



**SERMAYE PİYASASI KURULU
HUKUK İŞLERİ DAİRESİ**

**ANONİM ORTAKLIK GENEL KURULUNDA
OY HAKKININ DONMASINA İLİŞKİN UYGULAMALARIN
TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI VE
SERMAYE PİYASASI MEVZUATI
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ
Yeterlik Etüdü**

**Zeynep CANTİMUR
Uzman Hukukçu Yardımcısı**

**ANKARA
2010**

YÖNETİCİ ÖZETİ

Türk hukukunda kanun koyucu, anonim ortaklıkların kural olarak sermaye ve oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin kararlarına göre ve çoğunluk tarafından seçilen yönetim kurulu tarafından yönetilmesi ilkesini benimsemiştir. Ancak kontrol gücünü ellerinde bulunduranların, ortaklık çıkarları yerine kendi özel çıkarlarını ön planda tutma eğiliminde olduklarından, pay sahibinin, bazı durumlarda ortaklık iradesinin yansıdığı genel kurul kararına etki etmesi istenmemektedir. Bu sebeple, pay sahibinin müktesep hakkı niteliğindeki oy hakkına, azınlığı, gelecekteki tüm pay sahiplerini ve ortaklık alacaklılarını korumak amacıyla bir takım sınırlamalar getirmiştir. Buna göre, ortaklığın kendi payını iktisap etmesi üzerine, iktisaba konu paylardan doğan oy hakkı yaptırım olarak genel kurulda kullanılamamaktadır. Oy hakkının donması olarak adlandırılan söz konusu yoksunluk hali, sürekli ve sınırsız niteliktedir. Şöyle ki, oy hakkı sadece ilgili gündem maddesi ile sınırlı olmaksızın, tüm maddeler için donmaktadır. Ayrıca, pay sahibi tarafından genel kurula katılma hakkı başta olmak üzere diğer katılma hakları da kullanılamamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu paylar, toplantı ve karar yeter sayısı hesaplanırken dikkate alınmayarak, esas sermaye tutarından indirilmemektedir. Aksi durum, esas sermayenin daha az bir kısmına sahip pay sahiplerinin azınlık haklarını kullanmasına ve ağırlaştırılmış toplantı yetersayılarına erişimin kolaylaşmasına sebep teşkil edecektir.

Diğer yandan, TTK'da açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, yavru ortaklık tarafından ana ortaklık paylarının iktisap edilmesi halinde de, iktisap edilen söz konusu paylardan doğan oy hakkı donduğu hususu yargı kararlarında ifade bulunmuştur. Söz konusu yaptırımın sebebi, genel kurulda istenilen oy gücünü sağlamak amacıyla ana ortaklık paylarını iktisap ederek yavru ortaklıklar kurulmasının önlenmesidir. Böylece, oy hakkının donmasına ilişkin Kanun hükümlerinin dolanılmasına da engel olunmuştur.

SPKn'nda ise, halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap edebilmelerine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, aracı kurum ve yatırım ortaklıkları faaliyet konuları itibarıyla TTK'nın 329/4'de yer alan istisna kapsamında kendi paylarını iktisap edebilmektedirler. Kurulun 1.9.2009 tarih ve 27/748 sayılı İlke kararıyla¹ söz konusu iktisap sırasında uyulması gereken ilke ve esaslar düzenlenmiş olup, buna göre iktisaba konu paylardan doğan oy hakkı kullanılamamaktadır. Böylece, aracı kurumlar ve yatırım ortaklıklarının kendi payları üzerinde gerçekleştirdikleri işlemlerin daha şeffaf bir ortamda yapılması, dolayısıyla yatırımcıların daha doğru bir şekilde bilgilendirilmesi sağlanmaktadır.

Diğer yandan, SPKn ile Kurula, halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetimde kontrol değişikliğine yol açan hisse senedi alımları suretiyle azınlığın, çoğunluğun kötü niyetli uygulamalarına maruz kalmaması ve kamunun aydınlatılmasının sağlanması amacıyla düzenlemeler yapma yetkisi tanınmıştır. Bu noktadan hareketle Seri:IV, No:44 sayılı Tebliği ile, ortaklıkta yönetim kontrolünün el değiştirmesi halinde azınlığın kötü niyetli uygulamalardan korunması ve yönetim kontrolü değişen ortaklığın ortaklarına adil ve eşit şartlarla ortaklıktan ayrılma hakkının

¹ I Kurulun 2009/39 sayılı Haftalık Bülteninde yayımlanmıştır.

tanınması amacıyla zorunlu çağrı yükümlülüğü düzenlenmiştir. Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde yaptırım olarak ilgili pay sahibi hakkında idari para cezası tesisi gündeme gelmektedir.

Bu çalışmanın konusunu asıl olarak, anonim ortaklık genel kurulunda oy hakkının donmasına sebep teşkil edecek olaylar ile bu durumlarda uygulanabilecek yaptırımların incelenmesi teşkil etmektedir. Yukarıda kısaca özetlendiği üzere, donan söz konusu oyların genel kurulda kullanılamaması sebebiyle bu oyların ilgili genel kurul kararlarının yetersayıları hesaplanırken dikkate alınıp alınmayacağı ve oy hakkı bulunmayan payların tespitinin mahkeme kararıyla mı yoksa ortaklık tarafından mı yapılacağı hususları aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Çalışmada esas olarak, söz konusu yaptırımın, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde düzenleniş biçimleri ele alınarak, oy hakkının donmasına ilişkin TTK ve TTK Tasarısında yer alan düzenlemeler ile konuya ilişkin SPK uygulamaları incelenmiştir.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ	V
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: ANONİM ORTAKLIKTA PAY SAHİBİNİN OY HAKKI	2
1.1. TANIMI	2
1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ	3
1.3. ÖZELLİKLERİ	3
1.3.1. <i>Müktesep Hak Niteliği</i>	3
1.3.2. <i>Vazgeçilemeyen Hak Niteliği</i>	4
1.4. OY HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN ESASLAR	5
1.4.1. <i>Oy Hakkının Sadece Genel Kurulda Kullanılması</i>	5
1.4.2. <i>Esas Sermayeye Katılım Oranına Göre Kullanılması</i>	6
1.4.3. <i>Oy Hakkının Serbestçe Kullanılması</i>	6
İKİNCİ BÖLÜM: OY HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR	8
2.1. ÇIKAR ÇATIŞMASI SONUCUNDA OY HAKKININ KULLANILAMAMASI	9
2.1.1. <i>Kavram</i>	9
2.1.2. <i>Oy Hakkının Kullanılmama Halleri</i>	10
2.1.2.1. <i>Ayın sermayeye değer biçilmesinde</i>	10
2.1.2.2. <i>Kuruculara ve diğer pay sahiplerine tanınan özel menfaatlerin onaylanmasında</i>	13
2.1.2.3. <i>Pay sahibi ve yakınları ile şirket arasındaki işlerde</i>	13
2.1.2.4. <i>Yönetim kurulu üyelerinin ibrasında</i>	16
2.2. YAPTIRIM OLARAK OY HAKKININ KULLANILAMAMASI (OY HAKKININ DONMASI)	17
2.2.1. <i>Kavram</i>	17
2.2.2. <i>Donma Halleri</i>	19
2.2.2.1. <i>Şirketin kendi paylarını iktisabı</i>	19
2.2.2.2. <i>Yavru ortaklığın ana ortaklıkta pay sahibi olması</i>	21
2.2.3. <i>Oy Hakkının Donmasının Sonuçları</i>	22
2.2.3.1. <i>Pay sahibinin kendisi tarafından oy hakkının kullanılmaması</i>	22
2.2.3.2. <i>Pay sahibinin temsilcisi tarafından oy hakkının kullanılmaması</i>	22
2.2.4. <i>Oy Hakkının Donmasının Etkileri</i>	23
2.2.4.1. <i>Oy hakkı dışında kalan yönetme hakları üstündeki etkileri</i>	23
2.2.4.2. <i>Yetersayılar üzerindeki etkileri</i>	23
2.2.4.2.1. <i>Ortaklığın iktisap ettiği kendi payları yönünden</i>	24

2.2.4.2.2. Oy hakkının kullanılmadığı diğer yoksunluk halleri yönünden.....	25
2.2.5. <i>Oy Hakkının Donmasına İlişkin Sınırlamaların Dolanılması ve Yaptırımı</i>	26
2.2.5.1. <i>Dolanma niteliği taşıyan davranışlar</i>	26
2.2.5.2. <i>Yaptırımı</i>	27
2.2.5.2.1. Genel kurula katılmaya itiraz	27
2.2.5.2.2. Genel kurul kararlarının iptali	28
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: KURUL TARAFINDAN OY HAKKININ DONMASINA İLİŞKİN UYGULAMADA KABUL EDİLEN ESASLAR	30
3.1. ARACI KURUMLAR VE YATIRIM ORTAKLIKLARININ KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ.....	30
3.2. KARŞILIKLI İŞTİRAK.....	31
3.3. ÇAĞRI YOLUYLA HİSSE SENEDİ TOPLANMASI.....	34
3.4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	36
3.4.1. <i>Alman Hukukunda</i>	36
3.4.2. <i>İsviçre Hukukunda</i>	37
3.4.3. <i>Avrupa Birliği Hukukunda</i>	38
3.4.4. <i>Anglo Sakson Hukukunda</i>	39
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: TTK TASARISI ÇERÇEVESİNDE OY HAKKININ DONMASI	41
4.1. KARŞILIKLI İŞTİRAKLİ ORTAKLIKLARDAN YAVRU ORTAKLIĞIN ANA ORTAKLIK PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ DURUMUNDA OY HAKKININ DONMASI	41
4.2. ANONİM ORTAKLIĞIN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ DURUMUNDA OY HAKKININ DONMASI	42
4.3. YAVRU ORTAKLIĞIN, ANA ORTAKLIK PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ DURUMUNDA OY HAKKININ DONMASI.....	43
GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	44
KAYNAKÇA	46

KISALTMALAR CETVELİ

2004/25/AB sayılı Direktif	2004/25/AB sayılı Pay Alım Teklifleri Hakkında Direktif
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
agm	Adı geçen makale
Alm.POK	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
Alm.TK	Alman Ticaret Kanunu
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
HD	Hukuk Dairesi
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İsv.BK	İsviçre Borçlar Kanunu
KHK	Kanun Hükümünde Kararname
md.	Madde
MK	Medeni Kanun
s.	Sayfa
Seri:IV, No:13 sayılı Tebliğ	Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların İştirak Sınırlarının Belirlenmesine İlişkin Tebliğ
Seri: IV, No: 44 sayılı Tebliğ	Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ	Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ
Seri: VI, No: 4 sayılı Tebliğ	Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
Seri: XI, No:1 sayılı Tebliğ	Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ
SPK, Kurul	Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	Sermaye Piyasası Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
WüPG	Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen (Alman Aleni Pay Alım Teklifi Kanunu)

GİRİŞ

Anonim ortaklıkta, her bir pay, sahibine, malvarlıksal ve yönetsel nitelikte olmak üzere çeşitli haklar sağlamaktadır. Oy hakkı, pay sahibinin ortaklık yönetimine katılmasına olanak sağlayan en önemli haklardan olup, pay sahibi, esas sermayeye katılma oranına bağlı olarak sahip olduğu paylarına bağlı oylar aracılığıyla genel kurul kararlarında iradesini ortaya koymaktadır. Kapalı anonim ortaklıklarda payların büyük kısmı tek bir kişinin elinde bulunduğundan, genel kurul toplantıları bir formaliteden ibaret olup, pay sahibinin oyu ortaklık iradesinin oluşumuna etkili olmamaktadır. Buna karşın, pay sahibi sayısının yüksek olduğu halka açık anonim ortaklıklarda ise, oy hakkının önemi daha fazladır.

Oy hakkının, genel kurul kararlarının alınması ve bu doğrultuda yönetim kontrolünün sağlanması hususunda en etkili araçlardan olduğu göz önüne alındığında, kanun koyucu bazı maddi ve kişisel durumların varlığı halinde, pay sahibinin ortaklık üstünde hakimiyet sağlayarak haksız bir oy gücü elde etmesini önlemek amacıyla TTK'da oy hakkının kullanılmasına bazı sınırlamalar getirmiştir. Kanun'da, pay sahibinin hangi durumlarda oy hakkını kullanamayacağı sınırlı bir şekilde sayılmış olup, söz konusu hükümler emredici niteliktedir.

Çalışmanın ilk bölümünde, anonim ortaklıkta pay sahibinin oy hakkının hukuki niteliğine, özelliklerine ve oy hakkının kullanılmasına ilişkin esaslara genel olarak değinilmiştir.

İkinci bölümde ise, pay sahibinin müktesep hakkı niteliğindeki oy hakkının kullanılmasına ilişkin öngörülen sınırlamalara yer verilmiştir. Oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırlamalar, doğurduğu etkiler bakımından “oy hakkının kullanılmaması” ve “oy hakkının donması” olmak üzere iki grupta yer almaktadır. Buna göre, oy hakkının kullanılmaması, ortaklık ile pay sahipleri arasında muhtemel çıkar çatışmasını önlemek amacıyla; oy hakkının donması ise bir yaptırım olarak öngörülmüştür. Ayrıca, anılan bölümde, oy hakkının donmasının sonuçları ile donan oy hakkının kullanılmasının yaptırımlarına; donmanın, söz konusu paylardan doğan diğer yönetime katılma hakları üzerindeki etkilerine; ayrıca, oy hakkı donan payların toplantı yetersayısının hesabında dikkate alınıp alınmayacağına değinilmiştir. Diğer yandan, oy hakkının donmasına ilişkin getirilen sınırlamaların dolandırılması niteliği taşıyan davranışlara yer verilerek, dolandırma olgusunun kanıtlanması durumunda uygulanabilecek yaptırımlar ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, Kurul tarafından pay sahibinin, ortaklık iradesinin yansıdığı genel kurul kararına etki etmesini engellemek amacıyla, oy hakkını kullanmamasına ilişkin olarak uygulamada kabul edilen esaslara değinilmiş olup, konunun İsviçre, Almanya, Avrupa Birliği ve ABD hukukunda yer alan düzenlemelerine yer verilmiştir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde, TTK Tasarısı'nda yer alan oy hakkının donmasına ilişkin düzenlemelere değinilmiş olup, oy hakkının kullanılmamasına sebep teşkil eden haller ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM: ANONİM ORTAKLIKTA PAY SAHİBİNİN OY HAKKI

1.1. TANIMI

Anonim ortaklıklarda, pay sahibinin tek borcu taahhüt edilen pay bedelinin ödenmesi olup, payın sahibine sağladığı haklar ise mali haklar ve yönetsel haklar olmak üzere iki grup içinde ele alınmaktadır. Pay sahibinin yönetime ilişkin haklarının başında genel kurula katılma ve oy hakkı gelmekte olup, pay sahipliği demokrasisinin bir gereği olan oy hakkı, pay sahibinin ortaklık işlerine katılmasına olanak sağlamaktadır. Zira, ortaklık organlarında yer alan üyeleri denetlemek, onları ibra etmek veya ibrayı reddetmek, genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmak, ortaklık işlerine ilişkin bilgi edinmek, kar dağıtımını sağlamak ve oranını tespit etmek gibi birçok pay sahipliği hakkı, oy hakkı aracılığıyla kullanıldığı gibi bilançonun onaylanması, esas sözleşme değişikliği, tahvil ihracı ve ortaklığın feshi gibi genel kurul kararlarına bağlı olan çeşitli konularda da, sahip olunan oy hakkı kadar ortaklık iradesinin oluşumuna etkide bulunmaktadır. Bu itibarla, oy hakkı, pay sahibine ortaklık sıfatı dolayısıyla tanınan ve pay sahibinin genel kurul toplantılarında kararın oluşumuna katılarak, ortaklığın yönetimi ve temsili ile denetimi konularında etkili olabilmesini sağlamaktadır.

Anonim ortaklıklarda esas sermayenin bir parçasını oluşturan “pay”ın ortaklık açısından haiz olduğu birim değere itibari değer denilmektedir. Pay sahiplerinin ortaklığa karşı sahip oldukları hakların kapsamının tespitinde “itibari değere göre hak sahibi olma ilkesi” geçerli olup, pay sahibinin haiz olduğu mali haklar bakımından bu ilke tartışmasız kabul edilmesine rağmen, oy hakkının payın itibari değerine göre kullanılacağına ilişkin TTK’da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalara birinci bölümde yer verilmiştir.

Bunun yanı sıra, anonim ortaklıklarda pay sahibinin oy hakkına ilişkin ele alınması gereken bir başka husus ise, pay bedelinin ödenme oranının oy hakkı üzerinde herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Türk hukukunda oy hakkının kazanılması için pay bedelinin tamamen ödenmiş olması şart değildir. Nitekim, İsviçre hukukunda da aynı esas kabul edilmesine karşılık, Alman hukukunda, oy hakkının doğumu pay bedelinin tamamen ödenmiş olmasına bağlı kılınmıştır. TTK’nın 373 üncü maddesinde yer alan her payın en az bir oy hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenlemenin sonucu olarak, pay bedelinin ödenme oranına bakılmaksızın her payın eşit oy hakkı bulunmaktadır.

Diğer yandan, oy hakkının kullanılması esas sözleşme veya ortaklık organları kararları ile güçleştirilemez. Bu sebeple oy hakkının kullanılmasını, hisse senedi çıkarılmasına, ortaklık işleri ile ilgilenmeye, payın tamamının veya belli bir kısmının ödenmiş olmasına vs. bağlayan esas sözleşme hükümleri geçersiz olup, sadece oydan yoksunluk ve oy hakkının donması hallerinde oy hakkının kullanılması önlenmiştir.

1.2. HUKUKİ NİTELİĞİ

Oy hakkı, pay sahibinin bir hukuki sonucun meydana gelmesine yönelik hedeflediği bir irade açıklamasıdır. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüş, oy hakkının hukuki niteliğinin bir hukuki işlem niteliğini haiz bir irade beyanı olduğu yönündedir. *Teoman'a göre*, çok sayıda pay sahibinin bulunduğu anonim ortaklıklarda, pay sahibinin isteği, kararın alınmasına katkı sağlamaktan, başka bir ifadeyle, diğer pay sahiplerinin aynı yöndeki irade açıklamalarının toplanması sonucu oluşan ortaklığın iradesine tek yanlı bir hukuki işlem ile katkıda bulunmaktan ibarettir. Bu sebeple, irade sakatlıklarına ilişkin BK hükümlerinin oy verme hakkına da uygulanması genellikle kabul olduğundan, genel kurul kararlarına katılma hakkı olmayan kimselerin² sonuca etken oylarının, kararın iptaline sebebiyet vereceği şeklindeki TTK md. 361/3 hükmü bu görüşü savunmaktadır³.

Genel kurul toplantısına katılarak oy hakkı kullanan pay sahibinin iradesinin hata, hile, tehdit sonucu sakatlanması durumunda, pay sahibi tarafından söz konusu durum toplantı sırasında itiraz yoluyla ileri sürülerek genel kurul başkanından oyun iptali talep edilebilir. Oyun iptal edilmemesi halinde bu hususun tutanağa geçirilmesi suretiyle genel kurul kararı aleyhine iptal davası açılabilir.

Öte yandan, irade sakatlığı sebebiyle oyun iptali, toplantı bitiminden sonra ancak TTK md. 381'de öngörülen 3 aylık süre içerisinde dava yoluyla istenebilir. Zira, burada amaçlanan genel kurul kararının iptali olduğundan, irade sakatlığı nedeniyle oy iptalini talep eden pay sahibinin, bu dava ile birlikte genel kurul kararının da iptalini talep etmesi veya bu dava sonuçlandıktan sonra 3 aylık süre geçmeden genel kurul kararının iptali için ayrı bir dava açması gerekmektedir. Nitekim, irade sakatlığı nedeniyle oyların iptal edilmiş olması genel kurul kararının iptaline neden olmamaktadır. Söz konusu davanın açılabilmesi için iradesi sakatlanan pay sahibinin toplantı sırasında muhalefetini tutanağa geçirmesi şartı aranmamaktadır⁴.

1.3. ÖZELLİKLERİ

1.3.1. Müktesep Hak Niteliği

TTK'nın 385 inci maddesinin birinci fıkrasında, pay sahibinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda, pay sahibinin rızası olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamayacağı hüküm altına alındıktan sonra, maddenin ikinci fıkrasında ise, oy hakkı müktesep haklar arasında sayılmıştır.

Müktesep haklar, sahibinin rızası olmaksızın sınırlandırılmamakta, kullanımları şarta bağlanmamakta ve içerik olarak zayıflatılmamakta olup, söz konusu haklar üzerinde esas sözleşmenin hazırlanması sırasında veya daha sonra

2 TTK md. 360/2 hükmü uyarınca pay sahibi, oy hakkını genel kurul toplantısında ya bizzat ya da üçüncü kişi aracılığıyla kullanabildiğinden, TTK md. 361/3 hükmü temsilciler için de uygulanmaktadır.

