12

işlem görmeyen şirketler de halka açık olmayan (kapalı) şirketler olarak nitelendirilebilir. Bu çerçevede halka açık olmama, payların bir borsada işlem görmemesi veya ortak sayısının belirli bir eşik altında olması demektir¹².

Daha önce Sermaye Piyasası Kanunu tasarılarında yer alan, fakat mülga Kanun'da yer verilmeyen "*Halka Açık Anonim Ortaklık*" tanım ve ifadesi, 1992 yılında 3794 sayılı Kanunla¹³ yapılan değişiklik sonrası mevzuatımıza girmiştir¹⁴. Mülga Kanunun 3794 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, ortak sayısının 100'den fazla olduğu herhangi bir şekilde tespit olunan anonim ortaklıkların hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılacağı hükmüne (md.11) yer verilmiş; 3794 sayılı Kanunla anılan madde, "*pay sahibi sayısının 100'den fazla olduğu herhangi bir şekilde tespit olunan anonim ortaklıkların hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılacağı ve bu ortaklıkların, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olacakları*" şeklinde tadil edilmiştir. Mülga Kanun'da 15/12/1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun¹⁵ ile yapılan değişiklik ile

¹² Hisseleri halka arz edilmiş olan ya da arz edilmiş sayılan anonim şirketler dışında kalan anonim şirketler, kapalı anonim şirketleri oluşturur. Bunlar esas itibariyle aile fertlerinin oluşturduğu, ortak sayısının az, ortaklar arasındaki ilişkilerin güçlü olduğu şirketlerdir. Bir anonim şirketin halka açık veya kapalı olması uygulanacak kanun bakımından önem taşımaktadır. Halka kapalı anonim şirketler, esas itibariyle TTK hükümlerine tabi iken, halka açık anonim şirketlere öncelikle SPKn hükümleri uygulanır. Güzin Üçışık and Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, (Adalet 2013) 76. SPKn. md. 16 hükmünün zıt anlamından payları borsada işlem görmeyen ve ortak sayısı beş yüzü aşmayan anonim şirketlerin, aile tipi (kapalı) anonim şirketler olduğu anlamı çıkmaktadır. Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, (2nd edn Seçkin 2015) 295

¹³ 29/4/1992 tarih ve 3794 sayılı "Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına, Bankalar Kanunu'nun Bir maddesinin Değiştirilmesine ve 35 sayılı KHK'nın Bazı maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun" 13/5/1992 tarih ve 21227 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Anılan Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3/g maddesi'ndeki tanım şu şekilde idi: "(Ek:29/4/1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanun ile) Halka Açık Anonim Ortaklık: Bu Kanunun uygulanmasında halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklardır."

¹⁴ Zühtü Aytaç, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı, 15. Yıl Sempozyumu, (Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları 1998) 52

¹⁵ 15/12/1999 tarih ve 4487 sayılı "Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsa-

pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılacağı ve bu ortaklıkların, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olacakları hükmüne yer verilerek, ortak sayısı itibariyle halka açıklıkta sınır 100'den 250'ye yükseltilmiştir¹⁶. Nihayet SerPK. ile anılan *halka arzedilmiş sayılma* kavramı kanunda özel olarak tanımlanmamakla birlikte, SerPK.'nın "*Halka açık ortaklık statüsünün kazanılması*" başlıklı 16/1. maddesinde payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların paylarının halka arz olunmuş sayılacağı¹⁷ ve bu ortaklıkların halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olacakları¹⁸ hükmüne bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasının

ları Birliği Kanununun Bir maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun" 18/12/1999 tarih ve 23910 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁶ Ortak sayısı itibariyle halka açık şirketlerde sayının 100'den 250'ye yükseltilmesine ilişkin düzenlemenin gerekçesinde, "Sermaye Piyasası Kanununun uygulanması bakımından hisse senetleri halka arzedilmiş olan veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklar, halka açık sayılmaktadır. Hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılması, Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında ortak sayısına bağlanmıştır. 1981 yılında yürürlüğe giren 2499 sayılı Kanun ile yapılan belirlemeye göre, ortak sayısının 100'den fazla olduğu tespit edilen ortaklıklar, hisse senetlerini halka arz etmiş olarak kabul edilmektedirler. Böylece Kanun koyucu 100 ortak sayısını, farazî halka açıklık ölçütü olarak benimsemiştir. Ancak 2499 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçen yaklaşık 14 yılda, Türk sermaye piyasasının geçirdiği evrim, anılan ölçüte esas alınan ortak sayısının artırılmasını gerekli kılmıştır. Gerçekten bu dönemde İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın kurulup, faaliyete geçmesi ve işlem hacminin büyümesi; kurumsal yatırımcıların oluşması; sermaye piyasası araç ve kurumlarında çeşitliliğin sağlanması ve yabancı yatırımcıların ilgisi gibi etkenlerle sermaye piyasasında yatırım yapan tasarruf sahibi kitlesinde büyük bir artış gerçekleşmiştir. Bunlara bağlı olarak, gelişmeler ortaya çıkardığı halka açık anonim ortaklık ölçeğine uygun biçimde, ölçüte esas olan 100 ortak sayısı 250'ye çıkarılmıştır." ifadelerine yer verilmiştir. 4487 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. <<http://www.spk.gov.tr/apps/MevzuatEski/?submenuheader=-1>> (Erişim Tarihi: 8 June 2021)

¹⁷ Mülga 2499 sayılı SerPK.'nın 4487 sayılı Kanunla değişik 11. maddesinde "Pay sahibi sayısının 250'den fazla olduğu herhangi bir şekilde tespit olunan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz edilmiş sayılır ve bu ortaklıklar halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar." hükmü öngörülmüş idi.

¹⁸ Halka açık ortaklık statüsünün bu şekilde kazanılmasında, sayının fiilen aşılmasının tek başına yeterli olup olmadığı öğretilde tartışmalı olmakla birlikte, bu konuda ayrıca çoğunluk pay sahiplerinin veya yönetim kurulunun iradesi aranmaz. SerPK. ve TTK'da da bu konuda bir hüküm yer almamaktadır. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Serdar Hızır, Halka Açık Ortaklık Statüsünün Sona Ermesi, (On İki Levha 2019) 28-29. Kanaatimizce de, Kanunun açık hükmü ve ikincil düzenlemelerdeki hükümler

da ise, payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıkların, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorunda oldukları, aksi durumda, Kurulun, bu payların borsada işlem görmesi veya ortaklığın halka açık ortaklık statüsünden çıkarılması için, ortaklığın talebini aramaksızın gerekli kararları alacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Hisse senetleri halka arz edilmiş sayılan anonim şirketler, hisse senetleri halka arz edilmiş olmamasına rağmen SerPK.'nın halka açık anonim şirket olarak nitelendirmesi sonucu halka açık anonim şirketlerin tabi olduğu hükümlere tabi olan anonim şirketlerdir. Buna göre pay sahibi sayısı beş yüzden fazla olan anonim şirketler, halka açılmamış olsalar bile, SerPK.'ya göre hisse senetleri halka arz edilmiş sayılıp halka açık anonim şirket olarak nitelendirilirler. Ayrıca payları borsada işlem gören şirketler de halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar. SerPK.'nın bu düzenlemesinin temel nedeni, ortaklıkların Kanun kapsamından kurtularak denetimden uzak kalmasını engellemek ve bu yolla da yatırımcıları korumaktır. Kanunun temel amacı budur. Burada kamu menfaati ön planda tutulmuştur¹⁹. Bu çerçevede, fiilen halka arz yaparak halka açılmamış olsa bile iki kriter şirketleri “*halka açık sayılan şirket*” veya “*payları halka arz olunmuş sayılan*” statüsüne getirmektedir.

- Bir şirketin payları bir borsada işlem görüyorsa
- Bir şirketin ortak sayısı kanunda öngörülen eşik olan beş yüzü geçmiş²⁰ ise

SerPK.'nın 16 ncı maddesinde halka arz olunmuş sayılma kriterlerinden diğeri de, pay sahibi sayısının beş yüzü aşmasıdır. Farazi halka

dikkate alındığında, sayının beş yüzü aşması halinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın şirketin halka açık şirket statüsüne geçtiğinin kabulü gerekmektedir.

¹⁹ Üçışık and Çelik (n 12) 76. Nitekim 2.1.2011 tarih ve 28103 sayılı RG.'de yayımlanan 660 sayılı “Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin “Tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinde halka açık şirketler, kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar arasında zikredilmiştir.

²⁰ Beş yüz pay sahibinin tespit edilmesi, sayının tespitinde ispat araçları, sayının hesabına dahil edilecek pay sahipleri ve tek bir pay sahibinin paylarını devretmesi neticesinde halka açık ortaklık statüsünün kazanılması konusundaki tartışmalar için bkz. Etirli (n 11) 36-42

açıklık ölçütü olarak tavsif edilen ortak sayısına bağlı olarak şirketin halka açık şirket hükümlerine tabi olmasına ilişkin düzenleme ile bir varsayımdan hareketle, ortak sayısı beş yüzü geçen şirketler payları halka arz olunmuş sayılmış ve halka açık şirket olarak kabul edilmişlerdir. Ortak sayısı nedeniyle halka açık şirket sayılanlar, hiç bir halka arz işlemi gerçekleştirilmesede dahi, yani bu şirketler paylarını halka arz etmeseler veya payları borsada işlem görmese de salt ortak sayısı beş yüzü geçtiği için halka açık şirket olarak kabul edilirler.

Ortak sayısının beş yüzü geçmesi halinde halka arzın gerçekleşmiş sayılacağına ilişkin düzenleme ile kesin yani aksi ispat edilemeyen bir karine öngörülmüştür. Dolayısıyla anılan hükmün aksi kararlaştırılmaz²¹. Bu meyanda, payları bir borsada işlem görsün ya da görmesin, bir şirketin ortak sayısı beş yüzü aşıyorsa bu şirket de Kanunda yer alan açık hüküm nedeniyle halka açık şirket statüsünde sayılacaktır.

Pay sahibi sayısı beş yüzün üzerinde olan halka açık şirketler bu statüyü kazanıp, SerPK.'nin halka açık şirket hükümlerine tabi olduktan sonra en geç ikinci yılın sonuna kadar paylarını borsada satma veya ortaklardan bazılarının paylarını borsaya kote ettirerek işlem görmesini sağlama yoluyla borsa şirketi niteliğine bürünmeleri SerPK. md. 16/2²² hükmü ile zorunlu hale getirilmiştir. Anılan hüküm ile bu zorunluluğa uymayan şirketlerin paylarının re'sen borsalarda işlem görmesi veya halka açık şirket statüsünden çıkmasını teminen, çağrı yapılarak ortak sayısının Kanunda belirtilen sınırın altına düşürülmesi de dâhil olmak üzere, gerekli kararları alma konusunda Kurul'a yetki verilmiştir. Bu çerçevede Kurul, VII-128.1 sayılı "Pay Tebliği"nin 35. maddesi ile II-16.1 sayılı "Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görme Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği"²³ hükümleri çerçevesinde gerekli işlemleri tesis edecektir. Dolayısıyla halka açık olmasına rağmen payları borsada işlem görmeyen anonim şirketler en fazla iki yıl için bu durumlarını koruyabileceklerdir. Bu hüküm halka

²¹ Ünal Tekinalp, Reha Poroy and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, (13th edn Vedat 2014) 290

²² Anılan hüküm şu şekildedir: SPKn. md. 16/2 "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."

²³ 30.12.2013 tarih ve 28867 (Mükerrer) sayılı RG'de yayımlanmıştır.

açık anonim şirket kavramının payları borsada işlem gören şirket kavramıyla özdeşleştirilmesine yönelik bir düzenlemedir²⁴. Madde gerekçesinde de bu husus tasrih edilmiştir²⁵.

Ayrıca SerPK.'nın 33/4 hükmünde de, şirketin iradesi hilafına gerçekleşen halka açık şirket statüsünün değiştirilebilmesi için yeni bir imkân öngörülmüştür. Anılan düzenleme ile pay sahibi sayısı sebebiyle halka açık sayılan ortaklıklardan, 16 ncı madde uyarınca paylarının borsada işlem görmesini istemeyenlerin, pay sahibi tam sayısının en az üçte ikisinin olumlu oyu veya toplam oyların dörtte üçü ile alınacak bir genel kurul kararı ile bu Kanun kapsamından çıkabileceği, bu durumda Kanunun kapsamından çıkma kararına olumlu oy kullanmayan pay sahiplerine 24 üncü madde uyarınca ayrılma hakkı tanınacağı, 16 ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Kurulca resen halka açık ortaklık statüsünden çıkarılacak ortaklıkların hâkim ortaklarına diğer paylar için pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu getirilebileceği hükme bağlanmıştır.

²⁴ Feyzan Hayal Şehirali Çelik, İsmail Kırca and Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 230; 2 yıllık süre sonunda halka açıklık ile payların borsada işlem görmesi arasında ilişki sağlanması amaçlanmıştır. Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, (11th edn, Beta 2016) 118; Burak Adıgüzel, Sermaye Piyasası Hukuku, (Adalet 2017) 68

²⁵ Gerekçede, bu husustaki açıklama şu şekildedir: “Getirilen diğer bir yenilik ise payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için olup, bu şirketlere Kurul kaydına alındıktan sonra en geç iki yıl içerisinde paylarının borsalarda işlem görmesi zorunluluğu getirilmiş ve bu zorunluluğa uymayan ortaklıkların paylarının re’sen borsalarda işlem görmesi veya halka açık ortaklık statüsünden çıkmasını teminen, çağrı yapılarak ortak sayısının Kanunda belirtilen sınırın altına düşürülmesi de dâhil olmak üzere, gerekli kararları alma konusunda Kurul’a yetki verilmiştir. Getirilen bu yenilik ile bir yandan sadece payları borsada işlem gören anonim ortaklıkların halka açık anonim ortaklık olarak düzenlendiği AB müktesebatına uyum sağlanması amaçlanırken, diğer yandan belirli büyüklükteki ortaklıklara yatırım yapan pay sahiplerinin haklarının korunmasının ekonomik olarak daha anlamlı olduğu göz önünde bulundurulmuş ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması amacıyla inceleme, gözetim ve denetimde etkinliğin artırılması ve yatırımcının etkin olarak korunduğu bir yapıya geçilmesi amaçlanmıştır.” SPKn.’nda yer alan ortak sayısı dolayısıyla halka açık olma kriterinin, AB ülkelerindeki düzenlemeler dikkate alınarak kaldırılması gerektiği görüşü için bkz. Oral Erdoğan and Ethem Sancak, ‘Tezgahestü Piyasalarda Reform Gereksinimi’, 2010 (2) Sermaye Piyasası Dergisi, 6, 14

SerPK. md. 33/5 hükmünde de, “İhraççılar ve halka açık ortaklıklar, 16 ncı maddede belirtilen sayıdan daha fazla ortağa sahip olsalar dahi, bilanço ve sermaye büyüklüğü, faaliyetlerinin devamlılığı, ortak olmanın belirli özellikleri taşıyan kişilerle sınırlı tutulması, sermayenin ortaklar arasındaki dağılımı gibi şartların varlığı hâlinde resen veya talep üzerine bu Kanundan kaynaklanan yükümlülüklerden kısmen veya tamamen muaf tutabileceği gibi tamamen bu Kanun kapsamından da çıkarılabilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu hükümler ile ortakların talebi ile halka açık ortaklık statüsünden çıkmanın söz konusu olabileceği, bunun şartlarının bulunduğu görülmekte olup yine bazı şartların gerçekleşmesi durumunda da resen ve talep üzerine Kanun kapsamından çıkarılabilme hakkının doğduğu görülmektedir. 2499 sayılı mülga Kanun’da yer almayan bu düzenleme ile Kurul’un yetkilerinin ve ortakların haklarının genişletildiği görülmektedir. Ayrıca halka açık bir şirketin halka kapanma opsiyonunu kullanabilecek olması da sermaye piyasaları açısından olumlu bir gelişmedir. Konuya ilişkin SPK tarafından çıkarılan II.16.1 sayılı Tebliğ’de ortaklıkların Kanun kapsamından çıkarılmaları hususları düzenlenmiştir. Bu hususlar; genel kurul kararı, ortaklık yapısı, ortak sayısı, finansal tablo kalemlerinin büyüklüğü nedeniyle Kanun kapsamından çıkarılma, faaliyetin devamlılığına ilişkin hususlar nedeniyle Kanun kapsamından çıkarılma, Kanun kapsamından resen çıkarılma olarak sayılmış; çıkma ve çıkarılma için aranan şartlar, gerekçeye göre ayrı ayrı belirlenmiştir.

