

GRUP İMTİYAZININ KABUL EDİLDİĞİ BANKALARDA GRUP İÇİNDEKİ BÜTÜN PAYLAR NİTELİKLİ PAY SAYILIR MI?

*Prof. Dr. Tekin MEMİŞ**

GİRİŞ

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde nitelikli pay tanımlanmıştır. Bu paylara sahip olanlar için yine Bankacılık Kanunu'nun değişik hükümlerinde özel düzenlemeler getirilmiştir. Aşağıda inceleyeceğimiz sorun ise birçok banka esas sözleşmesinde yer alan grup imtiyazlarına ilişkin bir sorundur. Sorun, grup imtiyazının kabul edildiği hallerde, gruba dahil pay sahiplerinin ya da payların nitelikli pay olup olmayacağıdır.

Bu soruya, mevzuatımızda doğrudan bir çözüm getiren düzenleme bulunmamaktadır. Grup imtiyazına ilişkin yasal düzenleme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilmiştir. Buna karşın Bankacılık Kanunu'nda nitelikli pay tanımı ve buna ilişkin düzenlemeler, eski Türk Ticaret Kanunu zamanından bu yana yürürlüktedir.

Sorunun önemine aşağıda ayrıca değinilecek olmakla birlikte burada sorunu kısaca özetleyebiliriz: Bankada yöneticileri belirleyecek olan grup imtiyazı tanınmış ise bu halde bu gruba dahil bazen binleri bazen de milyonlarca payın her birini Bankacılık Kanunu m.3 anlamında nitelikli pay olarak kabul edebilecek miyiz?

Aşağıdaki çalışmada bu sorun ayrıntıları ile ele alınıp konuya ilişkin doktrinde bulunan görüşlere de değinilerek görüşüm açıklanacaktır. Yine belirtmek isterim ki, bu çalışmada ele aldığım tartışma, sadece teorik bir

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

tartışma olmayıp, sonucu uygulanacak olan hükümleri değiştirecek bir tartışmadır ve pratik önemi ve karşılığı da vardır.

Ele alınan konuya ilişkin tartışmanın daha iyi yapılabilmesi bakımından Türkiye’de faaliyet gösteren banka ve katılım bankalarının esas sözleşmelerinden örnekler verilecektir. Bu şekilde esasen sorun daha net bir şekilde ortaya konulabilecek ve tartışılacaktır¹.

¹ Esas Sözleşme Örnekleri:

Türkiye Vakıflar Bankası Anonim Şirketi

YÖNETİM KURULU

Kuruluş Tarzı, Tayin ve Seçim, Hizmet Müddeti

Madde:48-(24.10.2005 tarihli Olağanüstü Genel Kurul kararı ile değişik şekli) Bankanın Yönetim Kurulu; Genel Müdür dahil dokuz üyeden oluşur. (A) grubu üyelerden biri Vakıflar Genel Müdürlüğü’nü temsil etmek üzere Başbakan tarafından, (A) grubunun diğer üç üyesi ile (B) Grubunun bir üyesi ve (C) grubunun iki üyesi, kendi gruplarının çoğunluğunun göstereceği adaylar arasından, bir üye de ortakların önereceği adaylar arasından Genel Kurulca seçilir.

Bu adayın belirlenmesinde (D) Grubunun tercihleri öncelikli olarak dikkate alınır.

Türkiye Finans Katılım Bankası

Madde 10

10.1. Şirketin yetkili organları aşağıda gösterildiği gibidir.

A. Genel Kurul

B. Yönetim Kurulu

C. Yönetim Kurulu’na Bağlı Komiteler

10.2. Yönetim Kurulu, Türk Ticaret Kanununun 367. maddesinde belirtildiği şekilde iç yönergelerle göre yönetimi kısmen veya tamamen bir veya bir kaç Yönetim Kurulu Üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınmıştır. Yönetim Kurulu, gerekli gördüğü takdirde, Yönetim Kurulu kararları almak yoluyla, ilgili mevzuat gereğince bankalar tarafından kurulması zorunlu komiteler de dahil olmak üzere Şirket’in işleri hakkında tam yetki ve sorumluluğa sahip belirli komitelerin düzenlenecek iç yönerge doğrultusunda kurulmasını ve faaliyet göstermesini sağlayacaktır, şöyle ki; Aliye Boydak, Arif Budak, Bekir Boydak, Deniz Boydak, Elif Bozdağ, Erol Boydak, Fatma Konuk, Gülhanım Budak, Hacı Boydak, (Hacı) Mustafa Boydak, Huriye Boydak, İbrahim Boydak, İlyas Boydak, İsmail İlkurşun, Mehmet Boydak, Mehmet Kılınç, Mehmet Konuk, Mehtap Boydak, Memduh Boydak, Meral Boydak, Mustafa (Sami) Boydak, Mustafa Budak, Müjgan Boydak, Nazıf Türkoğlu, Nuran Şenozan, Sami Boydak, Şahnur Boydak, Şükran Bozdağ, Şükrü Boydak, Tülay Konuk, Türkan Boydak, Yusuf Akdağ, Yusuf Boydak, Boydak Holding A.Ş., Gözde Girişim Sermayesi Yatırım

I. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA GRUP İMTİYAZI YA DA GRUP HAKLARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, esasen daha öncesinde de Yargı kararları ile de kabullenilen grup imtiyazının yanına ilave olarak yine grup imtiyazı başlığı altında tanımladığı, ancak bir imtiyazdan ziyade grup hakkı olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemeyi de getirmiştir. TTK.m.360 hükmüne göre, 'Esas sözleşmede öngörülme şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa

Ortaklığı A.Ş. ("Mevcut Pay Sahipleri")'nin sahip olduğu paylar tedavüldeki tüm payların %10'unun altında olmadığı sürece, The National Commercial Bank ("Çoğunluk Pay Sahibi") tarafından atanmış Yönetim Kurulu Üyeleri, Mevcut Pay Sahipleri tarafından aday gösterilmiş bir (1) üyenin bu komitelere her birine atanmasına izin verecektir.