3 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Koopertifler Hukuku, İstanbul 2000, s.521

4 Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s.16

değişiklik yapılmak suretiyle tasarruf edilebilmektedir. Buna rağmen, pay sahibinin oy hakkının ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması⁵ mümkün olmadığından, oy hakkı, pay sahibinin rızası ile üzerinde değişiklik yapılabilen müktesep hak kavramına uymamaktadır.

Nitekim, TTK'nın 385 nci maddesine kaynaklık eden İsv.BK'nun 646 ncı maddesi iptal edilerek, müktesep hak teorisinden vazgeçilmiş olup, Kanun'un 706/b maddesi uyarınca pay sahiplerinin oy hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran genel kurul kararlarının iptali yoluyla pay sahipliği haklarında koruma sağlanmıştır⁶.

1.3.2. Vazgeçilemeyen Hak Niteliği

Vazgeçilemeyen haklar, hak sahibinin rızası ile dahi ortadan kaldırılamayan haklar olup, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle veya genel kurul kararıyla ortadan kaldırılmaları mümkün değildir. Her payın, en az bir oy hakkı vereceği ilkesinin hüküm altına alındığı TTK'nın 373 üncü maddesinin birinci fıkrasından, oy hakkının vazgeçilemez bir hak olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, oy hakkının vazgeçilemez nitelik taşıması, pay sahiplerinin bu hakkı kullanmak zorunda oldukları anlamına gelmemekte olup, esas sözleşmeye, pay sahiplerine genel kurul toplantısında oy hakkını kullanmalarını zorunda olduklarına ilişkin bir hüküm konulamaz. Aksi durum TTK md. 405/2 hükmüne aykırılık teşkil edeceğinden, pay sahibine oy kullanma yükümü getiren esas sözleşme hükümleri geçersizdir.

SPKn'nun 14/A maddesi uyarınca anonim ortaklıklarca esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak şartıyla, kar payında imtiyaz tanınarak oydan yoksun paylar ihraç edilebilmekte olup, söz konusu hüküm oy hakkının vazgeçilemez nitelik taşıdığına istisna teşkil etmemektedir. Zira, yönetime katılmak yerine daha fazla kar sağlamak amacıyla ortaklığa giren küçük pay sahipleri için oydan yoksun fakat karda imtiyaz sağlayan söz konusu payların, ihracı sırasında oy haklarını taşıyıp, daha sonra esas sözleşme veya genel kurul/yönetim kurulu kararı ile oysuz hale gelmesi söz konusu değildir.

Diğer yandan, vazgeçilemeyen haklar pay sahibinin rızası dahi olsa sınırlandırılmamakla birlikte, her payın, en az bir oy hakkı vereceğine ilişkin emredici kurala aykırı olmamak şartıyla payların maliklerine vereceği oy sayısının ana sözleşme ile belirlenebileceğine dair TTK md. 373/1 hükmü göz önüne alındığında, TTK md. 401 hükmü uyarınca bazı paylara oyda imtiyaz tanımak suretiyle diğer payların oy haklarının sınırlandırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷.

5 Oy hakkı doğrudan sınırlanamamakla birlikte, ana sözleşme ile pay sahiplerinin oylarını kullanırken uymaları gereken şartlar TTK md. 279/7 hükmü uyarınca belirlenebilir.

6 Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s.11

7 Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, İstanbul 1983, s.7

1.4. OY HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN ESASLAR

1.4.1. Oy Hakkının Sadece Genel Kurulda Kullanılması

TTK'nın 360 ncı maddesinin birinci fıkrasında, “*Pay sahipleri organların tayini, hesapların tasdiki ve kazancın dağıtılması gibi şirket işlerine müteallik haklarını umumi heyet toplantılarında kullanırlar*” hükmüne yer verildikten sonra, maddenin ikinci fıkrasında “*Rey hakkını haiz olan pay sahibi umumi heyet toplantılarında bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi pay sahibi olan veya esas sözleşmede hilafına hüküm bulunmadıkça, pay sahibi olmayan üçüncü bir şahıs vasıtasıyla da kullanabilir*” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Ayrıca, TTK'nın 385 nci maddesinin ikinci fıkrasında ise oy hakkının “*umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğduğu*” hükmüne bağlanmıştır.

Anılan hükümler çerçevesinde, oy hakkının ancak genel kurulda kullanılabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, oy hakkı sadece genel kurul toplantısında kullanılabilen bir hak olduğundan, pay sahibinin genel kurul toplantısına katılma hakkını sınırlayan veya ortadan kaldıran esas sözleşme hükümleri ile genel kurul/yönetim kurulu kararları geçersizdir.

Öte yandan, genel kurula katılma hakkı, oy hakkından bağımsızdır. Bu itibarla, oydan yoksunluk hallerinde pay sahibinin genel kurula katılma hakkının devam ettiği doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. Doktrinde ve yargı kararlarında, oydan yoksunluğu bulunan pay sahibinin genel kurula katılabileceği ve bundan kaynaklanan konuşma, görüş açıklama, bilgi alma ve iptal davası açma gibi hakları kullanabileceği görüşü ağırlık kazanmıştır⁸. Buna karşılık, oyun donması hallerinde ise, genel kurula katılma hakkı bulunmadığından, görüş açıklama hakkı da bulunmamaktadır.

Genel kurulun karar alabilmesi için pay sahiplerinin bir araya gelmesi zorunlu olup, toplantı yapılmaksızın elden dolaştırılarak oy toplanması mümkün değildir. Ancak ABD hukukunda kabul edilen ve pay sahipleri tarafından tayin edilen temsilciler vasıtasıyla ve kullanılacak oyun yönünü belirten bir belge verilme suretiyle oy hakkının kullanılması esasına dayanan “proxy sistemi” SPK düzenlemeleri⁹ ile halka açık anonim ortaklıklar için uygulanabilir hale gelmiştir.

Diğer yandan, TTK md. 360/2'de yer alan “*rey hakkını haiz olan pay sahibi, umumi heyet toplantılarında bu hakkını bizzat kullanabileceği gibi pay sahibi olan veya esas mukavelede hilafına hüküm bulunmadıkça, pay sahibi olmayan üçüncü bir şahıs vasıtasıyla da kullanabilir*” şeklindeki ifadede, pay sahibinin, toplantıya bizzat katılmak ve oy hakkını kullanmak zorunda olmadığı sonucuna ulaşılmakta olup, oy hakkının temsilci aracılığıyla da kullanabilmesi mümkündür.

8 Teoman, Ömer, Yoksunluk, s.173

9 Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16/A maddesine dayanılarak çıkarılan Seri:IV, No:8 sayılı Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği, 9/3/1994 tarihli ve 21872 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

1.4.2. Esas Sermayeye Katılım Oranına Göre Kullanılması

TTK'da oy hakkının esas sermayeye katılım oranında kullanılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. TTK md. 373/1'de yer alan “Her hisse senedi en az bir rey hakkı verir.” hükmü, oy hakkının tespiti açısından ne esas sermayeye katılım oranından ne de itibari değerden bahsetmektedir.

Doktrinde tartışmalı olmak birlikte, *Teoman'a göre*, anonim ortaklıklarda geçerli olan “sermayeye katılım oranında hak sahibi olabilme” ilkesinin mali haklar bakımından TTK'da açıkça kabul edildiği halde, yönetime ilişkin haklar bakımından susması sebebiyle farklı bir uygulamaya gidilmesinin anlamsız olduğu ileri sürülmektedir. TTK md. 373 hükmünün, itibari değer farkı göz önüne alınmaksızın her paya eşit oy hakkının verilmesi olarak algılanmaması gerekmekte olup, yüksek itibari değerli paylara, düşük değerli paylara oranla daha fazla oy hakkı kullandırılmak suretiyle pay sahiplerine sermayeye katılma oranlarına göre oy kullandırılmış ve bu suretle de paylar arasında eşitlik sağlanmış olacaktır. Aksi halde, farklı itibari değerli paylar arasında hepsine aynı oy hakkının tanınması, düşük itibari değerli payların, imtiyazlı hale gelmesine yol açacaktır. Ayrıca, TTK md. 366 hükmü uyarınca sermayenin onda birine sahip olan kişilerin, maddede sayılan hakları kullanabilecekleri göz önüne alındığında, azınlık haklarının kullanılmasında da sermayeye katılım oranının esas alındığı anlaşılmakta olup, oy hakkının, esas sermayeye katılma oranına, yani itibari değere göre belirlenmesi gerekecektir.

Buna karşılık, doktrinde hakim görüşü oluşturan yazarlar¹⁰ ise, itibari değere bakılmaksızın her payın bir oy hakkını haiz olacağını ve bunun aksine yönelik düzenlemelerin ancak esas sözleşme ile getirilebileceğini, esas sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise farklı itibari değerli payların genel kurulda eşit oy hakkına sahip olacağını kabul etmektedir. Bu durumda, düşük itibari değeri olan payların imtiyazlı hale geleceği dikkate alınsa dahi, söz konusu durum, esas sözleşme ile imtiyaz yaratılabileceği kuralıyla çelişmediğinden, esas sözleşme hükmüne dayanarak düşük değerli payların imtiyazlı olarak bir grup oluşturması hususunun TTK md. 401 hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir.

1.4.3. Oy Hakkının Serbestçe Kullanılması

Pay sahibi, oy hakkını kullanıp kullanmamak konusunda serbestiye sahip olup, genel kurul toplantısına katılmayarak bu hakkını hiç kullanamayacağı gibi, sadece bazı paylarından doğan haklarını da kullanmakla yetinebilmektedir. Ayrıca, payların bağımsızlığı ilkesinin bir sonucu olarak bir kısım payları için temsilci tayin ederek oy hakkını kullanabilmektedir. Söz konusu durum, oy hakkının payın sahibine değil, paya bağlı olmasından ve her payın birbirinden bağımsız oy hakkı vermesinden kaynaklanmaktadır.

10 Çeker, Oy Hakkı, s. 37; Arslanlı, A.Ş. I, s.146; İmregün, Menfaat İhlalleri, s.31; Ülgen, Üstün Oy, s. 684; Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, N.963; Domaniç, TTK Şerhi II, s.176; Erem, s. 300; Türk, s.579; Eriş, A.Ş., s.577; Sağ, Oy Hakkının Kazanılması, s.20

Bu itibarla, pay sahibi, sahip olduğu bazı paylardan doğan oy hakkını hiç kullanmayabileceği gibi bazı paylardan kaynaklanan oy hakkını bir önerinin lehine, diğerini ise aleyhinde kullanabilmektedir. Pay sahiplerinin oy kullanma serbestisini sınırlayan tek durum, TTK'da öngörölen yoksunluk halleridir.

Öte yandan, pay sahibinin oy hakkını serbestçe kullanabilmesi kural olmakla birlikte, oy hakkını kullanırken ortaklığın menfaatlerini göz önünde tutmalıdır. Aksi durumda, ortaklığın amacına ulaşmasına engel teşkil eden veya azınlığa zarar verici nitelik taşıyan genel kurul kararları, karar yeter sayılarına uygun olarak alınmış dahi olsa, TTK'nın 381 inci maddesine göre iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal tehlikesi altında bulunmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM: OY HAKKININ KULLANILMASINA İLİŞKİN SINIRLAMALAR

Yukarıda açıklandığı üzere, yönetime katılmaya ilişkin hakların başında gelen oy hakkı, TTK md. 373/1 hükmü çerçevesinde her paya emredici bir şekilde tanınmış olup, TTK md. 385/2'de düzenlendiği üzere pay sahibinin rızası olmadıkça sınırlandırılmayan/ortadan kaldırılamayan bir mütesep hak niteliğini haizdir. Bununla birlikte, yasa koyucu, bazı durumlarda pay sahibinin, ortaklık iradesinin yansıdığı genel kurul kararına etki etmesini istemeyerek, oy hakkına bir takım sınırlamalar getirmiştir. Söz konusu sınırlamalar, oy hakkının serbestçe kullanılması ilkesi çerçevesinde pay sahibinin kendi menfaati doğrultusunda oy hakkını kullanacağı dikkate alınarak, ortaklık ile pay sahipleri arasında doğabilecek muhtemel menfaat çatışmalarını engellemek amacıyla getirilmiştir. Dolayısıyla, oy hakkı, TTK'nın 373/1 hükmüne göre pay sahibine değil, paya bağlanmasına karşın, oydan yoksunluk hallerinde paya bağlı olan oy hakkında kişiselleşme ortaya çıkmakta olup, oyun kullanılmasına engel teşkil eden olay ortadan kalkmadıkça oy hakkı kullanılamamaktadır.

Pay sahibinin oy hakkından yoksunluğuna yol açan haller, doğurduğu etkiler bakımından “kullanılamama” ve “donma” olmak üzere iki grupta yer almaktadır. Pay sahibinin oy hakkını kullanamaması, buna sebep teşkil eden gündem maddeleri için geçerli olduğu ve gündemdeki diğer konularda herhangi bir yoksunluğa sebep olmadığı durumda “oy hakkının kullanılamaması”ndan bahsedilmekte olup, söz konusu yoksunluk geçici niteliktedir¹¹. Buna karşın, genel kurulda alınacak tüm kararlar için oy hakkının kullanılamaması halinde “oy hakkının donması” söz konusu olup, oydan yoksunluğa sebep teşkil eden durum ortadan kalkıncaya kadar, oy hakkı kullanılamayacaktır. Öte yandan, oydan yoksunluk hallerinde genel kurula katılma hakkı başta olmak üzere diğer idari haklar kullanılabilirken, oy hakkının donduğu hallerde ise, oy hakkının yanı sıra diğer yönetsel haklarda kullanılamamaktadır. Ayrıca, oy hakkının kullanılamaması ile donması arasında genel kurul toplantı yeter sayılarının hesabı açısından da farklılık bulunmakta olup, “oy hakkının kullanılamaması” durumunda pay sahibinin o gündem maddesi ile ilgili olarak oy hakkının engellendiği, diğer tüm haklarının devam ettiği¹², bu suretle de genel kurula katılma hakkının bulunduğu göz önüne alındığında, söz konusu paylar toplantı yeter sayısının hesabında dikkate alınmaktadır. Oysa, oy hakkının donması süreklilik arz ettiğinden, tüm gündem

11 Yargıtay birçok kararında, pay sahibinin, yoksunluğuna sebep teşkil eden gündem maddesi dışındaki maddeler için oy hakkının devam ettiğini ifade etmiştir. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin özel denetçi seçiminde oy kullanabilecekleri hakkında bkz. 11. HD. 26.9.1994, E.2800, K.6771 (Eriş, A.Ş., s. 343); yönetim kurulu üyelerinin ibra dışında oy kullanabilecekleri yönünde bkz. 11. HD. 23.12.1993, E.731, K.8582; 11. HD. 24.12.1991, E.2894, K.6832 (Eriş, A.Ş., s.415)

12 Teoman, Ömer; “Oy Hakkından Yoksun Pay Sahiplerinin Karara Katılmış Bulunmaları Nedeniyle Açılan İptal Davasında, Anonim Ortaklık Bu Katılmanın Oylama Sonucunu Etkilemediği Savunmasını Yapamaz.–Yargıtay’ın TK. md. 361, f. 3, c. 2’nin Uygulama Alanına İlişkin Görüşünün Eleştirisi–”, İkt. Mal. C. XXIX, S. 9 (Aralık 1982), s. 365-368.

maddeleri için oy kullanamayan pay sahibinin payı, toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır¹³.

TTK'da, pay sahibinin oy hakkını sınırlayan düzenlemeler tek bir maddede ve toplu olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, sınırlı sayıda sayılmıştır. Söz konusu kanuni sınırlamaların yanı sıra, esas sözleşme ile de oy hakkının özüne dokunmadan oy hakkının kullanılması için bir takım şekli şartlar¹⁴ getirilmek suretiyle bazı sınırlamalar getirilebilir. Aksi durumda oy hakkının özüne ilişkin getirilen sınırlamalar TTK md. 373/1 ve 385 hükümlerine aykırılık arz edeceğinden, esas sözleşmede yer alan bu hükümler geçersiz olup, hiçbir sonuç doğurmayacaktır¹⁵. Buna karşın, Alman ve İsviçre hukukunda ise, esas sözleşme ile oy hakkının içeriğine ilişkin sınırlandırmalar getirilmesi mümkündür.

Ayrıca, pay sahiplerinin kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yapacakları oy sözleşmeleri yoluyla da oy hakkının kullanılmasına ilişkin iradi sınırlamalar getirilebilmektedir. Ancak, ortaklık veya yönetim kurulu lehinde oy kullanma taahhüdü altına girilen ya da oy hakkının kullanılmasına ilişkin sınırları aşmak amacıyla yapılan oy sözleşmeleri hükümsüzdür¹⁶.

2.1. ÇIKAR ÇATIŞMASI SONUCUNDA OY HAKKININ KULLANILAMAMASI

2.1.1. Kavram

Kanun koyucu, pay sahibinin kendi kişisel menfaatini ön planda tutmasının muhtemel olduğu bazı durumlarda oy hakkını kullanmasını, ortaklıkta çıkar çatışması meydana getirebileceği gerekçesiyle engelleyerek, azınlığın, gelecekteki tüm pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarının korunması amaçlamıştır. Zira böyle bir durumda, pay sahibinin kişisel menfaati ile ortaklığın menfaati çeliştiğinden, pay sahibi tarafından kendi yararına oy kullanacağı kuşkusuzdur.

Oydan yoksunluğa ilişkin TTK'da yer alan düzenlemelere bakıldığında, örneğin ortaklığa aynı sermaye getiren pay sahibinin bunun değerinin tespit edildiği genel kurul toplantısında oy hakkını kullanması engellenerek, esas sermayenin dolayısıyla gelecekteki pay sahipleri ile alacaklıların korunması amaçlanmıştır. Öte yandan, pay sahiplerinin kendileri ya da belirli derecede yakınları ile ortaklık arasındaki kişisel bir hukuki işlem/çekişmenin onaylanmasına ilişkin veya ortaklık işlerine herhangi bir suretle katılanların ise yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin

13 Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar, Çalışmanın ikinci bölümünde yer almaktadır.

14 Çeker'e göre, esas sözleşme ile, hamiline yazılı hisse senetlerinde oy hakkının kullanılabilmesi için TTK md. 360'da öngörülen bir haftalık süreden daha uzun bir süre önce şirkete tevdi zorunluluğu getirilebileceği gibi pay sahiplerinin genel kurula katılmak için şirkete bildirimde bulunmaları öngörülebilir, ayrıca bağlı nama yazılı hisse senetlerini haiz olan kapalı anonim ortaklıklarda temsilcinin pay sahipleri arasından seçileceğine ilişkin hükümler getirilebilmesi mümkündür. Ayrıntılı bkz. Çeker, s.221-225

15 Çeker, s.213

16 Çeker, s.242

kararlarda, ilgili kişinin tarafsız kalamayacağı düşünülerek ortaklığın zarar görmesini engellemek amacıyla oy hakkını kullanmaları sınırlandırılmıştır.

Öte yandan, genel kurula katılma hakkı beraberinde toplantılarda hazır bulunabilme, oy kullanma ve kanuna/esas sözleşme/dürüstlük kullarına aykırı kararlara karşı iptal davası açabilme hakkını beraberinde getirmekte olup, genel kurula katılma hakkı, oy kullanma hakkının varlığını gerekli kılmamaktadır. Bu sebeple, pay sahibinin oy hakkını kullanamadığı (TTK md. 291 ve 374) durumlarda genel kurula katılma hakkı bulunmaktadır.

Kanunda sınırlı sayıda yer alan oydan yoksunluk halleri, emredici nitelikte olup, esas sözleşme veya ortaklık organlarının kararları ile daraltılıp genişletilememektedir.

2.1.2. Oy Hakkının Kullanılmama Halleri

2.1.2.1. Ayn sermayeye değer biçilmesinde

TTK'ya göre, anonim ortaklıklar, sermayenin tamamının kim tarafından taahhüt edildiği kriterine göre ani ve tedrici olmak üzere iki şekilde kurulabilmektedir. Ani kuruluşta, sermayenin tamamı, kurucular tarafından getirilirken, tedrici kuruluşta ise, ortaklığın sermayesinin bir kısmı taahhüt edilmekte, geri kalan kısmı için halka başvurulmaktadır. Diğer yandan, anonim ortaklıklar, taahhüt edilen sermayenin türüne göre ise, basit ve mevzup olarak iki farklı şekilde kurulmakta olup, pay sahiplerince nakdi sermaye taahhüt edilmesi suretiyle basit ya da kısmen veya tamamen aynı sermaye konulması suretiyle de, mevzup şekilde kurulmaktadır¹⁷.