III- İzinsiz ve Usulsüz Halka Arz Suçu

1. Genel Olarak İzinsiz ve Usulsüz Halka Arz Suçu

Mülga Kanun döneminde “izinsiz halka arz” olarak adlandırılan²⁶ ve anılan dönemde geçerli olan kayda alma sistemi çerçevesinde, ihraç veya halka arz olunan sermaye piyasası araçlarının Kurula kaydettiril-

²⁶ Mülga kanunda sermaye piyasası suçları “Cezai Sorumluluk” başlığı altında yer alan 47 nci madde kapsamında düzenlenmişti. Ayrıca, anılan kanunda düzenlenen suçlar özel olarak adlandırılmamış olup, doktrin tarafından özelliklerine göre sınıflandırılmakta ve isimlendirilmekteydi. 6362 sayılı SerPK.’da kanun koyucunun, mülga kanun döneminde torba hüküm niteliğini haiz 47 nci maddedeki düzenleme tarzını terk edip, ceza normlarının belirliliği ve açıklığı ilkesine uygun olarak her bir suç tipini özelliğine göre ayrı maddelerde sınıflandırması yöntemini benimsemesi yerinde bir tercihtir. Seçil Coşkun, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn. Md. 107), (On İki Levha 2021) 33

mesi zorunluluğunu yerine getirmemek şeklinde açıklanan (Mülga Kanun md. 47/A-4) suç, SerPK. sisteminde, kayda alma sisteminden izahnamenin onaylanması sistemine geçilmesi hasebiyle “*usulsüz halka arz*” şeklinde düzenlenmiştir²⁷. 1992 yılında 3794 sayılı Kanun’la değiştirilmesinden önce mülga Kanun döneminde liyakat yaklaşımı benimsenmiş ve “kayda alma” yerine “izin” sistemi geçerli olmuştur. İzin sistemi, Kurul’u sermaye piyasası araçlarının halka arzında bilgilerinin yeterliliğini ve doğruluğunu inceleme dışında, halka arzın kamu yararına aykırı düşüp düşmeyeceği veya yatırımcının istismarına yol açıp açmayacağı gibi sübjektif değerlendirmeler yapmakla yükümlü kılmıştır. 3794 sayılı Kanun’la birlikte, “izin” sisteminden vazgeçilerek kamunun aydınlatılmasının sağlanması, ancak yatırımın risk-getiri değerlendirmesinin piyasaya bırakılması ilkesine dayalı kamuyu aydınlatma sistemi benimsenmiştir²⁸. 6362 sayılı SerPK.’da ise, mülga Kanun’da yer alan “*kayda alma*” sistemi kaldırılarak, yerine AB mevzuatına paralel bir biçimde, “*izahnamenin Kurulca onaylanması*” uygulaması sistemine geçilmiştir. Kurul, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca hazırlanan standartlara göre eksiksiz olduğunu tespit etmesi halinde izahnamenin onaylanmasına karar verecektir²⁹. Bu çerçevede, mülga Kanun’da yer alan “*izinsiz halka arz*” suçunun yeni Kanun ile usulüne uygun izahname hazırlanmadan halka arz yapılmasının cezai yaptırıma

²⁷ Usulsüz halka arz suçunun ABD, AB ülkeleri ve Birleşik Krallıktaki yasal altyapısı konusundaki açıklamalar için bkz. Çağatay Çınar, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları, (Seçkin 2020) 3-39

²⁸ Mülga Kanun md. 5/III hükmüne göre, açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varılırsa, gerekçe gösterilerek, başvuru konusu sermaye piyasası aracının Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilir.

²⁹ Anılan sistemde Kurul tarafından yapılan inceleme, izahnamede yer alan bilgilerin açık, anlaşılır ve tutarlı olup olmadığı ve Kurulca belirlenen standartlara uygun olup olmadığı ile sınırlı olup, izahnamede yer alan bilgilerin doğruluğunun araştırılması Kurul’ün görev ve yetkisi dâhilinde değildir. Dolayısıyla Kurul, halka arz başvurusunu incelerken halka arzın ekonomik sonuçlarına ya da açıklanan bilgilerin gerçekliğine ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, yalnızca izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen standartlara göre eksiksiz olup olmadığı bakımından inceleme yapmaktadır.

bağlanması hasebiyle “*usulsüz halka arz*” olarak tanımlanmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

İzinsiz halka arz suçu ile korunan hukuki değer, ekonomik düzenin işleyişi ve piyasaya olan güvendir. Bir başka deyişle genel olarak sermaye piyasası suçlarının hukuken himaye ettiği değer, SerPK.’nın amacı da dikkate alındığında, piyasasın işlevselliğini korumak ve piyasa düzenini sürdürmek olduğu söylenebilir. SerPK. md. 109’un gerekçesinde de, onaylı izahname yayımlamaksızın sermaye piyasası araçlarını halka arz eden kişilerin, sermaye piyasası üzerindeki olumsuz etkilerini önlemeye yönelik olarak bu hareketlerin yaptırıma bağlandığı ifade edilmiştir. İzinsiz halka arz suçunun maddi unsuru, onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmesi ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarının satılmasıdır. Yine Kurula kaydettirilmesi zorunlu ihraç ya da halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının, Kurula kaydettirilmeden, satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulması, halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesi de suçun maddi unsurunu kapsamaktadır³⁰.

İzinsiz halka arz bir tehlike suçu olup, maddi unsurunun oluşabilmesi için halka ortaklığa katılmaları yönünde çağrı yapılması ya da davette bulunulması yeterli olup, söz konusu çağrı ya da davet, yazılı, görsel ve sözlü olarak her türlü yoldan yapılabilecektir. Suçun manevi unsuru ise genel kasttır. Kast suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK md. 21/1). Kast; genel kast ve özel kast olmak üzere ikiye ayrılır. Kanun’un sadece fiilin bilerek ve istenerek işlenmesini aradığı, failin amacının önemli olmadığı kast çeşidi genel kasttır, kastın yanında failin özel amacının arandığı durumlarda özel kast ortaya çıkmaktadır³¹.

SerPK.’da mülga Kanundan farklı olarak kayda alma sistemi yerine izahnamenin onaylanması sistemine geçilmesi nedeniyle usulsüz hal-

³⁰ Suçun unsurları ile suçun özel görünüş şekilleri hakkında bkz. Murat Balcı and Sinem Turan, Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi, Cilt II, (Adalet 2020) 477-483; Çınar, (n 27) 53-97

³¹ Kast tipikliğinin genel unsurudur. Ancak bazı suç tiplerinde failin saiki özel olarak aranmakta ve bu durum kastın ayrı bir görünümü olarak açıklanmaktadır. Örneğin kan gütme saiki ile adam öldürme suçu failin saikinin arandığı özel bir kastı içermektedir. Mahmut Koca and İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Seçkin 2015) 135

ka arz olarak isimlendirilen suça ilişkin cezai yaptırım SerPK.'nın 109'uncü maddesinde “Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarını satanların, 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beşbin günden on bin güne kadar adli para cezası cezalandırılacakları” öngörülerek cezai müeyyideye bağlanmıştır.

SerPK.'nın 4'üncü maddesinde izahname hazırlama yükümlülüğü düzenlenmiş olup, “Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulca onaylanması zorunlu olduğu” hükme bağlanmıştır. 30.12.2012 tarihinden önce yürürlükte olan 2499 sayılı SerPK.'nın 4'üncü maddesinde ise ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurula kaydettirilmesi zorunluluğu getirilmişken yeni düzenlemede konunun izahname hazırlama yükümlülüğüne ve onaylanmasına bağlandığı görülmektedir. Mülga Kanunda yer alan sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınma sistemi kaldırılarak yerine AB mevzuatına paralel bir biçimde, izahnamenin Kurulca onaylanması uygulaması sistemine geçilmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 6'ıncı maddesinde izahnamenin onaylanmasına ilişkin süreçler belirlenmiştir³². Dolayısıyla belirli bir süre dâhilinde izahnamenin

³² “(1) Kurul, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen izahname standartlarına göre eksiksiz olduğunun tespiti hâlinde izahnamenin onaylanmasına karar verir. İzahnamenin onaylanması sürecinde yapılacak incelemeye ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. İzahnamenin ayrı belgelerden oluşması hâlinde, her bir belge ayrıca onaylanır. İzahnamenin onaylanması, izahnamede yer alan bilgilerin doğru olduğunun Kurulca tekeffülü anlamına gelmeyeceği gibi, söz konusu sermaye piyasası araçlarına ilişkin bir tavsiye olarak da kabul edilemez.

(2) İzahnamenin onaylanmasına ilişkin başvuru, Kurul düzenlemelerine uygun olarak hazırlanmış izahname ve gerekli diğer bilgi ve belgelerin Kurula sunulmasından itibaren on iş günü içinde Kurul tarafından karara bağlanır ve keyfiyet ilgililere bildirilir. İlk halka arzlarda bu süre yirmi iş günüdür.

(3) İzahnamenin onaylanmasına ilişkin başvuruda sunulan bilgi ve belgelerin eksik olması veya ek bilgi ve belgeye ihtiyaç duyulması hâlinde, başvuru tarihinden itibaren on iş günü içinde başvuru sahibi bilgilendirilerek, eksikliklerin Kurulca belirlenecek süre içinde giderilmesi istenir. Bu takdirde, ikinci fıkrada öngörülen süreler, söz konusu eksik veya ek bilgi ve belgelerin Kurula sunulduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

onaylanması, aksi halde halka açılma başvurusunun ortadan kalkması söz konusu olmaktadır.

SerPK.'da usulsüz halka arz suçu ile bu suç açısından, mülga Kanundan farklı olarak içtima hükmüne yer verilmiştir. Konumuzla ilgili bir suç olmaması nedeniyle incelemediğimiz SerPK. md. 109/2'de düzenlenen izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçuna ilişkin hükümde, anılan suçun icrası kapsamında SerPK. md. 109/1 hükmünde tanımlanan “*usulsüz halka arz*” suçunun da işlenmesi halinde, sadece “*izinsiz sermaye piyasası faaliyeti*” suçundan cezaya hükmedileceği ve cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33'üncü maddesinde “*Ortaklıklar, sermaye piyasası araçlarının herhangi bir şekilde halka satıldığını veya halka açık ortaklık statüsünün kazanıldığını öğrendikleri tarihten itibaren on iş günü içinde Kurula bildirmek zorundadırlar.*” hükmü yer almakta olup, 2499 sayılı mülga Kanun'da belirtilen “*Ortaklık denetçileri, bu durumu öğrendikleri tarihte, ihraççının yönetim kuruluna ve Kurula bildirmekle yükümlüdürler.*” hükmünün kaldırıldığı böylelikle bu konudaki yükümlülüklerinin şirkete tahmil edildiği görülmektedir.

2. 6362 sayılı SerPK.'da Usulsüz Halka Arz Suçu Konusunda Yer Alan Düzenleme ve Tedbirler

Mülga Kanun döneminde izinsiz halka arz olarak adlandırılan ve bir dönem yatırımcıların ciddi anlamda mağduriyetlerine ve hak kayıplarına sebebiyet veren³³ kanuna aykırı ihraç işlemleri ile ilgili olarak 6362

(4) Bu madde çerçevesinde yapılan inceleme neticesinde başvuruların onaylanması hâlinde bu durum gerekçesi belirtilerek ilgilisine bildirilir.”

³³ Mülga Kanun döneminde kanuna aykırı olarak izinsiz halka arz yaparak çok ortaklı hale gelen şirketlerin Anadolu'da artması ile 1997 yılı başından itibaren SPK tarafından denetim faaliyetleri yoğunlaştırılmış ve onlarca şirket hakkında izinsiz halka arz denetimi yapılmıştır. Yapılan denetimler neticesinde izinsiz halka arz yaptığı tespit edilen şirket yetkilileri hakkında mülga Kanunun 47/A-4 (İzinsiz halka arz suçu) maddesine aykırılıktan dava açılmıştır. Öte yandan, bazı şirketlerin ortaklık yapılarının son durum itibarıyla tespiti amacıyla Kurul tarafından hukuk davaları da ikame edilmiştir. Genellikle Holding olarak yapılan anılan oluşumlar, kurulan bir holding veya anonim şirket vasıtasıyla, din motiflerini de kullanarak, doğruluk payı olmayan çarpıcı reklam ve tanıtım kampanyaları ile tasarruflardan bir takım belgeler karşılığında para toplayan kuruluşlar olarak tanımlanabilir. Tasarruflar karşılığında verilen belgeler finansal anlamda, bir parça ‘hisse senedi’ni -özellikle ‘oydan yoksun hisse

sayılı SerPK. ile, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen ihraç fiillerine karşı alınacak tedbirler daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve Kurula geniş yetkiler tanınmıştır.

Nitekim “*Kanuna aykırı ihraçlarda uygulanacak tedbirler*” başlıklı 91 inci maddede, Kanuna aykırı şekilde sermaye piyasası aracı ihraç ettiği veya buna teşebbüs ettiği tespit edilenler hakkında, her türlü huku-ki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, Kurulun, her türlü harç ve teminattan muaf olarak gerekli tüm tedbirleri almaya, satılan kısmın kar-şılığı ve satışı yapılacak sermaye piyasası aracı için her türlü harç ve teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır (md. 91/1). Anılan hüküm değerlendirildi-ğinde, kanun koyucunun “*halka arz*” kavramını değil, halka arzı da kap-sayan üst kavram niteliğindeki “*ihraç*” kavramını kullandığı görülmek-tedir. Daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi ihraç kavramı, ser-maye piyasası araçlarının halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışını ifade etmektedir. Öte yandan kanuna aykırı olarak ihraç gerçek-leştirenler yanında buna teşebbüs edenler hakkında da anılan hükmün uygulanacağı tasrih edilerek, kanuna aykırı ihraç fiillerinin daha teşeb-büs aşamasında sonlandırılmasının temin edilmesi ve mağduriyetlerin daha fazla artmadan önlenmesi amacına matuf önleyici bir yetkinin Ku-rula verilmesi amacı güdülmüştür.

senedi- bir parça ‘kar-zarar ortaklığı belgesi’ni, bir parça da ‘bono’ ya da ‘tahvil’i andıran getiri garantili ‘melez’ bir yatırım aracı olarak nitelendirilebilir. Söz konusu belgeler genellikle tahsilat makbuzu, ortaklık sözleşmesi veya hisse senedi başlığı ta-şımakta idiler. Anılan denetimlerde izinsiz halka arz gerçekleştirdiği tespit edilen şir-ketlerin, Holding olarak kuruldukları veya anonim şirket olan unvanlarını para top-lama faaliyetine başlamadan önce Holding olarak değiştirdikleri tespit edilmiştir. Bunun sebebi, holding kelimesinin güven verici olması, Türkiye ve Avrupa’da çok bilinen ünlü holdingleri çağrıştırması ve onlarla aynı ekonomik mertebeyi taşıması-nın yarattığı etkiden faydalanılmak istenmesidir. Netice olarak, mülga Kanun dö-ne-minde gerçekleştirilen izinsiz halka arz faaliyetleri nedeniyle Kurul tarafından ilgili-ler hakkında suç duyurusunda bulunulmuş ve bazıları hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olsa dahi anılan kişilerin zararlarının giderilmesi ve mağduriyetlerinin orta-dan kaldırılması, genel hükümlere müracaat dışında mümkün olmadığından yeni SerPK.’da Kurula, önceki dönemde yaşanan tecrübeler de göz önüne alınarak daha etkili ve özellikle önleyici tedbirler ile sonuç odaklı davalara başvurma imkânı ta-nınmıştır.

