

Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarındaki Yeni Yaklaşımlar

Prof. Dr. Ünal Tekinalp

T.T.K. Komisyon Başkanı

İstanbul Üniversitesi Ticaret / Banka ve Fikri Mülkiyet

E. Öğretim Üyesi

Giriş

2

1. Bilim Komisyonu'nun 2000 yılında başlayıp üzerinde çalışmaya başladığı 2005 yılının hemen başında ilk şeklini kamuoyuna sunduğu ve aynı yılın Kasım ayında gözden geçirilmiş ikinci metninin Hükümet Tasarısı haline geldiği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, çeşitli parlamenter kanunlaşma aşamalarından geçerek 13 Ocak 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilmiş daha sonra Sayın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilerek 14 Şubat 2011'de Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu ("YTK"), -iki grup hüküm müstesna-, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecektir.

a) Birinci grubu sermaye ortaklıklarının bilgi toplumu hizmetlerine özgülemek amacıyla açacakları internet sitesine ilişkin hükümler oluşturmaktadır. İnternet sitesi, modern ticaret hukukunun kullandığı bir bilgi açıklama aracıdır. Sermaye ortaklıklarının pay sahiplerini veya ortaklarını, işçilerini, tedarikçilerini; tahvil, finansman bonusu vs. gibi borçlanma senedi alacaklılarını, nihayet yatırımcıları ilgilendiren seçilmiş bilgiler bu sitede yer alacaktır.

İşte bu mekanizmaya ait hükümler 1 Temmuz 2013'den itibaren uygulanacaktır.

- b) İkinci grup, sermaye şirketlerinin Uluslararası Denetleme Standartlarının özdeşi olan Türkiye Denetleme Standartlarına göre denetlenmesi hakkındaki hükümlerle finansal raporlama standartlarından meydana gelir.

Gerçek ile tüzel kişi tacirlerin Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarının (IFRS) özdeşi olan Türkiye Muhasebe Standartları'na tâbi olmasını öngören finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler 1 Ocak 2013'den itibaren geçerli olacaktır.

2. YTK, çağdaş ticaret hukukuna temel veren öğretiler ile yaklaşımların, ileri teknoloji ve şeffaflık sağlayan kurallarla şekillendiği ve kurumsal yönetimi özümleme amacıyla hazırlanmış bir temel kanundur. Bu kanunla, ülkemizin ticaretinin ve uluslararası ilişkilerinin; finanstan, taşımacılığa, tarımdan sigortacılığa kadar tüm hizmet sektörünün modernleştirilmesi, ayrıca AB'nin ticaret hukukuna ait *müktesebatıyla* uyumlaştırılmasına gayret edilmiştir. İki-üç yıllık yakın, dört-beş yıllık orta vadede, geniş anlamda Türk Ticaret Hukuku'nun çağdaş bir yörüngeye oturtulması planlanmıştır.

3. YTK, bir taraftan küreselleşmenin tüm etkilerini icra ettiği ve bu akımın somut yapısı olan Dünya Ticaret Örgütü'nün, dünya ticaretine maddi hukuku ve uyuşmazlıkları çözüm mekanizmalarıyla hakim olduğu bir dönemde yürürlüğe girmektedir.

Bu sebeple söz konusu gerçeği içselleştiren kurumlara yer vermiştir. Diğer taraftan da AB ile müzakere yapan ülkemizin AB müktesebatını iç hukuka yansıtma görevini yüklenmiştir. YTK'nın bir diğer hedefi de ülkemizin geleceğini ekonomik ve ticari yönden planlamaktır. Nihayet YTK teknolojik ilerlemeleri de hukuklaştırmaya gayret etmiştir.

I. Modern Ticaret Hukukunun Öne Çıkan Özellikleri

YTK'nın hedeflerini tam anlamıyla ortaya koyabilmek için modern ticaret hukukunun başlıca temel özelliklerini belirlemek gereklidir. Bunları başlıca şu başlıklarla toplayabiliriz. YTK bu özellikleri dikkate almıştır.

1. Şeffaflık

Çağdaş ticaret hukukuna hakim olan anlayış şeffaflıktır. Bununla doğru ve denetlenmiş bilgiye engelsiz kavuşma ve işletmelerin menfaat sahiplerinden işletmeye ilişkin hiçbir bilginin ve gelişmenin saklanmaması anlaşılır. Uzun süreden beri “ticari sır”, üretime, pazarlamaya (bu bağlamda dağıtım örgütü ve müşteriler veya tedarikçiler listesi), maliyet hesaplarına ait sırlara inhisar etmektedir. Buna karşılık bir işletmenin kârı-zararı, yöneticilerine yaptığı ödemeler, sağladığı menfaatler, yöneticilerin yıllık kârdan aldıkları paylar, yakınların yararlanmaları, ana-yavru ortaklık ilişkileri bu ilişkilerden elde edilen kazanımlar ve uğranılan kayıplar “ticari sır” değildir.

2. Bilgi alma Hakları

İşletmenin ve daha geniş anlamda ticaret ortaklıklarının yöneticilerinin, pay sahiplerinin ve ortaklarının, şirketten menfaati olan kişilerin bilgi alma hakları modern ticaret hukukunda gün geçtikçe derinlik kazanmaktadır.

3. Sınırlı Sorumluluk

Günümüz ticaret hukuku sınırsız sorumluluk ilkesini terk edilmiştir. Güncel anlayış sınırlı sorumlu işletmelere ağırlık verilmesidir. Bu kanunla Türk işletmelerinde de ağırlıklı bir şekilde sınırlı sorumluluk ilkesi hakim olacaktır. Piyasa sınırsız sorumluluğun baskısından ve işletme sahibi de her şeyini kaybetmek endişesinden kurtulacaktır. Fakat sınırlı sorumlu işletmeler, finansal raporlamaya ve bağımsız denetime bağlı, şeffaf ve iyi kurumsal yönetişime göre yönetilebilir.

