

ÖZEL HUKUKUN GÜNCEL MESELELERİ SEMPOZYUMU - II -

TTK'nın Yürürlüğünün 7. Yılında Anonim Şirketler Hukuku

25 - 26 Nisan 2019

Bildiriler – Tartışmalar

Editörler

Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY

Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE



ADALET BASIM YAYIM DAĞITIM SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.

Özel Hukukun Güncel Meseleleri Sempozyumu II

Editörler: Burak ADIGÜZEL- Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY - Aydın Alber YÜCE

Hukuk Yayınları Dizisi – 2783

Birinci Baskı : Aralık, 2020

ISBN : 978 – 625 – 7277 – 79 – 2

ADALET YAYINEVİ

Merkez

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara
Tel : (0312) 231 17 00
Fax : (0312) 231 17 10

İstanbul Şube


Mustafa Kemal Caddesi No: 60/C
(Anadolu Adliyesi Karşısı) Kartal-İstanbul
Tel : (0216) 305 72 81

Dağıtım

Strazburg Caddesi No: 17/B Sıhhiye-Ankara

Bursa Şube

Bursa Adliye Sarayı Zemin Kat Bursa

 : adalet.com.tr – adaletyayinevi.com

 : facebook.com/adaletyayinevi

 : adalety@adaletyayinevi.com

 : twitter.com/adaletyayinevi

Sayfa Tasarımı:

Bilgin Teren

Kapak Tasarımı:

Yasin Özbudak

Baskı:

Vadi Grafik Tasarım Ltd. Şti.
İvedik Org. San. Bölgesi 1420. Cadde
No: 58/1 Yenimahalle/Ankara
Tel: 0 312 395 85 71
Sertifika No: 47479

2. GÜN

V. OTURUM – 26 Nisan 2019 Cuma

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Rıza AYHAN

❖ **Prof. Dr. Şükrü YILDIZ**

Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı

❖ **Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril ÖZCANLI**

TTK 356 Hükmü Kapsamında Anonim Ortaklık Kuruluş Sürecinde Kanuna Karşı Hile

❖ **Dr. Öğr. Üyesi Elif Cemre HAZIROĞLU**

Pay Sahipleri ve Esas Sözleşme İlişkisi

❖ **Arş. Gör. Dr. Süleyman KIRAN**

Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönmeyi Düzenleyen TTK 548. Maddenin Değerlendirilmesi

ANONİM ŞİRKETLERDE ÖNEMLİ MİKTARDA ŞİRKET VARLIĞININ TOPTAN SATIŞI KAVRAMININ YORUM YOLUYLA GENİŞLETİLİP GENİŞLETİLEMeyeceğİ Sorunu

Prof.Dr. Şükrü Yıldız*

I. GİRİŞ

6102 sayılı TTK m. 408'in ikinci fıkrasının (f) bendinde yer alan bir hükümle, "Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı" genel kurulun vazgeçilmez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Ancak, söz konusu maddede, uygulamada ortaya çıkan veya çıkması muhtemel şirketi, pay sahiplerini ve üçüncü kişileri esaslı şekilde etkileyecek pek çok belirsizlik ve tartışmalar bulunmaktadır. Gerçekten de, hangi satışın önemli miktarda olduğu ve önemli miktarın nasıl belirleneceği, satışın ne zaman toptan sayılacağı, hükümde geçen şirket varlığı kavramından ne anlaşılması gerektiği, genel kurulun tasfiye dışında hangi nisapla bu kararı verebileceği hususları madde metninde açığa kavuşturulmamıştır¹. Zira maddede, önemli miktarda şirket malvarlığının toptan satışında ağırlaştırılmış bir genel kurul toplantı ve karar nisabı getirilmemiştir. Bu eksikliğin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantıda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliđin 22. Maddesinde, önemli miktarda şirket aktiflerinin toptan satış kararının şirket sermayesinin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyuyla alınacağına dair düzenleme getirilmiştir². Ancak, yönetmenlik ile ağırlaştırılmış nisap getirilmesinin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle önemli miktardaki şirket malvarlığının toptan satışında dahi TK m. 418 hükmünün uygulanacağı haklı olarak savunulmaktadır³.

