

## *II. Oturum Tartışmalar*

**Prof. Dr. Tekin MEMİŞ:** Borçlar Kanunu 88. Madde ile TTK 120. Madde arasındaki çelişkiye kısaca değindiniz ancak görüşünüzü açıklamadınız. Bu konudaki kanaatinizi sormak istiyorum. Orada çünkü tartışmalı bir alan var. İsmail Kırca naçizane kanaatleri açıkladı sizden de duymak istiyorum.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Şimdi açıkçası ben bu tartışmanın medeni hukukçular tarafından gündeme getirildiğini söyledim. Ticaret hukukçuları arasında şu ana kadar şahit olduğum bir tartışma yok. Yani bütün ticaret hukukçuları TK'nın 8 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında ticari işlerde faize ilişkin bir serbestinin varlığı konusunda hemfikirler.

**Prof. Dr. İsmail KIRCA:** Bir itirazım var. Bir ticaret hukuku profesörü tarafından yazılan bir kitapta, ortada bir ticari iş, bir ticari borç olsa bile bir tarafın tüketici olması durumunda BK'daki sınırlamanın uygulanmasının isabetli olacağı söylenmektedir [S. Arkan: Ticarî İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 77-78].

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Her iki tarafın da tacir olduğu, her iki tarafın da ticari işletmesi ile ilgili olan işlerde faiz serbestisi konusunda ticaret hukukçuları hemfikir. Borçlar hukuku açısından da bugüne kadar gördüğüm iki yazar var. Yanlış hatırlamıyorsam biri Sayın Yard. Doç. Dr. Nagehan Kırkbeşoğlu, diğeri de Sayın Doç. Dr. Murat Aydoğdu. Bu arkadaşlar TBK'daki hükümlerin genel hüküm niteliği taşıdığını, hatta TK'nın 9 uncu maddesinin yaptığı yollamanın TBK'daki faize ilişkin hükümleri de kapsadığını söyleyerek, ticari işlerde de bir faiz sınırlaması olduğunu savunuyorlar. Dolayısıyla benden yana bir problem yok.

**Prof. Dr. Tekin MEMİŞ:** Rıza hocam ticari işletmenin devrinde ticaret siciline tescile kurucu bir işlem yükledi. Oysa bizim ticaret siciline genel itibariyle eğer kanunda açık seçik net bir şekilde kurucu olduğu belirtilmezse bunların genelde açıklama babında yapılan tesciller olduğunu söylüyoruz. Bu kanaate neden ulaştığımı sormak istiyorum. Hocam herhalde cevap verecektir. Fakat mikrofonu teslim etmeden önce İsmail Hocanın anlattığı bir konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'ni paylaşmak istiyorum. Bir katkı olsun, çok küçük bir katkı olarak. İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda gene 367 anlamında yönetimin devrini tartışıyor. Eğer esas sözleşmede buna yönelik bir madde yoksa yönetim kurulu bu şekilde yönetim yetkilerini devretmiş olsa bile bu sorumluluğun sınırlanmasına esas teşkil etmez. Bu durum İsmail Hocanın tezini desteklemektedir.

**Prof. Dr. İsmail KIRCA:** Evet, bildiğim kadarıyla İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir karar var ve o da söyleneni teyit ediyor. Tespit edebildiğim kadarıyla bu konuda bir tane aykırı ses var. Bu görüşe göre, esas söz-

leşmede hüküm olmasa dahi fiilen böyle bir devir olmuş ve devir hususu bir şekilde ispatlanabiliyorsa yetkiye devreden üyelerin sorumluluğu sınırlandırılmalıdır [U. Bertschinger, Organisationsreglement, Orientierungsanspruch über die Organisation der Geschäftsführung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit bei Delegation, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1996].

