

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNDA RÜÇHAN HAKKI KONUSUNDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Şükrü YILDIZ*

I. Genel Olarak

Rüçhan hakkı, pay sahibinin anonim şirketteki pay oranının korunabilmesini sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir pay sahipliği hakkıdır. Bu hak sayesinde pay sahibi dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını sonucu çıkarılacak yeni payları, payları ile orantılı olarak alma hakkına sahip bulunmaktadır.

6762 sayılı TTK m. 394'de sadece bir maddede ve esas sermaye sistemi dikkate alınarak düzenlenen yeni pay alma (rüçhan hakkı), 6102 sayılı TTK'da daha kapsamlı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yeni TTK, rüçhan hakkını esas sermaye artırımında (TTK m.461), kayıtlı sermaye sisteminde (TTK m. 460) ve şartlı sermaye sisteminde (TTK m. 465, 466 ve 467) olmak üzere çeşitli maddelerde hüküm altına almıştır.

Diğer yandan yeni TTK, rüçhan hakkı ile ilgili olarak 6762 sayılı TTK döneminde ortaya çıkan sorunları ve eksiklikleri giderici hükümler getirmiştir. Ayrıca yeni TTK'daki rüçhan hakkı ile ilgili yeni hükmün bir diğer amacının, AB 2. Nolu şirketler Hukuku Yönergesinin, rüçhan hakkı ile ilgili 29. madde hükmüne uyum sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten de 6762 sayılı TTK m. 394'de rüçhan hakkı, "yeni pay alma hakkı" kenar başlığı altında "Umumi heyetin esas sermayesinin artırılmasına müteallik kararında aksine şart olmadıkça pay sahiplerinden her biri yeni hisse senetlerinden şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabilir. İdare meclisi, pay sahiplerine verilecek senetlerin ihraç bedellerini gazetelerle ilan eder. Bu hususta yapılacak ilanlarda pay sahiplerinin yeni pay alma haklarını kullanabilmeleri için tayin olunacak müddet 15 günden aşağı olamaz" şeklinde düzenlenmişti.

Bu hüküm hakkın kısıtlanmasına imkan vermesine rağmen kısıtlama şartlarının ne olacağı konusunda açıklık taşımadığı için pek çok tartışma ve farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden oluyordu. Zira madde metninde hakkın esas sözleşme ile kısıtlanıp kısıtlanamayacağı, genel kurulun bu hakkı kaldırması ya da sınırlandırabilmesi için bu hususun gündemde açıkça gösterilmesinin gerekip gerekmediği, hakkın sınırlandırılmasında genel kurulun uymakla yükümlü olduğu ilkelerin olup olmadığı, kısıtlama kararında gerekli olan nisapların ne olduğu, hakkın kullanılabilmesi için yönetim kurulu tarafından yapılacak ilanların hangi gazetelerde nasıl ilan edileceği ve pay sahibi tarafından kullanılmayan hakkın devredilip devredilemeyeceği konusunda tartışmalar bulunmaktaydı.

Yeni TTK özellikle, esas sermaye sisteminde yer verdiği m.461 hükmü ile belirtilen sorunların pek çoğuna çözüm getirmiş bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, yeni TTK hakkı ifade etmek üzere, 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, bir yenilik olarak rüçhan hakkı terimini kullanmıştır¹. Bu terimin kullanma gerekçesi olarak, rüçhan hakkı teriminin uygulamada yaygınlık kazandığı hu-

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Kanunun, Tasarı olarak kamuoyuna sunulduğu Şubat 2005 Tasarısında m.461 kenar başlığı "Yeni Pay Alma Hakkı (Rüçhan Hakkı) şeklindeydi.

susu gösterilmiştir. Bununla birlikte kanun rüçhan hakkı kavramı yanında (TTK m. 461, m.465/1-d, m.478/2, m. 460/2), bazı maddelerinde, yeni pay alma hakkı kavramına da yer vermiştir (TTK m.460/4, 461/3, 503).

Çalışmada, 6762 sayılı TTK m. 394 uygulamasında, ortaya çıkan sorunların, yeni TTK m. 461'de nasıl düzenlendiği, eksik ve tartışmalı konuların yeni düzenlemeye rağmen varlığını koruyup korumadığı, AB'nin 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesi m. 29 hükmüne uyum sağlanıp sağlanmadığı hususları üzerinde durulacaktır.

Rüçhan hakkı 461 maddede

“3. Rüçhan hakkı

MADDE 461 - (1) Her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranına göre, alma hakkını haizdir.

(2) Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur. Rüçhan hakkının sınırlandırılması ve kaldırılmasıyla, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz. Nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır. **Yönetim kurulu, rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini; yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini; primin nasıl hesaplandığını bir rapor ile açıklar. Bu rapor da tescil ve ilân edilir**♦.