4. Kolay Karar Alabilme

Yeni düzende şirketler, kolay karar almak, uygulamak ve duruma göre esnek hareket edebilmek için gerekli mekanizmalara sahiptirler. Toplantı nisapları düşürülmüş veya önemli kararlarla özgülenmiştir.

5. Güvenilir Bilgiye Ulaşım

Yeni TK, finansal tablo kullanıcılarının, yani en geniş anlamda yatırımcıların güvenilir bilgiye ulaşabilmelerini sağlayacak kurumlara yer vermiştir. Denetlenmiş, doğru ve güvenilir bilgiye engelsiz erişim hakkı ile Türkiye’de yerli ve yabancı yatırımcılar için yatırım iklimi iyileştirilmiştir.

.....

Getirilen sistemle sermaye piyasası derinleşecek ve İMKB kolayca manipüle edilemeyecek bir yolda ilerlemeye başlayacaktır.

Doğru ve denetlenmiş bilgiye engelsiz ulaşım, tüm yatırımcılara sağlanacak olan, sermaye şirketlerinin internet sitelerindeki bilgilere erişim haklarıyla gerçekleşecektir. Gelişmelerin, kayıt dışı ekonomi alanını her geçen gün biraz daha daraltacağı tahmin edilmektedir.

İnternet sitesine konulacak içeriklerin büyük kısmı zaten ilân edilen ve açıklanan bilgiler niteliğindedir. Önemli olan bugün, ilanların okunmayan gazetelerde yapılması nedeniyle ulaşılamayan bilgilere internet yoluyla doğrudan ulaşımın sağlanmasıdır.

II. Reformun Hedefleri

1. Uluslararası Piyasaların Dilini Konuşmak

Türk işletmeleri uluslararası finansal raporlama standartlarının özdeşi olan Türkiye Muhasebe Standartlarını uygulayacağı için bu alanda uluslararası piyasaların dilini konuşacaktır. Bu suretle Türk işletmelerinin kolayca alıcı, satıcı ve ortak bulabilmeleri, piyasalara uyum sağlayabilmeleri amaçlanmıştır.

Uluslararası piyasaların dilini konuşabilmelerinin bir diğer şartı ise finansal tabloların uluslararası denetim standartlarına göre bağımsız yansız ve uzman denetçilerce denetlenmesidir. Yeni düzende Türk işletmeleri bakımından uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesi beklenmektedir.

2. AB Müktesebatıyla Uyum Sağlanması

Türkiye AB ile tam üyelik için müzakere eden bir ülkedir. Bu sebeple hukukunu, bu bağlamda geniş anlamda ticaret hukukunu (yani ticari işletmeye, ticaret ortaklıklarına, sermaye piyasasına, taşıma işlerine ve sigortaya ilişkin hükümlerini) AB hukuku ile uyumlaştırmak, Türkiye'de Avrupa yatırım ve işletme iklimini kurmak ve kültürünü benimsemek zorundadır.

3. Şirketlere Yeni Finansman Araçlar

Modern ticaret hukuku bir cepheden de işletmelerin finansmanlarını sağlayan hukuk olarak tanımlanır. Buna uyarak YTK çeşitli şekillerde kolay sermaye artırımını yapılmasına imkân sağlayan hükümler öngörmüştür. Kapalı anonim şirketlerde kayıtlı sermaye düzeni bu bakımdan etken bir araçtır. Limited ortaklıklarda, Türk hukukuna ilk defa getirilen sermayeye benzer ortak ödünçleri, ek ödemeler ve yan yükümlülükler de modern ortaklıklar hukukunun finansal araçlardır. YTK alacakların sermayeleştirilmesi, konvertible haklar, opsiyon hakları ve alım hakları, rüçhan hakları kullanılarak yapılan işlemler gibi alışılmış finans araçlarına yer verdiği gibi yeni olanaklar da yaratmıştır. Bir AŞ'nin kendi paylarını satın alması gibi.

Yeni Kanunda bir anonim Şirketin kendi paylarını (pay senetlerini) iktisabı çok esnek ve güvenli bir rejime bağlanmıştır.

Amaç;

- * AO'ya piyasa yapıcılığı olanağını vermek,
- * Maniplasyonları nlemek,
- * Ciddi ve yakın tehlikeleri savuŐturmaktır.

4. Kobiler

Kobiler günümüz ticaret hukukunun önem verdiği yeni işletmelerdir. BA söz konusu işletmeleri eğitim ve teşvik programları ile desteklemekte buna karşılık özel finansal raporlama standartlarına tâbi tutmakta ve denetlemektedir. YTK'da kobiler için özel programların uygulanması, teşviklerin ve önlemlerin teşvik uygulamaları getirilmesi, AB fonlarından yararlanma olanaklarının yaratılması yetkisi Sanayi ve Ticaret Bakanlığına verilmiştir. Ayrıca kobiler için özel finansal raporlama standartları çıkarılmıştır.

5. On-line Yönetim Kurulu ve Genel Kurul Toplantıları

Anonim ve Limited şirketler elektronik ortamda dijital yolla kurulacak, yönetim kurulu ve genel kurul toplantıları yapılabilecektir. Söz konusu kararlar elektronik imza ile alınıp elektronik posta ile şirkete gönderilebilecektir. Amaç çabuk, kolay ve güvenilir şekilde karar alabilmektir.

III. Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Genel Hükümler

1. Sermaye Olarak Konulabilecek Malvarlığı Unsurları

YTK'nın önemli değişikliklerinden biri sermaye ortaklıklarına sermaye olarak konulabilecek mal varlığı unsurlarındaki anlamlı ve teknik gelişmelere koşut genişlemedir. YTK domain adlarının, internet sitelerinin, elektronik ortamla ilgili değerlerin anonim ve limited ortaklıklara sermaye olarak konulmasına olanak tanımıştır.

Kanun, genel hükümler bölümünde, ülkemizde bir yara halini almış bir soruna çözüm oluşturabilecek yeni bir hüküm getirmiştir. Sorunu şöyle ortaya koyabiliriz: Herhangi bir taşınmazın bir ticaret ortaklığına sermaye olarak konulması halinde, ortaklığın kurulmasından sonra özellikle Anadolu'da çoğu kez bunların kurulan anonim veya limited ortaklık adına tescili yapılmamaktadır.

Bu ihmâl bazen kasıtlı, bazen de tamamıyla irade dışı olarak cereyan etmektedir. Ancak, daha sonra sorunlar doğmaktadır. Meselâ, bu sermayeyi, taahhüt eden kişinin bunu üçüncü kişilere devretmesi içinden çıkılmaz güçlükler yol açmaktadır. Aynı husus sermaye koyanın vefatı halinde de söz konusudur. YTK'da, böyle sorunlarla karşılaşılmasını için ticaret sicili müdürlüklerine, şirkete sermaye olarak konulan taşınmazların resen tapu siciline tescil ettirmek mükellefiyeti getirilmiştir.

2. Ticaret Ortaklıklarında Yapı Değişiklikleri

Bu bölümde üçüncü önemli yenilik yapı değişiklikleridir. Ticaret ortaklıklarında yapısal değişiklikler, yani ortaklıkların birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi YTK ile reforme edilmiştir. Örnek verirse, kolektif ortaklığın anonime, anonim ortaklığın limitede vs.'ye dönüşmesi.

Bugünkü kanunumuzda bölünme düzenlenmemiştir. Birleşme, dağılık hükümlerle düzenlenmiştir; alacakların hakları korunamamakta, hak sahiplerinin hukukî konumlarını devam ettiren önlemlere yer verilmemiş bulunmaktadır. Yani, yapı değişiklikleri dolayısıyla, pahasahiplerinin veya diğer menfaat sahiplerinin, eskiden sahip oldukları hakların aynen yeni yapıda sürdürülmesini sağlayıcı hükümler bulunmamaktadır. Gerçi doktrin bunları imkân nispetinde doldurmaya çalışmış, Yargıtay da çeşitli kararlarında bu yönde olumlu ve güzel kararlar vermiştir. Ancak sonuç, tatmin edici olmaktan uzaktır.

Tasarı bu üç konuya, yaklaşık seksen madde ayırmıştır. Tasarı AT'nin birleşmelere ilişkin Üçüncü Yönergesi ile bölünmelere dair Altıncı Yönergesini aynen Türk hukukuna aktarmıştır.

Yapı değişiklikleri dışında, ticaret sicili tüzüğünde düzenlenmiş bulunan, Türkiye'deki bir ticaret ortaklığının, özellikle AO ve LO'nun merkezinin dış ülkelere nakli hakkındaki mevcut hüküm yanında, dış ülkeden Türkiye'ye merkez nakline ilişkin bir düzenleme sistemimize dahil olunmuştur. Bu yeni hüküm önemli bir eksikliğin giderilmesi niteliğindedir. Söz konusu açılım, şirketler hukuku bakımından gereklidir ve şirketlerin sınır aşan hareketliliği kavramına dahildir. Bunun önemi şu noktadadır. Bu düzenleme ile bir şirket, tasfiye edilmeden yurt dışına gidebilmekte veya yurt dışından bir şirket, tasfiye edilmeden Türkiye'ye gelebilmektedir.

3. Ortaklıklar Topluluğu

Genel hükümlerde karşımıza çıkan köklü bir yenilik, Türkiye'de ilk defa Tasarı ile Alman hukukunda *konzern* diye adlandırılan, YTK'nin “*şirketler topluluğu*” diye adlandırdığı grupların / toplulukların düzenlenmiş olmasıdır. Bu gerçek herkesin bilgisindedir.

Bu gruplar ticaret, sanayi, hizmet ve finans dünyamızın büyük aktörleridir. Onları hepimiz tanıyoruz. Ancak haklarında sorunları çözücü, koruyucu önlemler koyan bir düzenleme bugün hukukumuzda mevcut değildir. Bu konuya Alman kanununda yanılmıyorsam, 165, 170 madde tahsis edilmiştir. Tasarı bir ilk adım olarak 20 madde ile esasları koymaya gayret etmiştir.

Ortaklıklar topluluğuna ilişkin birçok Avrupa ülkesinin mevzuatında ticaret, iş, rekabet ve vergi hukukuna özgü çeşitli hükümler bulunmaktadır. Ama sistematik olarak bunu ilk düzenleyen ülke Almanya'dır, son kanun İtalya'ya aittir. Bu arada Portekiz, Brezilya ve İsveç gibi ülkeler de sorunu bir kanun bağlamında ele almış veya ortaklıklar hukukuna ilişkin hükümler arasında düzenlemiştir.

Bu hükümler neden önemli?

Şu sebeple: ilk olarak topluluk dışında kalan pay sahipleri özel hükümlerle korunacaktır. Bildiğiniz gibi, bir anonim ortaklık ister halka açık, ister kapalı olsun, eğer küçük pay sahibi iseniz, zaten özel bir şekilde korunmayı gerektiren bir konumda bulunuyorsunuz demektir.