**Prof. Dr. Rıza AYHAN:** 3. fıkranın oldukça sıkıntıya sebebiyet vereceğini ciddi manada düşünüyorum. Yani işletmenin bütünlüğü işletmenin tarifi de dahil olmak üzere bunun yanında bu ticari işletmenin devri sözleşmesi yazılı olarak yapılması gerekir. Bizim ticaret siciline tescilde esas itibarıyla bu kurucudur. Ama açıkça söylüyorlar yani bu açıklayıcıdır. Yani kurucu etki olması lazım geldiğini söylüyorlar. Kitapta da biz aynı şekilde yönetmelik hükmü gereğince hatta kitabın 1. baskısı yönetmelik böyle çıkarsa diye söylemiştik. O zaman yönetmelik taslağını elde etmiştik. Sonra yönetmelik kurucu etkiye sahip dedi. Biz de kurucu etkiye sahiptir dedik. Yani Sayın Genel Müdürüm kitabın 5.baskısında yanılmıyorsa yönetmelik böyle çıkarsa kurucu etki olacak dedik. Yönetmeli tahmin ettiğimiz gibi çıktı. Yönetmeliği elde etmiştik. O sırada Ankara'da olmamızın avantajıyla. Orda kurucu diyordu. Açıklayıcı olması gerekir.

**Prof. Dr. İsmail KIRCA:** Benzer sorun, tüzel kişi yönetim kurulu üyelerini yönetim kurulunda temsil edecek gerçek kişilerin tescilinde söz konusu. İlgili hükmün gerekçesinde bu tescilin kurucu olduğu yazmakta ve ben de bir çalışmamda gerekçeye uydum. Doğru mu yaptım yanlış mı yaptım, emin değilim. Ancak şurası da bir gerçek ki, gerekçe yorum araçlarından sadece bir tanesi ve TTK'nın birçok hükmünün gerekçesinde gerçekten de yanıltıcı ibareler yer almakta.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** TK'nın 11 inci maddesi -tabiri caizse- kervan yola çıktıktan sonra son hali verilen maddelerden birisi. Hatta ticaret siciline tescil meselesi de -yanlış hatırlamıyorsa- Adalet Komisyonu aşamasında maddeye monte edilmiş. Kanun koyucunun bir tercihidir. Şüphesiz bir ticari işletmeyi adi yazılı şekilde devretmek noktasında kanun koyucu tercih hakkını kullanabilir. Ancak biz de bu tercihi eleştiririz ve deriz ki hukuk güvenliği ne olacak? Ticari işletmenin içinde taşınmaz varsa, marka varsa ne olacak? Öte yandan bir ticari işletmenin içindeki tüm aktif ve pasifleriyle beraber, yani taşınmazlarıyla markalarıyla makineleriyle beraber bir adi yazılı sözleşme ile devretmeye imkan veren kanun koyucu (üstelik siz orada herhangi bir unsuru saklı tutmamışsanız, unuttuklarınız da dahil olmak üzere tüm unsurlar devrin kapsamında kabul ediliyor) her nedense bir limited şirketin herhangi bir oranda payının devrinde sizi imza onayı için notere

gönderiyor. Yani o zaman kanun koyucuda da bir tutarlılık olması lazım. Bir limited şirketin payının devri konusunda noter onayını arayan kanun koyucunun gösterdiği hassasiyet; bir ticari işletmenin devrinde de aranmalı. Ancak mesele limited şirket payının devrine gelince orada başkaca gerekçeler devreye giriyor ve kanun koyucu diyor ki; kimin ortak olduğunu bilmeliyim çünkü yakasına yapışacağım. Ne için? Amme alacağı için. Birinde noter şartını arıyorsan, diğerinde de noter şartını ara. Orada aramıyorsan öbüründe de arama. En azından tercihinde bir tutarlılık olsun.

**Prof. Dr. Arslan KAYA:** Abuzer Bey'in burada olması bir şans. İsmail Bey'e de teşekkür ediyorum. Şimdi 360. madde de 3 ayrı gruptan bahsediliyor. Abuzer Bey konu ile ilgili tezinde bırakın son ikisini ilk grubun dahi imtiyaz olmadığını iddia ediyor.