SerPK.'da, mülga Kanundan farklı olarak, kanuna aykırı ihraç neticesinde toplanan paraların hak sahiplerine iadesi konusundaki usul ve esaslara yer verilerek, yatırımcıların korunması amacına matuf olarak iade konusundaki prosedüre ilişkin hukuki alt yapının tesis edilmiş olması da önemli bir yenilik olarak zikredilebilir. Bu çerçevede Kurul, *“Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi için tespit tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili ihracı yapan kişiye yazılı ihbarda bulunur. Muhatap, ihbar tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde para topladığı gerçek ve tüzel kişilere ve toplanan tutara ilişkin ayrıntılı bilgileri Kurulca belirlenecek vasıtalarla ilan eder ve Kurula iletir. Bu ilanı takip eden üç ay içinde kendisinden para toplanan gerçek ve tüzel kişiler ortaklığın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine itiraz edebilir. Söz konusu listenin kesinleşmesi üzerine, ilgili ihracı gerçekleştiren kişi tarafından hak sahiplerine iade yapılır. Bu iade işlemi tamamlanmadan birinci fıkra uyarınca konulan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kaldırılmaz (md. 91/2).”*

Anılan hükümde öngörülen iade prosedürü işletildiği halde kanuna aykırı ihracı gerçekleştiren kişiler tarafından hak sahiplerine iade yapılmaktan imtina edilmesi, bir başka deyişle kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların tamamen ortadan kaldırılmaması halinde ise Kurula, nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi veya ortaklığın tasfiyesi için dava açma yetkisi (SerPK. md.91/4) tanınmıştır³⁴. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kanuna aykırı olarak sermaye piyasası aracı ihraç eden şirketin hak sahiplerinden topladığı paraları iade etmemesi hali, SPK'nın açacağı dava neticesinde şirket açısından bir sona erme nedeni olabilecektir. SPK'ya tanınan dava açma yetkilerinin, kanuna aykırı ihraç neticesinde mağdur olan yatırımcıların zararlarının giderilmesi

³⁴ SPK'ya tanınan iade davası açma yetkisi ile ortaklığın tasfiyesi davası açma yetkisi mülga Kanunda yer almamaktaydı. Mülga Kanunun konuya ilişkin 46/1-a hükmü şu şekilde idi: “Kurula kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya; kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya veya takip yapmaya; her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali için tespit tarihlerinden itibaren üç ay, vukuu tarihlerinden itibaren bir yıl içinde dava açmaya,yetkilidir.”

noktasında etkili ve önemli yetkiler olduğu söylenebilecektir. Her ne kadar yatırımcıların bireysel olarak da, haksız olarak toplanan paraların iadesi amacıyla kanuna aykırı ihraç gerçekleştiren şirket veya kişilere karşı dava açma imkânı bulunsun da, gerek yatırımcıların gerçekleştirilen işlemlerin mevzuata aykırı olup olmadığı konusunda çoğu zaman yeterli bilgi birikimine sahip olmamaları gerek açılacak davalar için katlanılacak yargılama harç ve masrafları ile zaman maliyetleri de dikkate alındığında, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin etkin bir şekilde himaye edilmesi amacı doğrultusunda Kurul'a tanınan yetkilerin son derece yerinde olduğu hususu izahtan varestedir.

İhraç edilecek sermaye piyasası araçlarının ihracı prosedürünün en temel işlemi mahiyetindeki izahname/ihraç belgesinin onaylanması konusunda SPK'nın haiz olduğu yetki ile Kanuna aykırı ihraç nedeniyle, anılan ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması konusunda Kurul'a tanınan yetkiler birlikte değerlendirildiğinde, yatırımcıların gerek sermaye piyasası aracı ihracının gerçekleşmesinden önce, gerek kanuna aykırı ihracın mevcudiyetinde ihracın sonuçlarını doğurmasının akabindeki süreçte himaye edildikleri söylenebilecektir.

Öte yandan, 91 inci maddenin son fıkrasında, kendilerinden para toplanan kişilerin genel hükümlerden kaynaklanan haklarının saklı olduğu hükme bağlanarak, paraları iade edildiği halde, kanuna aykırı ihraç nedeniyle daha fazla zarara uğradığını iddia eden yatırımcıların, anılan zararları için genel hükümler çerçevesinde dava açmakta muhayyer oldukları tasrih edilmiştir.

Kanuna aykırı ihraçlarda uygulanacak tedbirlerin³⁵ sayıldığı 6362 sayılı SerPK.'nin 91'inci maddesinde “*Bu Kanuna aykırı şekilde*

³⁵ 23.1.2017 tarihli ve 29957 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan KHK/683 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 5 nci maddesi uyarınca “20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle doğrudan veya anılan kanun hükmünde kararnamelerde öngörülen usuller çerçevesinde bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce ve olağanüstü halin devamı süresince terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum ve gruplara aidiyeti, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek hakkında çeşitli tedbir ve yaptırımlar uygulanmış olan halka açık ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları ve/veya bunların iş ve işlemleri hakkında

sermaye piyasası aracı ihraç ettiği veya buna teşebbüs ettiği tespit edilenler hakkında, her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, Kurul, her türlü harç ve teminattan muaf olarak gerekli tüm tedbirleri almaya, satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak sermaye piyasası aracı için her türlü harç ve teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye yetkilidir.” hükmü yer almaktadır. 2499 sayılı SerPK.’da yer almayan bu hüküm ile daha önce yüksek değerli izinsiz halka arzlarda SPK tarafından ödenen harç ve teminat masraflarına muafiyet getirilmiştir. Yine 6362 sayılı SerPK. aynı madde hükmünde Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi için izlenecek prosedüre ilişkin bilgiler yer almaktadır. Uygulamada izinsiz halka arz nedeniyle mağduriyeti ortaya çıkan yatırımcıların birarada hareket edemedikleri görüldüğünden Kanun hükmünde belirtilen iade mekanizmasının işletilmesinde zorluklarla karşılaşılması muhtemeldir.

Mülga Kanun döneminde SPK’nın en fazla uğraştığı ve denetim yaptığı konulardan olan izinsiz halka arz uygulamalarının yatırımcılar nezdinde ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların yeni dönemde de yaşanmaması düşüncesiyle, 6362 sayılı SerPK.’da, mülga Kanundan farklı olarak, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen sermaye piyasası ihracı neticesinde toplanan paraların hak sahiplerine iadesi konusundaki usul ve esaslara yer verilerek, yatırımcıların korunması amacına matuf olarak iade konusundaki prosedür konusunda hukuki alt yapının tesis edilmiş olmasının yerinde bir yenilik olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ayrıca, anılan hükümde öngörülen iade prosedürü işletildiği halde kanuna aykırı ihracı gerçekleştiren kişiler tarafından hak sahiplerine iade yapılmaktan imtina edilmesi, bir başka deyişle kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların tamamen ortadan kaldırılmaması halinde ise Kurula, nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi veya ortaklığın tasfiyesi için dava açma yetkisi tanınmış olup, bu durum, SPK’nın açacağı davanın niteliğine göre, şirket açısından bir sona erme ve tasfiye sebebi teşkil edebilecektir.

6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında açılan dava ve takiplerde idare aleyhine yargılama giderine ve vekalet ücretine hükmedilemez, hükmedilenler tahsil edilemez.”

3. Özellikle 1996-2005 Döneminde Gerçekleştirilen İzinsiz Halka Arz Fiillerine İlişkin Bilgiler

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun geçerli olduğu dönemde büyük ölçekte yapılan izinsiz halka arzlar özellikle 1996-2005 döneminde yoğunlaşmıştır. 2005 yılından sonraki dönemde ihmal edilebilir nitelikte izinsiz halka arz fiillerinin gerçekleştirildiği görülmektedir.

Ülkemizde 1970'li yıllardan itibaren kurulan çok ortaklı şirketler kuruldukları tarihlerde kayda değer bir büyüme gösterememiş, ancak daha sonra 1990'lı yılların başlarında yurtdışındaki Türk işçilerden topladıkları fonlarla gelişim kaydetmişlerdir.

Sermaye piyasamızın 40 yıllık uygulama döneminde ülkemizde ortaklık vaadiyle izinsiz para toplayan şirketler 1990'lı yılların ikinci yarısında sıklıkla karşımıza çıkmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan incelemeler sırasında genel olarak gözlemlenen hususlar aşağıdaki gibidir.

Büyük kısmının merkezleri Türkiye'de kurulan bu şirketler tarafından çoğunluğu yurt dışında yerleşik Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarından para toplanmıştır. Söz konusu şirketlerin özellikle İç Anadolu bölgesinde kuruldukları, ticaret unvanlarında "Holding" ibaresini sıklıkla kullandıkları görülmüştür. Sermaye Piyasası Kanunu'na göre izinsiz halka arz fiili olarak tanımlanan suçun işlendiği yer ve suç sınırları olarak Türkiye sınırları dışında olması nedeniyle şirket yetkilileri tarafından suçun işlendiği ülkenin kanunlarının uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak yapılan incelemelerde Türkiye sınırları içinde de az sayıda vatandaştan ortaklık vaadiyle para toplandığı görülmüştür. Sözde kar payı ya da ortaklık ilişkilerinin sonlandırılması, hisse devirleri, miras yoluyla hisse geçişi gibi işlemlerin çok büyük kısmı yaz döneminde yurt dışından Türkiye'ye tatile gelen ortakların bizzat şirket merkezlerine giderek takibiyle olmuştur. Dolayısıyla Sermaye Piyasası Kanunu'nun yer bakımından uygulamasında herhangi bir sıkıntı olmamıştır.

Hedef kitle olan yurt dışında yerleşik Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının (bir kısmı çifte vatandaş) faizsiz finans araçlarına ilgi duymaları, birikimlerini mali sistem dışında tutmayı tercih etmeleri, ilgili ülke sosyal güvenlik kurumlarından alınan işsizlik, malullük, emekli aylıklarının ilgili ülke finansal sistemine girmesinin sakıncaları (vergi cezası, emekli aylıklarının kesilmesi vs.), para toplanan şirket tarafından vaad

edilen sözde kâr payının çok yüksek olması, para toplamının ev ev dolaşarak makbuz karşılığında gerçekleştirilmesi ve kayıtlarının sadece Türkiye’de tutulması, bazı topluluk ve kişilerin yönlendirmeleri gibi faktörler şirketlere nakit girişinde etkili olmuştur. Para toplanılmasında temsilci adı verilen şahıslar da kullanılmıştır.

Para toplanması çoğunlukla ortaklık bağının tesisinde hukuki geçerliği tartışmalı olan tahsilat makbuzu, hisse devir sözleşmesi, ortaklık durum belgesi, ilmühaber benzeri belgeler esas alınarak yapılmıştır. Ayrıca bazı şirketlerde ilk kuruluşta hisse senedi bastırılarak verilmiş daha sonra sermaye arttırıldığında eski hisseler iptal edilmeden yeni hisseler verilmiştir. Yine bağlı ortaklık ve iştiraklere ait hisselerin de verildiği gözlenmiştir.

Geçmişte izinsiz halka arz yapan şirketlere para verilmesinin en büyük sebebi Alman Markı/Euro bazında normalin oldukça üstünde kar payı vaad edilmesidir. Getirinin yanında, yatırımcılara istedikleri zaman anaparalarını geri alabilme vaadinin de sözlü olarak verildiği görülmüştür.

Para toplanılmasında çoğunlukla Ponzi finansman modeli kullanılmıştır. Ponzi finansmanı, vadesi gelen borçların ödenebilmesi için yeniden borçlanma esasına dayanmaktadır³⁶ Söz konusu finansman modelinde sisteme ilk giren kişilere taahhüt edilen getiri, sisteme daha sonra girenlerce ödenen fonlardan karşılanmaktadır. Tasarruf sahiplerinin sisteme kazandırılması için piyasa oranlarının üzerinde kar payı vaad edilmekte ve dağıtılan getiri faaliyetten bağımsız nitelik taşımaktadır. Ponzi finansman sistemi taze para girişi esasına dayandığından, sistemi yürüten şirket, anaparaların iadesi taleplerinin yoğunluk kazandığı ve/veya yeni yatırımcı girişinin yavaşladığı dönemlerde ekonomik darboğaza girmektedir

³⁶ Ponzi sistemi bir tür gayri resmi piramit sistemi şeklinde yapılanmaktadır. Sistem, adını 1920’lerde New England vatandaşlarını posta puluna yatırım yaptığı ve 90 günde % 40 getiri vereceğini vaad eden Charles K Ponzi’dan almaktadır. Aynı dönemde banka mevduat faizleri ise % 5 seviyesinde gerçekleşmiştir. Ponzi 10.000 kişiden 9,5 milyon \$ toplayacak kadar başarılı olmuş; ancak, yapılan soruşturmalar sonucunda sadece 30\$ değerinde uluslararası posta puluna yatırım yaptığı anlaşılmıştır. Sistem, yatırımcıların aynı anda alacaklarını talep etmeleri üzerine çökmüş ve iflas sürecinin sonunda birçok yatırımcı alacağını tahsil edemeyerek mağdur olmuştur. <<https://www.mark-knutson.com>> and <www.sec.gov/answers/ponzi.htm> Erişim Tarihi 18 July 2021

Diğer taraftan 1990'lı yıllarda Anadolu holdingleri olarak adlandırılan bu yapıların kurulması ve sonrasında yaşanan sorunlar nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde, "Bazı Girişimcilere Holding Adı Altında Gerçekleştirilen İzinsiz Halka Arz Yoluyla Tasarruf Sahiplerinin Mağduriyetine Yol Açılmasının Neden ve Sonuçlarıyla, Bu Süreçte SPK'nın Sorumluluğunun Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan (10/16, 262) Esas Numaralı Meclis Araştırma Komisyonu" (Komisyon) ismiyle kurulan Komisyon tarafından hazırlanan rapor 2005 yılında yayınlanmıştır³⁷.

TBMM Raporundaki tespitlere göre, 1990'lı yıllardan günümüze kadar, 78 Holding ve buna bağlı yüzlerce şirketi ilgilendiren, yurt içinden ve dışından yüz binlerce vatandaşımızın para yatırdığı, kesin rakamı tespit edilememekle birlikte 5 Milyar Euro civarında paranın tasarruf sahiplerinden toplandığı görülmektedir³⁸. Raporda, toplanan fonların ülkemizin değişik yörelerinde, farklı faaliyet dallarında çok da iktisadî olmayan bir şekilde yatırımlarda kullanılmasının söz konusu olduğu belirtilmektedir.

³⁷ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1061m.htm>> Erişim Tarihi 18 July 2021

³⁸ Halka arza ilişkin düzenlemeler konusunda bizde görülen şirketlere benzer hususlar yurtdışında 17.yy'dan başlayarak ilgili borsalarda ve piyasalarda ortaya çıkmıştır. Hollanda'da 1634-1637 arasında yaşanan Lale Çılgınlığı, Fransa'da Mississippi Company Balonu ve İngiltere'de 1720 South Sea Company Balonu, 1780-1800 arasında yaşanan Kanal Çılgınlığı, yine 19.yy'da 1840-1850 arası İngiltere'de yaşanan demiryolu çılgınlığı gibi olaylar konunun yasal olarak düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. İngiltere'de 1844 yılındaki Şirketler Kanunu "Companies Act" ile bu konuda dolaylı da olsa düzenlemeler yapılmıştır. Şirketler Kanunu'na göre yatırımcıların bir şirkete yatırım yapması, hisse senetlerini alması için şirketin mali durumuna ilişkin bir belgenin yatırımcılara sunulması ve hileli işlemlerden şirket yöneticilerinin sorumlu tutulması yolunda düzenlemeler konusunda öneriler yer almaktadır. İlk kez kamuyu aydınlatma yükümlüne değinmiştir. 1867 yılında ise kamuyu aydınlatma ilkesi iyice belirginleştirilmiş ve şirketle kurulan sözleşmelerin bir izahnamede açıklanması öngörülmüştür. İzahnamede yer almayan ve bunlardan haberi olmayan yatırımcıların zarara uğramaları halinde yönetim kurulu ve üyelerinin yapmış olduğu bu hileli işlemlerden ötürü sorumluluğu öngörülmüştür. İlgili yasal düzenlemeler sonucunda bu balon şirketler olarak tanımlanan şirketlerin tasfiyesi (ortakların kararı ile) kolaylaştırılmış ve bu şirketler kısa sürede tasfiye edilmiştir. Haluk A. Kabaalioğlu, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi (İstanbul 1985) 2

SPK tarafından 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun izinsiz halka arz fiillerini müeyyideye bağlayan hükümleri çerçevesinde yapılan suç duyuruları, 22.12.2000 tarih ve 24268 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair Kanun” uyarınca Cumhuriyet Başsavcılıklarının ve Mahkemelerin verdiği erteleme kararları ile kaldırılmıştır. Bu çerçevede, SPK tarafından yapılan 131 suç duyurusundan 42'si, bir başka deyişle yaklaşık üçte biri anılan yasa kapsamında ertelemeye uğramıştır³⁹. Ertelelemeye uğrayan suç duyurularının dağılımına bakıldığında, bunların 1999 öncesinde özellikle ilk ve en çok para toplayan Holdinglerle ilgili suç duyuruları olduğu dikkati çekmektedir⁴⁰.