Küçük pay sahibi oy gücünün etkisizliği dolayısıyla ortaklıkta zaten yalnızdır ve dışlanmıştır. Herhangi bir kararın alınmasına karşı koyabilecek durumda değildir. Çoğunluğun aldığı kararlar onu çoğu kez olumsuz etkiler. Bu güçsüzlüğü 30-40 veya daha fazla şirketli bir topluluk düzeyine götürün; yalnızlık, güçsüzlük daha büyüyecektir. Onun için topluluk dışında kalan, yani hakim ortaklar dışında bulunan pay sahiplerinin korunması özel bir önem taşımaktadır.

İkincisi. Bu şirketlerde bağlı yönetim kurulları dediğimiz, hareket kabiliyeti olmayan, topluluğun somut politikalarını ve talimatlarını uygulamak zorunda olan yönetim kurulları vardır. Ama TK, sanki bütün şirketler bağımsız, bütün yönetim kurulları tamamıyla kendi iradeleriyle hareket ediyormuş varsayımını kabul etmiş ve bağlı şirketlerin yönetim kurullarının bağlı şirketin menfaatlerini, diğer menfaatlerinin üstünde tutmasını istemiştir.

Aksine hareketi cezalarla, hukuki sorumlulukla müeyyidelenmiştir.

Halbuki gerçek bu değildir. Bu bağlı yönetim kurullarının durumlarını dikkate almak icap eder; burada bağlı şirket yönünden bir kayıp bir zarar doğarsa, bu zararı, bağlı yönetim kurulundan değil, hakim şirketten veya hakim şirketin yönetim kurulundan istemek adil olur. Yeni teori ve anlayış bu yöndedir. Yeni öğreti açılımını nesnel adalet anlayışına dayandırmıştır.

YTK'nın ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerinin bazı özellikleri vardır. Almanya'da iki türlü topluluk kabul edilmiş. Bunlardan birincisi, hakimiyetin bazı araçlarla, yani iştirak daha doğrusu oy hakkı ile yani yönetim kurulundaki sandalye sayısı ile kurulduğu haller bağlamında veya yönetim organındaki üye sayısı temelinde gerçekleşmesidir. Buna Almanya'da "fiili topluluk" deniliyor. Topluluk bir sözleşme ile değil fiilen oluşmuş. İkincisi sözleşme ile kurulur. Buna sözleşmesel topluluk denilir.

Tasarı sözleşmesel topluluğu düzenlememiş ama geçerli saymıştır. Tasarının sözleşmesel topluluğu düzenlememesinin sebebi, Almanya'da olduğunun aksine bizde bu tipten işletme sözleşmelerinin mevcut olmamasıdır. Başka bir deyişle ülkemizde bir şirketin diğer bir şirket veya şirketler üzerinde kontrolü sağlayan hakimiyet sözleşmelerine ilişkin bir uygulama yoktur. Tasarı sözleşmesel topluluk kavramını tanımakla beraber bu konuda ayrıntıya girilmeden bile olsa düzenleme yapmayı bugün için erken bulmuştur.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu konzern kavramını tanımlamış ve bu tanıma işlevler yüklemiştir. Tasarı “Topluluk”un hukukî sonuçlar doğuracak, belirleyici ve sınırlayıcı bir tanımını vermekten kaçınmış, “Topluluk”u hukukî bir olgu olarak kabul edip bu olgu bağlamında düzenlemeler yapmıştır.

Üçüncü özellik, Tasarıda kontrol ilkesinin kabul edilmiş olmasıdır.

Dördüncü özellik, Almanya’da ve birçok ülkede Topluluk işletme bağlamında düzenlenmiştir; şirketler de işletme gibi mütalâa olunmuştur. Tasarıda toplulukların sadece ticaret şirketlerinden ve bazı hallerde de sermaye şirketlerinden meydana gelmesi kabul edilmiştir. İşletmelere istisnaen hüküm bağlanmıştır.

Diğer bir önemli nokta da hakim ortaklığın hakimiyeti kötüye kullanması halinde, bunun sonuçlarını yüklenmek zorunda olmasıdır. Hakimiyetin kötüye kullanılması da iki şekilde ortaya çıkabilir. YTK'ya göre, hakimiyetin kötüye kullanılması hâllerinden biri bir bağlı ortaklığın, topluluk menfaati için yani diğer bir topluluk şirketinin veya ana şirketin menfaati uğruna belli bir işlemi yapmaya zorlanmasıdır.

Meselâ hakimiyet kullanılarak bir bağlı şirketin ihaleye girmemesi, kefalet veya garanti vermesi, borç yüklenmesi, elindeki fonu devretmesi, personelinin önemli kısmını devretmesi, bazı üretim kısımlarının kapatılması sağlanabilir. Bu işlemler topluluğa yarar getirebilir ama söz konusu bağlı ortaklığı da zarara uğratabilir. Alman hukukunda olduğu gibi, bizde de, bu kaybın, bu (dezavantajın) telafi edilmesi yani denkleştirilmesi mecburiyeti getirilmiştir.

İkinci kötüye kullanma şekli ise, hiç haklı bir sebebi yokken, iki topluluk ortaklığının birleştirilmesi, bir ortaklığın bölünmesi, birinin yüksek hacimli menkul değer çıkarıp diğerinin bunları almak zorunda olması gibi işlemlerdir. Bu esasında grup politikası açısından doğru bir şey, ama bunun sonucu bana temettüyü kaybetme şeklinde yansıyor.