(3) Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az onbeş gün süre verir. Karar tescil ve 35 inci maddeki gazete ile tirajı en az elli bin olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan bir gazetede ilân olunur. Ayrıca şirketin internet sitesine konulur.

(4) Rüçhan hakkı devredilebilir.

(5) Şirket, rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin, bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşmeyle sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.”

Şeklinde hüküm altına alınmıştır. Hükmün yeni kanuna konuluş sebepleri ise kapsamlı bir gerekçe ile açıklanmıştır². Gerekçeden de, madde metninden ve gerekçe-

♦ TBMM tarafından f.2'ye eklenen son cümlelenin gerekçesi; hüküm şeffaflık ilkeleri bağlamında ve AB yönergeleriyle uyum sağlamak amacıyla kaleme alınmıştır.

² **Gerekçe/Madde 461** - Pay sahibinin yeni pay alma hakkı, pay sahibini koruyucu kurallar konularak yenileştirilmiştir. Ayrıca, kapalı şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilecekleri gözönüne alınarak yönetim kuruluna yönelik hükümlere yer verilmiş, rüçhan hakkını kullanma süresini belirlemeye yetkili organ gösterilmiş ve payın devrinin kısıtlandığı hallerde, bunun yeni pay alma hakkının sınırlandırılması için bir bahane olarak kullanılmasına olanak verilmemiştir. Yeni payları almada pay sahibinin önceliğini vurgulamak amacıyla, kenar başlıkta, uygulamamızda yaygınlık kazanmış bulunan "rüçhan" hakkı kelimesine de yer verilmiştir. Eşit işlem ilkesinin (Tasarı m. 357) ağırlığını duyurduğu maddeye bazı hükümlerin de İsv. BK m. 652b esin vermiştir.

Birinci fıkrâ: Birinci fıkrâ her pay sahibinin mevcut katılma oranına göre pay alma hakkı bulunduğunu, 6762 sayılı Kanunun 394 üncü maddesine nazaran daha açık bir ifadeyle belirtmektedir. Yeni pay alma hakkının belirlenmesinde itibarî değer esas alınır.

İkinci fıkrâ: İkinci fıkrâ yeni pay alma hakkını güçlendiren, dolayısıyla pay sahibini koruyan dört ilkeye yer vermektedir: (1) **Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hakim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak**

den de açıkça anlaşılacağı üzere m.461 mehaızı, 1992 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 652d maddesidir.

İstisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi.

(2) Bu hak ancak haklı sebeplerin varlığında kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Haklı sebepler sınırlı sayı (numerus clausus) değildir. Tasarıda yer alan örnekler, haklı sebeplerin bu örnekler çerçevesinde belirlenmesini gerekli kılmaz. Şirketin finansal menfaatleri, ödeme dar boğazından kurtulma, teknoloji alınması gibi sebeplerde haklı niteliktedir. Tasarının örnekleri bir işletmenin, işletme kısımlarının, iştiraklerinin devralınması gibi yapısal değişikliklerle işçilerin şirkete katılmalarının sağlanmasına yöneliktir. (3) Bir diğer güçlü koruyucu hüküm ikinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alır. Yeni pay almanın kaldırılması veya sınırlandırılması, pay sahibi olsun olmasın (haklılık temeli olmadan) bazı kişilerin yararlandırılmasının ve bazı pay sahiplerinin kayba uğratılması amacı ile kullanılamaz. Söz konusu kuralla bazı pay sahiplerinin aleyhine yapılan grup içi yapısal değişikliklerin ve pay oranlarının sulandırılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu hüküm ayrıca, eşit işlem, hakların sakınılarak kullanılması, çoğunluk gücünün haklılıkla sınırlandırılmış bulunduğu ilkelerine açıkça vurgu yapmaktadır. (4) Ağırlaştırılmış nisap ise önleyici niteliği ile bir azlık hakkı oluşturmaktadır.

Yukarıdaki 1-3 üncü ilkelere kayıtlı sermayeyi kabul etmiş kapalı şirketlerde yönetim kurulu da uymak zorundadır. Bu konuda SerPK'da yer alan ilkelerin saklı olduğu şüphesizdir.

Üçüncü fıkra: Üçüncü fıkra sadece onbeş günlük süreyi belirlememekte, aynı zamanda yönetim kuruluna bir anlamda emir vermektedir. Yönetim kurulu onbeş günlük kullanma süresini vererek görevini kanuna uygun olarak yerine getirmiş olmaz. Kurulun hakkın "kullanılabilmesi"ne elverişli olan süreyi vermelidir.