B. YÖNETİM KURULU

Madde 17

17.1. Şirket Genel Müdür ("CEO") de dâhil olmak üzere yedi (7) üyeden oluşan bir Yönetim Kurulu tarafından idare edilir.

17.2. Çoğunluk Pay Sahibi, (Genel Müdür de dâhil olmak üzere) beş (5) üyeyi aday gösterme hakkına sahiptir ve Mevcut Pay Sahipleri, Şirket'de tedavüldeki toplam payların %20'sinden az olmayan kısma sahip olduğu sürece, Mevcut Pay Sahipleri tarafından aday gösterilen iki (2) üyenin Yönetim Kurulu'na atanmasını sağlayacak şekilde oy kullanacaktır. Mevcut Pay Sahipleri, Şirket'de tedavüldeki payların %20'sinden az fakat %10'undan fazla paya sahip oldukları takdirde, Çoğunluk Pay Sahibi (Genel Müdür de dahil olmak üzere) altı (6) üyeyi aday gösterme hakkına sahiptir ve Mevcut Pay Sahipleri tarafından aday gösterilen bir (1) üyenin Yönetim Kurulu'na atanmasını sağlayacak şekilde oy kullanacaktır. Mevcut Pay Sahiplerinin Şirket'deki payı, tedavüldeki payların %10'unun altına düştüğü takdirde, Mevcut Pay Sahipleri'nin Yönetim Kurulu üyesi aday gösterme hakkı olmayacaktır.

Asya Katılım Bankası AŞ.

B-YÖNETİM KURULU TEŞKİLİ

MADDE 32: Yönetim Kurulu, Genel Kurula iştirak eden (A) grubu hissedarların toplam oylarının en az %51'ine sahip olanlar tarafından gösterilecek adaylar arasından Genel Kurulca seçilecek dokuz üyeden oluşur. Genel Müdür, bulunmadığı hallerde vekili Yönetim Kurulu'nun doğal üyesidir. Üyeler, Bankacılık Kanunu'nun öngördüğü şartlara ve vasıflara haiz olmalıdır. Üyeler aralarından bir başkan ve bir başkan vekili seçerler. Yönetim Kurulu Üyelerinin görev süresi üç yıldır. Görev süresi biten üyelerin yeniden seçilmeleri caizdir.

yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir'. Hükmün devamında ise bu hakkın bu gruplara, yönetim kurulu üyelerinin bunlar arasından seçilebilmesi şeklinde öngörülebileceği gibi yönetime aday gösterme şeklinde de düzenlenebilmesine imkan tanınmıştır (TTK.m.360/1). Bu hakkın imtiyaz olduğu ise ayrıca belirtilmiştir (TTK.m.360/2). Madde gerekçesinde 'Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır' denilmektedir.

TTK.m.360 hükmünde düzenlenen grup imtiyazını ve grup haklarını, diğer imtiyazlı paylardan ayırt eden bir takım özellikler bulunmaktadır. Bunları özellikle vurgulamamız gerekir.

- a) İmtiyazlı payda imtiyaz, doğrudan paya bağlanmıştır. Buna karşın grup imtiyazında imtiyaz, pay sahibi tarafından değil o gruptakiler tarafından kullanılır.
- b) İmtiyazlı payda, imtiyazın bağlandığı pay bellidir. Buna karşın pay sahipliği grup imtiyazında (grup haklarında) önem taşımaz. Gruba dahil olmanın özellikleri önem kazanır.
- c) Daha da önemli bir fark, azlığa da grup imtiyazı tanınabilmektedir. Bu halde azlık kavramı, grup ve azlığa dahil paylar değişebilmektedir. Oysa imtiyazlı payda imtiyaz doğrudan paya bağlanmıştır.

TTK.m.360'da belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine ilişkin imtiyaz hususunda üç ihtimâlden söz edilir. Buna göre esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, 1) *belirli pay gruplarına*, 2) *özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine* ve 3) *azlığa*, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir².

Bu hükümde düzenlenen belirli pay gruplarına imtiyaz tanınmasına ilişkin düzenleme dışında özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa yönetimde temsil edilme hakkının verilmesi yenidir³.

² Bkz. İsmail Kırca, 6102 Sayılı Kanunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu-Başlıca Yenilikler, EÜHFD., C. XVI, S. 3-4 (2012) s. 124.

³ İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C.I, Ankara 2013, s. 426.

Esas sözleşmede öngörülme şartı ile tesis edilen grup imtiyazı ya da grup hakkının kaynağı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 709. maddesidir.

Uygulamada, esas sözleşme ile paylar A, B ve C gibi gruplara ayrılmakta ve bu gruplardan biri ya da bir kaçına yönetime seçme ya da aday gösterme konusunda hak tanınmaktadır. Bu usulde tanınan hak, belirli pay grubuna imtiyaz sağlanmasıdır. Burada imtiyaz tek bir pay sahibine değil de pay grubuna tanınmaktadır. İmtiyazlı pay grubuna dahil payın yeni sahibi de grup içinde grupla birlikte grup imtiyazını elde etmektedir.