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basdan 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2016, s. 306.

² RG. 30.12.2012 tarih ve Sayı: 28513.

³ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 309.

Bunun yanında, toptan satış genel kurulun devredilmez görev ve yetkisi kapsamındayken, maddede yer almayan, rehin, kefalet, garanti, bağış, takas, mal değişimi ve ödünç işlemlerinin, şirket varlığının önemli bir miktarı üzerinde satış dışındaki tasarruf işlemleri olduğu ve TTK m. 408/ f. 2 bent (f) hükmü kapsamına girip girmediği hususu da ayrıca tartışılmaktadır.

Ancak makalede sadece, satış dışındaki işlemlerin TTK m. 408/ f. 2 kapsamında yorumlanıp yorumlanamayacağı ve bu konuda genel kurulun onayına ihtiyaç duyup duymadığı hususunun incelenmesi yapılmış, diğer sorunların incelenmesi ise başka bir çalışmaya bırakılmıştır. Bu nedenle, TTK m. 408/2 (f)'e bağlı olarak ortaya çıkan bu sorun aşağıdaki çerçevede ele alınıp incelenecektir.

II. GENEL KURULUN DEVREDİLEMEZ GÖREV VE YETKİLERİ

A. Genel Olarak

6102 sayılı TTK'da genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki ilişki fonksiyon ayrılığına dayalı, eşitlikçi ve monist bir sisteme dayandırılmıştır. Bu nedenle TTK sisteminde genel kurul ve yönetim kurulu kanun ya da kanunun izin verdiği ölçüde esas sözleşme ile kendilerine bırakılan hususlarda münhasır yetkili olacak, biri diğerinin yetkisine müdahale edemeyecek şekilde hareket edecektir.

Gerçekten de yeni TTK genel kurula ve yönetim kuruluna tanınan devredilmez yetkileri gösteren yeni maddeler öngörmüştür. TTK m. 374 "yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir." Kuralını getirmiş, TTK m. 375 yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkilerini sıralamıştır.

TTK m. 408 ise "genel kurul kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş bulunan hallerde karar alır" kuralını koyduktan sonra 2. fıkrada genel kurula ait devredilemez nitelikteki görev ve yetkileri saymıştır. Bu düzenleme gereğince genel kurul kanunda ya da esas sözleşmede açıkça belirtilmeyen hiçbir durumda karar alamayacaktır. Diğer bir ifade ile yönetim kurulunun devredilmez yetkileri dışında kalan bir hususta

genel kurulun karar verebilmesi ancak bu husus kanunda öngörülmüşse mümkün olabilecektir.

Öte yandan anonim şirketi üçüncü kişilere ve ortaklara karşı temsil etme görev ve yetkisi kural olarak yönetim kuruluna aittir. Diğer bir ifade ile yönetim kurulu anonim şirketin kanuni temsilcisidir. Genel kurula verilenler dışında tüm yetki ve görev yönetim kuruluna bırakılmıştır (TTK m. 365). Bu nedenle yönetim kurulu şirketin idare organı olduğu gibi, dışa karşı da temsilcisi durumundadır⁴. Temsil, üçüncü kişilerle şirket adına şirketin işletme konusuna giren hukuki muameleleri yapmak, şirketi üçüncü kişilere karşı hak sahibi kılmak ve mükellefiyet altına sokmak olarak tanımlanmaktadır. Temsil yönetim kurulu üyeleri açısından hem hak hem de borç oluşturur⁵.

TK m.370 fıkra 1'e göre temsil yetkisinin sınırını şirketin işletme konusu çizer. Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren tüm işlemleri yapabilir ve bu işlerde şirket unvanını kullanabilirler⁶.

Esasen Kanun koyucu özellikle anonim şirketler açısından kural olarak sınırsız temsil yetkisini benimsemiş ve yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisine getirilen sınırlandırmaların dışa karşı hüküm doğurmayacağı görüşünü kabul etmiştir⁷. Böylece ticari hayatta gerekli olan hız ve işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır⁸.

