

ANONİM ORTAKLIK ANA SÖZLEŞMESİNDE YÖNETİM KURULU ÜYE SAYISININ BELİRLENMESİ

Yard. Doç. Dr. Alihan Aydın*

I. Sorun

1. Yönetim kurulu üye sayısının asgari üç kişi olarak belirlendiği 6762 sayılı ETK'dan (m. 321/1) farklı olarak kanun koyucu, 6102 sayılı TK ile yönetim kurulunun tek üyeden oluşmasına (TK m. 359/1) imkân tanımak yanında ana sözleşme içeriğinin düzenlendiği hükümde de değişikliğe gitmiş ve TK m. 339/2 (g)'de (ETK m. 279'da bulunmayan bir hüküm olarak) “*yönetim kurulu üyelerinin sayıları*”nın da artık ana sözleşmede yer almasını zorunlu kılmıştır.

Bu durumda incelenmesi gereken sorun, ETK uygulamasında anonim ortaklık ana sözleşmelerinde sıklıkla görülen, yönetim kurulu üye sayısına ilişkin kesin bir sayı verilmeyip (i) sadece alt ve üst sınırın belirlendiği veya (ii) yalnızca alt sınıra yer verilip üst sınırın gösterilmediği düzenlemelerin TK m. 339/2 (g) ışığında geçerli olup olmadıkları, dolayısıyla bu konuya ilişkin ana sözleşmelerde bir uyarlamaya gidilmesi gerekip gerekmediğidir.

2. Öğretide 6102 sayılı TK'ya yönelik konu hakkında görüş açıklayan az sayıdaki yazarlardan *Tekinalp*, yönetim kurulunun kaç üyeden oluşacağına ana sözleşmede yer alması gerektiğine yönelik TK m. 339/2 (g) hükmünü zikretmekle yetinerek, başkaca bir gerekçe göstermeksizin, ana sözleşmede üye sayısının seçenklere olanak verecek şekilde (5 ilâ 7 veya 3 ilâ 11 gibi) belirlenebileceğini ileri sürmektedir¹. Benzer şekilde *Pulaşlı* da, ana sözleşme ile üye sayısının taban ve tavan sayıları öngörülerek yönetim kurulunun kaç üyeden oluşacağına ilişkin takdir yetkisinin genel kurula bırakılabileceğini dile getirmekte, ancak yazar da görüşünü herhangi bir yasal gerekçeye dayandırmayıp ETK döneminde savunulan görüşlere atıfla yetinmektedir².

Buna karşılık sorunu özel olarak inceleyen *Akdağ Güney* ise, öncelikle TK m. 340 ile anonim ortaklık hukukumuzda kazandırılan “emredici hükümler ilkesi”ne işaret ettikten, diğer bir söyleyişle, kanunda aksine düzenleme yapılmasına açıkça izin verilen durumlar dışında yasal düzenlemeden sapılamayacağı, bu bağlamda kanunun sustuğu hallerde de ana sözleşme ile

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

Bu makale 01.01.2013 tarihinde yürürlükte olan mevzuat, öğretilerdeki görüşler ve uygulama dikkate alınarak hazırlanmıştır.

1 **Ünal Tekinalp**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 117, N. 11.

2 **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, C. I, s. 889-890.

yasadan ayrıık hükümler getirilemeyeceği açıklamasına yer verdikten sonra TK m. 339/2 (g)'nin lâfzından ve yorumlanmasından ana sözleşmede alt ve üst sınır öngörülerek genel kurulun yönetim kurulu üye sayısını belirlemesine olanak sağlayan bir anlam çıkmadığını ileri sürmekte, oysa hükme kaynak oluşturan AktG § 23/3, b. 6'da, ana sözleşmede yönetim kurulu üye sayısı yanında üye sayısının nasıl belirleneceğine ilişkin kuralın verilmesinin yeterli görüldüğünü, bu hükümden hareketle Alman doktrininde ana sözleşmede yalnızca yönetim kurulu üye sayısının alt ve üst sınırının belirlenmesinin veya buna ilişkin bir kuralın öngörülmesinin mümkün olduğunun kabul edildiğini dile getirmektedir³. Ardından yazar haklı olarak, mehz kanundaki sınırlamaları dahi aşan TK hükmünün AktG § 23/3, b. 6 düzenlemesinin yarısı unutulurak çevrilmediyse neden getirildiği hususunun açıklanmaya muhtaç olduğunu da eklemektedir.