TTK.m.360'da sözü edilen 'belirli pay grubu'na imtiyazın tanınması durumu esasen yeni değildir. Gerçekten 6762 sayılı TTK.m. 401'de 'bazı nevi hisse senetleri' ibaresi, imtiyazın paya değil de pay grubuna tanınmasına imkan verdiği şeklinde de yorumlanmakta idi⁴. Belirli pay grubuna imtiyaz tanınması uygulamada kullanılmakta ve Yargı kararları ile de kabul edilmekte idi⁵. Aşağıda kısmen alıntılarımız Yargıtay Kararı'nda imtiyazın paya bağlanması esas iken belirli bir grup paya tanınan ayrıcalığı da imtiyaz olarak nitelendirmiştir.

⁴ Bkz. Abuzer **Kendigelen**, İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art. 709), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 399 vd.

⁵ Bkz. TTK.m.360 Gereği: *Bu madde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pahasahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir. Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pahasahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır. Böylelikle bu hükümde 478 inci maddeye bir istisna getirilmiştir. Bu istisna tarihi sebeplere dayanmaktadır. Çünkü 6762 sayılı Kanunda bu tür bir istisnaya yer verilmiş olmamasına rağmen Yargıtay'ın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı "grup imtiyazı"nın tanınması yönündedir. Teori ile bağdaştırılması güç olan bu istisna, ilkesel kararlar ve öğreti ile kendini kabul ettiren bir hukuk haline gelmiştir. Bu yolla oluşan hukuka gerekli önemin verilmesi ve bu hukukun tanınması hukuk biliminin kabul ettiği bir olgudur. Aksi yönde bir değişiklik, uygulamada büyük güçlükler yaratabilir ve tanınacak uyarılma olanak ve süreleri amacın elde edilmesine yetmeyebilirdi. Bu sebeple ikinci fıkra öngörülerek Yargıtay kararlarında yer alan ilke kanunlaştırılmıştır.*

11. HUKUK DAİRESİ, E. 1992/6626, K. 1993/6317, T. 8.10.1993

Genel olarak, TTK.nun (401) madde uyarınca imtiyazın “paya” bağlanması icap etmektedir. Ne var ki, belli bir pay grubuna tanınan üstün hak da imtiyaz olarak nitelendirilmektedir ve imtiyazların korunması sistemine tabi tutulmaktadır. (Y.11.H.D.16.10.1979 gün E: 1979, 4286 K: 4769 G. Eriş. Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler 1992 sh: 1253, Somut olayda da Anasözleşmenin 14. maddesi B grubu pay sahiplerine Yönetim Kuruluna aday gösterme ve bu gruptan bir ortağın seçilmesi konusunda grup imtiyazı tanıdığı kabul edilmelidir. Uyuşmazlığın bu maddenin yorumundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. 14. madde 2 şıklı olarak yazılmıştır. 3 grubunun aday göstermesi halinde ki bu adaylar B grubu dışında da olabilir. Bu adayın seçilmesi ancak B grubu tarafından aday gösterilmemesi halinde yine B grubu hissedarlar arasından Yönetim Kurulu’na bir ortağın seçileceği anlamında yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum Türk Ticaret Kanuna alınmamakla birlikte İsviçre B.K.nun 708/4 ve 5 maddesine uygun bulunduğu aksinin kabulü maddenin yazılış amacına aykırı olduğu gibi, maddenin bu şekilde iki şıklı yazılmasını da anlamsız kılar. Olayda seçilen Yönetim kurulu üyelerinden birisi (B) grubu pay sahibi olduğuna göre, seçimde Anasözleşmeye aykırılık yoktur. Bu nedenle davacıların yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekir.

TTK.m.360 hükmünde yönetimde temsile ilişkin imtiyazın tanınabileceği diğer bir kesim pay sahipleri, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleridir. Sadece süt ürünleri ile iştigal eden bir anonim şirkette, çiftlik sahibi pay sahiplerine yönetimde temsil hakkı verilmesi hali buna örnek olarak gösterilebilir. Burada pay sahibi, payını çiftçi olmayan birine devrettiği takdirde artık esas sözleşme ile tanınan yönetimde temsile ilişkin haktan istifade edemez. TTK.m. 360 hükmünde diğer yönetimde temsil hakkı tanınabilecek olan grup ise azlıktır. Azlık, sadece 6102 sayılı Kanun’da belirlenen dar ve teknik anlamda sermayenin %10’unu ya da halka açık ortaklıklarda %20’sini oluşturan pay sahiplerini değil, aynı zamanda

çoğunluk karşısındaki herhangi bir azlığı ifade etmektedir⁶. Bu azlığın da belirlenebilir olması önemlidir⁷.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere⁸, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa verilen yönetimde temsil hakkının, esasen bir imtiyaz değil de grup hakkı olarak nitelendirilmesinin daha doğru olacağını düşünmekteyim. Zira burada paya bağlanan temel bir ayrıcalık bulunmamaktadır. Bu olsa olsa bir grup hakkı olabilir. Bu arada bir tartışmaya daha değinmek gerekir. Özellik ve nitelikleri itibariyle belirlenebilir pay sahiplerine yönetimde temsil imkanının sağlanması, şirket esas sözleşmesinde isim göstermek suretiyle olabilir mi? Kanaatimce, bu konuda yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Yine TTK.m.340'da belirlenen emredici hükümler ilkesi de buna engel değildir. Ancak bu bir grup imtiyazı (hakkı) teşkil eder mi sorusu ise her seferinde farklı cevaplanmalıdır. Örneğin birden fazla kişi ismi zikredilerek gösterilen payların sahiplerine böyle bir hakkın tanınması halinde yine TTK.m.360 anlamında bir grup hakkından bahsetmek mümkün olmalıdır. Aynı şekilde bunun bir kişi olmasını da engelleyen bir durum yoktur⁹.

