



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

REGESTA

Cilt/Volume: 10 | Sayı/Issue: 1 | 2025/1

ISSN 2146 - 6203

LİMİTED ŞİRKETLERDE ORTAKLARA EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÖNGÖRÜLMESİ

*PREDICTING ADDITIONAL PAYMENT AND SIDE
PERFORMANCE OBLIGATIONS FOR PARTNERS IN LIMITED
COMPANIES*

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
Av./Atty. Volkan ATAMER

TİCARİ ELEKTRONİK İLETİLER

COMMERCIAL ELECTRONIC MESSAGES
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ramazan DURGUT

YARGI KARARLARI EKSENİNDE ANONİM ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASINDA ÂRABULUCULUK UYGULAMASI

*MEDIATION PRACTICES IN CASES REGARDING THE
JUSTIFIED DISSOLUTION OF JOINT STOCK COMPANIES
IN LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM

HOLZMÜLLER DOKTRİNİ VE TÜRK ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*HOLZMULLER DOCTRINE AND THE EVALUATION OF IT IN
TERMS OF TURKISH CORPORATE LAW*

Dr. A. Göktuğ KAYA



TR Dizin Hukuk Veri Tabanında
Dizinlenmektedir



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: 10/Sayı: 1
Volume: 10/Issue: 1
Yıl/Year: 2025

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında Dizinlenmektedir



Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 10/Sayı: 1
Volume: 10/Issue: 1
Yıl/Year: 2025

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: Ege Reklam Basım Sanatları San. ve Tic.
Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/ Ziyapaşa Cad. No: 4/1 Ataşehir/İstanbul
Place of Publication: (Sertifika No./Certificate No. 45604)
Tel: 0 216 470 44 70

Basım Tarihi/Publication Date: Mayıs/May 2025

Yönetim Yeri/Place of İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Management: Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/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, Fatih/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 © 2025

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, Fatih/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 KURULU EDITORIAL BOARD

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

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK (*Kocaeli Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. 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

2. Dergilerde yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

The articles published in the journals may not be used without giving reference to their source.

3. Dergide yayınlanan yazıların yayın hakları İstanbul Ticaret Odasına aittir.

Istanbul Chamber of Commerce owns the copyrights of the articles published in the journal.

4. Dergide yayınlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlarına aittir.

The opinions expressed in the published articles in the journal are those of the authors.

5. 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.

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

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 the articles are either in Turkish or in English.

7. 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.

8. 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

9. 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.

10. 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 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

11. 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. Makaleler en az 5, en fazla 10 adet anahtar kelime/keywords içermelidir.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words. Papers must contain at least 5 and at the most 10 keywords.*

12. 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.*

13. 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.*

14. Etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

On the subject of ethical principles and rules, it took the directives of the Committee on Publication Ethics -COPE (COPE: Committee on Publication Ethics) as a basis.

15. 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 proof-read by the author himself.*

16. 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.*

17. 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.*

18. 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

19. 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.

20. 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.

21. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**ift kr hakemlik**) dayanır. Dergiye gönderilen tm alışmalar ift kr hakem değerlendirilmesine tabi tutulduğundan hakem listesine yer verilmemiştir. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **double blind peer review**. Because of the double blind peer review the journal doesn't include referee list. 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.

REGESTA, TÜBİTAK ULAKBİM Türk Hukuk dizininde yer alan dergiler arasına kabul edildi.

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>

REGESTA is accepted amongst the journals that are ranked in the TUBITAK ULAKBIM Index.

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

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirme süreci Editör/Yayın Kurulu tarafından yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki kör hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Düzeltme istenilen yazı değerlendirilmesi için tekrar hakeme gönderilir. Hakem değerlendirme raporları TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kuruluna aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

REVIEWER EVALUATION PROCEDURE

The editor/the publication board works on the initial review procedure of the papers submitted to the journal; and the papers endorsed based on their form and their content would be submitted to at least two blind reviewers for evaluation. Based on the reports of the reviewers, it is decided to either revise or to publish the paper. The paper requested to be revised would be submitted to the reviewer one more time. Reviewer evaluation reports would be kept at least for a period of five years after the date of publication in the form that would enable them to be examined by the TÜBİTAK ULAKBİM TR index commission. The publication board makes the final decision regarding the publication of the papers. Unpublished papers shall not be remanded.

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2025 yılına ait ilk sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Prof. Dr. Şaban KAYIHAN ve Av. Volkan ATAMER'in "*Limited Şirketlerde Ortaklara Ek Ödeme ve Yan Edim Yüklümlüklerinin Öngörülmesi*" olup; bunun yanı sıra Dr. Öğr. Üyesi Ramazan DURGUT'un "*Ticari Elektronik İletiler*", Dr. Öğr. Üyesi Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM'ın "*Yargı Kararları Ekseninde Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Arabuluculuk Uygulaması*" ve Dr. A. Göktuğ KAYA'nın "*Holzmüller Doktrini ve Türk Şirketler Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*" isimli yazılarına yer verilmiştir.

Tüm eserler güncel gelişmeleri içermekte olup, okuyucuların ilgi ile takip edeceklerini umuyorum.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 10/Sayı: 1

Yıl: 2025

İÇİNDEKİLER

Makaleler..... 1

Araştırma Makalesi

Limited Şirketlerde Ortaklara Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüklerinin
Öngörülmesi

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

Av. Volkan ATAMER 3

Ticari Elektronik İletiler

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan DURGUT 37

Yargı Kararları Ekseninde Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında
Arabuluculuk Uygulaması

Dr. Öğr. Üyesi Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM 75

Holzmüller Doktrini ve Türk Şirketler Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Dr. A. Göktuğ KAYA..... 105

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 10/Issue: 1

Year: 2025

CONTENTS

Articles..... 1

Research Articles

Predicting Additional Payment and Side Performance Obligations for Partners
in Limited Companies

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN

Atty. Volkan ATAMER..... 3

Commercial Electronic Messages

Dr. Lecturer Ramazan DURGUT..... 37

Mediation Practices in Cases Regarding the Justified Dissolution of Joint Stock
Companies in Light of Judicial Decisions

Dr. Lecturer Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM..... 75

Holzmuller Doctrine and the Evaluation of It in Terms of Turkish
Corporate Law

Dr. A. Göktuğ KAYA..... 105

MAKALELER

ARTICLES

* Limited Şirketlerde Ortaklara Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlölüklerinin Öngörölmesi
Predicting Additional Payment and Side Performance Obligations for Partners in Limited Companies

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
Av./Atty. Volkan ATAMER

* Ticari Elektronik İletiler
Commercial Electronic Messages

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ramazan DURGUT

* Yargı Kararları Ekseninde Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında
Arabuluculuk Uygulaması
Mediation Practices in Cases Regarding the Justified Dissolution of Joint Stock Companies in Light of Judicial Decisions

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM

* Holzmüller Doktrini ve Türk Şirketler Hukuku Açısından Değerlendirilmesi
Holzmuller Doctrine and the Evaluation of It in Terms of Turkish Corporate Law
Dr. A. Göktuğ KAYA

LIMITED ŞİRKETLERDE ORTAKLARA EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN ÖNGÖRÜLMESİ*

(PREDICTING ADDITIONAL PAYMENT AND SIDE PERFORMANCE OBLIGATIONS FOR PARTNERS IN LIMITED COMPANIES)

Prof. Dr. Şaban KAYIHAN¹
Av./Atty. Volkan ATAMER²

ÖZ

Limited şirket, tüzel kişiliği haiz sermaye şirkettir (Türk Ticaret Kanunu, m. 124/2) ve şirkette ortağın asli yükümlülüğü, sermaye ile sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca taahhüt ettiği sermaye koyma borcunu ifa etmektir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (m. 573/2) limited ortaklıklarda ortaklara, esas sermayenin payına bağlı olarak ortaklık kuruluş sözleşmesinde veya sonradan yapılan sözleşme değişikliklerinde öngörülmesi koşuluyla ek ödemenin ve yan edim yükümlülüğünün getirilebileceği düzenlenmiştir. TTK m. 607 gereğince bu yükümlülüklerin sonradan getirilmesi için tüm ortakların oybirliği gerekmektedir. TTK m. 603 vd. hükümler, ek ödeme yükümlülüğü ile şirketin ortaklarına yönelmesine imkan vermiştir. Yan edim yükümlülüğü ise başka edimlerin yerine getirilmesine yönelik olarak ortaklara verme, yapma, yapmama, hizmet etme, katlanma ve kaçınma gibi edimlerin yerine getirilmesini ifade eder. Söz konusu yükümlü-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 13.03.2025 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 26.03.2025 tarihinde birinci hakem; 07.05.2025 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ İstanbul Ticaret Üniversitesi Öğretim Üyesi, skayihan@ticaret.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-3778-0250

² İstanbul Ticaret Üni. Doktora Öğrencisi, 23dozh002@istanbulticaret.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4466-2957

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; KAYIHAN, Şaban, ATAMER, Volkan, "Limited Şirketlerde Ortaklara Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüklerinin Öngörülmesi", REGESTA, Cilt: 10, Sayı: 1, 2025, s. 3-36.

lükler, tam ve gereği gibi yerine getirilmekle, ortaklık sıfatının sonlanması ile veya bu edimlerin kaldırılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği ile sona erer. Çalışmamızda ek ödeme ve yan edim yükümlülüğü, yargı kararları ve doktrindeki görüşler dikkate alınarak Türk hukukundaki mevzuat kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Limited Ortaklıkta Ortağın Asli Edimi, Ek Ödeme Yükümlülüğü, Yan Edim Yükümlülüğü, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Limited Şirkette Sermaye Koyma Borcu

ABSTRACT

A limited company is a capital company with legal personality (TCC Article 124/2) and the primary obligation of the partner in the partnership is to fulfill the capital contribution obligation she has undertaken in accordance with the principle of liability limited to capital. In the TCC No. 6102 (TCC Art. 573/2), it is regulated that partners in limited companies may be subject to additional payment and side performance obligations, depending on the main capital share, provided that it is foreseen in the partnership establishment agreement or in subsequent contract amendments. In accordance with Article 607, the unanimity of all partners is required to impose these obligations later. TCC Article 603 ff the provisions allowed the company to turn to its partners with additional payment obligations. Ancillary performance obligation refers to the performance of acts such as giving to partners, doing, not doing, serving, enduring and avoiding, in order to fulfill other acts. These obligations in question are terminated when they are fully and duly fulfilled, with the termination of the partnership title or with amending the articles of association regarding the repeal of these laws.

In our study, additional payment and side performance obligations were examined within the scope of Turkish law, taking into account judicial decisions and opinions in the doctrine.

Keywords: Primary Performance of the Partner in a Limited Partnership, Additional Payment, Side Performance Obligation, TCC No. 6102, Capital Investment Obligation in Limited Partnership

Giriş

Limited şirket, TTK m. 124'te belirtildiği üzere, bir sermaye ortaklığı olup, ortakların asli edim yükümlülüğü, sermaye koyma borcudur³. Kural olarak da limited ortaklıkta ortakların ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri bulunmaz. Ancak, 6102 sayılı TTK ile kanun koyucu tarafından limited şirketlerin ortaklarının asli olan borcunun sermaye koyma olması haricinde, şirket sözleşmesi ile ek ödeme yükümlülüğünün de öngörülebileceği ifade edilmiştir (TTK m.603 /f. 1, TTK m.577/f.1-c)⁴. Ek ödeme yükümlülüğü, limited ortaklığın şahıs şirketi olma karakterini yansıtan unsurlardan biridir ve sadece şirket sözleşmesiyle kurulabilir⁵. TTK 607. maddede, söz konusu yükümlülüğün, kuruluş sözleşmesinde olmaması ve sonradan sözleşme değişikliğiyle yerine getirilmesi durumunda, ilgili tüm ortakların da oybirliğiyle karar vermesinin zorunlu olduğunu emretmektedir⁶.

Şirket sözleşmesinde öngörülerek Kanun'da da yer alan şartların sağlanması durumunda, ek ödeme yükümlülüğü, yükümlü olan ortaklara, sadece şirkete karşı nakden ödeme borcu yükler⁷. Böylece limited şirket, ticari olarak faaliyetlerini yürütebilmek ve ödeme dar boğazından çıkmada yeni bir imkana da kavuşmuş olmaktadır⁸. Ek ödeme yükümlülüğü, ortamın esas sermayesinin payına bağlı bir tutarla belirlenir. TTK m.603/f. 3'e

³ Erol Melih Uğraş, Introduction to Turkish Commercial Law (Güncellenmiş 5 th edn, Ankara 2024) 212 -213 Elif Özdoğan, Limited Şirketlerde Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü (Ankara 2023) 19; Şaban Kayıhan, Corporate Law (English Translation of 4 th edn, Ankara 2021) 246

⁴ Özdoğan (n 3) 19 ; Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku (7 th edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024) 339

⁵ Osman Karaköse, Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016) 17; Fernand Chappuis and Michel Jaccard, Commentaire Romand (Code Des Obligations-II), sous la direction de von Pierre TERCIER et Marc AMSTUTZ, Helbing Lichtenhahn (Verlag) (Basel 2012) 1575

⁶ Hasan Karakılıç, Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü (2014) 4 (2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 110; HG. Koppensteiner, F. Ruffler GmbH Gesetz Kommentar Wien:Lexis Nexis (2007) ARD ORAC, Rdnr.9

⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun limited şirketlere ilişkin "Kavram" başlıklı TTK 573'üncü maddenin gerekçesinde sisteme dair birinci değişiklik tek kişilik limited ortaklığın kurulmasına ve yaşamasına olanak tanınması olarak açıklanırken, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin açıkça Kanuna alınması da ikinci değişiklik olarak belirtilmiştir. Bkz. TTK, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846 m. 573 Gerekçesi, 215; Kayıhan (n 4) 339

⁸ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt II, 2 th edn, Ankara 2014) 2278, Nr. 248

göre, bu tutar, esas sermaye payı itibari değerinin 2 katını aşmamalıdır⁹. Gerekçede belirtildiği üzere¹⁰, ek ödeme yükümlülüğünde amaç, finansal olarak kötü durumda olup bilanço açığı olan şirkete destek olmaktır¹¹. Söz konusu yükümlülük ile sermaye artırımına gitmeden şirkete malvarlığı aktarılmasıyla beraber şirketin kredibilitesinin artması da sağlanmaktadır¹². Amaç yönünden ek ödeme yükümlülüğü, kişisel sorumlulukla benzerlik göstermekle beraber, kişisel sorumluluğun alacaklılara, yani, dışa dönük bir kurum olduğu, ek ödeme yükümlülüğünün ise ortaklıkla yükümlüler arasında olduğu, yani içe (iç ilişki niteliğinde) dönük bir kurum olduğu belirtilmektedir¹³.

Limited şirketlerde ortakların asli borcu esas sermaye payını ödemektir. Yan edim yükümlülüğü ise tali niteliktedir ve şirkete finansman sağlamayı amaçlamaz. Bu durum, yan edim yükümlülüğüyle ek ödeme yükümlülüğü arasında olan en temel farktır. Yan edim yükümlülüğünde, hizmet edilen işletme konusunun değiştirilmesi, gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi durumunda yükümlülük sona ermektedir. Zira, yan edim yükümlülüğünün temel amacı işletme konusuna hizmettir ve kural olarak tasfiyenin ve iflasın açılmasıyla ortadan kalkar¹⁴. Limited ortaklıklarda, yan edim yükümlülüğü, bir şeylerin teslimi, bir şeylerin yapılması ya da bir şeylerin kullandırılması şeklinde olabilir. Yan edim yükümlülükleri, sözleşmede esas unsurları oluşturmayan, sözleşmenin kurulmasında etkili olmayan edimlerdir¹⁵. TTK m. 606/f.1'de, yan edim yükümlülüğünde amacın, şirketin işletme konusuna hizmet olduğu, ifade edildiği halde, Kanun'un gerekçesinde yükümlülüğün kapsamı genişletilmiş ve yan edimin ayrıca, şirket ortaklarının birleşiminin korunmasında (sütün ya da meyvenin üreticilerine özgülenmiş olma şeklinde), şirketin diğer şirketlerin hakimiyetine girmemesi için hizmet edeceği de ifade edilmiştir. Söz

⁹ Kayıhan (n 4) 340; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku (9 th edn, Bursa 2013) 742

¹⁰ TTK, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846 m. 603 Gerekçesi

¹¹ Pulaşlı (n 8) 2278; Karaköse (n 5) 18

¹² Karakılıç (n 6) 115; Karaköse (n 5) 18

¹³ Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (Genişletilmiş 2 th edn, İstanbul 2012) 339, Nr. 18-12; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku (1 th edn, Ankara 2012) 659

¹⁴ Hediye Bahar Sayın, Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1) 26-28; Karakılıç (n 6) 110-112; Karaköse (n 5) 33

¹⁵ Chappuis ve Jaccard (n 5) 1588; Karaköse (n 5) 33-35

konusu kavramların birbiriyle bağlantılı olduğu yan edimin tümüne hizmet ettiği bir kurum olduğu ileri sürülmüştür¹⁶.

Bu çalışmada, limited şirketlerde ek ödeme ile yan edim yükümlülüğü kavramlarının tanımını yaparak, *ek ödeme ile yan edim kavramlarının yasal dayanaklarını ve hukuki niteliğini; amacı ve konusunu, temel özelliklerini ve şartlarını; ek ödeme yükümlülüğünün talep edilmesini, yan edim yükümlülüğünün talebine yetkili kişilerin ve yükümlülükte borçlunun; ek ödeme ile yan edimde yükümlülüğün ifa edilmesi ve edilmemesinin hukuki sonuçlarını* detaylı olarak ele aldık. Son bölümde ise ek ödeme ve yan edim yükümlülüğünün azaltılması veya kaldırılması konularından bahsettikten sonra sonuç kısmı ile çalışmamızı tamamladık.

I. LİMİTED ŞİRKETLERDE EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMLARI, YASAL DAYANAKLARI İLE HUKUKİ ÖZELLİKLERİ

A. EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMLARI

Ek ödeme yükümlülüğü, limited ortaklıklar hukukunda ortakların, şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmesi, TTK m. 603/f. 1'deki alternatif durumların gerçekleşmesi durumunda, esas sermaye pay bedelleri dışında nakdi ödemede bulunma yükümlülüğünü öngörmektedir¹⁷. Ek ödeme yükümlülüğü, limited şirket ortaklarının, sermayeyi artırmaksızın şirketi finanse eden ve yasal koşullar oluştuğunda kendilerine iade edilebilecek tutarları şirkete ödeme yükümlülüğüdür¹⁸. Ek ödeme yükümlülüğünde alternatif durumlar, şirketin esas sermayesiyle kanuni yedek akçelerinin toplamıyla şirketin zararının karşılanamadığı, şirketin söz konusu ek araçlar olmadan işlerine gerektiği şekilde devam etme imkanının olmadığı ve şirketin sözleşmesinde tanımlanmış öz kaynağa ihtiyaç olan bir durumun ortaya çıkmasıdır.

¹⁶ Nazlı Deniz Abban, Limited Ortaklıklarda Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü (Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019) 124-131

¹⁷ Karakılıç (n 6) 113; Martin Nuss Baum, Reto San Wald and Markus Scheldegger, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht, (Cosmos Verlag, Bern, 2007, Art. 795), Nr. 7; Rino Siffert / Marc Pascal Fischer and Martin Petrin, Stämpfli Handkommentar, GmbH-Recht, Stämpfli Verlag AG, (Bern, 2008, Art. 794) Nr. 5. 37; Bilgili ve Demirkapı (n 9) 408

¹⁸ Karakılıç (n 6) 115; Vladimir Marjanski, Obligation To Make Additional Payments In a Limited Liability Company (Collected Papers of the Faculty of Law in Novi Sad, University in Novi Sad, 2021, vol. LV, No. 3) pp. 869–895

Dolayısıyla, ek ödeme yükümlülüğünün, şirketin finansal açıdan iyileştirilmesi ile öz kaynak ihtiyaçlarına hizmet amacı taşıyan bir kurum olduğu belirtilmektedir¹⁹. Bu anlamda ek ödeme yükümlülüğünün münferit esas sermayenin bir payı için öngörülebilmesinin yanında bazı grupların payları veya tüm esas sermaye payları için öngörülebilir²⁰. 6102 sayılı TTK m. 604/f 2 uyarınca, ek ödeme yükümlülüğünün esas sermaye payının devri durumunda esas sermaye payının geçtiği halefince ifa edilmesi gerekmektedir. Söz konusu madde gereği, halef, ek ödeme yükümlülüğünü gerektiği ölçüde yerine getirdiğinde, ayrılan ortak borçtan kurtulur²¹. Yükümlülük, halef tarafından yerine getirilmediğinde, ayrılan ortağın sorumluluğu devam eder (TTK m.604, f. 2)²².

6102 sayılı TTK m. 603 ile, ortaklara, ortaklık sözleşmesiyle öngörülmesi koşuluyla yan edim yükümlülüğü getirilmesi olanağı tanınmıştır. Söz konusu maddeyle, limited şirketlere özgü bir eksiklik kanunlaşmıştır²³. Yan edim yükümlülüğü de, ortaklık sözleşmesinde düzenlenmesi kaydıyla (TTK m. 606, f. 1) payın sahiplerine sermaye koyma borcuyla ek ödeme yükümlülüklerinin dışında yüklenmiş olan yükümlülükler olduğu söylenebilir²⁴. Bir esas sermaye payına bağlı yan edim yükümlülüklerinin konusu, kapsamı, şartları ve diğer önemli hususlar şirket sözleşmesinde belirtilir (TTK m. 606, f. 2, c. 1). Detay gerektiren hususlar genel kurul düzenlemesine bırakılabilir (TTK m. 606, f. 2, c. 2) . Şirket sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bir karşılığı veya uygun bir karşılığı bulunmayan ancak öz kaynak ihtiyacını karşılamaya hizmet eden nakdi ve ayni edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne dair hükümlere tabidir (TTK m. 606, f. 3). Şirket sözleşmesini değiştirip, ek veya yan edim yükümlülükleri öngören veya mevcut yükümlülükleri artıran genel kurul kararları, ancak ilgili tüm ortakların oybirliğiyle alınabilir (TTK m. 607).

¹⁹ Demet Özdoğan, Limited Şirketlerde Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü (1 th edn, İstanbul 2024) 23-24; Karakılıç (n 6) 111

²⁰ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4 th edn, İstanbul 2015) (Sermaye) 579; Karakılıç (n 6) 110; Oruç Hami Şener, Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku (Ankara 2017) (Limited) 408

²¹ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 411

²² Kayıhan (n 4) 340

²³ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 747

²⁴ Tercier P, Pichonnaz P and Develioğlu M: ‘Borçlar Hukuku Genel Hükümler’ (1 th edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016)

B. EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE YASAL DAYANAKLAR

1. eTTK Açısından Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü

6762 sayılı eTTK'da, limited şirket ortakları bakımından esas sermayenin borcu dışında bir yükümlülük öngörülmemiştir²⁵. Ortaklar bakımından ek ödemeyle yan edim yükümlülüğü diye bir yükümlülük bulunmamaktaydı. Söz konusu durum, limited şirkette esas sermaye borcunun dışında bir yükümlülüğün, şirketin gelişimine engel olacağı fikrinden ileri gelmekteydi. Ayrıca, ek ödemede yükümlülüğü düzenlemiş olan 1936 yılındaki İsv. BK'nın m.784/f.3 hükmünce, öğretide, hukukumuzda da buna benzer bir düzenlemenin, bilançoda açıkların kapatılması amacıyla ve limited şirket sözleşmesiyle öngörülebileceği belirtilmekteydi²⁶. Ek ödeme yükümlülüğünde kapsam, bilanço açığının kapatılmasının gerekli oran ve miktarının ödenmesiyle sınırlı tutulmuştu²⁷. eTTK'da da, ek ödemelerin sadece bilanço açıkları söz konusu olduğunda açıkların kapatılmasında kullanılabileceği²⁸ belirtilmekte idi.

2. 6102 Sayılı TTK Açısından Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü

6102 sayılı TTK ile limited ortaklıkta ek ödemeyle yan edimin yükümlülüğüne dair hükümler düzenlenmiştir. TTK m. 603'de, ek ödeme yükümlülüğüyle ilişkili temel ilkeler yer almış, 1. 1. 2008'de yürürlüğe girmiş olan mehz İsv.BK'nın²⁹ üç maddesi de (OR Art.795, 795 a, 795 c)

²⁵ Pulaşlı (n 8) 2277

²⁶ Bu konuda daha önce yapılan tartışmalar bakımından Bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku (Güncelleştirilmiş 9 th edn 10 th edn, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005) Nr. 1 697

²⁷ Ertan Demirkapı ve Ali Haydar Yıldırım, İsviçre Borçlar Kanunu'nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2008, Cilt. XXIV, Sayı 3) 446

²⁸ Pulaşlı (n 8) 2277, Nr. 244 Ayrıca bkz. Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku (1 th edn, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007) 187- 188

²⁹ "Limited Şirket Hukuku ve Anonim, Kooperatif, Ticaret Sicili ve Ticari İşletme Hukukuna İntibaklar" adlı Kanun. Öte yandan İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (OR Art. 772-827) limited ortaklıklar hukukunda değişiklik öngören Tasarı 16.12.2005 tarihinde kabul edilmiş ve 6.4.2006 tarihine kadar referandum süresi tanınarak bu sürenin bitimin-den sonra 1.1.2008 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

bir araya toplanmıştır³⁰. Dolayısıyla, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini düzenleyen TTK'nın esas kaynağı İsv. BK'nın ilgili hükümleridir. Söz konusu hükümlerde, ortaklar, şirket sözleşmesiyle sorumlu oldukları sermaye koyma borçları dışında, ek ödemeyle de sorumlu tutulabilirler. Dolayısıyla ek ödemenin ortaklardan talebi için şirket sözleşmesinde bu bakımdan açıkça bir düzenleme olması gerekmektedir³¹. Öte yandan limited ortaklık sözleşmesinde öngörülen ek ödeme yükümlülüğü ilgili ortak³² veya ortaklardan, ancak Kanunda belirlenen hallerde istenebilir. Bu anlamda ek ödeme yükümlülüğü, yönetimin veya genel kurulun uygun gördüğü durumlarda talep edilecek bir yükümlülük değildir³³. Ek ödeme yükümlülüğü yükümlü ortağın esas sermaye payı esas alınmak suretiyle düzenlenebilir. Ek ödemenin, eşit işlem ilkesi korumasında ve ortağın esas sermayesinin iştirak payının oranı nispetinde olmaktadır³⁴. Söz konusu yükümlülük, *tüm ortaklığın payları için öngörülebilir veya bazı grupların paylarına bağlanabilmesi*³⁵ ya da *münferit bir sermayenin payı için de öngörülmesi mümkündür*³⁶. Ancak her durumda da hangi esas sermayenin payının ya da paylarının ne oranda ek ödemeyle yükümlendiğinin, şirket sözleşmesinde kolayca anlaşılacak şekilde düzenlenmiş olması gerekir³⁷.

C. EK ÖDEMEYLE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ortaklığa dair bir borç karakteri taşıması nedeniyle, ek ödeme yükümlülüğü, TTK m. 577 gereğince, *limited şirket sözleşmesiyle öngörülmesiyle mevcuttaki ile müstakbel bütün ortaklarca bağlayıcılık kazanma-*

³⁰ Mehaz İsv. BK'nın limited ortaklıklara ilişkin yeni hükümlerinde de esas sermaye borcu dışında ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri de ortakların hak ve borçları arasında sayılmıştır.

³¹ Tekinalp (n 13) 352, Nr. 19-13; Siffert, Fischer and Petrin, Art. 795D, Nr. 5. 37

³² Bkz. Tekinalp (n 13) 336, Nr. 18- 06

³³ ibid 398, Nr. 21- 86

³⁴ Sami Karahan, Şirketler Hukuku (2 th edn, Mimoza Yayınları, Konya 2015) 794; Schmidt K, 'Gesellschaftsrecht' (Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1627, 1991) 939

³⁵ Tekinalp (n 13) 367, Nr. 21-02

³⁶ ibid 367, Nr. 21-02

³⁷ ibid 397, Nr. 21-86; Lucas Handschin and Christof Truniger, Die neue GmbH, 2 . Aufl., Schulthess Verlag, (Zürich, 2006, § 17), Nr. 3; Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander and Stephan Wolf (Adrian Dörig and Matthias Glatthaar), (OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2009, Art. 795) Nr. 5

sını gerekli kılar³⁸. Ortağın iç ilişkideki sorumluluğunu genişletmesiyle ek ödeme yükümlülüğü, sınırlı sorumluluk ilkesine istisna teşkil eder³⁹. Ek ödeme yükümlülüğü, ortağın payına ait olmayıp esas sermayenin payına bağlı olması nedeniyle, ek ödemenin yükümlülüğünde pay, hukuki işlemle devredildiğinde yükümlülük de kural bakımından payı devralmış olan kişiye geçer. Ek ve yan ödeme yükümlülükleri, ortakların tümünü içerecek biçimde düzenlenmeli, rekabet yasağıyla şirketin sözleşmesinde de öngörülmesi, önerilmeye muhatap olmak, geri alım, ön alım ve alım hakları, ilgili senetlerde de açık bir şekilde belirtilmelidir. Uygulamada ise genel kural, limited şirkette payların senede bağlanmamasıdır⁴⁰. Sözleşmeden kaynaklanan borçların ilişkisinde de edimin yükümlülükleri, yan ve asli edim gibi bir ayırıma tabidir. Sözleşme tipi, özellikleri belirleyen, sözleşmede birinci derecede içeriği oluşturan edimler, asli edimlerdir. Yan edimin yükümlülüklerinden bağımsız olarak asli edimler, doğrudan ifasının dava edilebildiği yükümlülüklerdir. Sözleşme tipinin belirlenmediği yan edimler ise, sözleşmeyle gerçekleşmesi hedeflenen menfaatin teminine hizmet eden edimlerdir. Söz konusu edimler, tali vasfı taşırlar⁴¹. Şirket sözleşmesinden kaynaklandığı için, yan edim yükümlülüğüne, borçlar hukukunun sözleşmeleriyle ilgili düzenlemeler aynı şekilde uygulanamaz. İlgili hükümler, limited şirketin korporatif, norm sözleşmesinin yapısıyla uyduğu oranda uygulanabilir⁴². Şirket sözleşmesinden doğan yan edim yükümlülüğünün, ortaksal bir borç olduğu, sermayeyi koyma borcundan bağımsız olarak bir borç olduğu belirtilmektedir. Bundan dolayı sermaye koyma borcunun yerine getirilmesi durumunda da yan edim yükümlülüğünün devamı söz konusudur⁴³. Yan edim, sermaye koyma borcu yerine getirilmese de talep edilir. Dolayısıyla, yan edimin yükümlülüğü, sermaye

³⁸ Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. Baskı, İstanbul 2016) (Değişiklikler) 484

³⁹ Mustafa Erdem Can, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri (2011) XV (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-23, 15; Mustafa Yasan, Limited Şirkette Ortakların Genişletilmiş Hukuki Sorumluluğu (Ankara 2018) 524

⁴⁰ Şener (n 20) 269

⁴¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (21 th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2017) 32 vd.

⁴² Serhan Dinç, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri (2016) 81 (3) İzmir Barosu Dergisi 77; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku (Cilt. II, 13 th edn, İstanbul 2017) (Ortaklıklar) 96-97

⁴³ Yasan (n 39) 524

koyma borcunun yerini tutamaz ve niteliği bakımından sermaye koyma borcunu değişikliğe uğratamaz. Yan edim yükümlülüğün konusu, kapsamı, şartları genişletildiğinde ortağın yükümlülükleri de artar. Sermaye ile sorumluluk kuralından uzaklaşılması sonucunu doğurur⁴⁴. Doktrinde ifade edildiği üzere, *yan edim yükümlülüğü, esas sermaye payına bağlı olması gereği* " "tipik eşyaya bağlı bir borç" "niteliği taşıdığıdır⁴⁵.

II. EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI VE KONUSU

A. EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE AMAÇ

Ek ödeme yükümlülüğü, limited şirketin öz kaynak ihtiyacının giderilmesinde alternatif finansman sağlayan bir kurumdur. Aynı zamanda ek ödemeler ile şirket sermayesinin esnekliği sağlanarak uygulanması daha karışık ve zahmetli olan esas sermayenin artırımı yoluna girmeden, mali olarak bir değer ortaklığa aktarılmış olur⁴⁶. Ek ödeme yükümlülüğü ortaklığa nakdi ödemede bulunmak suretiyle yerine getirilir. Böylece, ticari işlerini sürdürebilmesi, ödeme zorluğundan çıkabilmesi için limited şirket, yeni bir imkana kavuşmuş olmaktadır⁴⁷. Şirkete mali açıdan güçlü olma imkanı sağlayan ek ödeme yükümlülüğü, aynı zamanda şirketin kredilerini ödeme yeterliliği bakımından bankalara teminat imkânı vererek, piyasada itibar ve kredibilitesinin artmasını sağlamaktadır⁴⁸. Ayrıca, ortaklık alacaklılarına karşı dolaylı bir koruma da sağlamış olmaktadır⁴⁹.

6102 sayılı TTK m. 606, f. 1 gereğince, yan edim yükümlülükleri de öngörülebilir. Söz konusu yükümlülüğün gerekçesinde, bu edimlerin, şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin (meselâ, süt veya meyve üreticilerine özgülünmüş olmak gibi) korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hakimiyeti altına girmemesine hizmet edeceği vurgulanmıştır⁵⁰.

⁴⁴ Can (n 39) 15

⁴⁵ Tekinalp (n 13) 581-582; Karakılıç (n 6) 111

⁴⁶ Karakılıç (n 6) 111; Kendigelen (n 38) 512; Tekinalp (n 13) 579; Şener (n 20) 406; Handschin and Truniger, 2006, § 17, Nr. 3; Kostkiewicz, Nobel, Schwander and Wolf (Dörig and Glatthaar), 2009, Art. 795, Nr. 2

⁴⁷ Yasan (n 39) 566; Bkz. m. 603 gerekçesi; Schwander and Wolf (Dörig and Glatthaar), 2009, Art. 795 Nr. 11; Siffert, Fischer and Petrin, 2008, 795D, Nr. 3

⁴⁸ Şener (n 20) 420; Karakılıç (n 6) 115

⁴⁹ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 741

⁵⁰ Bkz. 6102 sayılı TTK m. 606, f. 1 hükmünün gerekçesi.

B. EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN KONUSU

Ek ödeme yükümlülüğünde, şirkete karşı yalnızca nakden ödemede bulunmak yoluyla yerine getirilebilir⁵¹. Ortaklar da limited şirkete nakdi ya da ayni olarak sermaye getirebilirler, getirdikleri sermayenin türü önem taşımaz. TTK m.581'de, ortak için, *ayni sermaye bakımından getirebileceği malvarlıkları düzenlenmiştir*. TTK m. 581, f. 1 düzenlemesine göre, ayni sermaye olarak, üzerinde sınırlı ayni hak, haciz veya tedbir olmayan, nakdi olarak değerlendirilebilen, devrolunabilen ve fikri mülkiyet hakkı ile sanal ortamların, adların da olduğu malvarlığı unsurları dahil edilebilir.

TTK m. 576 uyarınca, şirketin işletme konusunun esas noktaları belirtilerek tanımlanmış olarak şirket sözleşmesinde olması gerekli ve zorunlu olan unsurlardan sayıldığı için şirketin işletme konusu değiştirilirse bu durum sözleşmenin değiştirilmesini gerektirir. Sözleşme değişikliğiyle ilgili genel kurulun kararı da önemlidir ve TTK m.621, f. 1, b'ye tabi olmaktadır. Söz konusu karar, “temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabilir”. Ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmiş olması veya gerçekleşmesi imkânsız olduğu durumlarda, yan edim yükümlülüğü de sonlanır. Şirketin işletme konusuyla ilgili değişikliğin diğer bir hali, şirketin tasfiye edildiği süreçtir. Tasfiyede şirketin amacı, "tasfiye amacı" durumuna dönüşmektedir. TTK m. 542, f.1, b. a'ya göre, tasfiyede, şirket ancak faal durumdayken başlanmış olan işler tamamlanabilmektedir. TTK m. 542, f.1, b'ye göre de, yeni işler, tasfiye açısından ancak çok gerekli durumlarda yapılabilir. Tasfiye açısından gerekli olan yeni işlerin olması durumunda bunlara dönük yan edimlerin de talebi söz konusu olabilir. Bir başka deyişle, tasfiye açısından gerekli olan yeni işlerin ortaya çıkması durumunda bunların gerçekleştirilmesine yönelik yan edimlerin de talebi olanaklıdır⁵².

Limited şirkette sermayenin korunma ilkesi doğrultusundaki başka bir düzenleme, TTK m.609'da düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, limited şirketlerde ortakların koyduğu esas sermayenin ve ek ödemelerin faizi işletilememektedir. Böylece ortaklığın, ek ödeme yükümlülüğü müessesini amacından saptırmaları tehlikesi önlenmiş olmaktadır⁵³. *Faiz yasağında*

⁵¹ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 741

⁵² Karakılıç (n 6) 115-116; Dinç (n 42) 356-357

⁵³ Karahan (n 34) 807; Guhl T, Koller A, Schnyder A and Druey J N, ‘Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts.’ (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2000), 1045 v.d., 825

istisna, hazırlık safhasındaki dönem faizidir. Kanun koyucu, yan edim yükümlülüğünü faiz yasağı kapsamına almamıştır. Bundan dolayı nakdi edim şeklinde olan yan edim yükümlülüğü ortak tarafından yerine getirildiği zaman ortağa faiz ödenebilir.

III. EK ÖDEMEYLE YAN EDİMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TEMEL NİTELİKLERİ

1. Esas Sermaye Payına Bağlılık

Ek ödemede yükümlülük, ortakların kendi şahsına bağlı olmayıp esas sermayenin payına bağlı olması nedeniyle ek ödeme yükümlülüğünde muhatap, yükümlülüğün bağlandığı esas sermayedeki payın malikidir⁵⁴. Dolayısıyla, TTK m.595'e uygun olarak esas sermaye payı devredilirse, başka hukuki bir işlem gerekmeden ek ödeme yükümlülüğü de yerine getirilmediği oranda esas sermaye payının yeni malikine geçer⁵⁵. Limited ortaklıkta, TTK m.593/f.2 gereği, esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde ya da nama yazılı olarak düzenlenebildiğinden şirket sözleşmesinde öngörülmüş olan ek ödeme yükümlülüğünün de ilgili olan pay senedinde açık bir şekilde belirtilmesi gerekir. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu, işlemin güvenliğini sağlama amacındadır⁵⁶.

2. Müteselsil Sorumluluğun Geçerliliğinin Olmaması Kuralı ve İstisnası

a. Müteselsil Sorumluluğun Geçerliliğinin Olmaması

6102 sayılı TTK m. 603, f.4 gereğince, her bir ortak sadece kendisinin esas sermayesinin payına düşen ek ödemesini yerine getirmek ile yükümlü olduğundan, ortakların esas sermayedeki paylarına düşmüş olan ek ödemeler dışında bir ödeme talebi söz konusu değildir. Ayrıca, her bir ortak kendinin esas sermayelerinin pay oranlarına bağlı olarak ek ödeme yükümlülüklerini bireysel bir borç olarak borçlanacağından, ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ortakların arasında müteselsil olarak bir sorumluluğun olması söz konusu değildir⁵⁷. Ortakların ek ödeme

⁵⁴ Karakılıç (n 6) 112; Şener (n 20) 409

⁵⁵ Şener (n 20) 409

⁵⁶ Tekinalp (n 13) 548

⁵⁷ Şener (n 20) 413; Yasan (n 39) 588

yükümlülükleri nedeniyle ortaya çıkabilecek olası açıkları kapatma borçları bulunmaz. Ek ödemesini yerine getirmeyen ortağın yerine diğer bir ortağa ödeme yapması talebi yönetilemez. Söz konusu düzenlemeyle, kurumun kötü amaçla kullanılması önlenerek azınlıkta olanların korunması hedeflenmektedir⁵⁸.

b. İstisna

Ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ortakların müteselsil sorumluluğunun bulunmaması kuralına TTK m. 599, f. 1'de getirilen istisna; esas sermaye payının birden çok ortağı bulunduğu, bu ortaklar ek ödeme yükümlülükleri dolayısıyla ortaklık karşısında müteselsil olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda, müteselsil olarak sorumluluk oluşması da ortak sıfatının bölünmezliğinin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayıdır ki, Kanunun gerçekte bir istisna öngördüğünden bahsedilemez. Esasen ek ödeme yükümlülüğü, bireysel borç doğurur⁵⁹.

B. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TEMEL ÖZELLİKLERİ

1. Yan Edim Yükümlülüğünün Esas Sermaye Payına Bağlı Olması Kuralı ve İstisnası

Yan edim yükümlülüğü esas sermaye payına bağlı, tali karakterde olan bir yükümlülük olup muhatabı da esas sermaye payının malikidir⁶⁰. Söz konusu yükümlülük, esas sermaye payının TTK m.595' deki düzenlemeye uygun bir şekilde devredilmesi durumunda, kural bakımından yükümlülük de pay devralmış olana geçer⁶¹. Bu durumda esas sermaye payının yeni maliki borcu üstlenmeyebilir. Yan edim yükümlülüğü kanunlaştırılarak, söz konusu yükümlülüklerin, ortaklığa ait bir özellik taşıması, bununla ilgili olarak ortaklıklar hukukunda öngörülen yaptırımların uygulanma alanı bulabilmesi amaçlanmıştır⁶². Yan edim yükümlülüğünde, edimlerle ortak kişisel nitelikleri arası bağ kurularak ortaklara şahsi özelliğe borçlar yüklenebilir. Böylece yan edim yükümlülüğü yalnızca ilişkili

⁵⁸ Kendigelen (n 38) 512; Tekinalp (n 13) 413; Mustafa Çeker, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku (8 th edn, 2014) ve Karahan (n 34) 866

⁵⁹ Şener (n 20) 414

⁶⁰ Tekinalp (n 13) 581-582; Karakılıç (n 6) 111

⁶¹ Şener (n 20) 450-451; Yasan (n 39) 616; Bilgili ve Demirkapı (n 9) 747; Ertan Demirkapı, Limited Ortaklıkta Payın Devri (Güncel Hukuk, İzmir, 2008) 450; A. H. Yıldırım, Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi (Bursa 2013) (Haklı Sebep) 297

⁶² Şener (n 20) 450

ortakların şahsında doğmuş olacaktır. Esas sermaye payının devri durumundaysa yükümlülüğün payı devralmış ortağa geçmez, sona erer⁶³. Söz konusu durum ise, yan edimde yükümlülüğünün paya bağlı özelliğine bir istisnadır⁶⁴.

2. Müteselsil sorumlulukta geçerlilik olmaması

Her bir ortak yalnızca kendinin esas sermayesinin payı oranında yan edim yükümlülüklerini gerçekleştirmekle yükümlüdür. Fakat, TTK m.599 /1 gereğince, esas sermayenin payının birden çok ortağa ait ise ortakların yan edim yükümlülükleri dolayısıyla şirkete karşı müteselsil olarak sorumludur.