Dördüncü fıkra: Bu fıkra bazı tereddütleri ortadan kaldırmak ve bazı hukuka aykırı uygulamalara engel olmak amacıyla öngörülmüştür.

Beşinci fıkra: Bir anonim şirketin hisse senetlerinin (payların) devrine kısıtlamalar getirirken gözettiği menfaat ile pay sahibinin yeni pay alma hakkından doğan menfaati karşılaştığında, rüçhan hakkı tercih edilir. Hüküm bu ilkeyi bir taraftan koymakta bir taraftan da ilkenin uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Bu tercih ilkesi sadece pay sahibi olarak rüçhan haklarını korur; tercih ilkesinden pay sahibi olmayıp devraldığı rüçhan haklarını kullanan kişiler yararlanamaz. Bu husus beşinci fıkrada "şirket rüçhan hakkı tanıdığı" ibaresi ile ifade edilmiştir. Pay sahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına Tasarı 491, 492 ve 493 üncü maddelere konulmaları olanağı tanınmış bulunan bağlama hükümlerine dayanılarak engel olunabilir.

[ADALET KOMİSYONU GEREKÇESİ: Alt Komisyonca Tasarının 461 inci maddesinde aşağıdaki gerekçelerle değişiklik yapılmış; yapılan değişiklikler Komisyonumuzca da kabul edilmiştir; ayrıca, maddede Komisyonumuzca redaksiyon yapılmıştır:

"Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde "esas sermayenin yüzde altmış" ibaresine "en az" ibaresi eklenerek oran netleştirilmiş; ayrıca, "ve" kelimesi anlam ve amaca daha uygun olduğu için "veya" yapılmıştır. Ayrıca mevcut üçüncü fıkra genişletilmiştir. Geniş içeriğe uygun olarak yeniden kaleme alınan fıkrada yönetim kurulunun rüçhan haklarının kullanılmasını esaslarını gösteren bir karar almasını; bu kararı tescil ve 35 inci maddedeki gazete ile tirajı en az elli bin olan ve yurt düzeyinde dağıtım yapan bir gazetede ilân ettirmesini ve ilanını ayrıca şirketin internet sitesine koyulmasını öngören bir hüküm konulmuştur. Çünkü, pay sahiplerinin bazılarının gizlenerek sermayenin artırılması olaylarına uygulamada, haklarında önlem alınmasını gerektirecek yoğunlukta rastlanmaktadır."]

I. Hakkın Kaldırılması veya Sınırlandırılması

A. Rüçhan Hakkının Esas Sözleşme ile Sınırlandırılıp Sınırlandırılmayacağı

Yeni TTK m. 461, AB'nin 2 Nolu Şirketler Hukuku m. 29/4 ve Alman AKTG m. 153/3'de olduğu gibi, açık bir ifade ile rüçhan hakkının esas sözleşme ile kaldırılmayacağını hüküm altına almamış, 1992 tarihli İsviçre BK m. 652d de olduğu gibi "Genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı, ancak haklı sebepler bulunduğu takdirde ve en az esas sermayenin yüzde altmışının olumlu oyu ile sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir." Kuralını getirmiştir.

Hüküm bu şekilde olmasına rağmen, madde gerekçesinde, hiçte madde 461 metnine ve kanunun diğer maddelerine (m.478/2, m.503) uygun olmayan bir şekilde, "İkinci fıkraya yeni pay alma hakkını güçlendiren, dolayısıyla pay sahibini koruyan dört ilkeye yer vermektedir: (1) **Mevcut hükmün aksine Tasarıya göre rüçhan hakkı esas sözleşme ile sınırlandırılmaz ve kaldırılamaz. Yeni sisteme hakim olan düşünce bu hakkın kaldırılmamasının, hatta sınırlandırılmamasının gerekli olduğu bu yola ancak istisnaen gidilebilmesidir. İstisnanın uygulanması söz konusu ise, genel kurul somut olayın özelliklerine göre kararını vermelidir. Esas sözleşmede yer alacak ve hakkı kaldırmaya ya da sınırlandırmaya olanak veren genel bir hüküm bu temel düşünce ile çelişirdi.**" Açıklamasına yer verilmiştir. Bu açıklamanın, yeni TTK'yı açıklamak için yayınlanan eserlerde de etkili olduğu ve yeni TTK'nın pay sahibinin rüçhan hakkının esas sözleşme ile kısıtlanamayacağı kuralını getirdiğini görüşlerinin savunulmasında etkili olduğu anlaşılmaktadır³.

Oysa, 6102 sayılı 461/2'de olduğu gibi, 6762 sayılı TTK'nun 394 maddesi de "**Umumi heyetin esas sermayenin artırılmasına müteallik kararda aksine şart olmadıkça**, pay sahiplerinden her biri yeni hisse senetlerinde şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabilir." Kuralını koymuştur.