Çünkü, bu birleşmeyle bir şirketin kârı diğerinin zararı ile eşleştiriliyor, eşleştirilmiş oluyor. YTK bu halde hakim ortaklar dışında kalan ortakların paylarını hakim şirkete en iyi fiyatla satarak çıkmaları, zararı telafi ettirici davalar açmaları, işleri iptal ettirmeleri, zararı tazmin ettirmeleri vs. gibi yeni çareler getiriyor. Bu yeni hükümler topluluklar karşısında hem çaresiz küçük paysahiplerini hem çaresiz bağlı yönetim kurullarını hem de somut politikalar izlemek isteyen topluluğu koruyucu niteliktedir.

IV. Anonim Ortaklık

1. Genel Olarak

30

Anonim şirketlere ilişkin değişikliklere gelince: Anonim ortaklık, işleyebilirlik, şeffaflık, pay sahipleri demokrasisi, kurumsal yönetim, sermayenin korunması, organların kolay karar alabilmeleri, hesap verilebilirlik, etkin ve bağımsız denetleme, sınır ötesi hareketlilik ve nihayet IFRS bağlamında modernleştirilmiş, köklü bir reforma tabi tutulmuştur.

Şirketlerimizin uluslararası piyasalarda rekabet güçlerini artıran bu çağdaş açılımlar stratejiktir. İlk olarak tedrici kuruluş kaldırılmıştır. İkinci yenilik bugüne kadar hukukumuzda sadece halka açık ortaklıklar için tanınan kayıtlı sermaye sistemi olanağının ülkemizde artık kapalı şirketlere de açılmasıdır.

Avrupa'daki birçok ülkede görülen payın (nominal) değerini kaldırma bunun yerine carî değere/borsa değerine özgülme eğilimine itibar edilmemiştir. Türk hukukunda nominal değer kaldırılmamıştır. Çünkü komisyon, henüz bu konunun yeterli bir olgunluğa kavuşmadığı görüşündedir. Bugüne kadar mevcut olan sermaye artırım türlerine yeni bir tür eklenmiştir. Bu da şarta bağlı sermaye artırımıdır. YTK'nın yönetim kuruluna ilişkin yenilikleri “radikal” sözcüğüyle tanımlanabilir. Hepsi de aynı amaçlara yönelmiştir. Karar alabilirlik, hesap verebilirlik, modern tekniklere göre yönetme ve iç denetim.

2. Organlar

a) Yönetim Kurulu

Yönetim kurulunun tek kişiden bile oluşabilmesi imkânı sağlanmıştır. Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilecekleri kabul edilmiş, böylece sorumluluk sisteminde büyük bir değişiklik yapılmıştır. Üçüncüsü, yönetim kalitesiyle ilgilidir. Üyelerin üçte birinin yüksek tahsilli olmaları mecburiyeti getirilmiştir. Avrupa Birliği ve Rocks kısaltmasıyla tanınan ve bir ülkenin uluslararası standartlar ve ölçekler karşısındaki durumunu irdeleyen rapor ve OECD Tasarısı çok müspet buldukları halde, AB, yönetim kurulunun kalitesine ilişkin düzenlemeleri yetersiz bulmuştur. Aranan yönetim kuruluna akan bilginin, raporlamanın değerlendirmesini, çözümlemesini yapacak, uzmanlarla tartışacak düzeyde yönetim kuruludur.

Basel II de aynı düzeyi aramaktadır. Bu düzeyin borsa şirketleri için arandığı doğrudur. Ancak böyle bir cevap aldatıcıdır. Çünkü Batıda borsa ortaklıkları onbinlerle ifade edilirken Türkiye’de bu ortaklıklar 350 adettir. Düzey bu sayı ile sınırlı tutulamaz. Şirkete bilgi akışının sağlanmış olması yetmez. Akan bilgiyi değerlendirecek Yönetim Kurulu üyesine de ihtiyaç vardır. YTK yönetim Kurulunun kalitesi bakımından sadece öğrenim, profesyonelleşme önlemlerini getirmiştir.

Yeniliklerden biri ilgi çekicidir: yönetim kurulları elektronik ortamda yapılabilecektir. Ayrıca, güvenli elektronik imzayla Yönetim Kurulu kararı da alınabilecektir.

Bu yenilik karşısında şimdi söyleyeceğim değişiklik biraz ehemmiyetini kaybetmiştir ama Türk hukuku bakımından önemlidir. Biliyorsunuz bugünkü kanunumuzun 330 uncu maddesinde Yönetim Kurulunun toplantı nisabı artırılmış nisaptır. Yani Yönetim Kurulunun toplanabilmesi, açılabilmesi için yarıdan bir fazla üyenin toplantıda hazır bulunması şarttır.

Meselâ yönetim Kurulu 7 kişi ise, nisap beştir. Demek ki 7 kişilik bir yönetim kurulunun toplanabilmesi için 5 üyenin varlığına huzuruna ihtiyaç vardır. Bu Türk hukukunun en çok tenkit edilen noktalarından biriydi. YTK ağır nisabı kaldırmıştır. Karar alma mekanizmalarını güçlendirebilmek bakımından bir diğer yenilik daha yapılmıştır.

Biraz teferruat gibi görünüyor ama, iş alemini çok yakından ilgilendirdiği için söylüyorum. Biliyorsunuz ki, bugünkü kanunumuzda yönetim kurulu kararları Yönetim Kurulu toplantısı yapılmadan bir teklifin elden dolaştırılması suretiyle de alınabilir. Bir üye bir karar önerisi hazırlayıp imzaladıktan sonra diğer üyelere, onlar da müzakereye gerek görmeyip bu teklife iltihak etseler, hakim görüşe göre, çoğunluğu sağlayacak sayıda imza sağlanırsa karar alınır.