II. DEĞERLENDİRME

1. ETK döneminde anonim ortaklık ana sözleşmelerinde yönetim kurulu üyelerinin kaç kişiden oluşacağına ilişkin kesin bir sayı verilmeyip sadece alt ve üst sınırın belirlenmesi herhangi bir hukuksal soruna neden olmamaktaydı. Zira ETK'da, anonim ortaklık ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısını belirlemeyi zorunlu kılan bir hüküm yoktu. Diğer bir anlatımla ETK, yönetim kurulu üyelerinin sayısının ana sözleşmede gösterilmesine yönelik bir zorunluluk öngörmediği için üye sayısının ETK m. 321/1'in aradığı asgari üç üyeden az olmamak kaydıyla istenilen sayıda belirlenebilmesi dışında ana sözleşmede yalnızca en az veya an çok üye sayısı tespit edilerek, hatta yalnızca alt sınırdan söz edilip üst sınır açık bırakılarak her bir seçimde üye sayısını saptama yetkisinin genel kurula terk edilmesine imkân tanınması geçerli bir düzenleme oluşturmaktaydı⁴.

Nitekim ETK düzenlemesinin paralellik arz ettiği İsviçre hukukunda da, anonim ortaklık ana sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısına ilişkin kesin ve belirleyici bir kuralın kanunda aranmamasından yola çıkılarak uygulamada yönetim kurulu üye sayısının belirlenmesi konusunda genel kurula geniş bir takdir alanı tanıyan düzenlemelere yer veren; buna göre yönetim kurulu üye sayısına alt ve üst sınır çizilerek nihai belirlemeyi genel kurulun yapacağı veya yalnızca bir alt sınır öngörülüp gerekli sayının tümüyle genel kurul tarafından tespit edileceği yönündeki çözümlere rastlamak mümkündür ve bu çözümlerin hiçbirinin geçerliliğinden kuşku duyulmamaktadır⁵.

³ **Necla Akdağ Güney**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 12-13.

⁴ ETK çerçevesinde konuya ilişkin öğretilerdeki tüm görüşlerin toplu bir değerlendirmesi için bkz. **İsmail Cem Soykan**, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul 2012, s. 35 vd.

⁵ Bkz. **Wolfhart Bürgi**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Zürich 1969, OR Art. 708 N. 33; **Martin Wernli** (Honsell/Vogt/Watter), in Basler Kommentar – Obligationenrecht II, 3. Auflage, Zürich 2008, OR Art. 707, N. 5.

2. Bu durumda ETK'nın yürürlükte olduğu süre boyunca herhangi bir soruna neden olmaksızın süregelen bu uygulamaya karşın TK m. 339/2 (g) ile yeni bir düzenleme getirilmesinin gerekçesi sorgulanmayı hak etmektedir.

Ne var ki TK m. 339'a ilişkin gerekçede, düzenlemenin nedeni konusunda hiçbir açıklama bulunmadığı gibi gerekçe, hükmün kaynağı konusunda da suskundur. Her halde hükmün, kısmen AktG § 23/3, b. 6'yı yansıtmakla kaynağını Alman hukukundan aldığı, AktG § 23/3 b. 6'nın kaynağını ise Avrupa Topluluğu'nun şirketler hukukuna ilişkin 77/91 sayılı 13/12/1976 tarihli İkinci Yönerge'si oluşturduğu dikkate alındığında yapılan bu değişikliğin Türk hukukunun Avrupa Birliği hukuku ile uyumlaştırılma çabasının bir sonucu olduğu söylenebilir.

3. O halde ulaşılan bu noktada, İkinci Yönerge'nin yönetim kurulu üye sayısı bakımından ana sözleşmede ne tür bir düzenlemeyi zorunlu kıldığına bir göz atmak gerekir.

İkinci Yönerge'nin 2. maddesinin (d) bendinde (ve bu yönerge yerine kabul edilen 2012/30/EU sayılı yeni yönergenin 2. maddesinin (e) bendinde) anonim ortaklık ana sözleşmesinde, yalnızca "üye sayısının belirlenmesine ve üye atanmasının yöntemine ilişkin kuralların" ("*... the rules governing the number of and the procedure for appointing members of the bodies*") ana sözleşmede bulunması zorunluluğu aranmakta, ancak yönetim kurulu üye sayısının sabit bir rakam olarak ana sözleşmede yazılması gereğinden söz edilmemektedir.