Anonim ortaklığın, TTK'nın 269 uncu maddesine göre borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sadece malvarlığı değeri ile sorumlu olduğu gibi, pay sahiplerinin de ortaklığa getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye kadar sorumluluklarının bulunduğu göz önüne alındığında, ortaklık malvarlığının korunması amacıyla bir takım koruma tedbirleri öngörülmüştür. TTK'nın 291 inci maddesinde yer alan, “*Ayn nev'inden sermaye koyan kimse bunun değerinin biçilmesinde ve kendilerine hususi menfaatler sağlayan kurucu ve diğer pay sahipleri, bu menfaatlerin tasvibine ait müzakerede rey kullanmazlar.*” şeklindeki düzenleme ile, kuruluşta aynı sermayeye gerçek değerinden yüksek bir karşılık biçilmesi suretiyle nakden ödenen pay değerlerinin azalmasını engellenmek amacıyla, aynı sermaye getiren pay sahibinin, buna değer biçilmesine ilişkin genel kurul toplantısında oy kullanmaması öngörülmüştür. Aynı sermayeye değer biçilmesine ilişkin bir genel kurul kararının alınması ancak tedrici kuruluşta söz konusu olduğundan, anılan maddede öngörülen yoksunluk hali sadece tedrici mevzup kuruluş bakımından geçerlidir.

17 Anonim ortaklıklarda, bir malvarlığı değeri arz eden, devredilebilen ve aktif olarak bilançoya geçirilebilen bütün eşya ve haklar; örneğin ticari işletme, taşınmaz ve taşınır mallar, kıymetli evrak, alacaklar, imtiyaz ve ihtira beratları, telif hakları, markalar, know-how, good-will ve benzeri değerler aynı sermayeyi oluşturabilir.

Zira, ani kuruluşta, üçüncü kişilerin sermayeye katılmaya davet edilmeleri söz konusu olmayıp, kurucularca sermayenin tamamının taahhüt edildiği göz önüne alındığında, her kurucu tarafından taahhüt edilen sermayenin değerinin esas sözleşmede gösterilmesi zorunlu olduğundan, TTK md. 303/2 hükmüne göre aynı sermayenin değeri mahkeme tarafından atanacak bilirkişilerce tespit edilecektir. Bu durumda, değer tespitine ilişkin genel kurul kararı alınmasına gerek olmadığından, TTK'da bu konuda oydan yoksunluk düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, tedrici kuruluşta kurucular tarafından taahhüt edilen sermayenin dışında kalan kısmının tamamlanması için halka başvurulduğundan, SPKn'nun 4 üncü maddesinde yer alan, ihraç olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydedilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin düzenleme gereğince konuya ilişkin olarak sermaye piyasası mevzuatı uygulama alanı bulmaktadır. Bu durumda, SPKn'nun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca halka arz yoluyla sayılan hisse senedi bedellerinin “tam ve nakden” ödenmesi şartı getirilmiş olup, kuruluşta aynı sermaye taahhüt edilmesi ancak sermayenin %10'unu taahhüt eden kurucular için söz konusu olabilecektir, kalan kısım için nakdi sermaye getirilmesi gerekecektir.

Öte yandan, ortaklığa aynı sermaye kuruluş dışında, sermaye artırımlarında getirilebilmektedir. TTK'nın 392 nci maddesinde “... *ayın nevinde sermaye konulması, malların devralınması ve hususi menfaatlerin sağlanması ile alakalı kararın mevcudiyeti halinde bu hususlara müteallik hükümler tatbik olunur. Bu hallerde kuruluş esasında verilmesi şart olan bilirkişi raporu idare meclisi tarafından verilir*” demek suretiyle kuruluş hükümlerine atıf yapılarak, ani usulde sermaye artırımında aynı sermaye getiren kişiler, bunun değerinin tespitinde oy hakkından yoksun olacaktır. Buna karşılık, SPKn'nun 7/3 hükmü uyarınca halka arz edilen payların bedellerinin tam ve nakden ödenmesi esas olduğundan, tedrici usulde sermaye artırımında ayın nevinden sermaye taahhüdünde bulunulamamaktadır.

Ayrıca, TTK md. 291 hükmünde “ayın nevinden sermaye konulmasından” söz edilmesine rağmen, bir anonim ortaklığa pay sahibi olmak isteyen kişilerce, sermaye olarak bir işletme veya ayın taahhüdünde bulunulmasının yanı sıra, ortaklığın kuruluşu aşamasında pay sahibi olan kişinin malvarlığı değerinin veya işletmenin satın alınarak devralınması¹⁸ halinde de, bunun değerinin saptanmasında oy hakkından yoksun olmaktadır. Nitekim, pay sahibinin ortalığa malvarlığı değerini devretmesi, “kendisi ile ortaklık arasındaki bir şahsi iş” oluşturduğundan TTK md. 374/1 uygulanacaktır.

Bununla birlikte, bir pay sahibi tarafından hem nakit hem de aynı sermaye taahhüdünde bulunulması durumunda, pay sahibinin oy hakkından yoksunluğunun nakit karşılığı getirdiği payları kapsayıp kapsamayacağını da değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, *Çeker'e* göre, aynı sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin buna değer biçilmesine ilişkin genel kurul

18 “Aynı sermaye konulması” ve “bir işletme veya ayın devir alınması” birbirinden farklı kavramlar olup, aynı sermaye koyan kişi, kuruluşun tamamlanıp ortaklığın tüzel kişilik kazanması ile birlikte pay sahibi olurlar. Aynı sermaye koyan kişi, o aynı ortaklığa satan değil, aynı sermaye koyma taahhüdünde bulunan kişidir. Bir işletme veya ayın devralınmasında ise, söz konusu işletme veya ayın sermaye olarak konulmamakta, ortaklığa satılmakta olup, satış tamamlanınca, ortaklık ayın maliki olmaktadır.

toplantısında oy hakkından yoksun bırakılmasının amacının diğer pay sahiplerinin bu hususta karar vermesini, diğer bir ifadeyle genel kurulun objektif değerlendirme yapmasını sağlamak olup, pay sahibinin nakdi sermaye taahhüdü sonunda elde ettiği paylardan doğan oy hakkını kullanması, ortaklık iradesinin tam olarak oluşmasına engel teşkil ettiğinden, pay sahibi taahhüt ettiği ayın karşılığı paylardan kaynaklanan oy hakkını kullanamayacaktır. *Teoman'a* göre ise, anonim ortaklıkta oy hakkı pay sahibine değil, paya bağlandığı için yoksunluğun sadece aynı olarak taahhüt edilen paylara ilişkin oy hakkı ile sınırlandırılması gerekmektedir. Gerçekten, ortaklığa aynı ve nakdi sermaye getiren pay sahibinin taahhüt ettiği paya ilişkin oyun yoksunluğu, sadece aynı sermaye getiren pay sahibine oranla daha fazla etki gösterecek olup, bu durum pay sahipleri arasında bir eşitsizlik yaratabileceği gibi yasayı dolanmak amacıyla inançlı pay devirlerine de yol açabilecektir. Ancak TTK'nın 307 nci maddesine göre kurucularca, ayın nevinden sermaye ya da devralınması kararlaştırılan bir işletmeye veya bazı aylara değer biçilmesinde hile yapılması durumunda sorumluluklarının bulunduğu göz önüne alındığında, yoksunluğun hem aynı hem de nakdi olarak taahhüt edilen payları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Kaldı ki, ayın nevinden sermayeye hile ile yüksek değer biçilmesi durumunda diğer pay sahiplerinin TTK md. 381 uyarınca iptal davası açma hakları bulunduğundan, TTK md. 307 hükmü konuya ilişkin olarak yeterli bir güvence teşkil etmektedir.

Öte yandan, TTK md. 289/2 uyarınca kuruluş genel kurulunun ilk toplantısında sermaye olarak gösterilen aylara değer biçecek bilirkişiler seçilmekte olup, seçilen bilirkişilerce düzenlenen raporun onaylanması için ikinci bir genel kurul toplantısı yapılmaktadır. TTK md. 291'de yer alan “bunun değerinin biçilmesinde” ifadesinden, aynı sermaye getiren pay sahibinin, bilirkişilerin hazırladıkları raporun değerlendirileceği ikinci genel kurul toplantısında oy kullanamayacağı anlaşılmakta ise de, düzenlemenin getiriliş amacı göz önüne alındığında, aynı sermaye getiren pay sahibinin bilirkişinin tayin edildiği ilk toplantıda da oy kullanmaması gerekmektedir¹⁹. Nitekim, *İmregün* tarafından, asıl onay yetkisinin ikinci genel kurulda olmasına rağmen, aynı sermaye sahiplerinin, bunlara değer biçecek bilirkişileri dolaylı olarak olsa dahi etkilememesi için bilirkişilerin seçiminde de oy hakkından yoksun olacakları belirtilmektedir.

Alman Hukukunda oydan yoksunluk halleri sınırlayıcı bir biçimde sayılmış olup, 1937 tarihli Alm.POK'un 30 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında, kuruluş genel kurulu toplantısında, ortaklığa ayın nevinden sermaye getiren ya da malvarlığı değerlerini devreden kişilerin gerek kendileri gerek başkaları adına oy kullanamayacağı öngörülmekle birlikte, 1965 tarihli Alm.POK'da tedrici kuruluş kaldırıldığından kurucuların payları bizzat taahhüt etmeleri zorunluluğu bulunduğu için benzer bir hüküm yer almamaktadır²⁰. Ayrıca, İsv.BK'nda yer alan oydan yoksunluğa ilişkin hüküm de, 1936 yılında yapılan değişiklikten sonra yasadan çıkarılmıştır.

19 Teoman, Yoksunluk, s.31

20 Teoman, Yoksunluk, s.24

2.1.2.2. Kuruculara ve diğer pay sahiplerine tanınan özel menfaatlerin onaylanmasında

TTK md. 291'de, aynı nevinden sermaye getiren kişilerin, bunun değerinin biçilmesine ilişkin kararlarda oy kullanamayacağı şeklindeki oydan yoksunluk halinin yanı sıra, aynı maddede, ikinci bir yoksunluk hali düzenlenmiştir. Buna göre, “kendilerine hususi menfaatler sağlayan kurucu ve diğer pay sahipleri, bu menfaatlerin tasvibine ait müzakerelerde rey kullanamazlar.” Maddede ifade edilen hususi menfaat, pay sahibi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, bizzat kuruculara ya da buna benzer kişilere kuruluş işlemlerini gerçekleştirmeleri ve ortaklığın oluşmasında geçen hizmetleri karşılığında ortaklık tarafından sağlanan özel yararlarıdır²¹.

TTK'nın 298 inci maddesinde, kuruculara, ortaklığın kuruluşu sırasında sarf ettikleri emeğe karşılık para veya bedelsiz pay almak gibi esas sermayeyi azaltacak menfaatlerin tahsis edilmesi yasaklanmış, fakat elde edilen kazançtan Kanun'un 466/1 hükmünde yazılı yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kar payı ayrıldıktan sonra kalanın onda birini kendilerine tahsis edebilecekleri açıklanmış, söz konusu menfaatler için verilecek senetlerin nama yazılı olması gerektiği düzenlendikten sonra, Kanun'un 402 nci maddesinin ikinci fıkrasında, esas sözleşme hükmü ile kurucular lehine intifa senetleri verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İntifa senetlerine sağlanabilecek hakları sayan TTK md. 403 hükmü uyarınca, kurucular özel menfaat olarak yeni pay alma, kar payı ve tasfiye payına katılma, ortaklık tesislerinde yararlanma hakkı veren intifa senetleri²² çıkarılmasını sağlayabilecek olup, oydan yoksunluk sadece söz konusu senetlerin çıkarılmasına ilişkin kararlarda uygulanabilecektir.

TTK md. 291 hükmünde, özel menfaat sağlanması nedeniyle oydan yoksun bırakılacak kişileri “kurucular²³ ve diğer pay sahipleri²⁴” olarak belirlenmiş olup, esas sözleşme ile ortaklığın kuruluşu veya sermaye artırımı sırasında kendilerine tanınan özel menfaatin onaylandığı genel kurul toplantısında oy kullanamamaktadırlar.

2.1.2.3. Pay sahibi ve yakınları ile şirket arasındaki işlerde

TTK md. 374/1 hükmüne göre, “pay sahipleri hiçbiri, kendisi veya karı ve kocası yahut usul ve furuu ile şirket arasındaki şahsi işler veya davaya dair olan müzakerelerde, rey hakkını kullanamaz”. Anılan düzenlemenin kapsamına, pay

21 Bu nedenle, kurucuların birbirlerine, kendi aralarında sağladıkları yararlar, özel menfaat kavramının kapsamına girmez. Bkz. Teoman, Yoksunluk, s.34; Teoman, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul 1978, s.121.

22 Kurucular dışındaki pay sahipleri açısından TTK'da herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, bunlara daha farklı menfaatler tanınması mümkündür. Bkz. Çeker, Oy hakkı, s. 201.

23 TTK'nın 278 inci maddesinde kimlerin kurucu oldukları sayılmıştır.

24 Anonim ortaklık tescille tüzel kişilik kazandıktan sonra ortaklığın payları ihdas olacağından, pay sahipliği de tescillen sonra kazanılacaktır. Bu itibarla, maddede geçen “pay sahibi”, TTK md. 278/2 uyarınca, tedrici kuruluşta esas sözleşmeyi imzalamaksızın paradan başka bir şeyi katılma payı olarak getirendirler.

sahibinin kendisi, karı veya kocası ya da usul ve fūruu girmekte olup, pay sahibinin, söz konusu kişilerle arasında çıkacak menfaat uyuşmazlıklarında tarafsız kalamayacağından, ortaklığın zarar görebileceği düşüncesiyle oydan yoksunluk getirilmiştir. Pay sahibi, nama yazılı hisse senetlerinde, pay defterine kayıtlı; hamile yazılı senetler de ise, genel kurul toplantısından önce tevdi şartını yerine getiren kişiler olup, bu kişilerin ortaklık ile arasındaki şahsi işlerin görüşüldüğü genel kurulda oy kullanamazlar. Bir payın birden fazla malikinin bulunması durumunda, oy hakkı ancak temsilci aracılığıyla kullanıldığında, müşterek maliklerin oy hakkı bulunmamaktadır.

Öte yandan, payın üzerinde intifa hakkı bulunması durumunda, oy hakkı intifa hakkı sahibinindir. Bu şekilde oy hakkı intifa hakkı sahibine tanınarak, pay sahibinin elinden ortaklığın iradesini etkileme olanağı alınmış bulunduğundan, intifa hakkı sahibinin payın maliki ile ortaklık arasındaki şahsi işe veya davaların görüşüldüğü toplantıda oy hakkı devam edecektir. Bununla birlikte, intifa hakkı sahibi ile payın maliki arasında yapılan bir sözleşme ile, oy kullanma hakkı malike bırakılmışsa, bu oy sözleşmesi TTK md. 374'ün dolanılması sonucunu doğuracağından, oydan yoksunluk hakkındaki hükümler de doğrudan doğruya pay sahibine uygulanacak ve pay sahibi genel kurulda oy kullanamayacaktır²⁵.

Anılan maddede geçen “şahsi iş” kavramı, ortaklık ile pay sahibinin kendisi veya yakınları arasında yapılan hukuki işlemleri kapsamakta olup, söz konusu işlemin tek taraflı veya sözleşmesel nitelikte olması önemli olmayıp²⁶, pay sahibi tarafından özel bir menfaat sağlamak amacıyla yapılması gerekmektedir. Pay sahibi tarafından özel bir menfaat amacıyla gerçekleştirilen söz konusu işlemlere ilişkin alınacak kararların pay sahipliği sıfatı ile ilgisi bulunmadığı görülmekte olup, örneğin kuruluştan sonra ortaklığa bir malvarlığı değerini devreden pay sahibi, bu işlemin görüşüleceği toplantıda oy hakkını kullanamayacaktır²⁷. Söz konusu işlem neticesinde ortaklığın menfaat sağlamış olması pay sahibinin oydan yoksunluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Pay sahibi ve yakınları ile şirket arasındaki işlerin görüşüldüğü genel kurul toplantısında, pay sahibi kendi özel menfaatini ortaklığın menfaati karşısında ikinci plana atamayacağından, ilgilinin pay sahibi olarak değil, üçüncü bir kişi olarak ortaklıkla hukuki işlem yapması halinde bu tehlikenin mevcut olduğu dikkate alındığında, pay sahibinin yönetim kurulu üyeliğine seçiminin ve azlinin görüşüldüğü genel kurul toplantısında, oydan yoksunluğu söz konusu olmayacaktır. Zira aksi durumda, pay sahibinin yönetime katılma hakkına kısıtlama getirilmiş olacağı gibi, oy hakkı kısıtlanan ilgili pay sahibinin, ortaklıktaki pay oranının yüksek olması durumunda, yönetim kurulu üyeliği seçimi ve azli için gerekli yetersayların elde edilememesi sonucu doğabileceğinden, ortaklığın zarar görmesi de söz konusu olabilecektir.

25 Moroğlu, Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, Ankara 1996, s. 53-54

26 Çeker, Oy Hakkı, s.203, Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, N.989

27 Teoman, Yoksunluk, s.104

Anılan maddede düzenlenen yoksunluk hali, Yargıtay 11. HD'nin 29.11.1994 tarih ve E.5250, K.9136; 5.5.1981 tarih ve E.1267, K.2213 sayılı kararlarında ifade edildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin özel menfaatine yönelik olan ortaklıkla işlem yapma yasağının ve rekabet etme yasağının kaldırılmasına ilişkin kararların görüşüldüğü toplantılar için de geçerlidir²⁸.

Öte yandan, “şahsi” kelimesi, sadece hukuki işlemleri değil, ortaklıkla pay sahibi arasındaki şahsi nitelikli işlerden kaynaklanan “dava”ları da kapsamaktadır. Nitekim, kuruluşun sonra ortaklığa bir malvarlığı değerini devreden pay sahibi aleyhine dava açılması durumunda, bu hususun görüşüleceği toplantıda oydan yoksun olacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmeyerek, haklarından dava açılması durumunda ise, TTK md. 374/2 hükmü uyarınca ibralarının görüşüldüğü genel kurul toplantılarında oydan yoksun oldukları göz önüne alındığında, haklarında açılan davanın görüldüğü genel kurul toplantısında oy kullanabilmeleri çelişki yaratacağından, oydan yoksun olmalarının; bu durum dışında haklarında başka bir sebeple sorumluluk davası açılması halinde ise oy haklarının bulunduğu kabulü gerekmektedir²⁹. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin, özel denetçinin atanacağı genel kurul toplantısında oy kullanmaları gerekmektedir. Kaldı ki özel denetçi atanması talebinin genel kurulun ve azınlık pay sahiplerinin inisiyatifinde olup, özel denetçi atanmasının reddedildiği genel kurul kararı aleyhine de iptal davası açılabilir. Diğer yandan, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ibralarında, yönetim kurulu üyesinin ortaklığın karşısında üçüncü kişi olarak yer aldığı; yönetime katılma hakkı çerçevesinde ortaklığın faaliyetinde görev aldığı ve ortaklığın menfaatini gözettiğinden ötürü yönetim kurulu üyelerinin karı koca, usul ya da furuunun oy kullanmaması gerektiği doktrinde kabul edilmesine karşın, Yargıtay³⁰ tarafından “ibranın yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında şahsi bir iş teşkil etmediği” gerekçesiyle söz konusu kişilerin yönetim kurulu üyelerinin ibralarının görüşüldüğü genel kurul toplantısında oy kullanabileceklerine ilişkin karar verilmiştir.

Konuya ilişkin olarak karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, İsviçre kanun koyucusu, pay sahibi ve yakınları ile ortaklık arasında görülen işleri, pay sahibinin oy hakkını kullanamaması için yeterli görmemiştir. Zira, menfaat çatışmaları durumunda oy hakkının kötüye kullanıldığını ileri süren kişinin, söz konusu kararın onaylandığı genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmak yetkisi olduğu gibi, pay sahibinin kendisi veya yakınları arasında hukuki işlemleri yapan ortaklığın idare ve temsilcisi yönetim kurulu/üyeleri hakkında da sorumluluk davası açabilecektir³¹. Alman hukukunda ise, bu tür bir sınırlama mevcut olmakla birlikte, Alman Ticaret Kanunu'nda karı, koca veya usul, furuudan bahsedilmemiş olup, söz konusu yoksunluk sadece pay sahibinin kendisi ile sınırlandırılmıştır.

28 Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, s.89 ve 97

29 Teoman, Yoksunluk, s.107

30 Yargıtay 11. HD.'nin 8.1.1976 sayı ve E.1975/3644, K.1976/45 tarihli kararı

31 Teoman, Yoksunluk, s.85, Ayrıca bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, N.75-77

2.1.2.4. Yönetim kurulu üyelerinin ibrasında

TTK md. 374/2 hükmüne göre, “şirket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar, idare meclisi azalarının ibrasına ait kararlarda rey hakkını haiz değildir. Bu yasağın murakıplara şümülu yoktur.” Anılan düzenlemeye benzer nitelikte hükümler Alm.POK³² ve İsv.BK'da da yer almaktadır.