Ama üyelere biri veya bazıları toplantı yapılmasını isterse bu yöntemle karar alınamaz. Türk hukukunda bu düzenleme bağlamında bir tartışma vardı. Acaba imzalar aynı kâğıtta mı olmalı? Yoksa aynı teklif ayrı kâğıtlara atılmış olup da çoğunluk oluşmuşsa karar alınmış olur mu? Yönetim Kurulunda bu halledilmiş durumdadır. YTK soruyu olumlu olarak cevaplamıştır. Dikkat ederseniz bütün gayret buralarda karar alabilmeyi, kolaylaştırabilmek, çalışabilmek imkânlarını yaratmaktır.

Yönetim kurulundaki önemli yeniliklerden biri, kurumsal yönetim ilkelerinin bir uygulaması olarak riskin erken teşhisi komitesinin kurulması mecburiyetinin getirilmiş olmasıdır. Bu halka açık ortaklıklar için öngörülmüştür. Kapalı ortaklıklarda riskin erken teşhisi komitesi yoktur. Ama denetçi ortaklığın kötüye gittiği kanaatindeyse, bu komitenin kurulmasını yönetim kurulundan talep eder.

Talep varsa, Yönetim Kurulu bunu bir ay içerisinde kurmaya mecburdur. Riskin teşhisi komitesine o derece büyük önem verdiğimiz ki, riskin teşhisi komitesi bir risk olmasa bile, iki ayda bir muhakkak surette Yönetim Kuruluna ve denetçiye rapor verecektir. Bağımsız denetçi bu mekanizmanın mevcut olup olmadığını, raporunda, hatta ayrı bir rapor halinde bildirmek zorundadır. YTK'da bir anonim şirketin kendi hisse senetlerini satın alabilmesine ilişkin yasak, bugünkü sisteme nazaran çok gevşetilmiştir. Bu konuda da Avrupa Topluluğunun İkinci Yönergesine hakim olan model benimsenmiştir.

b) Genel Kurul

Genel kurul haklarıyla, işleyişiyle, bilgi alma hakkı ve özellikle temsil kurumuyla modernleştirilmiş, durağan, çoğunluğun emrinde çalışan yapısından kurtarılmıştır.

Genel kurullardaki köklü değişiklik, elektronik genel kurulların, gelmiş olmasıdır. Komisyon güç boşluğunu amaca uygun bir araçla aşmıştır. Daha sonra diğeri de teşvik edilecektir.

3. Denetleme

38

a) Genel Olarak

Anonim ortaklıklarda denetlenmesine ilişkin hükümler de temelden yenilenmiştir. Denetim de radikal bir konsept değişikliğine uğramıştır. Denetim uluslararası denetim standartlarına göre bağımsız denetçi tarafından yapılacak ve uluslararası standartlara uygun rapor ve görüş verilecektir. TK'nın bir şirket organı olan, ancak meslekî kalite şartı aranmayan "murakıp"ları kaldırılmış, yerine bağımsız denetçinin yapacağı denetleme gelmiştir. Buradaki yenilikleri şöyle sıralayacağım. (1) büyük ölçekli şirketler bağımsız denetçi şirketlerini denetçi seçmek mecburiyetindedir. (2) Orta ve küçük ölçekli şirketler en az bir YMM'yi veya SMM'yi denetçi olarak seçeceklerdir.

Demek ki çok önemli bir kalite şartı gelmiştir. Bildiğiniz gibi bu şahıslar 5368 sayılı kanuna göre özel öğretim görmüş, denetçi uzmanlığına sahip olup, bu konuda bir nevi lisans alan kimselerdir. Artık uluslararası finansal raporlama standartlarının özdeşi olan Türk Muhasebe Standartları uygulanacağı için, bunları uygulayabilecek kalitede bu elemanların kendilerini yetiştirmeleri bakımından özel bir program dönemi başlatılmıştır. Şimdi bunu TÜRMOB yürütmektedir ama bir müddet sonra Dünya Bankası vasıtasıyla finanse edilerek özel denetim programları hazırlanacaktır.

b) Türk Denetleme Standartları

Adalet Komisyonunun son oturumunda kabul ettiği bir geçici madde uyarınca uluslararası denetleme standartlarını özel bir kanun çıkıncaya kadar denetleme standartları TÜRMOB içerisinde bir karma kurul tarafından konulacaktır. Bu karma kurulda hangi bakanlık temsilcilerinden bulunacağı, Bakanlar Kurulunun yürürlüğe sokacağı bir yönetmelikle hemen tespit edilecektir. Bu çalışma halihazırda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı nezdinde hemen başlatılacaktır.

c) Kamu Gözetim Kurumu

41

Bir son dakika değişikliği daha var arkadaşlar, Enron olayından sonra denetçinin denetlenmesi de birçok ülke tarafından kabul edilmiştir. Yani denetçi, denetlemeyi kanuna, standartlara ve amaca uygun olarak yapıyor mu? Sorun bu. Özel kanunla bu bir özel kuruluşa verilinceye kadar bir boşluk doğmaması için, söz konusu denetleme de Sanayi ve Ticaret Bakanlığı teftiş kurulu tarafından gerçekleştirilecektir.

Teftiş kurulu, bir yönetmelikle bu denetlemeyi yapacaktır. Bu denetleme aynen Avrupa topluluğunun Yedinci ve Sekizinci Yönergelerindeki denetleme esaslarını kendi denetlemesi yönünden bir nirengi noktası olarak ele alacaktır. Denetleme muhakkak surette internet ortamında da yapılacaktır. Şöyle ki, teftiş kurulu, her bir denetçinin sitesine erişim hakkına haizdir ve denetçiler denetlemelerini internete ay be ay aktarmak durumundadırlar. Bütün aşamalarında denetçinin denetlemeyi nasıl yaptığı belirlenecektir.