Bu arada burada asıl makale konumuzun odağını teşkil ettiği için söylemek istediğim bir husus daha vardır. O da bazen bu türden grup imtiyazı, ortaklıktaki bütün pay grupları için de öngörülmüş olabilir¹⁰. Diğer bir ifade ile anonim ortaklıkta bulunan bütün paylar bir gruba dahil edilmiş ve belirli oranlarda kendilerine yönetimde temsil edilme yetkisi verilmiş

⁶ **Kırca**, Başlıca Yenilikler, EÜHFD, s. 126.

⁷ Bkz. TTK.m.360 gerekçesi.

⁸ Abuzer **Kendigelen**, Anonim Şirkette İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 323; Abuzer **Kendigelen**, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 2009, s. 212, ayrıca bkz. Abuzer **Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 252.

⁹ Benzer görüş için bkz. Ersin **Çamoğlu**, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili, Arslanlı Bilim Arşivi, www.arslanlibilimarsivi.com (erişim tarihi, 4.1.2015) s. 3; aksi görüş için bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 428.

¹⁰ Dipnot 1'de verdiğim esas sözleşme örneklerinden Türkiye Vakıflar Bankası AŞ'nin Esas Sözleşmesi'nin 48. maddesi bu şekildedir.

olabilir. İşte bu durumlar, aşağıda 5411 sayılı Kanun'da belirlenen nitelikli payları belirlemede büyük önem taşıyacaktır.

II. NİTELİKLİ PAY TANIMI VE NİTELİKLİ PAYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Kavram ve Nitelikli Payın Öngörülme Nedenleri

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde nitelikli pay, 'bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar' olarak tanımlanmıştır. Nitelikli pay tanımı, esasen Avrupa Birliği mevzuatına uyum kaynaklı olarak hukukumuzda girmiş bir kavramdır. Avrupa Birliği'nin değişik yönergeleri ile nitelikli pay sahipliği kavramı da tanımlanarak 5411 sayılı Kanun'da olduğu üzere nitelikli pay sahiplerine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir¹¹. Avrupa Birliği'nin 86/635/EEC Yönergesi'nin 4. maddesinin 11. bendinde nitelikli sermaye payı¹², bir teşebbüste sermayenin ya da oy haklarının %10'unu veya daha fazlasını doğrudan doğruya ya da dolaylı biçimde temsil eden yahut teşebbüsün yönetimini önemli ölçüde etkilemeye olanak veren sermaye payı olarak tanımlanmıştır¹³. Esasen bu tanım 4389 sayılı (eski) Bankalar Kanunu'nun 7/2-bc, 8/2-b ve 14. maddesinde de benzer şekilde tanımlanmıştır. 5411 sayılı Kanun, nitelikli paya ilişkin özel bir tanımlama getirmiştir (m.3)¹⁴. Kaynağın Avrupa Birliği direktifleri olduğunu

¹¹ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Gürkan **Çelebican**, Avrupa Birliği'nde Kredi Kurumlarının Kurulmaları, Faaliyet İzni Almaları ve Faaliyetlerinin Sona Ermesi, AÜHFD. C.56, Sa. 3, Yıl 2007, s. 53 vd.

¹² İngilizce karşılığı qualifying holding, Almanca karşılığı ise qualifizierte Beteiligung olarak ifade edilmektedir.

¹³ **Çelebican**, s. 65.

¹⁴ Tekinalp, burada bu pay oranlarını açıklarken Kanun'da geçen %10'luk pay oranının TTK'da belirlenen azlığı ifade ettiğini, oysa halka açık ortaklıklarda bu oranın TTK tarafından %5 olarak belirlendiğini, bu nedenle de burada bir açıklık ve bir zafiyet olduğunu belirtmektedir (bkz. Ünal **Tekinalp**, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, Baskı 2, s. 150, 151). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Bankacılık Kanunu'nda kabul edilen %10'luk oran, TTK'daki azınlığı belirleyen orandan değil Avrupa Birliği düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır.

tespit, bu kavramın iinin nasıl doldurulacağı noktasında bize yardımcı olacaktır.

5411 sayılı Kanun'un 3. maddesinde verilen tanımdan anlaşılacağı üzere, nitelikli payın belirlenmesinde iki unsura bakılır. Bunlardan ilki bir oy eğiği diğer i se yönetime etki etme unsurudur.

Burada özellikle belirtelim ki, 5411 sayılı Kanun, her ne kadar nitelikli payı tanımlamış i se de esasen tanımlanması gereken nitelikli pay sahipliği olmalıdır. Zira 'bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar' ibaresi, hukuki bir tanım deđildir¹⁵. Bu ibarenin bir anlam taşıyabilmesi için pay sahipliğine atfen düzenlenmesi gerekirdi. Gerçekten 5411 sayılı Kanun'un sonraki düzenlemeleri incelendiğinde nitelikli paya sahip olanlara ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Ancak Kanun'un bu yanlış düzenlemesi, bizim bu hükmü doğru anlamamıza da engel değildir. Bu ibare, bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylara sahip ortak 'nitelikli pay sahibi' olarak anlaşılmalıdır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde esasen doğrudan ya da dolaylı ibaresinin hukuki ve fiili durumları da karşılar tarzda yorumlandığını belirtelim. Yani kişinin gerek kendi sahip olacağı gerekse etki ederek bu pay oranına ulaşabileceği durumlarda nitelikli pay ve sahipliği söz konusu olur¹⁶.

