

A N K A R A B A R O S U



6102 SAYILI YENİ TÜRK TİCARET KANUNU SEMPOZYUMU

2-3 HAZİRAN 2011



ANKARA, 2011



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00

Faks: (0.312) 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM

ANKARA BAROSU

EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00

GÖLBAŞI AV. ÖZDEMİR ÖZOK

SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd.

No: 46 Gölbaşı/ANKARA

Tel : (0.312) 485 03 93 - 484 46 06

ANKARA BAROSU

GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 444 43 06

www.gelincikprojesi.com

www.gelincikprojesi.org

Grafik–Tasarım:

Ali Kemal ÇERŞİL

(Ankara Barosu)

Basım Yeri:

ÖZ-GEM Matbaacılık

Büyük Sanayi 1. Cad. Alibey İşhanı 99/11 İskitler/ANKARA

Tel: (0.312) 341 62 36

Faks: (0.312) 384 69 19

İÇİNDEKİLER

6102 Sayılı TTK'nın Genel Hükümler Açısından Değerlendirilmesi	7
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun	
Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	11
6102 Sayılı Yeni TTK'ya Genel Bir Bakış	29
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na,	
Bazı Hükümlere ve Kavramlara Eleştirisel Bakış	37
6102 Sayılı TTK'nın Genel Hükümler Açısından Değerlendirilmesi	63
6102 Sayılı TTK'da Ticari İşletme – Sigorta Hukuku	67
6102 Sayılı TTK'da Ticari Defterlerin İspat Gücü	81

SUNUŞ

Ülkemizde ve uluslararası alanda gerçekleşen yeniliklere, çağın gereklerine uyum sağlama ve toplumun ihtiyaçlarına cevap verme amacıyla, ülkemizde, son yıllarda birçok alanda temel kanunların değiştirilmesi ve yeni kanunların hazırlanması ile ilgili çalışmalar yapılmaktadır.

Kuşkusuz ki; yeni kanunların yapılması çalışmalarında, siyasetçilerin yanında akademisyenler, barolar ve ilgili diğer sivil toplum kuruluşları ile konuyla ilgili kurum ve kuruluşların aktif katılımının sağlanması büyük önem arz etmektedir. Zira toplumun ihtiyaçlarına cevap verilebilmesi ve yeni yasal düzenlemelerin uygulamada sorun teşkil edebilecek yönlerinin en başından tespiti ve önlenmesi ancak bu şekilde mümkün olabilecektir.

Kanunların doğrudan uygulayıcıları arasında yer alan avukatları temsil eden Baroların, kanunların yapılması aşamasında görev ve sorumluluk üstlenmeleri büyük önem taşımaktadır.

Bu kapsamda, Ankara Barosu tarafından, yurt içindeki yasama faaliyetlerinin ve yurt dışındaki hukuki düzenlemelerin bilimsel olarak takibi, değerlendirilmesi, uygulamadaki sonuçlarının tespiti, hazırlanacak hukukî metinlerin yasalaşmasına çalışılması, mevcut yasal düzenlemelerin mahiyeti ve sonuçları hakkında kamuoyunun, Yürütme, Yargı ve Yasama organlarının bilgilendirilmesi için faaliyet gösterilmesi amacıyla Yasa İzleme Enstitüsü kurulmuş ve 2011 yılı Temmuz ayından itibaren faaliyetlerine başlamıştır.

Yasa İzleme Enstitüsü'nün geçmişi, Ankara Barosu Yasa İzleme Kurulu'na dayanmaktadır. Ankara Barosu avukatlarının, birçok üniversitelerden akademisyenlerin, Ankara Adliyesi hakimlerinin, Yargıtay, Danıştay ve daha birçok yargı organı mensuplarının katkı ve katılımlarıyla, 2010-2011 Adli Yılında, sempozyumlar, paneller, eğitim çalışmaları gibi birçok mesleki ve bilimsel faaliyet gerçekleştiren Yasa İzleme Kurulu, faaliyetlerini geliştirme ve çoğaltma, daha çok kurum ve kuruluşla işbirliği yapma, daha geniş kitlelere ulaşma, hukuk devleti ve demokratik toplum ilkeleri ışığında yasa yapılması çalışmalarını ve mevcut yasaları, bilimsel zeminlerde tartışma isteğiyle ve birçok bilim insanının da doğrudan katılımı ile Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü'ne dönüştürülmüştür.

Yasa İzleme Kurulumuzun, 2-3 Haziran 2011 tarihlerinde düzenlediği "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu" konulu sempozyuma katılan değerli hukukçuların bir kısmının tebliğleri, Yasa İzleme Enstitüsü tarafından bu kitapçıkta bir araya getirilmiştir.

Enstitümüz tarafından hazırlanan bu çalışmanın, meslektaşlarımıza faydalı olmasını umuyor, çalışmalarını bizlerle paylaşan değerli akademisyenlerimize ve meslektaşlarımıza, ayrıca desteğini bizlerden esirgemeyen Ankara Barosu Yönetim Kurulu'na şükranlarımızı sunuyoruz.

Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü
Kasım 2011

KISALTMALAR

Ser PK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
VUK	: Vergi Usul Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Bank. K	: Bankacılık Kanunu
FKK	: Finansal Kiralama Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
MK.	: Türk Medeni Kanunu
BGH	: Alman Federal Mahkemesi
ETK	: Eski Ticaret Kanunu
KEP	: Kayıtlı Elektronik Posta
AktG	: Alman Anonim Şirketler Kanunu

6102 SAYILI TTK'NIN GENEL HÜKÜMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Nimet Handan DOĞAN*

* Ankara Barosu – Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi.

Sayın Katılımcılar,

1999 yılının Aralık ayında, Adalet Bakanlığı tarafından yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Tasarısını hazırlamakla görevlendirilen bir komisyon kuruldu. Adalet Bakanlığı temsilcileri; Yargıtay üyeleri, çeşitli üniversitelerden çok sayıda öğretim üyesi, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Sermaye Piyasası Kurulu, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı, Denizcilik Müsteşarlığı ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği mensuplarından oluşan bu komisyon, henüz ilk toplantısında, kendisine, Yeni Kanun'un kalbi olarak da nitelendirilebilecek beş ana hedef belirledi. Buna göre;

- Türk işletmelerinin ticarî ve ekonomik yönden uluslararası rekabet piyasalarında güçlü aktörler olarak çalışmalarını sağlayacak kurum ve sistemlere sahip olması sağlanmalı,
- Avrupa Birliği Müktesebatı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun ticarî işletme, şirketler, sermaye piyasası, taşıma, deniz ticareti ve sigorta hukuku kitaplarına tam olarak yansıtılmalı,
- Yeni kanun Türkiye'nin güncel, orta ve uzun vadeli gereksinimlerine cevap verecek mekanizmaları ve hükümleri içermeli,
- Kanun modern ticaret hukuku ile örtüşmeli ve
- Mevcut bilimsel birikim korunarak, yargı kararlarıyla sağlanan hukukî gelişim sürdürülmeliydi.