SPK tarafından kamuya açıklanan bültenlere göre 2006-2016 arasındaki dönemde yaklaşık 10 kadar şirket tarafından izinsiz halk arz filinin gerçekleştirildiği görülmektedir. Söz konusu azalmanın en büyük nedeni yukarıda açıklanan 1996-2005 döneminde yaşanan izinsiz halka arzlar sonucu yaşanan mağduriyetlerin getirdiği sonuçlardır.

Geçmişte yapılan incelemelerde yaşanan mağduriyetlerde para yatıran kişilerin çoğunlukla yurt dışında yaşayan T.C. vatandaşlarından oluştuğu ve bu kişilerin izinsiz halka arz yapan şirketlerin mali durumları ya da SPK nezdinde halka açık olup olmadıklarına bakmaksızın para yatırdıkları gözlemlenmiştir. Bu anlamda finansal okuryazarlık ve kamuyu aydınlatma kavramları önem kazanmakta olup ileride yaşanacak benzer olayların engellenmesi için SPK tarafından yapılan izinsiz halka arz suçu incelemeleri sonucunda yapılan suç duyuruları için mahkemelerce verilen hukuki ve cezai yaptırımların kamuya açıklanması, finansal okuryazarlığın yurt dışında yerleşik T.C. vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesinin uygun olacağı kanaatine ulaşılmaktadır.

30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan izinsiz halka arz faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler 1996-2005 döneminde ülkemizde yaşanan izinsiz halka arz fiillerindeki sorunları da göz önüne alarak hazırlanmıştır. Bu kapsamda Borsada işlem görme zorunluluğu getirilmesi, her türlü harç ve teminattan muaf

³⁹ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1061m.htm>> Erişim Tarihi 20 June 2021

⁴⁰ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1061m.htm>> Erişim Tarihi 20 July 2021

olarak gerekli tüm tedbirleri alma konusunda Sermaye Piyasası Kurulu'na yetki tanınması, halka açık ortaklık statüsünden çıkarılma konusunda ortakların ve SPK'nın yetkilerinin arttırılması, ortaklıkların hisse senetleri geri almalarının sağlanması imkanının getirilmesi gibi yenilikler bu bağlamda zikredilebilir.

IV- Sermaye Piyasasında Kaydileştirme Süreci ve Bu Konudaki Düzenlemeler

1. Sermaye Piyasasında Kaydileştirme Süreci

Mülga Kanun'a 4487 sayılı Kanun ile eklenen 10/A maddesi ile Geçici 6 ncı maddelerinin yürürlüğe girmesini takip eden süreçte Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş.'nin (MKK) faaliyete geçmesi ve gerekli teknik alt yapının hazırlanmasını müteakip SPK'nın 6/10/2004 tarih ve 41/1279 sayılı kararı ile, 21/3/2005 tarihi itibariyle hisse senetleri Borsada işlem gören şirketlerin hisse senetlerinin tümünün mülga Kaydileştirme Tebliği'nin Geçici 2 nci maddesi uyarınca topluca kaydileştirilmesine karar verilmiş ve buna ilişkin esaslar belirlenmiştir. Bunu müteakip, Kurul Karar Organı'nın 28.10.2005 tarih ve 43/1318 sayılı kararı ile ilk olarak İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem gören hisse senetleri 28.11.2005 tarihinden itibaren MKK sisteminde kayden izlenmeye başlanmıştır.

30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "*Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi*" başlıklı 13 üncü maddesinde sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracının esas olduğu hükme bağlanmış ve md. 13/4 hükmünde "*Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur...*" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hükme dayanılarak çıkarılan II-13.1 sayılı Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ (Kaydileştirme Tebliği) ile kaydileştirmenin esasları belirlenmiş olup, kaydi sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklarla ilgili kayıtlar, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda MKK üyelerince tutulmaktadır. Tebliğ'in 7 nci maddesine göre; ihraççı hesaplarından biri olan "ortak hesabı", ihraççı tarafından münferiden pay sahipleri için, MKK tarafından belirlenen bilgilerin MKK'ya iletilmesi ile açılmakta olup, bu

hesaptaki kaydi sermaye piyasası araçları, ihraççının verdiği bilgiler doğrultusunda türleri ve hak sahipleri itibarıyla tutulmaktadır. Ancak, kaydi dönüştürme aşamasında, hak sahiplerinin ihraççı tarafından bilinmemesi durumunda, bu nitelikteki payların toplu olarak izlenmesi amacı ile ihraççı hesaplarından biri olan “bilinmeyen ortak ve bilinmeyen katılımcı hesabı” oluşturulmuştur. Bu hesapta izlenen sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi halinde MKK kayıtlarında gerekli düzeltmeler yapılmakta olup, bu durumda ihraççı ve ilgili diğer üyeler MKK tarafından istenecek bilgileri temin ederek kayıtlardaki değişiklikleri yapmaktadır. Kaydileştirme Tebliğinin “*Kaydileştirilen sermaye piyasası araçlarının teslimi ve imhası*” başlıklı 15 inci maddesinde ise; “(1) *Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hale gelir.*

(2) *Sermaye piyasası araçlarının teslim ve imha esasları MKK tarafından belirlenir ve Kurulun onayı ile yürürlüğe girer.*” hükmü yer almaktadır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarih ve 29530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 22.10.2015 tarih ve E.2015/29, K.2015/95 sayılı kararıyla SPKn’nun 13/4 hükmünde yer alan “...ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz. Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM’ye intikal eder⁴¹. Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM’nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır.” düzenlemesinin kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi nedeniyle Anayasanın 13 ve 35. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Anılan iptal kararı sonrasında SPK tarafından “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 13 üncü Maddesinin dördüncü Fıkrasının Kısmen İptali Üzerine Yatırımcı Tazmin Merkezi Tarafından Yatırımcılara Yapılacak Ödemelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴²” (Yönetmelik) yayınlanmıştır. Yönetmeliğin amacı, kayden izlenmeye başlandığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar

⁴¹ Anılan düzenleme, Anadolu Holdingleri olarak ifade edilen şirketlerin ortaklarının paylarını teslim etmeleri ve kaydileştirme yapmalarını zorunlu kılan, bunun yapılmaması halinde payların kendiliğinden YTM’ye intikalini öngören bir düzenleme idi.

⁴² Anılan Yönetmelik 7.9.2016 tarih ve 29824 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

teslim edilmediği için mülkiyeti YTM'ye intikal etmiş olan sermaye piyasası araçları nedeniyle bu Yönetmelik uyarınca başvuran hak sahiplerine, YTM tarafından yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esasları düzenlemek şeklinde ifade edilmiştir⁴³. YTM tarafından yatırımcılara yapılan duyurularda da, Yönetmelik'te de belirtildiği üzere öncelikle ihraççı şirket ile irtibata geçilerek fiziken sahip olunan payların ihraççı şirkete teslim edilmesi, sonrasında teslim tutanağı ve diğer belgelerle birlikte YTM'ye başvuruda bulunulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴.

TBMM Araştırma Komisyonu'nda araştırılan holding ve şirketlerden hâlihazırda halka açık şirket statüsünde olmaları nedeniyle SerPK.'ya tabi olan 7 tane holding/şirket bulunmaktadır. İttifak Holding A.Ş., Umpaş Holding A.Ş. ve Kombassan Holding A.Ş. (yeni unvanı: Bera Holding A.Ş.) faaliyetlerine devam etmekte olup, payları Borsa

⁴³ Yönetmeliğin "Başvuru" başlıklı 4 üncü maddesinde "(1) Kayden izlenmeye başlandığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmediği için mülkiyeti YTM'ye intikal eden sermaye piyasası araçlarından; ilgili mevzuat uyarınca satışı yapılmamış olanlar 8 inci maddede belirtilen esaslar çerçevesinde aynen, satışı yapılmış olanlar ise 9 uncu maddedeki esaslar çerçevesinde belirlenen satış tutarları dikkate alınarak, 10 uncu maddede belirtilen nemaları ile birlikte, YTM'ye başvuran hak sahiplerine EK-1'de yer alan taahhütname ve ibraname alınmak kaydıyla ödenir. (2) Ödeme için 5 inci maddede yer alan belgelerle birlikte YTM'ye başvurulması gerekmektedir." düzenlemesine yer verilmiş; "Başvuru süresi ve şekli" başlıklı 5 inci maddesinde ise "(1) Bu Yönetmelik kapsamında ödeme talep eden hak sahipleri veya noter onaylı vekâletname ibraz eden vekili tarafından, bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden itibaren 10 yıl içinde iadeli taahhütlü posta yolu ile veya özel şirketler aracılığıyla imza karşılığı teslim suretiyle YTM'nin merkez adresine başvurulması zorunludur." hükmüne yer verilmiştir.

⁴⁴ YTM tarafından yapılan duyurularda ayrıca; "Yönetmelik kapsamında Merkezimize 7 Eylül 2026 tarihine kadar başvuruda bulunulabilecektir. Yönetmelik kapsamında Merkezimize iletilen başvurular diğer hususların yanı sıra, başvuru sırası da gözetilmek suretiyle sonuçlandırılmaktadır. Başvuru sayısının çokluğu ve sahip olunan fiziki pay sayısı, söz konusu paylara tekabül eden bedelli ve bedelsiz sermaye artırımlarından gelen pay sayıları, söz konusu paylara tekabül eden kâr payı tutarları gibi hususlarda Merkezimiz, ihraççı şirket ve Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. kayıtları arasında mutabakat sağlanması gereği nedeniyle başvuruların sonuçlandırılması zaman almaktadır. Yatırımcılara ödenecek nema tutarının hesaplanmasında fiili ödemenin yapıldığı tarih esas alındığından, hak sahiplerinin başvuru tarihi ile fiili ödeme tarihi arasındaki süre nedeniyle herhangi bir hak kaybı bulunmamaktadır." açıklamalarına da yer verilmiştir. <<https://www.ytm.gov.tr/Home/Duyuru/11>> Erişim tarihi: 6 June 2021

İstanbul A.Ş. pay piyasasında işlem görmektedir. Borsa verileri çerçevesinde Yıldız Pazar'da işlem gören Bera Holding AŞ.'nin fiili dolaşımdaki pay oranı % 54,3 ve fiili dolaşımdaki pay tutarı 185.522.644 TL olarak görülmektedir. Ana Pazar'da işlem gören İttifak Holding AŞ.'nin fiili dolaşımdaki pay oranı %89,93, fiili dolaşımdaki pay tutarı ise 345.346.824,22 TL'dir. Umpaş Holding AŞ. ise Piyasa Öncesi İşlem Platformunda işlem görmekte olup, fiili dolaşımdaki pay oranı %33,91, fiili dolaşımdaki pay tutarı ise 14.243.375 TL'dir⁴⁵. Öte yandan Kimpaş Holding A.Ş., Sayha Holding A.Ş., Yimpaş Holding A.Ş., Yimpaş Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Yimpaş Yozgat İhtiyaç Maddeleri Pazarlama ve Ticaret A.Ş. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında halka açık ortaklık statüsünde bulunmakta olup, payları Borsa'da işlem görmemektedir⁴⁶.

2. 7194 Sayılı Kanun ile Öngörülen Değişiklikler ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi

2.1. Yasal Düzenlemenin Amacı

Özellikle 1990'lı yılların ortalarından 2000'li yılların ortalarına kadar yukarıda ayrıntılarına yer verdiğimiz izinsiz halka arz fiilleri neticesinde Holdingler tarafından vatandaşlardan ortaklık adı altında faizsiz kazanç vaadiyle para toplanması sonrası, vatandaşlar tarafından yurtdışında açılıp kazanılan ve tanıma davalarıyla Türkiye'de icra edilen yabancı mahkeme kararları yanında ülkemizde de Yargıtay'ın, aşağıda detaylarına yer verilen, Holdingler ve vatandaşlar arasındaki ilişkinin ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği şeklindeki içtihat değişikliği sonrasında Holdingler aleyhine açılan davaların sayısı hızla artmıştır. Özellikle bir Holding tarafından, açılan davalar neticesinde ödenen tutarların 300 milyon TL'yi aşması nedeniyle, Holding aleyhine ikame edilen davaların tamamının kaybedilmesi halinde bu durumun şirketin iflasına

⁴⁵ <<https://www.kap.org.tr/tr/bist-sirketler>> Erişim tarihi 10 June 2021. Söz konusu şirketler açısından 09.06.2021 tarihi itibarıyla şirket paylarına ilişkin kayıtleşme oranlarına bakıldığında Bera Holding, İttifak Holding ve Umpaş Holding payları açısından sırasıyla % 59, % 99 ve % 38 oranında kayıtleşmenin tamamlandığı görülmektedir. Kayıtleştirme oranları konusunda güncel bilgiler MKK nezdinde bulunmaktadır.

⁴⁶ Söz konusu şirketlerin özel durum açıklamalarına SPK internet sitesinden ulaşılabilmesi mümkündür. <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Sirket/Ozel_DurumAciklamalari> Erişim Tarihi 10 June 2021

kadar gideceği, para yatıranların mağduriyetinin artacağı, bu sebeple konuyla ilgili yasal düzenleme yapılmasının gerekli olduğu düşüncesiyle, kanun yolu incelemesindekiler dâhil görülmekte olan menfi tespit, tazminat veya alacak davalarının ortadan kaldırılmasına yönelik yasal düzenleme gerçekleştirilmesi gündeme gelmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.6.2016 tarih ve E.2016/4828, K.2016/6748 sayılı kararı ve benzeri birçok kararında, holdinglerin, ortakların sermaye olarak verdiğini isteyemeyeceğine dair yasal düzenlemeyi kullanarak para yatıran kişileri grup şirketlerinden herhangi birinde veya birkaçında düşük nominal bedellerle şeklen ortak gibi gösterdikleri, tahsil ettikleri parayı ise muhasebe kayıtlarına yansıtmayarak para iadesi taleplerini reddettikleri ve tüm bu nedenlerle taraflar arasında sahih bir ortaklık ilişkisi bulunmadığı, holdinglerin haksız fiilde bulundukları, bu nedenle açılan davalarda alacağın tahsili yönünde hüküm kurulması gerektiği, paranın yatırılış tarihine göre zamanaşımı süresinin dolduğu yönünden itirazda bulunulmuş olmakla birlikte zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle hisselerini kaydileştirmemiş olanların ortak olmadıkları hükmedilmiş ve müteakiben birçok Holding ortağı tarafından anılan Yargıtay kararları çerçevesinde davalar ikame edilmiş ve hükmedilen tutarlar Holdingler tarafından ödenmeye başlanmıştır⁴⁷.