Nitelikli payın bir diğer türü i se, 'yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar'dır. Ancak bu ibare dahi esasen hatalı bir ifadedir. Yönetim kuruluna üye seçimi münhasıran genel kurulun uhdesinde olan bir yetki olup esasen burada doğru ifade 'üye önerme' hakkı olmalıdır. Burada işaret etmek istediğim bir diğer husus da, yönetim kuruluna üye belirleme yetkisi veren payın, kanaatimce sadece Türk Ticaret Kanunu'nda belirlenen imtiyazlı payları ifade etmediđidir¹⁷. İmtiyazlı payların yanı sıra aynı şekilde

¹⁵ Aynı yönde bir eleştiri için bkz. Sami **Karahan**, Bankacılık Kanunu'nda Nitelikli Pay Sahipliği Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010, s. 41.

¹⁶ **Çelebican**, s. 65.

¹⁷ Bu noktada, Kanun'un 3. maddesinin sadece imtiyazları düzenlediği şeklinde yorumlanabilecek olan görüşlerden ayrılmaktayız. Bu görüşler için bkz. **Karahan**, s. 41 vd.;

yönetimi belirleme yetkisi veren başkaca düzenlemeler ve grup hakkı ya da pay sahipliği hakkı veren paylar da nitelikli pay olarak kabul edilir. Nitekim vardığımız bu sonucun dayanağı, madde metninde geçen ibarenin bizatihi kendisidir. Gerçekten madde metninde ‘*yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*’ ibaresi kullanılmış olup yoksa yönetimde imtiyazlı pay ibaresi kullanılmamıştır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile amacı, esasen yönetime etki edebilecek nitelikteki paylara ilişkin bir tanımlama yapmaktır. Bu arada Avrupa Birliği düzenlemelerindeki anlayışın da bu yönde olduğunu vurgulamalıyız.

Nitelikli pay ve nitelikli pay sahipliğine ilişkin özel düzenlemelerin öngörülmesinin çok sayıda nedeni vardır. Ancak bu çerçevede Kanun’un gerekçelerine değinmekte yarar vardır.

Öncelikle bu türden paylar, Banka gibi güven sağlayan bir kurumda kötüye kullanılması mümkün olacak kadar önem taşıyan paylardır ve banka bakımından sistemik riskleri taşır. Bu nedenle bu türden paylara ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle Kanun’un Genel Gereğesi’nde ‘*4389 sayılı Bankalar Kanununa paralel olarak bankalarda nitelikli paya sahip ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşımaları şartı öngörülmüş ve buna ilâveten uluslararası standartlar dikkate alınarak, bu niteliklerin kaybı hâlinde ortaklık haklarının kullanımına ilişkin esaslar hüküm altına alınmıştır*’¹⁸.

Yine Kanun’un 8. maddesinin gerekçesinde de ‘*Tüzel kişiliği haiz olan kurucuların gerçek iradelerini idare ve temsile yetkili organları göstermekle birlikte, bu irade üzerinde nitelikli paya sahip gerçek kişi ortakların etkisi malumdur. Bu itibarla gerçek kişi kurucularda aranan niteliklerin tüzel kişi kurucuların gerçek kişi nitelikli pay sahiplerinde de gözetilmesi öngörülmüştür*’ denilmektedir. Aynı şekilde Kanun’un 49. maddesinin gerekçesinde de bu durum izah edilmiştir: ‘*Özellikle bankada nitelikli pay sahibi olan ortakların bankadan kredi kullanma imkânları yönetim üzerindeki etkilerine bağlı olarak oldukça kolay olabilmektedir. Bu ilişkilerin yeterli düzeyde*

Mehmet **Özdamar**, Türk Banka Hukukunda ‘Nitelikli Pay’ Kavramı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Ankara 2009, s. 735, 736; **Tekinalp**, s. 150).

¹⁸ Kanun’un Genel Gereğesi, no 9.

izlenmemesi kullandırılan kredilerden kaynaklanan risklerin büyük tutarlara ulaşmasına, çeşitli suiistimallerin yaşanmasına sebebiyet verebilmektedir’.

B. Nitelikli Pay Sahipleri İçin Getirilen Özel Düzenlemeler

Esasen konumuz, nitelikli paya bağlanan hukuki sonuçların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi değildir. Bu nedenle sadece çok kısa başlıklar halinde genel bir açıklama yapılacaktır¹⁹.

Nitelikli paya sahip ortaklarda banka kurucuları için aranan özellikler aranmıştır (m.8, m. 18). Kurucularda aranan nitelikleri kaybedenler, temettü dışındaki haklardan yararlanamazlar (m.18). Nitelikli payın iktisabı ve kazanılması özel usullere tabi tutulmuştur (m.18). Bankalar, nitelikli pay sahiplerine açtığı kredileri BDDK’ya düzenli olarak raporlar (m. 49 ve 50). Bazı durumlarda iyileştirme taahhüdünde bulunmak yükümlülüğü getirilmiştir (m. 67). Nitelikli pay sahipleri için örnek kabilinden verilen bu kanuni düzenlemeler yanında yönetmelik ve diğer düzenlemelerle başkaca yükümlülükler ve sınırlamalar da getirilmiştir.