Gelinen aşamada TTK 360/2'de "*yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlıdır*" deniyor. Bunu esas alırsak, bu maddeyi tümüyle göz ardı edemeyeceğimize göre, artık Meclisten geçen bir madde belki bizlerin yorumlarıyla farklı bir yere gidebilir. Şimdi biz biliyoruz ki, imtiyaz paya bağlıdır. Bu temel kuralı değiştirmek imkânı da yoktur. Bu esas alındığında İsmail Hocam, TTK m. 360'daki birinci hal paya bağlanabilir. Ama ikinci hal de özellikle çok net bir biçimde pay sahiplerine bağlanıyor. Azınlık da değişken olduğu için oraya girme çıkma söz konusu olacak. Dolayısıyla son iki halde pay sahiplerine bağlı bir durum var. Azınlıkta da benzer bir durumla karşı karşıyayız.

O halde 2. fıkra ile kastedilen nedir? Bu fıkrayı esas aldığımızda TTK m. 360/1'deki ilk hal paya bağlandığı için imtiyaz, diğer iki hal ise grup hakkıdır ve pay sahiplerine bağlanmaktadır; imtiyazın temel mantığına aykırı.

**Prof. Dr. İsmail KIRCA:** Bu maddeye özgü değil, başka yerlerde de zorlama yorumlar, tevil etme çabaları var; başka yolu yok...

**Prof. Dr. Arslan KAYA:** Uygulamada özellikle büyük şirketler bağlamında bu meseleyi çözmek lazım. Abuzer Bey'in yorumu burada ne olacak? Paya bağladığına göre sizin ilk önerinizin bir yansımasıdır o da. Doğal olarak bu iki hali imtiyaz olarak nitelemeyebiliriz diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Ben de kendi kanaatimi söylüyorum. Şöyle bakacağız imtiyaz nedir? Dolayısıyla imtiyazın neye tanınabileceği meselesinden hareketle yola devam edeceğiz. TK'nın 360'ıncı maddesinin bir grup imtiyazına yollama yaptığını dikkate alarak, önce kanunun lafzına bakacağız. Ancak hükmü anlamakta zorlandığımız yerlerde, bu kez o kanunun hazırlanma sürecine de bakacağız. Kanunun hazırlanma sürecini, hükmün ulaştığı son hali mercek altına alacağız. Önce Ön-Tasarı aşamasına,

oradaki gerekçeye bakacağız. Ardından Son-Tasarı aşamasına bakacağız. Kanun koyucu bu süreçte neyi, niçin değiştirmiş ona bakacağız. Kaleme aldığım eserde de dile getirdiğim kişisel kanaatim aynen şu yöndedir: Bir somut grup oluşturmadığımız takdirde, artık esas sözleşme ile tanınan hakka da imtiyaz diyemeyiz; mevcut bu yeni sistem kapsamında da.

**Prof. Dr. Arslan KAYA:** Bende bunun için söylüyorum. Bu psikolojik bir hareket. TTK 360. maddesi üzerinde çıktığından beri çok konuşulduğu için biz de bu trene binmişiz gibi geliyor. İki halin imtiyaz olduğunu nerden çıkarıyoruz.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Arslan Bey aynı kanaatteyiz.

**Prof. Dr. Arslan KAYA:** Nereden çıkarıyoruz. Böyle söyledik yazdık. Grup imtiyazı tanındı diye. İkinci fıkrasından çıkarıyoruz. İkinci fıkra burada grup imtiyazı var demiyor ki. İkinci fıkra esas itibarıyla tanınan paylar imtiyazlıdır diyor. Paya bağladığın sürece imtiyazlıdır.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Arslan Bey bu tartışmayı uzatabiliriz. Çünkü imtiyaz maddesinde şöyle bir hüküm var: TK'nın 478 inci maddesinde TK 360 hükmü saklı tutulmuş. Bu saklı tutma hükmü ilk halinde aslında TK 360'ın bir imtiyaz olmadığına da işaret etmekte. Ancak sonra TK 360 hükmü değiştirilip, açıkça yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz olduğu öngörülünce, bu kez saklı tutma hükmüne artık başka türlü bir anlam yüklemek gerekir. Dolayısıyla her iki düzenlemeye birlikte, bir bütün olarak anlam vermemiz lazım.