⁴⁷ Bu kapsamda özellikle Bera Holding AŞ. (eski unvanı: Kombassan Holding AŞ.) tarafından kamuya yapılan açıklamalarda, Holding tarafından yatırılan ve yargı mercileri nezdinde blokeli olan tutarın 150 milyon TL'yi aştığı, torba yasa düzenlemesi sonrası bu paraların şirkete iade edileceği ifade edilmiştir. Bera Holding AŞ. tarafından yapılan KAP açıklamasında; "Şirketimiz tarafından 09.12.2019 tarihinde yapılan KAP açıklamasında 7194 sayılı Kanunun 41. maddesiyle 3332 sayılı Kanuna eklenen geçici 4.madde hükmü ile, Borsa İstanbul'da İşlem gören ve içinde Holdingimizin de bulunduğu bazı ortaklıkların, ortaklık ilişkisine müteallik ihtilafların çözümünü kapsayan yasal düzenlemenin de yer aldığı belirtilerek, bu Kanun kapsamında Şirketimizin taraf olduğu bir kısım ortaklık davalarının da "hüküm kurulmaksızın" sona ermesinin beklendiği ve bu davaların sona ermesi ile birlikte, Şirketimizce yatırılan ve yargı mercilerinde bekleyen yaklaşık 155 milyon Türk Lirası düzeyindeki nakit paradan 15 milyon TL düzeyinde yargılama giderleri ile maktu vekalet ücretleri kapsamında bir nakit çıkışı sonrasında Holdingimize 140 milyon TL düzeyinde nakit girişinin olacağının hesaplandığı ifade edilmiştir. 28.02.2021 tarihi itibarıyla yukarıda yapılan açıklama kapsamında yargı mercileri tarafından verilen kararlar çerçevesinde bu güne kadar 115.049.341.-TL nakit girişi, 16.557.357.-TL yargı-

Bu çerçevede, mahkeme kararlarına istinaden ödenen tutarların yüksekliği ve bu nedenle birkaç holdingin tasfiyeye girme ihtimali ve tüm malvarlıklarını kaybetme riski dikkate alınarak, şirket hissedarlarının ortak statüsüne alınması ve derdest davaların düşürülmesi amacıyla 5.12.2019 tarih ve 7194 sayılı “*Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”un 41 inci maddesi ile değişiklik yapılmış olup⁴⁸, yapılan değişiklik aşağıdaki şekildedir:

MADDE 41- 25/3/1987 tarihli ve 3332 sayılı Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması Ve Ekonomiyi Düzenlemede Alınacak Tedbirler İle 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu ve 3182 Sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna eklenen Geçici Madde 4 hükmü ile aşağıdaki geçici madde eklenmiştir:

“31/12/2014 tarihine kadar, pay sahibi sayısı nedeniyle payları halka arz olunmuş sayılan ve payları borsada işlem gören anonim ortaklıklar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak nominal ya da primli değer üzerinden pay veya pay adı altında satışı yapılmış olan her türlü araç, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun

lama ve vekâlet ücretleri ödenerek nakit çıkışı olmuş, net olarak toplam 98.491.984.- TL nakit girişi sağlanmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir. <<https://www.kap.org.tr/tr/>> Erişim Tarihi 10 June 2021

⁴⁸ Diğer taraftan geçmişte Holdinglerle ilgili olarak Sermaye Piyasası Kanunu’nda değişiklik yapılması gündeme gelmiş, şirketlere kayyım atanması ve diğer konularda taslak hazırlanmış ancak yasalaşmamıştır. 2004 yılında yapılan taslak düzenlemede, izinsiz halka arz faaliyetinin kayıt altına alınabilmesi için bu ortaklıklara süre verilmesi, bu süre içinde toplanan para tutarı ve gerçek hak sahiplerinin isimlerini gösterir listenin SPK’ya iletilmesi, bu liste verilmezse veya listeler yetersiz ya da gerçeğe aykırı olursa SPK tarafından mahkeme kanalıyla ortaklık yönetim kuruluna veto yetkisi olan bir üye ataması, Tespit Komisyonu oluşturulması, Tespit Komisyonu raporu mahkeme tarafından onanmaz veya hak sahipleri ile ortaklığa tevdi edilen para tutarı belirlenemez ya da ortaklığın mali durumunun zayıfladığı belirlenirse kayyım atanmasının istenmesi, kayyımın ilk olarak ortaklığın alacak ve borçları ile malvarlığını tespit etmesi ve bu ortaklığın faaliyetine devam edip etmeyeceği konusundaki görüşünü mahkemeye bildirmesi, mahkeme faaliyete devam kararı verirse, belli nitelikleri taşıyan yeni bir yönetim kurulunu ataması, bu yönetim kurulunun ortaklığın borçlarını tasfiye ederek faaliyeti sürdürülmesi için süre alabilmesi, bu süre içinde, ortaklık aleyhine, devletin kamu hukukundan doğan alacağı dâhil, takip yapılamayacağı, ortaklığın iflasına karar verilmesi durumunda ise izinsiz halka arz faaliyetinde bulunan ortaklık yöneticilerinin şahsen iflasına karar verilmesi gibi hususlar düzenlenmiştir.

kaydileştirmeye ilişkin şartlarına tabi olmaksızın 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında pay addolunur, bu ortaklıklara yapılan ödemeler pay karşılığı yapılmış kabul edilir ve ortaklık ilişkisi kurulmuş sayılır. Bu payların kaydileştirilmemiş olması ortaklık haklarına halel getirmeyeceği gibi ortaklık ilişkisinin kurulmadığı da iddia edilemez.

Birinci fıkra kapsamında kurulmuş olan ortaklık ilişkileri hakkında; geçerli bir ortaklık ilişkisi bulunmadığı veya primli pay satışı yapıldığı ileri sürülerek sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, sözleşme öncesi görüşmelere aykırılık veya sözleşmeye aykırılık nedenlerine dayalı olarak açılan ve kanun yolu incelemesindekiyle dahil görülmekte olan menfi tespit, tazminat veya alacak davalarında, karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilir ve yargılama gideri ile maktu vekalet ücreti ortaklık üzerinde bırakılır.”

Anılan düzenleme ile, doğrudan veya dolaylı olarak nominal ya da primli değer üzerinden pay veya pay adı altında satışı yapılmış olan her türlü aracın Türk Ticaret Kanunu kapsamında pay addolunacağı, bu ortaklıklara yapılan ödemelerin pay karşılığı yapılmış kabul edileceği ve ortaklık ilişkisinin kurulmuş sayılacağı, bu payların kaydileştirilmemiş olmasının ortaklık haklarına halel getirmeyeceği gibi ortaklık ilişkisinin kurulmadığının da iddia edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Hüküm kapsamında tesis edilecek yeni pay sahipliği ilişkisinde, kaydi dönüş-türme aşamasında, hak sahiplerinin ihraççı tarafından bilinmemesi durumunda, bu nitelikteki payların toplu olarak izlenmesi amacı ile oluşturulan ve ihraççı hesaplarından biri olan “bilinmeyen ortak ve bilinmeyen katılımcı hesabı”nda bulunan pay karşılıklarının dikkate alınması da son derece ehemmiyet arz etmektedir. Zira Kanunun geçici dördüncü maddesi uyarınca kurulabilecek pay sahipliği tutarı dâhil olmak üzere bundan sonra kurulacak pay sahipliği ilişkisinin, şirketlerin bilinmeyen ortak hesabındaki tutarı aşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde şirketin sermayesini aşan tutarda bir pay dağılımı söz konusu olacaktır. Bu çerçevede, aşağıda değineceğimiz, yeni pay sahiplerinin tespiti konusunun da bu meyanda göz ardı edilmemesi elzemdir.

2.2. 7194 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen 7194 sayılı Kanun ile öngörülen değişikliklere karşı ana muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) tarafından Anayasa Mahkemesine ilgili kanunun bazı maddelerinin iptali istemiyle başvuru yapılmış olup, Anayasa Mahkemesinin 22 Ocak 2020 tarihli genel kurul gündemi ve sonuçlarına göre⁴⁹; anılan iptal isteminin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına karar verilmiş olup, hükmün iptal incelemesi Anayasa Mahkemesi nezdinde halen devam etmektedir.

Kanun'un yürürlüğe girmesi ile yatırımcıların daha önce tartışmalı olan ortaklık durumlarına ilişkin problemin ortadan kaldırılmaya çalışıldığı, yasa ile ortaklık ilişkisinin kurulduğu görülmektedir. Anılan düzenleme ile iki kişi arasındaki özel hukuk ilişkisine de müdahil olunmaktadır. Yargıtay tarafından verilen kararlar çerçevesinde, bu şirketler tarafından gerçekleştirilen fiillerin "haksız fiil" olduğu, taraflar arasında sahil bir ortaklık ilişkisi kurulmadığı, hisse senedi vs. adlar altında verilen belgelerin hisse senedi olarak tavsif edilemeyeceği ve anılan belgelerin bir piyasa değeri bulunmadığına dair emsal içtihatlar bulunmasına rağmen, anılan kararların etkileri tamamen ortadan kaldırılarak, yasal düzenleme ile makbuz karşılığında para yatıranlar dâhil tüm yatırılan paraların ortaklık tesisi amacıyla yatırıldığı sonucunun ortaya çıkmış olması da hukuken sorunlu bir alanın doğmasına sebebiyet verebilecektir. Bu durumda şirket pay defterinde veya şirket kayıtlarında ortaklık durumu tam olarak görülmeyen kişilerin ortaklık durumlarının tespiti için de dava açmaları lüzumu ortaya çıkabilecektir. Geçmiş dönemlerde SPK tarafından, bazı holdinglerde ortaklık yapısının gerçeği yansıtmadığının tespit edilmesi üzerine basın ve yayın organlarına ilanlar verilerek bu şirketlere ortak olmak amacıyla para yatıranların ortaklık tespit davalarının ve pay defterine kayıt için ifa davaları açmalarının temin edilmesi istenmiş, bunun temin edilmesi amacıyla 2005 yılında fiili olarak sermaye piyasası araçlarını saklama görevine devam eden Takasbank A.Ş. görevlendirilmiştir. Böylelikle bu şirketler ile diğer grup şirketlerine ait yasal ortaklık pay defteri bilgileri ile ellerinde ortaklık için belge bulu-

⁴⁹ <<https://anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/22-ocak-2020-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>> Erişim Tarihi 18 June 2021

nan kişilerin bunların mukayesesi sağlanarak, bilgilerin kontrol edilip ellerindeki belgelerle ortaklık durumu tutmayan kişilerin ortaklık tespit davası açmaları teşvik edilmiştir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra Anayasa mahkemesi tarafından yasanın iptal edilmemesi durumunda aynı yöntem uygulanarak bu şirketlere ortak olmak amacıyla para yatıranların ortaklık tespit davalarının ve pay defterine kayıt için ifa davaları açmalarının temin edilerek bu şirketlerin ortaklık yapılarının kesin olarak tespit edilmesinin sağlanmasının yerinde olacağı, bu konuda saklama görevini yapan MKK'nın görevlendirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Öte yandan yapılan yasal düzenleme Anayasal açıdan özellikle mülkiyet hakkı, kanunların genel ve soyutluğu ilkesine aykırı olarak birkaç şirkete yönelik özel yasal düzenleme yapılması, hukuk devleti ilkesi, yasal düzenlemenin geriye etkili olarak yapılması⁵⁰, düzenleme ile iki taraf arasındaki hukuki ilişkiye müdahil olunması, eşitlik ilkesine aykırılık⁵¹, hak arama hürriyetinin ihlali, yargı kararlarının etkisizleşti-

⁵⁰ Geriye yürürlü/etkili mevzuatın hukukilik testini geçebilmesi, bu mevzuattan kaynaklanan müdahalenin ölçülü olduğu anlamına gelmemektedir. İptal davaları özelinde AYM'nin konuya ilişkin geniş birikimi bulunmaktadır. AYM'ye göre, devletin yasal düzenlemelerde hukuk güvenliği duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması gerekmektedir. Güvenin korunması her kanun değişikliğinde kanun koyucunun göz önünde bulundurması gereken bir husustur. Hukuki güvenlik sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duydukları güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Ki AYM bu yaklaşımıyla meşru beklentilerin korunacağını da ifade etmektedir. AYM'ye göre, yargılama sürecine yönelik yasama müdahalesi çerçevesinde müdahalenin adil yargılanma hakkına uygun görülmesi için i) müdahalenin öngörülebilir nitelikte olması, ii) yasama organının böyle bir müdahalede bulunmak için zorlayıcı bir kamu yararı gerekçesinin bulunması ve iii) kanuni düzenlemenin taraflar arasında yargılama aşamasına geçilmeden yapılmış olması gerekir. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz Burak Gemalmaz, 'Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6', https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf s.177 vd. Erişim Tarihi 10 June 2021

⁵¹ Anayasa'nın 10. maddesi genel olarak ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini düzenlemiş olup, AYM, ayrımcılık iddiaları karşısında, ölçülülük kriteri çerçevesinde izlendiği iddia edilen amacın önemi, bu amaca özgülenen ayrımcı müdahalenin başvurusunun mülkiyet hakkına müdahalesinin ağırlığı, ayrımcı müdahalenin amacının gerçekleştirilebilmesi için uygun ve elverişli olup olmadığı, söz konusu amacın izlenebilmesi için ayrımcı müdahalenin yapılmasının zorunlu olup olmadığı, başvurusunun ayrımcı müdahaleden mağduriyetinin giderilmesi için devlet tarafından önlem alınıp alınmadığı gibi unsurları denetlemektedir. AYM ayrıca, meşru bir kamu politi-

rilmesi ve derdest davaların ortadan kaldırılması noktalarında tartışmaya açık görünmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkı sadece taşınır ya da taşınmazları değil; marka ve patent hakları, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları gibi maddi bir varlığı olmayan (gayri maddi malvarlığı) hakları da kapsamaktadır. Bir başka ifade ile mülkiyet hakkının kapsamına iktisadi bir değer arz eden bütün unsurlar girmektedir. Zaten 35. maddenin gerekçesinde de mülkiyet hakkının para ile ölçülebilen tüm değerleri ifade ettiği belirtilmektedir. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35 inci maddesi uyarınca, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir. Bu bağlamda holding yatırımcıları açısından mahkeme kararı uyarınca alacak hakkı olarak tavsif edilen ve bu çerçevede hükmolunan tutarların talep edilmesi imkânının yasal düzenlemeyle ortadan kaldırılması ve holdinglere para yatıran herkesin kanunla pay sahibi sıfatıyla ortak statüsüne alınması, ayrıca düzenlemenin birkaç şirkete özgü olarak yapılması ya da bu düzenlemeden istifade edecek şirket sayısının sınırlı olması nedeniyle, düzenlemede kamu yararı bulunup bulunmadığı hususu tartışmaya açıktır. Anayasa Mahkemesi tarafından, hükmün iptali talebinin incelenmesi neticesinde verilecek karar, sürecin seyri açısından belirleyici bir fonksiyon icra edecektir.

Sonuç olarak 30 yıllık süreç içerisinde TBMM Araştırma Komisyonu Raporuna göre 78 olan şirket sayısı şu anda fiilen yediye inmiş durumdadır. Diğer şirketlerin büyük kısmı süreç içerisinde fiilen tasfiye olmuştur. Söz konusu tasfiyede bu şirketlerin kötü yönetimi, başarısız yatırımları, ponziye dayalı para toplamaları ve Mark bazında yıllık yüzde 20'lere varan yüksek kâr payı vaat etmeleri ve dağıtmaları, bu dağıtımın, faaliyet sonucunda elde edilen karları ile ilişkisinin bulunmaması gibi hususlar ön planda olmuştur. Söz konusu tasfiye işlemlerinde SPK'nın ya da başka bir kurumun herhangi bir müdahalesinin bulunmadığı görülmektedir.

Bu aşamadan sonra anılan şirketlerin çok yüksek ortaklık yapısı ve halka açıklık oranı ile faaliyetlerine ne şekilde devam edebilecekleri de gündemde olacaktır. Anılan şirketlerin ortaklık yapılarına bakıldığında, çok sayıda pay sahibinin bulunduğu ve %90'ların üzerinde halka açıklık

kasını destekleyen bir müdahalenin uygulamada kabul edilemez derecede geniş olup olmadığını ve bazı kişilere makul olanın ötesinde veya aşırı bir yük yükleyip yüklemediğini saptamaya çalışmaktadır. ibid 191

oranına sahip oldukları görülmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili yasanın iptal edilmesi durumunda bu şirketler tarafından ödenebilecek tazminatlar nedeniyle, bu şirketlerin tüm malvarlığını kaybetme riski ortaya çıkabilecektir. Anayasa Mahkemesi tarafından yasanın iptal edilmemesi durumunda ise SPK tarafından bu şirketlerin genel kurullarının daha kolay toplanabilmesine yönelik ve ayrıca genel kurullarda ortakların daha çok temsil edilebilmelerinin sağlanmasına yönelik düzenlemelerin yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. İlgili ortakların bir kısmının yurt dışında bulunması nedeniyle vekâleten oy kullanmanın teşvik edilmesi, MKK nezdindeki kaydi işlemlerinin kolaylaştırılması, anılan şirketlerin ortaklarına yönelik finansal okuryazarlık eğitimi ve ortaklık haklarına ilişkin bilgilendirme yapılması gibi hususların düzenleyici otorite olan SPK tarafından ön plana çıkarılması gerektiği değerlendirilmektedir.

V- Sonuç

Ticari yaşamda şirketlerin finansman ihtiyaçlarının doğru bir şekilde sağlanması ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirketlerin büyüyerek yatırımlarının artırılması ve borçlarının azaltılması halka arzla sağlanmaktadır. Yine işletme sermayesinin sağlanması amacıyla da halka arzlar gerekmektedir. Halka açılma, şirketin ortak sayısının artması, sermayenin tabana yayılması ve kurumsal yönetimi birlikte getirir.