IV. EK ÖDEMEYLE YAN EDİMDE YÜKÜMLÜLÜK ŞARTLARI

A. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ŞARTLARI

1. Ek Ödemede Yükümlülüğün Şirket Sözleşmesiyle Öngörülme Suretiyle Bağlayıcı Özellik Kazanması

Türk Ticaret Kanunu m. 603, f. 1 ve m. 577, f. 1, b-c'de açık bir şekilde belirtildiği üzere, ek ödeme yükümlülüğünün, şirket ve bütün ortaklar açısından bağlayıcı olması şirket sözleşmesiyle öngörülmüş olmasına bağlıdır⁶⁵. Ek ödeme yükümlülüğünün yalnızca şirket sözleşmesi ile geçerlilik kazanabilmesine dair düzenleme emredici bir nitelik taşımaktadır. Bundan dolayı ek ödemelerin, genel kurulun kararı ile öngörülmesi olanaksızdır⁶⁶.

a. Şirketin Kuruluş Sözleşmesiyle Öngörülmesi

Ek ödeme yükümlülüğü, kuruluşta ortaklık sözleşmesiyle öngörülmesi suretiyle geçerli olabilir⁶⁷. TTK m.575 gereği, kuruluşta sözleşme yazılı bir şekilde yapılmalıdır, kurucuların tümü Ticaret Sicil Müdürlü-

⁶³ Yıldırım (n 61) 298; Dinç (n 42) 109; Can (n 39)19; Yasan (n 39) 615; ibid 448

⁶⁴ Dinç (n 42) 109; Şener (n 20) 628

⁶⁵ Şener (n 20) 541; Ramazan Turan, Limited Şirkette Ortakların Ek Ödeme Yükümlülüğü (2021) (152) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 222

⁶⁶ Şener (n 20) 407

⁶⁷ Aslı Elif Gürbüz Usluel, Limited Şirketlerde Ek Ödeme Yükümlülüğü, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, (İstanbul 2019) 468; Dinç (n 42) 353

ğünde yetkili olan personel huzurunda imzalamalıdır⁶⁸. Bundan dolayı, ek ödeme yükümlülüğünün, kuruluş esnasında sözleşmede yer alıyor olması kurucuların tamamınca onaylanmış olduğu anlamına gelir⁶⁹. Kurucu ortakların, kuruluş sözleşmesinde özgür iradeleriyle aldıkları söz konusu karar, bu aşamadan itibaren payları devralacak ortaklar bakımından uymakla yükümlü bulundukları, zorlayıcı bir karar özelliği taşımaktadır⁷⁰.

b. Sonradan Öngörülme veya Mevcut Yükümlülüğün Artırılması

Ek ödeme yükümlülüğünde, sonradan öngörülme veya mevcut olan yükümlülüğün artırılmasında genel kurulun kararları, TTK m. 589'da yer alan yetersayılara ilave olarak, ancak ilgili olan bütün ortakların onayıyla alınabilir⁷¹. Bu tür sözleşme değişiklikleri halinde TTK m. 589, f. 2'de belirtildiği gibi tescil ve ilan yapılması gerekir⁷². *Öğretideki genel kabul, ek ödemelerde tüm esas sermaye paylarında olduğu gibi münferit diğer paylar için de öngörülmesi yönündedir*⁷³. Ayrıca, ek ödemeleri her bir ortağın farklı meblağlarda belirleyebileceği belirtilmiştir⁷⁴. Ayrıca, ek ödemelerin, bazı grup paylarına bağlanması da olanaklıdır⁷⁵. *Öğretideki başka bir görüş, TTK m.607'nin gerekçesinde eşit işlem ilkesinden sapılabileceğinin belirtilmesiyle TTK m..603, f. 4 gereği, ortak olanların yalnızca kendilerinin esas sermaye paylarına düşen ek ödemeyi yapmakla yükümlü olmaları eşit işlemin kuralının geçerli olmasının göstergesidir*⁷⁶. Buna göre, ek ödeme yükümlülüğü, yan edim yükümlülüğünden farklı olarak kişiye bağlı olan borç doğurmamasının, söz konusu borçla ilgili tek ölçütün esas sermaye payına yüklenmiş olması, ek ödeme yükümlülüğünde muhatap tespit edilirken ayırım yapılmasına engel oluşturmaktadır⁷⁷.

⁶⁸ 7099 sayılı Kanun m. 24 ile yapılan değişiklik sonucunda TTK m. 575, f. 1/I'de yer alan "kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya şirket sözleşmesinin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı" ibaresi "kurucular tarafından ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin" şeklinde değiştirilmiştir.

⁶⁹ Soner Altaş, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler (Açıklamalı- İçtihatlı - Örnekli) (8 th edn, 2017) (Limited) 174

⁷⁰ Turan (n 65) 222

⁷¹ Şener (n 20) 408; Yasan (n 39) 594; Dinç (n 42) 356

⁷² Turan (n 65) 222

⁷³ Tekinalp (n 13) 579; Şener (n 20) 408; Gürbüz Usluel (n 67) 469; Karakılıç (n 6) 108; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (16 th edn, Beta Yayınları, İstanbul, 2022) 471

⁷⁴ Şener (n 20) 408

⁷⁵ Tekinalp (n 13) 579; Çeker (n 58) 421; Karakılıç (n 6) 110

⁷⁶ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 743

⁷⁷ Yasan (n 39) 575

2. Ek Ödeme Yükümlülüğünün Şirket Sözleşmesinde Düzenleniş Şekli

Şirket sözleşmesinde kural olarak ek ödeme yükümlülüğü, daima şirket tüzel kişiliğiyle ilişkili olarak düzenlenmelidir⁷⁸. Zira, ek ödeme yükümlülüğü kaynaklı istisnai olarak sorumluluk, şirketin iç ilişkisiyle ilgilidir. Bundan dolayı üçüncü kişilerin yararına ek ödemelerin öngörül-müş olduğu şirket sözleşmesi maddesi hükümsüzdür⁷⁹. Şirketin sözleşme-sinde ek ödeme yükümlülüğü talebinin hangi durumda yapılacağı belirtil-melidir. Limited ortaklık, ancak belli koşulların gerçekleşmesi durumunda ek ödeme yükümlülüğünün ifasını ortaktan talep edebilecektir. Ek ödeme yükümlülüğü talebinin koşulları TTK m.603, f.1 hükmünde üç bent olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hallerin ilki, şirketin esas sermayesi ile kanuni yedek akçelerinin toplamının şirketin zararını karşılayamamasıdır. İkinci şart, ek ödeme yükümlülükleri olmadan, şirketin işlerine gerektiği şekilde devam etmesinin imkânsız olması, üçüncü şart da, şirketin sözleşmesinde tanımı yapılmış, öz kaynak ihtiyacını doğuran başka durumun gerçekleş-mesidir (TTK m.603,f.1,b.-c)⁸⁰. Burada amaçlanan hukuki güvenlik ve şeffaflığın sağlanmasıdır. TTK m. 603 , f.1'de her ne kadar ek ödeme tale-bi üç başlık halinde belirtilse de özel olarak b ve c bentlerinde yer alan hususlar esnek olup, şirket sözleşmesiyle içeriklerinin genişletilmesi de mümkündür. Maddenin gerekçesinde, mehaz İsv. Tasarısına benzeyen bir şekilde gerekçeye yollama yapılarak, durum vurgulanmıştır⁸¹. Ek ödeme yükümlülüğünün paya bağlı özelliği gereği, ek ödeme yükümlülüğünde, sözleşmenin düzenlenmesinde ortağın sadece esas sermayedeki payı esas alınabilmektedir. Şirket sözleşmesi ile ek ödemenin hangi pay için özgü-lendiğinin belirtilmesi yeterli olup payın malikinin de ismen ifade edilmesi gerekmemektedir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.99, f.1'e göre, ek öde-meler yalnızca Ülkenin parası esas alınarak belirlenebilir. Bahsedilen mik-tar üst sınır olduğundan dolayı, yabancı başka para üzerinden belirlene-mez. Zira, gerçekleşebilecek olası kur dalgalanmaları, üst sınırı ihlal ede-

⁷⁸ Demirkapı (n 61) 452

⁷⁹ Yasan (n 39) 525

⁸⁰ Bahtiyar (n 73) 458; Tekinalp (n 13) N. 21- 89; Chappuis and Jaccard 1580; Siffert, Fischer and Petrin, 2008, Art. 795 a, Nr. 6; Handschin and Truniger, 2006 (n 46) § 17, Nr. 18

⁸¹ Bkz. Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13/1/2011, RG: 14. 2. 2011 / 27846 Gerekçe m. 603, 221

bilir. Söz konusu tutara ilişkin olarak azami sınır, primli paylarda da geçerliliği olmaktadır⁸².

3. Ek Ödeme Yükümlülüğünde Sözleşme Hükümlerinin Tescili ve İlanı

Tescil edilen konuların, TTK m.36, f. 1 gereği, üçüncü kişilere etkisi ilan edilen günü izleyen iş günü itibariyle geçerlidir. Bu konuların birden fazla kısım olarak ilanı yapılıyorsa ilanda son kısmın yayımlandığı günü takiben ilk işgünü esas olarak alınır. Dolayısıyla limited şirket sözleşmesinin TTSG'de ilanı ile ek ödeme yükümlülüğünün üçüncü kişiler üzerindeki hukuki etkisi, ilanı izleyen iş günü itibariyle doğar. Bugünler, ilanı takiben başlayacak olan süreler için başlangıç olur. Fakat, TTK m.36, f.1 sözleşme konusunu teşkil eden bütün hususlarda uygulanmaz. Zira, TTK m.587, f.1 gereğince, TTK m.36, f.1 yalnızca hükmün (a ile k bentleri arasında) yer almış olan içeriklerde uygulanır. Bunlardan birisi de j bendindeki şirket sözleşmesinde öngörülmüş olan ek ödemeyle yan edim yükümlülükleridir⁸³.

B. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ŞARTLARI

1. Yan Edim Yükümlülüğünün Şirket Sözleşmesiyle Öngörülme Suretiyle Bağlayıcı Özellik Kazanması

Yan edim yükümlülüğü, TTK m.577, f. 1, b. -d gereğince, şirket sözleşmesinde öngörülerek mevcut ve müstakbel bütün ortaklar bakımından bağlayıcılık kazanır⁸⁴. Tescil edilmiş olan şirket sözleşmesinde içeriği oluşturan yan edim yükümlülüğünün herkesçe bilindiği kabul edilmiş olur (TTK m. 36, f. 3). Bundan sonra, üçüncü kişiler de yan edim yükümlülüğünü bilmediklerine dair iddia da bulunamazlar. Yan edim yükümlülüğünün muhatabı, konusu ile başka hususlar belirlenirken eşitlik ilkesi geçerli bir ilke olmamaktadır. Buna göre, yan edim yükümlülüğü, tüm esas sermaye payları için aynı ya da birbirlerinden farklı olarak belirlenebilirken, yalnızca tek bir esas sermaye payı için de yan edim yükümlülüğünün belirlenmesi olanağı vardır. Bazı grup paylar için de yan edim yükümlülüğü öngörülebilir. Sözleşme değişikliğiyle sonradan getirilen yan edim yüküm-

⁸² Karakılıç (n 6) 117; Şener (n 20) 409-412

⁸³ Ticaret sicilinin etkileri hususunda ayrıntılı olarak bkz. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (14 th edn, İstanbul 2012) 375; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku (12 th edn, İstanbul 2012) (İşletme) 172 vd; Karakılıç (n 6) 115

⁸⁴ Kendigelen (n 38) 484

lülüğünde genel kurul kararı, ilgili olan bütün ortakların onaylamasıyla alınabilir⁸⁵.

2. Yan Edim Yükümlülüğünün Şirket Sözleşmesinde Düzenleniş Şekli

Kanun, ek ödemede yükümlülüğe göre sermayenin yapısından daha uzak olan, ortağın şahsı ile daha çok ilişkili yan edimin yükümlülüğüyle ilişkili subjektif olan düzenlemelerin şirket sözleşmesi ile yapılabilmesine imkânı vermektedir. TTK m.606, f. 2 gereğince, yan edim yükümlülüğü konu, kapsam, şartlar ve başka önemli hususlar bakımından şirket sözleşmesinde düzenlenmiş olmalıdır. Ek ödeme yükümlülüğünün şirket sözleşmesiyle öngörülmesi gerekli konuların kapsamı daha az olarak belirlenmişken, yan edimin yükümlülüğündeki kapsam ise, özellikle de "diğer önemli hususlar" ifadesi ile daha da geniş olarak düzenlenmesine imkan tanınmıştır. Bu şekilde yan edim yükümlülüğüyle ilişkili hukuki rejim şirket sözleşmesi yoluyla ayrıntılı, esnek bir şekilde belirlenebilecektir⁸⁶. Fakat yükümlülükle ilişkili hususların şirket sözleşmesinde şüpheyi yer vermeksizin açıkça belirli olacak şekilde gösterilmesi zorunludur. Burada amaç, yan edimin yükümlülüğünü somutlaştırarak belirsizliği önlemektir⁸⁷. Söz konusu hususlar, sözleşmede hiç veya yeterli bir açıklıkta öngörülmemiş ise yan edimde yükümlülüğü de geçerli hâle gelemeyecektir. Dolayısıyla da böyle belirsizlik içeren bir ihtimalde ortaklardan sözü edilen edimi ifa etmeleri talep edilemez⁸⁸. Yan edim yükümlülüğü, TBK m. 27 hükmü çerçevesinde kanuna, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bakımından aykırı veya konusu imkânsız olacak bir şekilde belirlenemez. Aksi takdirde, ilgili şirket sözleşme maddesi mutlak butlan ile batıl olacaktır. Şirket sözleşmesinde yan edimin yükümlülüğüyle ilişkili temel konular belirlenip daha sonra detaylar genel kurulun düzenlemesiyle ortaya konulabilir (TTK m.606, f. 2). TTK m.616, f.2, b. d'ye göre, şirket sözleşmesiyle öngörülmesi koşuluyla yan edim yükümlülüklerine dair iç yönerge düzenlemek genel kurulun devredilemeyen yetkilerinden biridir. Yan edim yükümlülüğü, şirket sözleşmesinde daima şirket tüzel kişiliğine uygun düzenlenmelidir⁸⁹.

⁸⁵ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 747; Şener (n 20) 450; Yasan (n 39) 616; Dinç (n 42) 85; Çeker (n 58) 421; Can (n 39) 18; Pulaşlı (n 8) 2283

⁸⁶ Yasan (n 39) 619

⁸⁷ Dinç (n 42) 94; ibid 618; Yıldız (n 28) 192; Pulaşlı (n 8) 2283

⁸⁸ Şener (n 20) 452

⁸⁹ Abban (n 16) 118-120

3. Karşı Edim Belirlenmesi Zarureti

Türk Ticaret Kanunu m.606, f.3 gereğince, şirket sözleşmesinde açık bir şekilde karşılığı ya da münasip karşılığı olmayan öz kaynak gereksinimini karşılayan nakdi ve ayni edim yükümlülükleri, ek ödeme yükümlülüğüne dair hükümlere tabi kılınmıştır. TTK m.606, f. 3 uyarınca, kanun koyucu, yan edim yükümlülüğünü, ek ödeme yükümlülüğüne dair hükümlere tabi kılabilmek için iki koşul aramaktadır. İlki, yan edimin açıkça veya uygun olarak karşılığının olmamasıdır. İkincisi de yan edimin öz kaynak gereksinimini gidermeye hizmet etmesidir. Kanunun aramış olduğu iki unsur da birbirinden bağımsız unsurdur⁹⁰. Söz konusu düzenleme, işlev bakımından ek ödemelerle eşdeğer olan yan edimleri, ek ödeme yükümlülüğüne dair ilkelere tabi tutmaktadır⁹¹. Yan edim yükümlülüğü, ortakla şirket arasında "tam iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme" ilişkisini kurar. Örneğin, yan edim yükümlülüğü olarak, alım-satım, kira, vekalet, hizmet sözleşmeleri de öngörülebilir. Fakat, bu konuda vekalet sözleşmeleri özellik taşır. Vekalet sözleşmeleri, tam olarak iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme şeklinde kurulabileceği gibi "eksik iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme" olarak da kurulabilir⁹². Sonuçta, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliği barındırmayan sözleşmeler, yan edim yükümlülüğü şeklinde düzenlenemez. Yan edim yükümlülüğü mukabilinde gerçekleştirilecek ödemeler de sermaye iadesi özelliği taşımaz⁹³.

C. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Kollektif şirketteki ek ödemelerle limited şirketteki ek ödeme yükümlülüğü arasında ortakların iç ilişkide mesuliyetlerini arttıran nakdi bir edim olması nedeniyle benzerlik kurulabilir. Ancak, kollektif şirkette ek ödemeye başvurma imkânı, tasfiye süreciyle ve tasfiyenin nihayete erdirilmesi maksadıyla sınırlı olmaktadır. Limited şirketteki ek ödeme yükümlülüğü, tasfiye süreciyle de sınırlı olmadan Kanun ile öngörülmüş olan koşulların gerçekleşmiş olduğu durumlarda, şirkete finansman temin etmek maksadıyla talep edilebilir. Söz konusu durum, kurumlar arası temel bir farkı oluşturur⁹⁴. Komandit ve kollektif şirkette ortakların ek ödeme

⁹⁰ Şener (n 20) 455-456

⁹¹ Karakılıç (n 6) 112; Tekinalp (n 13) 582

⁹² M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt. I, 16 th edn, İstanbul 2018)332

⁹³ Dinç (n 42) 93; Can (n 39) 19; Çeker (n 58) 422; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 26) 96

⁹⁴ Yasan (n 39) 538

nedeniyle sorumluluğu ise, ödemedikleri sermayeyi koyma borçlarıyla, çekmiş oldukları avansların şirket hesabına tahsili, ifa edilmeyen paralar ve bunların faizleriyle sınırlandırılmıştır. Bundan dolayı, ortaklar sermaye koyma borçlarını tamamen ödemiş iseler, ortakların oybirliğiyle alacakları karar olmaksızın hiçbir ortağın sermayesinden azalan kısmını tamamlamaya zorlanamayacağı için tasfiye yapacak memurlar, TTK m.298 çerçevesinde ortakları söz konusu sınırları aşmak suretiyle ödemeye zorlayamaz⁹⁵. Kollektif şirkette ek ödeme doğrudan doğruya Kanun'dan kaynaklandığı için geçerlilikleri için şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerekmez⁹⁶. Buna karşılık limited şirkette ek ödeme yükümlülüğünün geçerliliği için temel koşul, yukarıda da açıkladığımız üzere, bu hususun açıkça şirket sözleşmesinde öngörülmesidir. Diğer taraftan kooperatifler ve limited şirketlerde ek ödemeler, kuruluş sözleşmesiyle baştan itibaren geçerlilik kazanabileceği gibi, sözleşme değişikliğiyle de geçerlilik kazanabilmektedir. Kooperatiflerde, ek ödemede yükümlülüğünün daha sonra öngörülmesi veya mevcuttaki yükümlülük artışına dair genel kurulun kararları tüm ortakların 3/4 oranında onayı ile karara bağlanabilir [Kooperatifler Kanunu (KoopK) m. 52, f. 1). Fakat kanun koyucu, ortağa iradesine karşı alınan kararlara uymak mecburiyeti getirmemiş, menfaatlerinin dengesine uygun olarak ortağa ortaklıktan ayrılma hakkı tanımıştır (KoopK m. 52, f. 3)⁹⁷. Limited şirketteyse ek ödeme yükümlülüğünün sonradan öngörülmesi veya mevcutta yükümlülüğü artıran kararlar ilgili ortaklarca oybirliğiyle alınabilir. Bir kez daha belirtmek gerekirse, limited şirkette ek ödeme talebi için TTK m.603/f.1'de öngörülmüş olan alternatif durumların mevcudiyeti aranır. Alternatif haller, şirket esas sermayesiyle kanuni yedek akçelerin toplamının şirket zararını karşılayamaması, şirketin ek araçları olmadan faaliyetlerine gereği gibi devam etmesinin mümkün olmayışı, şirket sözleşmesinde tanımlanmış olan öz kaynak gereksinimi doğuran başka bir durumun gerçekleşmesidir. Kooperatiflerde ek ödemeler, sınırlı veya sınırsız bir şekilde belirlenebilmektedir (KoopK m. 31, f. 1). Şayet ek ödeme sınırsız bir şekilde belirlenirse ortak da bilanço açığı nedeniyle şirkete karşı tüm malvarlığıyla sorumlu tutulmaktadır. Fakat uygulamada böyle bir sınırsız sorumluluk hali durumuna rastlanılmamaktadır⁹⁸. *Dolayısıyla kooperatiflerde ek ödemeler konusunda, belirli miktarla ve iş hacmiyle ya*

⁹⁵ Şener (n 20) 272-273

⁹⁶ Yasan (n 39) 537

⁹⁷ Mustafa Erdem Can, Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 84

⁹⁸ Ahmet Kurtulan, Kooperatifler Kanunu ve Uygulaması (5 th edn, Ankara 2007) 273

da paylar ile orantılı bir şekilde sınırlandırma yapılabilir (KoopK m. 31, f. 1). Limited şirkette ek ödeme yükümlülüğü ile ilişkili olarak sınırlama TTK m.603, f.3 ile belirlenmiştir. Ek ödeme miktarı, bağlı olan esas sermaye payının nominal değerinin iki katını aşmamaktadır. Limited şirkette de kooperatiflerde de ek ödemelerde ifa için talep etmeye yetkili olan organlar da kural bakımından şirketlerin yönetim ile temsil organlarıdır. Kooperatiflerde ise ifayı talebe yönetim kurulu yetkilidir⁹⁹. Limited şirkette ek ödeme ifasını talep etme ile ilgili yetki ise müdürlerdedir. KoopK'da ek ödemenin iadesi ile ilişkili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Limited şirkette ise, ifası gerçekleşmiş ek ödemelerin kısmi olarak veya tamamen iade edilebileceği TTK m. 605'te öngörülmüştür. Ancak bunun için, ek ödemeye ilişkin tutarın, serbestçe kullanılabilecek yedek akçelerle fonlar yoluyla karşılanabilir olması gerekmektedir.

D. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Yan edim yükümlülüğü, şirket sözleşmesiyle öngörülerek bağlayıcılık kazanan ortağa ait bir borçtur (TTK m.577, f.1, b.-d). Söz konusu yükümlülük, şirkete finansman sağlamak amacı taşımadan, şirketin işletmeyle ilgili konusunun gerçekleşmesini sağlar¹⁰⁰. Sermaye koyma borcu, şirket sözleşmesiyle öngörüldüğü gibi, nakden, aynı bir alacak takası veya sermayenin artırımında olduğu gibi serbest kullanılabilecek öz kaynaklarla esas sermaye dönüşümü yollarıyla da ifa edilebilir (TTK m.583 /f.5). TTK m.581 gereği, *"hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ile vadesi henüz gelmemiş olan alacaklar sermaye olamaz"*. Bu kural, limited şirketin sermaye şirketi olması ile doğrudan doğruya bağlantılıdır. Kanun koyucu da parasal olarak değeri kesin bir şekilde belirlenemeyen değerlerin sermaye adı altında getirilmesini engellemiştir¹⁰¹. Yan edim yükümlülüğü, sermayede bir bölümü oluşturmadığından sermayenin korunma ilkesi doğrultusundaki hükümlere tabi değildir. Sermayenin iade yasağı gereği, ifası gerçekleşmiş esas sermayenin pay bedellerinin de esas sermaye azaltılması dışında ortaklara iadesi yapılamaz. Yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucu ortağa bir karşılığı ödenir. Söz konusu ödemenin sermayeden yapılan iadeymiş gibi kabulü söz konusu olmaz¹⁰².

⁹⁹ Altaş (n 69) 479

¹⁰⁰ Şener (n 20) 448; Yasan (n 39) 614

¹⁰¹ Şener (n 20) 118; Bahtiyar (n 73) 21

¹⁰² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 26) 96; Çeker (n 58) 422

Yan edim yükümlülüğüyle ek ödeme yükümlülüğü, ortağın iç ilişkisindeki sorumluluklarının genişletilmesiyle şirketin kişisel niteliklerini öne almaları gereği benzer özellikler taşıyan kurumlardır. Yalnız kurumlar arasında konu ile amaç olarak temel bazı farklar söz konusudur¹⁰³.

V. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TALEBİ VE TALEP ETMEYE YETKİLİ OLAN KİŞİLER

A. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TALEBİ

Türk Ticaret Kanunu m.603, f.1'de ek ödeme yükümlülüğünün istisnai niteliği gözetilerek sınırlı sayıdaki hallerde (numerus clausus) düzenlenmiştir. Bundan dolayı ek ödeme yükümlülüğü, özel olarak ihtiyati bir fon gibi kullanılamaz¹⁰⁴. *Ek ödeme yükümlülüğünde temel amaç, bilanço-daki açıkları kapatmaktır*¹⁰⁵ ve bilanço limited şirketin finansal durumunun tespiti için zorunludur. Limited şirketin hakları, borçları ve yükümlülükleri gibi durumları bilanço ile belirginleşir¹⁰⁶. Şirketin sermayesinin kaybı, kural bakımından usule uygun olarak düzenlenmiş son yıl bilançosundan tespit edilebilmektedir (TTK m.376, f. 1)¹⁰⁷. Söz konusu bilançolara göre ek ödeme talebi için, bilançonun usulüne uygun olarak düzenlenerek genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir¹⁰⁸. Bilanço çıkarılmaksızın ticari defterlere göre ek ödeme talebi mümkün değildir¹⁰⁹. TTK m.603, f.1, b.-a'da öngörülmüş olan kanuni yedek akçeler kapsamına, genel kanuni yedek akçeler (TTK m.519, f. 1, 2) ile şirketin edindiği kendisinin payları için ayrılmış olan yedek akçeler (TTK m. 520) girer. 6102 sayılı TTK'ya, gizli yedek akçeler dâhil edilmemiştir. Kanun koyucu, gizli yedek akçelerin ayrılmasına izni vermese de aktiflerin, bilanço günündeki kıymetlerinin aşağısında bir kıymetle yer alması suretiyle gizli yedek akçeler ayrılabilir¹¹⁰.

Türk Ticaret Kanunu m. 603, f.1, b. b'de öngörülmüş olan ek ödeme yükümlülüğünde taleplerden bir diğeri, "şirketin bu ek araçları olmadan

¹⁰³ Sayın (n 14) 27-28

¹⁰⁴ Şener (n 20) 422

¹⁰⁵ Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeler (İstanbul 1979) (Bilanço) 3; Pulaşlı (n 8) 2278; Guhl, Koller, Schnyder and Druey, 1045 v.d. (n 53) 825

¹⁰⁶ Pulaşlı (n 8) 2278; Guhl, Koller, Schnyder and Druey, 1045 v.d. (n 53) 825

¹⁰⁷ Karakılıç (n 6) 119; Tekinalp (n 13) 580; Şener (n 20) 418; Yasan (n 39) 577

¹⁰⁸ Şener (n 20) 418

¹⁰⁹ Tekinalp (n 13) 580

¹¹⁰ Şener (n 20) 418

işlerini gereği gibi devam ettirmesinin mümkün olmadığı" halidir. Ek ödemelerin söz konusu hükme dayanarak talebi için şirketin likidite güçlüğüünün olması gerekmektedir¹¹¹. TTK m.603, f.1, b. a'da amaç, ek ödeme yükümlülüğünde iyileştirme önlemi özelliği ön plana çıkarken, TTK m.603, f.1, b. b' de ise amaç, ek ödeme yükümlülüğünde limited şirketin finans bakımından planlanmasının bir unsuru özelliği taşımaktadır. Ek ödemeler, şirketin kredi ödemede yeterlilik kazanmasına ve bankalara güvence vererek şirketin piyasada kredibilitésini arttırmasını temin eder¹¹².

Türk Ticaret Kanunu m.603, f.1, b.- c uyarınca, "şirket sözleşmesiyle tanımlanmış olan ve öz kaynak gereksinimi doğuran başka halin gerçekleşmiş olması" ek ödeme talebinin bir diğer alternatif halidir. Söz konusu düzenleme, şirket sözleşmesini düzenleyen iradeye öz kaynak gereksiniminin doğurduğu hallerin belirlenmesi konusunda geniş bir hareket imkânı tanır. Bu durum ek ödeme yükümlülüğünün istisnai özelliğine uygun değildir¹¹³. Bu sebeple, söz konusu takdir yetkisi kurumun istisnai özelliği dikkate alınarak sınırlı bir şekilde kullanılmalıdır¹¹⁴. TTK m.603, f.1, b. - c'ye göre, ek ödeme yükümlülüğünün talebi için Kanun iki koşulun varlığını, birlikte aramaktadır. Bunların ilki, öz kaynak gereksinimi doğuran halin oluşmasıdır. Öz kaynak gereksinimi doğuran bir halin gerçekleştiği ya da gerçekleşmediği, şirketin işletme konusunun kapsamında yapılacak objektif olarak bir değerlendirmeye belirlenmelidir¹¹⁵. İkinci koşul, öz kaynak gereksinimi doğurmuş olan halin şirket sözleşmesiyle ek ödeme yükümlülüğü talebi nedeni olarak ifade edilmesidir. TTK m.603, f.1, b. -c ise, ek ödemenin bilanço açıklarını kapama amacı ile sınırlı tutulmadığını vurgulamış olan bir düzenleme özelliği göstermektedir.

B. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE TALEBE YETKİLİ OLAN KİŞİLER

6102 sayılı TTK. m. 603, f. 1'in şartları gerçekleşmişse, ek ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesini talep yetkisi kural bakımından müdür / müdürlere aittir (TTK m. 603, f.5)¹¹⁶. Limited şirkette yönetim orga-

¹¹¹ Karakılıç (n 6) 119; ibid 419

¹¹² Karakılıç (n 6) 115; Şener (n 20) 420

¹¹³ Yasan (n 39) 579

¹¹⁴ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 742

¹¹⁵ Karakılıç (n 6) 121

¹¹⁶ Kayihan (n 4) 340; Schmidt (n 34) 862; Bkz. Siffert R, Fischer M P and Petrin M, 'Stämpfli's Handkommentar' (GmbH-Recht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008) Art. 795 D Nr. 5. 37

nı bir müdür ya da birden fazla müdürün oluşturduğu müdürlerin kurulu-
dur. Müdürler kurulu olması durumunda, aksi şirket sözleşmesiyle öngö-
rülmediği sürece ödemelerin talebi yetki olarak kurul tarafından kullanıl-
abilecektir. Ek ödemeler, müdürlerin dışında başka şirket ilgilileri veya
başka şirket organınca talep edilemez¹¹⁷. Ek ödeme talep yetkisi doğrudan
müdürlere tanınmış olduğundan bu husus için ayrıca genel kurulun onayı
aranmamaktadır¹¹⁸. Müdürler, ek ödemelerin talebinde şirket sözleşmesi-
yle öngörülmüş ilkelere bağlı olmakla yükümlüdür¹¹⁹. Müdür/ Müdürler
ancak öz kaynak gereksinimi diğer kaynaklarca sağlanamadığı durumlarda
TTK m.603, f.1, b.- c'ye göre ek ödeme talebinde bulunabilirler. Bu da
"hakların sakınılarak kullanılma ilkesi" gereğidir¹²⁰. Şirket sözleşmesinde
talebe dair ilkeler öngörülmemiş ise müdürler, eşit işlem kuralına uygun
olarak ek ödemelerin talebini yapmalıdır¹²¹. *Eşit işlemin kuralı gereği, ek
ödemelerin ortaklardan aynı zamanda, sermaye paylarının birbiriyle ora-
nına uygun olarak talep edilmelidir*¹²². Müdürlerin ek ödemeler talebi hu-
kuki güvenlikle, açıklık ilkeleri uyarınca yazılı biçimde yapılmalıdır¹²³.
Talepte şirket sözleşmesiyle öngörülecek ek ödeme talebinin nedeni, orta-
ğın sorumlu olduğu ek ödeme tutarı, ek ödeme ifasının gerçekleştirilme-
mesi halinde uygulanacak müeyyidelere yer verilmelidir. Müdürler, ayrıca
ortaklarca ek ödemeleri yapmaları konusunda uygun bir süre tanımalı-
dır¹²⁴. Talep edilme koşulları gerçekleşmemiş ek ödemelerin talebi duru-
munda müdürlerin söz konusu kararı butlan müeyyidesine tabidir. Butlan
müeyyidesi yalnızca ek ödemelerin haksız yere talebi halinde değil, tutarın
yanlış talebiyle eşit işlem ilkesinin aykırılığı durumlarında da söz konusu-
dur¹²⁵. Ek ödemelerin, ortaklardan fazla miktarda veya haksız biçimde
tahsili halinde müdürler hukuki olarak sorumlu olurlar (TTK. m.553, f.1,

¹¹⁷ Yasan (n 39) 585; Karakılıç (n 6) 122; Sanwald N M and Hefti MR, 'Kurzkommentar
zum neuen GmbHRecht' (Cosmos Verlag, Bern, 2007) Art. 795 Nr. 7; Schmidt (n 34)
939; Guhl, 1045 v.d. (n 53), § 75 Nr. 26; Karahan (n 34) 794

¹¹⁸ Altaş (n 69) 51

¹¹⁹ Gürbüz Usluel (n 67) 474; Şener (n 20) 424

¹²⁰ Şener (n 20) 422

¹²¹ Tekinalp (n 13) 581; Gürbüz Usluel (n 67) 474

¹²² Şener (n 20) 424- 425

¹²³ Karakılıç (n 6) 126

¹²⁴ Şener (n 20) 706; ibid 126

¹²⁵ Şener (n 20) 738

m. 644, f.1, b. -a). Ortaklarca açılacak sorumluluk davalarının davalısı müdürlerdir¹²⁶.

Türk Ticaret Kanunu m.636, f. 2 gereği, limited şirketteki zorunlu organların birisi yoksa veya genel kurulun toplanamadığı durumlarda ortaklar veya şirket alacaklılarından birisi mahkemeden şirketin feshedilmesini talep edebilir. Açılacak fesih davasıyla, tarafların biri talep ederse mahkeme de sürece dair gerekli önlemleri alabilir. Önlemlerden en önemli olanı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.427,f.1,b. I- 4 gereğince mevcutta bulunmayan organın yerine kayyım atanmasıdır¹²⁷. Kayyımın, şayet şartları gerçekleşmişse ek ödemeler için talep etmeye yetkilendirilmesi isabetli olacaktır¹²⁸. Kayyımın mahkemeye yetkili olmak için talepte bulunması da olanaklıdır¹²⁹. Limited şirketin bir ticaret şirketi ve tacir olmasının gereği iflasa tabidir (TTK m.18, f.1). İflasın açılması limited şirketin son bulma nedenlerinden biridir. İflasın açılmasıyla beraber tasfiyeye dair işlemler de iflas idaresince gerçekleştirilir¹³⁰. İflasın açılmasıyla beraber TTK m.603, f. 2 gereği, ek ödemede yükümlülük de muaccel haline gelir. Bu durumda ek ödemeler, ortakların şirketin alacaklarından dolayı sınırlı kişisel sorumluluklarının olduğu gibi bir işlev göstermektedir¹³¹.

VI. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE TALEBE YETKİLİ OLAN KİŞİLER İLE YÜKÜMLÜLÜK BORÇLUSU

Yan edimlerin ifasını talep etmeye yetkili olanlar kural gereği müdür/müdürlerdir. Bununla beraber şirkete herhangi bir nedenle kayyım atanmış ise bu konuda yetkilendirilmiş olması şartı ile kayyımlar, tasfiye edilme sürecinde, tasfiye memurlarıyla şirketin iflası durumunda iflas idaresi de yan edimlerin talebine yetkilidir¹³². Kanunda yan edim yükümlülüğünde şirket sona erdikten sonra yükümlülüğün devamına dair düzenleme söz konusu değildir. Kanun koyucunun bu tercihi, ek ödeme yükümlülüğü

¹²⁶ ibid 798

¹²⁷ Bu hususta bkz. Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık (Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006) 106; İsmail Cem Soykan, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu (İstanbul 2012) 265

¹²⁸ Soykan (n 127) 280; Karakılıç (n 6) 126

¹²⁹ Soykan (n 127) 126, Tekinalp (n 13) 581

¹³⁰ Soykan (n 127) 124; Siffert, Fischer and Petrin, 2008 (n 31) Art. 795 a, Nr. 3

¹³¹ Soykan (n 127) 124; Şener (n 20) 423; Guhl, 1045 v.d. (n 53) § 67 N. 82, 1096; Siffert, Fischer and Petrin, 2008 (n 31) Art. 795 a, Nr. 12; Handschin and Truniger, 2006, § 17, Nr. 22

¹³² Dinç (n 42) 109; Can (n 39) 19; Yasan (n 39) 615; Demirkapı (n 61) 448

şirket alacaklıları menfaatine bir kurumken yan edim yükümlülüğünün şirketin iç ilişkilerine dair kurum olması nedeniyle isabetlidir¹³³.

VII. EK ÖDEME VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFA EDİLMESİ VE İFA EDİLMEMESİ DURUMLARININ HUKUKİ NETİCELERİ

A. EK ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFA EDİLMESİ VE İFA EDİLMEMESİ DURUMLARININ HUKUKİ NETİCELERİ

Ek ödeme yükümlülüğüyle sorumlu olan ortağın edimine aykırı davranıldığı durumlarda, asli edimlerdeki ifa etmeme, gerektiği şekilde ifa etmeme, kusurlu olarak ifa ve temerrüt sonuçlarının uygulanma durumları söz konusu olacaktır. Asli edimlerde olduğu gibi, ek ödeme yükümlülükleriyle yan edim yükümlerine aykırılık durumları da, borca aykırılık oluşturacak, ifa etmeme neticesinde söz konusu hukuki kurumlar uygulamaya geçirilecektir¹³⁴. Ek ödeme yükümlülüğünün nispi özelliği gereği ortaklar yükümlülüklerinin yalnızca şirkete veya şirketi temsil yetkisine sahip müdür/müdürlere ifa edebilir. *Bunlar haricinde birine ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmesi borcu sonlandırmaz*¹³⁵. İfa yeri de borçlanılan edimin ifası gereken yerdir. Borçlu olan kişi, edimi ifa yerinde gerçekleştirmediği durumda borcun muaccel olması durumunda borçlu temerrüdüne düşer¹³⁶. Ek ödeme yükümlülüğü bir para borcu olduğundan ifasının yeri, aksi şirket sözleşmesiyle kararlaştırılmadığı sürece limited şirketin merkezidir (TBK m.8, f. 1). Taraf olanlar, ek ödeme yükümlülüğünün ifa yerini şirket sözleşmesi ile belirleyebilirler (TBK m.89, f.1). Taraflarca belirlenen ifa yerinin geçerliliği, emredici hukuk kuralları, ahlâk ve kişilik haklarıyla, kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesine bağlıdır (TTK m. 26 vd.). Taraf olanlar, şirket sözleşmesiyle ek ödeme yükümlülüğünün ifa yerini, alacaklı şirket tüzel kişiliğinin varsa posta çeki veya banka hesabı olarak belirleyebilirler. Bu durumda ifa yeri de hesabın bulunduğu yerdir¹³⁷. Sonradan veya mevcut ifa yerinin genel kurulca değiştirilmesi kararları ancak ilgili olan ortakların oybirliğiyle alınabilir. İfa zamanı ise, alacaklı olanın (şirket tüzel kişiliğinin) edimin ifasını talepte bulunma imkânının, borçlunun ise bu talebe uyma zorunluluğunun başlama anıdır. İfa zamanı gelme-

¹³³ Şener (n 20) 459

¹³⁴ Karakılıç (n 6) 127-131

¹³⁵ Guhl 1045 v.d. (n 53) § 30 Nr. 11, 89

¹³⁶ Oğuzman ve Öz (n 92) 323

¹³⁷ Eren (n 41) 964

si ile borç da muaccel olur (TBK m.90). Şirket sözleşmesinde aksine bir durum öngörülmediği sürece ek ödemelerin ifası zamanı hakkında TBK m.90 vd. hükümleri uygulanır¹³⁸. Kanunda ek ödeme yükümlülüğünün ifa edilmemesine dair özel olarak bir düzenleme yoktur. Ek ödeme yükümünün hukuki temeli şirket sözleşmesidir. Bu sebeple ek ödeme yükümlülüğü ifa edilmez ise bu durum sözleşmeye aykırılık oluşturur, ortağın sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu da ortaya çıkartır¹³⁹. İfa edilmeme kavramı, ek ödemenin hiç ifa edilmemesiyle, gerektiği gibi ifa edilmemesi ve borçlu temerrüdünü kapsar. Şirket sözleşmesinde sözleşme serbestisi ilkesi ile TTK m.577, f.1, b. -f'de olan kısıtlama temel alınarak ek ödeme yükümlülüğünün ifasının gerçekleştirilmemesine dair yaptırımlar belirlenebilecektir¹⁴⁰. Sonuçta, ek ödeme yükümünün ifasının gerçekleştirilmemesi durumunda borçlar ve şirketler hukukuna dair yaptırımlar söz konusu olabilir. Bu durumda, borçlar hukukuna ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur. Ek ödeme yükümlülüğünü ifa etmemesi halinde ortak, ifa davasıyla veya cebri icra ile ifaya zorlayabilir¹⁴¹. Dava yoluyla ifaya veya cebri icraya şirket tüzel kişiliğini temsilen müdürlerin işlem veya kararı sonucu başvurulabilir. Diğer ortaklar veya TTK m.604, f. 1 gereği iflas idaresi haricinde şirket alacaklılarının ek ödeme yükümünün ifası için ifa davası açma veya cebri icraya başvurmaları mümkün değildir¹⁴². Bir para borcu olan ek ödemenin, geç ifası nedeniyle şirket gecikme için temerrüt faizi talep edebilir¹⁴³. Taraflar, ek ödemeye ilgili temerrüt faiz oranını şirket sözleşmesi ile serbest olarak belirleyebilirler (TTK m.8, f. 1). Geç ifa halinde şirketin diğer bir yaptırımı, temerrüt faizinin dışında sözleşme cezası talep edebilmesidir. Sözleşme cezasının talebi için şirketin temerrüt dolayısıyla zarar görmesi aranmaz. TBK m.182 gereği, hâkim fahiş bulmuş olduğu sözleşme cezasını bizzat indirir. Bu durumda limited şirket ortağı olma tacir sıfatı kazandıramayacağından kural bakımından TBK m. 22 uygulanamamaktadır. TTK m.640, f.1 gereği, ortak şirket sözleşmesiyle öngörülen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda ortaklıktan çıkarılabilir. TTK m.577, f.1, b. -l'de, ortağın ortaklıktan çıkarılmasıyla ilgili özel nedenlerin sözleşmeyle düzenlenmesi sonucu geçerli olabileceği ifade edil-

¹³⁸ Oğuzman ve Öz (n 92) 313

¹³⁹ Eren (n 41) 1048 vd

¹⁴⁰ Karakılıç (n 6) 127; Yasan (n 39) 598

¹⁴¹ Can (n 39) 17; Karakılıç (n 6) 127; Şener (n 20) 425

¹⁴² Yasan (n 39) 600; Karakılıç (n 6) 17

¹⁴³ Karakılıç (n 6) 17; Şener (n 20) 426

mektedir¹⁴⁴. Sözleşmede öngörülmüş olan çıkarılma nedenlerinin gerçekleşmesi durumunda ortağın ortaklıktan çıkarılması genel kurulca alınacak ihraç kararı ile mümkündür (TTK m.640, f.1). TTK m.640, f.3, haklı nedenlerin var olması durumunda ortağın çıkarılma davası ile ortaklıktan çıkarılmasına ilişkindir. Bu anlamda ortak ortaksal yükümlülükleri yerine getirmese, ortağın çıkarılması haklı neden teşkil edebilir¹⁴⁵. Çıkarma davası açılması için genel kurulca bu konuda alınmış bir karar gerekmektedir¹⁴⁶.

B. YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İFA EDİLMESİ VE İFA EDİLMEMESİ DURUMLARININ HUKUKİ NETİCELERİ

Borçlar hukukuna ilişkin bir kavram olsa da yan edim yükümlülüğü, şirket sözleşmesiyle doğan ortağa ait bir borçtur. Bu sebeple yan edim yükümlülüğünün ifası veya ifa edilmemesiyle ilgili borçlar hukukunun hükümleri de limited şirketin korporatif yapısıyla, norm sözleşmesinin karakteriyle örtüşmüş olduğu ölçüde uygulanabilir¹⁴⁷. Söz konusu hususlarda borçlar hukuku ve ortaklıklar hukukuyla ilişkili hükümler uygulama alanı bulur. Yan edimler, ortaklığın tüzel kişiliğine karşı ifa edilmelidir. Kural olarak borç, borçlu olan tarafça ifa edilir. Fakat borç, borçlunun bizzat ifasında alacaklı olanın menfaatinin bulunmadığı nitelikte bir borç ise borçlunun bizzat ifayla yükümlü olmadığı ifade edilmektedir. Limited şirket açısından, hukuka ve özellikle de dürüstlük kuralı bakımından dikkate alınmaya değer bir menfaatin olması durumunda yan edim yükümünün bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi kabul edilecektir¹⁴⁸. Yan edim yükümlülüğünde ifanın yeri ve zamanı, TBK'nın genel hükümlerine tabidir. Yan edim yükümlülüğünde ifanın yerine getirilmemesi durumunda şirket borçlu olan ortağa ifa davası açabilir ya da icraya başvurabilir¹⁴⁹. Ayrıca şirket, temerrüde düşmüş olan ortağa gecikmeden kaynaklanan zararının tazmini için talep yöneltebilir. Bu konuda edimin özelliğine uygun olan, gecikmeden kaynaklı tazminat ve beklenmeyen hâl nedeniyle doğacak zararın tazmini (TBK m.118-119) veya nakdi olan edimlerde temerrüt faiziyle, aşkın olan zararın tazmini yaptırımlarına başvurabilir (TBK m. 120-122). Diğer taraftan TTK m.577, f.1, b. -f gereğince şirket

¹⁴⁴ Karakılıç (n 6) 898; Tekinalp (n 13) 563

¹⁴⁵ Nihat Taşdelen, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkarma Çıkarılma ve Fesih, (Ankara 2012) 225; Karakılıç (n 6) 909

¹⁴⁶ Karakılıç (n 6) 217, 904

¹⁴⁷ Dinç (n 42) 77; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 26) 96-97

¹⁴⁸ Oğuzman ve Öz (n 92) vd

¹⁴⁹ Şener (n 20) 457; Dinç (n 42) 102

sözleşmesiyle yan edimin yükümlülüğünün hiç veya zamanında ifasının gerçekleşmediği hallerde başvurulacak olan sözleşme cezası belirlenebilir. Yükümlülüğün hiç veya gerektiği gibi ifa edilmemesi durumu ayrıca, sözleşmede bir çıkarma nedeni olarak belirlenebilir¹⁵⁰. Bu halde yan edim yükümlülüğünü ifa etmeyen ortak, genel kurulun alacağı ihraç kararı ile ortaklıktan çıkarılır. Burada belirleyici olacak husus edimin özelliğidir. Edimin özelliği gereği ifa edilmeme durumu genel kurul kararına istinaden çıkarılma sebebi olarak şirket sözleşmesinde öngörülmüşse genel kurul çıkarma kararı alabilir (TTK m.640, f. 1). Çıkarılma davası açılabilmesi ancak genel kurulca bu konuda karar alınmasını gerektirmektedir¹⁵¹. Ortaklık sıfatının son bulması, mahkeme hükmünün kesinleştiği zamandır. Bu sebeple ortağın yükümlülüğü o zamana dek devam eder¹⁵². Yan edim yükümlülüğünü ortağın ifa etmemesi sözleşmesel bir fesih nedeni olarak belirlenebilir (TTK m.636, f.1, b-a ve 577, f.1, b. -m). Böyle bir durumda yan edim yükümlülüğü ifa edilmemekle şirket, kural bakımından derhal sona erecektir¹⁵³.

VIII. EK VE YAN EDİMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE AZALTILMA VEYA KALDIRILMA

Ek ödeme yükümlülüğü sadece bir sözleşme değişikliği ile kaldırılabilir. TTK m.603/f.6 gereği, yalnızca esas sermayeyle kanuni yedek akçelerin toplamının zararların tümünü karşılaması halinde kaldırılması ya da azaltılması mümkündür¹⁵⁴. Söz konusu yükümlülüğün azaltılma ya da kaldırılmasına esas sermayenin azaltılması hakkında olan hükümlerin kıyas yolu ile uygulanması mümkündür. Bu düzenleme sermayenin korunması ilkesi ile ilişkilidir. Zira sermayenin azaltılması, ek ödeme yükümlülüğünde de azaltma ve kaldırılma durumları, şirket alacaklılarının başvuracakları malvarlığı değerlerinin azalması anlamını taşır¹⁵⁵. Ek ödeme yükümlülüğünde azaltma veya kaldırılma durumları sonradan öngörülürse, mevcuttaki yükümlülüğün artırılmasındaki gibi sözleşmenin değiştirilmesini gerektirir. Ek ödeme yükümlülüğünde azaltılma veya kaldırılmaya dair genel kurulun kararı TTK m.421, f. 3 uyarınca sermayenin en az yüz-

¹⁵⁰ Bilgili ve Demirkapı (n 9) 749; Dinç (n 42) 103; Şener (n 20) 458

¹⁵¹ Taşdelen (n 145) 222; Bilgili ve Demirkapı (n 9) 904

¹⁵² Taşdelen (n 145) 226

¹⁵³ Şener (n 20) 937; ibid 245

¹⁵⁴ Koppensteiner H G and Ruffler F, 'GmbH-Gesetz Kommentar' (Wien: Lexis Nexis ARD ORAC) 1180 (Rdnr. 9, 2007) 26,821 ; Guhl (n 53) 1945 v.d. § 75

¹⁵⁵ Karakılıç (n 6) 139

de yetmiş beş kadarını oluşturan pay sahipleri ya da temsilcilerinin olumlu oyları ile alınabilecektir¹⁵⁶. Kurucu sermayenin azaltılmasına paralel bir şekilde ek ödemelerde azaltılma ya da kaldırılmada genel kurulun kararı öncesi bilirkişi raporunun alınması gerekir. Raporda sermayeyle yedek akçeler toplamı, zararların tümünü karşılamış olması tespiti yapılmalıdır. Ek ödemelerde azaltılma veya kaldırılmaya dair genel kurulun kararlarının tescili ve ilanı gerekmektedir¹⁵⁷. TTK m.603, f. 6 hükmünün, yan edim yükümlülüğünün azaltılması ya da kaldırılmasına kıyasen uygulanması mümkün değildir. Yan edim yükümlülüğünde azaltılma ya da kaldırılma, şüphesiz sözleşmede değişiklik yapılmasını gerektirir. Kanunda özellikle düzenlenmediği düşünüldüğünde, yan edim yükümlülüğünde azaltılma veya kaldırılmaya dair sözleşmenin değiştirilmesi TTK m.589'a tabidir¹⁵⁸.

SONUÇ

Limited şirkette iktisadi olarak amaca ulaşabilmek için ana unsurun şirketin esas sermayesi olduğu aşikardır. Sermaye koyma borcuyla ek ödeme yükümlülüğünün arasında temel olarak benzerliği şirketin finansmanına hizmet ediyor olmaları oluşturur. Ek ödeme yükümlülüğünün geçerli olmasının temel şartı, şirket sözleşmesiyle öngörülüyor olmasıdır. Ek ödeme yükümlülüğünün tutarı, şirket sözleşmesi ile esas sermayedeki payın itibari değerini iki katı oranında aşmayacak bir şekilde serbest olarak belirlenebilmekte ve yalnızca nakdi yol ile ifası mümkün olmaktadır. TTK'da ek ödeme yükümlülüğünün öngörülebileceği hallerden ilki, ortaklığın esas sermayesiyle kanuni yedek akçeler toplamıyla ortaklığın zararının karşılanamamasıdır. İkinci olarak, talep edilen ek araçlar olmadan şirketin işlerine gerektiği şekilde devam etmesinin olanaksız olmasıdır. Burada ortaklığın karşılaştığı nakit sorununu aşabilmesi amaçlanır. Bu durumda ortaklardan ek ödeme yükümlülüğünü ifa etmeleri talep edilebilir. Üçüncüsü de ortaklık sözleşmesiyle açık, ayrıntılı olarak belirtilen öz kaynak ihtiyacını doğuran başka hallerin ortaya çıkmasıdır.

Türk Ticaret Kanunu m. 603, f. 6 gereği, esas sermayeyle kanuni yedek akçelerin toplamının şirketin zararını tamamen karşılaması hallerinde ek ödeme yükümlülüğünün azaltılması ve kaldırılması söz konusu olabilir. İfa edilen ek ödeme yükümlülüğünün kısmen ya da tümüyle iade

¹⁵⁶ Yasan (n 39) 593

¹⁵⁷ Şener (n 20) 438

¹⁵⁸ ibid 459; Yasan (n 39) 625

edilebilmesi için, ek ödeme tutarı serbestçe kullanılabilen yedek akçelerle fonlar yoluyla karşılanabilecek durumda olmalıdır.

Limited şirkette şirket sözleşmesi ile hem ek ödeme yükümlülüğü hem de şirketin işletme konusuna hizmet edecek olan yan edim yükümlülükleri öngörülebilmektedir. Yan edim yükümlülüğü, şirkete finansman sağlamak amacı taşımaz. Ek ödeme yükümlülüğüyle benzer bir hukuki kurum olarak yan edim yükümlülüğünün arasındaki temel farkın, ek ödeme yükümlülüğünde nakdi ödemenin ifası söz konusuyken, yan edim yükümlülüğünde ortağa yapma, yapmama ya da katlanma şeklinde borçlar yüklenmiş olmasıdır. Yan edim yükümlülüğü ile şirketin finansman sağlamasının amaçlanması halinde TTK m.606, f. 3'te öngörülen yaptırım uygulanır. Şirket sözleşmesiyle yan edim yükümlülüğüyle ilişkili temel konular belirlendikten sonra ayrıntılar genel kurulun düzenlemesine bırakılabilir (TTK m.606, f. 2). Ek ödemelerin Kanunda öngörülmüş olan şartlar oluşursa ortağa iadesi yapılabilir (TTK m. 605), ancak yan edim yükümlülüğünün iade edilmesi mümkün değildir.

Ek ödeme yükümlülüğünün ifasının talebi yetkisi, Kanunda öngörülmüş olan şartlar gerçekleşmiş ise müdürlerdedir. Ancak şirket tasfiye aşamasında ise tasfiye memurları, iflas durumunda ise iflas idaresinin ek ödemeleri talep yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca, gerekli şartlar mevcutsa ve mahkeme atama kararının izin vermiş olması koşulu ile kayyım atanmak suretiyle ek ödeme ifası talep edilebilir. Ek ödeme yükümlülüğü hiç ya da tam ifa edilmezse, müdürler bu koşulda ilamsız icra takibinde bulunabilir veya ilgili ortaklara ifa davası açabilirler. Ortaklık sözleşmesinde ek ödeme yükümlülüğünün ifasının yerine getirilmemesi durumunda cezai koşul öngörülebilir. Temerrütten itibaren de temerrüt faizinin talep edilmesi mümkündür. Ayrıca, ortaklık sözleşmesiyle ek ödeme yükümlülüğü ifa edilmezse, yükümlü ortağın, ortaklıktan çıkartılabileceği düzenlemesi getirilebilir.

KAYNAKÇA

Abban N D, 'Limited Ortaklıklarda Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü' (Yüksek Lisans Tezi İzmir 2019)

Altaş S, 'Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketler' (Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli) (8 th edn, Seçkin Yayıncılık, 2017) (Limited)

Bahtiyar M, 'Ticari İşletme Hukuku' (12 th edn, Beta Yayınları, İstanbul 2012) (İşletme)

Bahtiyar M, 'Ortaklıklar Hukuku' (16 th edn, Beta Yayınları, İstanbul 2022)

Bilgili F and Demirkapı E, ‘Şirketler Hukuku’ (9 th edn, Dora Yayınları, Bursa 2013)

Can M E, ‘Kooperatif Ortaklığından Çıkma ve Çıkan Kişinin Hakları’ (2007) XI (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-95

Can M E, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri’ (2011) XV (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-23

Chappuis F and Jaccard M, ‘Commentaire Romand’ (Code Des Obligations-2) (sous la direction de Pierre TECİER et Marc AMSTUTZ, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012)

Demirkapı E , ‘Limited Ortaklıkta Payın Devri’ (Güncel Hukuk, İzmir 2008)

Demirkapı E and Yıldırım A H, ‘İsviçre Borçlar Kanunu’nda Limited Ortaklıklar Hukuku Alanında Yapılan Yeni Düzenleme’ (2008) XXIV (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 435-466

Dinç S, ‘6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Ortakların Yan Edim Yükümlülükleri’ (2016) 81 (3) İzmir Barosu Dergisi 75-113

Eren F, ‘Borçlar Hukuku Genel Hükümler’ (21 th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2017)

Guhl T, Koller A, Schnyder A and Druey J N, ‘ Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts.’ (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2000), 1045 v.d. 825

Gümüş M A, ‘Türk Medeni Hukuku’nda Kayyımlik’ (Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006)

Usluel G and Aslı E, ‘Limited Şirkette Ortağın Ek Ödeme Yükümlülüğü’ (Prof. Dr. Sabih Arıkan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019) 467-479

Handschin L and Truniger C, ‘Die neue GmbH’ (2. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich, 2006) § 17 Nr. 3

Karahan S, ‘Şirketler Hukuku2-‘ (2 th edn, Mimoza Yayınları, Konya 2015)

Karakılıç H, ‘Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü’ (2014) 4 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ss. 107-144

Karaköse O, ‘Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülükleri’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016)

Kayıhan Ş, ‘Şirketler Hukuku’ (7 th edn , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024)

Kayihan Ş, ‘Corporate Law’ (English Translation of 4 th edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021)

Kendigelen A, ‘Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler’ (3 th edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016) (Değişiklikler)

Koppensteiner H G and Ruffler F, ‘GmbH-Gesetz Kommentar’ (Wien: Lexis Nexis ARD ORAC) 1180 a.g.e., (Rdnr. 9, 2007)

Kostkiewicz J, Kren N, Peter S, Ivo W and Stephan (Dörig A and Glatthaar M), ‘(OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2009)’ Art. 795 Nr. 5

Kurtulan A, ‘Kooperatifler Kanunu ve Uygulaması’(5 th edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007)

Marjanski V, ‘Obligation To Make Additional Payments In a Limited Liability Company’ (Collected Papers of the Faculty of Law in Novi Sad, University in Novi Sad, 2021) vol. LV No. 3

Sanwald N M and Hefti M R , ‘Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht’ (Cosmos Verlag, Bern, 2007) Art. 795 Nr. 7

Oğuzman M K and Öz T, ‘Borçlar Hukuku Genel Hükümler’ (Cilt. I, 16 th edn, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018)

Özdoğan E, ‘Limited Şirketlerde Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü’ (1 th edn, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2023)

Özdoğan D, ‘Limited Şirketlerde Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülüğü’ (1 th edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024)

Poroy R, Ünal T and Çamoğlu E, ‘Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku’ (Güncelleştirilmiş 9 th edn 10 th edn, Arıkan Yayınları, İstanbul 2005)

Poroy R and Yasaman H, ‘Ticari İşletme Hukuku’ (14 th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012)

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, ‘Ortaklıklar Hukuku’ (Cilt. II, 13 th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017) (Ortaklıklar)

Pulaşlı H, ‘Şirketler Hukuku Şerhi’ (Cilt II, 2 th edn , Adalet Yayınevi, Ankara 2014)

Sayın H B, ‘Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu’ (2019) XXIII (1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25-59

Schmidt K, ‘Gesellschaftsrecht’ (Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 1627, 1991)

Siffert R, Fischer M P and Petrin M, ‘Stämpfli Handkommentar’ (GmbH-Recht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008) Art. 795 D Nr. 5. 37

Soykan İ C, ‘Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu’ (1 th edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012)

Şener O H, ‘Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku’ (1 th edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012)

Şener O H, ‘Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku’(1 th edn, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017) (Limited)

Taşdelen N, ‘6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklıklarda Çıkma, Çıkarılma ve Fesih’ (1 th edn, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012)

Tekinalp Ü, ‘Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeler’ (Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979) (Bilanço)

Tekinalp Ü, ‘Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları’ (Genişletilmiş 2 th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012)

Tekinalp Ü, ‘Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku’(4 th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015) (Sermaye)

Tercier P, Pichonnaz P and Develioğlu M: ‘Borçlar Hukuku Genel Hükümler’ (1 th edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016)

Uzunallı S, ‘Anonim Şirkette İşletme Konusu’ (1 th edn, Adalet Yayınevi, Ankara 2013)

Yasan M, ‘Limited Şirkette Ortakların Genişletilmiş Hukuki Sorumluluğu’ (1 th edn, Yetkin Yayınları, Ankara 2018)

Yıldırım A H, ‘Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi’ (1 th edn, Dora Yayıncılık, Bursa 2013)

Yıldız Ş, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku’ (1 th edn, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007)

- Araştırma Makalesi -

⚡TİCARİ ELEKTRONİK İLETİLER*

(COMMERCIAL ELECTRONIC MESSAGES)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ramazan DURGUT**

ÖZ

İnternetin icadı ve diğer teknolojik araçların gelişimi ve yaygınlaşması, günlük yaşantımızı etkileyip değiştirdiği gibi ticareti değiştirmiş ve elektronik ortamda ticari iş ve işlemler yapılmaya başlanmıştır. Bu durum daha kolay ve ucuz bir şekilde ürün ve hizmetlere ulaşma imkânı vermekle birlikte; istenmedik arama, kısa mesaj ve elektronik posta (spam) alma gibi olumsuz sonuçlar da getirmiştir. Ticaretle uğraşanların haklarını kötüye kullanmaları ve kişileri rahatsız etmelerini önlemek; başka bir anlamla kişilerin rahatsız edilmeme haklarını güvence altına almak amacıyla, başta Amerika ve Avrupa Birliğince (AB) yasal düzenlemeler yapılarak elektronik ileti gönderimi şart ve usulleri belirlenmiştir. Ülkemizde de AB'nin 2000/31/EG sayılı Direktifi esas alınarak, 2014 tarihli 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu çıkartılmıştır. Kanunla tacir ve esnaflar haricindeki diğer kişilere ticari elektronik ileti gönderimi, ön onay alınması şartına bağlanmıştır. Ayrıca bu konuda Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik çıkartılmıştır. Çalışmamızda Kanun ve Yönetmelik kapsamında ticari elektronik ileti kavramı, onay, onay gerekmeyen haller, onayın reddi, kişilerin şikâyet hakkı ve yaptırımlar incelenmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 12.03.2025 tarihinde Yayınımıza ulaşmış olup, 02.04.2025 tarihinde birinci hakem; 08.04.2025 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, rdurgut@istanbul.edu.tr, ORCID ID:orcid.org/0000-0002-9037-2005

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; DURGUT, Ramazan, "Ticari Elektronik İletiler", REGESTA, Cilt: 10, Sayı: 1, 2025, s. 37-74.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Ticaret, Ticari İletişim, Ticari Elektronik İleti, Ticari Elektronik İletiyi Gönderimine Onay ve Ret Hakkı, Ticaret Bakanlığının Denetim ve Yaptırım Yetkisi.

ABSTRACT

The invention of the Internet and the development and widespread use of other technological tools have changed trade as well as affecting and changing our daily lives, and commercial business and transactions have started to be carried out electronically. While this situation provides the opportunity to access products and services more easily and cheaply; it has also brought negative consequences such as receiving unwanted calls, text messages and electronic mail (spam). In order to prevent those engaged in commerce from abusing their rights and disturbing people; in other words, in order to secure the rights of people not to be disturbed, legal regulations have been made by the USA and the European Union (EU) and the conditions and procedures for sending electronic messages have been determined. In our country, based on the EU Directive 2000/31/EG, the Law on the Regulation of Electronic Commerce No. 6563 dated 2014 was enacted. With the Law, sending commercial electronic messages to persons other than merchants and tradesmen is subject to the condition of obtaining prior approval. In addition, the Regulation on Commercial Communication and Commercial Electronic Messages has been issued. In this study, within the scope of the Law and the Regulation, the concept of commercial electronic message, consent, cases where consent is not required, refusal of consent, the right of persons to complain and sanctions are examined.

Keywords: *Electronic Commerce, Commercial Communication, Commercial Electronic Message, Right of Consent and Refusal to Send Commercial Electronic Message, Supervision and Sanction Authority of the Ministry of Commerce*

GİRİŞ

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler, hayatın her alanını etkilediği gibi ekonomiyi de etkilemektedir. Telefon, radyo, televizyon, bilgisayar ve internetin icadı kişilerin günlük ve özel yaşantılarını değiştirdiği gibi ticareti de değiştirmiştir. Yüzyıllardır uygulanan klasik satış ve pazarlama yöntemlerinin yerini, teknolojik araçlar kullanılarak elektronik pazarlama,

internette pazarlama, veri tabanlı pazarlama, viral pazarlama vb. gibi yeni yöntemler almıştır. Bu yeni yöntemlerin getirdiği gelişmelere uyum sağlamak ve internette uygulanabilecek pazarlama stratejilerinde daha başarılı olabilmek için satıcılar, kişilerin / tüketicilerin anket veya siteye / uygulamaya / bültene üye yapma gibi yollarla, onların bilgilerini vermeleri sağlamaktadırlar¹. Ancak kişisel bilgilerin onların rızası alınmaksızın da elde edilmesi ve kullanılması söz konusu olmuştur ve olmaktadır. Öte yandan teknolojik araçların hızlı ve yaygın bir şekilde kullanılmaya başlamasıyla, hukukun düzenlemediği yeni alanlar ve internet, erişim sağlayıcı, hizmet sağlayıcısı gibi yeni kavramlar ortaya çıkarmıştır. Ortaya çıkan bu yeni durumlar beraberinde başta güvenlik² olmak üzere birçok yeni sorun da meydana getirmiş³ ve hukukun bu alanları da düzenlemesi gerekmiştir⁴. Bu amaçla Avrupa Birliği (AB) tarafından, 1997/66 ile 2002/58 sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İzlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Direktifi ile 8/6/2000 tarihli ve 2000/31/EG Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktifi⁵ kabul edilerek, üyeler için birtakım yükümlülükler getirilmiş; üye ülkeler⁶ de bu direktifleri iç hukuklarına aktarmışlardır⁷.

¹ İşte söz konusu kişisel bilgiler kullanılarak, kişilerin / tüketicilerin ilgi alanları ve ihtiyaçlarına yönelik yapılan satış ve pazarlama çalışmalarının tümü “izinli pazarlama” olarak tanımlanmaktadır. İzinli pazarlama ve ETK öncesi Türkiye açısından yasal düzenlemenin ihtiyaç olduğu konusunda bkz. Serpil Ünal, ‘İnternet Üzerinde İzinli Pazarlama Yaklaşımı’ (2012) 9 (34) Öneri Dergisi 156

² Esra Hamamcıoğlu, ‘Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu’ (2018) (35) Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 44 vd

³ Örneğin istenmeyen e-posta / spam ve sms mesajları; akıllı telefonlara yüklenen uygulamaların kişisel verilere ulaşımı ve bunları kullanması, yine bu uygulamaları açarken veya kullanırken ortaya çıkan reklamlar; elektronik ortamda yapılan işlemlerin ve elektronik belgelerin ispatı ve delil niteliği vs. Bu konuda ayrıca bkz. Hakan Pekcanıtez, ‘Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ Makaleler I (İstanbul 2016) 725 vd; Sabih Arıkan, Dünyada ve Türkiye’de Elektronik Ticaret Çalışmalarına Hukuki Bir Yaklaşım (Ankara 1999) 136 vd

⁴ ETK yürürlüğe girmeden önce istenmeyen e-postalar (spam) ile ilgili yasal düzenleme gerekliliği hususunda bkz. Neval Okan, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet (Ankara 2011) 103-104

⁵ İlgili düzenlemenin Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Seyfettin Pençe, Türkiye - Avrupa Birliği Dış İlişkileri Açısından Elektronik Ticaret (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2014) 23-41

⁶ E-ticaretle ilgili Avrupa Birliği, Alman ve İsviçre Hukuklarında düzenlemeler için ayrıca bkz. Manfred A. Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 1 (37. Ergänzungslieferung München 2015) Rn 255 vd; Wolfgang Kilian and Benno Heussen, Computerrechts- Handbuch Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (Mün-

Ülkemizde de AB'ye uyum bağlamında 2000/31/EG sayılı Direktif esas alınarak, 2014 tarihli 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETK)⁸ çıkarılmıştır⁹. Kanunun genel gerekçesinde Türk Hukukunun AB Hukukuna uyumlaştırılması amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı açıkça ifade edilmiştir¹⁰. ETK'da ticari iletişim, ticari elektronik ileti, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülükleri, Ticaret Bakanlığının yetkisi ve uygulanacak yaptırımlar, haksız ticari uygulamalar, elektronik ticaret lisansı konuları düzenlenmiştir. Çalışmada ETK'nın 'ticari elektronik ileteler kanunu'¹¹ olarak nitelendirilmesine yol açan ticari elektronik ileti konusu ele alınmıştır. Buna karşılık çalışmanın hacmini çok artırmamak için, ileti yönetim sistemi (İYS)¹², kişisel verilerin korunması, elektronik ticarete

chen 2008) 1 vd; Christian Solmecke, Handel im Netz, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen des E-Commerce, (Berlin 2014) 5 vd; Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen (Zürich 2010) 2 vd, Mehmet Bedii Kaya, Elektronik Ticaret Hukuku, Ticari Elektronik İletiler (2 th edn İstanbul 2020) 7 vd

⁷ Pençe (n5) 41 vd; John Gaffney and Vincent Nolan, 'İrlanda Elektronik Ticaret Yasası' Çev. Saadet Özfirat (2001) (3) Ankara Barosu Dergisi 57 vd

⁸ RG, 05.11.2014, S. 29166

⁹ 2000/31/EC Sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun arasındaki benzerlikler ve farklar için bkz. Ayşe Esra Erdoğan, Avrupa Birliği'nin Türkiye'de Elektronik Ticarete Etkisi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019) 85 vd

¹⁰ Bkz. 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Genel Gerekçesi

¹¹ Kaya (n6) 49

¹² Ticari elektronik ileti yönetim sistemi (İYS), ticari elektronik ileti onayı alınmasına, reddetme hakkının kullanılmasına ve şikâyet süreçlerinin yönetilmesine imkân tanıyan bir sistem (TİY m. 4/1ö), söz konusu sistemin kurulması amacıyla kanun 2017 yılında değiştirilmiş ve Ticaret Bakanlığına bu sistemi kurma veya kurdurma yetkisi verilmiştir (ETK m. 12/5). 2020 yılında TİY'de değişiklikle aşağıdaki İYS ile ilgili hüküm getirilmiştir.

Madde 10/A: (Ek:RG-4/1/2020-30998) “(1) Kuruluş, onay ve ret bilgilerinin İYS'ye kaydedilmesi, İYS üzerinden onay alınması, reddetme hakkının kullanılması, ticari elektronik ileti şikâyetlerinin alınması, raporlanması, şikâyet sürecinin hızlı ve etkin bir şekilde yönetilmesi ve aracı hizmet sağlayıcıların sistemi kullanması amacıyla teknik altyapıyı hazırlar ve Bakanlığın erişimine açar. (2) Kuruluş, ticari elektronik ileti gönderiminin aksamaması için gerekli teknik tedbiri alır. (3) Kuruluş İYS'ye yönelik Bakanlık tarafından istenen diğer iş ve işlemleri yürütmekle yükümlüdür.”

Ticaret Bakanlığı kanunun verdiği sistem kurdurma yetkisine kullanmış ve İYS sistemi kurulması ve işletilmesi özel hukuk tüzel kişisi olan Ticari İleti Yönetim Sistemi Anonim Şirketine bırakılmıştır. İYS'nin işleyişi ile ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya (n 6)

haksız ticari uygulamalar, elektronik ticaret aracı hizmet ve hizmet sağlayıcılarının ticari elektronik iletilerle ilgili yükümlülükleri dışındaki diğer sorumlulukları incelenmemiştir.

I. ELEKTRONİK TİCARET İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. Elektronik Ticaret Kavramı

Elektronik ticaret (e-ticaret) ile ilgili birçok tanım bulunmakta ve hâlihazırda da yeni tanımlar yapılmaktadır. Teknolojinin hızla gelişmesi ve bunun doğal bir sonucu olarak her geçen gün ticari hayatta kullanılmak üzere yeni bir teknolojik ürünün / hizmetin piyasaya sürülmesi, e-ticaretin tam, net ve durağan bir tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır¹³.

E-ticaret, kimilerine göre elektronik araçlarla yapılan tüm ticari işlemler iken, kimilerine göre ise sadece internet gibi açık ağlarla yapılan ticari işlemlerdir¹⁴. ETK’da ise e-ticaret, “fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet” (m. 1) olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere elektronik ticaretten bahsedebilmemiz için ticari faaliyetlerin, fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin elektronik ortamda çevrim içi (online) yapılması gerekmektedir¹⁵. Doktrinde Kanundaki tanımdan yola çıkarak, e-ticaretin, tarafların fiziki olarak karşı karşıya gelmemesi, faaliyetin elektronik ortamda gerçekleşmesi, çevrim içi olunması ve iktisadi ile ticari bir faaliyetin bulunması şeklinde dört unsurunun bulunduğu ifade edilmektedir¹⁶.

ETK uyarınca e-ticaretin hangi elektronik araçlarla yapıldığı önemli değildir. Bilgisayar, telefon, televizyon gibi bir araçla yapılabileceği gibi

81 vd. Ayrıca yetki devrinin eleştirisi için de bkz. Mahmut Furkan Balaban, ‘İleti Yönetim Sisteminin Kurulması ve Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik’in Değerlendirilmesi’ (Aralık 2020) 2 (2) Bilişim Hukuku Dergisi 190 vd

¹³ Kenan Mehmet Ekinci, e-Ticaret (Ankara 2013) 39 vd; Adem Gazioğulları, Elektronik Ticaret ve Elektronik Ticaretin Gümrük Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Mersin 2014) 13

¹⁴ Ayrıntılı tanımlar için bkz. Ekinci (n 13) 39-41; Yashar Bavafa, Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara 2014) 22; Şerafettin Ekici, ‘B2c Elektronik Ticarete Sanal Pazar Yerin Hukukî Durumu’ (Eylül 2020) 5 (8) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 211-214

¹⁵ E-ticaret modelleri hakkında bkz. Hamamcıoğlu (n2) 44 – 45.

¹⁶ Mete Özgür Falcıoğlu, Elektronik Ticaret Hukuku (1 th edn İstanbul 2024) 26 vd; Huriye Kubilay, ‘Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la İlgili Genel Bir Değerlendirme’ (2016) 81 (1) İzmir Barosu Dergisi 275

bunlara benzer başka bir araçla da yapılabilir¹⁷. Burada önemli olan, ticari faaliyetin elektronik ortamda çevrim içi yapılmasıdır. Elektronik araçlar kullanılarak ancak çevrim dışı (*offline*) yapılan ticari faaliyetler, ETK'ya göre e-ticaret kapsamında değerlendirilmeyecektir. Hemen belirtelim ki, elektronik ortamda çevrim dışı yapılan ticari faaliyetler, ETK'nın kapsamına dâhil olmamakla birlikte, ekonomik anlamda e-ticaret faaliyeti sayılabilirler. Bunun en önemli sonucu çevrim dışı e-ticaret faaliyetleri ile ilgili uygulanacak mevzuatın farklılaşması olarak karşımıza çıkmaktadır. Elektronik araçlar kullanarak gerçekleştirilen çevrim dışı işlemler hakkında başta TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği gibi özel düzenlemeler uygulanacaktır¹⁸.

B. Elektronik Ticaret ile İlgili Hukuki Düzenlemeler

ETK, e-ticaretin usul ve esaslarını düzenleyen çerçeve (kod) bir kanundur; tarafların tüketici veya tacir / esnaf olup olmamasına bakılmaksızın kanun kapsamındaki tüm hukuki ilişkilere uygulanmak amacıyla çıkarılmıştır¹⁹. Ancak ETK dışında e-ticaret ile ilgili birçok özel ve genel düzenleme mevcuttur. Bunların en önemlileri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 29677 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu; Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara ilişkin Yönetmelik ve Elektronik Tebliğat Yönetmeliği'dir. Ancak söz konusu düzenlemeler dışında, başta Türk Ticaret Kanunu (TTK), Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Türk Ceza Kanu-

¹⁷ Ekinci (n13) 44 vd; Pençe (n5) 5 vd

¹⁸ Kubilay (n16) 275; mesafeli sözleşmenin elektronik sözleşmenin türü olduğu ve aracı hizmet sağlayıcılar ile ilgili ETK hükümlerinin TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerine göre genel hüküm niteliğinde olduğu ile ilgili bkz. Selin Sert Sütçü, 'Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi' (2021) 4 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 270; Musa Furkan Şahin, 'Mesafeli Sözleşmelerde Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramı' (2024) 6 (1) Bilişim Hukuku Dergisi 137 ve özellikle 11. ve 12. dipnot

¹⁹ Falcioğlu (n16) 71

nu (TCK) gibi genel kanunlarda da yeri geldikçe ve ihtiyaca uygun olarak uygulanacaktır²⁰.

Yine ETK uygulanmasını göstermek ve açıklamak üzere Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik (TİY)²¹, Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik (HSY)²², Elektronik Ticarete Güven Damgası Hakkında Tebliğ²³ ile Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ve Bildirim Yükümlülükleri Hakkında Tebliği²⁴ çıkartılmıştır. Ancak Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, uygulama eleştirileri ve ortaya çıkan ihtiyaç ile sorunları gidermek amacıyla kanunda²⁵ (ve yönetmeliklerde) değişiklikler yapılmıştır.

II. ELEKTRONİK TİCARETİN DÜZENLENMESİ HAKKINDA KANUN'UN KAPSAMI

ETK, ilk yürürlüğe girdiğinde ticari iletişim, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. 2022 yılında Kanunda esaslı sayılabilecek değişiklikler yapılmış²⁶ ve Kanuna elektronik ticaret hizmet sağlayıcısı ve aracı hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret ortam, elektronik ticaret pazar yeri, elektronik ticaret bilgi sistemi (ETBİS), net işlem hacmi ve ekonomik bütünlük kavramları eklenmiştir.

ETK'da e-ticaret bir bütün olarak ve tüm yönleriyle düzenlenmemiştir. Kanun, e-ticaretle ilgili diğer kanunlarda düzenlenen konuları tamamlamak ve özellikle bilgi toplumu hizmetlerini düzenlemeyi amaçlamaktadır. Her ne kadar Kanunda elektronik sözleşmenin düzenlendiği belirtilse

²⁰ Hamamcıoğlu (n2) 46-47; e-ticaret ve hukuk dalları ile ilişkisi için ayrıca bkz. Arzu Organ and Neslihan Coşkun Karadağ, 'İşletmecilik Açısından Elektronik Ticaret ve Hukuki Altyapısı' (2011) 2 (2) İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi 87 vd

²¹ RG, 15.07.2015, S. 29417

²² RG, 26.08.2015, S. 29457

²³ RG, 06.06.2017, S. 30088

²⁴ RG, 11.08.2017, S. 30151

²⁵ 28.11.2017 tarihli ve 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 117 ve 118 (RG. 05.12.2017, S.30261), 01.07.2022 tarihli ve 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 07.07.2022, S. 31889), 24.10.2024 tarihli ve 7529 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 9 ve 10 (RG. 30.10.2024, S. 32707)

²⁶ 1/7/2022 tarihli 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 07.07. 2022 S. 31889)

de, buradaki düzenleme elektronik ortamda siparişlerin alınması ve buna ilişkin teyit verilmesi gibi sınırlı konular bakımındandır. E-imza kullanarak veya kullanmaksızın elektronik ortamda çevrim içi ve dışı sözleşmelerin kurulması, tarafların edimlerini yerine getirmesi, sözleşmeye aykırılık ve sona erme gibi sözleşmeler hukukuyla ilgili konularda başta TBK ile taraflardan birinin tüketici olması halinde TKHK ve buna ilişkin ikincil mevzuat ile genel hükümler uygulanacaktır²⁷.

ETK’da, e-ticaretle ilgili bütün kavramlar tanımlanmamıştır. Tüketici kavramı gibi diğer kanunlarda tanımlanan hususlara ise yer verilmemiştir. ETK’nın uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğler’de ise, Kanundaki tanımlar tekrar edilmekle birlikte, Kanun’da tanımlanmayan başkaca kavramlar da tanımlanmaktadır²⁸.

III. HİZMET SAĞLAYICILARININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hizmet sağlayıcıları, “*elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler*”dir (ETK m. 2/1ç, TİY m. 4ğ)²⁹. Hizmet sağlayıcılarının elektronik ortamda çevrim içi ticari bir faaliyeti gerçekleştirebilmeleri için, öncesinde ve sonrasında birtakım yükümlülüklerini de yerine getirmeleri gerekmektedir. İşte kanun koyucu hizmet sağlayıcılarının başlıca yükümlülüklerini ETK’da özel olarak düzenlenmiştir³⁰. Kanunda sayılan-

²⁷ E-sözleşme ilgili ayrıca bkz. Bavafa (n14) 41 vd; tüketici kavramı ve tüketici sözleşmeleri için bkz. Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2 th edn Ankara 2021) 71 vd

²⁸ Karşılaştırma için bkz. ETK m. 2 ve TİY m. 4

²⁹ ETK m. 1/3’te hizmet sağlayıcı sayılmayacaklar şöyle belirtilmiştir: “14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun ve 5/11/2018 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunuyla kuruluş ve faaliyetleri düzenlenen ve bu kanunlara göre yetkilendirilerek münhasıran yetkilendirildikleri konularda faaliyet gösterenler ile 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlananlar ile bunların verdiği yetki dâhilinde münhasıran şans ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler bu Kanunun uygulanmasında elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı veya elektronik ticaret hizmet sağlayıcı kabul edilmez.”

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Harun Demirbaş, Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri (Ankara 2015) 1 vd

lar dışında, genel hükümler uyarınca ve/veya sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yüklendikleri başkaca yükümlülükler de söz konusu olacağından, hizmet sağlayıcılarının bu yükümlülüklerini de yerine getirmeleri gerekmektedir. Olası aykırı davranışlarında genel hükümler ve/veya sözleşme hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

A. Bilgi Verme Yükümlülüğü

Elektronik ticari hizmet sağlayıcıları, ETK m. 3/1'e göre elektronik iletişim araçlarıyla bir sözleşmenin yapılmasından önce aşağıdaki bilgileri sunmakla yükümlüdürler:

"a) Alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgilerini,

b) Sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri,

c) Sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra, hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgileri,

ç) Veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgileri,

d) Uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ilişkin bilgileri."

ETK m. 3/1'de belirtilen hususlar bilgi vermeyle sınırlıymış gibi gözükse de hizmet sağlayıcıları sundukları bu bilgilere göre e-ticarette işlemlerin yapılmasına ilişkin teknik altyapının hazırlanması, olası oluşacak teknik aksaklıklar ile hataların tespit ve giderilmesi ile ilgili ekip ve sistemleri de kurmak ve işletmekle yükümlülerdir. Yapılan işlemle ilgili sözleşme metninin, bunun eklerinin ve taraflardan elde edilen bilgilerin saklanması ile gizliliğini temin de hizmet sağlayıcılarının yükümlülüklerindendir³¹. E-ticaret işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü noktasında da, genel mahkemeler yerine, bir hakem heyeti (tahkim) veya arabulucuya başvurma şeklinde alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizma-

³¹ Bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili hükmün amacı, tarafların yüz yüze yaptıkları sözleşmelerde sahip oldukları bilgileri, elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde de elde etmelerini sağlamaya yöneliktir [Raziye Aksu, 'Serbest Piyasa Ekonomisi İlkeleri Işığında Elektronik Ticaret Kanununun Değerlendirilmesi' (2015) 5 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179; Ezgi Korkmaz and M. Fatih Yavuzer, 'The Assessment of the Law of Electronic Commerce Regulation Numbered 6563' (2015) (13) GSI Articleletter 11]

larının oluşturulması ise bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir. Ancak böyle bir mekanizma varsa, bunun nasıl işletileceğine ilişkin bilgi sunmak zorunlu tutulmuştur. Ayrıca alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları öngörülmesi, tarafların diğer hukuki çözüm yollarına başvurma hakkına engel de teşkil etmemektedir (HSY m. 7/1Ç)³².

ETK’da, hizmet sağlayıcılarının varsa mensubu oldukları meslek odasının, meslekle ilgili davranış kurallarını ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğini belirtme yükümlülüğünü de getirmiştir (m.3/2). Bu madde kapsamında başta Ticaret ve Sanayi Odaları ile Esnaf ve Sanatkar Odaları ile diğer meslek odalarına mensuplarının nasıl davranmaları gerektiğine ilişkin, öneri mahiyetinde davranış kurallarını tespit etme hak ve görevi de verilmiş olmaktadır. Her ne kadar Ticaret ve Sanayi Odalarının ticari örf, adet ve teamül kurallarını tespit etme konusunda kendi özel kanunlarından kaynaklanan görevleri varsa da, bunun haricinde ve buna ilave olarak mesleğe ilişkin etik ve davranış kurallarını tespit etme ve bunlara elektronik ortamda erişme sunma yükümlülükleri de bulunmaktadır. Hizmet sağlayıcıları da öncelikle bu davranış kurallarına uymak ve daha sonra da bu davranış kurallarına ulaşma imkânı vermekle yükümlüdürler.

Hizmet sağlayıcılarının bilgi verme ile ilgili diğer bir yükümlülüğü de sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının alıcı tarafından saklanması imkân sağlamaktır (ETK m. 3/4, TBK m. 21/1). Böylece hizmet sağlayıcıları ile işlem yapan alıcılar, sözleşme hükümleri ile genel işlem şartlarına işlemin yapılmasından sonra çevrim içi ve/veya çevrim dışı olarak da ulaşabileceklerdir. Genel işlem şartlarının kapsamı, yorumlanması, değiştirilmesi ve denetimi ise, genel hükümler (TBK m. 20-25) ile TKHK ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği hükümlerine tabidir.

Hizmet sağlayıcıların bilgi vermek ile ilgili yükümlülükleri, işlem yaptığı kişinin tüketici olması halinde zorunludur (ETK m. 3/1 ve 2). Eğer işlemin karşı tarafı tüketici değilse, başka bir anlatımla tacirler arasında ticari bir işse (TTK m. 3, 19), bilgi verme yükümlülüğü ile ETK m.3/1 ve 2’deki hükümlerin aksi kararlaştırılabilir (m. 3/3). Hükmün gerekçesinde

³² Doktrinde e-ticaret işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde çevrimiçi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak elektronik tahkimin kullanılabileceği ve bu hususta Türk Hukukunda da çalışmalar yapılması gerektiği ifade edilmektedir [Nilay Dağdelen Yaşar, “Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim” (2021) 41 (2) Public and Private International Law Bulletin 793 vd]

esnaflarla yapılan e-ticaret işlemleri bakımından da bilgi verme yükümlülüğü ile ilgili m.3/1 ve 2 düzenlemesinin aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir. Belirtelim ki, elektronik ortamda çevrim içi gerçekleştirilecek bir işlemin karşı tarafının tacir veya esnaf olup olmadığını tespit ve buna bağlı olarak bilgi verme yükümlülüğünden nasıl imtina edileceği Kanun'da açıklanmamıştır. Ayrıca ticaret şirketleri dışında gerçek ve tüzel kişi tacirlerin, ticari iş alanı dışında tamamen kendi özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla adi iş alanı bulunduğundan [Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 19/1], onların tüketici sayılmaları mümkün ve olasıdır. Bu kişilerin tüketici sayıldıkları e-ticaret işlemleri bakımından hizmet sağlayıcılarının bilgi verme yükümlülüğü devam ettiği gibi, aksini kararlaştırmak da mümkün değildir. Yine bilgi toplumu hizmetleri kapsamında ticaret şirketlerine internet sitesi kurma ve belli bir içeriği yayınlama zorunluluğunun getirildiği bir düzende, e-ticarete hizmet sağlayıcısı konumundaki gerçek ve tüzel kişileri bilgi verme yükümlülüğünden muaf tutmanın yerinde olup olmadığı da üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. Son olarak, kimlerin tacir veya esnaf sayılacağı TTK m.12-17 hükümlerine göre tespit edilecektir³³.

Bilgi vermeye ilgil ETK m.3/1 ve 2, münhasıran e-posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz (m. 3/5). Bu istisnanın sebebi Kanun'un gerekçesinde, e-posta yoluyla veya benzeri iletişim araçlarıyla doğrudan haberleşme ve müzakere etme imkânına sahip olduğundan bu işlemlerde TBK'daki hazır bulunanlar arasında sözleşme hükümleri uygulanabileceği, bu durumda hizmet sağlayıcılarının ETK m. 3/1 ve 2'deki yükümlülüklerle katlanmalarına gerek olmadığı şeklinde açıklama yapılmıştır. Gerekçede e-posta yoluyla yapılan sözleşmeler bakımından, TBK'daki hazır bulunanlar arasındaki sözleşme hükümlerinin uygulanacağına ilişkin gönderme hatalı olmuştur. Zira e-posta yazışmaları yoluyla sözleşme kurulması, gerekçede belirtilenin aksine genellikle hazır olmayanlar arasında sözleşme kurulması olarak değerlendiril-

³³ Tacir ve esnaf kavramları ile ticaret şirketleri dışındaki gerçek ve tüzel kişilerin adi iş alanı hakkında ayrıntılı bkz. N. Füsün Nomer Ertan and Hüseyin Ülgen vd, Ticari İşletme Hukuku (7 th edn İstanbul 2021) 257 vd; Reha Poroy and Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (20 th edn Ankara 2024) 100 ve özellikle 169 vd; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (30 th edn Ankara 2024) 72 vd; Saffet Tarık Aksın, Evden E-Ticaret Yapan Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatı (Ankara 2024) 30 vd; Özkan Ertekin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Ticari İşletme - Tacir Tacir Olmanın Hükümleri (Ankara 2022) 33 vd; Muhammed Akkuş, Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz (Ankara 2021) 23 vd; Şafak Narbay and Muhammed Akkuş, 'Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler' (Ekim 2020) 44 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 305 vd

dirilebilecek bir durumdur. Örneğin bugün e-posta yoluyla yaptığımız bir öneri, yarın karşı tarafça görülmesi ve ertesi günde kabul e-posta gönderilmesi halinde, hazır olmayanlar arasında bir sözleşme kurulacaktır ki; hükümde kastedilen de budur.