**Prof. Dr. Arslan KAYA:** Böyle hüküm çok var.. Kayıtlı sermaye artırımının sonunda da diyor ki: Halka açık ortaklıklarla ilgili hüküm saklıdır. Bu saklının içinde ne olduğunu bilmiyoruz. TTK'daki hüküm mü saklıdır? Onu anlamıyoruz. Buradaki saklıyı nasıl yorumluyoruz? O başka bir soru.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Ama sanki bana biz, üçümüz de aynı kanıdayız gibi geldi.

**Mustafa ÇETİNER (Erzincan SMMMO Şube Başkanı):** Sermaye şirketlerinin dört ayağından bahsetti hocamız. Birinci ayağı bağımsız denetim denildi. Biz TÜRMOB olarak Türkiye genelinde tüm illerde UFS, TFRS eğitimleri verdik. Hem de bunu gayet ciddi bir şekilde, devam edenlere sertifika vermek kaydıyla gerçekleştirdik. Gayet sıkı bir eğitimden geçtik. Ve bilahare nasıl olduysa 660 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3568 Sayılı Yasanın bize vermiş olduğu denetim yetkileri elimizden alındı gibi bir şey oldu. Sayın hocamızın dediği gibi 101 bin küsur sermaye şirketinin ancak % 5'i, yani 2500 küsuru denetleniyor. 99 bin şirket açıkta kaldı. Sayın Genel Müdürümüz de buradayken söyleyeyim.

Şimdi bunun diğeri ayağı da, en son ayağı da denildi ki: Naylon fatura. Biz bu naylon faturayla bizzat işi uygulayan olarak çok sıkıntı çekiyoruz. Adam trilyonlarca liralık fatura basıyor. Türkiye'nin her vilayetine bu naylon faturaları dağıtıyor. Neticede bu faturalar bize geliyor. Biz bunlara bakıyoruz ki bir faturada bulunması gereken şartların hepsi var. Hem de imrenecek bakıyoruz bazı faturalara. Ne güzel fatura, keşke Erzincan'da da böyle matbaalar olsa diyoruz. Bir bakıyorsunuz ki bu adam olumsuz mükellefler adıyla adlandırılıyor. Biz mali müşavirler olarak bunu bilmiyoruz. TÜRMOB'un sayfasına bakıyoruz; bulamıyoruz. Vergi Dairesine giriyoruz: Efendim mahremiyet var deniliyor. Şimdi biz bu şekilde adamın sahte faturasını işlemiş oluyoruz ve mükelleflerimiz sahte fatura kullananlar grubuna giriyor. Dolayısıyla burada mükelleflerimiz zarar görüyor. Sayın Genel Müdürümüz de buradayken; bizlere de meslek mensupları olarak şifre verilse, biz de mahsurlu mükellefleri mali müşavirler olarak görsek, en azından bizim TÜRMOB'umuz bunu görse, biz de oradan alsak bunun kontrolünü yapabiliriz. Bu şekilde naylon faturaları defterimize işlememiş oluruz. Mükelleflerimize deriz ki: Arkadaşım bu fatura naylon. Bunu almayacaksın ve sahibine geri vereceksin.

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Katkılarınız için teşekkür ederiz. Sorunuz varsa onu alalım.

**Mustafa ÇETİNER (Erzincan SMMMO Şube Başkanı):** Diyelim ki şirket birleşmesinde A şirketi ile B şirketi, B şirketi adı altında birleşti. Bu A şirketinin bugünkü pozisyonu ne olacak? Fesih mi olacak?

**Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN:** Kısaca "tasfiyesiz infisah" gerçekleşiyor.