Yeni Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin gerek ayrı ayrı gerekse bir arada değerlendirilmesinden çıkardığımız sonuç, belirlenen hedeflere ulaşılabildiği yönündedir. Nitekim Yeni Kanun'da;

- Hükümler, kurumsal yönetim ilkelerine uygun ve ucu gelişmelere açık olacak haliyle düzenlenmiş, genel ticari hükümler ile Sermaye Piyasası Kanunu arasındaki ikilik olabildiğince ortadan kaldırılmaya çalışılmış, yeni finansman olanaklarına duyulan ihtiyaçlar ile borsada işlem görececek menkul değerler listesinin zenginleştirilmesi gerekliliği ihmal edilmemiştir.
- Teknik gelişmelere, özellikle de internete ayrı bir değer atfedilmiştir.
- Türk Muhasebe Standartları genel ve mutlak uygulanma olanağına kavuşturulurken, halka açık olan ve olmayan şirketler arasındaki farklar en az düzeye indirilmiş, şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesinde yeni esaslar getirilmiştir.
- Finansal tablolar hem şirketler hem de şirketler topluluğu yönünden çağdaş anlayışa uygun kurallara bağlanmış, anonim ve limited şirketlerin etkin,

bağımsız ve uluslararası standartlarla uyumlu biçimde denetlenmesini sağlayacak emredici hükümler getirilmiştir.

- Taşımada uluslararası kurallar egemen kılınırken, çeşitli taşıma türleri için özel hükümler getirilmiş ve taşıma işleri yüklenicisine ilişkin kısım yenileştirilmiştir.
- Deniz ticareti reforma tâbi tutularak, taşıyıcının sorumluluğuna, yolcu taşımaya, kurtarma ve yardıma, gemi alacağı hakkı ile çatmaya ilişkin kurallar yenileştirilmiş, deniz icrasına dair hükümler de getirilirken, navlun sözleşmesinin eksik veya yetersiz kısımları modern anlayışa uydurulmuştur.
- Sigorta sözleşmesine ilişkin normlar, sigorta endüstrisinin güçlendirilmesi saikiyle ele alınmış, kara ve deniz rizikolarına karşı sigorta ayırımından doğan aykırılıklar ortadan kaldırılmıştır.
- Tasarının dili 6762 sayılı Kanun'un dilinden çok farklıdır. Gerek Tasarıda gerek gerekçelerde, akıcı ve kurallara uyan bir Türkçe için özen gösterilmiş, ancak arı bir dil uğruna kanun yapma tekniğinden ve bilimsellikten ödün vermek yoluna da gidilmemiştir.

Komisyon 2000, yılının Nisan ayından itibaren beş yıl süreyle çalışmıştır. 2005 yılında TBMM'ye gönderilen ve 2007 yılında Adalet Komisyonundan geçen Tasarı, ancak 13 Ocak 2011'de yasalaşabilmiştir. Bu bağlamda Tasarı metninin kanunlaşmasına kadar aradan geçen 6 yıllık sürede, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağladığı düşünülen kimi değişiklikler ne yazık ki tasarıya yansıtılmamıştır. Ancak bu değişikliklerin, Yasa'nın yürürlük tarihinden önce yapılabilecek düzenlemelerle Yasa'daki yerlerini alabileceği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda gerek bu değişiklikler, gerek hocalarımızın eleştirileri, gerekse siz değerli katılımcıların görüş ve önerileri çerçevesinde, uygulamada yaşanabilecek kimi aksaklık ve eksikliklerin önceden tespit edilerek, değerlendirmelerin ilgili kurumlara taşınması işini kendimize ödev sayıyoruz.

Sempozyumumuza bilgi, birikim, görüş ve mesailerini özgüleyen değerli hocalarımıza ve siz duyarlı katılımcılara Ankara Barosu Yasa İzleme Kurulu adına teşekkür eder, çalışmalarımız sırasında katkı ve desteklerini bir an için dahi Kurulumuzdan eksik etmeyen Baro Başkanımız Sayın Metin FEYZİOĞLU'na ve Yönetim Kurulumuza saygı ve şükranlarımızı sunarız.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU’NUN SERMAYE PİYASASI HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Asuman TURANBOY*

* Ankara Barosu – Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi.

I. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hükümleri incelendiğinde sermaye piyasası mevzuatında yer alan bazı düzenlemelerin, kurumların bu Kanunda da yer aldığı görülmektedir. Bazı kurumların da halka açık olmayan anonim ortaklıklarda uygulanmasının yeni Ticaret Kanunu ile mümkün hale getirildiği anlaşılmaktadır. Meselâ, kayıtlı sermaye sistemi, birikimli oy kullanma, özellikle anonim şirketlerin denetlenmesinde bağımsız denetim kurumlarının oluşturulması, kapalı şirketlerin de adeta halka açık şirketmiş gibi muhasebe standartlarına ve denetime tabi tutulması, kurumsal bir yönetimin varlığını ortaya koymaktadır. Böylece, Türkiye'de de Uluslararası Muhasebe Standartları Kurumu'nun belirlediği ilkeler esas alınacaktır.

Öte yandan, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10 /A maddesinde düzenlenen Merkezî Kayıt Kuruluşu'nun kaydı sistem içerisinde borsada işlem gören paylardan doğan haklar konusunda getirdiği bildirim yükümlülüğü (TTK m. 496) halka açık anonim şirketlerde, Sermaye Piyasası Kanunu ile birlikte uygulanacak bir hükümdür. Meselâ Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından devreden kimliği şirkete bildirilecek ya da şirketin bu bilgilere erişimi sağlanacaktır.

Bu durum Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen halka açık anonim şirketlerin aynı zamanda ülke ekonomisine olan etkilerinin Türk Ticaret Kanunu bakımından önemsendiğini ve bu şirketlerdeki kurumların halka kapalı şirketlerde de uygulanabileceğini göstermektedir.

Türk Ticaret Kanunu m. 330 “*Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu Kanun hükümleri uygulanır*” demektedir. Kanunun bu açıdan da değerlendirilmesi yapılacaktır. Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerini de saklı tutmaktadır.

II. SERMAYE PİYASASI KANUNU HÜKÜMLERİNİN TÜRK TİCARET KANUNU KARŞISINDAKİ DURUMU

TTK m. 330'a göre, özel kanunlardaki hükümler dışında “*aksine hüküm olmadıkça*” bu kanun maddeleri uygulanacaktır. Burada amaçlanan, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim ortaklıklar başta olmak üzere, Bankacılık Kanunu'na tabi bankalar, Finansal Kiralama Kanunu'na tabi finansal kiralama kuruluşları gibi özel statülü ortaklıkların tabi oldukları özel kanunların bulunduğunu belirtmektedir. (sigorta şirketleri, enerji şirketleri gibi).

TTK özel kanunlara tabi ortaklıklar bakımından, öncelikle özel kanunun, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanacağını öngörmektedir. Bu durum özel kanun – genel kanun ilişkisine uygundur.

Türk Ticaret Kanunu madde 340'ın da düzenlediği husus, özel kanunların tamamlayıcı hüküm olarak esas sözleşmesine konulmasına izin verdiği kayıtların,

“sadece buna Kanunda açıkça izin verildiyse” yani *“özel kanunun konusu çerçevesinde”* serbestî tanınacağıdır. Bu durumda diğer kanunlardaki (özel kanun) hükümlerle Türk Ticaret Kanunu çelişirse, Türk Ticaret Kanunu uygulanacaktır.