ETK m. 3/5'teki “*Münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri iletişim araçlarıyla*” yapılan sözleşmelerden kastedilenin ne olduğu açık değildir. E-posta gönderimi ile benzerlik gösteren iletişim araçlarına örnek olarak, telefonla arama³⁴, kısa mesaj (sms), video konferans³⁵ ve özellikle akıllı telefon ve tabletlere yüklenen anlık mesajlaşma (instant messaging) uygulamaları (aplikasyonlar) gösterilebilir³⁶. Ancak internet üzerinden arama, değişik yazılımlar kullanarak konuşma ve yazışma yaparak sözleşme kurma imkânının olduğu veya internet sitesinde çevrim içi canlı destek hizmeti alındığı durumlarda da, hizmet sağlayıcılarının bilgi verme yükümlülüğünün devam etmesi daha yerinde olacaktır³⁷.

Hizmet sağlayıcılarının bilgi verme yükümlülüğünün esasları HSY m. 5³⁸ ve 6³⁹'da, hizmet sağlayıcısının doğrudan veya aracı hizmet sağla-

³⁴ Aziz Erman Bayram, ‘Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması’ (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 342

³⁵ Demirbaş (n30) 43, Hamamcıoğlu (n2) 58 dipnot 26

³⁶ Falcıoğlu (n16) 30 vd

³⁷ Nitekim Falcıoğlu, ön bilgilendirme yükümlülüğünün ETK m.3/5 gereğince kalktığı durumlarda dahi kurulacak sözleşmenin mesafeli sözleşme niteliği taşıması halinde TKHK m. 48 uyarınca satıcı/sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğünün devam edeceğini belirtmektedir [(n16) 307 dipnot 978]

³⁸ Elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarının (ETHS) bilgi verme yükümlülüğü m. 5 “(1) ETHS, kendine ait elektronik ticaret ortamının ana sayfasında doğrudan ulaşılabilecek şekilde “iletişim” başlığı altında aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurunur: a) Tacir için ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi; esnaf ve sanatkâr için adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi. b) KEP adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa işletme adı ile tescilli markası. c) Mensubu olduğu meslek odası, meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler. (2) (Değişik:RG-8/3/2025-32835) Elektronik ticaret pazar yerinde satış yapan ve tacir veya esnaf ve sanatkâr olan ETHS, ETAHS tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurunur: a) Ticaret unvanı, işletme adı veya tescilli marka bilgilerinden en az biri. b) Esnaf ve sanatkâr için vergi kimlik numarası, tacirler için MERSİS numarası. (3) (Değişik:RG-8/3/2025-32835) Elektronik ticaret pazar yerinde satış yapan ve tacir veya esnaf ve sanatkâr olmayan ETHS, ETAHS tarafından kendine tahsis edilen alanda merkez adresinin bulunduğu il bilgisine yer verir. (4) (Değişik:RG-8/3/2025-32835) Elektronik ticaret pazar yerinde satış yapan; a) Tacir veya esnaf ve sanatkâr olan ETHS, merkez adresini, elektronik posta adresini ve telefon numarasını, b) Tacir veya esnaf ve sanatkâr olmayan ETHS, adı, soyadı, T.C. kimlik numarası, elektronik posta adresi ve telefon numarasını, ETAHS’ye bildirmekle yükümlüdür. (5) ETHS, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda

yıcıları vasıtasıyla ya da tacir veya esnaf olup olmadığına göre değişen şekilde düzenlenmiştir. Hizmet sağlayıcısının tacir ve esnaf olması durumunda bilgi verme yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir. Tacir ve esnaflar için, olmayanlardan farklı olarak, tebligata elverişli KEP adresi bulundurma zorunluluğu getirilmiştir (HSY m. 5/1b ve 2b, 6/1b).

belirtilen bilgilerdeki değişikliklere ilişkin güncellemeleri yaparak buna ilişkin bildirimde değişikliğin gerçekleştiği tarihi izleyen günün sonuna kadar dâhili iletişim sistemi üzerinden ETAHS'ye iletmekle yükümlüdür. (6) Elektronik ticaret pazar yerinde satış yapan ETHS, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamında düzenlenmesi gereken belgelere, ETAHS tarafından oluşturulan alan aracılığıyla alıcının erişebilmesini sağlar.”

- ³⁹ Elektronik ticari aracı hizmet sağlayıcılarının (ETAHS) bilgi verme ve doğrulama yükümlülüğü m. 6: “(1) ETAHS, elektronik ticaret pazar yerinin ana sayfasında doğrudan ulaşılabilecek şekilde “iletişim” başlığı altında aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur: a) Tacir için ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi; esnaf ve sanatkâr için adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi. b) KEP adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa işletme adı ile tescilli markası. c) Mensubu olduğu meslek odası, meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler. (2) ETAHS, elektronik ticaret pazar yerinde faaliyet gösteren ETHS'ye ilişkin 5 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan bilgilerin, kendisine tahsis edilen alanda gösterilebilmesi ve güncellenebilmesi için gerekli teknik imkânları sağlar. (3) ETAHS, 5 inci maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen ETHS'ye ait tanıtıcı bilgileri, ilgili kurumların erişime açık elektronik sistemlerinden, bunun mümkün olmaması halinde ise ETHS'den temin ettiği belgeler üzerinden doğrular. Tanıtıcı bilgilerini doğrulamadığı ETHS'ye aracılık hizmeti sunamaz. ETAHS, aracılık hizmeti sunduğu ETHS'nin tanıtıcı bilgilerinin güncelliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla her takvim yılında en az bir defa ETHS'nin tanıtıcı bilgilerinin doğruluğunu kontrol eder. ETAHS, 5 inci maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları kapsamındaki bilgileri ETHS'nin ürün listelemediği takvim yıllarında doğrulamakla yükümlü değildir. ETHS'nin bilgilerinin güncel olmadığını tespit etmesi durumunda ETHS'ye dâhili iletişim sistemi üzerinden bildirimde bulunur ve en fazla üç iş günü süre vererek bilgilerin güncellenmesini sağlar. Verilen süre içinde tanıtıcı bilgilerini güncellemeyen ETHS'ye bu bilgileri güncelleyene kadar yalnızca mevcut siparişlere ilişkin aracılık hizmeti sunabilir. (4) ETAHS, onaylanmış elektronik iletişim adresinin ve üçüncü fıkraya göre doğruladığı tacir veya esnaf ve sanatkâr olan ETHS için merkez adresi, tacir veya esnaf ve sanatkâr olmayan ETHS için merkez adresinin bulunduğu il bilgisi, ad, soyad ve T.C. kimlik numarasının kendisinde bulunduğuna ilişkin bilgiye ETHS'ye tahsis ettiği alanda yer verir. (5) ETAHS, kamu kurum ve kuruluşlarının kendisiyle doğrudan iletişim kurmasına imkân sağlayacak en az bir gerçek veya tüzel kişiyi irtibat noktası olarak belirler ve bu kişinin iletişim bilgilerini ETBİS üzerinden Bakanlığa bildirir.”

B. Sipariş ile İlgili Yükümlülükleri

Elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlerde, sözleşme kurulmadan önce hizmet ve aracı hizmet sağlayıcıları, “*siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dâhil olmak üzere, sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlamakla yükümlüdür*” (ETK m. 4/1a). HSY, alıcının, vergi ve teslimat (kargo ücreti) masrafları dâhil olmak üzere ödeyeceği toplam bedeli görmesi gerektiğini hükme bağlamıştır (m. 8/1b). Ayrıca ilgili Yönetmelikte, “*ikinci el malların ayrı kategoride satışa sunulduğunu*” (m. 8/1a) ile “*mal veya hizmetin toplam bedeli, fiyatın hesaplanma usulü ve teslimat masrafları önceden belirlenemiyorsa buna ilişkin ek masrafların ödenebileceği bilgisinin*” de (m.8/1d) hizmet ve aracı hizmet sağlayıcıları tarafından görünebilir kılınmasını öngörmüştür.

Hizmet sağlayıcısı, alıcının siparişini aldığını gecikmeksizin “*elektronik iletişim araçlarıyla teyit etmelidir*” (ETK m. 4/1b). Sipariş teyidinin nasıl ve hangi araçlarla yapılacağı HSY m. 9/1’de “*işlemin yapıldığı elektronik ticaret ortamı üzerinden ve ayrıca elektronik posta, kısa mesaj veya telefon araması gibi araçlardan en az biriyle gecikmeksizin alıcıya bildirir.*” şeklinde açıklanmıştır. Uygulamada da genellikle hizmet sağlayıcılar elektronik ticaret işlemlerinde sipariş tamamlandıktan sonra e-posta ya da kısa mesaj yoluyla sipariş teyidini göndermektedirler. Ayrıca sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılacaktır (ETK m. 4/1c, HSY m. 9/2).

Yine hizmet sağlayıcısının sipariş ile ilgili yükümlülükleri, tarafların tüketici olmaması halinde aksi kararlaştırılabildiği gibi, sipariş verme işlemlerinin münhasıran e-posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılması halinde söz konusu yükümlülükler uygulanmayacaktır (ETK m. 4/3 ve 4).

ETK m. 4’teki sipariş ile ilgili hüküm, sözleşmelerin kurulmasıyla ilgili TBK hükümleri karşısında, gerek olmadığı söylenebilir. Bir an için böyle bir hükme ihtiyaç olduğu düşünülse dahi, bilgi verme ile ilgili 3. madde kapsamında bu hususlar düzenlenebilirdi.

C. Ticari İletişim ile İlgili Yükümlülükleri

Ticari iletişim, internet alan adları ve e-posta adresi dışında, mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişim olarak tanımlanmıştır (ETK m.2/1b). Tanımda da anlaşılabileceği üzere, ticari iletişimin mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olması gerekmektedir; böyle ol-

maması halinde, örneğin adi işler, ETK'nın uygulama alanı dışında kalacaktır⁴⁰.

Hizmet sağlayıcılarına da ticari iletişim ilgili birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Bu kapsamda hizmet sağlayıcıları ile aracı hizmet sağlayıcıları, ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgileri sunmalıdırlar (ETK m. 5/1)⁴¹. Ayrıca ticari iletişimde, indirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliği açıkça belirlenebilmeli, bunlara katılımın ve bunlardan faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılabilmesi ve bu şartlar açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmalıdır (ETK m. 5/2). Böylece alıcılar yanıltılmamış ve alıcılara güven telkin edilmiş olacaktır. Ayrıca kimden ve nereden iletilindiği belirsiz olan reklam ve pazarlama e-postaları ve SMS'leri artık gönderilemeyecektir.

IV. TİCARİ ELEKTRONİK İLETİ

Ticari elektronik ileti, telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, e-posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletilerdir (ETK m. 2/1c)⁴². Ayrıca “e-mail” ve “kısa mesaj / sms” dışında, tacirin tanıtım, reklam⁴³, promosyon vb. amaçlarla kendine bağlı “call center” (çağrı mer-

⁴⁰ Kubilay (n16) 277; Falcıoğlu (n16) 347

⁴¹ Doktrinde ETK m.5'te öngörülen hizmet sağlayıcıları ile aracı hizmet sağlayıcılarının, ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgilerin sunu yükümlülüğünün getirilmesi; alıcıların, hukuki ilişkinin diğer tarafını bilmesi ve karşılaştırma yapma imkânına sahip olmaları ve böylece serbest piyasa ekonomisinin sözleşme özgürlüğü ve rekabet ilkelerini işlevsel kılacağı şeklinde değerlendirilmiştir [Aksu (n 31) 185]

⁴² Tanımda ‘gibi’ sözcüğü kullanıldığından, burada sayılanlar sınırlı sayıda değildir, yeni gelişen teknolojiler kapsamında gönderilenlerin ticari elektronik ileti sayılıp sayılmayacağı her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir [Kaya (n6) 49, 51; Falcıoğlu (n16) 352- 353; Aksu (n31) 180]

⁴³ Doktrinde reklamların, kullanılan mecraya göre, adreslenebilir medya ve yayın medyasında reklam iki ayrıldığı; adreslenebilir medya reklamlarında hedef kitleye telefon araması, elektronik posta gibi araçlar kullanılarak bireysel bazda tanıtım yapıldığı ve iletişime geçildiği, dolayısıyla da ticari elektronik iletilerin adreslenebilir medya reklamı olduğu ifade edilmiştir [Falcıoğlu (n16) 350]. Konum bazlı reklamcılık ile klasik reklamcılık bakımından konusun değerlendirilmesi için bkz. Kaya (n6) 53

Ayrıca reklamlar, gizlenerek de yapılabilir. Doktrinde gizli ticari ileti / iletişim “kullanıcılar internette izledikleri, dinledikleri, okudukları editöryal içeriklerle ayırt edilemeyecek kadar iç içe geçmiş oldukları için reklam olduklarının farkına varılması güç olan,

kezi) ve/veya çalışanları marifetiyle gerçekleştirdiği “telefon görüşmeleri” de “ticari elektronik iletiler”in kapsamına dâhil edilmiştir⁴⁴. Buna karşılık, mektup, kurye/kargo ile gönderiler ticari elektronik ileti olarak kabul edilemez⁴⁵. Hemen belirtelim ki, ETK ve TİY, elektronik ortamda ve ticari amaçla gönderilen iletileri düzenlemektedir. Buna karşın ticari amaçla olmayan, örneğin siyasi mesajlar, yardım veya sivil toplum kuruluşlarının tanıtılmasına ve/veya faaliyetlerine ilişkin iletiler, başta Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ve diğer ilgili mevzuata tabidir⁴⁶.

TİY m.2/2’de aşağıdakiler tarafından gönderilen iletilere, yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağını düzenlemiştir: “a) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamındaki işletmecilerin abone ve kullanıcılarına; münhasıran kendi mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak amacıyla gönderdiği ticari elektronik iletilere, b) Vakıf üniversitelerinin (Değişik ibare: RG-4/1/2020-30998) ve diğer özel eğitim ve öğretim kurumlarının öğrencilerine ve bunların velilerine gönderdiği iletilere, c) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamuya yararlı dernekler ve vergi muafiyeti sağlanan vakıfların, kendilerine ait ticari işletmelerin faaliyetleriyle ilgili olarak üyelerine gönderdiği iletilere, ç) 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun hükümlerine göre radyo ve televizyon yayıncılığı yapan kuruluşlarca, kamuoyunu

fakat ürün pazarlamak gibi ticari kaygılarla yapılan reklamlar” olarak tanımlanmaktadır. ETK m. 5’te “Ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgiler sunulmalıdır.” denilerek, gizli ticari iletişimin internet ortamında da yapılamayacağı özel olarak düzenlemiştir. İnternet ortamında yapılan gizli ticari iletişimlerde de reklam nitelik taşıdığından işbu hüküm gereğince söz konusu reklamda, reklam veren gerçek ve tüzel kişi ile ilgili bilgi bulunmalıdır. Ayrıntılı inceleme için bkz. F. İtir Bingöl, ‘İnternet Ortamındaki Gizli Ticari İletişime İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme’ (Haziran 2019) 9 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 110 vd

⁴⁴ Çağrı ve faks, çevrim içi gerçekleştirilmediğinde, elektronik ticaret faaliyeti sayılması söz konusu olacaktır, ETK ve TİY, ticari elektronik iletileri e-ticaretten daha geniş bir uygulama alanı vermiştir [Falcioğlu (n16) 351]

⁴⁵ Falcioğlu (n16) 352-353

⁴⁶ Kaya (n6) 50, 123 vd ve özellikle 158 – 161; Nafiye Yücedağ, Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza -Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Uyarınca- (İstanbul 2022) 34. Doktrinde kutlama, temenni ve dilek gibi özünde ticari bir amaç içermeyen fakat hizmet sağlayıcının bilinirliğini artırabilecek iletilerin de ticari elektronik ileti kabul edileceği; özellikle söz konusu iletilerde hizmet sağlayıcısının tanınırlığını artırabilecek nitelikte, örneğin doğum gününüze özel indirimden yararlanın gibi bir içerik taşıyorsa, bu tür iletiler için de alıcıdan önceden onay alınmış olması gerektiğini ifade etmektedir [Falcioğlu (n16) 358]

bilgilendirmek ve eğitmek amacıyla yapılan yayın hizmetlerine ilişkin bilgilendirme iletilerine, d) Devlet, mahalli idareler ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla gönderdikleri iletilere.”

A. Ticari Elektronik İleti Gönderme Şartı: Ön Onay (İzin)

Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları⁴⁷ (izinleri) alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla ya da ticari elektronik ileti yönetim sistemi (İYS) üzerinden alınabilir (ETK m. 6/1; TİY m. 5/1 ve 3)⁴⁸. Görüldüğü üzere, ticari elektronik ileti göndermenin ön şartı, önceden onay (izin) alınmasıdır.

Elektronik ticari ileti gönderimi için izin alınması konusunda, iki sistem mevcuttur. Bunlardan ilki “*önceden izin alma*” koşuluna dayanan “*opt-in*”, diğeri ise, herhangi bir mesajı “*bundan sonrası için almayı reddetme hakkı*” olarak tanımlanan “*opt-out*” sistemidir⁴⁹. Uygulamada “*opt-in*” olarak anılan ve önceden onay alınması esasına dayanan sistem, AB yönergesine uyumlu olarak, ülkemizde kanun hükmü gereğince uygulanmaya başlanmıştır⁵⁰. Başka bir ifadeyle, susma veya opt-out şeklinde örtülü rıza ile ticari ileti gönderilemez⁵¹. TİY m. 7/4 uyarınca, alıcının elektro-

⁴⁷ Doktrinde kanunda kullanılan “onay” ifadesinin, terminolojik olarak hatalı olduğu, çünkü rıza kavramının hem önceden verilen izni ve hem de sonradan verilen onayı kapsıladığı; bu sebeple “rıza / açık rıza” terimlerinin kullanılmasının daha iyi olacağı, ETK’da onayın önceden alınması gerektiği de açıkça ifade edildiğinden, “onay” ifadesinin ‘izin’ veya ‘önceden alınmış rıza’ olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir [Yücedağ (n46) 35]

⁴⁸ Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50/5’de “İşletmeciler tarafından, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarla, önceden izinleri alınmaksızın otomatik arama makineleri, faksler, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla haberleşme yapılamaz.” denilerek, işletmelerin abone ve kullanıcılarına önceden izin almaksızın ileti gönderemeyecekleri düzenlenmiştir.

⁴⁹ Balaban (n 12) 187, Şebnem Ahi, ‘Yeni E-Ticaret Kanununun Şirketlere Getirdiği Sorumluluk ve Yükümlülükler’, <<http://webrazzi.com/2014/12/13/yeni-eticaret-kanunu/>>, ET: 16.08.2024; Yaren Demir, Elektronik Ticaret Mevzuatı Uygulamaları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2017) 73-77

⁵⁰ Kaya (n6) 177; Falcioğlu (n16) 354 – 355; Kubilay (n16) 284-285; Balaban (n 12) 187. Ancak Kaya kanunla getirilen opt-in sistemini eleştirmekte ve hukukun denge sanatı olduğunu, kişilerin korunması ve rahatsız edilmemesi bakış açısıyla çok katı düzenlemeler getirilmesinin dengeyi bozduğunu ve ticari iletişim hakkının ölçüsüz sınırladığını belirterek, Türkiye için en uygun sistemin opt-out olduğunu ileri sürmektedir [ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. (n 6) 177 vd]

⁵¹ Yücedağ (n46) 35

nik iletişim adresine ticari elektronik ileti gönderilerek onay talebinde bulunulamaz. Yine onay, reddetme hakkı kullanılıncaya kadar geçerli olduğundan (TİY m. 5/1 son cümle), kişi verdiğini onayı reddettikten sonra ileti gönderilemez ve tekrardan onay istenemez.

Yukarıda belirttiğimiz üzere onay, yazılı olarak ve her türlü iletişim aracılığıyla alınabileceği gibi, İYS üzerinden de alınabilir. TİY m. 5/2 uyarınca, ticari elektronik ileti göndermek isteyen gerçek ve tüzel kişiler İYS'ye kaydolmak zorundadırlar. Zira Yönetmelik, onay gerektirmeyen durumlar haricinde (ETK m. 6, TİY m. 6), İYS üzerinde onayı bulunmayan alıcılara ticari elektronik ileti gönderimini yasaklamıştır (TİY m. 5/3). Yine İYS üzerinden alınmayan onayların, hizmet sağlayıcı tarafından üç iş günü içinde İYS'ye kaydedilmesi gerekmektedir (TİY m. 7/11). Eğer İYS üzerinden alınmayan onaylar, üç iş gününün içinde İYS'ye kaydedilmezse, geçersiz hale gelecektir (TİY m. 7/12).

ETK ve TİY'de onayın süreli verilebileceğine ilişkin bir açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte; belirli süreyle sınırlı veya gönderim için belirli zaman dilimlerine özgü olarak verilmesi de mümkündür. Yine alıcı, iletinin gönderileceği aracı da, arama, kısa mesaj veya e-posta gibi, seçip belirleyebilir. Bu durumlarda belirlenen sürenin ve aracın dışında ileti gönderilmesi, izinsiz gönderim olacaktır⁵².

Alıcılardan yazılı onay alınması halinde, onay metninin alıcı tarafından imzalanması gerekmektedir (TİY m. 7/2). Buna karşılık, kanun ve yönetmelikte elektronik iletişim araçları sınırlı bir şekilde belirtilmediğinden, ticari elektronik ileti göndermek için kişilerden alınacak onayların SMS, e-posta ve hatta sosyal medya hesapları üzerinden de alınması mümkündür. Ancak onayın elektronik ortamda alınması durumunda, onayın alındığı bilgisi, reddetme imkânı da tanınmak suretiyle, alıcının elektronik iletişim adresine 24 saat içinde iletilmesi gerekmektedir (TİY m. 7/3). Onayda, alıcının ticari elektronik ileti gönderilmesini kabul ettiğine dair olumlu irade beyanı, adı ve soyadı ile elektronik iletişim adresi yer almalıdır. İYS üzerinden alınan onaylarda ise olumlu irade beyanı ve elektronik iletişim adresi yer alır (TİY m. 7/1c.2 ve 3).

Uygulamada *double opt-in* olarak adlandırılan ve alıcının kendi rızası ile e-posta adresini verdiği veya herhangi bir konuda e-posta almak istediğini belirttiği durumlarda firma tarafından doğrulama ve yeniden onay alma amacıyla bir e-posta gönderilmesi ve bu e-postaya da onay verilmesi şeklinde ticari iletişimin başlatıldığı görülmektedir. Ancak alıcının kendi

⁵² Kaya (n6) 56, 57, 60; Falcıoğlu (n16) 355-356

rızası ile e-posta adresi gibi iletişim bilgilerini vermediği durumlar bakımından ise, alıcıların elektronik iletişim adreslerine ticari elektronik ileti gönderilerek onay talebinde bulunulamaz (TİY m. 7/4). Hizmet sağlayıcılarının başarılı bir *double opt-in* sistemini işletebilmeleri için, mesajları kısa tutmaları, açık ve net olmaları, nazik bir dil kullanmaları ve tek tıkla kolay bir şekilde onay alınmasını sağlayacak nitelikte olması gerekir⁵³.

TİY’de onayın nasıl alınacağına ilişkin özel düzenlemeler de getirilmiştir. Şöyle ki, onay, abonelik, satış ve üyelik sözleşmesi gibi bir sözleşmenin içeriğine dahil edilerek alınıyorsa sözleşmenin sonunda, olumlu irade beyanından veya imzadan önce, ticari elektronik ileti kenar başlığı altında, reddetme imkânı da tanınarak en az on iki punto ile yazılarak alınmalıdır (m. 7/5). Acentelik, özel yetkili işletme ya da bayilik sözleşmesindeki taraflardan birine verilen onay; bu sözleşmeye konu mal, hizmet veya marka ile sınırlı olarak sözleşmenin diğer tarafı için de verilmiş kabul edilecektir (m. 7/6). Hizmet sağlayıcı aldığı onayı, kendi mal veya hizmetleri ile birlikte olmak kaydıyla promosyon olarak sunulan mal ve hizmetler için de kullanabilir. Ancak bu promosyon ilişkisinin bir sözleşmeye bağlı olma şartı aranır (m.7/7). Onay metninde, olumlu irade beyanı önceden seçilmiş olarak yer almamalıdır (m. 7/8). Hizmet sağlayıcı, alıcıdan ticari elektronik ileti onayı vermesini, sunduğu mal ve hizmetin temini için ön şart olarak ileri süremez (m. 7/9). Son olarak belirtelim ki, aracı hizmet sağlayıcıları başkaları adına, onların mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak amacıyla ticari elektronik ileti göndermek için onay alamazlar (TİY m. 11/4).

B. Ticari Elektronik İleti Göndermede Onay (İzin) Gerekmeyen Haller

Ticari elektronik ileti göndermeden önce onay (izin) alınmasına ilişkin yasal zorunluluk, Kanun ve Yönetmelik’te bazı durumlar ve kişiler bakımından aranmamıştır. Öncelikle alıcının kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmasına gerek yoktur (ETK m. 6/1/c.2, TİY m.6/1)⁵⁴. Yine devam eden abonelik, üyelik veya ortaklık durumu ile tah-

⁵³ Merve Kara, ‘Yeni E-Ticaret Kanunu ve Double Opt-In ile Bağlı Müşterileri Hedeflemek’ <<http://webrazzi.com/2015/02/18/yeni-e-ticaret-kanunu-double-opt-in/>> ET: 15.01.2025

⁵⁴ Aynı yönde Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50/6’da “İşletmeciler tarafından, abone ve kullanıcıların iletişim bilgilerinin bir mal ya da hizmetin sağlanması sırasında, bu tür

silât, borç hatırlatma, bilgi güncelleme, satın alma ve teslimat veya benzeri durumlara ilişkin bildirimleri içeren iletiler ile hizmet sağlayıcıya ilgili mevzuatla getirilen bilgi verme yükümlülüğü durumlarında önceden onay alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu tür bildirimlerde herhangi bir mal veya hizmet özendirilemez veya bunların tanıtımı yapılamaz (TİY m. 6/2). Ayrıca sermaye piyasasına ilişkin mevzuat uyarınca aracılık faaliyetinde bulunan şirketlerce müşterilerine bilgilendirme amaçlı gönderilen ticari elektronik iletiler için onay alınması zorunlu değildir (TİY m. 6/4)⁵⁵. Hemen belirtelim ki, TİY m. 6/2 ve 4 gereğince, onay gerekmeyen durumlarda, İYS üzerinde kontrol yapılmayacaktır (TİY m. 6/5); başka bir anlatımla bu durumlarda İYS kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁶.

Alıcıların, tacir veya esnaf olması halinde de, onların elektronik iletişim adreslerine gönderilen ticari elektronik iletiler için de önceden onay alınması zorunlu değildir (ETK m. 6/2, TİY m. 6/3). Başka bir anlatımla, Kanun ve Yönetmelik, tacir ile esnaf için opt-out sistemini benimsemiştir⁵⁷. Bunun sebebi Kanun Gerekçesinde esnaf ve tacirlerin kendilerine gelen reklam amaçlı elektronik iletilerden haberdar olabilmelerinin ticarî hayatın bir gereği olması şeklinde açıklanmıştır⁵⁸. Ancak tacir ve esnafın reddetme haklarını kullandıkları hallerde onayları alınmadan tekrar ticari elektronik ileti gönderilemez (TİY m. 6/3).

Belirtelim ki, alıcıların tacir ya da esnaf olması halinde ticari ileti gönderme bakımından onay alınmasına gerek olmadığına ilişkin Kanun ve Yönetmelik hükümleri eleştiriye açıktır. Şöyle ki, ticari ileti gönderilecek kişinin tacir veya esnaf olup olmadığının tespiti, özellikle gerçek kişi tacir

haberleşmenin yapılacağına dair bilgilendirilerek ve reddetme imkânı sağlanarak edinilmiş olması hâlinde, abone ve kullanıcılarla önceden izin alınmaksızın aynı veya benzer mal ya da hizmetlerle ilgili pazarlama, tanıtım, değişiklik ve bakım hizmetleri için haberleşme yapılabilir.” denilerek, abone ve kullanıcıların iletişim bilgilerinin bir mal veya hizmet sağlanması sırasında alınması halinde, ayrıca izin alınmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Fatih Yavuzer and Demet Özkahraman, ‘Capital Market Transactions in Electronic Environment within the Scope of the Regulation for Distance Contracts Regarding Financial Services’ (2015) 13 GSI Articleletter 27-29

⁵⁶ Kaya (n6) 57

⁵⁷ ibid 56; Hamamcıoğlu (n2) 65

⁵⁸ Doktrinde de tacir ve esnafa elektronik ticari ileti gönderilmesi bakımından önceden izin alınmasının gerekli olmamasına ilişkin düzenlemenin isabetli olduğu, zira ticari iletilerin tacir ve esnafın işleri veya iş alanlarıyla ilgili olması yanında, tacir ve esnafın yeni iş fikirlerini ve tekliflerini birbirlerine iletmelerinin ticari örf ve adet veya teamül oluşturması şeklinde ifade edilmiştir [Ahmet Galip Kaplan, Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri (İstanbul 2020) 59]

ve esnaflar bakımından oldukça zordur. Ayrıca ileti gönderilecek gerçek kişinin tacir olması durumunda dahi, bu kişilerin ticari iş niteliğinde olmayan adi iş ve işlemlerinde, yani tüketici sayıldıkları hallerde, önceden izin almaksızın ileti gönderilmesini kabul etmek Kanun'un getirdiği sisteme aykırılık oluşturmaktadır. Özellikle gerçek kişi tacir ve esnafların, küçük ölçekli işletmelere sahip oldukları durumlarda, kişisel ve iş için kullandıkları iletişim bilgilerinin (telefon numaraları ve e-posta adresleri) aynı olduğu durumlarda, bu kişilere gönderilecek iletiler için onay alınıp alınmayacağı açık değildir. Ayrıca Kanun'un birçok maddesinde esnaf ve tacirlere bu kanun hükümlerinin uygulanmayacağı ve aksinin kararlaştırılabileceğinin belirtilmesi de doğru olmamıştır. ETK sadece tüketiciler için çıkarılmışsa, ayrı bir kanun çıkarılmasına zaten gerek yoktur. TKHK'da ve tüketici hukukuna ilişkin ikincil mevzuatta da bu konular düzenlenebilirdi. Kaldı ki, tüketiciler için de satın alacakları ürün ve hizmetlere ilişkin bilgi sahibi olunması da bir ihtiyaçtır. Tüketicilerin fiyat, teknik özellik, servis ve yedek parça gibi birçok konular için araştırma içine girdikleri ve bu amaçla kurulmuş platform ve internet sitelerini ziyaret ettikleri, satıcı ve hizmet sunanlardan kişisel bilgileri vererek bilgi istedikleri de malumdur. Getirilen düzenlemeyle tacir ve esnaflar dışındaki kişilere ticari elektronik ileti gönderimi güçleştirilmiştir⁵⁹. Tüm bu sebeplerle doktrinde ileri sürüldüğü

⁵⁹ İstanbul BAM, 3. HD., T. 6.2.2024, E. 2024/8 ve K. 2024/353 sayılı kararına konu olayda ETK'nin yürürlüğe girmesinden önce davacı ile davalı arasında akdedilen GSM abonelik sözleşmesi ile Toplu SMS Taahhütnamesinde "davalının 02/10/2013 tarihinden itibaren 24 ay süre içinde 20 milyon SMS göndermeyi taahhüt ettiğini", davalının 13.065.579 adet SMS gönderip kalan 6.934.421 adet SMS taahhüdünün yerine getirilmediği, bu sebeple taahhük ettirilen alacakların davalı tarafından ödenmediği iddia edilmiş; davalı ise sözleşmenin akdinden sonra yürürlüğe giren ETK ve TİY uyarınca önceden izin almadan SMS gönderiminin yasaklandığını ve dolayısıyla ifa imkansızlığı oluştuğunu savunmuştur. Mahkemece elektronik ticari iletiler ile ilgili ETK ve TİY hükümleri yazıldıktan sonra, "...Yukarıda hükümleri aktarılan Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmeliklerin yürürlük tarihi itibarıyla tacirlerin özel kişilere SMS veya e-mail gönderimi tamamen yasaklanmamış olup alıcının onayına bağlanmıştır. Bu durumun davalı yönünden TBK'nun "ifa imkansızlığı" değil "ifa güçlüğü"ne ilişkin hükümlerinin uygulanmasını gündeme getireceği değerlendirilmiştir. Ancak davalının da ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanması istediğine dair bilgi belge bulunmadığından ifa güçlüğü hükümlerinin de somut olaya uygulanamayacağı düşünülmektedir... ", "DAVANIN KABULÜ" ile belirlenen alacağın hüküm altına alınmasına karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." şeklinde karar verilmiştir. Kararda ticari elektronik ileti gönderimi ile ilgili getirilen yasal düzenlemeyle, ileti gönderiminin tamamen yasaklanmadığı, ancak güçleştirildiği; bu durumun daha önce akdedilen toplu SMS gönderimine ilişkin sözleşmeler açısından ifa güçlüğü (TBK m. 138) oluşturduğunu, ifa imkansızlığına (TBK m. 136) sebebiyet

ve önerildiği gibi⁶⁰, tacir, esnaf ve tüketici ayrımı yapılmaksızın tüm kişiler için opt-out sisteminin benimsenmesi, yani izin almadan ticari ileti gönderilmesine müsaade edilmesi; buna karşılık reddetme hakkını kullanan kişilere ileti gönderilmemesi ve reddetmesine rağmen ileti gönderenlere yaptırım uygulanması şeklinde çıkartılması daha isabetli olurdu. Muhtemel bir değişikliklikle de opt-out sistemine geçilebilir.

Son olarak, tacir ve esnaflara izin almadan ticari ileti göndermek mümkünse de, bunun dürüstlük kuralına uygun şekilde yapılması gerekir (TMK m.2). Örneğin aynı veya benzer iletinin kısa zaman içinde defalarca (aynı gün içinde on kez) gönderilmesi, aynı ürün ve hizmet için ısrarla ve sık sık gönderilmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ve haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir. Bu durumda da tacir ve esnaflar, ileti gönderenlere karşı, TTK m. 54 vd. hükümlerine göre başta tespit ve durdurma olmak üzere maddi ve manevi tazminat davası açabilirler⁶¹.

C. Ticari Elektronik İletinin İçeriği

Ticari elektronik iletinin içeriği öncelikle, alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır (ETK m. 7/1, TİY m. 8/1). Başka bir deyişle, ticari iletiler, alıcılardan kim tarafından ve hangi amaç, ürün veya hizmet, sıklık ve mecra için ileti gönderme onayı alınmış ise yalnızca o kapsamda gönderilmelidir. Aksi halde, ticari ileti gönderimi hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) teşkil eder ve hukuka aykırı hale gelir⁶².

Ticari elektronik iletide, hizmet ve aracı hizmet sağlayıcının tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve e-posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgileri; ayrıca haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgiler; satış ve pazarlamayla ilgili tanıtım, kampanya, bilgilendirme ifadesi ile iletiyi reddetme hakkıyla ilgili hususlar da yer almalıdır (ETK m. 7/2-3, TİY m. 8/5). Şeffaflıkla ilgili olan bu yükümlü-

vermediğine dikkat çekilmiş ve aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararı (İstanbul Anadolu 10. Asliye Ticaret Mahkemesinin T. 11.7.2023, E. 2022/463 ve K. 2023/631 sayılı kararı) bozulmuştur.

⁶⁰ Kaya (n6) 177 vd

⁶¹ Kaplan (n 58) 60; N. Füsün Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku (İstanbul 2016) 247-248; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, 'Elektronik Ortamda Haksız Rekabet' (2014) 18 (5) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 79 vd

⁶² Kaya (n 6) 61; Falcıoğlu (n16) 358

lükler, alıcıların ileti göndericilerini tanımlarına ve onlarla iletişime geçebilmelerine imkân oluşturmaktadır⁶³.

Elektronik ticari iletilerin içeriğiyle ilgili, TİY’de ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Ticari elektronik iletinin başlığında veya içeriğinde; tacirler için MERSİS numarası ve ticaret unvanına, esnaflar için adı ve soyadı ile T.C. veya vergi kimlik numarasına yer verilir. Hizmet sağlayıcı, bunlara ek olarak marka veya işletme adı gibi kendisini tanıtan diğer bilgilere yer verebilir (TİY m. 8/2). Kısa mesaj gibi sınırlı alanlar kullanılarak gönderilen ticari elektronik iletinin içeriğinde; tacirler için MERSİS numarasına, esnaflar için ise adı ve soyadı ile T.C. veya vergi kimlik numarasına yer verilir. Hizmet sağlayıcı, bunlara ek olarak marka veya işletme adı gibi kendisini tanıtan diğer bilgilere yer verebilir (TİY m. 8/3). Sesli arama içeriğinde; tacirler için ticaret unvanına, esnaflar için ise adı ve soyadına yer verilir. Hizmet sağlayıcı, bunlara ek olarak marka veya işletme adı gibi kendisini tanıtan diğer bilgilere yer verebilir (TİY m. 8/4). Ticari elektronik iletinin niteliği içeriğinden açık bir biçimde anlaşılamıyorsa tanıtım, kampanya ve bilgilendirme gibi niteliği belirleyici bir ibareye yer verilir. Bu ibare; kısa mesaj yoluyla gönderilen iletilerde iletinin başlangıcında, elektronik posta yoluyla gönderilen iletilerde konu bölümünde, sesli aramalarda ise görüşmenin başlangıcında belirtilir (TİY m. 8/6).

Ticari elektronik iletide indirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunlar olması halinde bu husus iletide açıkça belirtilir (TİY m. 8/7). Promosyonların geçerlilik süresi ve alıcının bunlardan faydalanmak için yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerle ilişkin şartlar, açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde, bu hususlara özgülenmiş bir URL adresi veya müşteri hizmetleri numarası gibi kolay bir şekilde ulaşılabilecek yöntemlerle sunulur (TİY m. 8/8).

D. Alıcının Ticari Elektronik İletiyi Reddetme Hakkı

Alıcılar diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin ticari elektronik iletileri almayı reddetme hakkına sahiptirler (ETK m.8/1, TİY m. 9/1)⁶⁴. Bu noktada hizmet sağlayıcıları da ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlamakla ve gönderdikleri iletide kendileri tarafından sağlanan ya da İYS tarafından sunulan

⁶³ Kaya (n 6) 61

⁶⁴ Doktrinde ETK m. 8/1’deki ticari iletinin reddi ifadesinden rızanın geri alınmasının anlaşılması gerektiği; esasen ETK m. 6/2 uyarınca tacir ve esnafların izinleri olmadan ileti gönderildiğinden onların ileti almayı reddetmelerinin söz konusu olduğu belirtilmektedir [Yücedağ (n 46) 196]

müşteri hizmetleri numarası, kısa mesaj numarası veya yalnızca ret bildirimine özgülenmiş bir URL adresi gibi erişilebilir iletişim adreslerini vermekle yükümlüdürler (ETK m.8/2, TİY m. 9/3)⁶⁵. Ayrıca ret bildirimi imkânı, gönderilen her ticari elektronik iletide yer alması gerekmektedir (TİY m. 9/4).

Alıcı reddetme hakkını İYS üzerinden de kullanabilir (TİY m. 9/7). Hâlihazırda <<https://vatandas.iys.org.tr/giris?redirect=%2Fprofil>> üzerinden alıcılar, verdikleri arama, kısa mesaj ve e-posta onaylarını kaldırabilmektedirler. Hizmet sağlayıcıları ret talebinin ulaşmasını müteakip, üç iş günü içinde alıcıya elektronik ileti göndermeyi durdurması gerekir (ETK m.8/3, TİY m. 10). Yine hizmet sağlayıcıları, kendisine iletilen ret bildirimlerini üç iş günü içinde İYS'ye bildirmekle de yükümlüdür (TİY m. 9/6). Alıcının ret bildiriminde bulunması, bildirimin yapıldığı iletişim kanalına ilişkin onayı geçersiz kılar (TİY m.9/1 son cümle). Hemen belirtelim ki, alıcı tarafından reddetme hakkının kullanılmış olması, hizmet sağlayıcının tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre alıcıya gönderilmesi zorunlu olan bildirimlerin yapılmasına engel teşkil etmez (TİY m. 9/5).

Görüldüğü üzere, kanuni düzenlemeyle, alıcılara giriş onayı verdikleri ileti sisteminden hiçbir şarta bağlı olmadan ve diledikleri zaman çıkma hakkı verilmiş; buna karşın hizmet sağlayıcılarına da bu ret beyanına uyma yükümlülüğü getirilmiştir. Alıcıların sistemden çıkışı için, başka bir anlatımla ret bildirimi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olup; ret bildirimi yazılı veya elektronik ortamdaki araçlarla (sms, telefon vb.) ya da İYS üzerinden yapılabilir. Hâlihazırda uygulamada, hizmet sağlayıcıları, kısa mesajlarda iptal için açıklama ve mesaj gönderme numarası; e-posta iletilerinde de bir çıkış linki koyarak bu yükümlülük yerine getirilmektedir. Burada hizmet sağlayıcılarının dikkat etmesi gereken en önemli husus, alıcıların ret hakkını kolay ve ücretsiz olarak kullanılmalarını sağlayacak şekilde, ret imkânı sunmalarıdır. Örneğin e-posta yoluyla gönderilen bir ileti için çağrı merkezinin aranarak ret hakkının kullanılabileceğinin belirtilmesi, ETK m. 8// ve TİY m. 9/3'ye aykırı olup, e-posta yoluyla gönderilen iletinin reddinin de e-posta ile yapılabilmesi sağlanmalıdır⁶⁶.

Alıcıların ticari elektronik ileti almayı reddetme hakları, mutlak bir hak olup; herhangi bir şart veya süreye bağlanamaz. Yine alıcılar bu hak-

⁶⁵ Yine abonelik sözleşmeleri bakımından Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50/7'de "Abone ve kullanıcılara, bu tür haberleşme yapılmasını reddetme ve verdikleri izni geri alma hakkı kolay ve ücretsiz bir şekilde sağlanır." denilerek, ileti almayı reddetme hakkının kolay ve ücretsiz şekilde sağlanması gerektiği düzenlenmiştir.

⁶⁶ Kaya (n6) 64; Yücedağ (n46) 206

larını istedikleri zamanda özgürce kullandıkları için, onların sorumluluğuna gidilmesi ve yaptırım uygulanması gibi bir husus da söz konusu değildir. Ayrıca ret hakkının kullanılması, gönderilen iletilerin hukuka aykırı olduğu ve / veya kişisel verilerin hukuka aykırı işlendiği gibi bir karine de teşkil etmez. Hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁶⁷. Son olarak belirtelim ki, ret hakkı alıcının verdiği içeriği değiştirme hakkını da barındırmaktadır. Bu bağlamda alıcı ileti onayı verdiği ürün ve hizmetleri değiştirebileceği gibi, kısa mesaj ve e-posta için verdiği izni sadece e-postaya da dönüştürebilir⁶⁸. Söz konusu değişiklikler, daha önce verilen ileti onayının tamamen veya kısmen reddedilmesi sonucu doğurması halinde, hizmet sağlayıcıların bu değişikliğin gereği olarak ileti göndermeyi tamamen veya kısmen durdurması ya da içerik ve kapsamını değişikliğe uygun hale getirmeleri gerekmektedir.

E. Hukuka Aykırı İçerik

ETK'da 2022 yılında yapılan değişikliklerle, ticari elektronik ileti içeriğinin hukuka aykırı olması hali yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir (m. 9/1). Ancak aracı hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmek zorundadır (m. 9/2). Ayrıca elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafa konu ürün hakkındaki bilgiler, ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır (m. 9/3).