Bu kurala göre, rüçhan hakkının esas sermaye artırımının yapıldığı genel kurul toplantısında kaldırılabilmesi ve sınırlandırılabilmesi anlaşılmaktaydı. Ancak, bu hakkın esas sözleşme hükmü ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı madde metninde açıkça düzenlenmediği⁴ gibi, hakkın sınırlandırılmasında, hangi nisabın olması gerektiği, hakkı sınırlandıran genel kurul çoğunluğunun uyması gerekli olan kıstasların bulunup bulunmadığı hususları kanunda açık bırakılmıştı.

Buna karşılık 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun rüçhan hakkını düzenleyen 652 maddesi "**Esas sözleşmede veya esas sermayenin artırılması kararında aksine düzenleme getirilmedikçe**, her pay sahibi yeni hisse senetlerinin halen sahip olduğu payları ile orantılı bir kısmını talep etmeye yetkilidir." Kuralını getirerek bu hakkın esas sözleşme hükmü ile de kaldırılabilmesini hüküm altına almıştı.

Hatta 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun 656 maddesinde ilk esas sözleşmede ya da esas sözleşmenin sonradan değiştirilmek suretiyle "yeni paylardan öncelikle alma hakkı imtiyazı veren, imtiyazlı pay çıkartılabilmesine veya m. 657/3 uyarınca esas sözleşmeye hüküm koymak şartı ile yeni çıkartılacak hisse senetlerini alma hakkı tanınan, intifa senetleri çıkartılarak pay sahiplerinin rüçhan haklarının esas sözleşme hükümleri ile kısıtlanabileceğini m. 652 uygun olarak öngörülmüştü.

³ Abuzer Kendigelen; Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, sh. 315; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu "Ticari İşletme" ve "Ticaret Şirketlerine" Getirilen Yenilikler, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul 2012, sh.25.

⁴ 6762 sayılı TTK m. 516/2, limited şirketlerde ortakların rüçhan hakkının şirket sözleşmesi veya artırma kararı ile kaldırılabilmesini "Artırılan kısım için yeni ortak alınabilir. Şu kadar ki, mukavelede veya artırım kararında aksine hüküm olmadıkça, her ortak sermayesi nispetinde sermayenin artırılan kısmına iştirak etme hakkını haizdir." Kuralını getirerek açıkça kabul etmişti.

İsviçre Borçlar Kanununun anonim şirketlere ilişkin hükümleri 1991 yılında değiştirildi. Değiştirilen maddelerden birisi de, pay sahibinin rüçhan hakkını düzenleyen, 652. maddeydi.

Rüçhan hakkı 1991 tarihli yeni Borçlar Kanununun 652b maddesinde;

“1-Her pay sahibinin, yeni ihraç edilen payların, halen sahip olduğu payları ile orantılı kısmı üzerinde talep hakkı vardır.

2- Pay sermayesinin artırımı hakkındaki genel kurul kararı yeni pay alma hakkını, sadece önemli sebeplerle kaldırabilir. Önemli sebepler olarak bir işletmenin tamamının veya bir kısmının ya da k atılımların devralınması veya işçilerin ortaklığa katılması sayılabilir. Yeni pay alma hakkının kaldırılması yoluyla hiç kimse objektif olmayan bir tarzda yarar sağlayamaz veya zarara uğratılamaz.

3- Şirket, yeni pay alma hakkı tanıdığı pay sahibinin bu hakkını kullanmasına esas sözleşmede nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması sebebini göstererek engel olmaz.”

Şeklinde düzenlenmişti. İsviçre kanun koyucusu, rüçhan hakkının esas sözleşme hükmü ile sınırlandırılabilceğini açıkça düzenleyen kuralı yukarıdaki şekilde kaldırmıştı. Ne var ki, İsviçreli esas sözleşme hükmü ile rüçhan hakkı imtiyazı veren (OR m 654, 656/1) veya rüçhan hakkı tanınan intifa senedine ilişkin hükümlere (OR m. 657/2) hiç dokunmamışlar, bir ölçüde 6762 sayılı kanun dönemindeki, Türk hukukunda var olan hukuki duruma ulaşmışlardı. İsviçre hukukunda söz konusu olabilecek bu paradoks, 1995 yılında savunduğum doktora tezimde dile getirilip eleştirilmişti⁵.