Türk Ticaret Kanunu, bu bakımdan, özel kanuna tabi anonim ortaklıkların, özel kanun olarak öncelikle Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olacağını, özel kanunun ise sadece kendi konuları çerçevesinde geçerli olacağını belirtmiştir. Ancak *“kendi alanlarına özgülenen bu hükümler”* Türk Ticaret Kanunu'nun emredici hükümlerine de aykırı olamayacaktır (bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun 340. maddesinin 2. cümlesi gerekçesi).

Bu konuları örnekleyecek olursak; halka açık bir anonim şirkette avans kâr dağıtımı, yedek akçe ayrılması ve sene sonu ortaya çıkan nihai kârdan mahsup yapılmasını gerektirmekte ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır^[1]. Bu durumda bu hükümlerin nasıl değerlendirileceği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Yine Merkezi Kayıt Kuruluşu ile ilgili SerPK m. 10/A hükmüne göre, hisse senedi bastırmak gerekli değildir. Oysa Türk Ticaret Kanunu m. 456/2'ye göre hamile yazılı payların bedellerinin tamamının ödenmesinden itibaren 3 ay içinde senet bastırılması zorunluluğu düzenlenmektedir. Bununla birlikte pay senetlerinin şekline ilişkin olarak TTK'nun 487. maddesi, gerekçesinden de anlaşıldığı gibi halka açık şirketlerde uygulanmayacaktır. Oysa payların kaydî olarak izlenmesi Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun bazı maddelerinde ise Sermaye Piyasası Kanunu açıkça saklı tutulmuştur. Örneğin kayıtlı sermaye konusundaki TTK 460. madde. Türk Ticaret Kanunu'nda, SerPK düzenlemelerini açıkça saklı tutmayan hükümler de mevcuttur. Örneğin, borçlanma senetleriyle, alma ve değiştirme hakkını içeren menkul kıymetleri düzenleyen 504. madde genel kurula yetki verdiğinden, borçlanma senedi ihraç yetkisi SerPK 13'teki düzenleme gereği yönetim kuruluna bırakılamayacaktır. Bunun neticesi, Sermaye Piyasası Kanunu'nun bu hususta uygulanamayacağı mı olacaktır?

III. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDAKİ HÜKÜMLERİ SAKLI TUTAN TÜRK TİCARET KANUNU MADDELERİ

TTK m. 415/4. fıkrasında düzenlenen genel kurulda oy kullanmak isteyen kişinin, pay sahibi olduğunu, paylarını bir kredi kuruluşuna yahut başka bir yere depo ettiğini kanıtlanması SerPK bakımından uygulanacak maddeler arasındadır.

TTK m. 506, anonim ortaklıkların çıkaracağı borçlanma senetlerinin sınırı, (yönetim kurulunun yetkisi ile senet çıkabileceği, esas sermaye tutarı ile ilgili

[1] Manavgat, Ç.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C. I, S. 1, s. 524-525.

bölümde kayıtlı sermaye tutarı) TTK m. 332, sermayenin ödenmesine ilişkin m. 344/2, şirketin kendi paylarını iktisabı ile ilgili TTK m. 387, genel kurula çağrıya ilişkin m. 414/2, kayıtlı sermaye sisteminde halka açık şirketler^[2].

IV. TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ VE SERMAYE PİYASASI KANUNU HÜKÜMLERİ

A- Halka Açıklık, Payları Borsada İşlem Gören ve Payları Borsaya Kote Edilmiş Şirket Kavramları

Sermaye Piyasası Kanunu'nda halka açık anonim ortaklık, hisse senetleri halka arz edilmiş olan anonim ortaklık veya hisseleri halka arz edilmiş sayılan ortaklıklardır (SerPK m. 3). Pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıklar, hisse senetlerini halka arzetmiş sayılırlar ve halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar. Böylece, halka açıklık konusunda Sermaye Piyasası Kurulu'nun IV/1 ve IV/11 sayılı Tebliğleri kapsamına girerler.

Bu tanımlar bize, halka açık anonim ortaklıkların Sermaye Piyasası Kanunu ve yürürlükteki Ticaret Kanunu bakımından bir “*tip*” olmayıp, anonim şirket tipi içerisinde bir “*sınıf*” olarak düzenlendiğini göstermektedir.

Bu sınıflama içerisinde ihraççıların kimler olacağına ilişkin olarak, Kanun, anonim ortaklıkları, özelleştirme kapsamında olanlar dahil KİT'ler, mahalli idareler ve ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler olarak düzenlemiştir (SerPK m. 3). İhraççılar, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarını Sermaye Piyasası Kurulu'na kaydettirmek zorundadırlar (SerPK m. 4/I). Genel ve katma bütçeli idareler ile T.C. Merkez Bankası'nca yapılan ihraçların ise SPK'ye kaydı zorunlu değildir; ancak bu ihraçlar hakkında Kurul'a bilgi verilmesi gerekmektedir (SerPK m. 4/II).

İhraççılar, halka açık anonim ortaklık statüsünü kazandıklarını öğrendikleri tarihten itibaren 30 gün içinde durumu SPK'ye bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük, denetçilerin durumdan haberdar olmaları halinde durumu yönetim kuruluna ve SPK'ye bildirmeleri ile yerine getirilir (SerPK m. 11/II). İhraç edilen veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının SPK'ya “*kaydı*” mecburîdir (SerPK m. 4/I).

Yürürlükte olan mevzuatta halka açıklık statüsünün tespitinde, hisse senetlerinin halka arz edilmesi veya ortak sayısı bakımından arz edilmiş sayılma esas alınmıştır (SerPK m. 11/II). Halka açıklık statüsünün tespiti halinde halka

[2] Burada halka açık anonim ortaklıkların ihraç edeceği senetlere Sermaye Piyasası Kurulu'nun tebliğlerinin uygulanacağı belirtildiğinden (bkz. TTK 487. maddenin gerekçesi) şekil konusunda TTK 487. madde uygulanmayacaktır.

açıklık geriye doğru sonuç doğurur. Bu durumda şirket de halka açık hale geldiği tarihte bu statüyü kazanır^[3].

1 Şubat 1982 tarihinde yürürlüğe giren Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3794 S. Kanun'la değişik 8. maddesi, “*Menkul Kıymetlerin Halka Arzı ve Satışı*” başlığı altında; menkul kıymetleri halka arz olunan anonim ortaklıkları ele almıştır. 8. madde “*Menkul kıymetleri halka arz edilen anonim ortaklıklar; çıkarılan menkul kıymetlerin satış süresinin sonundan veya menkul kıymetlerin halka satıldıklarının öğrenilmesinden veya bu durumun tespit olunduğu tarihten itibaren 30 gün içinde menkul kıymetler veya kambiyo borsalarından birine başvurmakla yükümlüdürler*” biçiminde düzenlenmişti. 4487 S. Kanun'la, paylarını halka arz eden şirket ile ortak sayısı 250'yi aşan ve bu nedenle hisse senetleri halka arz olunmuş sayılan anonim şirket de Sermaye Piyasası mevzuatına tabi olacaktır.