Çalışmada halka arz kavramının tanımı ile 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu'nun yerine 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu'yla izinsiz halka arz suçunda yapılan değişiklikler ve bu alanda getirilen yeniliklere yer verilmiştir. Yine mülga kanunun geçerli olduğu dönemde özellikle 1996-2005 yılları arasında gerçekleştirilen izinsiz halka arz fiillerine ilişkin bilgilere çalışmamızda yer verilmiştir. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun geçerli olduğu 1996-2005 döneminde 78 Holding ve buna bağlı yüzlerce şirketi ilgilendiren, yurt içinden ve dışından yüz binlerce vatandaşımızın para yatırdığı, kesin rakamı tespit edilememekle birlikte ifadelere göre 5 Milyar Euro civarında paranın tasarruf sahiplerinden toplandığı görülmektedir. Toplanan fonların büyük kısmının çok da iktisadi olmayan bir şekilde yatırımlarda kullanılmasının söz konusu olmuştur. Yatırılan hisse bedellerinin çoğunlukla geri ödemeleri gerçekleşmediğinden mağduriyetler oluşmuştur. Bu faaliyetlere yönelik yapılan denetimler sonucunda

1996-2005 döneminde SPK tarafından yapılan 131 suç duyurusundan 42'si, bir başka deyişle yaklaşık üçte biri anılan yasa kapsamında ertelemeye uğramıştır. Ertelemeye uğrayan suç duyurularının dağılımına bakıldığında, bunların 1999 öncesinde özellikle ilk ve en çok para toplayan Holdinglerle ilgili suç duyuruları olduğu dikkati çekmektedir.

Öte yandan Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklikler yapılarak izinsiz halka arz işlemlerine yönelik alınacak tedbirlere ilişkin Kurul'un yetkileri arttırılmıştır. Kamuoyunun bilgilendirilmesine yönelik yurt içi ve yurt dışında faaliyetlerde bulunulmuştur. Bu işlemler sonucunda izinsiz halka arz faaliyetlerinde, daha önce yaşanan mağduriyetlerin de etkisiyle ciddi ölçüde azalmalar olmuştur. 6362 sayılı yeni SerPK. ile birlikte izinsiz halka arz suçu Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin yönergelerine de istinaden onaylı bir izahnameye bağlı olmadan yapılan ihraçları esas alarak “*usulsüz halka arz*” başlığı altında düzenlenmiş, ayrıca payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklara, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvuru yapma zorunluluğu getirilmiştir. Yine tedbirler konusunda yapılan düzenlemeler ile Kurul'un yetkileri ve ortakların hakları genişletilmiştir.

Mülga Kanun döneminde başlayan ve yeni kanundaki düzenlemenin bir kısmının Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edildiği kaydileştirme sürecinin de Holdingler ve yatırımcılarına sirayetinde çalışmamızda ayrıntılı olarak değinilmiştir. TBMM Araştırma Komisyonu'nda araştırılan holding ve şirketlerden hâlihazırda halka açık şirket statüsünde olmaları nedeniyle SerPK.'ya tabi olan 7 tane holding/şirket bulunmaktadır. Bunlardan üçünün payları borsada işlem görmektedir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda bu tür şirketlere Borsa'da işlem görme yükümlülüğü, aksi halde Kurul kaydından çıkarılmalarına yönelik düzenleme bulunmakla beraber Kurul kaydında olan bazı şirketlerin payları Borsa İstanbul AŞ.'de işlem görmediği halde bu Şirketlerin Kurul kaydında olma durumlarının devam ettiği, dolayısıyla SPK tarafından SerPK.'nda yer alan düzenlemelerin bu şirketlere henüz tatbik edilmediği görülmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 2019 yılının sonunda yapılan torba yasa düzenlemesi ile doğrudan veya dolaylı olarak nominal ya da primli değer üzerinden pay veya pay adı altında satışı yapılmış olan her türlü aracın Türk Ticaret Kanunu kapsamında pay addolunacağı, bu ortaklıklara yapılan ödemelerin pay karşılığı yapılmış kabul edileceği ve ortaklık ilişkisinin kurulmuş sayılacağı, bu payların kaydileştirilmemiş

olmasının ortaklık haklarına hanel getirmeyeceği gibi ortaklık ilişkisinin kurulmadığının da iddia edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Anılan hükmün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine müracaat edilmiş olup halen Mahkeme nezdindeki inceleme devam etmektedir. Hükmün iptal edilmesi ya da edilmemesi halinde de birtakım hukuki sorunlara sebebiyet verebileceği açıktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel B, Sermaye Piyasası Hukuku (Adalet 2017) 68
- Aytaç Z, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı, 15. Yıl Sempozyumu, (Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları 1998) 52
- Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (11th edn, Beta 2016) 118
- Balcı M and Turan S, Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi, Cilt II (Adalet 2020) 477-483
- Coşkun S, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn. Md. 107) (On İki Levha 2021) 33
- Çınar Ç, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Faaliyette Bulunma Suçları (Seçkin 2020) 3-39
- Erdoğan O and Sancak E, 'Tezgahüstü Piyasalarda Reform Gerek-sinimi', (2010) (2) Sermaye Piyasası Dergisi 6-16
- Etirli B, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında Halka Açık Anonim Ortaklıkları Halka Kapalı Statüye Dönmesi (On İki Levha 2021) 6-12
- Gemalmaz B, Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3548/06_mulkiyet_hakki.pdf>
- Hızır S, Halka Açık Ortaklık Statüsünün Sona Ermesi (On İki Levha 2019) 28-29
- Kabaalioglu HA, Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi (İstanbul 1985) 2
- Karacan AI and Erişir Karacan E, Sermaye Piyasası Araçları (Legal 2021). 180-181
- Koca M and Üzülmaz İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Seçkin 2015) 135

Manavgat Ç, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 636, 637

Memiş T and Turan G, Sermaye Piyasası Hukuku (4th edn Seçkin 2019) 53

Sancak E, Sermaye Piyasası Sözlüğü (Scala 2014) 132

Şehirali Çelik FY, Kırca İ and Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 230

Şener OH, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (2nd edn Seçkin 2015) 295.

Tanör R, Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası (TSPAKB 2003) 118.

Tekinalp Ü, Poroy R and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I (13th edn Vedat 2014) 290

Üçışık G and Çelik A, Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt (Adalet 2013) 76

Yanlı V, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması (Beta 2005) 27-28

<<https://anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/22-ocak-2020-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>>

Report of Technical Committee of IOSCO, Securities Activity on the Internet, <www.iosco.org>

<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1061m.htm>>

<<https://www.kap.org.tr/tr/>>

<<https://www.mark-knutson.com>>

<www.sec.gov/answers/ponzi.htm>

<<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Sirket/OzelDurumAciklamalari>>

<<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Hakkimizda/SermayePiyasasindaGelistmeler>>

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

<<https://www.ytm.gov.tr/Home/Duyuru/11>>

- Araştırma Makalesi -

**ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL TOPLANTI
TÜRLERİ VE TOPLANTIYA ÇAĞIRMA USULLERİ***

(TYPES OF GENERAL ASSEMBLY MEETINGS IN JOINT STOCK COMPANIES AND
MEETING PROCEDURES)

Öğr. Gör./Assoc. Member Nebile TEKE AKBULUT**

ÖZ

Anonim şirketlerde hukuki ilişkiler, iç ilişkiler ve dış ilişkiler olmak üzere ikiye ayrılır. Dış ilişkiler şirketin diğer gerçek veya tüzel kişilerle olan hukuki ilişkileridir. Dış ilişkileri bakımından yetkili organ yönetim kuruludur. İç ilişkiler ise anonim şirketin pay sahipleri ve organları ile olan ilişkilerdir. İşte bu iç ilişkileri düzenleyen organ genel kuruldur. Genel kurul kararlarının dış ilişkide doğrudan doğruya etkili olabilmesi için bunun kanunla veya ana sözleşmede öngörülmüş olması gerekir. Bu çalışmamızda anonim şirketlerde genel kurul toplantı türleri, genel kurulu toplantıya çağırma yetkili olanlar ve toplantıya çağırma usulleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirketler, Genel Kurul Toplantı Türleri, Toplantıya Çağırma Usulleri

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 02.08.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 07.09.2021 tarihinde birinci hakem; 08.09.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Hasan Kalyoncu Üni. Meslek Yüksekokulu Adalet Programı, nebile.akbulut@hku.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4831-3412.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; TEKE AKBULUT, Nebile, “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Türleri ve Toplantıya Çağırma Usulleri”, REGESTA, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 341-354.

ABSTRACT

Legal relations in joint stock companies are divided into two as internal and external relations. External relations are the legal relations of the company with other real or legal personalities. The authorized body in terms of foreign relations is the board of directors. Internal relations are the relations with the shareholders and organs of the joint stock company. The body that regulates these internal relations is the general assembly. In order for the general assembly resolutions to be directly effective in foreign relations, this must be stipulated in the law or in the articles of association. In this study, the types of general assembly meetings in joint stock companies, those authorized to call the general assembly for a meeting and the methods of calling for a meeting will be discussed.

Keywords: *Joint Stock Companies, Types of General Assembly Meetings, Meeting Procedures*

I. GENEL KURUL TOPLANTI TÜRLERİ

Genel kurul, esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanır ve karar alır. Genel kurul toplantıları yapılış zamanları bakımından olağan ve olağanüstü, yapılış yöntemi bakımından fizikî ve elektronik, çağrı bakımından ise çağrılı ve çağrısız olmak üzere sınıflandırılabilir.¹

Ayrıca imtiyazlı pay sahiplerinin bulunduğu anonim şirketlerde ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantısı olarak ayrı bir kurul toplantısı da vardır.

¹ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: I (3rd edn, Adalet Yayınevi Ankara 2018) 722; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku (4th edn, Vedat Kitapçılık İstanbul 2015) 302

A. OLAĞAN VE OLAĞANÜSTÜ GENEL KURUL TOPLANTILARI

1. OLAĞAN GENEL KURUL TOPLANTISI

Olağan genel kurul toplantısı yılda en az bir defa olmak üzere her faaliyet dönemi bitiminde üç ay içerisinde yapılır². Olağan genel kurul toplantısı, şirket organlarının seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporuna, kârın kullanım şekline, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine ve faaliyet dönemini ilgilendiren diğer konuları görüşmek ve karar almak için toplanır. TTK m. 409 ve Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 5 hükümlerinde de anonim şirket genel kurul toplantıları benzer şekilde tanımlanmıştır.

Toplantının bu üç aylık sürede yapılmamasının herhangi bir yaptırımını bulunmamaktadır³. Yani kanunda düzenlenmiş olan bu hüküm düzen hükmü olarak kabul edilmektedir⁴.

Yılda birkaç kez kâr dağıtan anonim şirketler, her kâr dağıtımını için genel kurulu toplantıya çağırımları gerekir. Ayrıca olağan genel kurul toplantısı, öngörülen günde toplantı yeter sayısı sağlanamamış veya azınlığın talebi ile ertelenmişse, ertelenen toplantılar da olağan genel kurul toplantısı sayılır.

Olağan genel kurul toplantılarında her bir faaliyet yılı birbirinden bağımsızdır. Önceki yıl olağan genel kurul toplantısı yapılmasa bile, bir sonraki yılın genel kurul toplantısı yapılabilir⁵.

² Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (2nd edn, Yetkin Yayınları Ankara 2019) 342

³ Ayhan, Çağlar and Özdamar, (n 2) 342

⁴ Ümit Yayla, Anonim Ortaklık Genel Kurulları – Elektronik Genel Kurullar, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca (1st edn, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2013) 66

⁵ Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku: Ders Kitabı, (1st edn, Seçkin Yayıncılık Ankara 2012) 442; Gönen Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler II: Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre, (1st edn, Seçkin Yayıncılık Ankara 2013) 2754

2. OLAĞANÜSTÜ GENEL KURUL TOPLANTISI

Olağanüstü genel kurul toplantıları belirsiz zamanlarda, gerekli görülen durumlarda genel kurulun toplantıya çağırılması ile yapılır. Bu tür toplantılar sermayenin kaybı gibi durumlarda kanun gereği yapılabileceği gibi azınlığın talebi üzerine de yapılabilir. Yani olağanüstü toplantıların yapılıp yapılmayacağı belli olmadığı gibi, yapılacağı durumlarda da ne zaman yapılacağı belli değildir.

Genel kurul toplantısının olağanüstü olması, usul ve şekil bakımından olağan genel kurul toplantılarından herhangi bir farklılık göstermemektedir.

B. ÇAĞRILI VE ÇAĞRISIZ GENEL KURUL TOPLANTILARI

1. ÇAĞRILI GENEL KURUL

TTK m. 414 çağrılı genel kurulu düzenlemektedir. Söz konusu maddeye göre, genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilir⁶.

2. ÇAĞRISIZ GENEL KURUL

Çağrısız genel kurul toplantısı, şirketin tüm pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması ve içlerinden herhangi birinin itiraz etmemesi üzerine yapılan genel kurul toplantılarıdır. Bu toplantılar sermayenin yüzde yüzünün asaleten veya vekaleten hazır bulunmasının gerektiği ve toplantının çağrısız yapılmasına toplantı süresince kimsenin itiraz etmemesi halinde usulen kanuna uygun kabul edilen toplantılardır⁷.

⁶ Necat Azarkan, 'Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir?' Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2012) 17 (26-29) 71, 76

⁷ Tekinalp, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku (n 1) 303; Ayrınca Yargıtay 11 HD, 2001/10968, 26.02.2001, kararında, bir pay sahibi olan ortak veya temsilci dâhil genel kurulda bulunmaz veya toplantıyı terk ederse, ya da katılıp toplantı şekline itiraz

Çağrısız genel kurul esas itibariyle hiçbir çağrı yapılmadan toplanacağı anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle TTK m. 414 hükmünde yer alan çağrı şekline uyulmasına gerek olmasa da yönetim kurulu tarafından yapılan bir çağrının varlığı bu tür toplantılar için de aranacaktır⁸.

C. ELEKTRONİK ORTAMDA GENEL KURUL

TTK m. 1527 hükmü ile getirilen elektronik ortamda genel kurul toplantı yöntemine göre, ortakların tamamı elektronik ortamda yapılan toplantıya katılabilecekleri gibi bir kısmının fiziken bir kısmı da elektronik ortamda toplantıya katılması mümkündür. Bu konu ile ilgili ayrıntılar Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik ile düzenlenmiştir.

TTK m. 1527 /1' e göre; “*Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut bulundukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir. Bu hâllerde Kanunda veya şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen uygulanır*”. Ayrıca TTK m. 1527/5'e göre de pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde elektronik genel kurul zorunlu hale getirilmiştir.

Elektronik ortamda genel kurul yapılmasının uzun dönemdeki faydası, masrafların düşmesi, zamandan tasarruf edilmesi, yüksek katılımın daha kolay sağlanabilmesi, hesap verilebilirlik ilkesinin gereği gibi uygulanmasının sağlanması ve özellikle halka açık şirketlerde yönetimde görevli kimselerin anonim ortaklıkça tanınmayan yatırımcı olan diğer pay sahiplerinin tanınması olarak özetlenebilir⁹.

Elektronik genel kurul sistemini kabul eden anonim şirketler toplantı davetini elektronik ortamda yapmanın yanında toplantı öncesi pay

ederse bu genel kurulun yapılamayacağı ve eğer yapılmışsa ve karar alınmışsa, alınan kararların batıl sayılacağı ifade edilmiştir.

⁸ Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri* (6th edn, Dora Yayıncılık Bursa 2018) 188; Pulaşlı, *Şirketler Şerhi C: I* (n 1) 727

⁹ Şaban Kayıhan, ‘Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet’ (2003) 22 (1) BATIDER 79, 85.

sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulması gereken belgeleri de elektronik sistemde erişime hazır bulundurmalıdır¹⁰.

Şirket ortaklarının veya temsilcilerinin elektronik genel kurul toplantısına katılabilmeleri için güvenli elektronik imza ile sisteme girmeleri gerekir¹¹. Ayrıca BTY m. 32/1-b gereğince toplantıya Gümrük ve Ticaret Bakanlığı temsilcisinin de katılması zorunludur.

D. TEK ORTAKLI ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL

TTK anonim şirketler tek ortakla da kurulabilir veya sonradan tek ortaklı hale gelebilirler. Genel kurulu tek ortaklıktan oluşan anonim şirketlerde birden çok ortaklı olan anonim şirketlerin genel kurul toplantılarından farklı olarak toplantıya çağrı yapılmasına gerek yoktur¹². Ancak payların tek bir sahibi olmasına rağmen payların tamamı bu kişi tarafından temsil edilmiyorsa çağrı usulüne uymak gerekir.

E. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURUL TOPLANTISI

TTK m. 454/1'deki düzenlemeye göre; genel kurulun esas sözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine dair kararıyla yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise bu karar anılan pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda onanmadıkça uygulanmaz¹³.