4. Halka Açılma Kolaylığı

42

Halka açılma kolaylaştırılmış; usul basitleştirilmiştir. Hantal yapısı dolayısıyla ülkemizde uygulaması hiç bulunmayan tedrici kuruluş usulü kaldırılmıştır. Mevcut TK'nın uygulandığı 55 yıl içinde, tedrici yol ile kurulan tek bir halka açık şirket yoktur. Yeni TK ile yerine kurucunun payları hemen arz edeceği yeni bir sistem gelmiştir.

Buna göre: Bir AŞ'nin kuruluşu sırasında bir kurucu, taahhüt ettiği sermayeyi kuruluştan sonra bir ay içinde halka arz edeceğini garanti ederse, taahhüt ettiği nakit sermayenin dörtte birini dahi ödemeyecek; kuruluştan hemen sonra şirket ona pay senetlerini verecek, o da bunları halka satacaktır. İsterse pay senetlerini primli de satabilir.

Bu kurucu satış sonunda sermayeyi AŞ'ye yatıracak, primi ise alıkoyacaktır. Eğer pay senetlerini halka satamazsa, sermayenin $\frac{1}{4}$ 'ünü kendisi tamamlayacaktır. Bu yol ile halka açık kuruluş özellikle tek kişilik AŞ'lerde çok kolaydır.

Bir banka veya bir aracı kuruluş söz konusu tek kişilik bir AŞ'yi tek kuruluş ödemedi kurabilir ve pay senetlerini halka satarak sermayeyi toplayabilir, kendisi de primlerden kazanç sağlayabilir.

5. Tek Kişilik Şirket

Tek kişilik şirket, AET Konseyi'nin çıkardığı 89/667 sayılı şirketlerle ilgili 12. yönergesiyle düzenlenmiştir. Bu yönerge ile AET, üye devletlere ya tek kişilik limited şirkete veya sınırsız sorumlu tacir yanında, sınırlı sorumlu tacire de yer verme zorunluluğunu yüklemiştir.

Amaç üye devletlerin ekonomilerinin temelini, raporlama standartlarına tâbi şekilde denetlenen, sınırlı sorumlu, kolay karar alabilen şirketlerle sağlamlaştırmıştır. İki seçeneğin birini seçen üye devlet, isterse tek kişilik AŞ'ye de sisteminde yer verebilir.

Tek payshahipli AŞ ve payshahibi bu niteliği belirtir şekilde tescil edilmelidir; aksi halde yönetim kurulu ve ilgili kişiler sorumlu olur. Aynı kişinin birden çok tek payshahipli AŞ'si olabilir; tek payshahipli bir AŞ, kendisinin tek payshahibi olduğu bir AŞ kurabilir.

Bu tür kuruluşlar bir zincir oluşturur. Kanaatimce zincir de tescil edilmelidir. Tescil geniş anlam taşır. Tek kişilik ortaklığa hakim ilke malvarlıklarının ayrılığıdır. Bu ilke ihlâl edilirse, tüzel kişilik perdesi kaldırılır ve ortak sorumlu kılınır.

Tek kişilik AŞ veya LŞ bugün AB'nin en popüler ortaklık şeklidir.

Bu şirket yoğunlukla;

1. Halka açılmada,
2. Doğrudan yabancı yatırımlarda,
3. Şirket bölünmelerinde, yavru şirket yaratmada,
4. Sigorta sektöründe her bir sigorta dalı için ayrı bir şirket kurarak, bunları bir holding çatısı altında toplanmada,
5. İşletmeciler vakıfların kurdukları, tek ortağı vakıf olan AŞ ve LŞ'lerde,
6. Üniversitelerin, araştırma enstitü ve merkezlerinin buluşlara, program yazılımlarına, döner sermaye işletmeciliğine, bilgi ve veri bankalarına, mimari projelere vs'ye yönelik şirketler kurmasında,
7. Bir şirketin bir üretim birimini bağımsız hale getirmesinde veya yeni bir bölüm kurmasında
8. Bir kamu hizmetinin bir şirket şeklinde organize edilmesinde kullanılmaktadır.

Bu şirkete birden çok pay sahipli AŞ veya ortaklı LŞ hükümleri uygulanmaktadır.

V. Limited Ortaklık

1. Genel Olarak

YTK'da limited ortak (LO) büyük değişikliğe uğramış, melez karakterini yani anonim ortaklıkla kolektif ortaklığın bir karışımı olmak özelliğini muhafaza etmekle birlikte anonim ortaklığa daha yaklaşmış ve adeta bir "*küçük anonim ortaklık*"a dönüşmüştür. Bu dönüşüm LO'da sermaye ortaklıkları çizgilerinin hem artması hem de kalınlaşması anlamına gelmektedir.

- a) Tek kişi ile kurulabilir (tek ortaklı LO),
- b) b) "Bir ortak, bir sermaye payı" ilkesi terk edilmiş ve bir ortağın birden çok sermaye payının sahibi olması kabul edilmiştir. Yeni ilkenin ilk hukukî sonucu payın devri için bölünme işleminin yapılmasına gerek olmamasıdır.

- c) Özden yönetim sistemine son verilmiş, müdürlerin ya ortaklık sözleşmesi ile atanması ya da ortaklar genel kurulunca seçilmesi zorunluluğu getirilmiştir. ⁴⁸
- d) Yeni LO'da ortakların sermaye payları nama yazılabilecektir.
- e) Seleflere başvurma denilen sorumluluk kaldırılmıştır.
- f) LO'nun finansal yapısı güçlendirici yeni olanaklarla donatılmıştır. Ek ödemeler ve yan edim yükümlülükleri ile Türk LO hukuku tanışmıştır. Ek ödemeler, bilanço zararlarının kapatılmasında, öz sermayeye ihtiyaç duyulan hâllerin tatmin edilmesinde ve ortaklarca nakdî takviyenin zorunlu olduğu hâllerde talep edilebilir. Yan edim yükümlülükleri ise şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesine yardımcı olur.