Halka açık anonim ortaklık kavramı ile ilgili olarak, Anglo-Sakson hukukunda ortak sayısında herhangi bir üst sınır aranmamakta, ortak sayısı asgari 7 ve yönetici sayısı asgari 2 olmakla, bu ortaklıkların pay senetleri ve tahvilleri borsa kotuna alınmakla, ortaklık halka açık hale gelmektedir^[4]. Buna benzer hukukî durum ABD'de de geçerlidir. ABD hukukunda halka açık ortaklık menkul kıymetlerini halka arz eden, çıkarmış olduğu senetler, borsa ve borsa dışında işlem gören ortaklıklardır^[5]. Alman hukuku bakımından ise 1986 tarihli Borsa Kanunu'nda (*Börsengesetz*) halka açık olan ortaklık konusunda, ortak sayısı dikkate alınmamaktadır.

1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunu'nun birçok maddesinde, Sermaye Piyasası Kanunu'nun halka açık anonim ortaklık kavramı (m. 142, 149, 171, 189, 360, 399, 411, 420, 434, 439, 460, 531, 559, 1529) esas alınmakla birlikte, bazı maddelerinde pay senetleri borsada işlem gören şirket (m. 378, 379, 421), bazı maddelerinde ise payları borsaya kote edilmiş şirket (m. 495, 496, 527, 1534) terimleri kullanılmıştır.

Genel gerekçe de dikkate alındığında, halka açıklık üst kavramının aslında Ticaret Kanunu kapsamında payları borsada işlem gören şirketi esas aldığı görülmektedir. Böyle bir bakış açısının sebebi^[6], pay sahiplerinin sayısına göre halka açık anonim ortaklığın tespit edilmesinin eskimiş ve artık kabul görmeyen bir anlayış olmasıdır. Özellikle tüm dünya ve Avrupa'da bu terime yer verilmekte, halka açıklık kavramı yerine payları borsada işlem gören şirket (*borsa şirketi*) ya da halk şirketi (*public company, Publicgesellschaft*) tanımı kullanılmaktadır. Bu kavram böylece, payları borsada işlem görmek, kurumsal yönetim, konsolide finansal tablolar ve bağlı nama yazılı paylarda önemli işleve sahip olacaktır.

[3] Halka açıklık statüsünün iktisap edilip edilmediğini SPK belirler (SerPK m. 11/II). İhtilaf halinde durumu mahkeme çözer.

[4] Arkan, S.: İngiliz Hukukuna Ortaklık Türleri, BATİDER 1979, C. 8, S. 3, s. 109 vd.

[5] İmregün, O.: Amerikan Ortaklıklar Hukukunun Ana Hatları, İstanbul 1968, s. 102.

[6] Bkz. Yasaman, H.: Sermaye Piyasası Kanunu'nun TTK Tasarısı Üzerindeki Etkileri ve Sermaye Artırımı, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 848.

Yürürlüğe girecek olan yeni Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesi de dikkate alındığında, pay senetleri borsada işlem gören şirketin esas alınmak istendiği, ancak halka açıklık ifadesinden de zaman zaman vazgeçilmediği görülmektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinde yapılacak bir değişiklikle halka açık ortaklık tanımının, "*pay senetleri borsada işlem gören ortaklık*" olarak değiştirilip, bu kavrama geçilmesi, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu arasında uyumun ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

Öte yandan "*kote etme*" ile "*kayıt*" ifadesini de değerlendirmek gerekmektedir. 3794 Sayılı Kanun ile SerPK'nın 8. Maddesi, kote edilme kavramını kaldırarak, ihraç edilen veya halka arzolan sermaye piyasası araçlarının, SPK'ya kaydını mecburi kılmıştır.

Mecburî kotasyon, SPK düzenlemelerinden İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nde^[7] düzenlenmiş bir sistemdir. Kotasyon, borsada işlem görmekten daha geniş bir kavramdır. Borsaya kote edilen her payın borsada işlem görmesi şart değildir^[8]. Yürürlükte olan SerPK'da ise "*kayıt*" mecburî kılınmıştır. Fiilen halka arz işlemini gerçekleştirmiş olmalarına rağmen, hisselerini borsaya kote ettirmeyen bir şirket olduğu düşünülecek olursa; böyle bir durum sermaye piyasası hukukunda yatırımcıların korunamamasına sebep olacaktır.

Bu bakımdan SerPK'da yer alan kayıt ve Ticaret Kanunu'nda yer alan kote kavramlarının "*pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklık*" kavramına da uygun olan "*kote edilme*" olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

B- Tedricî Kuruluş Maddesinin Esastan Değiştirilmesi

Kuruluşu takiben anonim ortaklığın paylarını halka arzı ise, tedricî kuruluş maddesinin kaldırılması ile esastan değişikliğe uğramıştır. Buna göre, ana sözleşmede yer alacak hüküm doğrultusunda, payların taahhüdü (bedeli ödenmeyerek) ve azamî iki ay içinde halka arzı gerekir. Yeni payların bedelleri halka arz ile ödenecektir. Payların itibari değerini veya ihraç primini aşan kısım, paylarını halka arz eden ortağa verilecektir (TTK m. 346).

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, halka arz edilen ancak, süresinde satılamayan paylarının bedellerinin tamamı satış süresinin sonunda ödenecektir. Bu bedel, sermaye piyasası mevzuatına göre aracı kuruluşlar ya da üçüncü kişilerce ödenecektir. Eğer taahhüt edilen paylar, iki aylık sürede halka arz edilmezse, pay bedellerinin yüzde yirmibeşi ödenecektir. Oysa SerPK m. 7'ye

[7] R.G. 19.12.1996 tarih, S. 22559.

[8] Gozaltı pazarında işlem gören şirketin payları, borsada kote edilmiş iken, üzerinde işlem yapılmaz, bkz. Akgül, B.: TTK Tasarısı'nın Halka Açık Anonim Şirketlere Etkisi, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Ankara 2010, s. 162.

Kotasyon için ayrıca adı geçen Yönetmeliğin üyeliğe giriş üyelik teminatı m. 12, borsa kotuna alındıktan sonra işlem göre 18, 22 müşteri emirleri 28 vd. hükümlerine bkz.

göre pay bedellerinin tamamının halka arz edilen hisse senedi için ödenmesi gerekir. Halka arz için ise SPK'den izin almak gereklidir.

Yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun m. 276/I. hükmüne göre, bir anonim şirket, ani ya da tedrici şekilde kurulabilir. Ani kuruluşta anonim ortaklığın payları kurucular tarafından taahhüt edilirken (TTK m. 276/II), tedrici kuruluşta bir kısım payların kurucular tarafından taahhüt edilmesi, geri kalan için halka müracaat edilmesi gerekir (TTK m. 276/III). Böylece tedrici kuruluşta, kuruluş aşaması içinde payların halka arz edilmesi söz konusudur.

Yeni Türk Ticaret Kanunu, yeni bir bakış açısıyla tedrici kuruluşun uygulanabilirliğini kolaylaştırmaktadır. Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Hollanda ve İsviçre'de tedrici kuruluşun artık olmadığını belirten Kanun Gerekçesi (Genel Gerekçe s. 159) tedrici kuruluşun kaldırılmış olmasının sistemde boşluk yaratmayacağını, bu sistemin TTK bakımından hiç uygulanmadığını belirtmektedir. Tedrici kuruluşta halka arz aşaması, uygulaması olmasa bile (eski) TTK m. 281-299 hükümlerine göre yapılmalıdır.