Anılan maddede, ifade edilen “yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin kararlar”, genel kurul toplantısında açık veya zımnî bir şekilde alınabilir. Şöyle ki, genel kurul gündeminde ayrı bir maddede yönetim kurulu üyelerinin ibrası açıkça yer alabileceği gibi, ibraya ilişkin açık bir madde bulunmaksızın sadece bilançonun onaylanması öngörülmüş olabilir. Birinci durumda yönetim kurulu, alınacak karar ile açıkça ibra edilmiş olup, ikinci durumda³³, TTK md. 380 gereğince ibra sonucunu doğuran bilançonun onaylanması suretiyle yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler zımnîen ibra edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, her iki durumda da söz konusu kişiler oy kullanamayacaktır.

Yönetim kurulu üyeleri, kendi ibralarına ilişkin kararlarda oydan yoksun oldukları gibi, yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluklarının bulunduğu göz önüne alındığında, diğer yönetim kurulu üyelerinin ibralarında da oy kullanamayacaktır. Denetçiler de, kendi ibraları söz konusu olduğunda oy kullanamayacaktır.

Diğer yandan, maddede geçen “şirket işlerinin görülmesine herhangi bir suretle iştirak etmiş olanlar” ifadesinin kapsamına, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler dışında müdürler ve bağımlı tacir yardımcılarının³⁴ girip girmediği ise doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüşe³⁵ göre, “şirket işlerine katılan tüm kişiler” ifadesinin kapsamının geniş olduğu, bu itibarla müdürler, bağımlı tacir yardımcıları ile diğer memur ve hizmetlilerin kapsam içinde bulunduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, aksi görüşü savunan *Teoman*, maddenin dar yorumlanması gerektiğini, bu sebeple de söz konusu kişilerin oydan yoksun olmadıklarını ifade etmektedir. *Çeker'e göre ise*, ibra kararlarında çok sayıda pay sahibinin oy kullanamamasına yol açmamak için söz konusu kişilerin yönetimdeki fonksiyonlarının göz önüne alınması gerektiği, bu doğrultuda da, genel müdür, müdür ve bağımlı tacir yardımcılarının oy hakkından yoksun olmaları gerekmesine karşın, söz konusu yoksunluğun diğer personel hakkında uygulanmamasının doğru olacağı ifade edilmektedir.

32 Söz konusu yoksunluk hali, Alman hukukunda daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki, Alm. POK md.136/1 hükmü uyarınca yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin ibrası, pay sahibinin herhangi bir yükümlülükten kurtulması ve pay sahibine karşı bir talebin ileri sürülmesi durumlarında oy hakkından yoksunluk söz konudur.

33 Bilançonun onaylanması ve yönetim kurulu üyelerinin ibrası genel kurul gündeminde ayrı iki madde olarak yer alması durumunda, zımnî ibra söz konusu olmadığından, ibra kararında oydan yoksun olan kişilerin bilançonun onaylanmasında oy kullanabileceklerdir.

34 Bağımsız tacir yardımcılar; ticari mümessil (BK md.449), ticari vekil (BK md.453) ve seyyar tüccar memurudur (BK md. 454).

35 Arslanlı, A.Ş., II-III, s.51; Aytaç, ibra, s.123; Teoman, Yoksunluk, s.125-128

Ayrıca, ortaklık yönetim kurulunda temsilcisi bulunan tüzel kişi pay sahibinin oy kullanıp kullanamayacağı konusunda da iki görüş bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar tarafından, temsilcinin tüzel kişinin talimatı doğrultusunda ortaklık işlerine katıldığı gerekçesiyle oy kullanamaması gerektiği kabul edilmekle birlikte, karşı görüşü savunan yazarlarca, temsilci ile pay sahibi tüzel kişi arasında organik bir bağ bulunmadığından oy kullanabilecekleri savunulmaktadır³⁶.

Bunun yanı sıra, yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları paylardan doğan oy haklarının temsilci aracılığıyla kullanılması durumunda, temsilci de oydan yoksun olacaktır. Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin diğer pay sahiplerinin temsilcisi olmaları durumunda ise, oyları kendi adlarına değil, pay sahibinin iradesi doğrultusunda kullandıklarından, söz konusu payları temsilen genel kurulda oy kullanılması mümkündür³⁷.

Diğer yandan, ibra kararlarında, toplantıdan kısa bir süre önce üyenin ölmesi halinde mirasçılarının ya da yönetim kurulu üyesinden payları geçerli bir şekilde devralan üçüncü kişinin oy hakkı bulunmaktadır. Zira, ibra, bir güven açıklaması niteliğinde olup, bir kimsenin kendi kendini ibra etmesi düşünülemeyeceğinden, yönetim kurulu üyelerinin oy hakkı bulunmamaktadır. Oydan yoksun yönetim kurulu üyesinden payını devralan üçüncü kişi ya da hukuki halefi, ortaklığın yönetiminde faaliyette bulunmadığından, söz konusu kişilerin oy hakkını haiz oldukları kuşkusuzdur³⁸.

2.2. YAPTIRIM OLARAK OY HAKKININ KULLANILAMAMASI (OY HAKKININ DONMASI)

2.2.1. Kavram

TTK'nın “Şirketin Kendi Hisse Senetlerini Satın Alması”³⁹ başlıklı 329 uncu maddesinin birinci fıkrasında, ortaklığın kendi paylarını iktisap⁴⁰ ve rehin alma yasağını düzenleyen genel bir hüküm yer almakta olup, maddenin ikinci fıkrasında ise, bu yasağın istisnalarına yer verilmiştir. Bu itibarla, ortaklıkça hem TTK md. 329/1'de sayılan istisnalar uyarınca, hem de bunların dışında yasağa aykırı olarak

36 Teoman, Yoksunluk, s. 132-133

37 Alm.POK'nun 136 ncı maddesinde yönetim kurulu üyeleri, diğer pay sahiplerinin temsilcisi olarak dahi ibra kararlarına ilişkin genel kurul toplantılarında oy kullanamamaktadırlar.

38 Teoman, Yoksunluk, s.134

39 Anonim ortaklıklar tarafından pay sahipliğinin ispatına yönelik olarak payları temsilen pay senetleri (hisse senetleri) çıkarılmakta olup, söz konusu iktisaba konu payların bir senette vücut bulmasının veya payın bağlandığı senedin mahiyetinin bir önemi yoktur. Bu itibarla, temettü kuponları, intifa senetleri, opsiyon senedi ve tahviller, yeni pay alma hakkı verseler bile TTK md. 329 anlamında iktisap kavramına girmezler. Buna karşın, ilmühaberler mahiyetleri itibarıyla söz konusu yasak kapsamında bulunmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikleş, s.32

40 TTK md. 329'un kenar başlığı “Şirketin Kendi Hisse Senetlerini Satın Alması” şeklinde olup, anılan maddenin altıncı fıkrasında, ortaklığın kendi paylarını ivazsız olarak iktisap edebileceği düzenlenmiş olup, “iktisap” kelimesinin “satın alma”ya oranla daha geniş bir anlamı ihtiva etmesinden dolayı madde başlığında yer alan “satın alma” kelimesinin “iktisap” şeklinde anlaşılması daha uygun olacaktır. Bkz. Çelikleş, İlyas, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, Ankara 2006, s. 29

kendi payının iktisap edilmesinin yaptırımı olarak söz konusu paylardan doğan oy hakkı kullanılamamaktadır. Kaldı ki, anılan maddenin son fıkrasında, ortaklıkça devralınan payların genel kurulda temsil yetkisini haiz olmadığı düzenlenmiş olup, “temsil” ifadesinin kapsamına, genel kurulda oy kullanmanın yanı sıra dar anlamda genel kurula katılmak, iptal davası açmak ve azınlık haklarını kullanmak da girmektedir⁴¹.

Ayrıca anılan maddede açıkça ifade edilmemekle birlikte, ortaklık tarafından kendi paylarının ve yavru ortaklık tarafından ana ortaklık paylarının iktisap edilmesi hallerinde, ortaklığın mülkiyetindeki paylardan doğan oy hakkının sürekli olarak ortadan kalkması değil, donması söz konusudur⁴². Zira, payın sağladığı oy hakkı, iktisaba konu payın üçüncü bir kişiye devredilmesi üzerine yeniden doğacak ve kullanılacaktır.

Donma hallerinde, oydan yoksunluk süreklilik arz etmekte olup, ilgili pay sahibinin genel kurulda alınacak hiçbir kararda oy hakkı bulunmamaktadır. *Tekinalp*, Kanun'da esas sermayenin belli bir tutarının temsil edilmesinin arandığı genel kurul toplantılarında, iktisap edilen payların esas sözleşmede belirtilen esas sermaye tutarından düşülmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴³. *Teoman ise*, söz konusu payların toplantı yetersayısının hesabında esas sermaye tutarından indirilmemesi, ancak bunlara ilişkin oy hakkının donma nedeniyle kullanılamayacağını kabul etmektedir⁴⁴.

Bu çerçevede, azınlık haklarının ve toplantı yetersayılarının esas sermaye tutarına göre hesaplandığı göz önüne alındığında, ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi durumunda, söz konusu payların ortaklık genel kurulunun toplantı nisabında dikkate alınmayacağı gibi yavru ortaklık tarafından ana ortaklık paylarının iktisabı halinde de, söz konusu paylar ana ortaklık genel kurul toplantı nisabında hesaba katılmaması gerekmektedir. Aksi halde, ortaklığın mülkiyetindeki paylar toplantı yetersayılarının hesaplanmasında göz önüne alınacak olursa, ağırlaştırılmış yetersayıların arandığı genel kurul kararlarında yönetim kurulu kararın alınmasına engel olabilecektir.

Anonim ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarından doğan oy hakkının donması, söz konusu iktisabın doğal bir sonucu olmayıp, ortaklığın temsilcisi olan yönetim kurulunun herhangi sermaye riskini üstlenmeksizin iktisap edilen paylara ait oy gücünü elde ederek genel kurulda irade oluşumuna etki etmesini önlemek amacıyla getirilen bir düzenlemedir.

Ayrıca, ortaklığın iktisap ettiği payların genel kurulda temsiline imkan vermek amacıyla bir üçüncü kişiye vekalet verilmesi de mümkün değildir. Zira, TTK md. 361 hükmünde ifade edildiği üzere, oy hakkı sınırlamalarını bertaraf etmek amacıyla, genel kurulda oy hakkını kullanmak üzere payların başkasına verilmesi mümkün değildir.

41 Teoman, Ömer, “Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili Caiz Değildir.”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- Cilt I, İstanbul 2000, s.262

42 Özdamar, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara, 2005, s. 221

43 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.844

44 Teoman, Ömer, Tüm Makalelerim, s.271

2.2.2. Donma Halleri

2.2.2.1. Şirketin kendi paylarını iktisabı

TTK md. 329 hükmü uyarınca, anonim ortaklıklar maddede sayılan istisnalar haricinde kendi paylarını iktisap edemeyecek olup, ortaklıkça devralınan bu paylar genel kurulda temsil yetkisine haiz olmayacaktır. İktisaba konu payların genel kurulda oy hakkından yoksun⁴⁵ olabilmesi için, ortaklığın kendi paylarını iktisap etmiş olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, ortaklığın söz konusu payları, mülkiyeti kazanmak amacı ile ele geçirmiş olması gerekli olup, devir taahhüdünü içeren borçlandırıcı işlemin yapılması mülkiyeti kazanmak için yeterli değildir.

Anonim ortaklıklarda, ortakların sorumluluklarının taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile sınırlı olduğu göz önüne alındığında, söz konusu sermaye taahhüdünü içeren payların ortaklıkça iktisabı ortaklığın malvarlığını azaltacağı gibi aynı zamanda ortaklık alacaklılarına da zarar verme tehlikesi taşıdığından, anılan mahiyetteki işlemler istisnai haller dışında yasaklanmıştır. Zira, bir anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesine izin verilmesi halinde, ortaklıkta hakim durumda bulunan kişilerin, hisse senetleri üzerinde spekülasyon karakterli işlemler yapmak amacıyla bu imkanı kullanmaları sonucunu doğurabilecektir⁴⁶. Hatta bu kişilerin, ortaklıktan alacaklı olan üçüncü kişilerden yahut ileride ortaklık paylarını satın almayı düşünen üçüncü kişilerden, ortaklığın gerçek mali durumunu saklamak amacıyla, kendi paylarını iktisap ederek, değerini yapay olarak arttırma tehlikesi de mevcuttur.⁴⁷

Bunun yanı sıra, bir anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı, şayet ortaklığın öz sermayesi nominal ve kanuni sermayesinden çok fazla miktarda değilse, pay sahipleri tarafından taahhüt edilen sermayenin fiilen iade edilmesi sonucunu doğuracağı gibi, bu tür işlemlerin ortaklığın tüm paylarını kapsayacak şekilde yapılması halinde ise, ortaklık tamamen sermayesiz ve ortaksız kalacağından, ortaklığın iflasının istenmesi durumu doğuracaktır.⁴⁸ Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, ortaklık öz sermayesi nominal ve kanuni sermayeyi önemli oranda aşmışsa, en az beş ortağın onayı olması koşuluyla, ortaklıkça paylarının iktisabında sözü edilen sakıncalar söz konusu olmayacaktır.⁴⁹

Bununla birlikte, ortaklıkça, payların nominal değere yakın bir değerden iktisap edilmesi halinde, ortaklığın ve hisselerini satmayan ortakların bundan karlı çıkması söz konusudur. Zira, öz sermayesi nominal ve kanuni sermayesinden oldukça fazla olan bir ortaklığın, nominal değere yakın bir değerden paylarını iktisap

45 Doktrinde, anonim ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarından doğan oy hakkını kullanamaması, "oy hakkının donması" terminolojisi ile açıklanmıştır. Bkz. Teoman, Yoksunluk, s.165

46 Doğanay, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, s. 969.

47 Eriş, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, İkinci Cilt, Ankara 2007, s. 1795

48 Domaniç, Anonim Ortaklıklar Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 579

49 Domaniç, s. 579

etmesi durumunda, kalan pay sahiplerine düşecek olan tasfiye ve yıllık kâr payı miktarı bu oranda yükselecektir.⁵⁰

TTK'da yer alan söz konusu düzenlemenin kaynağını oluşturan İsv.BK'nın 659 uncu maddesinde 1991 yılında yapılan değişiklik neticesinde, ortaklığın kendi paylarını rehin alma yasağı kaldırıldığı gibi, ortaklığın kendi paylarını iktisabına, ortaklık öz kaynaklarının yeterli olması halinde esas sermayenin %10'u sınırı getirilerek, iktisap yasağı kaldırılmıştır. Bununla birlikte, İsv.BK'da bu paylardan doğan oy hakları ve buna bağlı hakların donacağı açıkça ifade edilmiş olup, ortaklıkların kendi paylarının iktisabının yasaklandığı bir başka ülke olan Alman hukukunda, Alm.POK md. 71/6 hükmünde, şirketin iktisap ettiği kendi payları nedeniyle herhangi bir hakka sahip olmayacağı düzenlenmiştir.

TTK'da iktisap ve rehin yasağının ve bunun istisnalarının düzenlendiği maddede ise, iktisaba konu paylardan doğan oy hakkının donacağı ifade edilmeyerek, sadece “genel kurulda temsilin caiz olmadığı” belirtilmiştir. “Temsil” ifadesi dar anlamda genel kurula katılma, iptal davası açma ve azınlık haklarının kullanılması gibi hakları da kapsamakta olup, ortaklıklar, Kanun'da öngörülen istisnai hallerde kendi paylarını iktisap etseler dahi söz konusu haklar kullanılamamaktadır. Ayrıca, oy hakkının donmasına ilişkin söz konusu yaptırım ile, yönetim kurulunun ortaklık iradesinin oluşumuna olumsuz etki etmesinin önüne geçilmek istendiği göz önüne alındığında, genel kurulda bu payların bir üçüncü kişi aracılığıyla da temsil edilmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

TTK Tasarısı'nda ise, ortaklıkların kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesine yönelik TTK'nın 329. maddesinde yer alan düzenlemeye kıyasla bir ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Tasarı ile, TTK'nın 329. maddesinde yer alan mutlak yasak kaldırılmış olup, ortaklığın kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi hususunda sınırlı bir serbesti tanınmıştır. Şöyle ki, ortaklığın iktisap veya rehin olarak kabul ettiği kendi payları ortaklığın esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini doğrudan veya dolaylı olarak (üçüncü kişinin kendi adına, ancak ortaklık hesabına gerçekleştirdiği iktisaplar) aşmamalıdır. Ayrıca, ortaklığın kendi paylarını iktisap edebilmesi için iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra kalan ortaklık net aktifinin en az, ortaklığın esas veya çıkarılmış sermayesi ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerinin toplamı kadar olması gerekmektedir. Diğer yandan, ortaklığın iktisap edeceği kendi paylarının bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerektiği hüküm altına alınmak suretiyle, sermayenin eksiksiz teşekkül etmesi amaçlanmaktadır.

Anonim ortaklıkların bazı durumlarda, Tasarının 379. maddesinde öngörülen anılan şartlar ile bağlı olmaksızın, kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul edebileceği de düzenleme altına alınmıştır.

Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabına bağlanan hukuki sonuçlara bakıldığında, iktisap edilen söz konusu paylardan doğan oy hakkının kullanılamayacağı hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Şöyle ki, Tasarının 389.

50 Domaniç, s. 579

maddesinde, ortaklığın iktisap ettiği kendi payları ile yavru ortaklık tarafından iktisap edilen ana ortaklık paylarının, ana ortaklığın genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtildikten sonra, bedelsiz payların iktisabı hariç, ortaklıkların devraldığı kendi paylarının hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceği ve yavru ortaklığın iktisap ettiği paylara ait oy hakları ile buna bağlı hakların donacağı hüküm altına alınmış olup, hem malvarlığı hem de yönetime ilişkin paydan doğan tüm hakların kullanılması yasaklanmıştır.

2.2.2.2. *Yavru ortaklığın ana ortaklıkta pay sahibi olması*

İki ortaklık arasında ana ortak-yavru ortaklık ilişkisi söz konusu olduğunda, yavru ortaklığın ana ortaklığa ait payları iktisap etmesi halinde, ana ortaklık genel kurulunda oy hakkını kullanıp kullanamayacağına ilişkin bir düzenleme TTK'da yer almamaktadır. Bununla birlikte doktrinde kabul edildiği ve yargısal içtihatlarda da ifade bulunduğu üzere, karşılıklı iştirak durumunda, yavru ortaklık tarafından ana ortaklık paylarının iktisabı halinde, söz konusu paylara ilişkin oy hakkı donmaktadır⁵¹

İsv.BK md. 659b hükmüne göre, “*bir şirketin yavru şirkete çoğunluk sağlayacak şekilde katılması durumunda yavru şirketin ana şirketin hisse senetlerini iktisap etmesi, şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümlere tabidir; dolayısıyla bu paylarla ilgili oy hakkı kullanılamaz*”. Ortaklıklar arasında yavru ortaklık ile ana ortaklık ilişkisinin bulunduğu konusunda kesin bir ölçüt bulunmamakta olup, ortaklıklar arasında bağlılığın derecesine bakılması gerekmektedir. Şöyle ki, ana ortaklık, yavru ortaklığın sermayesine güçlü bir şekilde sahip olup, onun bağımsızlığını engelleyecek ölçüde hakimiyeti altında bulduruyorsa, yavru ortaklığın mülkiyetindeki kendi paylarını da yönetme yetkisine sahip demektir⁵². Bu durumda yavru ortaklığın kendi bünyesindeki ana ortaklığa ait payların, ana ortaklığın kendi payları olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla onun genel kurulunda temsil edilmemesi gerekmektedir.