Hemen belirtelim ki, Türk hukukunda, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasına ilişkin açık bir hüküm, İsviçre BK m. 652’de olduğu gibi, bulunmadığı için, konu doktrinde tartışıldı ve çoğunluk, 6762 sayılı TTK m. 401 ve 403 hükmünü dikkate alarak, anonim şirketin ilk esas sözleşme ile ya da esas sözleşmesini sonradan değiştirerek pay sahiplerinin rüçhan hakkını, rüçhan hakkı imtiyazı veren paylar veya yeni pay alma hakkı tanınan intifa senedi çıkartarak kısıtlayabileceği görüşü çoğunluk tarafından kabul ediliyordu.

Ne var ki, yeni TTK’da rüçhan hakkı konusunda, ortaya çıkabilecek sorunlar irdelenmeden AB’nin Şirketler Hukukuna ilişkin 2 Nolu Yönergesinin 29/4 yer alan **“Yeni pay alma hakkı şirket esas sözleşmesiyle ya da kuruluş anlaşmasıyla kısıtlanamaz ve yok edilemez. Kısıtlama veya yok etme ancak genel kurul kararıyla yapılabilir..”** kuralını almak yerine, kendi içinde sorunlu olan İsviçre BK m. 652d hükmü mehz alınmıştır.

Bu değişiklik, mevcut kanun zamanında var olan tartışma ve belirsizliği gidermemektedir. Zira yeni TTK m. 478/2’de esas sözleşme ile rüçhan hakkı imtiyazı veren imtiyazlı pay çıkartılması ve m.503’de ise yeni pay alma hakkı veren intifa senedi çıkartabilme imkanı, yani esas sözleşme ile pay sahibinin yeni pay alma hakkını kaldırma veya sınırlandırma imkanı halen varlığını sürdürmektedir⁶.

Bu hususun varlığı, Tasarının kamuoyuna sunulduğu ve buna ilişkin ilk bilimsel toplantının yapıldığı 13 Mayıs 2005 tarihinde dile getirilip eleştirilmesine rağmen⁷, bu

⁵ Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul, 1996, sh.17-18.

⁶ Diğer yandan kanun koyucu, rüçhan hakkının esas sözleşme ile sınırlandırılmasını limited şirketler için ise açıkça kabul etmiştir. Yeni TTK m. 591/1 de **“şirket sözleşmesinde veya artırımı kararında aksi öngörülmemişse**, her ortak esas sermaye payı oranında, esas sermayenin artırılmasına katılma hakkına sahiptir.” Kuralı ile benimsenmiştir.

⁷ Şükrü Yıldız; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans Bildiriler, Tartışmalar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Anonim ve Limited Şirkete İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Ankara-13-14 Mayıs 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, sh.91-92.

haklı eleştiriler, bilim komisyonu ile TBMM Adalet Komisyonu tarafından dikkate alınmayarak, anılan sorunlu metnin kanunlaştırılması sağlanmıştır.

Bu nedenle, hukukumuzdaki tartışma yeni hükme rağmen halen varlığını sürdürecektir. Hatta yeni hükme rağmen, kanun yürürlüğe girdikten sonra da rüçhan hakkı imtiyazlı pay veya intifa senedi çıkartılması yolu ile kısıtlanabilecektir.

Bu durumun ise AB şirketler hukukuna uyumlu olmadığı, kanunun hedefinin bu noktada gerçekleştirilmemiş olduğu sonucuna götüreceği açıktır. Yapılması gereken hem 461 maddeye hakkın esas sözleşme ile kısıtlanamayacağı kuralını koymak, hem de TTK m. 478/2 ve m. 503 hükmünde yer alan yeni pay alma hakkı tanınacağına ilişkin hükümleri, madde metninden çıkartmak olmalıdır⁸.

Bu değişiklikler yapılmadığı sürece, anonim şirketler, 6762 sayılı TTK zamanında esas sözleşmeleri ile oluşturdukları rüçhan hakkı imtiyazı veren payları veya yeni pay alma hakkı veren intifa senetlerini, 6103 sayılı Uygulama Kanununun 22. maddesine⁹ göre, m.461'in gerekçesine rağmen, değiştirmek zorunda kalmayacaklardır. Hatta, yeni TTK yürürlüğe girdikten sonra da mevcut AŞ'ler esas sözleşmelerini değiştirerek, yeni kurulacaklar ise ilk esas sözleşmeye hüküm koymak suretiyle, rüçhan hakkı imtiyazı veren paylar veya intifa senetleri çıkartmak suretiyle, pay sahiplerinin rüçhan haklarını kısıtlayabileceklerdir.

B. Genel Kurul Kararı ile Sınırlandırma Şartları

a. Zamanı

Yürürlükteki kanunda olduğu gibi, yeni TTK m.461/2'de, anonim şirketin menfaatleri, sosyal düşünceler ve gereklilikler haklı gösterdiğinde, genel kurulun esas sermaye artırımına ilişkin genel kurul toplantısında, eşit işlem ilkesine uyularak pay sahibinin rüçhan hakkının sınırlandırılmasına izin vermiştir.