⁶⁷ Kaya (n6) 63

⁶⁸ İbid 67

V. ARACI HİZMET SAĞLAYICILARININ TİCARİ İLETİLERLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Elektronik ortamda mal ve/veya hizmet satışında, satıcıların ürün ve/veya hizmetlerini sergileyebilme, satıcı ile alıcılar / tüketiciler arasında iletişimi ve güveni sağlama noktasında en önemli aktörlerden biri de aracı hizmet sağlayıcılarıdır. Kanunda, “*başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır (ETK m. 2/1d). Bu kapsamda hizmet sağlayıcıları, önceden onayını aldığı alıcılara ticari elektronik iletileri kendisi gönderebileceği gibi aracı hizmet sağlayıcılar vasıtasıyla da gönderebilir (TİY m. 11/1).

Aracı hizmet sağlayıcıları, kural olarak, hizmet sağlayıcılarına yüklenen yükümlülükler tabidir (ETK m. 9/2, 10; TİY m. 11/2; HSY m. 6 vd.)⁶⁹. Ancak hizmet sağlayıcılarından farklı olarak aracı hizmet sağlayıcıları, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildirler (ETK m.9/1, TİY m. 11/3). Belirtelim ki, aracı hizmet sağlayıcıları içerik kontrol ve içeriğin hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığını araştırmakla yükümlü değilse de, bu durum açıkça hukuka aykırı olmayan veya hukuka aykırılığı bilinmeyen içerikler bakımındandır. Aracı hizmet sağlayıcıları açıkça hukuka aykırı olduğu anlaşılan veya hukuka aykırı olduğu bir şekilde öğrenilen içerikler bakımından sorumlu olacaklardır (ETK m. 9/2 ve 3). Yine 2022 yılında yapılan değişiklikle Kanununa eklenen Ek m. 2/2f gereğince, aracı hizmet sağlayıcılar, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sağlanan içerikle ilgili mevzuata aykırı hususların tespitine yönelik işlem-

⁶⁹ ETK’ya 2022 yılında eklenen Ek m. 2’de aracı hizmet sağlayıcılarına ek yeni yükümlülükler getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi ve özellikle aracı hizmet sunucularının tüketici hukuku bakımından sorumlulukları için ayrıca bkz. Kaya (n6) 66 vd; Sert Sütçü (n 18) 281 vd; Miray Özer Deniz and Erman Ekingen, ‘7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri’ (Aralık 2022) (69) Adalet Dergisi 430 vd; Emel Badur and Kutluay Hatipoğlu, ‘Elektronik Ticaret Pazar Yerinde Aracılık Sözleşmesi’ (Ekim 2023) 3 (2) Kırkkale Hukuk Mecmuası 344 vd; Burcu Sırış, ‘Yargıtay’ın “Çiçeksepeti Kararı” Işığında Elektronik Ticarete Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirmeler’ (2024) 9 (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 364 vd. Aliberk Birlik and Reyhan Reyhan, ‘Liability of Intermediary Service Providers in Electronic Commerce’ (2023) 29 GSI Articleletter 93 vd; Bahadır Demir, ‘Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu’ (Aralık 2024) 14 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1794 vd

leri ve bunun neticesinde tespit edilen aykırılıkları içeren raporu Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre Bakanlığa göndermekle de yükümlü tutulmuşlardır.

TİY’de 2020 yılında yapılan değişiklikle aracı hizmet sağlayıcılara, kişisel verilerin korunması, ispat yükümlülüğü ve kayıtları saklama süresiyle ilgili yükümlülükler getirilmiştir. Şöyle ki, aracı hizmet sağlayıcı ticari elektronik ileti gönderimine ilişkin sistemini İYS ile uyumlaştırmakla sorumludurlar (m. 11/4). Yine aracı hizmet sağlayıcılar, İYS’ye kayıt olmayan hizmet sağlayıcılara ait ticari elektronik iletilerin gönderimini başlatmazlar (m. 11/6). Ayrıca aracı hizmet sağlayıcı, alıcıların abonelik hattını kapatmaları halinde İYS’ye bu durumu bildirmekle de yükümlüdürler (m. 11/9). Aracı hizmet sağlayıcıları başkaları adına, onların mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak amacıyla ticari elektronik ileti göndermek için onay alamazlar (m. 11/4). Hizmet sağlayıcının talimatı doğrultusunda ticari elektronik ileti gönderimini başlatan aracı hizmet sağlayıcı, ileti gönderimine başlamadan önce İYS üzerinden alıcıların onayının olup olmadığını kontrol eder ve İYS üzerinde onayı bulunmayan alıcılara ileti gönderimini başlatmaz (m. 11/7).

TİY m. 12/1 uyarınca aracı hizmet sağlayıcı (ve hizmet sağlayıcı ile Kuruluş), Yönetmelik çerçevesinde yapmış olduğu işlemler ve sunduğu hizmetler nedeniyle elde ettiği verilerin, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla muhafazasından ve hukuka aykırı olarak bunlara erişilmesini ve işlenmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasından sorumludur. Ayrıca kişisel verilerin; üçüncü kişilerle paylaşılabilmesi, işlenebilmesi ve başka amaçlarla kullanılabilmesi için ilgili kişiden önceden onay alınması gerekir (TİY m.12/2).

Hizmet sağlayıcı ve/veya aracı hizmet sağlayıcıları, onay kayıtlarını, onayın geçerliliğinin sona erdiği tarihten, ticari elektronik iletilere ilişkin diğer kayıtları ise kayıt tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklamak; talep edilmesi halinde bu kayıtları Bakanlığa sunmakla da yükümlüdürler (TİY m. 13/2). Ayrıca şikâyet konusu işlemlerde ispat yükümlülüğü hizmet sağlayıcıya ve/veya aracı hizmet sağlayıcıya aittir (TİY m. 13/1).

VI. TİCARET BAKANLIĞININ DÜZENLEME YAPMA, DENETİM, ŞİKÂyetLERİ SONUÇLANDIRMA VE YAPTIRIM YETKİSİ

Elektronik ticaret ve elektronik ticari iletilerle ilgili düzenlemeler yapma yetkisi kanunla Ticaret Bakanlığına verilmiştir. ETK m. 11/1’e göre “*Bakanlık, bu Kanunun uygulanmasını ve elektronik ticaretin gelişimini sağlamaya, etkin ve adil rekabet ortamını korumaya, hizmet sağlayıcı*

ve aracı hizmet sağlayıcının faaliyetlerine yönelik düzenleme yapmaya ve aracılık sözleşmesinde yer verilmesi zorunlu unsurları belirlemeye yetkilidir.” Yine ETK m. 11/6 uyarınca da “*Bakanlık, 3 üncü, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde düzenlenen yükümlülüklerin aracı hizmet sağlayıcılara uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.*” Görüldüğü üzere Ticaret Bakanlığı, Kanunla, ticari iletiler başta olmak üzere e-ticaretle ilgili, düzenleme yapma hak ve yetkisine sahiptir. Bu kapsamda da Bakanlık bu yetkisini kullanarak çeşitli yönetmelik ve tebliğler çıkartmıştır⁷⁰.

Ticaret Bakanlığı, ETK’nın uygulanması ve elektronik ticaretin gelişimiyle ilgili her türlü tedbiri almaya ve denetimi yapmaya da yetkilidir (m. 11/2 vd.). Bakanlık, hizmet sağlayıcı, aracı hizmet sağlayıcı ve İYS Kuruluşunun (İleti Yönetim Sistemi Anonim Şirketinin) Kanun ve Yönetmelik kapsamında gerçekleştirdiği faaliyet ve işlemlerini de denetlemeye yetkilidir (TİY m. 16/1). Yine Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, bu Kanun kapsamında Bakanlık yetkisine giren hususlarla ilgili olarak her türlü bilgi, belge ve defterleri istemeye, bunları incelemeye ve örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya yetkilidirler. İlgililer de istenilen bilgi, belge ve defterler ile elektronik kayıtlarını, bunların örneklerini noksansız ve gerçeğe uygun olarak vermek, yazılı ve sözlü bilgi taleplerini karşılamak ve her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler (ETK m. 11/3, TİY m. 16, HSY m. 14). Aracı hizmet sağlayıcı ve hizmet sağlayıcı, bu Kanun kapsamındaki iş ve işlemlerine ilişkin bilgi, belge, defter ve elektronik kayıtlarını, iş veya işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl süreyle saklamakla yükümlüdür (ETK m. 11/3).

ETK m. 11/7 uyarınca “*Bakanlık, sesli arama ve kısa mesaj yoluyla ticari elektronik ileti gönderen gerçek veya tüzel kişi abone bilgilerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan almaya yetkilidir.*” Yine TİY m. 16/3 gereğince de “*Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, ticari elektronik iletileri gönderen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının abonelik bilgileri ile gerekli bilgi ve belgeleri ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden istemeye yetkilidir.*” Görüldüğü üzere, Bakanlık, elektronik ticari ileti gönde-

⁷⁰ Başta elektronik ticari iletiler olmak üzere e-ticaret ile ilgili mevzuata <www.mevzuat.gov.tr> veya <https://www.eticaret.gov.tr/mevzuat> sitelerinden ulaşılabilir. Ayrıca <www.eticaret.gov.tr> internet sitesinde online eğitimlerin alınabileceği e-ticaret akademi, güncel istatistiki verilerinin bulunduğu istatistik, site sorgulama, forum, e-danışman gibi sekmelerde yer almaktadır.

ren hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılarıyla ilgili bilgileri başta Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olmak üzere, abonelik bilgileri ile gerekli bilgi ve belgeleri ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmelerden (söz konusu işletmeleri işleten gerçek ve tüzel kişilerden) isteyip alma hakkına sahiptir.

Çalışmamızın başından buraya kadar olan kısımda ayrıntılı şekilde anlattığımız üzere, hizmet sağlayıcıları ve aracı hizmet sağlayıcıları alıcılara ETK ve TİY’de öngörülen şekilde elektronik ticari ileti gönderecekler ve alıcıların reddetme haklarını kullanmaları üzerine de gönderimi durduracaklardır. Ancak söz konusu düzenlemelere uyulmadan, izin alınmadan veya izin alınsa bile izne uygun hareket edilmeden veyahut reddedilmesine rağmen ileti gönderilmeye devam edilmesi durumunda, alıcıların şikâyet hakkını kullanmaları söz konusu olacaktır. ETK m. 9/3’de hak sahiplerinin fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti düzenlenmiştir. Elektronik ticari iletiler ile ilgili şikâyetlerin yapılmasına ise TİY m. 14 ve 15’de ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.

Şikâyet başvuruları, elektronik ortamda e-Devlet kapısı, İYS veya Bakanlığın internet sitesi üzerinden veyahut yazılı olarak şikâyetçinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki il müdürlüğüne yapılır. Şikâyetçi; gerçek kişi ise adı ve soyadı ile imzası ve ikametgâh adresinin, tüzel kişi ise unvanı ve adresi ile temsile yetkili kişinin veya vekilin adı ve soyadı ile imzasının başvuruda yer alması gerekmektedir (TİY m. 14/1). Hâlihazırda alıcılar, e-devlet kapısı üzerinden <<https://tiss.ticaret.gov.tr/giris>> giriş yaparak şikâyetle bulunmaktadırlar. Buraya giriş yapıldığında da kısa mesaj (sms), arama ve e-posta olarak üç ayrı şikâyet linki sunulmaktadır. Hemen belirtelim ki, şikâyetçi ancak kendisine ait elektronik iletişim adreslerine gönderilen ticari elektronik iletilere ilişkin şikâyetle bulunabilir (TİY m. 14/4). Eğer şikâyet yönetmelikte belirtilen şekilde yapılmamışsa, il müdürlüğüne işleme konulmayacaktır (TİY m. 14/5).

Ticari elektronik iletilere ilişkin şikâyet başvurularında aranacak hususlar TİY m. 14/2’de şöyle belirtilmiştir:

*“a) **Kısa mesaj** yoluyla gönderilmiş ise; şikâyetçinin T.C. kimlik numarası, telefon numarası, abonesi olduğu GSM operatörünün adı, iletiyi gönderenin numarası, bu numaranın bulunmaması halinde marka ve işletme adı gibi alfa numerik bilgisi, iletinin gönderilme tarihi, saati, iletinin görsel bir örneği ile şikâyetçinin tacir olması halinde MERSİS numarası, esnaf olması halinde bu durumu belirten ibare yer alır.*

*b) **Elektronik posta** yoluyla gönderilmiş ise; şikâyetçinin T.C. kimlik numarası, elektronik posta adresi, şikâyetçiye elektronik posta hizmeti*

sağlayan işletmenin adı, iletiyi gönderenin elektronik posta adresi, iletinin gönderilme tarihi, saati ve içeriği ile şikâyetçinin tacir olması halinde MERSİS numarası, esnaf olması halinde bu durumu belirten ibare yer alır. İletinin görsel bir örneği başvuruya eklenir.

*c) **Sesli arama** yoluyla yapılmışsa; şikâyetçinin T.C. kimlik numarası, telefon numarası, abonesi olduğu GSM veya sabit hat operatörü adı, iletiyi gönderenin numarası, bu numaranın alınamaması halinde marka ve işletme adı, iletinin gönderilme tarihi, saati ve konusu ile şikâyetçinin tacir olması halinde MERSİS numarası, esnaf olması halinde bu durumu belirten ibare yer alır.*

*ç) **Diğer elektronik iletişim araçları** ile yapılmışsa iletişim aracının türüne bağlı olarak bu fıkra da belirtilen bilgilerden uygun olanlara yer verilir.”*

Şikâyet başvuru süresi, ticari elektronik iletinin gönderildiği tarihten itibaren üç (3) aydır (TİY m. 14/3). Hükmün lafzından söz konusu sürenin hak düşürücü bir süre olduğu anlaşılmaktadır. Doktrinin de şikâyet süresinin üç ay olarak kısa tutulmasıyla hizmet sağlayıcılar lehine denge sağlanmış olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Hemen belirtelim ki, üç aylık şikâyet süresi TİY kapsamında yapılacak şikâyetlere ilişkin olup, ileti içeriğinin kişilik haklarına saldırı (TMK m. 24) veya haksız rekabet (TBK m. 57, TTK m. 54 vd.) teşkil edecek nitelikte olması halinde⁷², genel hükümlere göre başvuru ve dava hakkının kullanılması mümkündür. Bu sebeple ETK ve TİY’e kişilerin özel hukuktan doğan dava ve takip haklarının saklı olduğuna, başta Tüketici Hakem Heyetleri ile Tüketici / Asliye Ticaret Mahkemeleri olmak üzere görevli ve yetkili mahkemelere başvurabileceklerine ilişkin bir ifadenin eklenmesi faydalı olacaktır. Ayrıca kanuna uygun veya kanuna aykırı yapılan telefon araması, e-posta ve kısa mesaj gönderimi suç teşkil edebilecek boyuta da ulaşabilir ki, bu durumda kişiler kolluk kuvvetleri ile cumhuriyet savcılarına başvurarak suç duyurusunda bulunabilir ve şikâyetçi olabilirler.

Şikâyet başvurusu, öncelikle İYS üzerinden ön incelemeye tabi tutulur. Ön inceleme sonrasında il müdürlüğü tarafından konuya ilişkin bilgi

⁷¹ Kaya (n6) 75

⁷² Bkz. 61. dipnot. Ayrıca belirtelim ki İsviçre’de Haksız Rekabete İlişkin Federal Yasa [Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)] m. 3/1 o’da önceden izin alınmaksızın, alıcıya kolay ve ücretsiz şekilde reddetme hakkı tanımaksızın ve abone-likten çıkma ile izni kaldırma prosedürü hakkında bilgi vermeksizin; ayrıca gönderici doğru adını veya müşterisinin adını vermeksizin toplu ileti göndermesi haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lucas David and Mark A. Reutter, Schweizerisches Werberecht (3. Auflage Zürich 2015) 200 vd

ve belgeler ilgisinden temin edilerek şikâyet sonuçlandırılır. Ancak gerekli hallerde il müdürlüğünce denetim için görevlendirilen personel tarafından yerinde denetim yapılır (TİY m. 15/2). Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, il müdürlüğü tarafından söz konusu şikâyetle ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeleri, bu talebin tebliğinden itibaren on beş gün içinde teslim etmekle yükümlüdür. Gerekli hallerde ilgilinin talebine istinaden il müdürlüğünce bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Bu sürenin sonunda da talep edilen bilgi ve belgelerin teslim edilmemesi halinde, şikâyet başvurusu sırasında il müdürlüğüne sunulan bilgi ve belgeler üzerinden idari işlem tesis edilir. İl müdürlüğünün bilgi ve belge talebine ilişkin yazısında, talep edilen bilgi ve belgelerin süresi içinde teslim edilmemesi halinde, şikâyet başvurusu sırasında il müdürlüğüne sunulan bilgi ve belgeler üzerinden idari işlem tesis edileceği belirtilir (TİY m. 15/3). İl müdürlüğü, hizmet sağlayıcı ya da aracı hizmet sağlayıcının doğrudan tespit edilmesine imkân bulunmadığı hallerde, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden bilgi ve belge talep edebilir (TİY, m. 15/4). Hizmet sağlayıcının talimatı doğrultusunda ileti gönderimini başlatan aracı hizmet sağlayıcı, şikâyet başvurularına konu iletilere ilişkin bilgi ve belge taleplerini İYS üzerinden on beş gün içinde yanıtlar (TİY m. 15/5)

Başvurunun yapıldığı il müdürlüğünce, şikâyet edilenin sicile kayıtlı merkezinin başka bir ilde bulunduğu tespit edildiğinde, başvuru belgeleri ilgili il müdürlüğüne gönderilir ve başvuru sahibine bilgi verilir (TİY m.15/1).

ETK'ya aykırı davranan hizmet sağlayıcılarına ve ara hizmet sağlayıcılarına kanunda belirtilen idari cezalar uygulanacaktır (ETK m. 12)⁷³. Şöyle ki, önceden izin alınmaksızın (ETK m. 6/1) ve alınan izne / onaya uygun olmaksızın (ETK m. 7/1) ileti gönderen hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına (2025 yılı için söz konusu tutarlar 2.279 TL - 11.403 TL) kadar (ETK m. 12/1a); indirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliği açıkça belirlenebilmeli, bunlara katılımın ve bunlardan faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılabilirmeli ve bu şartlar açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmasına (ETK m. 5/1b); hizmet sağlayıcı ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlamakla ve gönderdiği iletime buna ilişkin gerekli bilgileri sunmakla yükümlü olunmasına (ETK m. 8/2) ve talebin

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sedat Erdem Aydın, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, (İstanbul 2015) 91-97

ulaşmasını müteakip hizmet sağlayıcı üç iş günü içinde alıcıya elektronik ileti göndermeyi durdurma yükümlülüğüne (ETK m. 8/3) aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara iki bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına (2025 yılı için bu tutarlar 4.561 TL-34.210 TL) kadar idari para cezası verilecektir (ETK m. 12/1c). Ayrıca bir defada birden fazla kimseye 6 ncı maddenin birinci fıkrasına aykırı olarak önceden izin alınmaksızın ileti gönderilmesi hâlinde, birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen idari para cezası on katına kadar artırılarak uygulanacaktır (ETK m.2). Yine Kanunun 12 maddesinin 1. fıkrasında belirtilen idari para cezalarının uygulanmasına rağmen, Bakanlıkça verilen süre içinde aykırılığın sonlandırılmaması veya aynı aykırılığın ceza tebligatının yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde tekrarı hâlinde bir önceki cezanın iki katı idari para cezası uygulanacaktır. Eğer ETK m. 12/1’de belirtilen idari para cezalarına ilişkin fiillerin, Bakanlıkça yanılmaya yönelik iş ve işlemlerle gerçekleştirilmesi hâlinde söz konusu cezalar on katı uygulanır (ETK m. 12/5). Öngörülen bu idari para cezalarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Bu yetki, merkezde Bakanlığın ilgili genel müdürlüğüne, taşrada ise Bakanlığın il müdürlüklerine devredilebilir (ETK m. 12/7).

Görüldüğü üzere ETK m. 12’de belirtilen cezalar oldukça yüksek ve ağırdır. Bu husus doktrinde eleştirilmiş ve buradaki cezaların yumuşatılması, gerekirse gözden geçirilmesi, ceza vermeden önce uyarı yapılması, aykırılığın giderilmesi için süre verilmesi, maktu bir tazminat olarak doğrudan ihlale muhatap olan kişiye ödenmesinin de tartışılmasının gerektiği ifade edilmiştir⁷⁴. Nitekim kanun koyucu da bu eleştiriyi dikkate alıp, 2022 yılından yaptığı bir değişiklik ile, 12. maddede belirtilen idari para cezalarının bir takvim yılına ilişkin toplam tutarı, net işlem hacmi ek 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan parasal eşğin altında olan aracı hizmet sağlayıcı veya hizmet sağlayıcı için beş yüz milyon Türk lirasını geçemeyeceğine ilişkin bir fıkra eklemiştir (ETK m. 12/6). Kanaatimizce istenmeyen ticari iletilerden rahatsız olan öncelikle alıcılar olduğundan, alıcılara, ETK ve TİY ile getirilen sisteme aykırı davranan göndericilerden maktu bir tazminat talep etme hakkı verilmesi yerinde olabilir. Bunun usul ile yöntemi de Kanuna eklenebilir. Ticaret Bakanlığının yaptırım uygulama yetkisini orantılı ve yerinde kullanabilmesi bakımından, Bakanlığa takdir yetkisi de verilmelidir. Yine kesilen idari para cezalarına karşı, mahkemeye gitmeden önce idari çözüm yöntemi olarak Bakanlığa itiraz etme hakkı tanınabilir.

⁷⁴ Kaya (n6) 79

Yukarıda ayrıntılı şekilde anlattığımız, ETK'ya aykırı kabahat niteliğindeki davranışlar için kesilen idari para cezaların infazı ile bu cezalara itirazlar, TCK ile Kabahatler Kanunu'ndaki genel hükümlere tabidir⁷⁵.

SONUÇ

E-ticarete ilişkin AB düzenlemeleri 2000'li yılların başında kabul edilmesine ve üye ülkelerce iç hukuklarına aktarılmasına rağmen, bu mesele Türk hukukunda yaklaşık 15 yıllık bir gecikmeyle hukuki altyapıya kavuşmuştur. Telefon, bilgisayar ve internet kullanılarak ticaret ve pazarlama faaliyetlerin yapılması ve her geçen gün teknolojinin gelişmesi ve kullanım alanının genişlemesine bağlı olarak birtakım sorunlar oluşmuştur ve oluşturmaya devam edecektir. Bu sorunlardan en önemlisi, telefon aramaları, spam niteliğindeki istenmeyen mail ve kısa mesajlardır. İşte ETK ile e-ticaret usul ve esasları belirlenerek, ticari elektronik iletilerin gönderilmesi ve içeriği ile e-ticaret işlemlerinin tarafı konumunda olan hizmet ve ara hizmet sağlayıcıların yükümlükleri düzenlenmiştir. ETK bu yönüyle büyük bir boşluğu doldurmaktadır. Ancak bilgisayar ve internet teknolojisinin gelişimi ve kullanım alanının genişlemesi devam ettikçe, ortaya çıkan yeni durumlara göre Kanun'da değişiklik ve ilaveler yapılması ile hatta yeni kanunlar çıkarılması kaçınılmaz olacaktır. Bu sebeple Ticaret Bakanlığı bünyesinde içinde bilim insanları, sektör temsilcileri, tüketici kuruluşlarından ilgili kişiler, yargı mensuplarının yer aldığı bir bilim komisyonu kurularak, her beş yılda bir Kanun ve ilgili ikincil mevzuatın gözden geçirilmesi, olası değişiklik ve ilavelerin yapılması için öneri / rapor sunulması; buna ilişkin bir mekanizma / organizasyonun oluşturulması düşünülebilir.

İstenmeyen arama, kısa mesaj ve e-posta gönderimiyle ilgili boşluk ETK ile doldurulmuşsa da, Kanunun kabul ettiği sistem ile getirilen düzenlemelerin yerindeliği tartışılacak niteliktedir. Şöyle ki, tacir ve esnaflar dışındaki kişilere ticari elektronik ileti gönderilmesi için ileti gönderilmeden yazılı veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla ya da ticari elektronik ileti yönetim sistemi (İYS) üzerinden onay (izin) alınmalıdır (ETK m. 6/1; TİY m. 5/1 ve 3). Tacir ve esnaflar içinse ileti göndermeden onay alınmasına gerek yoktur. Burada alıcıların tacir veya esnaf olup olmadıklarının tespiti önem kazanmaktadır. Ancak gerçek kişi tacirlerin, ticari iş karinesinin aksini kararlaştırmaları, adi iş / tüketici işlemi niteliğinde iş ve işlemlerinin bulunması da söz konusudur. Bu durumda tacir (ve esnaf)

⁷⁵ Berrin Akbulut, ' Effects of Developments in Information Technology on Criminal Law' (2016) 12 (7) Law & Justice Review 33

olsa bile, onay alınmadan ileti gönderimi Kanunun çıkarılma amacı ve özüne aykırılık oluşturacaktır. Bu sebeple, alıcıların tacir, esnaf ve diğer kişiler gibi ayrımı yapılmadan, tüm kişiler için opt-out yani önceden izin almadan ileti gönderme sisteminin benimsenmesi daha yerinde olacaktır. Zira izinli veya izinsiz, alıcılara mutlak ret imkânı tanınması sebebiyle, kişiler istemedikleri bir arama, kısa mesaj ve e-posta aldıklarında ret hakkını kullanarak bunları engelleme imkânına sahiptirler. Olası bir kanun değişikliğinde bu hususun tartışılması ve kanunun değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Ayrıca hâlihazırda kişilerin izin verdiği durumlarda günde veya ayda kaç defa aranabilecekleri ya da e-posta ve kısa mesajla bilgilendirileceklerine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu durumda kişiler gün içinde veya gün aşırı aranmakta ve bu aramalar da kişileri rahatsız edecek boyuta ulaşmaktadır. Olası bir kanun değişikliğinde günlük, haftalık veya aylık bazda yapılacak arama ile gönderilecek e-mail ve kısa mesaj sayısı bakımından sınırlama yapılması, kişilerin izin verdiği şirket ve işletme dışındaki grup şirketleri ve işletmeleri için ayrıca izin alınması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yapılması faydalı olacaktır. Zira kişiler ileti gönderimine izin vermeleri ve ileti almaya devam etmek istemelerine rağmen, göndericilerin dürüstlük kuralına aykırı davranarak böyle bir davranışta bulunmalarının da önüne geçilmiş olabilir.

ETK’da getirilen yasal düzene aykırı davranan hizmet ve ara hizmet sağlayıcılarına karşı kişilerin özel hukuktan doğan tazminat ve diğer haklarının saklı olduğuna ilişkin bir hükmün konulması da gerekmektedir. Zira yapılan arama, gönderilen e-posta ve kısa mesajla haksız fiil veya haksız rekabet teşkil edecek bir durum oluşabilir. Bu durumda kişilerin söz konusu haksız fiil ve haksız rekabetten doğan mağduriyetlerini gidermek üzere, başta Tüketici Hakem Heyetleri, Tüketici Mahkemeleri gibi yetkili ve görevli mahkemelere başvurabileceklerinin ETK’da belirtmesi kişilerin haklarını öğrenmeleri ve aramaları bakımından bilgilendirici ve hatırlatıcı olacaktır. Ayrıca istenmeyen ve rahatsız edici ticari elektronik ileti gönderiminden, asıl mağdur olan ve etkilenenler alıcılardır. Her ne kadar ETK’da kanuna aykırı davranan göndericilere Ticaret Bakanlığınca idari para cezası kesileceği öngörülmüşse de; caydırıcı olması ve alıcıların mağduriyetinin giderilmesi amacıyla, göndericilerin alıcılara maktu bir tazminat ödemesi gibi bir sistem getirilebilir. Ayrıca Ticaret Bakanlığına yaptırım uygulama yetkisini yerinde ve orantılı kullanması bakımından, alt ve üst limitler dahilinde cezayı belirleme yetkisi de verilebilir. Son olarak idari para cezası kesilen göndericilerin, mahkemeye gitmeden önce, Ticaret Bakanlığına başvurarak cezanın affı ve/veya indirilmesi gibi bir yol da öngörülmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

Ahi Ş, ‘Yeni E-Ticaret Kanununun Şirketlere Getirdiği Sorumluluk ve Yükümlülükler’ <http://webrazzi.com/2014/12/13/yeni-eticaret-kanunu/>, ET: 16.08.2024

Akbulut B, ‘Effects of Developments in Information Technology on Criminal Law’ (2016) 12 (7) Law & Justice Review 15-39

Akkuş M, Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz (Ankara 2021)

Aksın S T, Evden E-Ticaret Yapan Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatı (Ankara 2024)

Aksu R, ‘Serbest Piyasa Ekonomisi İlkeleri Işığında Elektronik Ticaret Kanununun Değerlendirilmesi’ (2015) 5 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-195

Arkan S, Dünyada ve Türkiye’de Elektronik Ticaret Çalışmalarına Hukuki Bir Yaklaşım (Ankara 1999)

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (30 th edn Ankara 2024)

Atamer İ, ‘E-Ticaret Kanunu ve İzinli Pazarlama’ <<http://www.atamer.av.tr/e-ticaret-kanunu-ve-izinli-pazarlama/>> ET: 16.01.2025

Aydın S E, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (İstanbul, 2015)

Badur E, and Hatipoğlu K, ‘Elektronik Ticaret Pazar Yerinde Aracılık Sözleşmesi’ (Ekim 2023) 3 (2) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 317-56 <<https://doi.org/10.59909/khm.1342999>>

Balaban M F, ‘İleti Yönetim Sisteminin Kurulması ve Ticari İletişim Ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik’in Değerlendirilmesi’ (Aralık 2020) 2 (2) Bilişim Hukuku Dergisi 181-219

Bavafa Y, Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara 2014)

Bayram A E, ‘Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması’ (2015) 119 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 331-366

Bingöl F I, ‘İnternet Ortamındaki Gizli Ticari İletişime İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme’ (Haziran 2019) 9 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107-156

Birlik A, and Reyhan R, ‘Liability of Intermediary Service Providers in Electronic Commerce’ (2023) 29 GSI Articleletter 86-97

Bozkurt Yüksel A E, ‘Elektronik Ortamda Haksız Rekabet’ (2014) 18 (5) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 79-112

Çabri S, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2 th edn Ankara 2021)

Dağdelen Yaşar N, ‘Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümünde Elektronik Tahkim’ (2021) 41(2) Public and Private International Law Bulletin 779–826

Dausen M A, Handbuch des EU–Wirtschaftsrechts (Band 1 37. Ergänzungslieferung München 2015)

David L, and Reutter A M, Schweizerisches Werberecht (3. Auflage Zürich 2015)

Demir B, ‘Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu’ (Aralık 2024) 14 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1783-1817, <<https://doi.org/10.52273/sduhfd.1494921>>

Demir Y, Elektronik Ticaret Mevzuatı Uygulamaları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2017)

Demirbaş H, Hizmet Sağlayıcıları ve Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri (Ankara 2015)

Ekici Ş, ‘B2c Elektronik Ticarete Sanal Pazar Yerinin Hukukî Durumu’ (Eylül 2020) 5 (8) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 207-227

Ekinci K M, e-Ticaret (Ankara 2013)

Erdoğan A E, Avrupa Birliği'nin Türkiye'de Elektronik Ticarete Etkisi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019)

Ertekin Ö, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Ticari İşletme - Tacir Tacir Olmanın Hükümleri (Ankara 2022)

Falcıoğlu, Ö M, Elektronik Ticaret Hukuku (1 th edn İstanbul 2024)

Gaffney J, and Nolan V, ‘İrlanda Elektronik Ticaret Yasası’, Çev. Saadet Özfirat, (2001) (3) Ankara Barosu Dergisi 157-161

Gazioğulları A, Elektronik Ticaret ve Elektronik Ticaretin Gümrük Mevzuatı Bakımından Değerlendirilmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Mersin 2014)

Hamamcıoğlu E, ‘Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu’ (2018) (35) Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 43-72

Kaplan A G, Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri (İstanbul 2020)

Kara M, ‘Yeni E-Ticaret Kanunu ve Double Opt-In ile Bağlı Müşterileri Hedeflemek’ <<http://webrazzi.com/2015/02/18/yeni-e-ticaret-kanunu-double-opt-in/>> ET: 15.01.2025

Kilian W and Heussen B, Computerrechts- Handbuch Informations-technologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (München 2008)

Korkmaz E, and Yavuzer M F, 'The Assessment of the Law of Electronic Commerce Regulation Numbered 6563' (2015) (13) GSI Articletter 7-20

Kubilay H, 'Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la İlgili Genel Bir Değerlendirme' (2016) 81 (1) İzmir Barosu Dergisi 272-291

Narbay Ş, and Akkuş M, 'Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler' (Ekim 2020) 44 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 301-334

Nomer Ertan F N, Haksız Rekabet Hukuku (İstanbul 2016)

Nomer Ertan N F, and Ülgen H, vd. Ticari İşletme Hukuku (7 th edn İstanbul 2021)

Okan N, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet (Ankara 2011)

Organ A, and Coşkun Karadağ N, 'İşletmecilik Açısından Elektronik Ticaret ve Hukuki Altyapısı' (2011) 2 (2) İnternet Uygulamaları ve Yönetimi Dergisi 81-104 <<https://doi.org/10.5505/iuyd.2011.18291>>

Özer Deniz M, and Ekingen E, '7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri' (Aralık 2022) (69) Adalet Dergisi 429-467 <<https://doi.org/10.57083/adaletdergisi.1217838>>

Pekcanıtez H, 'Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri' Makaleler (Cilt I İstanbul 2016)

Pençe M S, Türkiye - Avrupa Birliği Dış İlişkileri Açısından Elektronik Ticaret, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2014)

Poroy R and Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku (20 th edn Ankara 2024)

Sert Sütçü S, 'Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi' (2021) 4 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 276-287

Sırış B, 'Yargıtay'ın 'Çiçeksepeti Kararı' Işığında Elektronik Ticarette Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirmeler' (2024) 9 (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363-392

Solmecke C, Handel im Netz, Rechtsfragen und rechtliche Rahmenbedingungen des E-Commerce (Berlin 2014)

Şahin, M F, 'Mesafeli Sözleşmelerde Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramı' (2024) 6 (1) Bilişim Hukuku Dergisi 132-154

Ünal S, 'İnternet Üzerinde İzinli Pazarlama Yaklaşımı' (2012) 9 (34) Öneri Dergisi 155-162 <<https://doi.org/10.14783/od.v9i34.1012000238>>

Weber R H, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen (Zürich 2010)

Yavuzer M F, and Özkahraman D, ‘Capital Market Transactions in Electronic Environment within the Scope of the Regulation for Distance Contracts Regarding Financial Services’ (2015) 13 GSI Articletter 21-36

Yücedağ N, Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza -Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Uyarınca- (İstanbul 2022)

YARGI KARARLARI EKSENİNDE ANONİM ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLE FESHİ DAVASINDA ARABULUCULUK UYGULAMASI*

(MEDIATION PRACTICES IN CASES REGARDING THE JUSTIFIED DISSOLUTION OF JOINT STOCK COMPANIES IN LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Gizem ÇOŞĞUN YILDIRIM**

ÖZ

Anonim şirketin haklı sebeple feshi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 531'de düzenlenmekte ve azınlık pay sahiplerinin haklarını korumak amacıyla önemli bir hukuki mekanizma olarak öne çıkmaktadır. Bu davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı, yargı kararlarında ve doktrinde tartışmalı bir konu olmuştur. Arabuluculuğun temel ilkelelerinden biri olan iradilik ilkesi, haklı sebeple fesih davalarında mahkemenin kamu düzenini gözetme yükümlülüğü ile çelişmektedir. Bu çalışmada, anonim şirketin haklı sebeple feshinin arabuluculuğa elverişliliği, yargı kararları ve öğretideki görüşler ışığında değerlendirilmiştir. Özellikle, mahkemenin fesih yerine alternatif çözümler sunma yetkisi ve bu yetkinin kamu düzeni ile ilişkisi, arabuluculuğun bu tür davalarda uygulanabilirliğini sınırlamaktadır. Çalışma, yargı kararlarındaki farklı yaklaşımları karşılaştırarak, bu alandaki hukuki belirsizlikleri ortaya koymayı ve çözüm getirmeyi amaçlamaktadır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 26.02.2025 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 07.03.2025 tarihinde birinci hakem; 11.04.2025 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gizemcosgun@sakarya.edu.tr, ORCID: orcid.org/0000-0002-5745-0016

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; ÇOŞĞUN YILDIRIM, Gizem, “Yargı Kararları Ekseninde Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davasında Arabuluculuk Uygulaması”, REGESTA, Cilt: 10, Sayı: 1, 2025, s. 75-104.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Haklı Sebeple Fesih, Arabuluculuk, Kamu Düzeni, Ticari Dava

ABSTRACT

The dissolution of a joint-stock company for just cause is regulated under Article 531 of the Turkish Commercial Code No. 6102 and stands out as an important legal mechanism to ensure the protection of internal balance of interests within the company. However, whether such cases fall within the scope of mandatory mediation has been a controversial issue in judicial decisions and legal doctrine. The principle of voluntariness, which is one of the fundamental principles of mediation, conflicts with the court's obligation to safeguard public order in cases of dissolution for just cause. This study examines the suitability of mediation for cases of dissolution for just cause in light of judicial decisions and doctrinal opinions. In particular, the court's authority to propose alternative solutions instead of dissolution and the relationship of this authority with public order are evaluated as key factors limiting the applicability of mediation in such cases. The study aims to identify the legal uncertainties in this area by comparing different approaches in judicial decisions and to propose solutions to address these issues.

Keywords: Joint-stock company, Dissolution for just cause, Mediation, Public order, Commercial dispute

GİRİŞ

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, günümüzde uyuşmazlıkların daha hızlı, daha ekonomik ve tarafların katılımıyla çözülmesi için tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹ (HUAK) m. 2/1 uyarınca özel hukuk uyuşmazlıklarından, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerinden doğanlar, arabuluculuğa elverişlidir. Ticari uyuşmazlıklar yönünden ise 2018 yılında gerçekleştirilen değişiklikle birlikte 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²

¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG.14.02.2021/27846

(TTK) m. 5/A'ya göre, ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Anonim şirketin haklı sebeple feshi davası ise TTK m. 531'de düzenleme alanı bulmuştur. TTK m. 531 uyarınca, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshine karar verilmesini isteyebilecektir. Anonim şirketin haklı sebeple feshi talepli bir dava, TTK m. 5/1-a uyarınca mutlak ticari dava vasfını haizdir. TTK m. 5/A uyarınca, ticari davalarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu olduğundan, anonim şirketin haklı sebeple feshi davalarında da arabuluculuğun uygulanabilirliği önemli bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bir ticari dava olarak anonim şirketin haklı sebeple feshinde, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulup başvurulmayacağı hususu, yargı kararlarında farklı değerlendirmelere konu olmuştur.

Bu çalışmada öncelikle genel hatlarıyla anonim şirketin haklı sebeple feshi açıklanacaktır. Bu açıklamalar davanın arabuluculuk kurumu ile ilişkisini kurabilmek için ilgili kanuni düzenlemelerin sunulması amacına ilişkindir. Ardından bu dava yönünden yargı kararlarında yer bulan arabuluculuk uygulamasına yer verilecektir. Özellikle, farklı yargı kararlarındaki gerekçelerin karşılaştırılması ve kararların hukuki sonuçlarının analiz edilmesi yoluyla, mevcut durumun ortaya konması hedeflenmektedir.

1. Şirketlerde Sona Erme Sebebi Olarak Haklı Sebeple Fesih

1.1 Diğer Şirketler Yönünden

TTK, şirketlerin haklı sebeplerle feshi ihtimalini hem şahıs hem de sermaye şirketleri için açıkça öngörmektedir. Kollektif şirketler yönünden m. 245'te öncelikle haklı sebebin tanımı yapılmış, ardından özellikle belirli durumların şirketi sona erdirmeye sebep olacak haklı sebep teşkil ettiği örnekler halinde sayılmıştır. Buna göre bir ortağın, şirketin yönetim işleminde veya hesaplarının çıkarılmasında şirkete ihanet etmiş olması, kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi, kişisel menfaatlere uğruna şirketin ticaret unvanını veya mallarını kötüye kullanması, uğradığı sürekli bir hastalık veya diğer bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyetini kaybetmesi, kollektif şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kaldıran haklı sebepler arasındadır. Haklı sebeplerin varlığı halinde ortaklardan her biri mahkemeden şirketin feshini talep edebilir. Ayrıca TTK m. 328 gereğince TTK m. 245 hükmü komandit şirketlerde de uygulanacaktır.

TTK m. 636/3 uyarınca limited şirkette ortaklardan her biri, mahkemenin şirketin feshini isteyebilecektir. Bu durumda mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilecektir.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin de haklı sebeple feshi talep edilebilecektir. TTK m. 565'te komanditelerin birbirleriyle, komanditerlerin tümüyle ve üçüncü kişilerle hukuki ilişkileri, özellikle şirketin yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri, şirketten ayrılmaları, komandit şirketlerdeki hükümlere tabi olduğu, bu hususların dışında, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu itibarla sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin haklı sebeple feshinde anonim şirketlerin haklı sebeple feshinin düzenlendiği TTK m. 531 düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır.

TTK dışında adi şirketlerin de haklı sebeplere dayanarak feshedilebileceği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³ m. 639/7'de düzenlenmiştir. Haklı sebeplerin varlığı halinde başkaca bir koşul aranmaksızın her ortak adi şirketin feshini mahkemeden talep edebilecektir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda⁴ (KoopK) ise kooperatiflerin haklı sebeple feshini öngören özel bir düzenleme yoktur. KoopK m. 81/1'e göre kooperatifin anasözleşme gereğince dağılabilmesi mümkündür. Bu itibarla öğretide bir görüş tarafından anasözleşmede kooperatif için haklı sebeple fesih imkânı getirilmiş ise ancak bu halde kooperatifin haklı sebeple feshinin söz konusu olabileceği belirtilmiştir⁵. Farklı bir görüşe göre ise kooperatiflerde haklı nedenle fesih imkânı yoktur. Bu sonuca dolayı

³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011/27836

⁴ Kooperatifler Kanunu, Kanun Numarası: 1163, Kabul Tarihi: 24.04.1969, RG. 10.05.1969/13195

⁵ Özlem İlbasmış Hızlısoy, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi (Adalet 2016), 11, dp. 25. Şahin de KoopK'de kooperatiflerin haklı nedenle sona ermesine ilişkin bir düzenleme olmaması karşısında, Kanun'da kooperatifin ana sözleşmede öngörülen sebeplerle sona ermesi mümkün olduğu öngörüldüğünden, haklı sebeple fesih ana sözleşmede düzenlendiği takdirde kooperatifin haklı sebeple feshi davasının açılmasının mümkün olabileceği görüşündedir. Bkz. Ayşe Şahin, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (Vedat 2013), 35. Şahin tarafından yapılan bu değerlendirmenin mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde yapıldığına da işaret etmek gerekir. Nitekim mülga 6762 sayılı Kanun'da anonim şirketlerin haklı sebeple feshi yönünde açık bir düzenleme yer almıyordu. Dolayısıyla KoopK m. 98 yönüyle anonim şirketlere ilişkin kooperatifler yönünden uygulanabilecek bir hüküm bulunmuyordu.

olarak ulaşılmıştır. Anonim şirket aleyhine açılmış haklı nedenle fesih davası sırasında anonim şirketin kooperatife dönüştürülmesi ihtimalinde açılmış bulunan haklı nedenle fesih davasının reddedilmesi gerekmektedir. Reddin gerekçesi, kooperatiflerde haklı nedenle fesih kurumunun bulunmuyor oluşudur⁶.