Aynı şekilde, Alm.POK md. 136/2'ye göre, “*anonim şirketin bağlı işletmeye ait olan kendi paylarından doğan oy hakkı kullanılamaz*”. Hangi işletmelerin bağlı işletme sayılacağı Kanun'da belirtilmiş olup, buna göre, hukuki yönden bağımsız olmakla beraber, hakim işletme adı verilen diğer bir işletmenin üstünde doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak hakimiyet sağlayacak bir biçimde etkili olabildikleri işletmelerdir. Ayrıca Alman hukukunda, Türk ve İsviçre hukukundan farklı olarak, işletmelerin birbirlerine karşılıklı olarak katılmaları da düzenlenmiş olup, Alm.POK md.19/1'de hangi durumlarda karşılıklı katılmadan söz

51 Kartonsan Karton Sanayi ve Sanayi Ticaret A.Ş.'nin (Kartonsan) 2.4.1999 tarihinde İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesinde, sermayesinin %99.64'ü kendisine ait olan Selka Holding A.Ş.'nin (Selka Holding) Kartonsan'ın sermayesinde sahip olduğu %16.75 hisseye ilişkin oy ve temsil haklarının Kartonsan'ın 24.3.1999 tarihinde 1 ay süreyle ertelenen genel kurulunda kullanılmasının tedbiren durdurulması istemiyle açmış olduğu davada, Mahkeme, aşağıda yer alan Kurulu'nun 8.4.1999 tarih ve 33/394 sayılı İlke kararını nazara alarak, HUMK md. 101 gereğince tedbir isteminin kabulü ile 24.3.1999 tarihinde 1 ay süre ile ertelenen genel kurulda Selka Holding'e ait %15 hisseye ilişkin oyların kullanılmasının önlenmesine karar vermiştir.

52 Teoman, Yoksunluk, s.63

edilebileceği belirtilmiştir. Bu durumda, iki işletme de birbirlerinin genel kurulunda oy haklarını kullanamayacaklardır.

Bu çerçevede, birbirinin payını iktisap etmiş ortaklıklar arasında hakimiyet ilişkisi ortaya çıkmışsa, yavru ortaklığın ana ortaklıkta pay sahibi olması TTK md. 329'da düzenlenen iktisap yasağı kapsamına girecek olup, bu çerçevede yavru ortaklığın, ana ortaklığın genel kurulunda oy hakkını kullanamaması sonucu ortaya çıkacaktır. Buna karşın, hakimiyet ilişkisi olmaksızın ortaklıklar arasında karşılıklı iştirak bulunması halinde yavru ortaklıkça ana ortaklığın genel kurulunda oy hakkının kullanılması söz konusu olacaktır.

2.2.3. Oy Hakkının Donmasının Sonuçları

TTK md. 329/2'de öngörülen istisnalar kapsamında ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi durumunda “oy hakkının donması” söz konusu olmaktadır. TTK md. 291 ve 374 hükümleri uyarınca oy hakkının kullanılamamasından farklı olarak, ortaklıkça veya yavru ortaklıkça ana ortaklığın paylarının iktisap edilmesi halinde, oy hakkının donmasına sebep iktisaba konu paylar üçüncü kişiye devredilmekçe, oy hakkı her türlü kararın alınmasında kullanılamamaktadır. Bu itibarla, oy hakkının kullanılmasına genel bir sınırlama getirilerek, ortaklıkça kendi payının iktisabı halinde oy hakkının kullanılmasına hiçbir şekilde müsaade edilmemektedir⁵³.

2.2.3.1. Pay sahibinin kendisi tarafından oy hakkının kullanılamaması

Yönetim kurulu, anonim ortaklığın temsilinden sorumlu olduğundan, TTK md. 329/2'de öngörülen hallerde ortaklığın kendi paylarını iktisabı etmesi durumunda söz konusu oyları genel kurulda temsil edemeyecektir. Donma sonucunu doğuran söz konusu yoksunluk hali belli bir gündem maddesi ile sınırlı olmamaktadır. Zira, genel kurulda görüşülen her gündem maddesinin amacı, anılan maddelere ilişkin ortaklığın iradesinin belirlenmesi olduğundan, ortaklığın temsilcisi olan yönetim kurulunun herhangi bir sermaye yüklenmeksizin bu kararları etkilemesi önlenmek istenmektedir.

Anılan temsil yasağının kapsamına, oy hakkının yanı sıra, bilgi alma ve iptal davası açma gibi diğer katılma hakları da girmektedir.

2.2.3.2. Pay sahibinin temsilcisi tarafından oy hakkının kullanılamaması

Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı etmesi durumunda oy hakkı donacağından, pay sahibinin temsilcisi tarafından dahi oy hakkının kullanılması söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, genel kurulda oy kullanarak ortaklık iradesine yön verebilmek için, payların mülkiyetinin inançlı işlemle bir başkasına devredilmesi ya da zilyedliğinin geçirilmesi söz konusu olabileceğinden, ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarının genel kurulda gerek yönetim kurulu gerek üçüncü kişiler tarafından temsili önlenmek istenmiştir.

53 Çeker, s.227

2.2.4. Oy Hakkının Donmasının Etkileri

2.2.4.1. Oy hakkı dışında kalan yönetme hakları üstündeki etkileri

Menfaat çatışması nedeniyle oydan yoksunluk hallerinde, genel kurulun iradesinin etkilenmesi engellenmek istendiğinden, ortaklık iradesini yönlendiren oy hakkının kullanılmasına sınır getirilmiş olup, bu iradenin oluşumuna katkısı bulunmayan diğer katılma hakları kullanılabilir. Nitekim, TTK md. 291 ve 374 hükümleri gereğince oy hakkının kullanılamaması hallerinde, pay sahibinin genel kurula katılma, bilgi alma, görüş açıklama ve iptal davası açma hakları devam etmektedir. Zira, TTK md. 291'de yer alan “müzakerelerde rey kullanamazlar” ifadesinden, oydan yoksun pay sahibinin aynı sermayenin değerinin biçilmesine veya özel menfaatlerin sağlanmasına ilişkin genel kurul toplantılarına katılabileceği, bu doğrultuda da görüşünü açıklayabileceği ancak oy hakkını kullanmayacağı sonucuna varılmaktadır⁵⁴. Aynı şekilde TTK md. 374/1'de “müzakerelerde rey hakkı kullanılamayacağı”, 374/2'de “ibrasına ait kararlarda rey hakkını haiz değildirler” ifadeleri, oydan yoksun kişilerin müzakerelere katılabileceklerini göstermektedir.

Ancak, oy kullanma hakkının bir yaptırım olarak engellendiği TTK md.329 gereğince ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarının “genel kurulda temsili caiz değildir”. Anılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere, pay sahibinin oyunu kullanacağı, görüşünü açıklayacağı genel kurul toplantısına katılamayacağı sonucu ortaya çıkmakta olup, oy hakkı dahil yönetsel diğer pay sahipliği hakları da donacaktır.

2.2.4.2. Yetersayılar üzerindeki etkileri

Anonim ortaklıkta toplantı yetersayıları esas sermayeye göre belirlendiği ve TTK md. 329'a dayanılarak payların ortaklık tarafından iktisap edilmesi halinde, ortaklığın söz konusu payları derhal elden çıkarma yükümlülüğü bulunduğu göz önüne alındığında, ortaklıkça edinilen payların toplantı ve karar yetersayılarının hesaplanmasında göz önüne alınmaması gerekmektedir⁵⁵.

Aşağıda ayrıntısıyla açıklandığı üzere, gerek azınlık haklarının kullanılabilmesi için “esas sermayenin onda biri”nin arandığı, gerek genel kurul toplantı yetersayısının hesaplanmasında “ortaklık sermayesinin” belli bir oranını temsil eden payların varlığının arandığı TTK hükümleri, hesaplamaların tedavüldeki paylara göre yapılması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Aksi halde, ortaklığın edindiği payların hesap dışı bırakılması durumunda, esas sermayenin daha az bir kısmına sahip pay sahiplerinin azınlık haklarını kullanmasına ve ağırlaştırılmış toplantı yetersayılarına erişimin kolaylaşmasına sebep teşkil edecektir.

Diğer yandan, anılan madde dışındaki oydan yoksunluk hallerinde ise, TTK md. 291 ve TTK md. 374'de öngörülen sebeplerin varlığı halinde, pay sahibi sadece oy hakkını kullanamayıp, ilgili kişinin genel kurula katılma hakkı devam

54 Doktrinde ve Yargıtay'ın bazı kararlarında, oydan yoksun olan pay sahibinin genel kurula katılıp, diğer yönetsel hakları kullanabileceği genel kabul görmekte birlikte, aksi görüşü savunan Tekinalp'e göre, TTK'da söz konusu kişilerin müzakerelere katılmalarına izin verilmemiştir.

55 Teoman, Yoksunluk, s.175 vd.

ettiğinden, oydan yoksun söz konusu paylar toplantı yetersayısı üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Söz konusu kişiler sadece kararın oluşumuna katılamayacak, diğer bir ifade ile, oy kullanamayacaktırlar.

2.2.4.2.1. Ortaklığın iktisap ettiği kendi payları yönünden

Pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilen TTK md. 329/son'daki düzenleme ile, kendi paylarını iktisap eden ortaklığın temsilcisi olan yönetim kurulu tarafından söz konusu paylara ilişkin oy hakkının kullanarak, diğer ortakların hakimiyet altına alınması engellenmek istenmiştir. Söz konusu amacın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için, sadece oy hakkının donması yeterli olmayıp, iktisaba konu söz konusu payların yetersayıların hesaplanmasında dikkate alınmaması gerekmektedir⁵⁶. Böylece, genel kurul kararlarının alınabilmesi için daha yüksek bir oy oranının elde edilmesi gerekeceğinden, kendi paylarını iktisap eden ortaklığın pay sahipliği haklarını bizzat kendisine karşı kullanması engellenmiş olacaktır.

Buna karşın, Teoman'a göre, toplantı yetersayılarının belirlendiği TTK'nın 372 nci maddesi uyarınca toplantı yetersayısının hesaplanmasında esas sözleşmede yazılı ortaklık sermayesi dikkate alındığından, ortaklığın edindiği payların esas sermayeden indirilememesi gerektiği; aksi durumda, anılan madde uyarınca, toplantı yetersayısı oluşmadığından yapılacak ikinci toplantıda, pay sahiplerinin temsil ettikleri sermayenin miktarına bakılmaksızın müzakere yapılabileceği ve karar alınabileceği göz önüne alınmalıdır. Anılan maddede, “esas sermayenin dörtte birini temsil eden oy sahipleri”nden söz edilmekte olup, bu kişilerin oy hakkına sahip olmaları zorunlu kılınmadığından, oy hakkı donan payların esas sermayeden indirilmemesi gerekmektedir. Öte yandan, ağırlaştırılmış genel kurul yetersayılarının öngörüldüğü durumlarda, oy hakkının donmasına sebep teşkil eden bu payların esas sermayeden indirilmesi, genel kurulun karar almasını zorlaştırdığından, söz konusu payların her zaman esas sermaye tutarından indirilmesi mümkün olmamaktadır. Zira, TTK md. 329'de ortaklıkça iktisap edilen söz konusu payların ilk fırsatta elden çıkarılması gerektiği hüküm altına alınmış olup, bu süreç içinde pay sahibi durumunda bulunan ortaklığın, genel kurulun karar almasını engelleyecek biçimde etkilemesinin söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, ortaklıkça iktisap edilen söz konusu payların, azınlık pay sahipliği sıfatının hesaplanmasında, ortaklığın esas sermayesine dahil edilip edilmeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK'nın 310, 341, 348, 356 ve 377 nci maddelerinde “esas sermayenin onda birini temsil eden pay sahipleri”ne bir takım azlık hakları⁵⁷ tanınmıştır. Anılan maddeden de anlaşılacağı üzere, azınlık sıfatı esas sermaye tutarına göre belirlenmekte olup, bu miktardan ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarının indirilmemesi gerekmektedir⁵⁸.

56 Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, Anonim Ortaklıklar, N.844 ve Çeker, Oy hakkı, s.227

57 Azlık hakları, halka açık anonim ortaklıklar için SPK'nun 11 nci maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca sermayenin %5'ini temsil eden pay sahiplerine tanınmıştır.

58 Teoman, Yoksunluk, s.178

İsviçre hukukunda, konu doktrinde tartışmalı olup, bir kısım yazarlar, ağırlaştırılmış nisaplarla kararın alınmasının gerektiği durumlarda, söz konusu payların bu yetersayıların hesabında dikkate alınması gerektiği, zira ortaklıkça iktisap edilen söz konusu payların hemen elden çıkarılmasına ilişkin yer alan düzenleme sebebiyle de, elden çıkarılmadığı süreç içinde de, yetersayıların hesaplanmasında göz ardı edilemeyeceğini savunmaktadır. Söz konusu görüşü kabul edenler, yönetim kurulunun, kararın alınmasını engelleyici bir tavrının olmadığı, aksine bir önerinin gerçekleşmesi için çaba harcadığını ifade etmektedirler. Buna karşın, hakim görüş ise, ortaklığın mülkiyetindeki söz konusu payların esas sözleşmede belirlenen esas sermaye tutarından düşülmek suretiyle yetersayıların hesaplanmasında dikkate alınmaması gerektiği yolundadır.

İsviçre Federal Ticaret Sicili Dairesi'nin 1929 tarihli bir kararında, ortaklık tarafından kendi paylarının iktisap edilmesi halinde, söz konusu payların yetersayıların hesaplanmasında dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmesine karşın, bir başka kararında ise, ortaklığın kendi paylarının önemli bir kısmını iktisap etmesi durumunda, söz konusu durumun ağırlaştırılmış toplantı yetersayılarını gerektiren kararlarının alınmasını engelleyebileceği varsayımından hareketle, söz konusu payların toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmasının uygun olacağı ifade edilmiştir⁵⁹.

Alman hukukunda ise, ortaklık tarafından kendi paylarının iktisap edilmesi halinde, iktisaba konu söz konusu payların esas sermayeye dahil olduğu, bununla birlikte, genel kurul toplantısında temsil edilen esas sermaye tutarının kapsamına alınmayacağı kabul edilmektedir. Bu itibarla, toplantı yeter sayısının hesabında dikkate alınmayacağı, ancak azınlık sıfatının hesaplanmasında ise bu paylar esas sermayeye dahil edilmektedir.

2.2.4.2.2. Oy hakkının kullanılmadığı diğer yoksunluk halleri yönünden

TTK'nın 291 ve 374 üncü maddelerinde yer alan oydan yoksunluk hallerinde, genel kurul gündem maddelerinin tümüne ilişkin olarak oy hakkının kullanılmaması söz konusu olmayacağı gibi, oy hakkı dışında diğer katılma haklarının kullanılabilmesi göz önüne alındığında, genel kurul toplantısına katılan pay sahiplerinin oydan yoksun payları toplantı yetersayısının hesabında mevcut kabul edilmektedir. Anılan kişiler sadece Kanun'da yazılı sebeplerle yapılan toplantılarda oy kullanamayacaktır.

59 Teoman, Yoksunluk, s.176

2.2.5. Oy Hakkının Donmasına İlişkin Sınırlamaların Dolanılması ve Yaptırımı

2.2.5.1. Dolanma niteliği taşıyan davranışlar

TTK'da öngörülen oy hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler gereğince, pay sahibinin genel kurulda oy kullanma hakkı, yoksunluğa sebep teşkil eden duruma göre gündemin ilgili maddeleri veya tüm maddeleri için ortadan kalkmaktadır. Buna rağmen, oydan yoksunluğu bulunan söz konusu kişilerce genel kurulda oy kullanmak amacıyla çeşitli yollara başvurulması söz konusu olabilmektedir.

Söz konusu sınırlamanın dolanılmasını engellemek bakımından TTK'nın 361 inci maddesinin birinci fıkrasında “*Rey hakkına mütedair tahditlerden birini tesirsiz bırakmak maksadıyla hisse senetlerinin, umumi heyette rey hakkını kullanmak üzere başkasına verilmesi caiz değildir*” kuralı getirilmiş olup, izleyen iki fıkrada da söz konusu kurala aykırılığın yaptırımları düzenlenmiştir. Anılan maddede, “hisse senetlerinin başkasına verilmesi”nden bahsedilmekle birlikte, dolanma amacını taşıyan hareketlerin bununla sınırlı tutulmaması gerekli olup, dolanma niteliği taşıyan her türlü işlem ve davranışın yasak kapsamında değerlendirecek ölçüde geniş yorumlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, oydan yoksunluğun dolanılması amacıyla hukuki işlem yapan pay sahibinin ilgili kararın alınmasındaki menfaati değerlendirilmeli ve oy kullanan kişi ile bu haktan yararlanamayacak kişi arasında çıkar ortaklığı bulunuyorsa, söz konusu sınırlamanın dolandığı sonucuna varılmaktadır⁶⁰.

Bu itibarla, çoğunlukla alacaklılardan mal kaçırmak gibi ekonomik işlevlerinin yanı sıra gerçek pay sahibinin gizlenmesi amacıyla gerçekleştirilen pay mülkiyetinin inançlı işlem⁶¹ ile üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda, payı inançlı devralanın, iç ilişkide payı devreden talimatına uygun olarak pay sahipliği haklarını kullandığı göz önüne alındığında, görünürde devralan tarafından kullanılan oy hakkı, esasen devreden iradesine uygun olarak kullanılmaktadır. Bu sebeple, payın mülkiyetinin inançlı işlemle üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, devreden kişinin oydan yoksunluğunun bulunduğu ve kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği göz önüne alındığında, yapılan devir işleminin batıl olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

Başka bir şekilde, TTK md. 360/2 uyarınca mülkiyet hakkı geçirilmeksizin, sadece genel kurulda oy kullanma hakkı devredilebilmektedir⁶². Bu durumda,

60 Teoman, Yoksunluk, s.186

61 Taraflar iç ilişkide, payları devralanın, payları devreden talimatına bağlı olacağını ve bir süre sonra payların yine eski malike geri verilmesini kararlaştırmaktadırlar. Bu itibarla, payı devralan, söz konusu paylara, payı devreden hesabına malik sıfatı ile zilyed olup, payı devreden ile aralarında yapılan borçlandırıcı işlem doğrultusunda paydan doğan hakların kullanılması ve bir süre sonra söz konusu payları devredeceği yönünde yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı ise tazminat sorumluluğudur.

62 Anonim ortaklıkta hamiline ve nama yazılı hisse senetleri çıkarılabilmekte olup, devirleri kıymetli evrak hükümleri çerçevesinde gerçekleşmektedir. Mülkiyet hakkı geçirilmeksizin, sadece genel

ortaklık, oydan yoksunluğa ilişkin hükümlerin dolanılması amacıyla malik tarafından söz konusu devrin gerçekleştirildiği kanısında ise, temsilciyi genel kurul toplantısına almayacak olup, bu durumda paylara zilyed olan kişi ya malikin verildiği temsil yetkisini açıklar, ya da gerçekten malik ise TTK md. 381 uyarınca genel kurul kararı aleyhine iptal davası açabilecektir.

Öte yandan, paylar üzerinde intifa hakkı kurulması ve buna bağlı olarak oy sözleşmesi de yapılabilecek olup, söz konusu durumun pay sahibinin oydan yoksunluğuna ilişkin sınırlamayı dolanmak amacıyla yapıldığının ortaklık tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Ancak, intifa hakkı yaratılan senedin hamile yazılı senet olması halinde, bu durumun ispatlanması oldukça güç olmakla birlikte, nama yazılı senet üzerinde intifa hakkı tanınması halinde ise, intifa hakkı ister pay defterine kaydedilsin, ister kaydedilmesin, ortaklık payın malikini her zaman tespit edebileceğinden, bu işlem ile dolanma amacının taşındığı daha kolay ispat edilebilecektir.

Oy hakkına yönelik kanunda öngörülen sınırlamaların bu şekilde dolanılması hallerinde, BK'nın 19 ve 20 nci maddeleri gereğince yapılan işlemler hükümsüzdür.

2.2.5.2. Yaptırım

Oy hakkının kullanılmaması yasağına rağmen pay sahibi tarafından oyun kullanılması veya sınırlamanın dolanılması suretiyle bir başka kişiye oy kullandırılması durumunda, söz konusu oylar geçersiz olup, kararı etkilediği oranda genel kurul kararının iptaline sebep olmaktadır. Dolanma karşısında pay sahipleri ve ortaklığın korunmasını teminen TTK'nın 361 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında başvurulacak yollar gösterilmiştir.

2.2.5.2.1. Genel kurula katılmaya itiraz

Anonim ortaklık genel kuruluna katılma yetkisi bulunanlar, pay sahipleri ile bunların temsilcileri olup, TTK md. 291 ve 374'de öngörülen oydan yoksunluk durumlarında pay sahibinin genel kurula katılma hakkı devam etmesine karşın, TTK md. 329 hükmü uyarınca ortaklığın kendi paylarını iktisabı halinde devralınan payların genel kurulda temsili caiz olmadığından, bu payları temsilen genel kurula katılmak isteyen kişiler toplantıya alınmayacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, oy hakkının kullanılmasına yönelik sınırlanmaların dolanılması amacıyla pay mülkiyetinin inançlı işlem yoluyla başka bir kişiye devredilmesi, TTK md. 360/2'den yararlanarak hamiline yazılı hisse

kurulda oy kullanma hakkının devredilmesi ancak hamile yazılı senetlerin devri için söz konusu olabilecek, bu durumda genel kurul toplantısına katılım için senedi tevdi yükümlülüğünü yerine getiren kişi zilyedliğini ispatlamış olacağından, oy kullanabilecektir.