Kuruluş gerçekleşikten sonra halka arzı gerçekleştiren Yeni Türk Ticaret Kanunu, bu yolla kuruluş esnasında halka arzı kabul etmiştir.

Kuruluşta halka arz, 346. maddeye göre şirket esas sözleşmesinde taahhüt edilmiş olup da, ancak bedellerinin ödenmemesi halinde en çok iki ay içinde halka arz edileceği esas sözleşmede belirtilmiş paylar için söz konusudur. Bu durumda ise şu sorun ortaya çıkmaktadır; kuruluşta halka arzda, ortaklık sözleşmesindeki paylar taahhüt edilmiş, ancak bedelleri ödenmediğinden iki ay içinde halka arz edileceğinden, payın itibari değeri ve varsa ihraç primini aşan kısmı, paylarını halka arz eden ortağa verilecektir. Bir payın değeri, nominal bedel, nominal + primli bedel ve nominal + primli + kâr eklenmiş bedel olduğunda; ilk işlem fiyatının nasıl belirleneceği bir sorundur. Üstelik kişinin sadece satın alma taahhüdünde bulunup ödemede bulunmaması ve buna rağmen kâr alması; hiçbir sermaye payı koymadan, pay sahipliği haklarından faydalanması yerinde olmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre “*halka arz edilip de satılamayan payların bedellerinin tamamı, süresinde halka arzedilmeyen payların bedellerinin ise yüzde yirmibeşi iki aylık süreyi izleyen üç gün içinde ödenir.*” Sermaye piyasası mevzuatı bakımından pay bedellerinin tam ve nakden ödenmesi gerekmektedir. Bu ilke gereği payın Menkul Kıymetler Borsa pazarlarına kabul edilmemesi riski ortaya çıkacaktır (SerPK m. 7/IV).

Maddeyle ilgili bir başka hüküm, sermaye artırımlarında (TTK m. 461/3 vd.) TTK m. 459 gereği rüçhan haklarının nasıl kullanılacağı meselesidir. Mevcut ortakların rüçhan hakkını kullanırken, rüçhan hakkını halka arz etmesi gündeme gelebilir. Rüçhan hakkı kuponu, rüçhan hakkı pazarında satılması gerekirken, sermaye artırımını sonucu rüçhan hakkı kuponlarının satışı meselesi ortaya çıkar.

Son olarak, payların şirketin tescilinden evvel iki ay içinde halka arz edilmesinde “... ayrıca garanti edilmiş bulunan nakdî payların karşılıkları satıştan elde edilen gelirden ödenir” hükmündeki “garanti edilmesi”, ifadesi, “satın alma taahhüdü” olarak değerlendirilmelidir.

C- Halka Kapalı Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemi

Yürürlüğe girecek TTK’nın 460. maddesinde “halka açık olmayan anonim şirketlerde ilk veya değiştirilmiş esas sözleşme ile, esas sözleşmede belirtilen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi, yönetim kuruluna tanındığı takdirde, bu kurul sermaye artırımını, bu Kanundaki hükümler çerçevesinde ve esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebilir. Bu yetki en çok 5 yıl için tanınabilir.” denilmektedir.

Yeni TTK ile böylece, halka açık olmayan bir anonim şirket için kayıtlı sermaye sistemine geçiş mümkün olabilecektir. Bu sistem, esas sözleşmede belirtilmiş olması kaydıyla, yönetim kuruluna esas sözleşmede gösterilen sermaye tavanına kadar sermayeyi artırma yetkisi vermektedir. Esasen bu sistem, halka açık ve kayıtlı sermaye sistemine geçmiş olan şirketlerde uygulanmaktadır. Bunun sebebi olarak, özellikle çok ortaklı anonim şirketlerde genel kurul için binlerce kişiyi bir araya toplamanın güçlükleri, bu tür ortaklıklarda yatırımcının kâr amacıyla hareket etmesi ve genel kurullara duyulan ilgisizlik gösterilmiştir^[9].

Bu durumun anonim ortaklıklarda bir güç boşluğu yaratılmasına sebep olduğu ve sermayenin yönetim kurulunca genel kurul kararı olmadan artırabileceği gerekçesiyle bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre, çok ortaklı olmayan hatta tek kişilik anonim ortaklık bakımından da kayıtlı sermaye sistemini tercih etmek mümkün olacaktır.

Maddede, yeni çıkarılacak payların taahhüdü, ödenmesi gereken en az nakdî tutar, aynı sermaye konulabilmesi konularında 459. maddeye yani esas sermaye sisteminde sermaye taahhüdü yoluyla artırıma atfı yapılmıştır.

Kısaca, 459. madde, esas sermaye sisteminde iştirak taahhütlerine uygundur. Hâlbuki yönetim kuruluna sermaye artırma yetkisi veren kayıtlı sermaye sistemi; güç boşluğuna yol açmadan sermayeyi artırarak, çabuk, hızlı ve güvenilir bir şekilde sermayenin tamamının ödenmesini ve aynı sermaye koymaktaki sakıncaların ortadan kaldırılmasını sağlamak için halka açık anonim şirketler için getirilmiş bir sistemdir.

Madde isabetli olarak kayıtlı sermaye sisteminde; rüşhan haklarının kullanılmasının sınırlandırılmasını, imtiyazlı paylara ilişkin hakların düzenlenmesini, esas sözleşmeye hüküm konulması şartıyla yönetim kuruluna bırakmıştır. Kayıtlı sermaye sisteminde ödenecek sermayenin türüne ilişkin bir sınırlama ve hangi pay bedellerinin hangi oranda ödeneceğine ilişkin bir sınır getirilmemesi ve

[9] Bkz. Tekinalp, Ü. (Poroy, R. / Çamoğlu, E.): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Basım, İstanbul 2005, s. 402.

bedelin tamamen ödenmesi gerektiğine ilişkin bir hükmün olmayışı, kayıtlı sermaye sistemine aykırı görülmektedir.

Kayıtlı sermaye sistemine geçişte TTK m. 460/2 gereği Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan, ancak 332. madde kapsamında bir anonim ortaklık söz konusu ise izin alınır. Bu izinse sadece kanunun emredici hükümlerine ilişkindir. Takdire bağlı bir izin ise yoktur. Bu durum da bir başka sakıncadır. Hatta sistemde aynı sermaye taahhüdü dahi yasaklanmamıştır. Halbuki halka açık anonim ortaklıklar kayıtlı sermaye sistemine alındıktan sonra aranan nitelikleri kaybetmeleri halinde sistemden çıkabilirler (TTK m. 333).

D- Yeni Pay Alma Hakkı (Rüçhan Hakkı)

TTK'nın 461. maddesi, rüçhan hakları ve bu hakkın sınırlanmasını düzenlemektedir. Maddeye göre, sermaye artırımına ilişkin karar ile pay sahibinin rüçhan hakkı ancak haklı sebeplerle sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Kayıtlı sermaye sisteminde de bu hak yönetim kurulunca kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Bu sistemde sınırlandırma gerekçelerini yönetim kurulu açıklayacaktır. Yönetim kurulunun "*haklı*" sebep olarak maddede sayılmayan hangi sebepleri haklı sayacağı, içtihatlarla açıklığa kavuşturulacaktır.