Kanaatimizce KoopK'da haklı sebeple feshin düzenlenmemiş olmasını, haklı sebeple fesih kurumunun kooperatiflerde uygulanamayacağı ya da ancak anasözleşmede hüküm bulunması halinde uygulanabileceği şeklinde değerlendirmemek gerekir. Şöyle ki KoopK m. 98 uyarınca aksine açıklama olmayan hususlarda, TTK'da yer alan anonim şirkete ilişkin hükümler uygulama bulacaktır. KoopK kooperatiflerin haklı sebeple feshinin mahkemeden talep edilemeyeceği yönünde bir ibare mevcut değildir. Bu sebeple anonim şirkette haklı sebeple feshin düzenlendiği TTK m. 531'in yapısına uygun düştüğü ölçüde kooperatifler hakkında da uygulanabileceği ve kooperatifin haklı sebeple feshinin mahkemeden talep edilebileceği görüşündeyiz⁷. Bununla birlikte, davacının kim olduğunu da belirlemek gerekir. KoopK'da azlık/azınlık tanımı yapılmamıştır. Ancak KoopK m. 44'e göre, dört ortaktan az olmamak kaydıyla ortak sayısının en az onda birinin isteği üzerine genel kurul toplantıya çağrılır. KoopK m. 46'ya göre ise dörtten az olmamak üzere ortakların en az onda biri tarafından genel kurul toplantısından en az 20 gün önce yazılı olarak bildirilecek hususların gündeme konulması zorunludur. Son olarak KoopK m. 46'da toplantı sırasında gündemde yer almasa bile belirli konuların gündeme alınabilmesi için kooperatife kayıtlı ortakların en az onda birinin gündem maddelerinin

⁶ Mustafa Kayhan, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası (On İki Levha 2021), 144

⁷ KoopK'da tasfiye hakkındaki hükümlerin azlığının KoopK m. 98 ekseninde TTK'da bu hususta yer alan anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanmasını zorunlu kılacağı, ancak uygulanırken kooperatifin niteliğine uygun intibak ettirme işlemine gerek olduğu hususunda bkz. Ünal Tekinalp, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku (9 th edn, On İki Levha 2013) N. 1982a. Kooperatifin haklı nedenle feshini talep hakkının kooperatiflerde olumlu azınlık haklarından biri olduğu yönündeki görüş için bkz. Remziye Demir, Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri (Yetkin 2020), 57. Ayrıca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, TTK'nin getirdiği yeniliklerin kooperatiflere nasıl yansıtılacağını ortaya koymak amacıyla hazırlanan Mayıs 2014 tarihli 'Kooperatifler Açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun Getirdiği Yenilikler' isimli kitapçıkta sona erme sebebi olarak haklı sebeplerle fesih başlığı altında TTK m. 531 ekseninde açıklamalara yer verilmiştir. Bunun için bkz. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, Kooperatifler Açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun Getirdiği Yenilikler (2014) 86 vd. < <https://ticaret.gov.tr/data/5d4c0f2813b876180c773fc3/6102kanunkitab1%C4%B1.pdf> > Erişim Tarihi: 10.02.2025

görüşülmesine geçilmeden önce yazılı teklifte bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden hareketle KoopK ekseninde azlık/azınlığın “dörtten az olmamak üzere ortakların en az onda biri”ne karşılık geldiği söylenebilecektir. Kooperatifin haklı sebeple feshi de bu tespite paralel olarak dörtten az olmamak üzere ortakların en az onda biri tarafından talep edilebilecektir⁸.

1.2 Anonim Şirketler Yönünden

Anonim şirketin haklı sebeple feshi ilk defa TTK m. 531’de kanuni düzenleme bulmuştur. Madde gerekçesinde, 6762 sayılı Kanunda diğer şirket türlerinden farklı olarak anonim şirketin haklı sebeplerle feshinin düzenlenmemiş olmasının, yargı kararlarında ve öğretide hem tartışıldığı hem de eleştirildiğine işaret edilerek, 6762 sayılı Kanunda öngörülmemiş bir kurumun bu düzenleme ile hukukumuzda kazandırıldığı belirtilmiştir.

TTK m. 531’e göre, haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Ancak, mahkeme bu tür bir talebi değerlendirirken, fesih kararının şirketin ve pay sahiplerinin menfaatleri açısından en son çare olması gerektiği ilkesini göz önünde bulundurur. Bu nedenle, mahkeme, fesih kararı vermek yerine, davacı pay sahiplerinin haklarını koruyacak alternatif çözümler arayabilir. Örneğin, mahkeme, davacı pay sahiplerinin paylarının, karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerleri üzerinden ödenerek bu pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına karar verebilir. Nitekim bu alternatif çözüm yöntemi açıkça madde metninde zikredilmiştir⁹. Madde gerekçesine göre hem haklı sebe-

⁸ KoopK m. 46/2’de, toplantı sırasında gündeme madde eklenmesi hususunda “ortakların en az onda biri” ibaresi yer almakla birlikte “dört ortakdan az olmama” şartı aranmamıştır. Buradan hareketle kooperatiflerde azınlığın “dörtten az olmamak üzere ortakların en az onda biri” şeklinde tanımlanmasının isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Demir (n 7) 54

⁹ Hükümün mehzamını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht) (İBK) m. 736/1-4’te alternatif çözümlere herhangi bir örnek verilmemiştir. Hükümde mahkemenin fesih yerine duruma uygun ve ilgilerce kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebileceği ibaresi mevcuttur. Bu husus 1991 yılında gerçekleşen değişiklik neticesinde eklenmiştir. Böylece haklı sebeple feshin talep edilmesi halinde feshin kabulü ya da reddi dışında mahkemenin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenecek duruma uygun ve kabul edilebilir bir başka çözüme karar verilebilecektir. 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren son değişikliklerden sonra hükümde bu açıdan şekli düzenleme olarak bir değişiklik görülmektedir. Şöyle ki, şirketin sona erme sebepleri İBK m. 736/1’de

bin var olup olmadığı hem de fesih yerine uygun düşen alternatif çözüm yönteminin ne olduğu hususunda takdir yetkisi mahkemenindir.

2. Arabuluculuk Uygulaması Bakımından İnceleme

2.1 Öğreti Görüşleri

2.1.1 Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde İleri Sürülen Görüşler

HUAK'ın "Arabuluculuğun Temel İlkeleri"nin yer aldığı ikinci bölümünde sayılan ilkeler arasında arabuluculuk faaliyetinin iradiliği (gönüllülük) ilkesi yer almaktadır. Arabuluculuk sürecinin tamamına tarafların iradesi hakimdir. Arabuluculuk, tarafların özgür iradesiyle başvurdukları ve sürdürdükleri bir süreçtir. HUAK m. 3/1 uyarınca taraflar; arabuluculuğa başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Bu açıdan iradilik ilkesi, sürece başvurma ve sona erdirmeye aşamalarında hakimdir. Aynı zamanda sona erdirmeye aşamasında sürecin anlaşma, anlaşamama ya da vazgeçme ile sonuçlanması da tarafların iradesine göre şekillenecektir¹⁰.

Arabuluculuk sürecine hâkim olan iradilik ilkesine rağmen bazı durumlarda yasal düzenlemeler ile arabuluculuk süreci zorunlu hale getirilmiştir¹¹. Zorunlu arabuluculuk sisteminin bir kategorisi, ilgili yasal düzenlemeler yoluyla tarafların dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmalarının ön şart olarak kabul edilmesidir¹². Ülkemizde 2018 yılına değin arabuluculuk uygulamasında iradilik ilkesi mutlak olarak uygulama bulmaktaydı. İlk olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun¹³ yürürlüğe girmesiyle birlikte, 01.01.2018 tarihinden itibaren iş hukukunda dava şartı olan arabuluculuk uygulaması başlatılmış, düzenlemenin kapsamı dışında bırakılanlar hariç olmak üzere işçi ve işveren alacakları, tazminatları ve işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurulması zorunlu hale

sayılmış, haklı sebeple fesih talebi m. 736/1-d'de öngörülmüş, mahkemenin fesih yerine, ilgililer tarafından kabul edilebilir ve uygun bir çözüme hükmedebileceği hususu m. 736/2'de düzenleme bulmuştur. Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de> Erişim Tarihi: 10.03.2025

¹⁰ Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, (2018 Yetkin) 212

¹¹ Zorunlu arabuluculuk modelleri ve karşılaştırmalı hukuk ekseninde çeşitli ülkelerde yer alan zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri hakkında bkz. Seda Özmumcu, 'Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış' (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 808 vd.

¹² Özmumcu (n 11) 808

¹³ İş Mahkemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 7036, Kabul Tarihi: 12.10.2017, RG. 25.10.2017/30321

getirilmiştir. Ardından 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun¹⁴ ile zorunlu arabuluculuk sistemi, HUAK’a eklenen m. 18/A’da uyuşmazlıktan bağımsız olarak genel hatlarıyla düzenlenmiştir. HUAK m. 18A/2 uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar hakkında arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde, herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilecektir. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel esasların öngörüldüğü HUAK m. 18/A, HUAK m. 3’te iradilik ilkesinin istisnası olarak gösterilmiştir: *“Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır.”* Belirtmek gerekir ki, zorunlu arabuluculuk modeli açısından da iradilik ilkesi, süreci sona erdirmeye aşamasında devam etmektedir¹⁵. Taraflar başvuru yaptıktan sonra sürece devam etme ya da anlaşmaya varıp varmama da serbesttir. Dava şartı olarak zorunlu olarak başvuru yapıldıktan sonra sürecin yönetimi tarafların hakimiyetindedir¹⁶.

Ticari davalar yönünden de dava şartı arabuluculuk uygulaması, yine 7155 sayılı Kanun m. 20 uyarınca TTK’ya eklenmiştir. Düzenlemenin ilk haline göre, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunludur. Daha sonra yapılan değişiklikle¹⁷ dava şartı arabuluculuğa tabi kapsam genişletilmiş ve ilgili düzenleme *“Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi*

¹⁴ Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7155, Kabul Tarihi: 06.12.2018, RG. 18.12.2019/30630

¹⁵ Cafer Eminoğlu, ‘Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri’ (2021) 7 (2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 274; Mustafa İsmail Kaya and Burçak Tatlı, ‘Ticaret Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfası Talepli Davaların Dava Şartı Arabuluculuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2022) Özel Sayı, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 40

¹⁶ Eminoğlu (n 15) 274

¹⁷ İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Dair Kanun, Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi: 23.03.2023, RG. 05.04.2023/32154, m. 31: “6102 sayılı Kanunun 5/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında” ibaresi “para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında,” şeklinde değiştirilmiştir.”

tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” şeklinde son halini almıştır.

TTK m. 4 uyarınca mutlak ticari dava olan anonim şirketin haklı sebeple feshinin, dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı öğretilmektedir. Şöyle ki, bir görüşe göre, haklı sebeple fesih davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmaması, söz konusu uyuşmazlığın konusunun bir miktar paranın ödenmesi talebini içermemesidir¹⁸. Bir uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olması için TTK m. 5/A kapsamında öngörülen iki kriter bulunmaktadır. İlk kriter ticari davanın varlığı, ikinci kriter ise davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesi talebini içermesidir¹⁹. Anonim şirketin haklı sebeple feshi davası, ilk kriteri karşılamakla birlikte, herhangi bir alacak ya da tazminat talebini içermediği için dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir²⁰.

Davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündeki tespitin öğretilde ileri sürülen bir başka gerekçesi, anonim şirketin haklı sebeple feshi talebinin arabuluculuğa elverişli olmadığı görüşüdür. Arabuluculuğa elverişlilik, uyuşmazlığın arabuluculuk uygulaması kapsamında olup olmadığıyla ilişkilidir. Nitekim HUAK’ın kapsamının ne olduğunu gösteren m. 2/1’de, kapsam dışında bırakılan aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişsiz uyuşmazlık olarak nitelendirilmiştir. Yine HUAK m. 2/1 uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları, yabancılık unsuru taşısa dahi, arabuluculuğa elverişlidir. Buradan hareketle, anonim şirketin haklı sebeple feshi davasında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir husus bulunmamaktadır²¹. Haklı sebeple fesih için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır ve verilen karar üçüncü kişi-

¹⁸ Kayhan (n 6) 83; Yaşar Can Göksoy, ‘Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Dava Şartı Arabuluculuğun (TTK m. 5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi’ in Tekin Memiş, Bahar Şimşek and Özge Selin Şener (eds) Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan (On İki Levha 2020) 112; Murat Şahin and Ufuk Kula, ‘Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar ile Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ve İlgili Yargıtay Kararları’ in Tekin Memiş, Bahar Şimşek and Özge Selin Şener (eds) Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan (On İki Levha 2020) 228

¹⁹ Kayhan (n 6) 83

²⁰ ibid; Göksoy (n 18) 112

²¹ Göksoy (n 18) 112; Kayhan (n 6) 84; İsmail Aydın, Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk (On İki Levha 2022) 157. Limited şirketler yönünden benzer tespit için bkz. Şahin and Kula (n 18) 228-229

leri de etkileyecektir²². Mahkeme tarafından verilen fesih kararı inşai etkiyi haizdir²³. Anonim şirketin haklı sebeple feshi davasının sulh ya da davanın kabulü ile sonlandırılması mümkün değildir²⁴. Tüm bu açıklamalar, anonim şirketin haklı sebeple feshi talebinin arabuluculuğa elverişli olmadığını, bu sebeple de dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmasının gerekmediğini göstermektedir²⁵.

Anonim şirketin haklı sebeple feshinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı yönünde tartışılan bir başka husus, haklı sebeple fesih davasında, hâkimin fesih yerine alternatif çözüm yöntemlerine karar verebilmesiyle ilişkilidir. Bu dava, taleple bağılılık ilkesine istisna teşkil etmekte olup şirketin varlığının korunması, ortakların haklarının gözetilmesi ve ekonomik istikrarın sağlanması gibi önemli amaçlara ulaşabilmek için davada feshin son çare olması ilkesi benimsenmiştir²⁶. Haklı sebeple fesih talebine rağmen mahkeme, fesih yerine duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilecektir. TTK m. 531’de fesih yerine karar verilebilecek alternatif çözüm olarak, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmaları kararı açıkça zikredilmiştir. Nitekim uygulamada, anonim şirketin haklı sebeple feshinin dava edildiği durumlarda, davacıların fesih yerine paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılmalarına karar verilmesi şeklinde somut bir talepte bulunduğu görülmektedir. Zira anonim şirketler bakımından pay

²² Göksoy (n 18) 112

²³ Emel Hanağası, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi’ (2016) 32 (1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 247; İlbasmış Hızlısoy (n 5) 192; Şahin (n 5) 55-56; Rahmi Can Ömür, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi’ (2021) 18(2), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1401; Göksoy (n 18) 112; Aydın (n 21) 157; Erkan Eren, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma ve Ayrılma Akçesi (On İki Levha, 2022), 95

²⁴ Hanağası (n 23) 247; Eminoğlu (n 15) 283; Göksoy (n 18) 112

²⁵ Ali Cem Budak, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2019) 15(42), Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, 34; Eren (n 23) 95; Ömür (n 23) 1402

²⁶ Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz and Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht (Schulthess 1996) 385, Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, (Helbing Lichtenhahn 2022) N. 192; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi (4), (5 th edn, Adalet 2024), 3017 N. 142; Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku (2) (13 th edn, Vedat 2017) 343 N. 1564d; Aytekin Çelik, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi’ (2009) 14(4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 578; Nuri Erdem, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (2 th edn, Vedat 2019), 252

sahibine çıkma hakkı tanınmamıştır. Bunun yerine TTK m. 531’de pay sahiplerince açılan şirketin haklı sebeple feshi davası kapsamında hâkimin alternatif çözüm olarak davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına karar verebileceği hükme bağlanmıştır. İşte bu aşamada davanın konusunun bir miktar para olan alacak talebi içermesi sebebiyle değerlendirme konusu yapılan husus, TTK m. 5/A uyarınca dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediği meselesi olmuştur²⁷. Konuyu bu yönüyle de değerlendiren yazarlar, böylesi bir halde de davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı görüşündedir²⁸. Fesih yerine verilebilecek alternatif çözümler hakkında nihai karar, mahkeme tarafından verilmektedir. Dava şirketin haklı sebeple feshi olduğundan, hâkim tarafından verilecek bir eda hükmü, davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilmesi anlamına gelmeyecektir²⁹. İnşâi dava niteliğinde olan şirketin haklı sebeple feshi davasında, şirketin feshi yerine, “davacının paylarının gerçek değeri ödenerek ortaklıktan çıkarılması” davacının talebinden bağımsız olarak mahkeme tarafından re’sen verilen bir karar niteliğindedir. Bu tür kararların da

²⁷ Öğretide Göksoy, davacı pay sahiplerinin bu yönde bir talebi olmasa bile, TTK m. 531 uyarınca hâkimin, fesih kararı vermek yerine davacının paylarının gerçek değeri ödenecek ortaklıktan çıkarılmasına karar verebileceği yetkisini dikkate alarak konuyu değerlendirmiştir. Yazara göre, hâkimin bu yetkisinin varlığı, fesih davalarının da dolaylı yoldan bir para alacağının ödenmesi talebini içerip içermediği ve TTK m. 5/A hükmünün kapsamına girip girmediği yönündeki bir tartışmaya konu edilebilir. Bu hususta bkz. Göksoy (n 18)113

²⁸ Kayhan (n 6) 84; Eren (n 23) 27; Göksoy (n 18) 113 vd. Öte yandan, TTK m. 531 uyarınca anonim şirketin haklı sebeple feshi talebiyle birlikte alternatif çözümler kapsamında davacının ortaklıktan çıkmasına karar verilmesini istemesinin terditli olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği, böyle bir talebin usul hukuku anlamında terditli talep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususları öğretide tartışmalıdır. Anonim şirketin haklı sebeple fesih davasının işaret edilen terditli yönü hususundaki tartışmanın yanı sıra, davacı pay sahiplerinin feshi talep etmeksizin yalnızca paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip şirketten çıkarılmalarını talep edip edemeyecekleri yönünde de farklı yaklaşımlar söz konusudur. Davanın dava şartı arabuluculuk yönünden özellik gösteren noktalarının incelendiği eserlerin atıf yapılan bölümlerinde bu bağlam üzerinden de değerlendirmeler ortaya konulmuştur. Ancak çalışmamızın bu aşamasında yazarların yalnızca dava şartı arabuluculuğu uygunluk kapsamında yaptıkları değerlendirmelere yer verilmiştir. Davanın gerçek anlamda terditli bir talep içerip içermediği ile ilgili öne sürülen görüşlere, konu bütünlüğünü sağlayabilmek ve ilgili yargı kararlarındaki tespitleri de içerebilmek adına değerlendirmeler bölümünde yer verilmiştir. Bkz. AŞA. ‘3. Değerlendirmelerimiz’

²⁹ Kayhan (n 6) 84

tıpkı fesih kararı gibi inşâî nitelikte olduğu kabul edilmelidir³⁰. Davacı paylarının gerçek değerinin ödenerek ortaklıktan çıkarılmasını talep etse dahi, mahkemece verilen karar talepten bağımsız olacağından, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir hakkın varlığından da bahsedilemeyecektir³¹.

2.1.2 İhtiyari Arabuluculuk Yönünden İleri Sürülen Görüşler

Öğretide baskın görüş, anonim şirketin haklı sebeple feshi davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı gibi bu türden bir uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk için de uygun olmadığı yönündedir³². Bu görüşün gerekçesi, bu davada tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri herhangi bir hakkın mevcut olmamasıdır³³. Uyuşmazlık sonucunda üretilen çözümler, tarafların dışında üçüncü kişileri de etkilemektedir³⁴. Kanun koyucu da anonim şirketin azınlık pay sahiplerince haklı sebeple feshinin ancak mahkemeden talep edilebileceği; alternatif çözümlere de mahkemece karar verileceği hususunu düzenlemiştir. Arabuluculuğa elverişli olmadığından, bu tür davalarda ihtiyari arabuluculuk uygulaması mümkün değildir; dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunluluğu da bulunmamaktadır³⁵. Nitekim HUAK m. 17/1 uyarınca uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona erecektir.

Farklı bir görüşe göre anonim şirketin haklı sebeple feshi davası ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir³⁶. Bu görüşün gerekçesini davanın niteliği

³⁰ Eren (n 23) 96; Göksoy (n 18) 118; Ömür (n 23) 1384. Mahkemenin alternatif çözümler çerçevesinde vereceği eda hükümlerinin inşai kararın fer'i niteliğinde olduğu yönünde bkz. İlbasmış Hızlısoy (n 5), 192-193

³¹ Eren (n 23) 96

³² Eminoğlu (n 15) 286; Ebru Tüzemen Atik, 'Anonim Şirketlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği Üzerine Düşünceler' Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C.2 (Yetkin 2022) 1507-1554, 1544; Kayhan (n 2) 84; Eren (n 20) 97

³³ Kayhan (n 6) 84

³⁴ Eren (n 23) 97; Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku Açısından Uyarılama Davası (Yetkin 2023) 93

³⁵ Eren (n 23) 97

³⁶ Sedat Kaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası (Yetkin 2024), 194. Yazara göre, anonim şirketin haklı sebeple feshi davası arabuluculuğa elverişli olduğundan ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Ancak davanın konusu bir miktar paranın ödenmesi talebini içermediğinden TTK m. 5/A uyarınca dava şartı zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. Bkz. ve karşı. Kaya (n 36) 194, 196

oluşturmaktadır. Anonim şirketin haklı sebeple feshi davası gerçek olmayan inşai davadır³⁷. Şirketin feshi, şirket varlığını sona erdirmektedir. Şirketin feshi sonucunu doğuracak irade, pay sahipleri ya da mahkeme kaynaklı olabilir. Fesih iradesinin ortaya konulmasıyla şirketin sona erdirilmesi sonucunu doğuran inşai etkide, pay sahiplerinin iradesi mahkemenin iradesini ikame edebilecektir³⁸. Anonim şirketin TTK m. 529/1-d'nin yaptığı göndermeyle 421 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına uygun olarak alınan genel kurul kararıyla sona erdirilebilecek olması, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmadığının göstergesi mahiyetindedir³⁹. Anonim şirketin haklı sebeple fesih davasında tarafların dava konusu üzerinde sulh yoluyla serbestçe tasarruf edebilmesi mümkündür⁴⁰. İlgili görüşe göre tüm bu açıklamalar, anonim şirketin haklı sebeple feshinin ihtiyari arabuluculuğa elverişli bir uyuşmazlık olduğunu göstermektedir.

2.2 İlgili Yargı Kararları

Anonim şirketin haklı sebeple feshinin talep edildiği davalarda arabuluculuk uygulamasına ilişkin sunacağımız örnekler şöyledir:

Davacı taraf; yüzde 30-84 oranında azınlık pay sahibi olduğunu, şirket yönetiminin kötüniyetli ve hukuka aykırı davranışlarla davacı tarafı şirketten uzaklaştırmaya çalıştığını, davacı taraf aleyhine ve davalı taraf davet edilmeden yönetim kurulu toplantıları yapıldığını ve karar alındığını iddia ederek TTK m. 531 uyarınca anonim şirketin feshini, feshi mümkün değilse paylarının dava tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenerek şirketten çıkarılmasını talep etmiştir. Davalı tarafın savunmalarından bir tanesi, TTK'da düzenlenen işbu davanın ticari dava teşkil ettiği ve zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu yönündedir. İlk derece mahkemesi, davayı anonim şirket ortaklığından çıkma ve çıkma payının ödenmesi islemi nedeniyle ticari bir alacak davası olarak nitelendirmiş, bu yönüyle de davanın TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna hükmetmiştir. Davanın dava şartı yokluğundan HMK m. 115'e göre usulden reddine karar vermiştir⁴¹.

Bu karara karşı davalı tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur. İstinaf yargılamasında ilgili istinaf mahkemesinin değerlendirmeleri ise şu

³⁷ Kaya (n 36) 111

³⁸ ibid

³⁹ ibid 194

⁴⁰ ibid; Şahin (n 5) 377-378

⁴¹ Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 12.03.2020, E. 2019/975, K. 2020/277

şekildedir: Uyuşmazlık anonim şirketin haklı sebeple feshi, bu olmadığı takdirde davalı ortağın şirketten çıkarılmasının talep edilmesine ilişkindir. Mahkemeye göre davada terditli talep yığılması söz konusudur. Şirketin haklı sebeple feshi asli talep olarak kabul edilmiş, asıl talebin yerine getirilmesinin herhangi bir sebeple mümkün olmaması halinde ise davacı şirketten çıkarılmasını terditli olarak talep etmiştir. Bu kapsamda HMK m. 111/2 uyarınca mahkeme önce asli talebi incelemekle yükümlüdür. Mahkemenin asli talebin reddine karar vermeden fer'i talebi incelemesi ve fer'i talebe dair bir karar vermesi mümkün değildir. Asli talep olan anonim şirketin haklı sebeple feshi ise dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığından, bu gerekçelerle davanın usulden reddedilmesi usul ve yasa-ya aykırı olmuştur. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak dava dosyasının kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar vermiştir⁴².

Bir başka uyuşmazlıkta davacı taraf, ortaklar arasında güven ilişkisinin tamamen ortadan kalktığını, çoğunluk payları haiz ortağın kendi çıkarları doğrultusunda şirketi kötüniyetli olarak yönettiğini iddia ederek TTK m. 531'e göre şirketin haklı sebeple feshi ve tasfiyesini, mümkün olmadığı halde şirketten çıkarılarak payının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerinin ödenmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, davanın dava şartı arabuluculuğa şüphesiz olarak tabi olduğuna hükmederek, davayı dava şartı yokluğundan reddetmiştir⁴³⁴⁴. Yapılan istinaf başvurusu neticesinde gerçekleşen yargılama sonucunda istinaf mahkemesi davada HMK m. 110 kapsamında talep yığılması ve bu talepler arasında HMK m. 166 uyarınca bağlantı olması halinde talepler arasında parasal olmayan talepler

⁴² İstanbul Bam 14. HD, T. 26.11.2020, E. 2020/1094, K. 2020/1276 Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025

⁴³ Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 12.03.2020, E. 2020/224, K. 2020/272

⁴⁴ İlk derece mahkemesi, gerekçesini oluştururken İstanbul BAM 12. HD'nin verdiği bir kararı referans göstererek, mahkemenin anonim şirket ortağının ortaklıktan çıkma ve çıkma payının ödenmesi yönündeki talebinin arabuluculuğa tabi olduğunu kabul ettiğini, kanun koyucunun da iradesinin bu yönde olduğunu ifade etmiştir. Ancak dayanak gösterilen İstanbul BAM 12. HD'nin kararı TTK m. 638 vd. uyarınca limited şirketten çıkma ve çıkma payının istenmesine ilişkindir. Bu talebe ilişkin olarak mahkeme, limited şirketten çıkma ve çıkma payının ödenmesi isteminin, çıkma payının ödenmesi yönündeki talep sebebiyle, ticari bir alacak davası niteliğinde olduğunu, uyuşmazlık üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceğini belirterek, arabuluculuğa başvurulmuş olmasının bu uyuşmazlık için bir dava şartı teşkil ettiğini kabul etmiştir. Bu hususta bkz. İstanbul BAM 12. HD, T. 25.06.2019, E. 2019/890, K. 2019/867 Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025

de mevcut ise davanın artık dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunun söylenemeyeceğini belirtmiştir⁴⁵.

3. Değerlendirmelerimiz

3.1 Arabuluculuğa Elverişliliğe İlişkin

Anonim şirketin haklı sebeple feshi davalarında arabuluculuğun uygulanabilirliği konusunda özellikle gerekçelendirme açısından öğreti ve yargı kararları arasında dikkat çekici bir farklılık bulunmaktadır. Öğretide, arabuluculuğa elverişlilik üzerine detaylı değerlendirmeler yapılmakta, anonim şirketin haklı sebeple feshi talebinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konuların arasında yer aldığı ve bu yönüyle arabuluculuğa elverişli olmadığı genel olarak vurgulanmaktadır. Buna karşın, yukarıda yer verilen yargı kararlarında davaların terditli dava ve dava yığılması yönü tartışılmış ve arabuluculuğun dava şartı olup olmadığına odaklanılmıştır. Halbuki özellikle iflas hukuku kökenli ticari davalar yönünden arabuluculuğa elverişlilik hususunun tartışıldığı ve buna göre hüküm kurulduğu tarafımızca tespit edilmiştir. Örneğin, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁴⁶ (İİK) m. 235 uyarınca açılan sıra cetveline itiraz konulu bir davada, istinaf mahkemesi uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına dair şu belirlemelerde bulunmuştur:

“6102 sayılı TTK ‘nın 5/A maddesinde, bu kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Yasanın düzenlemesi kapsamında, kayıt kabul davası, diğer kanunlar olarak ifade edilen İcra ve İflas Kanununda yer alan ticari davalardandır. Ancak kayıt kabul davasının, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1/2. fıkrasındaki tanıma uyduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir. İlgili yasada, Kanunun, yabancılık unsuru taşıyanlarda dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan

⁴⁵ İstanbul BAM 14. HD, T. 17.06.2021, E. 2021/305, K. 2021/798. Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025. Ayrıca kararda HMK m. 166 değerlendirmesi yapılırken referans gösterilen Yargıtay kararları için ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, T. 04.11.2020, E. 2020/933, K. 2020/576; Yargıtay 11. HD, T. 09.12.2020, E. 2020/933, K. 2020/5776 Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025

⁴⁶ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG. 16.06.1932/2128

özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirtilmiştir. Özellikle, İİK'nın 226. maddesi gereğince, masanın kanuni temsilcisinin, ikimilyar liraya kadar olan alacaklardan doğrudan doğruya, daha ziyade alacaklardan alacaklılar toplanmasının vereceği yetkiyle sulh olabileceği düzenlemesi kapsamında, masaya kayıt işleminin, müflis şirket iflas idaresinin serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden olduğunun kabulü olanaklı değildir. Şu halde, kayıt kabul talebinin, 5325 sayılı Kanunun 1/2. fıkrası gereğince, arabuluculuk kanunu hükümleri uyarınca çözümlenmesi düşünülemez. Bu durumda kayıt kabul davasının, özü itibarıyla, TTK 5/A maddesinde ifade edildiği üzere, alacak ve/veya tazminat talebi olduğuna dair tartışmaya da gerek olmayacaktır. Hal böyle olunca Arabuluculuk Kanunun uygulanmasının öngörülmediği kayıt kabul davasının, sırf ticari dava olması ve alacak niteliğine benzer niteliği taşıdığı gerekçesiyle, davanın, arabuluculuk dava şartı yokluğu nedeniyle usulden red kararında isabet görülmemiştir.”⁴⁷

Yargıtay da iflas davasının kamu düzeniyle ilgili olduğu ve tarafların serbest tasarrufuna terk edilemeyeceği gerekçesinden hareketle bu uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadıkları gibi genel olarak arabuluculuğa elverişli bulunmadıklarını verdiği kararlarda belirtmiştir⁴⁸.

⁴⁷ İstanbul BAM 17. HD, T. 11.06.2020, E. 2019/2875, K. 2020/1025. Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025. Farklı olarak, İzmir BAM 17. HD., aynı konulu davada uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını şu gerekçeyle belirlemiştir: “Davanın İİK 235. maddede düzenlenen 15 günlük hak düşürücü süre içerisinde açılmamış olduğu anlaşılmakla kayıt kabul davasının arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve ihtiyari ara buluculuğun sürelerle etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Kayıt kabul davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içermediğinden, kayıt kabul davası açılmadan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması yönünde bir dava şartı bulunmadığı gibi iflas idaresinin de arabuluculuk görüşmesine katılma yetkisinin de bulunmadığı dikkate alındığında kayıt kabul davasının arabuluculuğa elverişli olmadığı anlaşılmaktadır.” İzmir BAM 17. HD, T. 06.02.2024, E. 2021/762, K. 2024/284. Ayrıca konkordato projesi tasdik edilen şirketten olan ve çekişmeli hale gelen alacağın İİK m. 308/b uyarınca tespiti ile konkordato projesine dahil edilmesine yönelik alacak davasında uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine elverişli olup olmadığının, tarafların serbest iradesiyle çözülüp çözülmeyeceği ekseninde değerlendirildiği ve benzer gerekçelerin ortaya konulduğu bir başka uyuşmazlık için bkz. İstanbul BAM 43. HD, T. 31.10.2024, E. 2024/262, K. 2024/1585; Kararlar için bkz. Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 12.02.2025

⁴⁸ Yargıtay 6. HD, T. 20.03.2023, E. 2022/3015, K. 2023/1098; Yargıtay 6. HD, T. 16.02.2022, E. 2021/1958, K. 2022/811; Benzer yönde bkz. İstanbul BAM 45. HD, T. 04.11.2020, E. 2020/1590, K. 2020/206 Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Eri-

Kanaatimizce bir ticari davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı değerlendirirken, öncelikle uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer dava, arabuluculuğa elverişli değilse, zaten arabuluculuk süreci uygulanamayacaktır. Bu değerlendirmeden sonra, eğer dava arabuluculuğa elverişli ise, TTK m. 5/A kapsamında zorunlu arabuluculuk şartının uygulanıp uygulanmayacağı dikkate alınmalıdır. Bu sıralamanın yargılama faaliyeti sürecinde dikkate alınmasının hem hukuki süreçlerin etkinliğini artıracak hem de tarafların haklarının korunmasını sağlayacağı kanaatindeyiz. Nitekim yukarıda yer verilen İstanbul BAM 17. HD, T. 11.06.2020, E. 2019/2875, K. 2020/1025 künyeli kararda da işaret edildiği üzere, bir ticari uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edildiğinde, TTK m. 5/A uyarınca konusunun bir miktar para ve/veya tazminat talebi içerip içermediği yönündeki değerlendirmeye de gerek kalmayacaktır.

Arabuluculuk sürecinin devam edebilmesi için hem dava şartı zorunlu arabuluculuk hem de ihtiyari arabuluculuk açısından uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olması şartı emredici karakteri haizdir. Arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıkları tespit ederken, HUAK m. 1/2 uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı hususlar belirlenmelidir⁴⁹. Bu çerçevede serbestçe tasarrufta bulunamama olgusu ile kamu düzenine ilişkin olma ölçütleri ilişkilendirilmektedir⁵⁰. Bu açıdan daha

şim Tarihi: 09.01.2025. Takipli iflas yoluyla açılan iflas davası ile ödeme emrine itiraz edilmemesi aşamasında açılan iflas davasının hem ihtiyari hem de dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edileceği, doğrudan iflas sebeplerine dayanılarak gerçekleştirilen bir yargılamada ihtiyari arabuluculuk sürecinin yürütülemeyeceği ve uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündeki tespit ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Barış Toraman, 'İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine' (2020) 28(3), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1037 vd.

⁴⁹ Tarafların, bir uyuşmazlık üzerinde serbest iradeleriyle tasarrufta bulunarak ve yargı kararına gerek kalmaksızın hukuki bir sonuç doğurabilmeleri halinde, söz konusu uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli kabul edileceği yönünde bkz. İlker Koçyigit ve Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk (Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019) 73 <<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021090954Ticari%20Uyuşmazlıklarda%20Dava%20Şartı%20Arabuluculuk.pdf>> Erişim Tarihi: 15.01.2025

⁵⁰ Cafer Eminoğlu and Ersin Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk (Adalet 2020) 198-200. Ayrıca HUAK m. 1 gerekçesinde şu ifade yer almaktadır: "Her tür hukuk uyuşmazlıkları değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani 'sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları' bağlamında uygulama alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına

ziyade şirket tüzel kişiliğini ilgilendiren korporatif nitelikteki şirketler hukuku uyuşmazlıklarının karakteristik yönü esas alındığında kamu düzeni bağlamında menfaatleri korunan farklı grupların varlığı arabuluculuğa elverişlilik açısından önem arz etmektedir⁵¹. Bu kapsamda öğretilerde şirketler hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği meselesi üzerinde durulmuş ve bu tür uyuşmazlıkların karakteristik özelliklerinden yola çıkarak, arabuluculuğa elverişliliği belirleyebilmek için bazı ölçüt önerileri sunulmuştur. Bu öneriler, başlıklar halinde, özel usuli işlemler/tescil ölçütü, *erga omnes* etkisi⁵², uyuşmazlığın doğduğu kararı alan organ ölçütü, şirketin hukuki varlığını, temel yapısını, temel ilkelerini ilgilendirme ölçütü şeklindedir⁵³. Ortaya konulan ölçütlerden hareketle anonim şirketin haklı sebeple feshi özelinde TTK m. 531'e dayanan bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı kanaatindeyiz. Bu tespitin temel gerekçesi, pay sahiplerinin şirketin feshini talep ettiği hallerde mahkemeye, taraf taleplerinden bağımsız olarak, feshe ancak son çare olarak karar verme, öncesinde davacının şirketten çıkarılması da dâhil olmak üzere farklı çözümlere başvurma yetki ve görevi verilmiş olmasıdır. Bu yetki ve görev ancak mahkeme tarafından kullanılabilir⁵⁴. Anonim şirketin haklı sebeple

olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.”

⁵¹ Mustafa İsmail Kaya and Burçak Tatlı, Anonim Şirketlerde Hukuki Sorumluluk Davalarının Dava Şartı Arabuluculuğa Elverişliliği Problemi, Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan C.1 (Yetkin 2022) 346

⁵² Mahkemenin fesih kararı vermesi halinde kararın, ileriye dönük olarak (*ex nunc*) ve tüm pay sahiplerine karşı (*erga omnes*) etkili olacağı yönünde bkz. BGE 109 II 140 E. 4; Böckli (n 26) N 299; Forstmoser, Meier-Hayoz and Nobel (n 26) § 55 N 105; Philipp Habegger, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen (Schulthess 1996) 318. Uyuşmazlık hakkında ortaya çıkan sonucun, uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişiler hakkında sonuç doğurması, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının göstergesidir. Bu hususta bkz. Tolga Ayoğlu, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim (On İki Levha 2018) 83 vd; Eminoglu (n 15) 283; Mehmet Ertan Yardım, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru' in Ceyda Sürel Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds) Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 85; Kaya and Tatlı, 'Hukuki Sorumluluk' (n 51) 346-347

⁵³ Detaylı bilgi için bkz. Eminoglu (n 15) 272 vd.

⁵⁴ Bu aşamada hukukumuzda haklı sebeple fesih davasının tahkime elverişli olup olmadığının da tartışmalı olduğunu belirtmek isteriz. Öğretilerde bir görüşe göre, anonim şirketin haklı sebeple feshi davası tahkime elverişli değildir. Bkz. Ayoğlu, 'Tahkim' (n 52) 145-146; Pulaşlı (n 26) 3014, N. 122; Poroy, Tekinalp and Çamoğlu (n 26) 340 N. 1562c; Erdem (n 26) 178; Hanağası (n 23) 231-233. Aksi yöndeki görüşe göre ise anonim şirketin haklı sebeple feshi davasının tahkimde görülmesi mümkündür. Bkz. İl-

feshi, menfaat sahiplerinin haklarını korumak için son çare (*ultima ratio*) olarak uygulanır⁵⁵. Haklı sebeple fesih davasının bu yönü mahkemeye alışılmadık bir şekilde, sorun çözerken aynı zamanda şekillendirici bir rol yüklemektedir. Bu itibarla düzenleme, belirsiz bir hukuki sonuç içeren bir norm olma niteliğindedir. Mahkeme tarafından verilen karar, şirketin varlığına değil, varoluş biçimine müdahale eden, devamlılık varsayımı altında şekillendirici bir özellik taşımaktadır⁵⁶.

basmış Hızlısoy (n 5), 286; Kaya (n 36) 160 vd; Cem Veziroğlu, ‘Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis’, Global Relations Forum Young Academic Program Policy Paper Series, 9; Ercüment Erdem, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’, in Süheylâ Balkar and Hatice Özdemir Kocasakal (eds) Tahkim Anlaşması (On İki Levha 2020) 17 <<https://grforum.org/>> Erişim Tarihi: 15.01.2015. Farklı bir görüşe göre ise esas sözleşmede tahkim yargılamasına başvurma hakkının azınlık pay sahiplerine tahkim yargılaması ile mahkemeye başvurma hakkında seçimlik yetki ile tanınması halinde haklı sebeple fesih davasının tahkimde görülebilmesi mümkündür. Bkz. Şahin (n 5) 372-373. Haklı sebeple feshin tahkime elverişli olup olmaması noktasındaki görüşlerin dayandıkları farklı gerekçeler mevcut olup, bu hususta yapılması gereken bir değerlendirme, çalışmamızın sınırlarını da aşmaktadır. Tahkime elverişlilik meselesini çalışmamız kapsamında değerlendirme sebebimiz, arabuluculuğa elverişlilik ile bir ilişkilendirme kurma gereksinimidir. Şöyle ki hem tahkimde hem de arabuluculuk uygulamasında uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olmama kriterini sağlaması şartı aranır. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 408 uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bu anlamda iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile kamu düzenine ilişkin olmama kriteri arasında benzer bir ilişki bulunmaktadır. Ancak arabuluculuk sürecinde kamu düzeni kavramının daha hassas olduğu ve bu sebeple kamu düzenine ilişkin olmama kriterini sağlamaması açısından arabuluculuğa elverişli uyuşmazlığın kapsamının daha dar olduğu kanaatini taşımaktayız. Bu sebeple arabuluculuğa elverişli olmayan bir uyuşmazlık tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Kamu düzeni hususunun her uyuşmazlık özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hususta bkz. Eminoğlu (n 15) 275, dp. 13. Ayrıca aksi yöndeki görüş için bkz. ve karşı. Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (4 th edp, Yetkin 2016) 1186; Doğa Ekrem Doğancı, ‘Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yöünden Elverişlilik Meselesi’, (2013) 1(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 107; Kaya (n 36) 195

⁵⁵ Ersin Çamoğlu, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi’ (2015) 31(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 9-10; Şahin (n 5) 326-335; Erdem (n 26) 217 vd. Ayrıca bkz. BGE 105 II 114 E. 6c; BGE 67 II 162 E. c-d

⁵⁶ Böckli (n 26) § 14 N 324; Mehmet Özdamar, ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Haklı Sebeple Fesih Davası Dolayısıyla Şirketten Ayrılması’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C.1 (Yetkin 2022) 458

3.2. Alternatif Çözümler ve Arabuluculuğa İlişkin

Mahkeme, fesih kararı vermeden önce alternatif çözümleri değerlendirek, şirketin devamlılığını sağlamaya ve menfaat sahiplerinin zarar görmesini önlemeye çalışır. Bu yaklaşım hem şirketin ekonomik değerini korumayı hem de menfaat sahiplerinin haklarını dengelemeyi amaçlar. Mahkemeye taraf iradelerinden bağımsız olarak, feshe ancak son çare olarak karar verme, öncesinde davacının şirketten çıkarılması da dâhil olmak üzere farklı çözümlere başvurma yetki ve görevi; kamu düzeninin korunması ile ilişkilidir. Feshin son çare olması ilkesi, sermayenin korunması ilkesiyle de ilişkilidir. Arabulucunun, yürüttüğü süreçte şirketin temel yapısını koruma veya belirtilen ilkelerin ihlal edilmesini engelleme konusunda bir karar alma ya da denetim yetkisi bulunmamaktadır; bu nedenle, bu tür durumlarda mahkeme denetimi öncelikli ve belirleyici bir rol oynamaktadır⁵⁷. Şunu da ifade etmek gerekir ki, hâkimin haklı nedenle fesih davasında feshe alternatif olarak verebileceği kararlar, çoğu zaman kaçınılmaz bir şekilde anonim şirketler hukukunun temel ilkelerine dokunabilecek nitelikte olup, genel kurulun veya yönetim kurulunun münhasır yetki alanına müdahale teşkil edebileceği gibi, esas sözleşme hükümlerine de aykırılık oluşturabilir⁵⁸. Hâkime tanınan bu yetki, yargısal bir denetim çerçevesinde ve kanundan kaynaklanan bir hak olarak kullanılmakla birlikte, anonim şirketlerin özerk yapısına müdahale riski taşımaktadır. Bu durum göz önüne alındığında, arabulucunun, herhangi bir yargısal yetkisi bulunmayan bir kişi olarak, anonim şirketler hukukunun düzenlediği bu alanlara müdahale etmesi evleviyetle mümkün olamayacaktır Arabuluculuk sürecinde, şirketin iç işleyişine veya organlarının yetki alanına ilişkin kararlar alınması hem hukuki sınırların aşılması hem de şirketler hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayan bir durum yaratacaktır.