Bu nedenle genel kurul her toplantısında değil, sadece esas sermaye artırımını yaptığı toplantısında rüçhan hakkını sınırlandırabilecektir.

b. Sınırlandırma gerekçesi

Yeni TTK m. 461/2, bir yenilik olarak rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılmasının haklı sebeplerin varlığında mümkün olduğunu belirterek, mevcut TTK m. 394'de bulunmayan, önemli bir yenilik getirmiştir. Ayrıca madde hakkın sınırlandırılması ya da kaldırılmasıyla hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmayacağı veya kayba uğratılmayacağı kuralını da koymuştur. Madde metninde haklı sebepler, "**Özellikle, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep kabul olunur.**" İfadesi ile örnek kabilinden gösterilmiştir. Genel kurulun rüçhan hakkını sınırlandırma veya kaldırma kararı, yeni TTK m.357 temel bir ilke olarak benimsenen eşit işlem ilkesine ile m. 445 ifade edilen dürüstlük kuralına uygun bulunmalıdır. Ayrıca sınırlandırma için gösterilen sebeplerin gerçekten haklı bir sebep olup olmadığına, açılan iptal davasında mahkemeler karar verecektir.

⁸ Aynı görüşte, Erdoğan Moroğlu, TTK Tasarısı Hakkında Değerlendirme ve Öneriler, 5. baskı, İstanbul 2007, s. 253; Sevgi Epçeli; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Yeni Pay Alma Hakkı İle İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme Eleştiriler ve Öneriler, İstanbul Barosu Dergisi 2010, C.84, S.6, sh.3605.

⁹ 6103 sayılı UyK. M. 22 "Anonim şirketler esas sözleşmelerini, limited şirketler şirket sözleşmelerini, yayımı tarihinden itibaren on sekiz ay içinde Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu hale getirirler. Bu süre içinde gerekli değişikliğin yapılmaması halinde, esas sözleşmedeki düzenleme yerine Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

c. Sınırlandırma Konusunun Gündemde Yer Almasının Gerekli Olup Olmadığı

6762 sayılı TTK m. 394 'de yer almayan ve mevcut kanun döneminde tartışmalara neden olan bu husu yeni TTK m. 461'de de eksik bırakılmıştır. Zira, pay sahipleri açısından önemli her fırsatta ifade edilen rüçhan hakkının sınırlandırılma veya kaldırılması için bu hususun gündemde açıkça gösterilmesinin gerekli olduğunun belirtilmesi önemli bir eksikliklerdir.

Bununla birlikte yeni TTK m. 413 de, 6762 sayılı TTK m. 369 da olduğu gibi, gündeme bağlılık ilkesini benimsemiştir. Anılan madde 413 f.2 hükmüne göre "gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz. Kanuni istisnalar saklıdır." Kuralını getirmiş ayrıca "yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçimi yıl sonu finansal tabloların müzakeresi maddesi ile ilgili sayılarak." Kanundaki istisnalardan birisi de gösterilmiş ve yeni TTK m. 364 kuralla uyumu sağlanmıştır. Gündeme bağlılık ilkesinin bir diğer kanuni istisnası yeni TTK m. 438 de özel denetçi talebi konusunda getirilmiştir.

Oysa yeni TTK da, rüçhan hakkının sınırlandırılması için gündemde madde olmasına gerek olmadığına ilişkin kanuni bir istisna getirilmemiştir. Bu nedenle, yeni TTK ile birlikte m. 413/2 hükmü gereğince, hakkın sınırlandırılmasının genel kurulda görüşülebilmesi için konunun gündemde açıkça gösterilmesi şarttır.

6762 sayılı TTK m.394 döneminde savunulan ve Yargıtay kararlarına da yansıyan "rüçhan hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması konusunun sermaye artırımı kararının doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu, bu nedenle sınırlandırılma ya da kaldırılmasının ayrıca gündemde gösterilmesinin zorunlu olmadığı" görüşü etkisini kaybetmiş olacaktır.

Bununla birlikte, bu hususun madde metninde açıkça gösterilmesi, hem ileride doğacak tartışmaları önlemesi hem de hakkın pay sahipleri tarafından daha iyi kullanılması açısından, daha uygun olurdu. Ne var ki, anılan husus özel olarak hüküm altına alınmak yerine genel kurallara bırakılmıştır.

d. Nisap

TTK m. 394 deki hükmün aksine, yeni TTK m.461/2, genel kurulun rüçhan hakkını sınırlandırması veya kaldırmasına dair alacağı kararda uygulanacak nisabi açıkça göstermiştir. Bu maddeye göre, hakkın genel kurulda kaldırılması veya sınırlandırılabilmesi için esas sermayenin % 60'nın böyle bir öneriye olumlu oy vermesi zorunludur. Bu nisap esas sözleşme hükmü ile azaltılamaz.