Bütün bu düzenlemelerin amacı ise, bankaların daha sağlıklı bir ekonomik yapıda olmasının teminidir. Bu nedenle banka yönetiminde etkin olabilecek olan paylara ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun değişik hükümlerinin gerekçelerinde de bu hususa özellikle işaret edilmiştir.

III. GRUP İMTİYAZINA SAHİP PAYLARIN HEPSİ NİTELİKLİ PAY SAYILIR MI?

Yukarıda izah edildiği üzere, TTK.m. 360’da düzenlenen birbirinden ayrı iki durumun var olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bunlardan ilki, belirli pay gruplarına tanınan imtiyazdır ki, klasik anlamda grup imtiyazı olarak adlandırılır. Diğer ikisi ise özellik ve nitelikleriyle belirli pay sahipleri (yukarıdaki örnekte çiftçiler) yahut azlığa tanınan ve mahiyeti itibarıyla grup hakkı olması gereken yönetimde temsildir. Kanun, bu son saydığımız iki grubu da imtiyazlı paylar olarak nitelendirmiştir²⁰.

¹⁹ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Özdamar**, s. 736 vd; **Karahan**, s. 53 vd.

²⁰ Yukarıdaki eleştirilerim saklıdır.

Doktrinde bir görüş, söz konusu grup imtiyazının da Bankacılık Kanunu m. 3 anlamında nitelikli pay sayılacağını savunur²¹. Bu görüş, temelini Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesindeki tanıma dayanır.

Bu görüşe göre madde metninde geçen '*bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*' ibaresi, grup imtiyazını da içerir. Bu halde, gruba üye bir pay dahi nitelikli pay kabul edilme-lidir.

Öncelikle bu yoruma katılma imkanı bulamadığımı belirtmeliyim. Kanaatimce grup imtiyazı ya da grup hakkı, klasik anlamda sadece tek bir paya bağlanan bir imtiyaz değildir ve burada tek bir pay sahibinin dahi nitelikli pay sahibi olacağını ileri sürmek mümkün olmasa gerektir.

Bir kere TTK.m.360'da, 1) *belirli pay gruplarına*, 2) *özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine* ve 3) *azlığa* grup imtiyazı sağlanabilmektedir. Hal böyle olunca örneğin çoğunluğun karşısında azlık olarak tanımlanan bir grubun hepsinin nitelikli pay sahibi olacağını ya da yukarıda örneklediğim banka²² esas sözleşmesinde olduğu gibi bütün payların imtiyazlı olması nedeniyle bütün payların da nitelikli olduğunu söylemek mümkün olmasa gerektir.

Bir diğer bankada²³ ise, yönetime aday gösterme yetkisine sahip kılınmış A grubu paylar, 360.000.000 adettir. -Yazı ile yazdığımızda- bu bankada üçyüz altmış milyon adet nitelikli pay olduğu söylenebilir mi? Buna olumlu cevap vermek mümkün olmasa gerektir.

²¹ **Karahan**, s. 41, 44, açıkça belirtmemekle birlikte **Özdamar**, s. 735, 736. **Özdamar**, burada pay sahibinin değişmesi ile birlikte m.18'e göre Kurul'un izninin aranacağını belirtmektedir (s. 736).

²² Bkz. Türkiye Vakıflar Bankası AŞ. Esas Sözleşmesi, m. 48.

²³ Bkz. Asya Katılım Bankası Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi, SERMAYE MADDE 8: Şirketin sermayesi, beheri 1,- TL (bir Türk Lirası) nominal değerde 900.000.000 adet nama yazılı paya bölünmüş olup 900.000.000,-TL (Dokuzyüzmilyon Türk Lirası)'dır. Sermayenin tamamı muvazaadan arı şekilde ödenmiştir. Şirket sermayesinin 360.000.000,-TL (Üçyüzaltmışmilyon Türk Lirası)'lık kısmı (A) grubu paylardan, 540.000.000,-TL (Beşyüzkırkmilyon Türk Lirası)'lık kısmı ise (B) grubu paylardan oluşmaktadır.

Sermayenin belirli bir çoğunluğuna ya da ismen tanınan ve belirli bir çoğunluğu teşkil eden pay sahiplerine yönetime aday önerme yetkisinin verildiği bankada da²⁴ bütün paylar nitelikli pay olarak kabul edilemezler.

Ayrıca %50+1'in karşısındaki geniş anlamdaki azlığa sahip herkesin nitelikli pay sahibi olması da düşünülemez. Bu nedenle grup içinde bulunan her bir pay sahibi nitelikli pay sahibi sayılamaz.

Grup imtiyazının mahiyeti de bu yoruma elverişli değildir. Şu örnekten yola çıkıldığında bu daha da iyi anlaşılacaktır. Bayilerin ellerindeki paylardan oluşan bir gruba imtiyaz tanınabilir. Bunlar, mahiyeti itibarıyla belirlenebilir bir grup oluşturur. Bu gruba ait kimselerce kullanılan imtiyaz, pay sahiplerinden birine ait değildir. Bir bayinin elinde bulundurduğu payı bayi olmayan bir kimseye devrettiğinde bu halde, pay sahibi artık grup içinde yer almayacaktır. Bu halde devirden önce nitelikli pay sahibi sıfatı tanınacak buna karşın devirden sonra ise nitelikli pay sahibi ortadan kalkacaktır. Bunun aksi de mümkündür. Bir bankanın payının bir bayi tarafından alınması halinde, devirden önce adi bir pay kabul edilen pay, devirle nitelikli paya mı dönüşecektir? Bu sürekli değişebilen bir pay sahipliğinin nitelikli pay sahipliği olarak kabulü mümkün olmasa gerekir.