Haklı nedenle fesih davası, özellikle anonim şirketlerde azınlık pay sahiplerinin haklarını korumak amacıyla oluşturulmuş önemli bir hukuki mekanizmadır⁵⁹. Bu dava, çoğunluk pay sahiplerinin sahip oldukları yetki-

⁵⁷ Eminoğlu (n 15) 286

⁵⁸ Fatih Yurtbaşı, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Özellik Arz Eden Hususları Hakkında Bir Değerlendirme’ in Tekin Memiş, Bahar Şimşek and Özge Selin Şener (eds) Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan (On İki Levha 2020) 167-168

⁵⁹ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (On İki Levha 2016) 434; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (12 th edn, Vedat 2020) 287, N. 14-08, 14-09; Halit Aker, ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2016) 32(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 124; Füsün Nomer

leri kötüye kullanarak azınlık üzerinde baskı kurması ya da onların haklarını ihlal etmesi durumunda, azınlığa tanınmış bir denge aracı niteliğindedir⁶⁰. Ayrıca, pay sahiplerinin şirketin feshini talep ettiği hallerde mahkemeye, taraf taleplerinden bağımsız olarak, feshe ancak son çare olarak karar verme, öncesinde davacının şirketten çıkarılması da dâhil olmak üzere farklı çözümlere başvurma yetki ve görevi verilmiş olması, kanun koyucunun menfaat sahibi olanların bu menfaatlerinin korunmasının kamu düzeni ile ilgili olduğu yönündeki yaklaşımının bir yansıması mahiyetindedir⁶¹.

Ortaklık ilişkisinin temelinde bir sözleşme ilişkisine dayanması, şirketin genel kurulda alınabilecek bir karar ile feshinin mümkün olması ve bu bağlamda şirketin sona ermesi yönündeki sonuca dava dışı yollarla da ulaşılabilir olması, bu tür bir uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı yönündeki tespiti değiştirmeyecektir⁶². Zira feshin son çare olması ilkesi bağlamında haklı sebebin varlığının ve alternatif çözüm yollarından uygun olanın belirlenebilmesi gerekliliği, yargılama faaliyeti ile yapılacak bir hukuki denetimin varlığını elzem kılmaktadır. Temelinde menfaat odaklı olan ve mahkeme yargılaması yerine ikame teşkil etmeyen arabuluculuk sürecinde, emredici hükümlerin ve kamu menfaatinin gözetilemiyor oluşu, hukuki denetimin önem taşıdığı şirketler hukuku davaları bakımından arabuluculuğa elverişlilik yönünde yapılacak değerlendirmede dikkate alınmalıdır.

Ertan, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası-TTK m. 531 Üzerine Düşünceler' (2015) 73(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 422

⁶⁰ Şahin (n 5) 65; İlbasmış Hızlısoy (n 5) 38; Erdem (n 26) 14; Hamdi Yasaman, 'Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi' (2009), İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri 713, 717; Habegger (n 49) 10; Hans-Ueli Vogt and Thomas Enderli, 'Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR)' (Schulthess 2010) Recht, 241

⁶¹ Bu hususta bkz. Eminoglu (n 15) 279

⁶² Tarafların bu uyuşmazlığa ilişkin olarak sulh yoluyla serbestçe tasarrufta bulunmasının mümkün olduğu, davanın bu yönüyle ihtiyari arabuluculuğa elverişli bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Kaya (n 36) 194. Genel kurul tarafından iradi fesih kararı alınması ile bir başka yasal sona erme nedenine dayanılarak açılan fesih davasında şirket ile davacı pay sahibinin sulh olması birbiri ile karıştırılmaması gerektiği, genel kurul tarafından iradi fesih kararı alınmasının, diğer tüm yasal sona erme nedenlerinden bağımsız, müstakil bir sona erme nedeni olduğu ve tarafların sulh olması anlamını taşımadığı yönündeki açıklamalar için bkz. Ayoğlu, 'Tahkim' (n 52) 146

Davacı pay sahiplerinin alternatif çözüm olarak pay bedellerinin ödenerek şirketten çıkarılmayı⁶³ istemesi halinde de davanın konusu itibarıyla bir alacak talebi içerse dahi dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız⁶⁴. Bu aşamada davacı pay sahiplerinin alternatif çözüm önerisi olarak pay bedellerinin ödenerek şirketten çıkarılmayı isteyip TTK m. 531'e dayanarak açacağı bir davada üç ihtimali söz konusudur: Yalnızca şirketin feshinin talep edilmesi, yalnızca pay bedellerinin ödenerek şirketten çıkarılmanın talep edilmesi, şirketin feshi ve fakat bu mümkün olmazsa şirketten çıkarılmanın talep edilmesi⁶⁵. Kanaatimizce üç ihtimalde de açılan dava, TTK m. 531'e dayanılması şartıyla, anonim şirketin haklı sebeple feshi davası niteliğindedir. TTK m. 531'e dayanarak yalnızca pay bedellerinin ödenerek şirketten çıkarılmanın talep edilmesi halinde de davanın niteliği değişmeyecek; fesih yerine alternatif çözüme hükmetme konusunda takdir yetkisi tümüyle mahkemeye ait olacaktır. Bu itibarla TTK m. 531 uyarınca açılan bir davada davacının mutlaka ve öncelikle şirketin feshini talep etmesinin gerekmediği kanaatindeyiz⁶⁶. Davacının dava dilekçesinde yalnızca alternatif çözümü belirtmesi ya da fesih talebiyle birlikte uygulanabilecek alternatif çözümü göstermesi

⁶³ Öğretide tercih edilen terminolojiye ilişkin olarak farklı yaklaşımlar da söz konusudur. TTK m. 531'de tercih edilen ibare "pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarıdır." Çıkmanın ortağın rızası uyarınca sonuç bulması, çıkarılma halinde ise rızası olmadan şirketten ayrılması söz konusu olduğu için burada uygun olan terimin "çıkma", "ayrılma", "çıkarmaya izin verilmesi" şeklinde olabileceği yönünde farklı tercihler ileri sürülmüştür. Bkz. Yasaman (n 57) 716; Şahin (n 5) 395; Erdem (n 26) 262; İlbasmış Hızlısoy (n 5), 288. Bu çalışmada ise TTK m. 531'in lafzından hareket edilerek "çıkarma/çıkartılma" ibaresi kullanılmıştır

⁶⁴ Uzun süredir dağıtılmayan kar paylarının dağıtılmasının istenmesi halinde de TTK m. 531'e dayanarak açılan haklı sebeple fesih davasının dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. Özdamar (n 56) 462

⁶⁵ Talebin TTK m. 531 hükmü uyarınca karar verilmesi şeklinde de olabileceği hususunda bkz. Tekinalp (n 56) 217

⁶⁶ Lafzi yorumla değerlendirildiğinde hükmün lafzından mutlaka haklı sebeple feshin talep edilmesi gerektiği anlaşılsa da amaçsal yorumla ve en azından TTK m. 531'e dayanılması halinde haklı nedenle fesih davasının doğrudan alternatif çözüm talebiyle açılabilmesi yönündeki benzer görüş için bkz. İlbasmış Hızlısoy (n 5), 225-227. İsviçre hukukundaki benzer yöndeki değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz. Böckli (n 26) § 14 N 336; Peter Kunz, "Rechtsvergleichung/Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeermessen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR" (Stämpfli 2018) FS Kren Kostkiewicz, 800; Habberger (n 52) 290. Öğretide baskın görüş ise fesih talebinin mutlaka açıkça belirtilmesi gerektiği yönündedir. Bu hususta bkz. Şahin (n 5) 496; Ha-nağası (n 23) 242-243; Çelik (n 26) 581, dp. 91; Kayhan (n 6) 71; Kaya (n 36) 125-126

hâkimi bağlamayacak⁶⁷ ya da davanın çıkma/çıkarma davası olarak nitelendirilebilmesine sebep olmayacaktır⁶⁸. Nitekim limited şirketlerden farklı olarak anonim şirketlerde, pay sahibinin haklı sebepleri gerekçe gösterek şirketten çıkmayı talep edebileceği bir dava TTK'da öngörülmemiştir⁶⁹.

⁶⁷ Böckli (n 26) § 14 N 334; Kunz (n 66) 803; Vogt and Enderli (n 60) 247. Davacı pay sahiplerinin alternatif çözüm önerisi olarak şirketten çıkarılmayı istemeleri halinde bu talebin bağlayıcı olduğu, mahkemenin fesih ya da başkaca bir alternatif çözüm önerisi hakkında karar veremeyeceği yönünde bkz. Şükrü Yıldız, 'TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi' (2007), Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rasyan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı 1195, 1199

⁶⁸ Ayoğlu, 'Tahkim' (n 52) 156. İstanbul BAM 12. HD tarafından verilen bir kararda, TTK m. 531 uyarınca açılan bir davada teknik anlamda pay sahiplerinin haklı sebep gerekçe göstererek çıkması ya da şirketin ortağını haklı sebeple çıkarması söz konusu olmayacağına işaret edilmiştir. Bkz. İstanbul BAM 12. HD, T. 25.11.2021, E. 2021/2026, K. 2021/1756. Ancak bazı kararlarda mahkemenin TTK m. 531 uyarınca açılan bir davayı haklı sebeple anonim şirketten çıkma şeklinde nitelendirdiğine rastlanılmıştır. Bkz. İzmir BAM 11. HD, T. 26.04.2017, E. 2017/436, K. 2017, 435; Kararlar için bkz. Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025

⁶⁹ TTK m. 638/2 uyarınca her ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir. Limited şirket ortağının ortaklıktan çıkmayı talep ettiği bir uyuşmazlıkta da arabuluculuğun uygulanıp uygulanmayacağı öğretide tartışılmış ve farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Bir görüşe göre, ayrılma payı talep etmeksizin açılan ortaklıktan çıkma davası, TTK m. 5/A'daki şartı karşılamadığından, dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Çıkmayla birlikte ayrılma payı da talep ediliyorsa arabuluculuğa başvuru zorunludur. Bu hususta bkz. Göksoy (n 18) 122 123. Farklı bir görüşe göre ise ortaklıktan çıkmanın talep edildiği bir dava yenilik doğurucu nitelikte olduğundan dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Ayrılma payı talep edildiğinde mahkemenin vereceği hüküm tespit niteliğinde olacağından, dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündeki sonuç değişmeyecektir. Bkz. Tuğba Özdoğan Daloğlu, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma (On İki Levha 2020), 60. Bir başka görüşte ise çıkmaya ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzeniyle ilişkili olduğu, mahkeme denetimi olmaksızın kullanılmasının eşitsizliğe yol açabileceği yönündeki gerekçeyle arabuluculuğa elverişli olmadığı ve dava şartı arabuluculuk kapsamında da yer almadığı tespit edilmiştir. Bkz. Eminoglu (n 15) 287. Öte yandan limited ortaklığından çıkma ve ayrılma payının ödenmesinin birlikte talep edildiği bir uyuşmazlıkta Kayseri BAM 6. HD ayrılma payı talebinin bir alacak talebi içermesi sebebiyle arabuluculuğa tabi olsa da herhangi bir alacak talebi içermemesi sebebiyle arabuluculuğa tabi olmayan ve esas talep olan ortaklıktan çıkmayla birlikte istendiği için bu uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını değerlendirmiştir. Bkz. Kayseri BAM 6. HD, T. 12.11.2020, E. 2020/782, K. 2020/862 Legalbank, <<https://legalbank.net/arama>> Erişim Tarihi: 09.01.2025. Dikkat edilecek olursa mahkemenin değerlendirmesi arabuluculuğa elverişlilik değil; uyuşmazlığın alacak ya da tazminat talebi içerip içermemesi nazarında olmuştur. Halbuki kanaatimizce de ortaklıktan çıkma ya da çıkarılma yönündeki talepler arabuluculuğa elverişli değildir. Mahkeme denetimini gerektirir.

3.3 İncelenen Kararlara İlişkin

Çalışmanın “İlgili Yargı Kararları” bölümünde sunulan kararda istinaf mahkemesi, HMK m. 111 uyarınca davayı terditli dava olarak nitelendirmiş ve asli talep olan anonim şirketin feshinin dava şartı arabuluculuk kapsamında olmaması sebebiyle davayı reddetmiştir. HMK m. 111 uyarınca terditli dava, davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında öncelik-sonralık (aslilik-ferîlik) ilişkisi kurarak aynı dava dilekçesinde ileri sürdüğü bir dava türüdür. Bu tür davada, davacı öncelikli olarak asli talebinin kabul edilmesini talep eder; ancak mahkeme, asli talebin reddine karar verirse, bu durumda ferî (ikincil) talebin incelenmesini ve karara bağlanmasını ister. Terditli davanın temel şartı, ileri sürülen talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunmasıdır. Mahkeme, davacının asli talebini esastan reddetmedikçe ferî talebi inceleyemez ve bu talep hakkında hüküm kuramaz. Haklı nedenle fesih davasında alternatif çözüm, fesih yerine verilen ve *ultima ratio* niteliğinde olan, mahkeme tarafından kendisine tanınan yasal takdir çerçevesinde ortaya çıkan bir sonuçtur. Hâkim değerlendirme yaparken talepler arasındaki sıraya uymak zorunda değildir⁷⁰. Doğrudan alternatif çözüm talebiyle dava açıldığında ise şirketin feshine karar verebilecektir⁷¹. Davacı tarafından şirketin feshi ve fakat bu mümkün olmazsa şirketten çıkarılmasına izin verilmesinin talep edilmesi halinde dava terditli bir dava olarak da nitelendirilemeyecektir⁷². Bu açıklamalar çerçevesinde davanın dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı yönündeki tespit doğru olmakla birlikte, bu tespitin gerekçesinin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Davanın arabuluculuk kapsamında olmaması haklı sebeple fesih davasının arabuluculuğa elverişli ol-

⁷⁰ Şahin (n 5) 428; Çamoğlu (n 55) 13; Hanağası (n 23) 207. Pay sahiplerinin sunduğu alternatif çözümün mahkeme açısından bağlayıcı olması gerektiği yönündeki görüş için karş. Murat Oruç, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma” 2011 27(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 223

⁷¹ Şahin (n 5) 497; İlbasmış Hızlısoy (n 5), 225-226; Özdamar (n 56) 473; Kaya (n 36) 12

⁷² Bu hususta bkz. Şahin (n 5) 428; Tekinalp (n 56) 215-216; Çamoğlu (n 55) 13; Hanağası (n 23) 205-206; İlbasmış Hızlısoy (n 5), 227-228. Davacı dava dilekçesinde alternatif talepleri de öne sürdüğünde, bu talebin hâkimi bağlayıcı usuli etki yaratmayacağı, bu durumda anonim şirketin haklı sebeple feshi davasının gerçek olmayan terditli dava olarak nitelendirileceği yönündeki değerlendirmeler hakkında bkz. Kaya (n 36) 128. Talepler arasında aslilik-ferîlik ilişkisi olduğu, feshe yönelik karar vermeden alternatif çözümün değerlendirilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Eser Rüzgâr, “Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi” (2014) 16(5) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 369

mamasından ileri gelmektedir. Dolayısıyla bu davada ihtiyari arabuluculuk süreci de yürütülemeyecektir.

SONUÇ

Anonim şirketin haklı sebeple feshi, TTK m. 531'de düzenlenmiş olup, şirket içi menfaat dengelerinin korunmasını amaçlayan önemli bir hukuki mekanizmadır. Bu düzenleme, şirketlerin özerk yapısını koruma, azınlık haklarını dengeleme ve şirketin ekonomik değerini muhafaza etme amacı taşımaktadır. Ancak, bu davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hem öğretide hem de yargı kararlarında tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anonim şirketin haklı sebeple feshi davasında mahkemenin kamu düzenini gözetme yükümlülüğü, arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan iradilik (gönüllülük) ilkesi ile çelişmektedir. Bu davalarda mahkeme, yalnızca tarafların talepleriyle bağlı kalmaksızın, şirketin devamlılığını sağlamak amacıyla alternatif çözümler üretebilmekte ve kamu düzenini gözetmektedir. Bu durum, arabuluculuk sürecinin sınırlarını aşan bir yargısal denetim gerektirdiğinden, haklı sebeple fesih davalarının arabuluculuğa elverişli olmadığı kanaatine varılmıştır.

Haklı sebeple fesih davalarının arabuluculuğa elverişli olmamasının temel gerekçeleri şunlardır:

Mahkemenin Alternatif Çözüm Üretme Yetkisi: TTK m. 531 uyarınca mahkeme, fesih kararı vermeden önce davacı pay sahiplerinin haklarını koruyacak alternatif çözümleri değerlendirme yetkisine sahiptir. Bu yetki, yalnızca mahkemeye tanınmış olup, arabuluculuk sürecinde bu tür bir denetim ve karar alma mekanizması bulunmamaktadır.

Kamu Düzeni ile İlişki: Haklı sebeple fesih davası, yalnızca tarafların iradelerine bağlı bir uyumsuzluk olmaktan öte, kamu düzenini ilgilendiren bir nitelik taşımaktadır. Mahkemenin takdir yetkisi arabuluculuk sürecinde sağlanamayacak bir hukuki denetim gerektirmektedir.

Şirketin Ekonomik Değerinin Korunması: Mahkemenin fesih yerine alternatif çözümler sunma yetkisi, şirketin ekonomik değerini koruma ve menfaat sahiplerinin zarar görmesini önleme amacı taşımaktadır. Bu tür bir değerlendirme, arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilemeyecektir.

Bu gerekçeler doğrultusunda, anonim şirketin haklı sebeple feshinin arabuluculuğa elverişli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, bu durum yargı kararlarında ve öğretide farklı şekillerde ele alınmaktadır. Bazı yargı kararlarında, haklı sebeple fesih davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı belirtilmekle birlikte, bu tespitler terditli dava yönünden

bir değerlendirme ile gerekçelendirilmektedir. Oysa, bu tür davaların dava şartı arabuluculuk kapsamında olmamasının temel nedeni, haklı sebeple fesih davalarının arabuluculuğa elverişli olmamasıdır. Bu davalarda mahkemenin kamu düzenini gözetme yükümlülüğü, arabuluculuk sürecinin sınırlarını aşmakta ve bu nedenle hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuk kapsamında değerlendirilememektedir. Şayet mahkeme, öncelikle davanın arabuluculuğa elverişliliğini denetler ve ardından TTK m. 5/A kapsamında bir değerlendirme yaparsa, daha hızlı ve hakkaniyete uygun bir karar verebilir. Bu yaklaşımın hem hukuki belirsizliklerin giderilmesine hem de yargı sürecinin etkinliğinin artırılmasına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca mahkemelerin, arabuluculuğa elverişlilik hususunda öğretide yapılan çalışmalardan istifade etmesi, uygulamada karşılaşılan belirsizliklerin giderilmesine ve daha tutarlı bir yargı pratiği oluşturulmasına olumlu yönde etki edecektir. Öğretideki teorik yaklaşımların yargı kararlarına yansıtılması hem hukuki belirsizliklerin azaltılmasını hem de bu tür davalarda daha adil ve etkili çözümler üretilmesini mümkün kılmaktadır.

KAYNAKÇA

Aker H ‘Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler’ (2016) 32(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 63-150

Aydın İ, Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk (On İki Levha 2022)

Ayoğlu, T ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi’ (2013) 2, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu, 219-252

Ayoğlu T, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim (On İki Levha 2018) ‘Tahkim’

Böckli P, Schweizer Aktienrecht (3 th Edt, Helbing Lichtenhahn 2022)

Budak, A C, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2019) 15(42), Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, 25-40

Çamoğlu E, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi’, (2015) 31(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 5-19

Çelik A, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi’ (2009) 14(4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 559-592

Demir R, Kooperatif Ortağının Hak ve Yükümlülükleri (Yetkin 2020)

Doğancı, D E, ‘Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik Meselesi’, 2013 1(2), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 93-118

Eminoğlu C, ‘Anonim Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği ve Elverişliliğin Tespitinde Ölçüt Önerileri’ (2021) 7 (2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, 265-284

Eminoğlu C and Erdoğan E, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Davaya Şartı Arabuluculuk (Adalet 2020)

Ercüment H E, ‘Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği’, in Süheylâ Balkar and Hatice Özdemir Kocasakal (eds) Tahkim Anlaşması (On İki Levha 2020) 1-23

Erdem N, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi (2 th edn Vedat 2019)

Erdoğan E, Medeni Usul Hukuku Açısından Uyarılama Davası (Yetkin 2023)

Eren E, Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma ve Ayrılma Akçesi (On İki Levha 2022)

Forstmoser P, Meier-Hayoz A ve Nobel P, Schweizerisches Aktienrecht (Schulthess 1996)

Göksoy, Y C, ‘Sermaye Şirketlerinde Çıkma, Çıkarılma ve Fesih Davalarının Davaya Şartı Arabuluculuğun (TTK m. 5/A) Kapsamı Açısından Değerlendirilmesi’ in Tekin Memiş, Bahar Şimşek and Özge Selin Şener (eds) Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan (On İki Levha 2020), 103-132

Habegger P, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen (Schulthess 1996)

Hanağası E, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi’ (2016) 32(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 199-270

İlbasmış Hızlısoy Ö, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, (Adalet 2016)

Kaya M and Tatlı B, ‘Anonim Şirketlerde Hukuki Sorumluluk Davalarının Davaya Şartı Arabuluculuğa Elverişliliği Problemi’, Prof. Dr. Ziya Ayhan’a Armağan (Yetkin 2022) 339-378 ‘Hukuki Sorumluluk’

Kaya M and Tatlı B, ‘Ticaret Şirketlerinde Sermaye Borcunun İfası Talepli Davaların Davaya Şartı Arabuluculuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2022) Özel Sayı, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 36-70

Kaya S, Medeni Usul Hukuku Bakımından Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası (Yetkin 2024)

Kayhan M, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi Davası (On İki Levha 2021)

Kendigelen A, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3 th edn, On İki Levha 2016)

Koçyiğit İ and Bulur A, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019

<<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1512021090954Ticari%20Uyuşmazlıklarda%20Dava%20Şartı%20Arabuluculuk.pdf>> Erişim Tarihi: 15.01.2025

Kunz P, ‘Rechtsvergleichung/Amerikanisierungen bei Rechtsfolgenmessungen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR’ (Stämpfli 2018), FS Kren Kostkiewicz, 709-808

Nomer Ertan F, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası- TTK m. 531 Üzerine Düşünceler’ (2015) 73(1), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 421-440

Oruç M, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma’ 2011 27(1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 209-233

Ömür R C, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi’ (2021) 18(2), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1381-1405

Özbek, M. S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C.I (4 th edn, Yetkin 2016)

Özdamar M, ‘Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Haklı Sebeple Fesih Davası Dolayısıyla Şirketten Ayrılması’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C.1 (Yetkin 2022) 453-490

Özdoğan Daloğlu T, Limited Şirketlerde Çıkma ve Çıkarılma (On İki Levha 2020)

Özmumcu S, ‘Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sisteminde Genel Bir Bakış’ (2016) 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 807-842

Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku (2) (13 th edn, Vedat 2017)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (4), (5 th edn, Adalet 2024)

Rüzgâr, E, ‘Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2014) 16(5) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 337- 371

Şahin A, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, (Vedat 2013)

Şahin M and Kula U, ‘Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davalarında, Geçici Hukuki Korumalar ile Çıkarma Kararlarının Uygulanmasına Dair Güncel Sorunlar ve İlgili Yargıtay Kararları’ in Tekin Memiş, Bahar Şimşek and Özge Selin Şener (eds) Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan (On İki Levha 2020) 224-229

Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku, (Yetkin 2018)

Tekinalp Ü, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku (9 th edn, On İki Levha 2013)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (12 th edn, Vedat 2020)

Toraman B, ‘İflas Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine’ (2020) 28 (3), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1028-1059

Tüzemen Atik E, ‘Anonim Şirketlerden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği Üzerine Düşünceler’ Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan C.2 (Yetkin 2022) 1507-1554

Veziroğlu C, “Arbitration of Corporate Law Disputes in Joint Stock Companies under Turkish Law: A Comparative Analysis”, Global Relations Forum Young Academic Program Policy Paper Series No. 9 <<https://grforum.org/>> Erişim Tarihi: 15.01.2015

Vogt H U and Enderli T, ‘Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer «anderen sachgemässen Lösung» (Art. 736 Ziff. 4 OR)’ (Schulthess 2010) Recht, 238- 250

Yardım M E, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru’ in Ceyda Sürel Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds) Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Seçkin 2019) 89-110

Yasaman H, ‘Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi’ (2009), İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, 713-733

Yıldız Ş, ‘TTK Tasarısına Göre Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi’ (2007), Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 1195-1200

Yurtbaşı F, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Özellik Arz Eden Hususları Hakkında Bir Değerlendirme’ in Tekin Memiş, Bahar Şimşek and Özge Selin Şener (eds) Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan (On İki Levha 2020) 165-178

#HOLZMÜLLER DOKTRİNİ VE TÜRK ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

(HOLZMULLER DOCTRINE AND THE EVALUATION OF IT IN TERMS OF TURKISH
CORPORATE LAW)

Dr. A. Göktuğ KAYA¹

ÖZ

Alman Federal Adalet Mahkemesi'nin 1982 yılında verdiği BGHZ 83,122 sayılı kararı, Alman hukukunda AktG ile düzenlenen genel kurul ve yönetim kurulu yetkilerine radikal bir biçimde etki etmiştir. Özellikle şirketin önemli bir malvarlığının devredilmesi durumunda, yönetim kurulu kanunda yazılı olmadığı halde genel kurulun onayını alma zorunluluğu getiren bu kararın ve daha sonrasında bu karara atıfta bulunan ve karar ile getirilen prensipleri şekillendiren başkaca yüksek mahkeme kararlarının, Alman şirketler hukuku açısından önemi büyüktür.

Türk hukukunda önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı durumunda genel kurul kararı alınması gerektiğini öngören TTK (6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu) m. 408/II (f) hükmü, bu doktrin ile yakından ilgilidir.

Bu makalede BGH'nin Holzmüller kararı ve bu doktrine atıf yapan ve bu kararın esaslarını şekillendiren kararların yanı sıra Türk şirketler hukukunun bu karardan ne derecede ve ne açıdan yararlanabileceği ele alınmıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 25.03.2025 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.04.2025 tarihinde birinci hakem; 24.04.2025 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Yeditepe Üni. Hukuk Fak., Dr. Öğretim Görevlisi, goktug.kaya@yeditepe.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-4309-867X

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; KAYA, A. Göktuğ, "Holzmüller Doktrini ve Türk Şirketler Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", REGESTA, Cilt: 10, Sayı: 1, 2025, s. 105-128.

Anahtar kelimeler: Alman Federal Adalet Mahkemesi, Genel Kurul, Holzmüller Doktrini, Önemli Şirket Varlığının Toptan Satışı, Yönetim Kurulu, TTK m. 408

ABSTRACT

The decision BGHZ 83/122 made by the German Federal Court of Justice radically affected the powers of the general assembly and the board of directors governed by the German Stock Corporation Act. This ruling prescribing the approval of the general assembly despite the absence of an explicit provision in the legislation, especially in case of transferring an important portion of assets of the company and subsequent rulings that shaped the principles brought by this decision are of utmost importance for the German corporate law.

Article 408/II (f) of the Turkish Commercial Code providing that a general assembly resolution is necessary for the wholesale of an important portion of company assets is closely related to this doctrine.

In this article, we examined the Holzmüller ruling and the other rulings referring to and shaping the principles of this doctrine and how and in what terms Turkish corporate law can benefit from this ruling.

Keywords: Board of directors, General assembly, German Federal Court of Justice, Holzmüller Doctrine, TCC Article 408, Wholesale of Company Assets

I. HOLZMÜLLER DOKTRİNİ’NİN ALMAN HUKUKUNDA-Kİ GÖRÜNÜMÜ

A. 1982 Tarihli ve BGHZ 83, 122 Sayılı Federal Mahkeme Kararı (Holzmüller)

“Holzmüller doktrini” denilen kavram, ilk olarak Alman Federal Adalet Mahkemesi’nin (Bundesgerichtshof ya da BGH) 25 Şubat 1982 tarihinde verdiği BGHZ 83, 122 sayılı kararla ortaya çıkmıştır. Bu karara konu olayda davalı, J.F. Müller & Son AG unvanını taşıyan bir anonim şirket, davacı ise, davalı anonim şirketin bir pay sahibidir. Anonim şirket, yüzde yüz pay sahibi olduğu sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirket (“Komanditgesellschaft auf Aktien” ya da “KGaA”) kurmuştur. Anonim şirket daha sonra sahibi olduğu ve şirketin en değerli malvarlığı olan bir limanı, *Holzmüller Seehafenbetrieb KGaA* unvanını taşıyan bu sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete devretmiştir. Davacı pay

sahibi, bu tür bir devir için genel kurul kararının gerektiğini iddia etmiş ve liman işletmesinin sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkete devrinin ve ilgili hukuki hakların hükümsüzlüğüne karar verilerek, bu limanın anonim şirkete iadesini talep etmiştir².

Karar tarihinde yürürlükte olan AktG (Aktiengesetz) § 361/I hükmü uyarınca şirketin ancak *tüm* malvarlığının devredildiği durumlarda bir genel kurul kararının varlığı aranıyordu³. Daha sonra bu madde, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve bu husus § 179a ile düzenlenmeye başlamıştır.

Yüksek mahkeme, kararında her ne kadar AktG § 361/I hükmü ihlal edilmese de şirketin malvarlığının çok büyük bir bölümünü oluşturan bir malvarlığı unsurunun başka bir şirkete devredilmesinin, pay sahiplerinin haklarına fazlasıyla etki etmesi sebebiyle genel kurul kararının alınmasının zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkeme, AktG § 119/II hükmünü, kararına gerekçe olarak göstermiştir. Bu madde uyarınca genel kurul, şirket yönetimine ilişkin hususlarda ancak yönetim kurulunun talebi üzerine karar verebilir. İşte yüksek mahkemenin söz konusu kararından, şirket malvarlığının çok büyük bir bölümünün satılması durumunda artık yönetim kurulunun bu tür bir talepte bulunmasının sadece yetki değil bir görev olduğu anlaşılmaktadır. Zira burada şirketin işletmesinin önemli bir kısmı yavru şirkete aktarıldığından, ana şirketin pay sahiplerinin hakları ciddi anlamda sulandırılmakta, yavru şirkette de söz sahibi olan taraf ana şirketin yönetim kurulu haline gelmektedir⁴. Ana şirket, yavru şirketin yüzde yüz pay sahibi olduğundan, ana şirketin yönetim kurulu, ana şirketin genel kurulundan hiçbir onay almadan yavru şirket hakkında her türlü kararı alabilir hale gelmektedir. Bu sebeple doktrinde, federal mahkemenin bu içtihadı ile kanunda yazılı olmadığı halde genel kurul kararı alınmasının zorunlu olduğu bir durum yaratılıp yaratılmadığı tartışılmış özellikle pay alımı, pay satışı, başkaca malvarlığı unsurlarının satışı, borsa kotundan çıkarma gibi durumlarda da bu tartışmanın gündeme gelip gelmeyeceği sorgulanmıştır⁵. Hatta, esasen yönetim ve temsil ile yetkili yönetim kurulu ve esas sözleşmesel ve yapısal değişikliklerden sorumlu genel kurul ara-

² <https://www.prinz.law/urteile/bgh/II_ZR_174-80> (Son erişim tarihi 22.01.2025)

³ <<https://lexetius.com/AktG/361,2>> (Son erişim tarihi 22.01.2025)

⁴ Marc Löbbe, Corporate Groups: Competences of the Shareholders' Meeting and Minority Protection – the German Federal Court of Justice's recent Gelatine and Macrotron Cases Redefine the Holz Müller Doctrine (Cambridge University Press 2019) 1059

⁵ Philip Goj, Ungeschriebenes Hauptversammlungserfordernis beim Beteiligungserwerb (Duncker & Humblot 2017) 24

sında bir güç dengesi yaratmak için⁶ ortaya çıkmış olan bu kararın iki organ arasında güç dengesizliğine sebep olup olmadığı bile tartışma konusu olmuştur⁷.

Bu bağlamda Holzmüller Kararı, uygulama alanındaki terim belirsizliklerinden dolayı yirmi yıldan daha fazla bir süre boyunca şirketlerin bölünmelerinde ve genel olarak yapısal değişikliklerde hukuki bir güvensizliği beraberinde getirmiştir⁸. Şöyle ki yüksek mahkeme kararı, yönetim kurulunun yetkilerini genel kurul yetkilerinden ayıran somut bir kriter getirmediği için eleştiriye uğramıştır. Öte yandan bu karar ile genel kurul ve yönetim kurulunun AktG’de belirlenen yetkileri, kanuni düzenlemeyi ilga edici bir mahkeme kararı (judicial law making) ile değiştirilmektedir. Buna karşın bir kısım yazar, şirketler grubunda pay sahiplerinin korunması açısından bu kararı yararlı bulmuştur⁹.

B.2002 Tarihli ve BGHZ 153, 47 Sayılı Federal Mahkeme Kararı (Macrotron)

BGH’nin “Macrotron kararı” olarak bilinen BGHZ 153,47 kararında ise yüksek mahkeme, payların borsa kotundan çıkarılmasını (*delisting*) pay sahiplerinin mülkiyet haklarının sınırlandırılması olarak değerlendirmiş ve bunun için genel kurul kararı gerektiğini içtihat etmiştir.

Bu kararda BGH, şu esasları belirlemiştir: Bir ibra kararı, yönetim veya denetim kurulunun bir davranışı ile kanunun ya da esas sözleşmenin ağır şekilde ihlal edildiği durumlarda da iptal edilebilir. Denetim kurulu, AktG § 314/II uyarınca raporlama yükümlülüğünü (bağlı şirketler arasındaki ilişkiye ilişkin rapor) yerine getirmemişse, bu durumda kendisini ibra eden genel kurul kararının iptali istenebilir.

Payların borsadan normal olarak silinmesi (das reguläre Delisting), payların tedavülünü büyük ölçüde engellediğinden, pay mülkiyetini önemli ölçüde engellemektedir ve bu sebeple genel kurul kararını gerektirdiği gibi, şirketin veya hâkim pay sahibinin, azınlık pay sahiplerinin paylarına ilişkin mecburi bir alım teklifini de gerektirir. Bu tür bir kararın maddi bir

⁶ Heribert Hirte, Rechtsvergleichendes Seminar zum Gesellschaftsrecht (Universität Hamburg 2007) 9

⁷ Löffbe (n 3) 1058

⁸ Friedrich Kübler and Heinz-Dieter Assmann, Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen (6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller, 2006) 220

⁹ Bu konuda görüş ve değerlendirmeler için bkz. Dursun Saat, Anonim Ortaklıkta Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı (Onikilevha 2021) 12 vd.

şekilde gerekçelendirilmesi gerekmez. Yönetim kurulu da buna ilişkin bir rapor düzenlemek zorunda değildir.

Payların borsadan normal silinmesi halinde, ancak zorunlu alım teklifinin, pay mülkiyetinin tam değerini yansıttığı ve azınlık pay sahiplerinin bu durumu yargısal bir süreçle inceleyebildikleri durumda azınlığa yeterli bir koruma sağlandığı kabul edilir. Bu inceleme, sözlü yargılamaya ve yetkili mahkemeyi belirleme serbestisi kurallarına tabidir¹⁰.

Öte yandan BVerfG, 2012 yılında payların borsada kote edilmesinin pay sahipleri açısından kendi başına bir değer teşkil etmediği ve bu itibarla payların borsa kotundan çıkarılmasının pay sahiplerinin mülkiyet hakkını ihlal etmediği yönünde bir karar vermiştir¹¹. BGH de bu karara 8 Ekim 2013 tarihli ve II ZB 26/12 sayılı kararı¹² ile uyum göstermiştir. “FroSta kararı” da denen bu karar uyarınca, payların borsa kotasyonundan çıkarılması, pay sahiplerine bir tazminat ödenmesini (Barabfindung) gerektirmeyeceği gibi, bir genel kurul kararını da gerektirmez ve böyle bir durumda zorunlu bir alım teklifi (Pflichtangebot) de söz konusu değildir.

Bu kararı takiben, sadece 2014 yılında kırk kadar şirket paylarını borsadan çıkarmıştır¹³.

2015 yılında Alman Borsalar Kanunu (“Börsengesetz” ya da “BörsG”) § 39/II uyarınca paylarının borsa kotundan çıkarılması durumunda pay sahiplerine yine tazminat hakkı getirilmiş, ancak genel kurul kararı şartı öngörülmemiştir. Bu şekilde payların borsa kotundan çıkarılması rejimi, gerek pay sahiplerine bir karşılık ödenmesi gerekse de genel kurul kararına ihtiyaç duyulması yönünden, kanun ve yüksek mahkeme kararları anlamında birtakım değişikliklere uğramıştır¹⁴.

¹⁰ <<https://lexetius.com/2002,2988>> erişim tarihi 22.01.2025

¹¹ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/07/rs20120711_1bvr314207.html> erişim tarihi 25 Ocak 2025

¹² <<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=65834&pos=0&anz=1>> erişim tarihi 25 Ocak 2025

¹³ Hendrik Thies and Jan Henning Martens, ‘Significant Restrictions on Delisting’ (Friedrich Graf von Westphalen & Partner mbB | Rechtsanwälte, 2015) <<https://www.fgvw.de/en/news/archive-2015/significant-restrictions-on-delisting>> erişim tarihi 27 Ocak 2025

¹⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar ve yorumlar için bkz. Martin Weimann, *Strukturmaßnahmen und Kapitalmarktkommunikation* (De Gruyter 2024) 119 vd.; Ulrich Wackerbarth and Ulrich Eisenhardt, *Gesellschaftsrecht II- Recht der Kapitalgesellschaften*, (2. Auflage, C.F. Müller 2018) 322 vd.

C. 2004 Tarihli Gelatine Kararları

Holzmüller kararının getirdiği ve uzun süre devam eden “hukuki belirsizlik çölü” ve yasal öngörülemezlik, 2004 yılında nihayet BGH tarafından verilen ve jelatin malzemeleri üreten dava konusu şirketin “Deutsche Gelatine-Fabriken Stoess AG” unvanı sebebiyle “Gelatine” kararları olarak bilinen iki adet karar ile belirli ölçüde sona ermiştir¹⁵.

BGH’nin 26 Nisan 2004 tarihli ve sırasıyla II ZR 154/02 ve 155/02 sayılı kararları uyarınca mahkeme, şu prensipleri benimsemektedir:

Kanunun yönetim kuruluna yönetim görevi olarak verdiği konularda genel kurulun yetkileri ancak istisnaidir ve dar sınırlar dahilinde söz konusudur. Bunlar, yalnızca yönetim kurulunun değerlendirdiği bir yapısal değişikliğin genel kurulun yetki alanına girdiği, zira bu yapısal değişikliğin ancak bir esas sözleşme değişikliği ile mümkün olacak düzenlemeler getirdiği durumlarda gündeme gelecektir.

Bölünmeler dışında bu istisnai yetki, bir yavru şirketin bir torun şirkete dönüştürülmesi ve bu dönüştürmeye bağlı olan pay sahiplerinin etkilerinin büyük ölçüde azaltılması (Mediatisierungseffekt)¹⁶ durumunda dikkate alınır. Bu durumlarda pay sahiplerinin katılma yetkilerinin, ancak Holzmüller kararında belirtilen ölçüde bir ekonomik anlam söz konusu olması durumunda engellendiği kabul edilir. Genel kurulun istisnai olarak toplandığı bu hallerde durumun pay sahipleri için arz ettiği öneme binaen, sermayenin dörtte üç çoğunluğu ile karar alınması şarttır¹⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki genel kurulun bu tür durumlarda özel bir yetkisinin oluştuğuna dair bir esas sözleşme maddesine de ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁸.

Kararın özetinden de anlaşıldığı üzere, belirsizliği ve yarattığı hukuki güvensizlik sebebiyle eleştirilen Holzmüller prensibi, bu karar ile daha somut ve objektif prensiplere bağlanmıştır. Şöyle ki genel kurulun bu kapsamda istisnai olarak toplanması ancak esas sözleşme değişikliği ile ortaya

¹⁵ Saat (n 8) 13 ve 16

¹⁶ Tobias Reiter and Benjamin Weiss, ‘Alles Holzmüller, oder was? - Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im M&A-Kontext’ (Rödl & Partner, 27 Mart 2024) <<https://www.roedl.de/themen/ma-dialog/2024-03/alles-holzmueller-oder-was-ungeschriebene-hauptversammlungszustaendigkeiten-ma-kontext>> erişim tarihi 7 Şubat 2025; Hirte (n 5) 16; Ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Goj (n 4) 132 vd.; Philipp Steinhausen, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen beim Beteiligungserwerb? (Lit 2023) 153 vd.

¹⁷ <<https://lexetius.com/2004,834>> (Son erişim tarihi 7 Şubat 2025); <<https://lexetius.com/2004,847>> (Son erişim tarihi 07.02.2025)

¹⁸ Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz (De Gruyter 2015) 43

çıkacak bir durumda¹⁹ ya da pay sahiplerinin etkisinin Holzmüller karardaki olaydaki oranda azaldığı durumlarda söz konusu olacaktır. Bu oran da yüzde yetmiş ile yüzde seksen civarındadır²⁰. Öte yandan yüksek mahkeme, bu şekilde toplanan bir genel kurulun bu konuda karar vermesini nitelikli bir çoğunluğa, yani sermayenin dörtte üç çoğunluğunun olumlu oyuna tabi kılmıştır ve bu çerçevede nisap konusunda oluşabilecek tartışmaların da önüne geçmiştir. Belirtmek gerekir ki burada bir esas sözleşme değişikliği olmadığı halde BGH, esas sözleşme değişiklikleri için gerekli genel kurul karar nisabını düzenleyen AktG § 179/II hükmüne atıf yaparak dörtte üç nitelikli çoğunluğu aramıştır. Zira burada esas sözleşme değişikliği olmamasına rağmen pay sahiplerinin haklarına öyle büyük bir müdahale vardır ki yönetim kurulu, genel kurulun onayını aramakla mükelleftir. Böyle bir durumda başka bir nisap öngören esas sözleşme veya şirketler grubu hükmü de durumu değiştirmeyecektir²¹.

D. Alman Hukukundaki Mevcut Durum

Holzmüller ve beraberinde gelen kararlar ile genel kurul, kanunda yazılı olmayan fakat yüksek mahkemenin çeşitli tarihlerde oluşturduğu içtihatlar sonucu meydana getirilmiş yetkilerle donatılmıştır²². 1982 Holzmüller kararı, pay sahiplerini yönetim kurulunun birtakım işlemlerine karşı koruyucu bir çerçeve getirmiş olsa da yarattığı hukuki belirsizlik ve kritersizlik nedeniyle ciddi şekilde eleştirilmiştir. Şöyle ki BGH burada kendini tek bir dava ile sınırlandırmış ve her davaya uygulanabilen bir prensip yaratamamıştır. Dahası, Holzmüller doktrini sebebiyle şu anda Alman şirketlerin yönetim kurulları, objektif kriterlere göre bile gerekli

¹⁹ Jan Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht (3. Auflage, Degruyter Recht 2009) 402

²⁰ Tobias Reiter and Benjamin Weiss, ‘Alles Holzmüller, oder was? - Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im M&A-Kontext’ (Rödl & Partner, 27 Mart 2024) <<https://www.roedl.de/themen/ma-dialog/2024-03/alles-holzmuelle-oder-was-ungeschriebene-hauptversammlungszustaendigkeiten-ma-kontext>> erişim tarihi 7 Şubat 2025; Weidmüller (n 17) 43; Natalia Kadek, ‘Ungeschriebene Kompetenz der Hauptversammlung im Rechtswandel’ (Universitaet Wien, Mart 2019); <<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2004/200447.html>> erişim tarihi 8 Şubat 2025)

²¹ Saat (n 8) 22

²² Markus Ronnweber, Zuständigkeiten der Hauptversammlung in Angelegenheiten der Geschäftsführung (Grin Verlag 2008) 1

görünmemesine rağmen en ufak bir şüphe halinde genel kurul onayına başvurmaktadır²³.

Gelatine kararlarından sonra ise genel kurulun bu kanunda yazılı olmayan yetkileri daha objektif ve sınırlı bir alana indirgenmiştir. Ayrıca genel kurulun bu durumlarda dörtte üç nitelikli çoğunlukla karar vermesi kuralı getirilerek, halihazırda girift olan bir konuya bir de yetersayı tartışmalarının eklenmesinin önüne geçilmiştir.

Burada ayrıca önemle belirtmek gerekir ki BGH'nin bu prensipleri ile getirilen genel kurulun onayını alması zorunluluğu, şirketteki iç ilişkiyi ilgilendirmektedir²⁴. Başka bir deyişle yönetim kurulunun yaptığı devir işlemi geçerli olacak, yönetim kurulunun genel kurula gitme şeklindeki özen yükümlülüğünün ihlali, geçerliliği ortadan kaldırmayacaktır. Ancak üçüncü kişilerin de rahatça fark edebileceği ve yetkinin bariz bir biçimde kötüye kullanıldığı haller bu kuralın istisnasını teşkil eder²⁵.