Bu düzenleme, mevcut TTK m. 394'deki bir eksikliği ve doktrindeki tartışmaları sona erdirmiş, ayrıca AB'nin 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesinin 29/4 maddesi ile bu maddenin atfı yaptığı 40. Maddeye uyum sağlamış olmaktadır¹⁰.

¹⁰ Madde 40: Üye devletlerin yasalarında, 29 (4) ve (5), 30, kararların, menkul kıymetlere veya temsil edilen taahhüt edilmiş sermayeye bağlı oyların üçte ikiden az olmayan bir çoğunluğu ile alınması gerektiği öngörülmelidir.

2. Bununla birlikte, üye devletlerin mevzuatı, taahhüt edilmiş sermayenin en azından yarısının temsil edilmesi halinde paragraf 1'de belirtilen oyların basit çoğunluğunun yeterli olduğunu öngörebilirler.

II. Hakkın Kullanılması

Nisbi ve şahsi bir hak olan rüçhan hakkının, pay sahipleri tarafından kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Sermaye artırımı kararı ile soyutluktan çıkıp somut hakka dönüşen hak pay sahibi istediği takdirde kullanılabilen bir hak karakterindedir. Bu nedenle hakkın somut hale geldiğini pay sahiplerine bildirmek, hak sahipleri açısından çok önemli olduğu gibi, pay sahibinin bu hakkı kullanıp kullanmayacağı hususunun şirket tarafından bilinmesi de çok önemlidir.

Bu nedenle yeni TTK m. 46/3 de “Yönetim kurulu yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarını bir karar ile belirler ve bu kararda pay sahiplerine en az onbeş gün süre verir. Karar tescil ve 35 inci maddedeki gazete ile tirajı en az elli bin olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan bir gazetede ilân olunur. Ayrıca şirketin internet sitesine konulur.” hükmünü getirmiştir. Somut hale gelen hakkın kullanılması pay sahibinin tek taraflı irade beyanı ile olur ve bu husus şirketin kabulüne bağlı değildir. Ancak, yeni payların alınması için gerekli olan paranın belirlenen sürede belirlenen bankaya veya şirkete yatırılması gereklidir.

A. Süre

Maddede ifade edilen en az 15 günlük kullanma süresi verilmesi gereği, 6762 sayılı TTK m. 394 ve AB 2 Nolu Şirketler Hukuku Yönergesi ile uyumlu bulunmaktadır. Yönetim kurulu tarafından, hakkın kullanımı için verilen bu sürenin 15 günden az olmaması gerekmektedir. Ancak yönetim kurulu bu süreyi isterse daha da uzatabilir. Hatta şartlar gerektiriyorsa 15 günden daha fazla süre vermesi de gerekebilir. Bu sürenin bir hak düşümü süresi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında açıkça benimsenmiştir. Yapılan ilan tarihlerinin birbirinden farklı olması halinde, süre kararın son ilanından itibaren işlemeye başlayacaktır¹¹. Belirlenen süre geçtikten sonra yönetim kurulu kullanılmayan rüçhan haklarına karşılık gelen payları istediği kişiye satma hakkına sahiptir. Anılan durumda, mevcut kanun m. 394 de olduğu gibi, yeni TTK m. 461 de de bir açıklık olmamasına rağmen, diğer pay sahiplerinin kanundan doğan bir öncelik hakları bulunmamaktadır.

B. İlan

Buna karşılık yeni TTK, mevcut m. 394’ün ilana ilişkin açık olmayan hükmünü daha anlaşılır bir şekilde ifade ederek var olan tartışmalara son vermiştir. Zira m. 394 de “ İdare meclisi pay sahiplerine verilecek senetlerin ihraç bedellerini gazetelerle ilan eder” şeklinde düzenlenmişti. Madde metnindeki “gazeteler” ibaresi ise, doktrinde ve Yargıtay kararlarında TTSG de ilanı da gerektirip gerektirmediği konusunda tartışma çıkarmıştı. Oysa yeni TTK açıkça, rüçhan hakkının kullanılabilme esaslarını içeren yönetim kurulu kararının tescil ve 35. Maddedeki gazete ile traşı en ve az elli bin olan yurt düzeyinde dağıtımı yapılan bir gazetede ilan edilmesi şartını aramıştır. Kanun ayrıca, bu kararın, yeni TTK m. 1524 gereğince açılması zorunlu olan şirketin internet sitesinde de yayınlanmasını gerekli kılmıştır.