Yönetim kurulu bu özel kurulu genel kurul kararlarının ilan edildiği tarihten itibaren en geç bir ay içerisinde toplantıya çağırmalıdır. Yönetim kurulunun anılan süre içerisinde çağrıda bulunmaması durumunda imtiyazlı pay sahibi bir aylık sürenin bitiminden itibaren on beş gün içe-

¹⁰ Necat Azarkan, 'Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul' (2018) 2 (4) Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dicle Adalet Dergisi 29, 29; ibid 344

¹¹ Tayfun Ercan, 'Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu ve Genel Kurul' (2012) 7(69) Terazi Hukuk Dergisi 37, 37

¹² Tamer Bozkurt, Şirketler Hukuku, (9th edn, Legem Yayıncılık Ankara 2018) 315; ibid 344

¹³ Neşe Kirtıl, 'İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu Toplantısının Yapılması' (2005) (Özel Sayı) DEÜHF Dergisi 79, 79.

risinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden toplantıya çağrıyı talep edebilir (TTK m. 454/2).

Yönetim kurulunun çağrısına rağmen özel kurul süresi içerisinde toplanamazsa genel kurul kararı kabul edilmiş sayılır (TTK m. 454/5).

II. GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRMAYA YETKİLİ OLANLAR

A. YÖNETİM KURULU

Genel Kurulu toplantıya kural olarak yönetim kurulu davet eder (TTK m.410)¹⁴. Sadece olağan toplantılar değil, olağanüstü toplantılarda yönetim kurulunun daveti ile yapılır. Yönetim kurulu genel kurul her hesap dönemi sonundan itibaren üç ay içinde ve yılda en az bir defa olmak üzere olağan toplantıya ve gerektiği takdirde de olağanüstü toplantıya çağırır.

Yönetim Kurulu görev süresi dolmuş olsa bile genel kurul toplantıya çağırabilir¹⁵. İster olağan toplantı olsun isterse olağan üstü toplantı olsun genel kurul toplantıya çağırarak için yönetim kurulunun kurul halinde karar alması gerekir. Yönetim kurulu tek kişiden oluşuyorsa, genel kurul toplantıya çağırma yetkisi bu kişiye aittir¹⁶.

Azledilmiş veya seçimine dair karar kesinleşmiş mahkeme hükmüyle geçersiz olan yönetim kurulunun genel kurul toplantıya çağırma yetkisi yoktur. Böyle bir yönetim kurulunca yapılan çağrı ve bu çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararlar yok hükmündedir¹⁷.

B. PAY SAHİBİ

TTK m. 410/2' deki düzenlemeye göre genel kurul toplantıya çağırarak olan yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşamaması veya yönetim kurulunun mevcut olmaması durumlarında tek bir pay sahibi de mahkemeye başvurarak kendisine genel

¹⁴ Hamdi Yasaman, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, C: II (1st edn, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013) 185

¹⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 1(3th edn, Vedat Kitapçılık İstanbul 2014) 480; ibid 482

¹⁶ Kiritil, (n 13) 80

¹⁷ Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, (8th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 91

kurulu toplantıya çağırma konusunda izin verilmesini talep edebilir¹⁸. Mahkemenin bu kararı kesindir¹⁹. Yargıtay 11. HD.'nin vermiş olduğu 1.7.2014 tarihli, 2014/8014 E. 2014/12619 K. sayılı kararında da, dava-
nın anonim şirketin genel kurulunun toplantıya çağırılmasına izin istemi-
ne dair olup, mahkemece verilen kararın kesin nitelikte olduğu ifade
edilmiştir²⁰.

Kanunda pay sahibinin hangi koşullarda genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahip olacağı belirtilmiş, bu yetkinin nasıl kullanılacağı düzenlenmemiştir. Bu yetkide aynen azınlığın genel kurulu çağrı yetkisi gibi mahkeme aracılığıyla kullanılacağına göre, bu konuda TTK m. 412' den örnekseme yoluyla yararlanılabilir. Yani pay sahibi öncelikle yönetim kurulunun toplanamadığını, toplantı nisabının oluşmasına olanak bulunmadığını kanıtlamalıdır.

C. AZINLIK

TTK m. 411/1 deki düzenlemeye göre; *“Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler. Esas sözleşmeyle, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir.”*. Madde hükmündeki bu talep hem olağan genel kurul toplantılarında hem de olağanüstü genel kurul toplantılarında kullanılabilir²¹. Yönetim kurulu bu talebi kabul ederse en geç 45 gün içerisinde genel kurul toplanacak şekilde daveti yapar. Yönetim kurulu 45 gün içerisinde bu daveti yapmaz ise çağrı talep sahiplerince yapılır (TTK m. 411/4).

TTK' daki bu düzenlemeye göre, azınlık ilk önce yönetim kurulundan gerektirici sebepleri ve gündemi de göstererek genel kurulu toplantıya çağırmasını isteyecektir. Çünkü bu düzenlemeye göre azlığın doğrudan genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bulunmamaktadır.

¹⁸ Moroğlu, (n 17) 92

¹⁹ Mehmet Bahtiyar and Esra Hamamcıoğlu, Yeni TTK' ya Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Toplantıları, (1st edn, Beta Basım Yayın İstanbul 2014) 161

²⁰ <<https://www.kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi : 22.04.2021

²¹ Mustafa Yavuz, 'Anonim ve Limited Şirketlerde Ortakların Genel Kurul Gündemine Madde Ekletme Hakkı' (2014) 9 (96) Terazi Hukuk Dergisi 114, 115

Yargıtay 11. HD.'nin konu ile ilgili olarak vermiş olduğu, 9.11.2004 tarihli, 2004/1883 E. ve 2004/11064 K. sayılı kararında, şirket azınlığının genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hususunda yetki talebinde bulunabilmesi için öncelikle yönetim kuruluna başvuruda bulunması gerektiği ifade edilmiştir²².

Pay sahiplerinin bu tür çağrılarını veya gündeme konu ekleme istemleri noter aracılığı ile yapılır (TTK m. 411/3).

Azınlığın talebinin yönetim kurulu tarafından reddedilmesi veya bu isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde talep sahipleri mahkemeye başvurarak şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden karar almak suretiyle genel kurulu toplantıya çağırabilir (TTK m. 412/1). Konu ile ilgili Yargıtay 11. HD. 14.12.2004 tarihli, 2004/13707 E. 2004/12373 K. sayılı kararında, *davacılar vekillerinin asıl ve birleşen davalarda, müvekkillerinin davalı anonim şirket ortağı olduklarını, şirketin olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması yönündeki davacılar ihtarına yönetim kurulu tarafından olumsuz yanıt verildiğini, denetim kuruluna gönderilen ihtarnameye ise bir yanıt verilmediğini ileri sürerek, davalı anonim şirketin olağanüstü genel kurulunun ekli gündemle toplanması yönünde davacılar yetki verilmesini talep ve dava ettiklerini, davacıların şirket sermayesinin en az onda biri değerinde paya sahip olduklarını, davacı tarafın 01.09.2004 günlü ihtarname ile Çamsan A.Ş. yönetim kurulundan olağanüstü genel kurul kararı alınmasını ve yönetim ve denetim kurallarının birikimli oy esaslarına göre belirlenmesini talep ettiklerini, yönetim kurulu tarafından bu talebin reddedildiğini, bunun üzerine davacılar tarafından 13.09.2004 günlü ihtar ile olağanüstü genel kurul kararı alınmasını talep ettikleri denetim kurulunun da bu konuda cevap vermediğini, dava açmak için ön koşulların yerine getirildiği gerekçesiyle, TTK. m. 367 ve 356 maddeleri gereğince Çamsan Ağaç San. A.Ş.'nin olağanüstü genel kurulunun hükümde yazılı gündemle toplanması hususunda davacılar yetki verilmesine ilişkin mahkeme kararının yasaya uygun olduğunu belirtmiştir²³.*

²² <<https://www.kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi : 15.04.2021

²³ <<https://www.kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi : 01.05.2021

D. TASFİYE MEMURLARI

Tasfiye halindeki bir anonim şirkette, tasfiye işlerinin gereği olan konularda genel kurul tasfiye memurları tarafından toplantıya davet edilir (TTK m. 410/1)²⁴. Tasfiye işlemleri dışındaki konularda genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi yine yönetim kurulundadır.

E. İFLAS İDARESİ

İİK'nun 226. maddesine göre “*Masanın kanuni mümessili iflas idaresidir*”. Bu nedenden dolayı da müflis ortaklığın genel kurulunu toplantıya davet yetkisi de iflas idaresindedir.

F. KAYYIM

Anonim şirketlerin zorunlu organlarından birinin mevcut olmaması, toplanamaması veya karar alamaması ve bu durumun başka bir şekilde de giderilememesi halinde, TMK'nın 427/4. maddesine göre mahkemece ortaklığa bir veya birden çok yönetim kayyımı atanabilir. Mahkemece atanan kayyım üstlenmiş organa ait olan çağrı yetkisini kullanır.

III. GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI USULÜ

Toplantıya çağrı, kanun ve esas sözleşmede gösterilen şekil ve surette, herhalde ticaret sicil gazetesine ilân suretiyle yapılır.

Nama yazılı hisse senetleri sahiplerinin adresleri ortaklıkça bildirildiğinden, toplantı onlara ayrıca iadeli taahhütlü mektupla bildirilir. Buna karşılık hamile yazılı pay senetleri sahipleri bilinmediğinden veya borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören hisse senetleri sahiplerini mektupla davete gerek yoktur. Ancak bunlardan hisse senedi ile adresini bu amaçla ortaklığa bırakanlar varsa, bunlara da toplantı daveti iadeli taahhütlü mektupla bildirilir²⁵.

Çağrılı genel kurul toplantılarında söz konusu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır (TTK m. 414/1). Kanun mektuplar için herhangi bir süre koymamış

²⁴ H. Ercüment Erdem, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Şirketler Genel Kurulları Getirdiği Yenilikler’ (2014) 9 (117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 34

²⁵ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 1(2th edn, Beta Yayınevi İstanbul 2017)165; ibid 347

olmakla beraber, bunların da aynı süreye tâbi olması gerekir. İlan ve mektuplara toplantı gündemi eklenmek zorunda olduğu gibi ilân ve mektuplarda toplantı yeri ve tarihi de belirtilmelidir.

Çağrıdan başka pay sahibinin gereken incelemeleri yapabilmesi için; kâr – zarar hesabı, bilanço, yıllık rapor, kârın dağıtılması teklifi ve denetçi raporları toplantıdan en az 15 gün önce şirketin merkez veya şubelerinde incelemeye hazır tutulmalıdır ve bunların da çağrıyla beraber ilanı ve adresi bilinenlere tebliği gerekir²⁶.

Bu çağrı usulünde, kanunda öngörülen hükümler kısmen veya eksik olarak yerine getirilmişse, yani toplantıya çağrı yapılmış olmakla beraber, bu çağrı usulüne uygun yapılmamış veya gündem gereği gibi ilân ve tebliğ edilmemiş ise, toplantıda alınan kararlara karşı, toplantıya katılmayan pay sahiplerinin iptal davası açabilirler.

Yargıtay da birçok kararında bir genel kurul toplantısının varlığı için usulüne uygun davet yapılmış olmasını bir zorunluluk olarak görmüştür.

Toplantıya çağrı usulüne hiç uyulmadan, toplantı gün, gündem ve yeri hiç ilân edilmemiş, ilgili pay sahiplerine tebligat yapılmamış, gündemde bulunmayan konular hakkında karar alınmış ise alınan kararlar yok hükmündedir.

SONUÇ

Anonim şirketi genel kurul toplantısına çağırmaya yetkili olan organ kural olarak yönetim kuruludur. Ancak TTK bazı durumlarda anonim şirket ortaklarına da genel kurulu toplantıya çağırma hakkı tanınmıştır. Anonim şirket ortakları bu üç halde genel kurulu toplantıya çağırabilir: Birincisi, yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, ikincisi toplantı yeter sayısının oluşmasına imkân bulunmaması, üçüncüsü ise, Yönetim kurulunun mevcut olmaması halleridir.

Anonim şirketlerde usulüne göre alınmış bir genel kurul kararı TTK 423. madde gereğince karar ile ilgili olumlu oy kullanmış pay sahipleri dışında, o kararın alınması, ilgili genel kurula hiç katılmayan veya katılıp da olumsuz oy kullanmış bulunan tüm pay sahipleri için de hüküm ifade etmekte olup şirket organları ile tüm ortaklar açısından bağ-

²⁶Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (5th edn, Adalet Yayınevi Ankara 2017) 368; ibid 347

layıcıdır. Çünkü Anonim şirketlerde genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi ve çağrının usulüne uygun olarak yapılması bu toplantıda alınacak kararların uygulanabilirliği açısından önem arz etmektedir. Genel kurulda alınan kararların usul ve esaslara aykırılık etmesi halinde ortada geçerli bir irade beyanı bulunmadığı sorunu gündeme gelecek ve işlemlerin yokluk, butlan, askıda hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımını ile karşılaşma ihtimali ortaya çıkacaktır.

Halka açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme konulmasını isteyebilirler (TTK m. 411/1). Bu çağrı veya gündeme madde konulması talebi noter aracılığı ile yapılır. Bu talep yönetim kurulu tarafından reddedilirse veya yedi iş günü içerisinde cevap verilmez ise aynı pay sahipleri şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak genel kurulu toplantıya çağırılmasını talep edebilir. Ancak mahkemeye başvurmadan önce şirket içi yolların tüketilmiş olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Ayhan R, Çağlar H, and Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (2nd edn, Yetkin Yayınları 2019)

Azarkan N, ‘Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarını Kim Yönetir?’ (2012) 17 (26-29) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71 – 91, 76

Azarkan N, ‘Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul’ (2018) 2 (4) Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dicle Adalet Dergisi 29-48, 29

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, 1(2nd edn, Beta Yayınevi 2017) 165

Bahtiyar M and Hamamcıoğlu E, Yeni TTK’ ya Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Toplantıları, (1st edn, Beta Basım Yayın 2014) 161

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri (6th edn, Dora Yayıncılık 2018) 188

Bozkurt T, Şirketler Hukuku, (9th edn, Legem Yayıncılık 2018) 315

Ercan T, ‘Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu ve Genel Kurul’ (2012) 7(69) Terazı Hukuk Dergisi 37-38, 37

Erdem HE, ‘Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Şirketler Genel Kurulları Getirdiği Yenilikler’ (2014) (117-118) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-61, 34

Eriş G, Ticari İşletme ve Şirketler II: Gerekçeli Açıklamalı İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2013) 2754

Kayıhan Ş, ‘Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve İnternet’ (2003) 22 (1) BATIDER 79-109, 85

Kirtıl N, ‘İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu Toplantısının Yapılması’ (2005) (Özel Sayı) DEÜHF Dergisi 79-98, 79

Moroğlu E, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, (8th edn, On İki Levha Yayıncılık 2017) 91

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I, 1(3rd edn, Vedat Kitapçılık 2014) 480

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (5th edn, Adalet Yayınevi 2017) 368

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: I (3rd edn, Adalet Yayınevi 2018) 722

Şener, O.H, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku: Ders Kitabı, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2012) 442

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklarının Yeni Hukuku (4th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 302

Yavuz M, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortakların Genel Kurul Gündemine Madde Ekletme Hakkı’ (2014) 9 (96) Terazı Hukuk Dergisi 114-117, 115

Yasaman H, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalâalar, Bilirkişi Raporları, C: II (1st edn, Vedat Kitapçılık 2013) 185

Yayla Ü, Anonim Ortaklık Genel Kurulları – Elektronik Genel Kurullar, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2013) 66

UZMAN GÖRÜŞÜ

EXPERT OPINION

* Limited Şirket Ortağının Şirket Sözleşmesi veya Dava Yoluyla Şirketten Çıkarılması
*The Discharge of Limited Liability Company's Partners By Articles of
Association or Lawsuit*
Dr. Soner ALTAŞ

LİMİTED ŞİRKET ORTAĞININ ŞİRKET SÖZLEŞMESİ VEYA DAVA YOLUYLA ŞİRKETTEN ÇIKARILMASI*

(THE DISCHARGE OF LIMITED LIABILITY COMPANY'S PARTNERS BY
ARTICLES OF ASSOCIATION OR LAWSUIT)

Dr. Soner ALTAŞ¹

ÖZ

Limited şirket ortakları arasında yaşanan çıkar çatışmaları, anlaşmazlıklar ve huzursuzluklar, bazen şirketin ticari faaliyetlerini dahi yürütemez hale gelmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu durumda başvurulabilecek olan yasal yollardan birisi, sorun çıkaran limited şirket ortağını ortaklıktan çıkarmaktır. Ortaklıktan çıkarma 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda detaylı bir şekilde düzenlenmiş, yüksek yargının içtihatları da bu alanda gözlenen boşlukları gidermede önemli bir fonksiyon icra etmiştir. Bu çalışmada genel olarak limited şirket ortağının şirket sözleşmesi ve dava ile ortaklıktan çıkarılması ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Ortaklıktan Çıkarma, Çıkarma Davası, İptal Davası, Haklı Sebep, Genel Kurul Kararı

ABSTRACT

Conflicts of interest, disagreements and unrest rising among the partners of a limited liability company can sometimes make the company to be unable to carry out its commercial activities. In such a case, one of the legal ways that can be applied is to discharge the partner of the limited company who caused the problem. Discharge of partnership is regulated widely in the Turkish Commercial Code Nu. 6102 and the jurisprudence of the High Court played an important role in eliminating the gaps observed in this issue. In this study, we will generally explain and

* Bu çalışmada belirtilen görüşler yazarına ait olup, çalıştığı Kurumunu bağlamaz.