Bankacılık Kanunu'nun gerekçelerinden yola çıkıldığında da esasen grup imtiyazının tanındığı hallerde doğrudan ve kendiliğinden nitelikli pay sahibinden bahsedilemeyeceği açıktır. Gerçekten metnini yukarıda aldığımız 8. madde gerekçesinde 'Tüzel kişiliği haiz olan kurucuların gerçek iradelerini idare ve temsile yetkili organları göstermekle birlikte, bu irade üzerinde nitelikli paya sahip gerçek kişi ortakların etkisi malumdur. Bu itibarla gerçek kişi kurucularda aranan niteliklerin tüzel kişi kurucuların gerçek kişi nitelikli pay sahiplerinde de gözetilmesi öngörülmüştür' denilmiştir. Aynı şekilde 49. maddenin gerekçesinde de '*Özellikle bankada nitelikli pay sahibi olan ortakların bankadan kredi kullanma imkânları yönetim üzerindeki etkilerine bağlı olarak oldukça kolay olabilmektedir*' denilmektedir. Bütün bu izahatlar, esasen grup imtiyazını değil doğrudan paya bağlanan ve yönetimde imtiyaz olarak karşımıza çıkan imtiyazı anlatmaktadır.

²⁴ Bkz. Türkiye Finans Katılım Bankası AŞ. Esas Sözleşmesi m.10.

Bir de tarihi bir gerçeğe de işaret etmemiz gerekir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 2005 tarihlidir ve o dönemde grup imtiyazı, özellikle de grup hakkı, 6762 sayılı Kanunda yer almamakta, buna karşın yukarıda metnini verdiğimiz üzere Yargı kararları belirli pay gruplarına grup imtiyazının tanınmasını kabul etmekte idi. Ancak kanaatimizce Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan tanım bile, gruptaki bütün pay sahiplerinin nitelikli pay sayılmasını amaçlamamaktadır.

Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay, bir grup imtiyazından çok doğrudan paya bağlanan imtiyazlardır. Çünkü bu durumda esasen bir ya da bir kaç pay, diğer paylardan ayrılarak doğrudan ya yönetime girmekte ya da yöneticiyi seçmektedir. Eğer bir grup imtiyazı ise bu halde dahi grubun belirli bir çoğunluğunun bulunması aranmalıdır. Çünkü, grup imtiyazında paylar değil grup ayrıcalıklıdır ve grubun belirli bir çoğunluğunun varlığı şarttır.

IV. GRUP İMTİYAZININ OLDUĞU HALLERDE NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ NASIL BELİRLENİR?

Kanaatimce, grup imtiyazı ya da grup hakkının olduğu hallerde, payların baŐtan nitelikli pay sayılması ne kadar hatalı ise hiç bir incelemeye tabi tutulmaksızın nitelikli pay sayılmaması da o kadar hatalıdır. Hemen belirtelim ki, grup imtiyazının ya da grup hakkının olduğu hallerde de nitelikli pay sahipliği söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiğim üzere, bu gruba dahil her pay sahibinin nitelikli pay sahibi sayılması gerekmez. Ancak burada dahi nitelikli pay sahipliğinden bahsedilmelidir.

Kanun koyucunun amacı yönetime etkili pay sahiplerini tespit etmek ise ve bu tespit Kanun'un 3. maddesinde doğrudan ya da dolaylı %10 pay sahipliği ölçü olarak alınmıŐsa kanaatimce grup imtiyazlarının varlığı halinde de bu ölçüden yararlanılmalıdır.

Buna göre grup imtiyazı ya da grup hakkı kime ve nasıl verilirse verilsin Bankacılık Kanunu bakımından nitelikli pay sahipliği Şu şekilde belirlenmelidir. İster azınlık isterse belirli özellikteki kimselere yönetici seçme imkanı veren grup imtiyazının olduğu hallerde, kanaatimce artık Kanun'un 3. maddesindeki %10'luk pay ölçütünün kullanılması gerekir. Bu halde grup imtiyazının tanındığı azlık ya da belirli nitelikteki pay sahipleri-

rinin %10'u yönetime etkisi bakımından önemli sayılmalıdır dolayısıyla da nitelikli pay olarak kabul edilmelidir.

Örnekeleyecek olursak, grupta sadece 4 pay varsa, bunların grup içindeki pay oranları %25 olacağına göre bunların hepsi elbette nitelikli pay sahibi sayılır. Buna karşın grupta yüzbinlerce ya da milyonu bulan pay varsa bunların hepsinin nitelikli pay ya da sahiplerinin nitelikli pay sahibi olduğunu söylemek mümkün olmasa gerektir. Bu halde grup imtiyazına sahip olan payların %10'una sahip olanlar nitelikli pay sahibi sayılmalıdır. Aksi düşünce kanaatimce son derece gereksiz bir zorlama da teşkil edecektir.