Yönetim kurulunun rüçhan hakkının kullanılma esaslarını belirlediği kararında, ihraç bedellerinin de gösterilmesi herhalde zorunludur.

¹¹ Epçeli, sh.3601.

IV. Hakkın Devri

6762 sayılı TTK döneminde, sermaye artırım kararı ile şirkete karşı kullanılabilir somut ve bağımsız bir hakka dönüşen rüçhan hakkının, paydan ayrı olarak satım, bağışlama yolu devredilebileceği veya mirasçılara devredileceği kabul edilmişti. Ancak mevcut payların ve pay senetlerinin devrinin esas sözleşme ile yasaklanmış ya da şirketin muvafakatine bağlı olduğu durumlarda yasağın rüçhan hakkının devrini de kapsayıp kapsamadığı tartışılmıştı.

Konu doktora tezimde üç durum birbirinden ayrılarak incelenmiş ve çözümler önerilmişti. - Buna göre mevcut paylar bağlı nama yazılı olmamasına rağmen, yeni çıkartılacak paylar bağlı nama yazılı ise, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması artırılmış şartlar altında geçerlidir.

- Eski paylarda bağlam olmasına rağmen, yeni çıkartılan paylarda bağlam yoksa, o zaman yeni pay alma hakkının devrinin sınırlandırılması mümkün değildir. Zira böyle bir durumda ortaklık yeni ihraç ettiği ve bağlam getirmediği paylar bakımından bu payların pay sahiplerinin kişiliği ile bağlı olmadığını kabul etmiştir.

- Hem mevcut eski paylar hem de sermaye artırım nedeni ile yeni çıkartılan paylara bağlam getirilmişse, bu durumda yeni pay alma hakkının devri de sınırlandırılmış olmaktadır. Anılan durumda ortaklığın arzu etmediği üçüncü kişileri pay sahibi olarak kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Hak devredilmiş olsa bile ortaklık devre muvafakat etmediği sürece, devir alan kişi yeni pay alma hakkını kullanamayacaktır¹².

Yeni TTK m. 461/4, rüçhan hakkının devredilebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Aynı ca maddenin 5. fıkrasında, yukarıda belirttiğim sorunu çözmek için, ancak açık ve anlaşılır olmayan bir şekilde "Şirket, **rüçhan hakkı tanıdığı pay sahiplerinin**, bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devredilmelerinin esas sözleşme ile sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engellemez" kuralı ile çözmeye çalışmıştır. Fıkra ile ilişkin gerekçede ise "Bir anonim şirketin hisse senetlerinin (payların) devrine kısıtlamalar getirirken gözettiği menfaat ile pay sahibinin yeni pay alma hakkından doğan menfaati karşılaştığında, rüçhan hakkı tercih edilir. Hüküm bu ilkeyi bir taraftan koymakta bir taraftan da ilkenin uygulama alanını sınırlandırmaktadır. Bu tercih ilkesi sadece paysahibi olarak rüçhan haklarını korur; tercih ilkesinden paysahibi olmayıp devraldığı rüçhan haklarını kullanan kişiler yararlanamaz. Bu husus beşinci fıkroda "şirket rüçhan hakkı tanıdığı" ibaresi ile ifade edilmiştir. Paysahibi olmayan herhangi bir kişinin devren haiz olduğu rüçhan haklarını kullanmasına Tasarı 491, 492 ve 493 üncü maddelerle konulmaları olanağı tanınmış bulunan bağlama hükümlerine dayanılarak engel olunabilir." Açıklaması yapılmıştır.

Buna göre, mevcut eski payları bağlı nama yazılı olmayan bir anonim şirket sermaye artırım sonucu bağlı nama yazılı pay oluşturmuş ise, mevcut rüçhan hakkı sahibinin bu hakkını oluşturulan yeni bağlam gerekçe göstererek, kullanmasına engel olamayacaktır.

Buna karşılık, hem eski hem yeni paylar bağlamlı, ya da eski pay bağlamlı olmamasına rağmen yeni bağlamlı oluşturulmuş ise, pay sahibinin rüçhan hakkı bulunmasına rağmen, bu hakkı devir yetkisi olmayacak dolayısıyla, rüçhan hakkını devralan ancak esas sözleşmede gösterilen şartları taşımayan üçüncü kişiler devraldığı rüçhan hakkını kullanarak pay sahibi sıfatını kazanamayacaktır. Bunların pay sahibi olabilmesi için anonim şirketin devre muvafakat etmesi gerekecektir.

Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, madde metni bu açıklamaları teyit edecek açıklıkta kaleme alınmamış, gerekçede de konuya ilişkin yeterli açıklamaya yer verilmemiştir.

¹² Yıldız, Yeni Pay Alma Hakkı, sh. 255-256.