- g) LO finansal raporlama ve bağımsız denetime tabidir.
- h) Sermaye benzeri ortak ödünçleri kurumu ile alacaklılara yeni güvenceler sağlanmıştır.
- i) Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma YTK'da –TK ile karşılaştırılmayacak derecede- net bir şekilde düzenlenmiştir.
- j) İmtiyazlı paylar, intifa senetleri, payın devrinin kolaylaştırılmış olması, özellikle ortaklar kurulunun devre onayının adi çoğunluğuna bağlanmış olması YTK'nın yenilikleridir.

2. Kuruluş

50

LO'nun kuruluşunda, tek ortakla kurulma internet siteleri, domain adlar ve benzeri e-fikrî mülkiyet haklarının sermaye olarak konulabilmesi yanında kuruluşla ilgili önemli yenilik, limited ortaklık sözleşmesine verilen ikinci işlevdir.

Limited ortaklık sözleşmesinin birinci işlevi, ortaklığın kuruluşunun ana ve zorunlu unsuru olması ve ortaklar arası ilişkileri düzenlemesi, içerdiği hükümlerin bir bölümünün zorunlu nitelik taşıması ve ticaret sicilinin olumlu etkisi kapsamında mütalâa edilmesidir. Zorunlu içeriğe dahil hükümler üçüncü kişilere ileri sürülebilir.

YTK ile getirilen ve LO ortaklık sözleşmesine verilen ikinci görev, kanunda sınırlı (*numerus clausus*) olarak gösterilen bazı konuların (imtiyazlı paylar, payların devrinin sınırlandırılması, ek ödemeler, yan edim yükümlülükleri vs. gibi) geçerli olabilmelerinin ortaklık sözleşmesinde yer almaları şartına bağlanmış bulunması ve bu suretle ortaklık sözleşmesinin söz konusu düzenlemelere bağlayıcılık niteliğini vermesidir.

Tek ortaklı LO'nun ve ortağın tesciline bağlanan yükümlülük ile yükümlülüğün ihlalinin sorumluluk doğurması da kuruluş konusunun yenilikleri arasındadır. Aynı kişinin birden çok tek ortaklı LO'su olabilir; bir tek ortaklı LO kendisinin tek ortak olduğu LO'yu kurabilir ve bu tür kuruluşlar zincir oluşturabilir. Kanaatimce bu zincir de tescil edilmelidir.

Perdenin kaldırılması için AŞ'de verilen açıklamaya bkz.

3. Ortakların Hukukî Durumu

52

a) Sınırlı Sorumluluk

LO ortağının hukukî durumunu tanımlayan önemli konular, ortakların sınırlı sorumluluğudur. Bu ilkenin dört istisnası vardır.

a) Ek ödemeler ve yan edim yükümlülükleri. Bu iki istisna ortağın onayı ve ortaklık sözleşmesiyle sorumluluğu genişletir.

b) Şirketten alınan borçlar. Bu borç tutarınca LO alacaklıları takip yapabilir, dava açabilir.

c) Sermayeye benzeyen ödünçler.

d) Kamu borçları sorumluluğu

b) Esas Sermaye Payının Her Türlü İşlete Tâbi Olması

Pay kanunî şartlara uyularak devredilebilir, mirasla, birleşmeyle ve bölünmeyle intikal edebilir, her türlü hukukî işleme tâbi olabilir, nama yazılı senede bağlanabilir. Söz konusu senet ispat aracıdır; diğer nama yazılı senetten daha zayıf bir kıymetli evraktır.

Çünkü, sıkı sıkıya kanundaki devir hükümlerine bağlı olup sadece alacağın temliki hükümlerine tâbi değildir. Dahası ek ödeme ve yan edim yükümlerinin, ağırlaştırılmış veya bütün ortakları kapsayacak şekilde düzenlenmiş rekabet yasağının ve şirket sözleşmesinde öngörülmüş öneriye *muhatap olma*, ön alım, geri alım ve alım haklarının bu senetlerde açıkça belirtilmesi gereklidir.

c) Ortakların Hakları ve Borçları

54

LO ortaklarının hakları ve borçları açısından TK'ya nazaran yeni sayılabilecek açılımlar bir taraftan kâr ve tasfiye payının bağımsız denetim ve yeni raporlama standartlarına bağlanmış olması dolayısıyla daha güvenilir temellere oturtulmuş olmasına ve çıkma hakkının net bir şekilde kanunda yer almasına dayanmakta, diğer taraftan da borçlar, ek ödemeler, yan edim yükümlülükleri ve genişleyebilecek rekabet yasağı dolayısıyla yeni boyutlarla tanımlanmaktadır.

Haklar açısından imtiyazlı paylar da ortaklığa sağlanan yeni bir olanaktır. Bu bağlamda oyda imtiyaz LO hukukumuz ilk defa düzenlenmiş ve oyda imtiyazın sınırlandırılması da ortaklar arası dengenin korunmasında yardımcı bir kurum olarak düşünülmüştür.

4. Organlar

Aynen AO gibi LO'da iki kanunî organa sahiptir:
Ortaklar genel kurulu ve müdürler.

Bağımsız denetçi ise bir organ değildir. Genel kurulda önemli bir değişiklik yoktur. Müdürlerde ise özden yönetim yerini seçimli ortaklar yönetimine bırakmıştır.

Müdürlerin devredilemez yetki ve yükümlülüklerinin gösterilmiş olması ile *ultra vires*'in kaldırılması radikal değişikliklerdir.