Nitekim İkinci Yönerge'nin anılan hükmüyle Alman hukukunu uyumlaştırma amacıyla AktG § 23/3 b. 6'yı kaleme alan Alman kanun koyucusu da hükmün gerekçesinde, o tarihe kadarki uygulamada yönetim kurulu üye sayısının belirli bir rakam olarak ana sözleşmelerde gösterilmediğini, bunun yerine uygulamada anonim ortaklıkların ana sözleşmelerinde ya yönetim kurulu üye sayısının alt ve üst sınırına yer verildiğini veya böyle bir sayı dahi belirlemeksizin örneğin "gözetim kurulu tarafından yönetim kurulu üye sayısı belirlenir" şeklinde veya buna benzer bir kuralın ana sözleşmelere yazıldığını, bu uygulamanın Yönergeye de uygun olduğunu vurgulamış ve sonuç olarak ana sözleşmede "*yönetim kurulu üye sayısı veya bu sayının belirlenmesine ilişkin kural*"ın (AktG § 23/3 b. 6) bulunmasını yeterli görmüştür⁶.

4. Görüldüğü üzere TK m. 339/2 (g)'de yer verilen "*yönetim kurulu üyelerinin sayıları*" hükmünün, gerek mehz AktG § 23/3 b. 6, gerekse onun da kaynağını oluşturan İkinci Yönerge m. 2/b. (d) ışığında okunduğunda esasen bugüne kadarki uygulamaya aykırı, herhangi bir haklı menfaati koruma

⁶ AktG § 23/3 b. 6'nın gerekçesi için bkz. BT-Drucks. 8/1678, s. 12. Gerekçedeki açıklamaya paralel olarak AktG § 23/3 b. 6 kapsamında yönetim kurulu üye sayısının belirlenmesi konusunda (i) sabit bir rakam, (ii) alt ve üst sınır belirleme ve (iii) üye sayısının belirlenmesine yönelik bir kural koyma şeklinde olmak üzere üç farklı yöntemin öngörülebileceği hakkında bkz. **Andreas Penz**, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, 3. Auflage, München 2008, Art. 23 N. 136.

amacı gütmeyen gereksiz bir sınırlama getirdiği açıktır. Dolayısıyla maddenin bu kaynak düzenlemeler de dikkate alındığında mümkün olduğunca geniş yorumlanması ve böylelikle uygulamada yönetim kurulu üye sayısı bakımından ana sözleşmelerde bulunmasına ihtiyaç duyulan esnekliğin bir ölçüde sağlanması isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Hüküm bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde anonim ortaklık ana sözleşmelerinde alt ve üst sınır bulunmak kaydıyla yönetim kurulu üye sayısının esnek şekilde belirlenmesi yönteminin TK bakımından da geçerliliğini koruyacağı, ne var ki uygulamada yönetim kurulu üye sayısı bakımından başvuru ikinci bir yöntem olan, üst sınır öngörülmeक्सizin yalnızca alt sınır tespit edilerek üye sayısını belirleme yetkisinin genel kurula bırakılmasına artık olanak bulunmadığı sonucuna varılmak gerekir.

Kanımızca bu yorumu bizatihi hükmün lâfzının desteklediği söylenebilir. Gerçekten, maddede, yönetim kurulu üyelerinin “sayısı” değil, -çoğul bir ifade kullanılarak- “sayılarının” yer alabileceğinden söz edilmektedir. Şayet öğretilde *Akdağ Güneş’in*⁷ ileri sürdüğü üzere ana sözleşmede yalnızca tek bir sayı belirleme zorunluluğu öngörülmek istenseydi, bu durumda doğru bir dilbilgisi kullanımı bakımından yönetim kurulu üyelerinin “sayısı”nın ana sözleşmede yer almasından söz edilmek gerekirdi⁸. Bu bakımdan hükümde çoğul olarak kullanılan “sayıları” ifadesi, ana sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının, diyelim “yönetim kurulu iki, üç, dört veya beş kişiden oluşur” şeklinde birden fazla sayı olarak belirlenebilmesine imkân tanır. Öte yandan verilen örnekteki “yönetim kurulu iki, üç, dört veya beş kişiden oluşur” ifadesiyle “yönetim kurulu iki ilâ beş kişiden oluşur” ifadesi aynı anlama geldiğinden ana sözleşmede alt ve üst sınır belirlenmek suretiyle yönetim kurulu üye sayısının genel kurul tarafından belirlenmesine ilişkin bir hükmün geçerli olduğu konusunda duraksamaya yer olmamak gerekir⁹.