Buna karşın, mülkiyet hakkı geçirilmeksizin, sadece oy kullanma hakkının devredilmesi amacıyla nama yazılı payların devredilmesi halinde, ortaklık pay defterinde adı kayıtlı kişi, nama yazılı payın maliki olduğundan, nama yazılı paylat ancak yazılı yetki vermek suretiyle temsil edilebilmektedir.

senetlerinin oy hakkının kullanılması amacıyla üçüncü kişiye teslim edilmesi veya paylar üzerinde intifa hakkı kurulması ve oy sözleşmeleri yapılması hallerinde, bu payları devralan kişiler şeklen pay sahibi sıfatına haiz olsalar da, genel kurula katılma yetkisine sahip değildirler.

TTK md. 376'e göre yönetim kurulu bu kişilerin genel kurula katılmaması için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu gibi pay sahiplerinin her biri de TTK md. 361/2 hükmü uyarınca, bu kişilerin genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle yönetim kuruluna itiraz edebilirler. Söz konusu itiraz hakkı genel kurul toplantısından önce kullanılabilirdiği gibi toplantı sırasında da kullanılabilir. Bu itirazın yönetim kurulu tarafından uygun görülmemesi halinde pay sahipleri tarafından söz konusu itiraz genel kurul tutanağına yazdırılır.

Bununla birlikte, TTK md. 291 ve 374'de öngörülen oydan yoksunluk durumlarında pay sahiplerinin genel kurula katılma hakkı devam etmekle birlikte oy kullanmaları mümkün olmadığından, bu kişilerce kararda oy kullanılmak istenmesi durumunda yönetim kurulu üyeleri ve her bir pay sahibinin itirazda bulunma hakkı bulunmaktadır⁶³.

Toplantıya katılma hakkı bulunmayan kişilerce toplantıya katılınması durumunda, söz konusu kişiler toplantıda çıkarılmakla birlikte, Teoman'a göre, genel kurulun veya toplantı başkanının, anılan kişilerin toplantıyı dinleyici olarak izlemelerine izin verilebilmektedir.

2.2.5.2.2. Genel kurul kararlarının iptali

TTK md. 360/3 hükmüne göre⁶⁴, oy hakkı bulunmayan kişilerin genel kurul toplantısına katılması durumunda pay sahipleri tarafından itiraz edilmemiş olsa dahi, bu kararın iptalini mahkemeden talep etme hakları bulunmaktadır. Mahkeme tarafından anılan kararın iptaline karar verilebilmesi için, iptale konusu söz konusu geçersiz oyların çıkarılması durumunda geriye kalan oylar kararın oluşmasına yetecek sayıda olmamalıdır. Kaldı ki, Yargıtay 11. HD'nin 4.3.1991 tarih ve E.9517/K.1457; 24.1.1986 tarih ve E.7429/K.175; 14.10.1982 tarih ve E.3556/K.3887; 16.3.1982 tarih ve E.760/K.1097 sayılı kararlarında da ifade edildiği üzere, sınırlamaların dolanılması suretiyle kullanılan oyların, iptale konu genel kurul kararının alınmasına etkili olması durumunda anılan karar iptal edilecek olup, bu kişilerce kullanılan oy göz önüne alınmasa dahi karar aynı doğrultuda alınacak idiyse, iptal istemi reddedilecektir.

63 Çeker, Oy Hakkı, s.232-233

64 TTK md.381/1-(b) hükmü uyarınca genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kişilerin karara katılması durumunda, genel kurula katılan pay sahiplerinin yanı sıra genel kurula katılmayan pay sahipleri, organ olarak yönetim kurulu, münferit olarak her bir yönetim kurulu üyesi ve denetçilerin dava açma hakkı bulunmaktadır. Genel kurula katılan pay sahiplerinin iptal davası açabilmesi için muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirmiş olmaları gerekmekte olup, TTK md.361/3'de ise, muhalefetini tutanağı yazdırmayan pay sahiplerinin de dava açma hakkı bulunmaktadır.

Anılan düzenleme çerçevesinde, dava açma hakkı bulunan pay sahiplerince, toplantıya katılan bu kişilerin oy kullanma yetkisinin bulunmadığını toplantı sırasında bilemeyecekleri ihtimali göz önüne alınırsa, karara muhalif kalmayan pay sahiplerinin de iptal davası açabileceği sonucuna varılmaktadır. Zira, Yargıtay bir kararında⁶⁵ genel kurul toplantısına katılmaya yetkili olmayan kimselerin karara katılmaları halinde önceden genel kurulda itiraz etmemiş, yani karşı oylarını tutanağa yazdırmamış olan pay sahipleri dahi, genel kurulda alınan kararların iptali davası açabilecekleri kabul edilmiştir.

TTK md. 361/3'de bu davanın açılması gereken süre belirtilmemiş olmasına rağmen, genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK md.381 hükmünde öngörülen üç aylık süre içinde anılan davanın açılması gerekmektedir.

65 Yargıtay 11. HD 15.11.1997 tarih ve E.3938/K.4918 sayılı kararı. Bkz.Eriş, AŞ, s.375-376

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: KURUL TARAFINDAN OY HAKKININ DONMASINA İLİŞKİN UYGULAMADA KABUL EDİLEN ESASLAR

3.1. ARACI KURUMLAR VE YATIRIM ORTAKLIKLARININ KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ

Anonim ortaklıkların fiil ehliyetleri işletme konusu ile sınırlıdır. Bu bakımdan bir anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi esas sözleşmeye göre faaliyet konusuna dahil işler arasında yer alıyorsa, bu ortaklıklar, TTK md. 329/4 uyarınca kendi paylarını iktisap edebilecektir.

SPKn'nda, halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap edebilmelerine yönelik açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, SPKn md. 33 uyarınca anonim ortaklık şeklinde kurulması zorunlu olan ve menkul kıymet alım satımı konusunda faaliyet gösteren aracı kurumlar, TTK'nın 329 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiş olan istisna kapsamında kendi paylarını iktisap edebilmektedirler⁶⁶. Buna karşılık Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri:V, No:46 sayılı Tebliğ'in 58. maddesinin (i) bendi uyarınca aracı kurumlar, TTK'nın 329 uncu maddesinde öngörülen istisnai haller dışında kendi paylarını kendi nam ve hesabına alıp satmamakta, ancak anılan madde ile sınırlı olmaksızın başkası nam ve hesabına veya kendi namına başkası hesabına kendi paylarını alıp satabilmektedirler.

Diğer taraftan, SPKn md. 36 uyarınca anonim ortaklık şeklinde kurulan ve faaliyet konuları içinde menkul kıymetlerin satılması, alınması ve yönetilmesi hususları yer alan yatırım ortaklıklarının⁶⁷, kendi paylarını iktisap edebileceklerine ilişkin olarak Seri:VI, No:4 sayılı Tebliğ'de açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, TTK'nın 329 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan istisna uyarınca kendi paylarını iktisap edebilmektedirler⁶⁸. Bununla birlikte, söz konusu istisnanın öngörülme sebebi, pay sahiplerine hisselerini ortaklığa iade imkanı tanımak değil, ortaklığın faaliyetlerini yürütmesine engel olmamak olduğundan, iktisap edilen hisse senetlerinin ilk fırsatta elden çıkarılması gerekmektedir⁶⁹.

Bu çerçevede, payları İMKB'de işlem gören ortaklıklardan esas sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konuları arasında pay alım satımı yer alanların doğrudan; faaliyet konuları arasında pay alım satımı yer almayanların ise kendi kaynaklarını kullanarak ve tam konsolidasyona tabi tutulan finansal duran varlıkları

66 Çelikleş, s. 160.

67 Yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları ile ulusal ve uluslararası borsalarda veya borsa dışı organize piyasalarda işlem gören altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek üzere anonim ortaklık şeklinde ve kayıtlı sermaye esasına göre kurulan sermaye piyasası kurumları olup, pay senetlerini geri satın alabilme kriterine göre, sabit sermayeli veya değişir sermayeli veya açık olmak üzere iki gruba ayrılır. Kapalı türde kurulan yatırım ortaklıklarının sermayeleri sabit olduğundan, pay senetleri ortaklık tarafından geri alınamazken, açık türde kurulan yatırım ortaklıklarında sermaye değişken olduğundan, pay sahibinin talebine göre ortaklık, pay senedini geri almakta veya halktan gelen talebe göre yeni pay senedi ihraç edebilmektedir.

68 Nomer, Dr. N. Füsün, Yatırım Ortaklıkları, İstanbul 2003, s.166; Tuğrul ANSAY, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 268; Domaniç, s. 583

69 Çelikleş, s.164

vasıtasıyla dolaylı olarak kendi paylarını iktisap etmeleri sırasında uyulması gereken ilke ve esaslar Kurulun 1.9.2009 tarih ve 27/748 sayılı İlke kararıyla belirlenmiştir.

Anılan ilke kararının (f) bendinde, İMKB'de işlem gören aracı kurumlar ve yatırım ortaklıklarının kendi payları üzerinde gerçekleştirdikleri işlemlerin daha şeffaf bir ortamda yapılmasını, dolayısıyla yatırımcıların daha doğru bir şekilde bilgilendirilmesini teminen, ortaklık tarafından geri alınan paylara ilişkin oy haklarının kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, İlke kararında belirtilen esas ve usullere uygun olarak ortaklıkların kendi paylarını iktisap etmeleri durumunda, söz konusu paylara ilişkin oy hakları donacak olup, söz konusu paylar üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde oy hakkı yeniden doğacak ve kullanılacaktır.

3.2. KARŞILIKLI İŞTİRAK

Karşılıklı iştirak, aynı sermayenin iki veya daha fazla kullanılması suretiyle köpük sermaye yaratmakla birlikte, gerçek anlamda pay sahibi olmayan anonim ortaklıklar ortaya çıkarmakta olup⁷⁰, söz konusu durum genel kurula katılan pay sahibi sayısının düşmesine ve ortaklığın küçük bir grup tarafından kendi menfaatleri doğrultusunda yönetilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Seri:IV, No:13 sayılı Tebliğ'in halka açık anonim ortaklıkların, bedelsiz olarak elde edilenler dahil, amacı ve elde tutma süresi ne olursa olsun bir başka ortaklığın sermayesini temsil eden payları edinmelerin iştirak olarak tanımlanmış olup, Tebliğ'in 4 üncü maddesinde ise, halka açık anonim ortaklığın iştirak ettiği ortaklık veya kuruluşların, sermayelerine iştirak eden halka açık anonim ortaklığın hisse senetlerini satın alamayacağı, rehin olarak kabul edemeyeceği ve karşılığında avans veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Ancak anılan Tebliğin dayanağı olan 558 sayılı KHK'nın ilgili hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine Tebliğin uygulanmayacağına ilişkin bir İlke kararı⁷¹ alınmıştır.

Anılan iptal kararı üzerinde doğan hukuk boşluğunu doldurmak amacıyla alınan 8.4.1999 tarih ve 33/394 sayılı İlke kararında, karşılıklı iştirakin varlığı için, “sonucu tayin etme kriteri” vurgulanmış ve “genel kurul kararlarında hakim olunan iştiraklerin belirleyici rol oynaması” temel unsur olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, karşılıklı iştirakte, hakimiyet ilişkisinin varlığına bağlı olarak değil, genel kurul kararlarında hakim olunan iştiraklerin belirleyici rol oynama imkanına bakarak değerlendirme yapılması ve ortaya çıkan durumun TTK md. 329 kapsamında ortaklığın kendi payını iktisabı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Daha sonra, Seri:XI, No:1 sayılı Tebliğ'in “Mali Tablolara İlişkin Açıklamalar” başlıklı 3 nolu ekinde iştirak tanıma yer verilmiştir. İştirak deyimi, “bir ortaklık ile işletme arasında, söz konusu ortaklığın yönetimine ve ortaklık politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağ yaratan, doğrudan

70 Özdamar, s.179; Çamoğlu, Ersin, Yavru Ortaklık Yönetim Kurulunun İbrasında Holding'in Oyları Kullanılabilir mi?, İkt.ve Mal., Mart 1975, C.XXI, Sa.12, s.500

71 Kurulun 1996/16 sayılı Haftalık Bülteninde yayımlanmıştır.

veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisini” ifade eder. Buna göre, doğrudan veya dolaylı olarak iştirak edilen ortaklıklarda sermayeye katılım oranı yüzde ondan daha az olmakla birlikte, imtiyaz nedeniyle sahip olunan oy hakkının veya yönetime katılma hakkının en az bu oranda olması durumunda işletme ile ortaklık arasında iştirak ilişkisi bulunmaktadır. Aksine, sermayeye katılım oranının yüzde ondan fazla olmasına karşın, sahip olunan oy hakkının veya yönetime katılma hakkının bu orandan daha az olması herhangi bir iştirak ilişkisini göstermemektedir.

Anonim ortaklıkların sermaye artırımlarında (veya kuruluşta) karşılıklı olarak birbirlerinin paylarını almaları veya taahhüt etmeleri sonucunda, karşılıklı iştirake konu olan sermaye miktarı iki defa kullanılarak köpük sermaye yaratılmakta, oy kullanma yasakları dolaylı yollardan aşılmakta, bilançonun açıklığı ve samimi olma ilkesi ihlal edilmekte, sınırlı sorumluluk ilkesinin güvencesi olan birçok hüküm dolanılmaktadır. Bu çerçevede, karşılıklı iştirakin meydana getirdiği yönetime ilişkin sorunun, anonim ortaklığın kendi payını iktisap etmesini yasaklayan TTK md. 329 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, karşılıklı iştirak halinde TTK md. 329 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. *Tekinalp*, karşılıklı iştirak halinin kanuna karşı hile teşkil ettiğinden aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan ortaklığın, bir diğerinin payını iktisap etmesi halinde TTK md. 329 hükmünün uygulanacağı, bununla birlikte somut olayın özelliklerine göre iştirak amacı ve şartlarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekeceği ifade edilmektedir⁷². *Pulaşlı ise*, TTK md. 329 hükmünün konuya ilişkin yeterli bir düzenleme olmadığı, somut olayın özelliklerine göre karşılıklı iştirakin değerlendirilmesi gerektiği ve İsviçre Hukukunda yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁷³.

Bu çerçevede, karşılıklı iştirak eden ve hakimiyet ilişkisi bulunan ortaklıklar bakımından hakim görüş, yavru ortaklığın ana ortaklıkta sahip olduğu paylara bağlı oyların TTK md. 329/son hükmü gereğince donacağı yönündedir⁷⁴. Dolayısıyla, söz konusu paylara ait oyların, yukarıda açıklandığı üzere genel kurulun hem toplantı hem karar nisaplarının hesabında düşülmesi ve hesabın geriye kalan paylara göre yapılması gerekir.

Konuya ilişkin olarak Kurul uygulamalarında, halka açık anonim ortaklıklar açısından karşılıklı iştirak halinde “hakimiyet ilişkisinin” varlığının ortaya konulması; iştirakin genel kurulda kullandığı oyun alınan kararlarda sonucu tayin edici rolü esas alınarak, karşılaşılan olaylarda mevzuat hükümlerinin dolanılmasının engellenmesi amacıyla somut çözümler getirilmiştir. Şöyle ki;

➤ Yapısan A.Ş.’nin Gimsan Gediz İplik ve Mensucat Sanayi A.Ş.’ye (Gimsan) olan sermaye borcunun, Gimsan’ın Yapısan A.Ş.’nin sermaye artırımına iştirak etmesiyle oluşan borç ile takas edilmesi hususunda aslında şirketlere bir sermaye girişi yapılmadığından, karşılıklı iştirakin TTK’nun 405 inci maddesinin 2 nci fıkrasına aykırı olduğu, karşılıklı iştirak oranlarının ortaklıklar arasında bir

72 Çeliktaş, s.177; Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s.482

73 Çeliktaş, s.177; Pulaşlı, 582-583

74 Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s.542.

hakimiyet ilişkisinin varlığını ortaya koyması halinde, işlemin TTK'nun 329 uncu maddesine aykırılık teşkil edeceği ve her iki şirketin de sermayesinin tam olarak ödenmediği kabul edilerek, yapılacak yeni sermaye artırımını nedeniyle ihraç edilecek hisse senetlerinin Kurul kaydına alınmaması ve ödenmemiş kısmın tamamlanmasının istenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu sermaye artırımının tescil edilmesinin üzerinden yaklaşık iki yıllık bir süre geçtiği, Gimsan nezdinde Yapısan A.Ş.'ne ait cari hesabın 31.10.1995 tarihli muavin defter kayıtlarına göre borç ve alacak bakiyesinin 31.8.1995 tarihinden itibaren sıfırlanmış olduğu, bu nedenle dolaylı ve gecikmeli de olsa Gimsan'ın sermayesinin ödenmiş olduğu ve muhasebe tekniği açısından olayın sonuçlanmış olduğu anlaşıldığından, Gimsan'ın sermaye artırımını başvurusu 21.12.1995 tarih ve 71/1694 sayılı Kurul kararıyla olumlu karşılanmıştır.

➤ 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce, Kartonsan Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye (Kartonsan A.Ş. veya Şirket) ilişkin olarak Kurul Karar Organı'nın 8.4.1999 tarih ve 33/394 sayılı toplantısında; *“halka açık bir anonim ortaklık olan Kartonsan Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin, sermayesinin %99.64'ü kendisine ait olan Selka Holding A.Ş. (Holding)'ni kurduğu ve Holding'in de %16.38 oranında şirkete ortak olması ile ilgili olarak, Holding'in Şirket'in genel kurulunda kullandığı oyun alınan kararlarda sonucu tayin edici rolünün bulunmadığı, bununla birlikte benzer olaylarda iştirak oranının artması durumunda, genel kurul kararlarında hakim olunan iştiraklerin belirleyici rol oynayabileceği, bunun halka açık anonim ortaklıkların azınlık payına sahip kişi ve kuruluşlarca yönetilmesi sonucunu doğuracağı ve bu durumun çoğunluğun zararına neden olabileceği göz önüne alınarak; karşılıklı iştirakin bir hakimiyet ilişkisini beraberinde getirmesi halinde genel kurulda oyların donacağı yönünde kamuya açıklama yapılmasına”* karar verilmiş olup, söz konusu karar Kurulumuzun 1999/12 sayılı Haftalık Bülteninde kamuya duyurulmuştur⁷⁵.

➤ Sörmaş Söğüt Refrakter Malzemeleri A.Ş. hakkında 5.4.2001 tarih ve 17/457 sayılı Kurul toplantısında ise *“halka açık bir şirket olan Sörmaş Söğüt Refrakter Malzemeleri A.Ş (Sörmaş) ile Sörpa Söğüt İnşaat ve Sanayii Ürünleri Pazarlama Tic. A.Ş. (Sörpa) ve Sörhaz Söğüt Hammadde Hazırlama Sanayii A.Ş. (Sörhaz) arasındaki karşılıklı iştirak durumuna ilişkin olarak; karşılıklı iştirakin Türk Ticaret Kanunu'nun 329 uncu maddesine ve Sörmaş esas sözleşmesine aykırılık teşkil etmesi, Sörhaz ve Sörpa'nın Sörmaş sermayesindeki paylarına ilişkin oy hakları özellikle 1998 yılında yapılan Sörmaş genel kurulunda alınan kararlar üzerinde belirleyici rol oynadığından, Sörmaş'ın karşılıklı iştirak ilişkisinden yararlanılarak belli bir grup tarafından yönetilmesi göz önüne alınarak, söz konusu hukuka aykırılık durumunun tespiti için, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46 ncı*

⁷⁵ Kartonsan A.Ş. ortaklarından Malazlar Kibrit San. A.Ş.,nin 2.4.1999 tarihinde İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesinde, Selka Holding A.Ş.'nin Kartonsan A.Ş. sermayesinde sahip olduğu %16.75 hisseye ilişkin, oy ve temsil haklarının Kartonsan A.Ş.'nin 24.3.1999 tarihinde 1 ay süreyle ertelenen genel kurulunda kullanılmasının tedbiren durdurulması istemiyle açmış olduğu davada, Mahkeme Kurulun 8.4.1999 tarih ve 33/394 sayılı kararını da nazara alarak HUMK md. 101 gereğince tedbir isteminin kabulü ile 24.3.1999 tarihinde 1 ay süre ile ertelenen genel kurulda Selka Holding A.Ş.'ne ait %15 hisseye ilişkin oyların kullanılmasının önlenmesine karar vermiştir.

maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi uyarınca dava açılmasına; Sörpa ve Sörhaz'ın Sörmaş'ta sahip olduğu paylara ilişkin oylarının, bundan böyle yapılacak Şirket genel kurullarında alınacak kararlarda sonucu tayin edici rolünün bulunması halinde, donması gerektiğinin Şirket'e bildirilmesine” karar verilmiştir.