Bununla birlikte, TTK m. 408 fıkra 2'ye eklenen yeni bir düzenleme ile "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı" yetkisi genel kurula bırakılmıştır. Bu düzenleme ne Alman ne de İsviçre hukukunda bulunmaktadır. Hüküm Adalet Komisyonu aşamasında maddeye f bendi olarak eklenmiştir. Eklenen bu hüküm 6102 sayılı TTK'nın anonim şirketin temsili açısından öngördüğü sisteme yabancı olduğu gibi, şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin korunmasına yönelik hedeflerine de kesinlikle aykırı bulunmaktadır⁹.

⁴ Ersin Çamoğlu -Poroy/Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014, s.347 N. 537.

⁵ Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 106.

⁶ Çamoğlu-Poroy-Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku I, s.350, N.541.

⁷ Akdağ Güney, s. 106.

⁸ Akdağ Güney, s.112.

⁹ Kendigelen, İlk Tespitler, s. 308; Levent Biçer/Esra Hamamcıoğlu, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Devredilmez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı ve Uygulama Alanı, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, S.1, s. 47.

Maddenin gerekçesi bu hükmün maddeye ekleniş sebebini,

"Ayrıca Tasarımın 408.maddesinin ikinci fıkrasına (f) bendi eklenmiştir. Yeni hüküm Yargıtay içtihatlarına uygun olarak önemli miktarda şirket varlığının toptan satışının yönetim kurulu tarafından yapılamayacağı, bunu genel kurulun devredilemez ve münhasır yetkilerinden olduğunu açıkça hükme bağlamıştır."

Şeklinde açıklayarak, getirilen yeni kuralın, *önemli miktarda şirket varlığının toptan satışında*, temsilde öngörülen sisteme bir istisna oluşturduğunu açıkça belirtmektedir. Anılan hükmün hem iç temsil yetkisi hem de dış temsil yetkisi konusunda bir sınırlama getirdiği doktrindeki yazarların çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir¹⁰.

Buna karşılık savunulan bir görüşe göre, "kanunda yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine yönelik diğer hükümler ve TTK'nın iktibas ettiği Avrupa Birliği Hukukuna hakim prensipler ışığında sorun incelendiğinde, TK m. 408/2-(f) hükmünün ancak iç temsil yetkisi bakımından bir sınırlama oluşturduğu, dış temsil yetkisi yönünden ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek bir kısıtlama niteliğinde görülemeyeceği sonucuna" varmak gerekir¹¹.

Bu tartışmalar bir tarafa bırakılıp, hükmün dış temsil yetkisinde de geçerli olduğu kabul edilse dahi, TTK m. 408/fıkra 2- bend f hükmünün anonim şirketin temsilinde üçüncü kişiyi koruyan TTK m. 371/3 düzenlemesine bir istisna getirdiği dikkate alınmalı ve bu istisna hükmünün de dar yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır. Bu nedenle, TK m. 408/2-f de öngörülen istisna hükmü, TTK m. 371 sisteminden daha da uzaklaştıracak yorumlar yerine, temsile ilişkin olağan sisteme yaklaştıracak şekilde yapılacak dar yorumlara üstünlük tanınmalıdır¹².

¹⁰ Kendigelen, İlk Tespitler, s.308; İsmail Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C.1, Ankara 2013, s.643-644; Biçer/Hamamcıoğlu, s.47).

¹¹ Alihan Aydın, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi, Yetkinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu, Batider, Mart 2014, C.XXX, S.1, s.164. Aynı görüşde Tolga Ayoğlu, Önemli Miktarda Şirket Varlığının Satışında Genel Kurul Kararının Hukuki Niteliği, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5 S.1 Haziran 2017, Prof.Dr. Mustafa Dural Anısına, Özel Sayı:1, s.102.