⁷ Bkz. yukarıda dñn. 3'te anılan eser.

⁸ Bununla birlikte aslında kanun koyucunun anılan ibareyi bilinçli olarak kullanmasından ziyade hükümde basit bir anlatım bozukluğu bulunduğu ileri sürülebilir de gerek hükmün getirişine neden olan Yönerge düzenlemesinin yönetim kurulu üye sayısının ana sözleşmede sabit rakam olarak gösterilmek suretiyle sınırlandırılmasını aramaması, gerek hükmün gerekçesinde bu yönde bir açıklamaya yer verilmemesi dikkate alındığında, ana sözleşmede yer alacak yönetim kurulu üye sayısının esnek olarak belirlenmesini arayan uygulamanın bugüne kadarki ihtiyacına -kısmen de olsa- cevap verebilecek bu yoruma üstünlük tanımakta bir sakınca görmemek gerekir.

⁹ Doğrusu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın da (TK m. 339/2 (g)'nin metnini gerçekten değerlendirip değerlendirmedeğđ, dolayısıyla bilinçli bir tercihte bulunup bulunmadığı tartışılabilir olmakla birlikte) bu yaklaşımı benimsediğı söylenebilir. Gerçekten Bakanlık, “Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” [Bkz. 29.08.2012 tarih ve 28396 Sayılı Resmî Gazete] m. 5/1 (ç)'de, birikimli oy kullanımının kabul edilebilmesi şartlarından biri olarak ana sözleşmede “yönetim kurulu üye sayısının üçten az olmayacak şekilde sabit bir rakam olarak belirlenmiş olması”nı aradığına göre, mezkur hükmün aksi

Buna karşılık yönetim kurulu üye sayısına bir üst sınır getirilmeyip salt alt sınırın belirlenmesi halinde ise TK m. 339/2 (g)'ye uygun bir hükümden söz edilemez. Zira bu olasılıkta ana sözleşmede belirsiz olarak bırakılan üst sınır ana sözleşmede gösterilmiş bir "sayı" değildir. Dolayısıyla bu şekilde kaleme alınmış bir hüküm -mehaz Alman hukuku ve İkinci Yönerge göz önünde bulundurulduğunda gereksiz bir sınırlama oluşturmakla birlikte- geçerli kabul edilemez.

5. Bu aşamada incelenmesi gereken sorun, TK m. 339/2 (g)'ye uygun olmayan şekilde ana sözleşmeye konulan bir hükmün akıbetinin ne olacağı ve hangi hukuki sonuçlara sebebiyet vereceğidir.

a. Hiç kuşkusuz TK'ya göre yeni kurulan bir anonim ortaklık ana sözleşmesinde TK m. 339/2 (g)'ye aykırı bir hüküm bulunması halinde ticaret sicil müdürü TK m. 32/2'nin kendisine yüklediği görev dolayısıyla şirketi tescilden kaçınmak zorundadır.

Buna karşılık şayet anonim ortaklık ETK döneminde kurulmuşsa, bu durumda ortaklık, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 22 gereğince ana sözleşmesini yürürlük tarihinden itibaren oniki ay içinde (dolayısıyla en geç 01.07.2013 tarihine kadar) Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu hale getirmelidir.

b. İster TK'ya göre yeni kuruluş sırasında sicil müdürünün denetimde ihmali nedeniyle TK m. 339/2 (g)'ye aykırı bir hüküm ana sözleşmeye yerleşsin, isterse ETK döneminde kurulmuş bir ortaklığın ana sözleşmesindeki hüküm YürK'nın öngördüğü süre içinde TK ile uyumlu hale getirilmemiş olsun, şirketin feshi her iki halde de hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasında bir seçenek oluşturamaz.