Bu görüşlerime karşı akla gelebilecek bir diğer itiraz da şu olabilir: Eğer genel kurula sadece bir A grubu pay sahibi katılırsa ya da gruptan bir kişi katılırsa o kişi yönetime aday gösterebilecektir. Bu durum, elbette -faraziyeler altında- doğrudur. Ancak bu hal bile banka genel kuruluna katılarak yönetimi belirleyen pay sahibinin nitelikli pay sahibi olmasını gerektirmez. Zira bu sonuç, esasen bütün banka genel kurullarında karşılaşılabilecek olan bir durumdur. Zira, aynı durum, yönetimde temsile ilişkin herhangi imtiyazın ya da grup hakkının tanınmadığı bir bankanın genel kurul toplantısında çoğunluğun sağlanamadığı durumlarda ikinci olağan genel kurul toplantısı için de geçerlidir. Bilindiği üzere ikinci toplantı için bir nisap aranmaz (TTK.m.418). Bu ikinci toplantıya gelen kişi de -çok az bir pay sahibi de olsa hatta farazi olarak bir pay sahibi bile- yönetimi seçebilecektir. Hal böyle olunca, eğer faraziyelerle devam edilecek olursa vermiş olduğum ihtimalde gelen tek pay sahibini bile Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan nitelikli pay sahibi saymamız gerekecektir. Bu ise Kanun koyucunun hükmü koyarken izlediği bir amaç değildir.

Bu incelemelerim sonrasında gruba dahil A grubu pay sahiplerinin²⁵ tek tek her birinin Bankacılık Kanunu anlamında nitelikli pay sahibi olmayacağı kanaatindeyim. Zira burada sadece aday göstermeye ya da belirlemeye ilişkin verilmiş hakkın bir pay sahibine bırakılmadığı, bütün pay grubuna ait olduğu, bu nedenle de her bir pay sahibinin nitelikli pay sahipliğine bağlanan hukuki sonuçlara tabi tutulamayacağı görüşündeyim. A grubu pay sahiplerinden bazılarının şirket oylarının ya da sermayesinin %10'una ulaşması

²⁵ Dipnot 1'de örneklenen Asya Katılım Bankası AŞ.dir.

halinde ise A grubu pay sahipliğinden değil ancak sahip olunan oran nedeniyle nitelikli pay sahibi sayılması gerektiği kanaatindeyim.

Aynı şekilde bütün paylara değişik oranlarda yönetimde temsil edilme hakkının tanındığı bankada da²⁶ bütün payların değil her bir pay grubu içindeki %10'luk pay sahibinin nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmesi gerekir.

Yine imtiyazdan daha çok grup hakkı olarak belirli isimlerin tanınarak ve belirli bir oy çoğunluğuna göre yönetimde temsil hakkının verildiği bankada da²⁷ yine grup içindeki her bir payın nitelikli pay sayılmamasını, gruptaki %10'luk payların sahiplerinin nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmeleri gerektiği inancındayım.

Aynı şekilde eğer bankada azlığa yönetime aday önerme hakkı verilmiş olsa idi, bu azlık paylarının hepsinin nitelikli pay sahibi sayılması da düşünülemezdi. Kaldı ki azlık payını çoğunluğa sattığı anda ya da çoğunluk payından bir kaç payın azlık tarafından alındığında sürekli değişen bir nitelikli pay kavramını ve buna bağlanan hukuki sonuçları kabul etmemiz de zorlaşır.

SONUÇ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde 'nitelikli pay', banka sermayenin ya da payın doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde onuna sahip olması yahut yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar olarak tanımlanmaktadır. Tanımın kaynağı, bankacılığa ilişkin Avrupa Birliği Direktifleridir.

Tanımın bütün hata ve eleştirilerine rağmen yine de bankacılık uygulamasında halen yürürlükte olan ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanan bir kavram olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı verme ifadesi, yönetime etki etmek olarak anlaşılmalıdır. Bu çerçevede yönetime etki etmek, bir imtiyaza dayanacağı gibi özel bir pay sahipliği hakkına ya da grup hakkına yahut grup imtiyazına da dayanabilir. Ancak nitelikli payın belirlenmesi bir yana buna bağlanan hukuki sonuçlar da düşünüldüğünde kavramın içinin doldurulması gerektiği açıktır.

²⁶ Dipnot 1'de örneklenen Türkiye Vakıflar Bankası AŞ.dir.

²⁷ Dipnot 1'de örneklenen Türkiye Finans Katılım Bankası AŞ.dir.

Yönetim kuruluna aday önerme yetkisi sadece bir pay sahibine bırakılmış ise bunun Bankacılık Kanunu anlamında nitelikli pay sayılacağı açıktır. Ancak birden fazla paya ya da pay grubuna bırakılmış bir aday önerme hakkı varsa, grup içindeki her pay sahibi nitelikli pay sahibi olarak kabul edilemez. Aksi halde bir bankada bulunan grup içinde bazen binleri bazen milyonu bulan payların her birisi nitelikli pay olarak kabul edilemez.

6102 sayılı TTK. ile belirli pay grupları yanında özellik ve nitelikleriyle belirlenebilen pay sahiplerine ya da azlığa da yönetimde temsil edilebilme imkanı getirilmektedir. Bu hallerde grup imtiyazının içinde ya da grup hakkının içindeki oy oranlarının dikkate alınması gerekir. Kanaatimce, bu tür gruplardaki pay oranına bakmak gerekir. Şayet yine Kanunun 3. maddesindeki gibi her bir grup içinde pay oranı %10'a ulaşmış ise ancak bu halde bu orandaki payın nitelikli pay ve sahibinin de nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmesi gerekir.