¹² Halil Ali Dural, Anonim Şirketin Önemli Miktarda Malvarlığının Satışına İlişkin Genel Kurul Kararının İçeriği ve Kapsamı, Prof.Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s.237.

B. Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisine Getirilen Özel Kısıtlamalar

Kanun koyucu, bazı durumlarda yönetim kurulunun temsil yetkisine, şartlarını belirleyerek genel kurul lehine özel kısıtlamalar getirmiştir. 6102 sayılı TTK öngörülen bu hükümler incelendiğinde, bazı durumlarda, kuruluşun sonra malvarlığı ve işletmenin devralınmasında olduğu gibi işlemin yapılmasından sonra (TTK m. 356), bazı durumlarda ise şirketin kendi paylarının satın alınması (TTK m.379), borçlanma senenedi çıkarılması (m.504) ve tasfiyede önemli miktarda aktiflerin toptan satılmasında (TTK m.538) işlemin yapılmasından önce, genel kurulun yapılacak işleme yetki vermesi veya yapıldıktan sonra onaylanmasının gerektiği görülmektedir. Ancak bütün bu hallerde de işlem üçüncü kiler ile yönetim kurulu tarafından yapılmaktadır.

III. HÜKMÜNÜN SATIŞ DIŞINDAKİ İŞLEMLERİ KAPSAYIP KAPSAMADIĞI

TTK m. 408/ f.2, f bendindeki "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışında" şeklinde ifade edilen hükümde, sadece satış işleminden söz edilmiş, başka bir hukuki işlemde ise bahsedilmemiştir. Bu nedenle, kanunun getirdiği sistem dikkate alındığında, genel kurulun bu konudaki yetkisinin, kanunda gösterildiği ve açıkça belirtildiği üzere sadece "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışında" olacağı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile yönetim kuruluna kanunen tanınmış olan yönetim ve temsil yetkisine bu hüküm ile sadece önemli miktardaki şirket varlığının toptan satış işlemi konusunda genel bir sınırlandırma getirildiği görülmektedir. Bu nedenle, TK m. 408/f.2 bend f deki, bu hükmün yorum yoluyla genişletilip, alacağın temliki, ticari işletme rehni gibi, kanunda sayılmayan işlemlere de uygulanacağını ileri sürmek kanunun açık hükmüne ve sistemine aykırılık oluşturacaktır¹³.

Buna karşılık, doktrinde Biçer/Hamamcıoğlu, hükmün rehin tesisi gibi, önemli miktarda şirket varlığının elden çıkartılmasına yol açabilecek işlemlerde kıyasın uygulanması gerektiğini savunmuşlardır¹⁴.

¹³ Farklı gerekçelerle aynı görüşte Ayoğlu, s.99.

¹⁴ Biçer/Hamamcıoğlu, s.48. Zimnen aynı görüşte, Kerim Çelikbora, Anonim Şirketin TTK m.11 f.3 Uyarınca Ticari İşletmesini Devretmesi, Prof.Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s.193.

Yeni yayımlanan bir makalesinde Çamoğlu, "TTK m. 408/2-f hükmünün amaçsal yorumla değerlendirilmesi gerektiğini, satış sözcüğünü, sözlük anlamında sadece satış sözleşmesini ifade eden bir terim olarak değil, şirket yönünden aynı önemi taşıyan ve aynı mali sonuçları doğuran tüm işlemleri kapsayan bir üst kavram olarak yorumlamak gerektiğini, bu nedenle kavramın sadece teknik anlamda satış sözleşmesini değil, şirket yönünden aynı ya da daha ağır hukuki ve mali sonuçları doğuran tüm, rehin, ipotek, kefalet, garanti, trampa, uzun süreli tapuya şerhli kira, intifa, temlik ve şirket varlıkları üzerinde sair ayni hak tesisi sözleşmelerini de kapsadığının kabul edilmesi gerektiği, görüşünü savunmuştur¹⁵.