Gerçekten, TK m. 353'te düzenlenen kuruluştan sonraki fesih davasının açılabilmesi için gerekli şartlardan biri şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmesi veya ihlâl edilmesidir. Halbuki yönetim kurulu üye sayısına yönelik ana sözleşme hükmünün TK m. 339/2 (g)'ye aykırı şekilde oluşturulması durumunda hiçbir şekilde alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin önemli bir şekilde tehliye düşürülmesinden veya ihlâlinden söz edilemez. Bu bakımdan TK'ya göre yeni kurulan bir anonim ortaklıkta sicil müdürünün TK m. 32/2'nin kendisine yüklediği görevi ihmâl etmesi, ardından şirketin TK m. 353 uyarınca bir fesih davasına konu oluşturmasına imkân sağlayamaz.

ETK döneminde kurulup YürK m. 22 gereğince ana sözleşmesini TK'ya uyumlu hale getirmeyen bir ortaklık yönünden ise TK m. 353'ün uygulama alanı bulabilmesi zaten hiçbir şekilde düşünülemez; bu olasılıkta zaten ortada yeni kurulan bir şirket yoktur.

Öte yandan ana sözleşmedeki TK m. 339/2 (g) hükmüne aykırı düzenlemenin varlığının TK m. 210 çerçevesinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bir fesih davası açma imkânı tanınmasından da söz edilemez. Zira TK m. 210/3 uyarınca Bakanlık tarafından anılan madde gereğince bir fesih davası açılabilmesi için öncelikle ticaret şirketinin “*kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlen*” melidir. Oysa salt TK m. 339/2 (g)'ye aykırı bir kuralın ana sözleşmede yer alması, şirketin bir “iş veya faaliyeti” olarak nitelendirilmeyeceğine göre TK m. 339/2 (g)'ye uygun olmayan bir kuralın ana sözleşmede yer almasının Bakanlığa şirketin feshini talep etme olanağı vermeyeceği sonucuna varılmak gerekir.

6. Kanımızca TK m. 339/2 (g)'ye aykırı bir kuralın ana sözleşmede yer alması esas etkisini yönetim kurulu üye seçimine ilişkin genel kurul kararının hukuka uygunluğu sorunu bağlamında gösterir; dolayısıyla ortaklığın TK m. 339/2 (g)'ye uygun olmayan bir ana sözleşme hükmünü daha sonra düzeltme zorunluluğu hissetmesine temel oluşturacak gerekçeyi de burada aramak gerekir. Şöyle ki TK m. 339/2 (g)'ye aykırı bir ana sözleşme hükmü her nasılsa sicil müdürünün incelemesinden geçerek tescil ve ilân edilmiş olsa da bu işlemler hükmü hukuka uygun hale getirmez. Ardından şirketin yapacağı bir yönetim kurulu üye seçimini ana sözleşmedeki kurala uygun olarak gerçekleştirmesi genel kurul kararını hukuka uygun hale getirmez; zira karar esasen “kanuna” aykırıdır. Somutlaştıralım: Ana sözleşmede, yukarıda belirtildiği üzere, diyelim ana sözleşmede yer alan “yönetim kurulu, genel kurul tarafından seçilecek en az bir veya daha fazla üyeden oluşur” şeklindeki hüküm, üst sınır bir “sayı” oluşturmadığı için TK m. 339/2 (g)'ye uygun bir kural olmadığından geçerli kabul edilemez. Bu durumda anılan ana sözleşme hükmüne uygun olarak genel kurulun örneğin üç üye belirlemiş olması yapılan seçimi geçerli hale getiremez; zira ana sözleşme hükmü kanuna aykırı olduğuna göre kanuna aykırı ana sözleşme hükmüne uygun seçim kararı gene “kanuna aykırılık” gerekçesiyle hükümsüz hale gelir. Söz konusu genel kurul kararının hükümsüzlüğünün derecesi (TK m. 447'de sınırlı şekilde sayılan bir aykırılığın varlığından söz edilemeyeceği için) TK m. 445 kapsamında “iptal edilebilirlik”tir. TK m. 339/2 (g)'ye aykırı hüküm ana sözleşmede bulunduğu sürece her bir seçim kararının iptal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecek ortaklığın bu tehlikeyi bertaraf etmesinin en sağlıklı yolu kuşkusuz TK m. 339/2 (g)'ye aykırı ana sözleşme hükmünü düzelterek kanuna uygun bir hüküm kaleme almaktan geçer.