➤ Deva Holding A.Ş.'ye (Deva) ilişkin olarak 3.2.2003 tarih ve 7/135 sayılı Kurul toplantısında “...TTK gereği genel kurul karar nisabının çoğunluk, Deva'daki karşılıklı iştirak oranının %46,18 olması ve Deva'nın sermayesinin 100.000 TL'lik kısmını temsil eden A ve B grubu payların oy hakkında imtiyazı bulunması nedenleriyle karar nisabı açısından etkisi olabileceği dikkate alınarak karşılıklı iştirake tabi payların olağan genel kurul toplantısını takip eden genel kurullarda alınacak kararlarda sonucu tayin edici rolünün bulunması halinde donması gerektiğinin ve oy haklarının donması nedeniyle genel kurulun karar alamaz duruma gelmesinin önlenmesini teminen karşılıklı iştirake tabi payların ilk fırsatta elden çıkarılması gerektiğinin Şirket'e bildirilmesine” karar verilmiştir.

Bu çerçevede, karşılıklı iştirak haline ilişkin açık yasal bir düzenleme bulunmadığından, karşılıklı iştirakin hukuki veya fiili bir hakimiyet ilişkisi⁷⁶ yaratıp yaratmadığının ve söz konusu durumun kanuna karşı hile teşkil edip etmediğinin her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi sonucunda TTK md. 329 hükmünün uygulanmasının uygun olduğu düşünülmektedir. Bu çerçevede, yavru ortaklığın çoğunluk sahibi olduğu ana ortaklık paylarını iktisap etmesi durumunda ana ortaklık tarafından kendi genel kurulunda yavru ortaklığa ait paylardan doğan oy hakkı, iştirak hali ortadan kalkıncaya kadar donacaktır.

3.3. ÇAĞRI YOLUYLA HİSSE SENEDİ TOPLANMASI

Çağrı yoluyla hisse senedi toplanması⁷⁷, bir ortaklığın pay sahiplerine, söz konusu ortaklık paylarını devralmak üzere yapılan zorunlu veya isteğe bağlı pay alım teklifi sonucu olarak tanımlanabilir.

Çağrı yoluyla hisse senedi toplanması TTK'da düzenlenmemiş olup, SPKn md. 16/A ve 22/i ile getirilmiştir. SPKn, Kurula halka açık anonim ortaklıklarda vekaleten oy kullanılması veya yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekalet toplayan ya da pay iktisap edenlerin diğer payları satın alma yükümlülüğünü, diğer bir ifade ile çağrıda bulunma zorunluluğunu, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlayacak şekilde düzenlemek hususunda yetki vermiştir.

⁷⁶ Hakimiyet, bir ortaklığının, diğeri üzerinde oy gücü ya da yönetim organında temsil yeteneği vasıtasıyla yönetiminde hakimiyet sağlaması veya yönetim imkanının bulunmasıdır. Bkz. Balioğlu, Dilek, “Anonim Ortaklıkta Karşılıklı İştirak” Yeterlilik Etüdü, s.24-24; Aytaç, Zühtü, Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünüm, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.VIII, Ankara 1976, S.4

⁷⁷ Eşleştirme projesi kapsamında hazırlanan taslaklarda AB Direktifi'nin orijinalinde “Takeover Bid” veya “Bid” olarak ifade edilen terim “pay alım teklifi” olarak çevrilmiştir. Seri:IV No:8 Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği'nde ise söz konusu terim, “çağrıda bulunarak hisse senedi toplanması” olarak kullanıldığından, bu bilgi notunun sadece mevcut mevzuatı anlatan kısmında söz konusu terim mevzuatta yer alan şekliyle kullanılmıştır.

Anılan yetkiye dayanılarak çağrı yoluyla hisse senedi toplanması Kurulun Seri:IV, No:44 sayılı Tebliği ile düzenlenmiş olup, Tebliğ'in 6 ncı maddesinde, yönetim kontrolünün el değiştirmesi halinde, azınlık ortaklarını kötü niyetli uygulamalardan korumak ve ortaklık içerisinde sonu gelmez mücadelelerin önünü kesmek amacıyla zorunlu çağrı yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını iktisap edenler, diğer ortaklara ait payları da satın almak üzere çağrıda bulunmaları zorunludur. Zorunlu çağrı yükümlülüğünü yerine getirmeyen pay sahiplerine uygulanacak müeyyidelere ilişkin olarak ilgili Tebliğde herhangi bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin cezai sorumluluğun yanı sıra sermaye piyasası mevzuatı ve borçlar hukuku kuralları çerçevesinde hukuki sorumluluğu doğacaktır. Zorunlu çağrı yükümlülüğünü yerine getirmeyen pay sahiplerine Kurul tarafından SPKn'nun 47/A maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmaktadır. Ayrıca, zorunlu çağrı yükümlülüğünün hedef ortaklık pay sahiplerine karşı kanundan doğan bir borç niteliğinde olup, çağrı yükümlülüğünün yerine getirilmemesi aynı zamanda, çağrıda bulunacak kişi veya grubun temerrüde düşmesi anlamına geldiğinden, yükümlülüğünü yerine getirmeyen pay sahipleri hedef ortaklık pay sahiplerinin BK'nın 101 inci maddesi uyarınca açtığı aynen ifa davasına muhatap olacaklardır.

Öte yandan, idari para cezası müeyyidesinin, sınırlı bir para cezasını içeriyor olması dikkate alındığında, özellikle çağrıda bulunma zorunluluğunun gerektirdiği mali külfetin çok büyük olduğu durumlarda, bu külfeti karşılamak istemeyen çağrıda bulunmakla yükümlü kişiler açısından caydırıcı bir nitelik taşımayacağı açıktır. İsviçre ve Alman Hukukunda, zorunlu çağrı yükümlülüğüne uymayanların sahip oldukları oy haklarının donduğu dikkate alındığında, ülkemiz açısından da, oy haklarının donması şeklinde bir müeyyidenin sermaye piyasası mevzuatında öngörülmesi yerinde olacaktır. Zira, yönetim kontrolünü ele geçirmek amacıyla pay iktisap eden kişi veya grubun diğer pay sahiplerine çağrıda bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, iktisap ettikleri paylara ilişkin oy haklarını, mahkeme kararıyla kullanamamaları sonucunu doğuran söz konusu tedbirin, yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi veya grubu çağrıda bulunmak zorunda bırakacağı düşünülmektedir. Ancak oy haklarının donması ya da askıya alınması gibi bir tedbirin kanunla düzenlenmesi gerektiğine de şüphe yoktur.

İkinci olarak SPKn'da yapılacak bir düzenlemede, oy hakkının donmasının kendiliğinden mi yoksa mahkeme kararı ile mi temin edileceği konusunda da bir tercihte bulunulması gerekmektedir. Bu hususta ilk bakışta, yargı sürecinin ağır işlemesi nedeniyle, söz konusu yaptırımın mahkeme kararı olmaksızın, kendiliğinden uygulanması düşünülebilirse de, çağrı yükümlülüğü getirilmesine ilişkin Kurul kararı iptal davasına konu olduğunda, idare mahkemelerince verilecek yürütmenin durdurulması ve iptal kararının uygulanması sorunu gündeme gelecektir. Mahkeme kararı ile anılan tedbirin uygulanması halinde ise, bu tedbir, ihtiyati tedbir niteliğinde olduğundan, tedbiri koyan mahkemenin bu tedbirin kaldırılmasına ilişkin karar vermesi halinde, oy haklarının donması tedbiri uygulanamayacaktır. Ancak TTK md. 329'a göre, ortaklığın kendi payını iktisap etmesi durumunda, söz konusu paylardan

doğan oy hakkının kendiliğinden donacağı esası benimsenmiş olduğundan, sistemin bütünlüğünün muhafaza edilmesi bakımından, çağrı yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda da yükümlülük yerine getirilinceye kadar oy haklarının kendiliğinden donmasını öngören bir düzenlemenin yapılmasının daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

3.4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

3.4.1. Alman Hukukunda

1843 tarihli Alm.TK anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap edip edemeyeceklerine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Alman kanun koyucusu, ortaklığın kendisine karşı hak sahibi olamayacağından, kendi payını iktisap etmesinin, anonim ortaklığın niteliği ile bağdaşmayacağı, ayrıca edinilen paylara ilişkin hakların yönetim kurulu tarafından kullanılacağından, yönetim kurulu tarafından kendi çıkarları doğrultusunda hakkın kötüye kullanılabileceği; pay bedeli tamamen ödenmemiş payların iktisabı durumunun, katılma payının ortağa iadesi anlamına geleceği gerekçesiyle⁷⁸ Alm.TK'da 1870 yılında yapılan değişiklik neticesinde ortaklıkların kendi paylarını iktisabı mutlak suretle yasaklanmıştır. Söz konusu yasak, 1884 yılında yapılan değişiklik ile yumuşatılmış ve ortaklığın faaliyet alanı içerisinde olmadıkça kendi paylarını edinebileceği hükme bağlanmıştır. Bu doğrultuda anılan değişiklik ile, ortaklığın, alım komisyoncusu sıfatıyla kendi paylarını iktisap etmesine izin verilmiştir⁷⁹.

Daha sonra 1931 yılında Alm.TK'nın 226 ncı maddesinde yapılan değişiklik ile de, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap edebileceği haller dört fıkra olarak sayılmış olup, ortaklığın paylarını iktisabın sonucunda, söz konusu paylardan doğan “oy ve kar payı alma hakkı”nın da donacağı düzenlenmiştir.

1937 yılında Alm.POK kabul edilmiş olup, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabına ilişkin Alm.TK'da yer alan hükümler aynen alındığı gibi, söz konusu yasak kapsamına, kendi adına fakat ortaklık hesabına hareket eden üçüncü bir kişi tarafından ortaklık paylarının iktisabı ile ortaklıkların bağlı işletmeleri ve üçüncü kişiler vasıtasıyla kendi paylarını iktisap etmeleri halleri de dahil edilmiş⁸⁰ olup, bağlı ortaklığın hakim ortaklığın paylarını iktisabı durumunda iktisaba konu paylardan doğan oy hakkı donar ve genel kurul toplantı yetersayılarında hesaba katılmaz. Ayrıca, Alm.POK'da, karşılıklı iştirak hali de düzenleme altına alınmış olup, Kanun'un 19 uncu maddesine göre, birbirine iştirak eden ortaklıklardan birinin diğeri üzerinde hakim durumda olması halinde, ortaklığın iktisap ettiği paylardan

78 Aydın, Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008, s.117; Gerber,7; Schön,4

79 Özdamar, İktisap, s.105-106

80 Alman POK md. 16 ve 17'ye göre, bir ortaklık, paylarını devraldığı ortaklıkta çoğunluğa sahip veya söz konusu ortaklığa doğrudan ya da dolaylı olarak hakim durumda ise, bu ortaklık “ana ortaklık” olup, payları devralan ortaklık ise “bağlı ortaklık”tır.

kaynaklanan oy ve kar payı hakkının yanı sıra diğer her türlü yönetsel ve mali haktan da yararlanılamayacağı hükme bağlanmıştır⁸¹.

Alman hukukunda, oy hakkının donması sonucunu doğuran bir başka durum da, WpÜG'de yer almaktadır. Kanunun 30 uncu maddesinde, bir ortaklığın paylarının doğrudan veya dolaylı olarak %30'unu satın alan ya da yaptığı alımlar bu oranın altında kalmakla birlikte, çoğunluğu ele geçiren ortaklarca çağrıda bulunma yükümlülüğü doğmaktadır. Çağrıda bulunma yükümlülüğü doğan pay sahibi tarafından söz konusu durumun ortaklığa derhal bildirilmesi gerekmekte olup, aksi halde, söz konusu yükümlülük yerine getirilinceye kadar pay sahipliğinden doğan haklar teklif sahibi, onunla birlikte hareket edenler ve teklif sahibinin yavru ortaklığınca kullanılamayacaktır (WpÜG md. 59). Çağrı yükümlülüğü doğuran payların iktisabından doğan oy haklarının sınırlandırılmasına yönelik söz konusu düzenleme ile, teklif sahibinin ortaklık kontrolünü ele geçirmesi önlendiği gibi azınlık pay sahiplerinin menfaatleri korunmaktadır⁸².

Öte yandan, söz konusu iktisap neticesinde, çağrı yükümlülüğüne konu paylardan doğan oy hakkı mahkeme kararı olmaksızın, kendiliğinden donmakla birlikte diğer pay sahipliği hakları da kullanılamamaktadır.

3.4.2. İsviçre Hukukunda

Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap yasağı Alman Hukuku düzenlemelerine paralel olarak 1881 tarihli İsv.BK'da yerini almış olup, daha sonra yapılan değişiklikler ile, İsviçre kanun koyucusu tarafından söz konusu mutlak yasağa Kanun'un 628 inci maddesinde dört istisna getirilmiştir. Bu konuda yapılan son değişiklik ile, İsv.BK md. 628/V hükmünde ortaklığı kendisine izin verilen ölçüde kendi paylarını iktisap etmesi durumunda söz konusu paylardan doğan oy hakkının kullanılması ve iktisaba konu payların genel kurulda temsil edilmesi yasaklanmış olup, bu suretle ortaklığın iktisap ettiği kendi paylarından doğan bu haklar, paylar elden çıkarılıncaya kadar donmaktadır⁸³.

Daha sonra, İsv.BK'da 1936 yılında yapılan değişiklikler sonucunda anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap edemeyeceği gibi rehin olarak da kabul edemeyeceği hükme bağlanarak, konuya beş istisna getirilmiştir. Söz konusu düzenleme, TTK'nın 329 uncu maddesinde öngörülen iktisap yasağı kuralına kaynaklık etmiştir.

1991 yılında yapılan değişiklik ile, anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap yasağı kuralı esastan değiştirilerek, söz konusu iktisaplara kısmen izin verilmiştir⁸⁴. Ayrıca, İsv.BK'nun 659 uncu maddesine eklenen (a) fıkrasında iktisap edilen payların oy hakları ve bunlara bağlı diğer hakların donacağı hüküm altına alınmıştır.

81 Aydın, Alihan, s.125

82 Dinç, İlhan, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, İstanbul 2006 s.300

83 Özdamar, İktisap, s.97

84 Çelikleş, s.83

Ayrıca, anılan değişiklik ile maddeye eklenen (b) fıkrasında karşılıklı iştirak hali düzenlenmiş olup, ana ortaklığın paylarının, oy hakkının çoğunluğuna sahip yavru ortaklık tarafından iktisap edilmesi ve bir ortaklık tarafından kendi paylarını elinde bulunduran başka bir ortaklıkta hakimiyet sağlanması, anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap etmesinin hukuki sonuçlarını ortaya çıkararak, bu payların genel kurulda temsili yasaklanmıştır.

Öte yandan, paydan doğan oy hakkının donmasına ilişkin İsviçre Hukukunda yer alan başka bir hüküm de, aleni pay alım teklifinin düzenlendiği Borsa ve Menkul Kıymet İşlemleri Hakkında Federal Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un 32 nci maddesinin yedinci fıkrasına göre, zorunlu çağrı yükümlülüğüne uymayanların sahip oldukları oy hakları, yetkili makamın, hedef ortaklığın veya hedef ortaklığın pay sahibinin talebi üzerine mahkemece askıya alınabilmektedir. Söz konusu yaptırımın uygulanması talebinde, İsviçre yetkili sermaye piyasası otoritesi ve hedef ortaklığın yanı sıra ilgili pay sahibi de bulunabilecektir.

3.4.3. Avrupa Birliği Hukukunda

AB hukukunda, anonim ortaklığın kendi paylarını devralması hususu, 13 Aralık 1976 tarih ve 77/91/AB sayılı “Anonim Ortaklığın Kuruluşu ve Sermayesinin Korunması ve Değiştirilmesine İlişkin Direktif” ve söz konusu Direktif'te değişiklik yapan 23.11.1992 tarih ve 92/101/AB sayılı Direktif ile düzenlenmiştir.

AB'nin ortaklıklar hukukuna ilişkin 13 Aralık 1976 tarih ve 77/91/AB sayılı İkinci Direktif'inin 18 nci maddesinde, anonim ortaklıkların bizzat veya payları kendi adına ancak ortaklık hesabına hareket eden bir üçüncü kişi aracılığıyla kendi paylarını edinmeleri yasaklanmış olup, üye devletlerce Direktif'in 19 uncu maddesinde öngörülen şartlara uyularak; Direktif'in 20 nci maddesinde belirtilen istisnai durumların gerçekleşmesi halinde ise, bu şartlara uyulmaksızın kendi paylarını iktisap edebilmektedirler.

Bununla birlikte, Direktif'in 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, ortaklık tarafından iktisap edilen paylardan doğan oy hakkının askıya alınacağı düzenlenmiştir. Burada oy hakkının sürekli olarak kullanılmaması değil, donması söz konusu olup, payların ortaklık hesabına hareket etmeyen üçüncü bir kişiye devredilmesi ile yeni pay sahibi oy hakkını kullanma yetkisini haiz olacaktır. Söz konusu düzenlemenin amacı, ortaklığın temsilcisi olan yönetim kurulunun söz konusu paylardan kaynaklanan oy hakkını kendi çıkarı doğrultusunda kötüye kullanmasının ve sermaye koyma riskine katlanmaksızın genel kurul üzerinde nüfus kazanmasının engellenmesi olup, aksi durumda yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki güç dengesinin haksız bir biçimde yönetim kurulu lehine bozulması söz konusu olacaktır⁸⁵.

Ayrıca, 77/91/AB sayılı Direktif, 23.11.1992 tarih ve 92/101/AB sayılı Direktif ile yapılan değişiklik ile, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesini

85 Yılmaz, Asuman, “Avrupa Birliği Hukuku'nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması” adlı makale, s.32

sınırlayan kurallar, kendi payını iktisap yasağının dolanılmasını amaçlayan ana ortaklık paylarının yavru ortaklık tarafından devralınmasını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Zira, ana ortaklık paylarının yavru ortaklık tarafından alınması durumunda, yavru ortaklık, iktisap ettiği ana ortaklık paylarından doğan oy hakkını, ana ortaklık yönetim kurulunun talimatı çerçevesinde ana ortaklık çıkarları doğrultusunda kullanacağından, ana ortaklık içindeki güç dengesi haksız bir şekilde yönetim kurulu lehine bozulacaktır. Öte yandan, olaya sermayenin korunması açısından bakıldığında ise, yavru ortaklıkta oy çoğunluğuna sahip olan ana ortaklık tarafından dolaylı olarak kendi paylarının iktisap edildiği anlaşılacak olup, söz konusu iktisap ile köpük sermaye yaratıldığı gibi sermayenin korunması ilkesi, dolayısıyla ortaklık alacaklılarının menfaatleri tehdit edilmiş olacaktır⁸⁶.

Yavru ortaklığın, ana ortaklık paylarını devralması yasağının düzenlendiği Direktif'in 24a maddesinin altıncı fıkrasına göre, yavru ortaklık tarafından devralınan ve portföyünde bulundurulmuş ana ortaklık paylarına bağlı oy hakkı kullanılamayacaktır.

Avrupa Birliği üyesi ülkelerden Yunanistan, İtalya, İspanya ve Belçika'da, anonim ortaklığın kendi paylarını ve yavru ortaklığın ana ortaklığın paylarını iktisap etmesi belirli durumlar dışında yasaklanmıştır. Söz konusu payların iktisabı durumunda bu paylardan doğan oy hakkı, payın elden çıkarılmasına kadar askıda kalacak olup, bu paylar, genel kurul toplantı yetersayısının hesabında dikkate alınmaktadır⁸⁷.

Öte yandan, üye ülkelerin kendi mevzuatlarında pay alım teklifine ilişkin hükümleri koyarken esas alacakları genel ilkeleri belirleyen 21.4.2004 tarih ve 2004/25/AB sayılı Direktifte, hedef ortaklık pay sahiplerine fırsat eşitliği sağlanması, ortakların tam, doğru ve zamanında bilgilendirilmesi, dürüst ve düzenli işleyen bir piyasa yapısının sağlanması, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini tarafsızlık ve şeffaflık ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirmelerinin sağlanması, pay alım teklifinin süresi, teklifin nakden karşılanmasına dönük gerekli tedbirlerin alınması gibi hususlar düzenlenmiştir.⁸⁸

3.4.4. Anglo Sakson Hukukunda

ABD'de, çağrı yoluyla hisse senedi toplanması 1934 Menkul Kıymetler Kanunu ile düzenlenmiş olup, çağrı yoluyla hisse senedi toplanması, sermayenin belirli bir bölümünü temsil eden hisse senetlerinin sabit fiyattan, genellikle piyasa fiyatının üzerinde bir fiyattan, doğrudan hedef ortaklığın ortaklarından satın alınmasıdır. Kanun'da zorunlu çağrıya ilişkin düzenlemeler yer almadığından bunun yaptırımına ilişkin de herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Diğer yandan, İngiltere hukukunda, çağrı yoluyla hisse senedi toplanmasına ilişkin düzenlemeler "The City

86 Yılmaz, Asuman, agm, s.40 ve Aydın, Alihan, s.152

87 Çelikleş, s.62-68

88 Uzunhasanoğlu, Defne, "Avrupa Topluluğu'nun 2004/25 sayılı Direktifinin Çağrı Yoluyla Vekalet ve Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Sermaye Piyasası Kanunu'nun Düzenlemeleri ile Karşılaştırılması" Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi çalışması, s.8 vd.