¹ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Başmüfettişi, sonaltas@gmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4600-0466

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

discuss the discharge of partners of a limited liability company by the articles of association and lawsuit.

Keywords: *Limited Liability Company, Discharge of Partnership, Lawsuit of Discharge, Action for Annulment, Fair Cause, General Assembly Decision*

1. GİRİŞ

Limited şirketlere ilişkin olarak yargıya sıklıkla intikal eden hususların başında ortakların şirketten çıkma yahut çıkarılma talepleri gelmekte olup, çoğu aile şirketi hüviyetinde olsa dahi, zaman zaman kardeş, yakın akraba yahut tanıdık olan ortaklar arasında ortaya çıkan sorunlar şirket içi huzuru bozmakta, bu durumda da ya ortak şirketten çıkma talebinde bulunmakta ya da huzuru bozan ortak şirketten çıkarılmaktadır². 2021 yılı Ocak ayı itibariyle ülkemizde aktif olarak 918.614 limited şirketin bulunduğu dikkate alındığında³, konunun yaygınlığı ve önemi daha iyi anlaşılacaktır. Bu durum, ticari yaşamı ve ekonomiyi de olumsuz olarak etkilemektedir. Zira, şirket ortakları arasında ortaya çıkan menfaat çatışmaları, çoğu zaman şirketi kavga alanına dönüştürmekte ve şirketin ticari faaliyetlerini yürütememesine neden olmaktadır⁴.

Bu uyuşmazlıkları çözmek için başvurulabilecek yollardan birisi, sorun çıkaran ortağı şirket ortaklığından çıkarmaktır. Ortaklıktan çıkarma, limited şirket ortağının şirketten ayrılmasını ifade eder. Çıkmada ortağın şirketten kendi iradesi ile ayrılması hali söz konusu iken, çıkarmada ortak şirketin iradesi ile ayrılmak zorunda kalır⁵. Bir diğer ifadeyle-

² Soner Altaş, 'Ortak Limited Şirketten Nasıl Çıkar Veya Çıkarılır?' (2014) (121), Mali Çözüm Dergisi 143

³ Ticaret Bakanlığı, '2021 Yılı Ocak Ayı Veri Bülteni' (Ticaret Bakanlığı, 1 Ocak 2021) <
<https://ticaret.gov.tr/data/601907cc13b876f2000d257d/2021%20Y%C4%B1l%C4%B1%20Ocak%20Ay%C4%B1%20Veri%20B%C3%BClteni.pdf>> erişim tarihi 28 Şubat 2021

⁴ İrfan Akın, 'TTK m.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 3

⁵ Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayınevi 2007) 153

le, ortaklıktan çıkarma, limited şirket ortağının kendi isteği dışında ortaklık ilişkisine son verilmesi ve şirketten uzaklaştırılmasıdır⁶. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK⁷)’nda limited şirket ortağının ortaklıktan çıkarılması hali detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Genel olarak bakıldığında, ortaklıktan çıkarma, şirket sözleşmesinde öngörerek genel kurul kararı ile çıkarma ve haklı sebeplerin varlığında mahkeme kararı ile çıkarma olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir. TTK’da limited şirketlere özgü olmayan, ancak Kanunun muhtelif maddelerinde yer alıp limited şirketleri de ilgilendiren bazı özel ortaklıktan çıkarma halleri de yer almakla birlikte, bu çalışmada genel olarak limited şirket ortağının şirket sözleşmesi ve dava ile ortaklıktan çıkarılması üzerinde durulacaktır.

2. ORTAĞIN ŞİRKET SÖZLEŞMESİ HÜKMÜ UYARINCA ORTAKLIKTAN ÇIKARILMASI

TTK’nın 640’ıncı maddesinin birinci fıkrasında “*Şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilir*” hükmüne yer verilerek, bir ortağın şirketten çıkarılabileceği sebeplerin şirket sözleşmesinde öngörülmesine imkan tanınmıştır. Bu düzenleme ile bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli olan sebeplerin varlığında, bu sebepler gerçekleşen ortağı şirketten çıkarma hakkı tanınmış diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlanmıştır. Çünkü, bu durumda ortaklar hangi hallerde şirketten çıkarılacaklarını bilerek hareketlerini ona göre ayarlayacaklardır.

Ortaklıktan çıkarmayı gerektiren sebeplerin neler olacağı tamamen kurucuların ve genel kurulu oluşturan ortakların takdirindedir. Bu sebepleri kendi aralarında anlaşılarak belirleyip şirket sözleşmesine koyabilirler. Örneğin; “*şirketin para, mal ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı mahkum olanlar şirket ortaklığından çıkarılır.*” şeklinde bir hüküm şirket sözleşmesine konulabilir.

Böylece, şirket sözleşmesinde öngörülen çıkarma sebeplerin gerçekleşmesi üzerine, ortak, şirket genel kurulunun alacağı karar ile ortaklıktan çıkarılabilir. TTK’nın 621’inci maddesinin birinci fıkrasının

⁶ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (3rd edn, Vedat Kitapçılık 2013) 494

⁷ Çalışmamızda, 13 Ocak 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu “TTK” kısaltması kullanılmıştır.

(h) bendi uyarınca ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebepten dolayı şirketten çıkarılması için, genel kurul toplantısında oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması ve kararın da temsil edilen oyların en az üçte ikisi ile alınması gerekir. Hakkında çıkarma talep edilen ortak oylamaya katılabilir, ancak, ortaklık sıfatının kaybedilmesinden sonra genel kurul toplantılarına katılamaz ve oy veremez⁸.

Ortaklıktan çıkarma kararı genel kurulca alındıktan sonra bu karar ortağa noter aracılığıyla bildirilir. Ortak, çıkarma kararına karşı, kararın *noter aracılığıyla* kendisine bildirilmesinden itibaren **üç ay içinde iptal davası** açabilir.

Çıkarma sebeplerine dair hüküm kuruluş aşamasında şirket sözleşmesine konulabileceği gibi, sonradan sözleşme değişikliğine gidilerek de tesis edilebilir. Ancak, bir ortağın şirketten çıkarılma sebeplerinin sonradan şirket sözleşmesine konulabilmesine dair sözleşme değişikliği, şirket sermayesini temsil eden **tüm ortakların** genel kurul toplantısında **oy birliği** ile karar almasıyla mümkündür. Fakat, çıkma hakkında olduğu üzere, ortaklıktan çıkarmada da şirket sözleşmesinde hüküm bulunması zorunlu değildir, bu tamamen şirketlerin, daha doğrusu ortakların ihtiyarına bırakılmış bir husustur.

3. ORTAĞIN ÇIKARMA DAVASI İLE ORTAKLIKTAN ÇIKARILMASI

Şirket sözleşmesinde ortaklıktan çıkarma sebepleri belirtilmemiş olsa dahi, haklı sebeplerin varlığında ortaklıktan çıkarma yoluna başvurulabilir. Zira, ortağın şirketten çıkarılması için şirket sözleşmesine hüküm konulmamış ya da sözleşmede öngörülen sebepler haricinde haklı bir sebep oluşmuş bulunabilir. Bu gibi hallerde çıkarma davası şirketin devamını, huzur içinde çalışmasını sağlar. TTK'nın m.640/f.3 hükmü, şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa yahut sözleşmede yer alan sebepler arasında yer almasa dahi, haklı bir sebebin ortaya çıkması durumunda, şirketin, ortaklıktan **çıkarma davası** açabileceğini hükme bağlamıştır.

Ortaklıktan çıkarmada “haklı sebep”lerin nelerden ibaret olduğuna TTK'da değinilmemiştir. Bu itibarla, şirketin öne sürdüğü ortaklıktan

⁸ Tekinalp (n 6) 494

çıkarma sebebinin gerçekten var olup olmadığını yahut haklı olup olmadığını mahkeme kararlaştıracaktır. Hal böyle olunca da, şirketin, ortaklıktan çıkarma sebebinin varlığını kanıtlaması gerekecektir⁹.

Öğretide haklı sebeplere örnek olarak ortağın kişiliğinde doğan sebepler; yolsuzluk, ehliyetsizlik, şirketin itibarını zedeleyici hayat sürmek, bağlılık yükümlülüğünün ihlali, yan ve ek edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi gibi sebepler gösterilmiştir¹⁰.

Eski uygulamaya ilişkin olarak mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin 551'inci maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin yargı kararlarına baktığımızda, Yargıtay'ın;

- Ortağın rekabet yasağına aykırı hareket etmesi¹¹,
- Ortağın davranışlarının şirket faaliyetlerine sekte vuracak ve ızzar edecek ve karşılıklı güveni ortadan kaldıracak nitelikte olması¹²,
- Ortağın güvenini kötüye kullanarak şirket mallarını kendisinin fiilen çalıştığı şirkete aktarması, müşterileri kendi dükkanına sevk ederek şirketi zarara uğratması, diğer ortakların imzalarını taklit ederek sermaye artırımına gitmesi¹³,
- Kişinin ortağı olduğu limited şirketin işgal konusu ile aynı olan işi yaparak şirkete karşı rekabet yasağına aykırı davranması, şirketle ilgilenmemesi, şirketi zor durumda bırakması, şirket işlerinin görüşülmesi amacıyla yapılan davetlere icabet etmeyerek toplantılara katılmaması, şirket müdürünün istifası üzerine müdür ataması amacıyla yapılacak toplantıya katılmayarak sorunların çözümünü engellemesi¹⁴

gibi halleri ortaklıktan çıkarma için haklı (muhtık) sebep olarak kabul ettiğini görmekteyiz. TTK'nın m.640/f.3 hükmü ETK'nın m.551/f.3

⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ETK'nın ortaklıktan çıkarmaya ilişkin olarak almış olduğu 16/11/2005 tarihli ve E.2005/11-542, K.2005/619 sayılı kararında "TTK'nun 551/3'ncü maddesi ortağın şirketten çıkarılması için haklı nedenlerin varlığının kanıtlanmasını öngörmüştür. Kanıt yükü çıkarma isteyen taraftadır. Somut olayda davalının salt tahliye taahhüdü verdiği haklı neden olarak görülmüş ise de, çıkarmaya neden olacak haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin bu yüzden zarara da uğramış olduğunun kanıtlanması gerekmektedir." denilmiştir.

¹⁰ ibid 496

¹¹ Yargıtay 11 HD 4138/5287 08.06.2000

¹² Yargıtay 11 HD 3297/5291 11.06.2001

¹³ Yargıtay 11 HD 8760/1018 11.02.2002

¹⁴ Yargıtay 11 HD 3548/9628 21.10.2003

hükmüne paralel bir şekilde düzenlendiğinden, Yargıtay'ın ortaklıktan çıkmadaki haklı sebeplere ilişkin yaklaşımını koruyacağı kanısındayız.

Haklı sebeple ortaklıktan çıkarma için de genel kurulun mahkemeye başvuru kararı alması gerekir. TTK'nın 621'inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca ortağın haklı sebepler dolayısıyla şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulması hususunda genel kurulca karar alınabilmesi için, genel kurulda temsil edilen oyların *en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun* bir arada bulunması gerekir. Bir başka deyişle, ortaklıktan çıkarma amacıyla mahkemeye başvurulmasına dair karar alabilmek için oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun toplantıda hazır bulunması ve kararın da bu toplantıda temsil edilen oyların en az üçte ikisi ile alınması gerekir. Yani, **toplantı nisabı** oy hakkına sahip esas sermayenin tamamının salt çoğunluğu (yani, oy hakkı bulunan esas sermayenin yarısının en az bir fazlası); **karar nisabı** ise genel kurulda temsil edilen oyların üçte ikisidir¹⁵.

Bu nedenle, mahkeme davanın ön şartı niteliğinde olduğundan genel kurul kararının usulüne uygun bir şekilde alınıp alınmadığı araştırıldıktan sonra ileri sürülen sebeplerin çıkarma için haklı sebep teşkil edip etmediği incelenir¹⁶.

4. ÖZET VE SONUÇ

Ortaklıktan çıkarma, limited şirket ortağının şirket ile arasındaki hukukî ilişkinin ortağın kendi iradesi dışında sonlandırılmasıdır. Ortaklıktan çıkarma, şirket sözleşmesinde öngörerek genel kurul kararı ile çıkarma ve haklı sebeplerin varlığında mahkeme kararı ile çıkarma olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir. Bu konudaki ilk yöntem, şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebeplerin öngörülmesidir. Ortaklıktan çıkarmayı gerektiren sebeplerin neler olacağı tamamen kurucuların ve genel kurulu oluşturan ortakların takdirindedir. Şirket sözleşmesinde öngörülen çıkarma sebeplerin gerçekleşmesi üzerine, ortak, şirket genel kurulunun alacağı karar ile ortaklıktan çıkarılabilir. Ortaklıktan çıkarma kararı genel ku-

¹⁵ Ersin Çamoğlu, 'Limited Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar' (2012) (239) Yaklaşım Dergisi 251, 253-254

¹⁶ ibid 11

rulca alındıktan sonra bu karar ortağa noter aracılığıyla bildirilir. Ortak, çıkarma kararına karşı, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir.

Bununla birlikte, şirket sözleşmesinde hüküm bulunmaması ya da sözleşmede yer alan sebepler arasında yer almaması halinde dahi, haklı bir sebebin ortaya çıkması üzerine şirket, ortaklıktan çıkarma davası açabilir. Kanunda zikredilmemekle birlikte, yolsuzluk, ehliyetsizlik, şirketin itibarını zedeleyici hayat sürmek, bağlılık yükümlülüğünün ihlali, yan ve ek edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi gibi sebepler ortaklıktan çıkarma için haklı sebep olabilir. Haklı sebeple ortaklıktan çıkarma için de genel kurulun mahkemeye başvuru kararı alması gerekir. Genel kurul kararı, dava açmanın ön şartıdır. Bu yönleriyle, ortaklıktan çıkarma, gerektiğinde başvurulabilecek ve şirket sözleşmesi ile düzenlendiği takdirde sorunu kronik hale gelmeden çözecek önemli bir mekanizmadır.

KAYNAKÇA

Akın İ, 'TTK m.208 Kapsamında Anonim Şirketlerde Azınlığın Ortaklıktan Çıkarılması' (2013) 17(1-2) GÜHFD 1-19

Atlaş S, 'Ortak Limited Şirketten Nasıl Çıkar Veya Çıkarılır?' (2014) (121) MÇD 143-152

Çamoğlu E, 'Limited Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar' (2012) (239) Yaklaşım Dergisi 251-257

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (3rd edn, Vedat Kitapçılık 2013)

Yıldız Ş, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1st edn, Arıkan Yayınevi 2007)

Ticaret Bakanlığı, '2021 Yılı Ocak Ayı Veri Bülteni' (Ticaret Bakanlığı, 1 Ocak 2021) < <https://ticaret.gov.tr/data/601907cc13b876f2000d257d/2021%20Y%C4%B1%C4%B1%20Ocak%20Ay%C4%B1%20Veri%20B%C3%BClteni.pdf> > erişim tarihi 28 Şubat 2021

Yargıtay HGK 11-542/619 16.11.2005

Yargıtay 11 HD 4138/5287 08.06.2000

Yargıtay 11 HD 3297/5291 11.06.2001

Yargıtay 11 HD 8760/1018 11.02.2002

Yargıtay 11 HD 3548/9628 21.10.2003



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**
— 1882 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

ISSN 2146 - 6203