Savunulan bu fikirlere hukuki açıdan katılmak imkanı bulunmamaktadır.

a) Her şeyden önce bu görüşler, yönetim kurulunun anonim şirkette kanuni temsil ve yönetim organı olduğunu ve TK m. 408/1 de ifadesini bulan kanunda açıkça genel kurula verilmiş olanlar dışındaki yetkilerin yönetim kuruluna ait olduğu kuralını görmezden gelmektedir. Bu görüşler kabul edildiğinde, yönetim kurulunun şirket adına kambiyo senedi düzenleme yetkisi olamayacağı gibi, işletme politikasını belirleme yetkisini kullanması da mümkün olmayacaktır.

b) Getirilen istisnai hükmün dahi, kanunun öngördüğü temsil sistemine uymadığı, AB hukuku kurallarından saptığı ortada iken, bu istisnanın kanunda ifade edilmediği şekilde genişletilmesinin ticari hayatın gereklerine uymayacağı ve işlem güvenliğini ortadan kaldıracığı açıktır. Bu nedenle anılan istisnanın ticari hayatın gerekleri görmezden gelinecek ve kanunun lafzına açıkça aykırı olacak şekilde genişletmek amaçsal yorumla da bağdaşmaz.

c) Öte yandan, hukuki metinlerin ve bu arada kanunların yorumlanmasında gözetilmesi gereken en önemli kurallardan birisi de istisnaların ancak öngörüldükleri alan ile sınırlı olarak uygulanmasıdır. Diğer bir söyleyişle istisnai nitelik taşıyan hükümlerin genişletici ve uygulanmalarını gösterildikleri husustan farklı bir alana taşıyacak biçimde geniş yorumlanmaması gereklidir¹⁶.

¹⁵ Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun Devredilmez Yetkileri Kapsamında Önemli Miktarda Şirket Varlığının Toptan Satışı, Prof.Dr. Sabih Arkan Armanağı İstanbul 2018, s.333-335.

¹⁶ Abuzer Kendigelen, Hukuki Mutalaalar, C.XII, 2011-2013, İstanbul, 2015, s. 241.

d) Öyleyse TTK m. 408/f.2 bend f de açıkça yer alan "önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı" kuralındaki "satış" hükmünü, kanun koyucunun öngörmediği şekilde genişletmek mümkün değildir.

e) Gerçekten de, faaliyetini kendi sermayesi ile sürdürme imkanından yoksun bulunan bir tacirin, ihtiyaç duyduğu krediyi temin edebilmesinin ön şartı kendisine tahsis olunan kredinin geri ödenebilirliğini güvence altına almasıdır. Diğer bir ifade ile ticari faaliyetin kesintisiz sürdürülmesi tacirin zaman zaman kredi kullanmasını gerektirebilir. Kredi ise ancak yeterli şahsi veya aynı teminat karşılığında sağlanır.

f) Esasen, anonim şirketlerde kredi sözleşmesi yapmak, bu sözleşme için şahsi ve aynı teminat verme yetkisi, TTK m. 371 hükmü uyarınca yönetim kuruluna aittir. Bu nedenle anonim şirketlerde yönetim kurulu, esas sözleşmelerinde özel bir kayıt yer almamış olsa bile, ticari işletme rehni kurulması hususunda karar almaya yetkilidir¹⁷. Zira, ticari işletmenin rehniyle güdülen amaç işletmenin faaliyetine son vermek değil, aksine ihtiyaç duyulan kredinin temin edilerek muhtemelen durma noktasına gelmiş olan faaliyetin devamlılığının sağlanmasıdır. Sırf kredi ve faizinin ödenmemesi halinde şirketin iflası ihtimalinden bahsederek rehin ve temlik işleminin yönetim kurulu tarafından yapılamayacağını ileri sürmek ticari hayatın gerekleriyle bağdaşan bir durum değildir.