II. HOLZMÜLLER DOKTRİNİ'NİN TÜRK ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Doktrinin Genel Kurulun Yetkileri Açısından Değerlendirilmesi

6762 sayılı eTTK²⁶ döneminde, genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki ilişkinin bir hiyerarşik ilişki olup olmadığı, organlardan birisinin daha önemli olup olmadığı gibi tartışmalar vardı. Bu tartışmalarda farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, iki organın alt üst ilişkisinden çok bir iş bölümü²⁷ ilişkisi içinde olduğu da belirtilmiştir²⁸. Başka bir deyişle genel kurul, şirketteki her şeye hâkim bir organ değil, kendine ait yetkilere sahip

²³ Löbbe (n 3) 1064-1065; Saat (n 8) 13. Ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Löbbe (n 3) 1064 vd.

²⁴ Johann Lang and Ludwig Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, (35. Neu bearbeitete Auflage, DeGruyter 2006) 533

²⁵ Löbbe (n 3) 1062; Wilhelm (n 18) 398; Saat (n 8) 12

²⁶ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353

²⁷ Beşir Fatih Doğan, 'Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri' (2012) 18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 609, 609

²⁸ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (Güncellenmiş 16. Bası, Beta 2022) 129; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri (7. Basım, Dora Yayınları 2020) 211

ve görevleri yerine getiren ama yürütme organı olan yönetim kurulunun görevlerini üstlenmesi ve yerine getirmesi yasak olan bir organdır²⁹.

Çeşitli hükümler saklı kalmak şartı ile (örneğin TTK m. 151, 173, 189, 347, 356, 366) anonim şirketlerin genel kurulunun görev ve yetkileri TTK m. 408 hükmünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede öncelikle genel kurulun yalnızca kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş olan hallerde karar alabileceği vurgulanmıştır (TTK m. 408/I).

Bu maddede, diğer bazı yetkilerin yanında, TTK m. 408/II (f) hükmü ile genel kurula “*Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı*” konusunda karar alma görev ve yetkisi de verilmiştir. Doktrinde bu hükmün limited şirketlere de kıyasen uygulanabileceği ifade edilmiştir³⁰.

Belirtmek gerekir ki eTTK’da genel kurula bu türden bir yetki, eTTK 443/II maddesinin “*Aktiflerin toptan satılabilmesi için umumi heyetin kararı gereklidir.*” hükmü çerçevesinde yalnızca tasfiye halinde veriliyordu. Yine de o dönemde dahi bazı yazarlar, bu yetkinin tasfiyeye girmemiş anonim şirketler için de uygulanması gerektiğini savunuyorlardı³¹. Ancak bu hüküm TTK’da da m. 538/II hükmü olarak yerini almış bir hükmüdür ve açık lafzı gereği, TTK m. 536 vd. maddelerinde düzenlenen tasfiye durumuna münhasırdır.

Öte yandan TTK m. 408/II (f) hükmündeki ifade, belirsizlikleri de beraberinde getirmiştir. Her şeyden önce bentteki “*önemli miktarda*” ifadesi son derece muğlak ve yoruma açık bir ifadedir ve bu sebeple doktrinde belirsizliğe sebep olacağı gerekçesi ile yoğun şekilde eleştirilmiştir³².

²⁹ Genel kurulun her şeye hâkim olduğu teoriye hakimiyet teorisi (Allmacht ya da Omnipotenztheorie), yönetim kurulu ile eşit ve iş bölümü içinde olduğu teoriye de eşitlik teorisi Paritätstheorie denmektedir. Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 350; Doğan (n 26) 611. Ayrıca bu teori, yönetim kurulunun üstünlüğünü kabul eden “yönetim teorisi” ve eşitlik teorisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Saat (n 8) 71 vd.

³⁰ Tolga Ayoğlu, ‘The Legal Nature Of The General Assembly Resolution Regarding Wholesale of Substantial Part of Company Assets Under Turkish Corporations Law’ (2017), 8 (14), Law & Justice Review 39, 40; Levent Biçer and Esra Hamamcıoğlu, ‘Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı’ (2013), 1 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33, 41; Ali Dural, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan (Onikilevha 2017) 227, 3 numaralı dipnot

³¹ Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt 1, Kitap 9, (Beta Yayınları 2000) 95 vd. Aksi görüşler için bkz. Saat (n 8) 31 vd.

³² Bahtiyar (n 27) 131, 211 numaralı dipnot; Biçer and Hamamcıoğlu (n 29) 41; Gökçen Turan, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararı Olmaksızın Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı’ (2024) 13 (51) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 569, 577. Bu

TTK m. 408/II (f) hükmündeki önemli miktarın yüzdesel olarak ne olduğu konusunda doktrinde, yüzde yirmiden yüzde 84'e kadar uzanan geniş bir yelpazede farklı rakamlar ifade edilmektedir³³.

Ancak, “önemli miktar” kavramının her şirket için ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve bu sebeple yüzdesel olarak belli bir miktarın kanun metnine yazılmamasının yararlı olacağı da doktrinde dile getirilmiştir³⁴.

Yargıtay da kararlarında belli bir yüzde belirtmemiş, satılan varlığın şirket açısından önemi ve varlığın satışının şirkette yapacağı etki üzerinde durmuştur³⁵.

Bize göre de TTK m. 408/II (f) anlamında “önemli miktar” kavramının belirli bir yüzdeye bağlanması sakıncalıdır. Özellikle bazı yazarların belirttiği üzere %75 veya %80 gibi oranların kanuni kriter olarak belirlenmesi, bazı durumlarda sakınca yaratabilecektir. Örneğin bir şirkete ait bir fabrika şirketin malvarlığının %67'sini oluşturuyor ise, bu fabrikanın satışı muhakkak TTK m. 408/II (f) çerçevesine girmeli ve genel kurul ka-

konuda ve ayrıca TTK m. 408/II (f) hakkında geniş bilgi için bkz. Atahan Güncan, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı (Onikilevha 2024) 48 vd.

³³ Bunlara ilişkin bkz. Saat (n 8) 107 vd.; Turan (n 31) 578. Bu konuda ve ayrıca TTK m. 408/II (f) hakkında geniş bilgi için bkz. Güncan (n 31) 72 vd.

³⁴ Güncan (n 31) 47

³⁵ “...Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; şirket müdürüne taşınmaz alım satımı konusunda da yetki verildiği, ancak bu yetkinin şirketin olağan iştiغال konusu ve faaliyetleri arasındaki işlere ilişkin taşınmazlarla ilgili olup, şirketin üzerinde faaliyetini sürdüreceği taşınmazın bu kapsamda düşünülemeyeceği, dava konusu satışın şirketin tek malvarlığı olan arsa satışına ilişkin olduğu, şirket müdürünün tek başına temsil yetkisine dayanarak bu taşınmazı satmasının 6762 sayılı TTK'nın 443/2. maddesi hükmüne aykırılık oluşturduğu...” Yargıtay 11 HD, 5792/7428 01.06.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 13 Şubat 2025).

“...kiracılık hakkı devredilen petrol istasyonunun Ü.İ. Şirketi'nin tek aktif olduğuunun mali müşavir bilirkişi tarafından tespit edildiği, devrin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 443/2 maddesi uyarınca aktiflerin tamamının satılabilmesi için genel kurulun kararının gerekli olduğu...” Yargıtay 11 HD 7520/9356 16.09.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 13 Şubat 2025

“Davacı şirketin ortaklar kurulunca dava konusu taşınmazın satışına ilişkin bir karar alınmadığı 08.03.2019 tarihli bilirkişi raporunda belirtildiği gibi bu husus taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda Mahkemece davalı şirketin tüm malvarlığının araştırılması, bir bilirkişi heyeti oluşturularak şirket kayıtları üzerinde inceleme yaptırılması suretiyle dava konusu taşınmazın, davacı şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunup bulunmadığının, taşınmazın satılmasının şirketin fiilen tasfiyesine yol açıp açmadığının araştırılması...” Yargıtay 11 HD 3213/5564 4.10.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 13 Şubat 2025

rarına tabi olmalıdır. İşte bunun içindir ki yüzdesel, objektif bir kriterden ziyade, satışa konu varlığın, şirketin faaliyetine devam etmesi için hayati öneme sahip olup olmadığı kriterine bakılması çok daha isabetli bir çözüm olacaktır³⁶.

Diğer yandan, Alman hukuk doktrinde Holzmüller kararı bağlamında benimsenen ve şirketin net aktifinin yüzde onunun altındaki bir varlık satışının hiçbir durumda dikkate alınmaması gerektiğini belirten görüşün³⁷ Türk hukukuna da uygulanabileceği kanaatindeyiz. Şu hâlde bize göre bir şirket varlığının toptan satışının TTK m. 418/II (f) kapsamına girmesi için şirket aktifinin yüzde onundan daha fazlasını teşkil etmesi ve şirketin işleyişi bakımından önemli olması şarttır³⁸.

Önemle altını çizmek gerekir ki “önemli miktar” kavramına ilişkin bir kriter getirilmemiş olması durumu yalnızca halka kapalı şirketler açısından geçerlidir. Halka açık şirketlere ilişkin olarak SerPK³⁹ m. 23 hükmüne dayanılarak çıkarılan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3) m. 4/I (c) hükmünde “6. maddede belirlenen önemlilik ölçütlerini sağlayan mal varlığının devri veya bu mal varlığının devri sonucunu doğuran işlemler tesis edilmesi veya bu mal varlığı üzerinde 3/1/2014 tarihli ve 28871 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)’nin 12. maddesine aykırı olmamak kaydıyla üçüncü kişiler lehine sınırlı ayni hak tesis edilmesi,” önemli işlem olarak sayılmış ve aynı tebliğin m. 6/I hükmünde önemlilik için ölçüt olarak %75 oranı esas alınmıştır⁴⁰. Ancak yukarıda açıkladığımız sebeplerle halka

³⁶ Benzer görüşte bkz. Saat (n 8) 121; Biçer and Hamamcıoğlu (n 29) 41. Ayrıca bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güncan (n 31) 72 vd.

³⁷ <<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2004/200447.html>> (Son erişim tarihi 08.02.2025); Hirte (n 5) 15; Löbbe (n 3) 1067

³⁸ Paralel görüşte bkz. Saat (n 8) 122

³⁹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG 30.12.2012/28513

⁴⁰ (1) 4üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirlenen önemli nitelikteki işlemler için önemlilik ölçütü, yönetim kurulu karar tarihi itibarıyla;

a) Ortaklığın kamuya açıklanmış son finansal tablolarına göre işleme konu mal varlığının kayıtlı değerinin varlık (aktif) toplamına oranının veya,

b) İşlem tutarının, son altı aylık dönem içinde oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının aritmetik ortalaması dikkate alınarak hesaplanan ortaklık değerine oranının veya,

c) Ortaklığın kamuya açıklanmış son yıllık finansal tablolarına göre önemli nitelikteki işleme konu mal varlığından elde edilen gelirin, sürdürülen faaliyetler dönemi net kar/zararına etki eden tüm gelir kalemlerinin toplamına oranının, %75’ten fazla olması durumudur.

kapalı anonim şirketler açısından belli bir yüzdenin kanun metnine yazılması ve özellikle bu yüzdenin %75 gibi yüksek bir miktar olması hatalı olacaktır.

B.TTK m. 408/II (f) Hükmü Uyarınca Yapılacak Genel Kurullarda Gerekli Karar Yetersayısı

TTK m. 408/II (f) uyarınca alınacak bir genel kurul kararı için gerekli yetersayı, kanunda belirtilmemiştir. Öte yandan, Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (BTY) m. 22/XII uyarınca “Genel kurul toplantısında, önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satışı kararı, şirket sermayesinin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oylarıyla alınır. İlk toplantıda bu nisabın bulunmaması halinde, yapılacak ikinci toplantıda da aynı nisaplar aranır.” hükmü getirilmiştir. BTY ile getirilen bu oran, esasen Holzmüller ve ilgili içtihatlarla da konu olan ve dayanağını esas sözleşme değişiklikleri için yapılması gereken genel kurullara ilişkin AktG § 179/II hükmünden alan sermayenin dörtte üç çoğunluğu ile de paraleldir. Ancak TTK m. 408/II (f) hükmü çerçevesinde alınacak genel kurul kararına ilişkin karar yeter sayısının TTK’da belirtilmemiş olması, doktrinde tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Şöyle ki TTK’da veya esas sözleşmede daha ağır bir nisap belirtilmemiş ise, genel kurul sermayenin dörtte biri ile toplanır ve toplantıda bulunanların salt çoğunluğu ile karar alır (TTK m. 418). Bu maddeden hareketle bazı yazarlar, hükmün kaleme alınışı itibarıyla TTK m. 408/II (f) uyarınca alınacak kararın esasen TTK m. 418’de yer alan basit nisaplarla alınabileceğini ama aslında bunun hükmün amacına ters düştüğünü belirtmişlerdir⁴¹. Zaten BGH’nin Holzmüller ve sonraki kararlarında da temel olarak pay sahiplerinin yönetim kurulu tarafından alınan kararlarla zarara uğratılmamasının altı çizilmektedir.

Bizim de katıldığımız ve kanunun amacına uygun düşen diğer görüşe göre ise, BTY m. 22/XII hükmü ile TTK’ya yazılması unutulmuş bir nisap getirilmiştir ve ayrıca tasfiye halindeki şirketlerin önemli miktarda aktifinin satılması için alınacak genel kurul kararları için sermayenin dörtte üçünün olumlu oyunu arayan TTK m. 538/II hükmünün burada kıyasen uygulanması gerekir⁴². Zira pay sahiplerinin küçük bir bölümünün karar

⁴¹ Biçer and Hamamcıoğlu (n 29) 41; Turan (n 31) 575, 15 numaralı dipnotta belirtilen yazarlar

⁴² Abuzer Kendigelen, Anonim Şirketlere İlişkin Hükümlerde Benimsenen Bazı Ağırlaştırılmış Nisaplar Bilinçli Bir Tercihin Ürünü mü? Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma

alabildiği bir senaryoda, TTK m. 408/II (f) hükmünün pay sahipleri koruma amacının gerçekleştiğinden bahsedilemez. Bu sebeple nitelikli çoğunluğa ihtiyaç vardır⁴³.

Bu kapsamda ayrıca belirtmek gerekir ki kanunda düzenlenmeyen bir nisabın yönetmelik ile getirilmesi de normlar hiyerarşisine aykırıdır. TTK'da belirli bir nisap getirilmemesi, bu açıdan da doktrinde⁴⁴ eleştiri konusu olmuştur⁴⁵. Öte yandan normlar hiyerarşisinin ihlalinin Yargıtay da kararlarında bahsetmektedir⁴⁶. Biz, her ne kadar normlar hiyerarşisine aykırı olduğundan bahsedilse de BTY m. 22/XII hükmünün dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yargıtay'ın eski dönemdeki kararlarında ise nitelikli çoğunluğa vurgu yaptığı görülmektedir⁴⁷. Öte yandan nisap konusunda TTK m. 418 hükmünün uygulama alanı bulacağını belirten Yargıtay kararları da ortaya çıkmıştır⁴⁸. Hükmün ratio legisi göz ardı edilerek verilmiş bu karara ka-

Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (Bankacılık Enstitüsü 2015) 101; Saat (n 8) 193; Damla Gülseren Songur Hacıgüzeller, Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda malvarlığı Üzerinde İşlemler (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 183; TTK m. 421/I hükmündeki nisabın de lege ferenda uygulanması gerektiğini belirten bir görüş için bkz. Güncan (n 31) 222 vd.

⁴³ Aynı görüşte bkz. Turan (n 31) 574 – 575

⁴⁴ Saat (n 8) 191, 455 numaralı dipnotta belirtilen yazarlar; Songur Hacıgüzeller (n 41) 181

⁴⁵ Bu konuda bkz. Bahtiyar (n 27) 131, 212 numaralı dipnotta belirtilen yazarlar

⁴⁶ "...açıkça düzenlenmemiş tüm genel kurul kararları TTK'nın 418. maddesindeki nisaplara tabi olduğundan bu yönde kanun boşluğu bulunduğu da kabul edilemez. Her ne kadar Yönetmelik'te faal/tasfiye halinde şirket ayrımı yapılmaksızın önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satış kararının nitelikli çoğunlukla alınacağına dair nisap öngörülmüş ise de bu nisap tasfiye halindeki şirketler için TTK'nın 538/2 maddesinin atfıyla 421/3-4 maddesinde gösterilen nisaptır ve bu nisabın faal şirketler için uygulanması normlar hiyerarşisine de aykırıdır..." Yargıtay 11 HD 306/6945 08.12.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 13 Şubat 2025

⁴⁷ "...Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın incelenmesinde, dava konusu "Y..... Nalın" markasının davacı şirketin varlığını sürdürmesinde hayati öneminin bulunduğu ve bu markanın devri konusunda ortaklar kurulunun TTK'nun 443/2. maddesinde belirtilen çoğunlukla karar almasının zorunlu olduğu açıkça anlaşılmaktadır..." Yargıtay 11 HD 1362/1253 13.02.2006 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 13 Şubat 2025

⁴⁸ TTK'nın 418. maddesi gereği kanunda ya da esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir düzenleme bulunmadığı sürece genel kurul kararlarının olağan çoğunlukla alınması kural olup önemli miktarda mal varlığı satışı için de gerek kanunda gerekse somut davadaki davalı şirketin ana sözleşmesinde kuralın aksine ağırlaştırıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar doktrinde önemli miktarda mal varlığının satışına dair genel kurul kararının da TTK'nın 538/2 maddesinin atfıyla 421/3-4'te gösterilen nitelikli çoğunlukla alınmasının gerekli olduğu ve tasfiye halinde olmayan ortaklıklar için bu

ılmamız imkansızdır. Zira TTK m. 418 hükmündeki nisapla pay sahiplerinin menfaatinin korunması mümkün değildir.

C. Genel Kurul Kararı Alınmaksızın Yapılan Satışın Geçerliliği Sorunu

1. Genel Olarak

Yönetim kurulunun TTK m. 408/II (f) hükmü uyarınca bir genel kurul kararı olmadan önemli miktarda şirket varlığını toptan satması halinde, bu satışın üçüncü kişiler açısından geçerli olup olmadığı, yani genel kurul kararı alınması şartının üçüncü kişileri bağlayıp bağlamadığı soruları gündeme gelmektedir.

Türk doktrininde farklı görüşler olmakla birlikte, bu görüşler üç ana kategoriye ayrılabilir. İşlemi kesin hükümsüz gören görüş, işlemi yetkisiz temsil çerçevesinde (TBK⁴⁹ m. 46 vd.) değerlendiren görüş ve işlemin üçüncü kişiler açısından geçerli olduğu yönündeki görüş.

Kesin hükümsüzlük görüşündeki yazarlar, temel olarak yönetim kurulunun TTK m. 408/II (f) hükmü anlamında bir satış yapması halinde genel kurulun devredilemez yetkilerinden birini gasp etmiş olacağını ve TTK m. 391/I ve TBK m. 27 anlamında bu yönetim kurulu kararının batıl olduğunu belirtmektedirler⁵⁰.

Yetkisiz temsil görüşündeki yazarlar ise genel kurul kararı olmadan yapılan satışın TBK m. 46 uyarınca askıda hükümsüz olacağını, ancak genel kurul tarafından onanırsa geçerli hale geleceği kanısındadırlar⁵¹.

İşlemin üçüncü kişiler açısından geçerli olduğunu öne süren yazarlar ise, TTK m. 408/II (f) hükmünün şirketin iç işleyişi ile ilgili olduğunu, iyi

hususla yer verilmemesinin unutulma eseri olduğu ileri sürülmekte ise de kanun koyunun nitelikli çoğunluk istemiş olması halinde bunu açıkça öngörmesi gerektiği gibi savunulduğu gibi unutmama halinin varlığında da bir yasa değişikliği ile murat hasıl olabileceğinden bu hususun unutulma eseri olduğu kabul edilemediği gibi kanunda yeter sayılar yönünden ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş tüm genel kurul kararları TTK'nın 418. maddesindeki nisaplara tabi olduğundan bu yönde kanun boşluğu bulunduğu da kabul edilemez. Yargıtay 11 HD 306/6945 08.12.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 02 Şubat 2025

⁴⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836

⁵⁰ Saat (n 8) 222 ve ayrıca Saat (n 8) 200 vd. maddelerinde belirtilen görüşler; Güncan (n 31) 230 vd. belirtilen görüşler; Turan (n 31), 585 vd. belirtilen görüşler; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, (Güncellenmiş ve Gözden geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 248

⁵¹ Turan (n 31) 595; Güncan (n 31) 244 vd.

niyetli üçüncü kişilerin satışa konu varlığın önemli miktarda şirket varlığı olup olmadığını bilemeyeceklerini, aksinin kabulü halinde ticari hayata olan güvenin zedeleneyeceği kanaatindedirler⁵².

Hatta Alman hukuku öğretisinde, genel kurul kararının yalnızca satış sözleşmesi için mi yoksa aynı zamanda satış sözleşmesi kapsamında ortaya çıkan borçların ifası için de mi geçerli olduğu bile tartışma konusu olmuş, bir yandan tasarruf işleminin geçerliliğinin etkilenmeyeceği öne sürülürken diğer yandan tasarruf işleminin yönetim kurulunun yetkisinde bırakılmasının korumayı zayıflatacağı belirtilmiştir⁵³.

Yargıtay ise yönetim kurulunun genel kurul kararı olmadan yaptığı satışın akıbetini “butlan” olarak değerlendirmişti⁵⁴.

Bu noktada 2017/1132 numaralı AB Yönergesi’nden⁵⁵ de bahsetmek yararlı olacaktır. Şirketler hukukunun bazı hususlarına dair olan bu yönergenin m. 9/I ve II hükümleri uyarınca:

“Şirketin organlarının yaptığı işlemler, işlem şirketin amaçları dahilinde olmasa bile o şirketi bağlar; meğer ki bu işlem o organa kanun tarafından verilen veya verilmesi izin verilen yetkileri aşsın...”

“Şirket organlarının esas sözleşmeden ya da yetkili bir organ kararından kaynaklanan yetki sınırlamaları, bu sınırlamalar ifşa edilmiş olsa bile üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.”

⁵² Ayoğlu (n 29) 46 vd.; Dural (n 29) 235; Pulaşlı (n 28) 351, 3a numaralı dipnot

⁵³ Güncan (n 31) 242 vd.

⁵⁴ “...Dosyanın tetkikinden, ... A.Ş.’nin mülkiyetinde bulunan 485 parsel sayılı 17.994 m² miktarda gayrimenkulün, markanın ve diğer tüm malvarlığının davalı ...’in kontrolündeki ... A.Ş. (... A.Ş.)’ye devrinin taahhüt edildiği, söz konusu aktiflerin ... A.Ş.’nin hayatini sürdürebilmesi için zorunlu olması nedeniyle devredilebilmesinin TTK 538, 408 ve 421 (eTTK 443 ve 388) uyarınca, anonim şirket genel kurulunun vazgeçilmez yetkileri arasında ve ancak ¾ oyçokluğuyla karar alınmasıyla mümkün olduğu, şirket yönetim kurulunun ve yöneticilerinin böyle bir karar olmaksızın önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satışını yapamayacakları, diğer bir anlatımla fiil ehliyetinin bulunmadığı, genel kurul kararı olmadıkça şirketi bu konuda temsil yetkilerinin de bulunmadığı açıktır.

5- TBK m. 26 (eBK m. 20) uyarınca bir hukuki işlemde hukuki fiil ehliyeti yokluğu kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) sebebidir. Kesin hükümsüzlük bir def’i olmayıp itiraz sebebidir ve tarafların ileri sürmesi gerekmeden mahkemece re’sen nazara alınmalıdır. Taraflarca böyle bir genel kurul kararının varlığından bahsedilmemiş olması sebebiyle sözleşmenin evleviyetle bu nedenle geçersiz sayılması gerekirdi...” Yargıtay 11 HD 3810/3294 01.06.2017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 13 Şubat 2025

⁵⁵ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02017L1132-2020812>> (Son erişim tarihi: 13.02.2025)

Bu madde de esasen şirket organlarının kendi yetkilerini aşarak yaptığı işlemlerin şirketi bağlamayacağını belirtmektedir. Öte yandan bu organların yetkileri üzerindeki esas sözleşmeden veya yetkili organ karardan kaynaklanan sınırlamalar üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Hatta bu sınırlamaların ifşa edilmiş olmasının da bir önemi yoktur.

Burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, 2017/1132 numaralı yönergenin üçüncü kişileri esas sözleşmesel (satzungsmäßige; arising under the statutes) ve yetkili organ karardan kaynaklanan (auf einem Beschluss der zuständigen Organe beruhende; from a decision of the competent organs) sınırlamalara karşı koruduğudur. Yoksa TTK m. 408/II (f) hükmündeki gibi emredici bir *kanuni* yetki sınırlaması bu korumaya dahil değildir. Bu itibarla örneğin Türkiye bir AB üyesi olsa idi, şirketin önemli miktarda varlığının genel kurul kararı olmadan toplu satışı, 2017/1132 numaralı Yönerge'nin m. 9/I hükmü gereği TTK m. 408/II (f) hükmünden ötürü şirketi bağlamayacaktı.

Kanımızca, yönetim kurulunun genel kurul kararı almadan önemli miktarda şirket varlığını toptan satışı, pay sahiplerinin menfaatini korumayı hedefleyen TTK m. 408/II (f) hükmünün bir ihlalidir ve bu satışın kesin hükümsüz olarak kabul edilmesi gerekir. Şirket de bu çerçevede TMK⁵⁶ m. 683/II uyarınca istihkak davası açabilecektir⁵⁷. Zira şirket için kritik önemdeki malvarlığının şirketin mülkiyetinden çıkmasının hayati ve telafi edilemez sonuçları olacaktır⁵⁸.

Öte yandan doktrinde bir görüş, TTK m. 408/II (f) hükmünün TTK'nın getirdiği temsil sistemine aykırı olduğunu, üçüncü kişilerin satılan varlığın şirketin malvarlığının önemli bir kısmını oluşturup oluşturmadığını araştırma yükümlülüğü altında olmaması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹. Ancak bu görüşe katılamıyoruz; zira TTK m. 408/II (f), şirket pay sahiplerini koruyan istisnai nitelikte bir hükümdür; bu hükme aykırı bir şekilde yönetim kurulunun satış yapması, kanunun amacına aykırı bir durum oluşturacak ve pay sahiplerinin mağdur olmasına sebep olacaktır. Bu kapsamda oluşan zararın, TTK m. 553 ve 555 maddeleri hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu tarafından tazmininin de çoğu zaman mümkün olmayacağı düşüncesindeyiz. Zira özellikle gerçek kişi ve/veya profesyonel yönetim kurulu üyelerinin finansal durumu, şirket için hayati önemde

⁵⁶ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607

⁵⁷ Songur Hacıgüzeller (n 41) 237.

⁵⁸ Nitekim aynı görüşte bkz. Turan (n 31) 593 vd.; Saat (n 8) 230 vd.

⁵⁹ Ayoğlu (n 29) 47 vd.

bir varlığın satışının getirdiği mali ve operasyonel zararı tamamen tazmin etmeye yetmeyebilecek ve bu kapsamda açılan davalar da uzun sürecektir. Geçersiz satış nedeniyle zarara uğrayan alıcının şirkete karşı yönelteceği taleplerden dolayı şirket zarara uğrar ise, şirket tarafından yönetim kurulu üyelerine karşı TTK m. 553 ve m. 555 hükümleri çerçevesinde tazminat davası açılabilirdir⁶⁰. Zaten burada yönetim kurulu üyeleri, satış konusu varlığın şirketin önemli bir malvarlığı olup olmadığı konusunu genel kurulla götürmemekle her şeyden önce TTK m. 369/I anlamında özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaklardır⁶¹.

Tekrar önemle belirtmek gerekir ki kanun koyucu, TTK m. 408/II (f) hükmü ile şirketin pay sahiplerinin menfaatini, iyi niyetli üçüncü kişilerin menfaatlerinden üstün tutmuştur. Bu çerçevede yapılacak teleolojik yorumların, muhakkak pay sahiplerinin menfaatlerini en öne koyan bir bakış açısıyla yapılması gerekir.

2. Taşınmazlar Açısından

TTK m. 408/II (f) hükmünün söz konusu olduğu satışların en problemli olanları, şüphesiz şirketin malvarlığının önemli bir kısmını oluşturan bir taşınmazın satıldığı durumlardır. Gerçekten önemli şirket malvarlığının bir taşınmaz olduğu uyuşmazlıklar, Yargıtay kararlarında da⁶² önemli bir yer teşkil etmektedir.

TTK m. 408/II (f) hükmüne aykırı olarak bir taşınmaz satışının gerçekleştiği bir durumda izlenecek yol esasen bellidir: Şirket, TMK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açacak ve yolsuz tescil düzeltilcektir. Problem, iyiniyetli üçüncü bir kişinin taşınmazı tapu kayıtlarına

⁶⁰ Bkz. aynı görüşte Saat (n 8) 228-229

⁶¹ Hirte (n 5) 12

⁶² “...Diğer yandan, TTK'nun 408/2-f maddesinde şirket genel kurulunun devredilemez görevleri ve yetkileri arasında sayılan taşınmaz satışlarının "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışına" ilişkin olduğu...” Yargıtay 1 HD 1483/2640 28.04.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 27 Şubat 2025

“...genel kurulun yetkilerini düzenleyen 616. maddesinde, taşınmaz satışına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, buna karşılık aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu fıkra da sayılan hususların şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde genel kurulun devredilemez yetkileri arasında olduğunun belirtildiği, anılan hükümde sayılan hallerden birinin de (a) bendinde belirtilen, şirket sözleşmesi uyarınca genel kurulun onayının arandığı haller ile müdürlerin faaliyetlerinin onaylanması olduğu, anonim şirketlere ilişkin 6102 sayılı Kanun'un 408/2-f hükmünde, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışının genel kurulun yetkisine bırakıldığı...” Yargıtay 11 HD 1258/166 15.01.2025 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> erişim tarihi: 27 Şubat 2025

güvenerek alıcıdan devralması durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira TMK m. 1023 uyarınca “*Tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*”. Bu sebeple şirketten taşınmazı satın alan kişiden taşınmazı iyiniyetli olarak devralan kişinin kazanımı korunacaktır. Bu durumda sebepsiz zenginleşme davası açılması gündeme gelecektir⁶³.

Belirtmek isteriz ki burada TTK m. 408/II (f) hükmü çerçevesinde şirket pay sahiplerinin korunması ile TMK m. 1023 yoluyla korunan tapu siciline güven gibi hukuk ve ekonomik düzen açısından son derece iki önemli husus çatışmaktadır ve konu, uygulama ve kanuni düzenleme açısından çözülmesi kolay bir mesele değildir⁶⁴. Kanımızca, bu konuda belki en azından şirketin merkezinin bulunduğu ve/veya faaliyetlerinin yürütüldüğü taşınmaz açısından, TMK m. 194/II hükmünde öngörülen “aile konutu” hükmüne benzer olarak belli koşullarda “şirket taşınmazı” şerhi sistemi mevzuatımıza kazandırılabilir.

D. Holzmüller Doktrini Çerçevesinde TTK m. 408/II (f) Hükmü Çerçevesinde Yapılabilecek Değişiklikler ve Uygulamada Alınacak Tedbirler

Öncelikle belirtmek gerekir ki TTK m. 408/II (f) hükmü çerçevesinde yapılacak genel kurul için gerekli olan toplantı ve karar nisabı, aynı AktG hükümlerinde olduğu gibi mutlaka kanunda açıkça belirtilmelidir. Aksi halde kanun ile yönetmelik (BTY m. 22/XII) arasında çelişki olacak ve BTY hükmü, normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturacaktır. Bu sebeple her şeyden önce TTK m. 421/II hükmüne, “*önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı*” şeklinde bir (d) bendi eklenmeli ve belirsizlik ortadan kaldırılmalıdır. Bu şekilde, gerek Holzmüller kararları ve daha da önemlisi BTY m. 22/XII hükmü ile paralellik oluşacak ve bu tür genel kurul kararlarının sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınacağı tartışmasız hale gelecektir.

İkinci olarak, TTK m. 408/II (f) hükmündeki “satış” ifadesini de hatalı buluyoruz. Zira bu ifade, genel kurul kararını yalnızca TBK m. 207 vd. hükümlerinde düzenlenen satış sözleşmesi ile kısıtlamakta ve şirketin varlığının devri sonucunu doğuran mal değişim ve bağışlama gibi sözleşmeler devre dışı bırakmaktadır. Nitekim AktG § 179a maddesinde ve Holz-

⁶³ Songur Hacıgüzeller (n 41) 237, 759 numaralı dipnot ve dipnotta belirtilen yazarlar

⁶⁴ Bu konuda gerek ne TMK m. 194/II hükmüne benzer bir şerh imkanının ne de bir ihtiyati tedbirin mümkün olduğuna dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güncan (n 31) 284 vd.

müller kararında da şirket varlığının satışından değil “devrinden” (Übertagung) bahsedilmiştir. Yine, Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3) m. 4/I (c) hükmünde malvarlığının satışından değil, devrinden bahsedilmektedir.

Doktrinde de bu madde düzenlenirken bu varlıkların şirket yönünden taşıdığı ekonomik öneme dikkat çekilmiş ve “satış” teriminin dar anlamda yorumlanmasının sakıncalı olabileceğinin altı çizilmiştir⁶⁵. Karşıt görüşteki bazı yazarlar ise ipotek, garanti ve kefalet gibi sözleşmelerin imzalanması ile hiçbir malvarlığının el değiştirmedeğini ve bu sebeple bu tür sözleşmelerin TTK m. 408/II (f) kapsamında kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedirler⁶⁶. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira rehin, garanti ve kefalet gibi sözleşmeler de şirketin malvarlığı üzerinde ciddi bir tehdit oluşturur ve bu itibarla pay sahiplerini korumayı hedefleyen TTK m. 408/II (f) hükmünün bu sözleşmeleri kapsamaması kabul edilemez. Ayrıca benzer bir düzenleme olan Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği (II-23.3) m. 4/I hükmünde “*bu mal varlığı üzerinde ... üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak tesis edilmesi...*” de önemli işlem kabul edilmiş ve devir ile aynı mahiyette görülmüştür. TTK m. 408/II (f) hükmündeki “toptan satış” ifadesinin de ekonomik açıdan bu şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu konudaki tartışmaları sona erdirmek için bendin “*Önemli miktarda şirket varlığının toptan devri veya bu varlık üzerinde daha sonradan devir borcunu doğurabilecek her türlü takyidatın kurulması*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini de düşünüyoruz.

Üçüncü olarak, bir şirketin önemli miktarda bir malvarlığını satın almaya aday olan kişi bir tacir ise, TTK m. 18/II anlamında basiretli bir tacir olarak hareket etmesi ve gerekli hukuki ve finansal incelemeyi (due diligence) gerçekleştirmesi ve hatta bu yönde TTK m. 408/II (f) çerçevesinde bir genel kurul kararını talep etmesi gerekir⁶⁷. Zaten şirketlerin gerek pay alımları gerekse de varlık alımlarında hukuki, finansal ve teknik due diligence yapılması, neredeyse standart bir uygulamadır. Tacir olmayanlar ise bu tür ağır bir kritere tabi tutulmamalıdır.

Dördüncü olarak, yönetim kurulu, TTK m. 408/II (f) hükmü kapsamına girme potansiyeli olduğunu düşündüğü bir satışı yapmadan önce,

⁶⁵ Songur Hacıgüzeller (n 41) 129 vd.; Ersin Çamoğlu: Sabih Arkan’a Armağan, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı (Onikilevha 2019) 333 vd.; Biçer and Hamamcıoğlu (n 29) 38

⁶⁶ Güncan (n 31) 128; Saat (n 8) 155 vd.

⁶⁷ Nitekim aynı yönde Turan (n 31) 596, 65 numaralı dipnot.; Saat (n 8) 231

genel kurulu TTK m. 410 çerçevesinde toplantıya çağırılmalı ve satışı pay sahiplerinin onayına sunulmalıdır. Bu, kanımızca yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 369 anlamında özen yükümlülüğünün de (AktG § 93 anlamında “Sorgfaltspflicht“) doğal bir sonucudur.

Beşinci olarak, şirketin bizzat amaç ve konusu “önemli miktarda şirket varlığının satışı” olabilir. Örneğin inşaat sektöründeki bir şirket, inşaatını yaptığı çok sayıda taşınmazı toptan ya da toptan olarak nitelendirilecek kadar kısa süre içerisinde satmak istiyor olabilir. Bu durumda şirketin TTK m. 408/II (f) hükmü çerçevesinde genel kurul kararı almasını şart koşturmak şirket bakımından olumsuz sonuçlara sebep olabilir. Zira, şirket hem zaman kaybedecek hem de yüzde yetmiş beş gibi bir çoğunluğa ulaşamayabilecektir. Bu da karlı ticari bir fırsatın kaçırılmasına sebebiyet verebilir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir⁶⁸.

Öte yandan aynı şirketin bizzat faaliyetini gerçekleştirdiği taşınmazın ya da markasının ya da önemli inşaat makinelerinin satışı, TTK m. 408/II (f) hükmü anlamında bir genel kurul kararı gerektirmelidir⁶⁹.

III. SONUÇ

BGH’nin “Holzmüller doktrini” olarak bilinen kararı, şirketlerin pay sahiplerinin menfaatlerini yönetim kuruluna karşı korumak için genel kurula kanunda yazılı olmayan bazı yetkiler vermiş ve Alman şirketler hukuku uygulamasını ve öğretisini şekillendirmiştir. Buna göre, bir varlık satışı her ne kadar yönetim kurulunun yetkisinde olsa da BGH yüksek miktarda satışların da yönetim kurulunun yetkisinde olmasının pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verebileceğini, bu sebeple de genel kurulun bir kararının gerektiğini içtihat etmiştir.

Bu kararı takip eden kararlar ise Holzmüller kararının belirsizliklerini gidermeye çalışmış ve genel kurulun hangi hallerde ve nasıl bir nisapla toplanması gerektiğini belli prensiplerle ortaya koymuştur. Buna göre genel kurul %75’lik bir çoğunlukla karar almalıdır. Ayrıca yüzde onun altın-

⁶⁸ “...İstinaf mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, yönetim kurulu başkanı ... ve ...’nun tapu işlemleri için müştereken şirketi temsil ve ilzama yetkili oldukları ve şirketin ana iştiğal konusunun da temelde gayrimenkul alım satım işi olduğu, davalı şirketin taşınmazlarının tümünün satışa konu edilmediği, sadece dava konusu taşınmazın satışı söz konusu olup, bu işlemin de davalı şirketin mutat işlemlerinden olduğundan genel kurulu kararı alınmasına zorunluluk bulunmadığı,...” Yargıtay 11 HD 4606/4278 11.06.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim tarihi: 01 Mart 2025

⁶⁹ Bkz. aynı yönde Saat (n 8) 231 vd.

daki satışların Holzmüller doktrini çerçevesinde değerlendirilmemesi de bir prensip olarak getirilmiştir.

Türk hukukunda ise önemli miktarda şirket varlığının toptan satışının genel kurul kararını gerektirmesi prensibi, Yargıtay kararlarına bırakılmamış, TTK m. 408/II (f) hükmünde düzenlenmiştir. Ancak “önemli miktarda” ifadesinin ne anlama geldiği ve bu çerçevede toplanacak genel kurulun hangi nisapla karar alması gerektiği kanunda değil, yönetmelikte belirtildiği için doktrinde tartışmalar ortaya çıkmıştır. Ayrıca “satış” teriminin de sınırlayıcı bir ifade olduğu, bu ifadenin geniş anlamda anlaşılması gerektiği doktrinde belirtilmiştir.

İşte bu noktada Türk hukukunun Holzmüller doktrininden esinlenebileceği noktalar bulunmaktadır. Öncelikle BTY’de hükme bağlanan %75 çoğunluk, Alman hukukunda olduğu gibi kanuna da taşınmalı ve normal hiyerarşisine aykırılık giderilmelidir. Zira TTK m. 418’deki düşük yüzdeli nisaplarla kanunun amaçladığı şekilde pay sahiplerinin yönetim kurulunun işlemlerine karşı korunması imkansızdır.

Ayrıca hükümdeki “satış” ifadesi, AktG § 179a hükmünde olduğu gibi “devir” olarak değiştirilmeli, hatta şirketin önemli varlığı üzerinde rehin, kefalet, garanti gibi takyidatlar kurulması da genel kurul kararına tabi tutulmalıdır.

Öte yandan Alman doktrininde benimsenen, kuralın şirketin iç işleyişi ile ilgili olduğu ve genel kurul kararı olmamasına rağmen yapılan devrin üçüncü kişiler açısından geçerli olacağı görüşün ise Türk hukuku açısından kabul edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Bunun yanında devredilen varlığın bir taşınmaz olduğu durumda TTK m. 408/II (f) hükmünün koruduğu pay sahiplerinin menfaatleri ile TMK m. 1023 ile korunan üçüncü kişilerin tapu siciline olan güveni çatışmaktadır. Şirket açısından en önemli varlıkların çoğunlukla taşınmaz olduğu düşünüldüğünde, bu varlıkların basit bir yönetim kurulu kararı ile satıldığı halde bu taşınmazın iadesine ilişkin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bir dava açılabilmesi, mağduriyetlere sebebiyet verecektir.

KAYNAKÇA

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Güncellenmiş ve Gözden geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları 2023)

Ayoğlu T, ‘The Legal Nature Of The General Assembly Resolution Regarding Wholesale of Substantial Part of Company Assets Under Turkish Corporations Law’ (2017) 8 (14) Law & Justice Review 39-52

Bahtiyar M: Ortaklıklar Hukuku (Güncellenmiş 16. Bası, Beta 2022)

Biçer L and Hamamcıoğlu E ‘Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı’ (2013) Cilt 1 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33 – 52

Bilgili F and Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri (7. Basım, Dorra Yayınları 2020)

Çamoğlu E, Sabih Arkan’a Armağan, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilemez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı (Onikilevha, 2019)

Demirel D ‘Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri’ (2017) 7 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 211 – 250

Doğan BF, ‘Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri’ (2012)18 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 609 – 640

Dural A, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan (Onikilevha 2017)

Goj P, Ungeschriebenes Hauptversammlungserfordernis beim Beteiligungserwerb (Duncker & Humblot 2017)

Hirte H, Rechtsvergleichendes Seminar zum Gesellschaftsrecht (Universität Hamburg 2007)

Kendigelen A Anonim Şirketlere İlişkin Hükümlerde Benimsenen Bazı Ağırlaştırılmış Nisaplar Bilinçli Bir Tercihin Ürünü mü? Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (Bankacılık Enstitüsü 2015)

Kübler F and Assmann HD, Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen (6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F. Müller 2006)

Lang J and Weidmüller L, Genossenschaftsgesetz (35. neu bearbeitete Auflage, DeGruyter 2006)

Löbke M, Corporate Groups: Competences of the Shareholders’ Meeting and Minority Protection – the German Federal Court of Justice’s recent Gelatine and Macrotron Cases Redefine the Holzmüller Doctrine (Cambridge University Press 2019)

Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)

Ronnweber M, Zuständigkeiten der Hauptversammlung in Angelegenheiten der Geschäftsführung (Grin Verlag 2008)

Saat D, Anonim Ortaklıkta Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışı, Onikilevha, İstanbul, 2021

Songur Hacıgüzeller DG, Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019)

Steinhausen P, Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen beim Beteiligungserwerb? (Lit 2023)

Teoman Ö, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt 1, Kitap 9 (Beta Yayınları 2000).

Turan Gökçen, ‘Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararı Olmaksızın Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı’, (2024) 13 (51) Banka ve Finans Hukuku Dergisi 569-600

Wackerbarth, U and Eisenhardt U, Gesellschaftsrecht II – Recht der Kapitalgesellschaften (2. Auflage, C.F. Müller 2018)

Weidmüller L, Genossenschaftsgesetz (De Gruyter 2015)

Weimann M, Strukturmaßnahmen und Kapitalmarktkommunikation (De Gruyter 2024)

Wilhelm J, Kapitalgesellschaftsrecht (3. Auflage, Degruyter Recht 2009)

Online Kaynaklar

<www.bundesgerichtshof.de>

<www.bundesverfassungsgericht.de>

<eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<karararama.yargitay.gov.tr/>

<lexetius.com>



**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

KDV'den muaftır

ISSN 2146 - 6203