E- Özel Denetim İsteme Hakkı

Yeni TTK m. 438'e göre, her pay sahibi, pay sahipliği haklarını kullanabilmesi için gerekli olduğu takdirde, bilgi alma inceleme hakkını daha önce kullanmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul bu talebi onaylarsa, şirket ve her pay sahibi, şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir.

439. madde, genel kurulun özel denetim talebini reddi halinde, anonim şirketlerde sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerinin özel denetçi atanmasını mahkemeden talep edebileceklerini düzenlemiştir. Buna göre, anonim şirket yönetim kurulu, her bir pay sahibi, SerPK'nin 14/A maddesine göre oydan yoksun pay sahipleri de, şirkete özel denetçi atanmasını mahkemeden isteyebilir. Oydan yoksun hisse senedi sahipleri, şirketin kâr ve tasfiye payından imtiyazlı olarak yararlanan ve oy hakkı hariç şirketten bilgi isteme hakkına sahip olan kişiler olarak özel denetçi atanmasını talep hakkına da sahip olacaktır.

Madde incelendiğinde, özel denetçi atanmasını talep hakkının, oydan yoksun pay sahipleri dışında öteki menkul kıymet sahiplerine tanınmadığı görülmektedir. Özellikle hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil sahipleri ile katılma intifa senedi sahiplerine bu hakkın tanınmadığı anlaşılmaktadır. Ortaklara verilen bilgilerin katılma intifa senetleri sahiplerine de (Seri III, No. 10 sayılı SPK Tebliği m. 16) verilmesi gerektiği düzenlendiğine göre, katılma intifa senedi

sahiplerinin bilgi alma hakkı izahnamede de açıkça gösterileceği için, özel denetçi atanmasını talep edebilecek kişiler arasında Türk Ticaret Kanunu'nda bu kişiler de yer almalıdır. Maddede intifa senedi ile katılma intifa senedi sahipleri ve şirket çalışanları için de özel denetçi atanmasını talep imkânının belirtilmesi yerinde olacaktır.

Tüm yukarıda izah edilenlerle birlikte, yeni TTK'nin 466. maddesine göre, şarta bağlı sermaye artırımında, tahvillere ve benzeri borçlanma araçlarına bağlı olarak değiştirme ve alım hakları içeren senetlere sahip olanlar, özel denetçi atanmasını talep hakkına sahip olamayacaklardır.

F- Şarta Bağlı Sermaye Artırımı

TTK'nin 466. maddesinde esas sözleşmede düzenleme bulunması şartıyla, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, değiştirme veya alım hakları veren senetler verilebileceği öngörülmektedir. Böylece, borçlanma senedi sahiplerine, yeni payları edinme hakkı sağlamak suretiyle sermayenin şarta bağlı artırılabilmesi düzenlenmiştir.

Madde, şarta bağlı sermaye artırımı ile yeni çıkarılacak tahvillerin veya benzeri borçlanma araçları sahiplerinin daha sonra şirkette pay sahibi olmalarını sağlayan bir sistemi öngörmektedir. Burada her hak kullanımı ile şirketin sermaye miktarı da değişmektedir. Bu tür sermaye artırımında genel kurul kararı ile sermaye artırılmakta, esas sözleşme ile belirtilmek kaydı ile borç senedine sahip olan kişilerin değiştirme veya alım haklarını kullanmaları ile sermayenin şarta bağlı artırılması yoluna gidilmektedir. Halka açık şirketlerde de TTK'nin 466. maddesine göre ancak, hisse senediyle değiştirilebilir oldukları takdirde, borçlanma senedi sahiplerine bu hak verilebilir.

G- Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devri

Yeni TTK'nin 497. ve 498. maddeleri, borsada işlem gören nama yazılı payların devrini düzenlemektedir. Burada özellikle ortaklık pay defterine devrin işlenmemesi, genel kurulda oy hakkının olup olmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Payı devralan kişinin bir an evvel ortaklıkta da oy hakkını kullanabilmesi gerekmektedir. TTK'nin 497. maddesi, borsaya kote edilen payların, borsadan iktisap edildiği takdirde, payların devri ile devralana geçeceğini belirtmektedir. Bu durum da SerPK m. 10/A hükmünde düzenlenen kaydı sistem içerisinde gerçekleşecektir. Zira payların devrinin ortaklar tarafından pay defterine kaydı, ilgililerin başvurusuna gerek kalmadan Merkezî Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan kayıtlarla sağlanabilir. Aksi halde ilgililerin başvurusu ile devralan, pay sahipliği haklarının tümünü kullanabilmekle birlikte oy hakkını kullanamaz. Merkezî Kayıt Kuruluşu'na kaydolan yeni malik, borsaya kote

edilen nama yazılı hisse senedine binaen oy kullanabilecektir. Ancak madde pay defterini güncelleme kaydı getirmemektedir.

Kanun'un 496. maddesi'ne göre, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları halinde Merkezî Kayıt Kuruluşu, Sermaye Piyasası Kanunu düzenlemelerine uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payları şirkete bildirir veya şirketin bu bilgilere erişimini sağlar. Bu bildirim yirmi gün içinde reddedilmezse, devralan pay sahibi olur. Esasen ihraççılar da Merkezî Kayıt Kuruluşu'nun üyesi olarak bu bildirimi kısa sürede bilgisayar aracılığıyla gerçekleştirirler. Bu hüküm ile devir sonucu haklar, devir ile birlikte devralana geçecektir.

Kanun'un 495. maddesi, payı borsadan iktisap eden kişinin pay defterine kayıttan kaçınma hallerini, bağlı nama yazılı senetlerde sınırlamıştır. 495. maddenin 3. fıkrası, bağlam kuralının sadece, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimleri, cebri icra yoluyla payın iktisabında geçerli olmayacağını belirtmektedir. Payın borsadan iktisabı halinde, yatırımcının adının kayıt edilmemesi durumu mevcuttur. İMKB Kotasyon Yönetmeliği'nin 9. maddesi uyarınca, borsada işlem gören nama yazılı payların devirlerinde yönetim kurulundan pay devirlerini kabul edeceğine dair bir taahhütname alınmaktadır. Ortaklıklar borsada işlem gören nama yazılı hisse senetleri için bağlam kuralına yer verememektedir. Böylece uygulamada bağlam, borsada işlem gören nama yazılı senetlerde uygulanmamaktadır. Borsa yönetiminin borsada işlem gören bağlı nama yazılı paylar için taahhütname alması, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun bu hükmü karşısında, işlerliğini yitirebilir.

H- Anonim Ortaklığın Kendi Payını İktisabı

Yeni TTK'nin 379-389 maddelerine göre, anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabının kabulünün altında, özellikle borsada işlem yapan anonim ortaklığın hisse fiyatının istikrarlı olarak oluşmasında piyasada güven duyusunun sağlanması temennisi yatmaktadır. Yatırım kurumları (SerPK m. 32) açısından da yatırımcıya yatırım aracı tavsiye edip satmaları bakımından konu önem taşımaktadır.