Code On Takeovers And Mergers”da yer almakla birlikte, çağrı yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda oy hakkının kullanılamayacağına ilişkin herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır.

Diğer yandan, ABD düzenlemelerinde, ortaklıkların kendi paylarını iktisap etmesi temel olarak serbest bırakılmakla birlikte, “Securities Exchange Act” ile payları borsada işlem gören ortaklıklarca paylarının iktisap edilmesi durumunda uyulması gereken esas ve usuller belirlenmiş, söz konusu iktisaba bazı durumlar için çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, ortaklığın kendi paylarının iktisabı hususu manipülatif olarak değerlendirilmedikçe ve bu konuda mevzuatta belirlenen yaptırımlara tabi olunmadıkça, ortaklıklarca kendi payları iktisap edilecektir.

Ortaklıkların edindikleri paylar kural olarak “treasury shares”⁸⁹ olarak adlandırılmakta olup, iktisaba konu bu paylar, ortaklık malvarlığında bulunmakla birlikte, hukuken askıda bulunurlar. Diğer bir ifadeyle, ortaklık tarafından iktisap edilen kendi paylarından doğan malvarlığı veya yönetsel haklar, ortaklık tarafından kullanılamaz⁹⁰.

Benzer şekilde, İngiliz hukukunda da, ortaklıkların kendi paylarını satın almalarına izin verilmiş olup, söz konusu paylar ortaklık tarafından tekrar satılincaya, iptal edilinceye veya çalışanlarına pay edinmesi amacıyla devredilinceye kadar “treasury shares” olarak adlandırılmaktadır. Companies Act 2006’nın 726. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, genel kurula katılmak ve oy kullanmak konusunda herhangi bir hak sağlamadığı gibi diğer pay sahipliği hakları da ortaklık tarafından kullanılamamaktadır. Ayrıca, Companies Act 2006’nın 677 vd. maddelerinde, bir anonim ortaklığın kendi paylarının veya bağlı ortaklığının paylarının iktisabı amacıyla herhangi bir mali yardımda bulunulması da kanuna aykırı kabul edilmiştir. Zira, ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi amacıyla mali yardımda bulunması, ortaklığın olağan ticari işleri arasında olmadığı ifade edilmekle birlikte, ortaklığın çalışanlarından bir kısmına/bütününe yeni yatırım fırsatları sunmak amacıyla ikramiye vermesi üzerine, çalışanların bu ikramiyeleri ortaklığın paylarını satın almaları durumunda herhangi hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır⁹¹.

Diğer yandan Amerikan düzenlemelerinin aksine, İngiliz hukukunda, 77/91/AB Direktifi’ne paralel olarak anonim ortaklığın, esas sermayesinin %10’una kadar kendi paylarını satın alabilmesine izin verilmiştir.

89 Anonim ortaklık tarafından iktisap edilen kendi payları, pay sahiplerinin mülkiyetinden çıkarak ortaklık uhdesine geçer ve payın ilk ihracı sırasında yerine getirilmesi gereken, itibari değeri üzerinden satılma zorunluluğu kuralına uymaksızın, payların itibari değerinin altında bir değerle ortaklık tarafından yeniden elden çıkarılabilirler.

90 Aydın, s.167

91 Çelikleş, s.78

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: TTK TASARISI ÇERÇEVESİNDE OY HAKKININ DONMASI

4.1. KARŞILIKLI İŞTİRAKLİ ORTAKLIKLARDAN YAVRU ORTAKLIĞIN ANA ORTAKLIK PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ DURUMUNDA OY HAKKININ DONMASI

Anonim ortaklıklarda karşılıklı iştirakin esasları ile hüküm ve sonuçlarının belirlenmesi yönünden TTK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK Tasarısının 197 inci maddesinde, birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan ortaklıkların karşılıklı iştirak halinde oldukları hüküm altına alınarak, ortaklıklar arasında belli oranda karşılıklı iştirak durumuna izin verilmiştir. Ayrıca, Kanun’da karşılıklı iştirak durumunda olan ortaklıkların hakim ve bağlı ortaklık yükümlülük ve sorumluluklarına tâbi olacağı açıkça hükme bağlanmaktadır.

Karşılıklı iştirakte, ortaklıklardan birinin diğerinin paylarının veya oy haklarının çoğunluğuna sahip olması ya da onun üzerinde doğrudan veya dolaylı hakim olacak şekilde etki yapması durumunda, hukuki veya fiili üstünlüğe sahip olan ortaklık hakim (ana) ortaklık, diğeri ise bağlı (yavru) ortaklık olmakla birlikte, her birinin diğerinde payların veya oy haklarının çoğunluğuna sahip olması ya da doğrudan veya dolaylı hakim olacak şekilde etki yapması durumunda ise, her ikisi de hakim ortaklık konumunda olduğu kabul olunmaktadır⁹².

Tasarının 198 nci maddesinde bir ortaklık tarafından, başka bir ortaklığa ait payların belli oranının doğrudan veya dolaylı olarak iktisap edilmesi veya mevcut payların, bu oranların altına düşmesi hallerinde, ilgili ortağa, söz konusu durumu, paylarına sahip bulunulan ortaklık ile Kanunda ve diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Aksi halde, söz konusu paylardan doğan oy hakkı kullanılamamakta olup, genel kurul kararının geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği geçersiz oyların karar yetersayısını etkileyip etkilememesine bağlıdır.

Öte yandan, Tasarı’da karşılıklı iştirakler geçersiz sayılmamakla birlikte, 201 nci madde ile, bu tür iştiraklere somut sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Anılan madde, Alm. POK’nun 328. paragrafından kısmen esinlenilmiş olmakla beraber, ondan tamamıyla farklı özgün bir maddedir. Anılan maddede, yavru ortaklık tarafından ana ortaklığın paylarının iktisap edilmesi durumunda, toplam oyların ve bu payların, en çok dörtte birine ait hakları kullanılabilmesi; geri kalan oylara ve paylara ilişkin bütün hakların donacağı ve bu payların toplantı ve karar nisaplarında hesaba katılmayacağı düzenlenmiştir.

92 Balioğlu, Dilek, s.18

4.2. ANONİM ORTAKLIĞIN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ DURUMUNDA OY HAKKININ DONMASI

TTK Tasarısı ile, anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesine ilişkin TTK'nın 329 uncu maddesinde yer alan mutlak yasak kaldırılmış olup, Tasarı da ortaklığın kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi hususunda sınırlı bir serbesti tanıyan reform niteliğinde hükümler yer almaktadır.

Tasarının 389 uncu maddesi uyarınca ortaklığın kanunda yer alan istisnalar uyarınca iktisap ettiği paylar ortaklığa hiçbir pay sahipliği hakkı vermemektedir. Ortaklık sadece söz konusu paylardan kaynaklanan bedelsiz payları iktisap edebilmekte, ancak anılan bedelsiz paylar da şirkete pay sahipliği hakları sağlayamamaktadır. Nitekim, yönetim kurulunun alacağı karar doğrultusunda iktisap edilen ortaklık paylarına bağlı oy hakkı da, ortaklıkların temsilcisi sıfatı ile yine yönetim kurulu tarafından kullanılacağı göz önüne alındığında, söz konusu düzenleme ile, yönetim kurulunun bu yetkiyi kendi çıkarları doğrultusunda kullanması önlenmek istenmiştir.

TTK md. 329/son'da yer alan “*Şirketçe devralınan payların umumi heyette temsili caiz değildir.*” ifadesi doğrultusunda ortaklıkça iktisap edilen paylardan doğan oy hakkının donmasına ilişkin kabul esas, Tasarının anılan maddesi ile açıkça hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, iktisap edilen söz konusu payların toplantı yetersayısının hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda doktrinde yer alan tartışmalar, Tasarının anılan hükmünde yer alan “*Şirketçe devralınan paylar genel kurulun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz.*” ifadesi ile sona ermiştir.

Öte yandan, TTK'da, ortaklık tarafından kendi payını iktisap edilmesi yasağının dolanılmasını engellemek bakımından TTK'nın 361 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Rey hakkına mütedair tahditlerden birini tesirsiz bırakmak maksadıyla hisse senetlerinin, umumi heyette rey hakkını kullanmak üzere başkasına verilmesi caiz değildir*” kuralı getirilmiş olup, ortaklık yönetim kurulu tarafından genel kurulda alınan kararlara katılınması durumunda söz konusu kararın iptali talep edilebilecektir.

Tasarı ise, iktisap yasağının, doğrudan yasak kapsamına girmemekle birlikte ekonomik sonuçları itibariyle ortaklığın kendi payını iktisap etmesi ile benzer sonuçlar doğurabilecek işlemler yoluyla dolanılmasını önlemek için bazı düzenlemeler öngörmüştür. Bu itibarla, Tasarı'nın 380 inci maddesinin birinci fıkrası, bir anonim ortaklığın, kendi paylarını başkasının, yani üçüncü bir kişinin satın alabilmesi için onu finanse etmesine, onu ödünç veya teminat vererek veya diğer araçlarla desteklemesine, ona yardımcı olmasına yönelik hukukî işlemler bâtil sayılarak, 379 uncu maddenin dolanılmasını engellemeyi amaçlamaktadır.

4.3. YAVRU ORTAKLIĞIN, ANA ORTAKLIK PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ DURUMUNDA OY HAKKININ DONMASI

TTK'da yavru ortaklık paylarının ana ortaklık tarafından iktisap edilmesi halinde söz konusu payların donacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, TTK Tasarısında konu ele alınmıştır.

Tasarının 379 uncu maddesinin son fıkrasında, ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin düzenlemelerin, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanacağı hüküm altına alınmış olup, dolayısıyla yavru ortaklığın iktisap ettiği paylara ait oy haklarının yanı sıra yönetime ilişkin diğer haklar (oy hakkı aracılığıyla kullanılan bilgi alma, iptal davası açma, ortakların organlarında yer alan üyeleri denetleme, ibra etme veya ibrayı reddetme, karın dağıtılmasını sağlamak ve oranını belirlemek gibi) ile malvarlığı haklarının kullanılması yasaklanmıştır. Bu şekilde, anılan maddenin birinci ile dördüncü fıkralarının, bir yavru şirketin ana şirketin paylarını iktisabı halinde de uygulanacağı açıkça belirterek öğretideki tartışmalar ile uygulamadaki tereddütlerin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Dolayısıyla, söz konusu iktisaba konu payların kullanılmasına ilişkin sınırlama, payın sağladığı haklardan sadece oy hakları için değil, payın verdiği diğer haklar için de geçerlidir. Kullanılmayan haklar kaybolmamakta, sadece donmakta olup, bu payların devri ile yeni devralan donmuş hakları kullanma olanağına sahip olmaktadır. Ayrıca, kullanılmayan kısım toplantı ve karar nisaplarında hesaba katılmamaktadır.

Öte yandan, bir ana ortaklığın birden çok yavru ortaklığı ile karşılıklı iştirakleri bulunması halinde, ana ortaklığın paylarının veya oylarının çoğunluğuna sahip olmadığı halde topluluğu yöneten azınlıktaki pay sahiplerinin haksız bir olanaktan yararlanmasına engel olacağı göz önüne alındığında, her ortaklık açısından sınırlamalar ayrı olarak doğacaktır.

Sonuç olarak, yavru ortaklığın hakim ortaklığın paylarını iktisap etmesi halinde, bu payların verdiği oyların tamamının her zaman kullanılmamasına ilişkin söz konusu düzenlemenin amacı, temelde kökenleri aynı olan payların yönetime etkilerini sınırlamaktır. Genel kurulda kullanılacak oyların saptanmasında bağlı ortaklığın oyları esas alınmış olup, hakim ortaklığın toplam oylarına göre oy hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmemiştir. Buna karşılık Alm. POK'da yavru ortaklığın payları değil de ana ortaklığın toplam oyları esas alınır ve yavru ortaklık ana ortaklığın toplam oylarının yüzde yirmi beşine kadar oy kullanmak hakkını elde etmektedir.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Anonim ortaklıkta, pay sahibinin ortaklık yönetimine katılmasına olanak sağlayan en önemli hak, oy hakkı olup, bu şekilde pay sahibi genel kurul kararlarında iradesini ortaya koymaktadır. Oy hakkı, genel kurul kararlarının alınması ve bu doğrultuda yönetim kontrolünün sağlanması hususunda en etkili araçlardan biridir. Bu sebepler, bazı maddi ve kişisel durumların varlığı halinde, pay sahibinin kendi çıkarları doğrultusunda hareket edeceğini öngören kanun koyucu, bu durumlarda pay sahibinin ortaklık üstünde hakimiyet sağlayarak haksız bir oy gücü elde etmesini önlemek amacıyla oy hakkının kullanılmasına bazı sınırlamalar getirmiştir. TTK'da yer alan oy hakkının kullanılmamasına ilişkin hükümler sınırlı sayıda olup, pay sahibine kanunen tanınan bu hakka esas sözleşme veya ortaklık kurullarının kararları ile sınırlama getirilememektedir.

TTK'nın 373/1 maddesinde, her payın, en az bir oy hakkı verdiği hükme bağlanmış olup, oy hakkı pay sahibine değil, paya bağlanmıştır. Buna karşın, oydan yoksunluk hallerinde paya bağlı olan oy hakkında kişiselleşme ortaya çıkmakta olup, Kanun'da öngörülen durumların varlığı halinde pay sahibi oy hakkını kullanamamaktadır.

Pay sahibinin oy hakkından yoksunluğu, çıkar çatışması sebebiyle veya yaptırım olarak gündeme gelmiştir. Oydan yoksunluğa yol açan haller, doğurduğu etkiler bakımından “kullanılmama” ve “donma” olmak üzere iki grupta yer almaktadır. TTK md. 291 ve 374'de öngörülen durumlarda pay sahibi oy hakkını kullanamamaktadır. Söz konusu durumda oydan yoksunluk, yoksunluğa sebep teşkil eden gündem maddeleri için geçerli olup, pay sahibi gündemdeki diğer konularda karara katılabilmektedir. Bu itibarla söz konusu yoksunluk halinin geçici nitelikte olduğu söylenebilir. Buna karşın, TTK md. 329 uyarınca ortaklık tarafından kendi paylarının iktisap edilmesi halinde, iktisap edilen söz konusu paylardan doğan oy hakkı donmaktadır. Söz konusu yoksunluk hali, genel kurulda alınacak tüm kararlar için geçerli olup, iktisap edilen söz konusu paylar üçüncü bir kişiye devredilinceye kadar, oy hakkı donmaktadır. Bu itibarla, donma süreklilik arz ettiği söylenebilir. Öte yandan, oy hakkının kullanılmadığı hallerde genel kurula katılma hakkı başta olmak üzere diğer idari haklar kullanılabilen hallerde, oy hakkının yanı sıra diğer idari haklar da kullanılmamaktadır. Bununla birlikte, TTK'da, gerek azınlık haklarının kullanılabilmesi için “esas sermayenin onda biri”nin arandığı, gerek genel kurul toplantı yetersayısının hesaplanmasında “ortaklık sermayesinin” belli bir oranını temsil eden payların varlığının arandığı dikkate alındığında, hesaplamaların tedavüldeki paylara göre yapılması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır.

SPKn'nda, halka açık anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisap edebilmelerine yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın, aracı kurum ve yatırım ortaklıklarının anonim ortaklık şeklinde kurulmalarının zorunlu olduğu ve faaliyet konularının menkul kıymet alım satımı olması sebebiyle TTK'nın 329/4'de yer alan istisnası uyarınca kendi paylarını iktisap edebilmektedirler. Kurulun 1.9.2009 tarih ve 27/748 sayılı İlke kararıyla aracı kurum ve yatırım ortaklıklarının kendi paylarını iktisap etmelerine ilişkin ilke ve esaslar belirlenmiş olup, iktisaba

konu paylardan doğan oy hakkı kullanılamayacağı da düzenleme kapsamına alınmıştır. Söz konusu yaptırım, aracı kurumlar ve yatırım ortaklıklarının kendi payları üzerinde gerçekleştirdikleri işlemlerin daha şeffaf bir ortamda yapılması, dolayısıyla yatırımcıların daha doğru bir şekilde bilgilendirilmesini sağlamaktadır.

Diğer yandan, Kurulun Seri:IV, No:44 sayılı Tebliği ile, SPKn'na tabi anonim ortaklıklarda, yönetim kontrolünün el değiştirmesi halinde azınlığın korunması ve yönetim kontrolü değişen ortaklığın ortaklarına adil ve eşit şartlarla ortaklıktan ayrılma hakkının tanınmaması amacıyla zorunlu çağrı düzenlenmiştir. Söz konusu yükümlülüğü aykırılığın yaptırım olarak idari para cezası uygulaması söz konusudur. Ancak yönetim kontrolünün ele geçirilmesi suretiyle kötü niyetli uygulamaların önüne geçilmesi amacıyla zorunlu çağrı yükümlülüğüne uymayanların sahip oldukları oy haklarının donmasına yönelik bir yaptırımın öngörülmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, söz konusu yaptırımın yargı sürecinin ağır işlediği ve TTK md. 329'da, ortaklığın kendi payını iktisap etmesi durumunda, söz konusu paylardan doğan oy hakkının kendiliğinden donması esasının benimsendiği de göz önüne alınarak, çağrı yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda yükümlülük yerine getirilinceye kadar oy haklarının kendiliğinden donmasına ilişkin bir yaptırımın SPKn'da hüküm altına alınmasının uygun olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan, karşılıklı iştirakte, bağlı ortaklık tarafından kanunu dolanmak amacıyla hakim ortaklığa ait paylar iktisap edilmiş olabileceğinden, söz konusu durum hakim ortaklığın kendi paylarını bağlı ortaklık aracılığıyla dolaylı olarak iktisap etmesi anlamına gelmekte olup, karşılıklı iştirak haline ilişkin açık yasal bir düzenleme bulunmaması sebebiyle karşılıklı iştirakin hukuki veya fiili bir hakimiyet ilişkisi yaratıp yaratmadığının ve söz konusu durumun kanuna karşı hile teşkil edip etmediğinin her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi neticesinde TTK md. 329 hükmünün uygulanmasının uygun olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Alihan:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008
- BALİOĞLU, Dilek:** “Anonim Ortaklıkta Karşılıklı İştirak”, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, Ekim 2000
- ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007
- ÇELİKTAŞ İlyas:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, İstanbul 2006
- ÇEKER, Mustafa:** Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması (Oy Hakkı), Ankara 2000
- DOĞANAY, İsmail:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara 2004
- DOMANİÇ, Hayri:** Anonim Ortaklıklar Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988
- ERİŞ, Gönen:** Ticari İşletme ve Ortaklıklar, Ankara 1988
- MOROĞLU, Erdoğan:** Oy Sözleşmeleri, Ankara 1996
- NOMER, N. Fusun:** Yatırım Ortaklıkları, İstanbul 2003
- ÖZDAMAR, Mehmet:** Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005
- POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU:** Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2000
- TEOMAN, Ömer:** Alman ve İsviçre Anonim Ortaklık Hukukunda Pay Bedelinin Ödenme Oranının Oy Hakkına Etkisi ve Türk Sistemi Üzerinde Düşünceler, Arslanlı Anısına Armağan, İstanbul 1978
- TEOMAN Ömer:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (Yoksunluk), İstanbul 1983
- TEOMAN, Ömer:** “Oy Hakkından Yoksun Pay Sahiplerinin Karara Katılmış Bulunmaları Nedeniyle Açılan İptal Davasında, Anonim Ortaklık Bu Katılmanın Oylama Sonucunu Etkilemediği Savunmasını Yapamaz.–Yargıtay’ın TK. md. 361, f.

3, c. 2'nin Uygulama Alanına İlişkin Görüşünün Eleştirisi–”, İkt. Mal. C. XXIX, S.9, Aralık 1982

TEOMAN, Ömer: “Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili Caiz Değildir.”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- İstanbul 2000

UZUNHASANOĞLU, Defne, “Avrupa Topluluğu'nun 2004/25 sayılı Direktifinin Çağrı Yoluyla Vekalet ve Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Sermaye Piyasası Kanunu'nun Düzenlemeleri ile Karşılaştırılması”, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi çalışması