Öte yandan, önemli miktarda mal varlığının satışında, şirketin kasasına satış tutarı kadar para girmesine rağmen, faaliyeti gerçekleştirecek malvarlığı şirkette bulunmadığı için şirketin işletme konusunu gerçekleştirme imkanı ortadan kalkmaktadır. Oysa, şirketin kredi kullanmasında, işletme konusunun ortadan kalkması değil, tam aksine işletme konusunun devamlılığı sağlanmakta, esasen güvenceye bağlanan tutar da çok önceden şirket malvarlığı içine nakit veya gayri nakit olarak girmekte, başka bir söyleyişle, satıştan farklı olarak faaliyeti gerçekleştirecek malvarlığının üçüncü kişilere devri söz konusu olmayıp, menkul işletme tesisi üzerinde ticari işletme rehni tesis edilerek faaliyetin kesintisiz devamı sağlanmaktadır.

¹⁷ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 22. Baskı Ankara 2017, s.51; Ali Ertem *Ticari İşletme Rehni*, Ankara 2001, s.18.

IV. HÜKMÜN YORUMLANMASINDA SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 23 HÜKMÜNDEN YARARLANILIP YARARLANILAMAYACAĞI

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 23. maddesi, TTK'da olmayan bir şekilde, halka açık ortaklıklar için ortaklıkların önemli nitelikteki işlemlerini hüküm altına almış ve 1. Fıkranın b bendinde halka açık ortaklıkların "*malvarlığının önemli bir kısmını devretmesini veya üzerinde aynı hak tesis etmesini veya kiralaması*" önemli işlerden sayılmıştır¹⁸. Sermaye Piyasası Kurulu ise bu hükme dayanarak Seri: 2 23.1 sayılı, Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliğini yayınlamıştır¹⁹

Çamoğlu makalesinde, hakimin TTK m. 408/2 b(f) hükmünü yorumlarken SerPK'nun 23. maddesinden yararlanması gerektiğini, bu hükmün halka açık ortaklıklarda, şirketin ve özellikle azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini korumak amacıyla önemli hukuki sonuçlar bağladığı önemli işlemler arasında yer alması gereken işlemleri sadece satış sözleşmesi ile sınırlamadığını, şirketin malvarlığının önemli bir kısmını devretmesini veya üzerinde aynı hak tesis etmesini veya kiralamasını da bu kapsamına aldığını, bu nedenle TTK daki satış sözcüğünün, SerPK m. 23 olduğu gibi geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır²⁰.

Kanaatimizce, TTK m. 408/f2 b(f) hükmünün yorumlanmasında, SerPK m. 23 hükmünden yararlanılması, asla mümkün değildir²¹. Zira 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu sermaye piyasalarının güvenilir bir ortamda işleyiş ve gelişmesini sağlamak, yatırımcıların hak ve menfaatleri-

¹⁸ Kanununun 23. maddesi 20.2.2020 tarih ve 7222 sayılı Kanununun 25. Maddesi ile değiştirilmiştir ve 1. Fıkranın b bendinde yer alan "*malvarlığının önemli bir kısmını devretmesini veya üzerinde aynı hak tesis etmesini veya kiralaması*" hükmü madde metninden çıkarılmıştır.

SerPK m. 23 ün yeni hali şu şekildedir:

Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Madde 23: Halka açık ortaklıkların birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirmesi, imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi gibi yatırımcıların yatırım kararlarının değişmesine yol açacak ortaklığın yapısına ilişkin temel işlemler bu Kanunun uygulanmasında önemli nitelikte işlem sayılır. Kurul, önemli nitelikteki işlemleri, önemlilik ölçüsü de dâhil olmak üzere bu nitelikteki işlemlerde bulunulabilmesi veya kararların alınabilmesi için uyulması zorunlu usul ve esasları, halka açık ortaklıkların niteliğine göre belirlemeye yetkilidir.

¹⁹ RG. 24.12.2013, Sayı: 28861

²⁰ Çamoğlu, s.334.

²¹ Zimnen aynı görüşte Ayoğlu, s.96 dpn.11.

nin korunması için sermaye piyasalarının düzenlenmesi ve denetlenmesi için yürürlüğe konulmuş özel bir kanundur (m.1). Kanun, sermaye piyasası araçlarını, bunların ihracını, ihraççıları, halka arz edenleri, sermaye piyasası faaliyetlerini, sermaye piyasası kurumlarını, borsaları ve diğer teşkilatlanmış piyasaları, piyasa işleticilerini, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları, Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nu kapsamı içine almıştır. Halka açık olmayan ortaklıklar ise bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır (SerPK.m. 2).