Hüküm, yeni Ticaret Kanunu'nun Gerekçesi'nde^[10] belirtildiği üzere, hem halka açık hem halka kapalı şirketlerde uygulanacaktır. Bu hüküm, özellikle anonim ortaklığın kendi payını iktisap ve rehnini, Avrupa Birliği'nin II. Direktifine uygun olarak %10 ile sınırlandırmıştır. Böylece, ortaklığın sermayenin iadesi kuralını aşmaması sağlanmak istenmiştir. Zaten iktisap, sadece bedellerinin tamamı ödenmiş payların ortaklıkça satın alınması durumunda mümkündür. 379/2. maddede şirketin kendi paylarını rehin ya da satın alma yoluyla iktisabı konusunda, genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi şart kılınmıştır.

[10] Gerekçe s. 177 vd.

Anılan Direktifte yönetim kuruluna böyle bir görev verilmemektedir. Ancak ortaklığın mali durumu ve şirket paylarının değerinin tespitinin yönetim kurulunca yapılması yerindedir.

Aynı maddenin son fıkrasında SPK'ye, ilgili hisseler özellikle fiyat belirleme bakımından, şeffaflık ilkeleri de gözetilerek gerekli düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Bu konuda Kurul'un kamuyu aydınlatma, içeriden öğrenilenlerin ticareti kurallarına dikkat ederek SerPK'den doğan kamuyu aydınlatma görevini yerine getirmesi icap etmektedir. Ayrıca şirketin yakın ve ciddi kaybına ilişkin kaybın önlenmesi ile ilgili maddeyle de (TTK m. 381) bağlantısının kurulması yerindedir. Böylece şirket yakın ve ciddi tehlikenin varlığı halinde, genel kurulun yetkilendirme kararı olmadan da kendi paylarını iktisap edebilecektir (TTK m. 381).

I- Ortaklığın Yönetimi ve Kurumsal Yönetim İlkeleri

Kanun'un 359 ve 360. maddeleri, yönetim kurulunun oluşması ve belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilebilmesi şartlarını düzenlemektedir. Özellikle 360. maddede, belirli gruplara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, esas sözleşmede belirtilmek kaydıyla verilmiştir. Halka açık anonim ortaklıklarda da bu şekilde yönetim kurulu üyelerinin, toplam üye sayısının yarısını aşamayacağı belirtilmektedir.

Kanun, yönetim kurulunun en az yarısının genel kurulda grupların gösteceği adaylar, diğer yarısının, grupların aday olmayan kişilerden oluşacağını belirtmiştir. Hüküm hem gruplara hem de grup içinde olmayan kişilere yönetim kurulu üyesi olma hakkı tanımaktadır. Sermaye piyasası hukuku sistemine ve birikimli oya uygun olarak düzenleme yapılmıştır. Birikimli oy, 434/4. maddede halka açık olmayan anonim ortaklıklarda düzenlenebilecek olan bir sistemdir. Özellikle halka kapalı olan anonim ortaklıklarda, azınlığın yönetim kuruluna temsilci göndermesini kolaylaştırmaktadır^[11].

Kurumsal yönetim bakımından Kanun'un 1529. maddesinde halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkelerini ve yönetim kurulunun buna ilişkin açıklamasının esaslarını düzenleme yetkisi SPK'ye tanınmıştır. SPK, 2003 yılında Türk Kurumsal Yönetim İlkelerini yayımlamıştır.

Kurumsal yönetimin, anonim ortaklıklarda, ortaklık alacaklıları ve yatırımcıların menfaatlerini gözeterek yaklaşımı düşünüldüğünde, Kanun'un bu ilkeyi benimsemesi yerindedir. Öte yandan madde kurumsal yönetimle ilgili kanunî bir düzenleme de yapmaktadır. Yani SPK düzenlemelerinin kanunî temelini oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere, kurumsal yönetim, yönetim kurulunu; şirketi mali yönden değerlendirmesi (sermayenin kaybı, borca batıklık TTK m. 376), riskin

[11] Yasaman, H.: Sermaye Piyasası Kanunu'nun TTK Tasarısı Üzerindeki Etkileri ve Sermaye Artırımı, Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 853.

erken saptanması ve yönetimi (TTK m. 378), denetçiye verilen ikaz görevi (TTK m. 397), denetçiler (TTK m. 399) ve ulusal standartlara göre yapılacak denetleme hükümlerinde somutlaşır. Bunların yanı sıra kurucu menfaatleri (TTK m. 348) pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesi (TTK m. 357), yönetim kurulunun profesyonelliği bakımından, yönetim kurulu üyeliği için pay sahibi olma zorunluluğunun kaldırılması (TTK m. 365), azlığın yönetim kurulunda temsil edilmesi (TTK m. 360), denetleme konusunda bilgi alma ve inceleme hakkı (TTK m. 437), ulusal standartta denetim, bağımsızlık ve şeffaflık (Web sitesi zorunluluğu TTK m. 1524) sayılabilir.

İ- Güç Boşluğunu Gidermeye Yönelik Tedbirler

Güç boşluğu, çok ortaklı anonim ortaklıklarda genel kurulun binlerce kişiyi bir araya getirememesi sebebiyle ortaya çıkar. Çünkü ortak, temettü bekleyen bir yatırımcı gibi hareket etmektedir. Bu sebeple genel kurul ya toplanamamakta ya da toplansa dahi şirket yönetimi ile ilgili azınlığın ya da bir başka gücün ya da payların tevdi edildiği kurumun hâkimiyeti altına girmektedir.

Türk Ticaret Kanunu on-line oy kullanımı ile ilgili olarak (TTK m. 1527), şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmek kaydıyla, anonim şirketlerde genel kurulda elektronik ortamda oy kullanma, görüş açıklama ve oy verme haklarını, ortaklara vermiştir. Böylece elektronik ortamda genel kurulda oy kullanma imkânı sağlanmıştır. Aynı şekilde yönetim kurullarının hatta şahıs şirketi yöneticilerinin de bu hakkı vardır. Bu hak, oy vermenin bütün hukukî sonuçlarını doğurur.

Şirketin zorunlu web sitesine sahip olması, Türk Ticaret Kanunu'nun 1524. maddesinde düzenlenmiştir. Böylece her sermaye şirketi bir internet sitesi açmak ya da bir bölümünü şirket hakkındaki bilgilere özgülemek zorundadır. Böylece kamuyu aydınlatma ilkesi her sermaye şirketi bakımından adeta geçerli hale gelmektedir^[12].

[12] TTK m. 1524- (1) Her sermaye şirketi, bir internet sitesi açmak, şirketin internet sitesi zaten mevcutsa bu sitenin belli bir bölümünü aşağıdaki hususların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Yayımlanacak içeriklerin başlıcaları şunlardır:

- a) Şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar.
- b) Pay sahipleri ile ortakların menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmelerinin ve bilmelerinin yararlı olduğu belgeler, bilgiler, açıklamalar.
- c) Yönetim ve müdürler kurulu tarafından alınan; rüçhan, değiştirme, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar; bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesapların dökümü.
- d) Değerleme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler; iflasın ertelenmesine veya benzeri konulara ilişkin karar metinleri; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemlerle ilgili açıklamalar, bilgiler, belgeler.
- e) Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye artırımı,

Öte yandan bağımsız temsilcilerle güç boşluğu problemini çözme düşüncesi peşinde olan TTK'nin 428. ve 429. maddeleri pay sahibinin temsili ile ilgili hükümlerdir.