Halka açık anonim ortaklık, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklık olarak tanımlanmıştır (m. 3/1-e). Kanunun üçüncü bölümü Halka Açık Anonim Ortaklıklara ayrılmış ve bu statünün kazanılması ile bu statüyü kazanan halka açık anonim şirketlere uygulanacak hükümler, Kanununun 16- 33. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılacağı ve bu ortaklıkların halka açık ortaklık hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır.

Sermaye Piyasası Kanununun, halka açık anonim ortaklıklar için öngördüğü kuralların pek çoğu, 6102 sayılı TTK'nun halka açık olmayan anonim şirketler için getirdiği kurallardan farklı hükümler içermektedir. Ancak sonuç olarak halka açık ortaklıklarda bir anonim şirket olduğu için halka açık anonim ortaklıklara ilişkin olarak Ser.PK'nunda veya bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde, 6102 sayılı TTK'nun anonim şirkete ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirlenmiştir (SerPK m. 2/2). Diğer bir söyleyişle halka açık anonim ortaklıklara öncelikle Ser.PK'nun özel hükümleri, hüküm olmayan hallerde ise ayrıca TTK hükümleri uygulanabilecekken, halka açık olmayan anonim ortaklıklara uygulanabilecek tek hüküm 6102 sayılı TTK hükümleridir. Bu şirketlere SerPK'nun hiçbir hükmünün uygulanması mümkün değildir.

Ser.PK m. 23, TTK'da olmayan bir şekilde, halka açık ortaklıklar için ortaklıkların önemli nitelikteki işlemlerini hüküm altına almış ve 1. fıkranın (b) bendinde halka açık ortaklıkların *"malvarlığının önemli bir kısmını devretmesini veya üzerinde aynı hak tesis etmesini veya kiralaması"* önemli işlerden sayılmıştır.

Genel kurul toplantılarına ilişkin esasları düzenleyen 29. maddenin 6. fıkrasında "...23 üncü maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen önemli

nitelikteki işlemlere ilişkin kararların genel kurulca kabul edilebilmesi için toplantı nisabı aranmaksızın ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır. Ancak toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması halinde, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır” hükmünü öngörmüştür.

Bu iki hükmün halka açık anonim ortaklıklar için getirildiği ve halka açık olmayan ortaklıklarda uygulanmayacağı çok açıktır. Aksi durumda, TK’da yer verilmeyen önemli iş ayırımına ve konularda karar alınması için TK’nın öngörmediği genel kurul toplantı ve karar yeter sayısına gidilmesi gerektiği gibi bir düşünceye sahip olunacaktır.

Oysa, istisna olarak öngörülen hükümler sadece öngörüldükleri alanla sınırlı olarak uygulanmalıdır. Soruna bu açıdan bakıldığında, halka açık olmayan bir şirkete, SerPK m. 23 ile halka açık ortaklıklar için getirilen özel bir hükmün uygulanmasının ileri sürülmesi yorum kuralları ile kesinlikle bağdaşmaz. Farklı bir söyleyişle bu durumda, TTK düzenlenen halka açık olmayan şirketlere ve ona ilişkin hükümlere istisna oluşturan, halka açık ortaklıklara ilişkin SerPK m. 23/1-b hükmünün, halka açık olmayan ortaklıklara da uygulanacağı sonucuna ulaşmak sağlıklı bir hukuk mantığı ile açıklanamaz.

Açıkladığım nedenlerle, Ser.K m. 23 hükmünün, halka açık olmayan anonim şirkete de uygulanabileceğini doğal karşılayan görüşe katılma olanağı bulamadığımı ve hükmün istisnai niteliği ile bağdaştırılmaz olduğu belirtilmelidir.