J- Genel Kurullarda Oy Kullanma

Türk Ticaret Kanunu'nun 428. Maddesine göre:

“(1) Şirket, kendisiyle herhangi bir şekilde ilişkisi bulunan bir kişiyi, genel kurul toplantısında kendileri adına oy kullanıp ilgili diğer işlemleri yapması için yetkili temsilcileri olarak atamaları amacıyla pay sahiplerine tavsiye edecekse,

azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar.

f) Genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları.

g) Şeffaflık ilkesi ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler.

h) Bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, diğer kanunlarda pay sahiplerinin veya ortakların aydınlatılması için öngörülen hususlar.

ı) Finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri.

i) Yönetim kurulunun yıllık raporu, kurumsal yönetim ilkelerine ne ölçüde uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklaması; yönetim kurulu başkan ve üyeleriyle yöneticilere ödenen her türlü paralar, temsil ve seyahat giderleri, tazminatlar, sigortalar ve benzeri ödemeler.

j) Denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporları.

k) Yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin bilgiler.

(2) Birinci fıkrada öngörülen yükümlülükler uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebinin oluşturur; Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Ceza hükümleri saklıdır.

(3) İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açıktır. Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılmayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilir.

(4) İnternet sitesinin bu maddenin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde “*yönlendirilmiş mesaj*” ibaresi konulur. Bu ibareli mesaj ancak Kanuna ve ikinci fıkrada anılan yönetmeliğe uyulmak suretiyle değiştirilebilir. Özgülenen kısımda yer alan bir mesajın yönlendirildiği karinedir. Sitenin, bir numara altında tescili ve ilgili diğer hususlar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle düzenlenir.

(5) Bu Kanun ve ilgili diğer kanunlarda veya idari düzenlemelerde daha uzun bir süre öngörülmedikçe, şirketin internet sitesine konulan bir içerik, üzerinde bulunan tarihten itibaren en az altı ay süreyle internet sitesinde kalır; aksi hâlde konulmamış sayılır. Finansal tablolar için bu süre beş yıldır.

(6) Yönlendirilmiş mesajların basılı şekilleri 82'nci madde uyarınca saklanır. İnternet sitesinde yer alacak bilgiler metin hâline getirilip şirket yönetimi tarafından tarih ve saati gösterilerek noterlikçe onaylı bir deftere sıra numarası altında yazılır veya yapıştırılır. Daha sonra sitede yayımlanan bilgilerde bir değişiklik yapılırsa, değişikliğe ilişkin olarak yukarıdaki işlem tekrarlanır.

bununla birlikte şirketten tamamen bağımsız ve tarafsız bir diğer kişiyi de aynı görev için önermeye ve bu iki kişiyi esas sözleşme hükmüne göre ilan edip şirketin internet sitesine koymaya mecburdur.”

Bundan başka kurumsal temsilcilik adıyla, genel kurulda pay sahiplerinin kurumsal olarak temsil edilmesi de düzenlenmiştir. Bu durum, tevdi temsilcisi olarak adlandırılabilir (bkz. Yasaman, dn. 520). Özellikle halka açık anonim ortaklıklarda böyle bir değerlendirme, Kanun'un bu meseleye önem verdiğini göstermektedir.

K- Halktan Para Toplamak ve İzinsiz Halka Arz (TTK m. 552)

Türk Ticaret Kanunu'nun 552. maddesi, halktan para toplama konusunu düzenlemiştir^[13].

Burada bir anonim ya da başka bir şirket kurmak veya sermayeyi artırmak amacıyla halktan para toplamak için Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin almak gerekir. Kurul, bu işlemin durdurulmasını, paranın koruma altına alınmasını, şirkete kayyım atanmasını Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nden isteyebilecektir.

İzinsiz halka arz konusunda SerPK hükümlerinin saklı tutulmuş olması yerindedir.

L- Denetleme

Yeni Ticaret Kanunu, anonim ortaklıkların denetimi konusunda önemli yenilikler getirmiştir. Özellikle murakıplar tarafından yapılan denetlemelerin, daha teknik ve uzman bilgisiyle bağımsız denetleme kuruluşları, yeminli müşavir ve serbest muhasebeci yeminli müşavir tarafından yapılacağı düzenlenmiştir (TTK m. 400/I). Özellikle finansal tablo ve raporların denetiminin bu kişilerce yapılması arzulanmıştır. Buna bağlı olarak, TTK m. 514 finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu; TTK m. 517 şirketler topluluğuna ilişkin finansal tablolar ile raporları düzenlemiştir. Bu düzenlemeler halka açık

[13] TTK 552- (1) Bir anonim veya başka bir şirket kurmak, şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vadiyle halktan para toplanabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulundan izin alınır. Bu iznin esas ve usulleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenir. Sermaye Piyasası Kurulu, izinsiz para toplanması girişiminin ve başlanmışsa para toplanmasının tedbir, hemen durdurulmasını, toplanan paraların koruma altına alınmasını, gerekli diğer önlemlerin uygulanmasını, gerektiğinde kayyım atanmasını, Ankara Asliye Ticaret mahkemesinden de isteyebilir. Sermaye Piyasası Kurulunun istemi için teminat istenemez. Bu hükme aykırı olarak para toplayanlar ve fiilden haberli olan kurumlar ile ilgili şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve girişimcileri toplanan paranın derhâl Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenen bir mevduat veya katılım bankasına yatırılmasından müteselsilen sorumludurlar. Alınan tedbir veya hacizden itibaren altı ay içinde aynı mahkemede dava açılır.

(2) İznin varlığı hâlinde, toplanan tutarlar, izin tarihinden itibaren altı ay içinde öngörülen amaca uygun olarak kullanılmadığı veya ciddi bir şekilde kullanılmaya başlanılmadığı takdirde birinci fıkra hükmü uygulanır. Mahkeme süreyi uzatabilir.

(3) Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklıdır.

anonim ortaklıklara ilişkin kavramlar olup, artık halka kapalı ortaklıklara da uygulanacaktır.

M- Kâr Payı Avansının Halka Kapalı Şirketlerde Uygulanması

Kâr payı avansı, halka açık anonim şirketlere ait bir kavram olup (SerPK m. 15/IV) halka açık şirketlerde ortaklara hesap yılı sonuna değin kâr almak için beklmelerini gerektirmeyecek bir sistemdir. Yeni Kanun'un 509. maddesinde tıpkı SerPK'de olduğu gibi bu hak, halka kapalı ortaklıkların ortakları için de öngörülmüştür (TTK m. 509/III).

N- Birikimli Oy

TTK m. 434, birikimli oy kavramını, halka kapalı anonim ortaklıklar bakımından da getirmiştir. Birikimli oy (SPK'nin Seri IV, No: 29 sayılı Tebliği'nde belirtildiği üzere), azınlığın, ortaklığın yönetim ve denetim kurullarına temsilci seçtirebilmelerine imkân sağlayan bir kurumdur^[14].

Birikimli oy, bu bakımdan halka kapalı şirketler için, azınlığın yönetim kuruluna üye göndermesini kolaylaştıran bir sistem olacaktır.

O- Pay Senetlerinin Bastırılması

TTK m. 486'ya göre paylar hamiline yazılı ise, yönetim kurulu, pay bedellerinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren 3 ay içinde pay senetlerini bastırıp, pay sahiplerine dağıtacaktır. Azlık isterse, nama yazılı pay senetleri bastırılıp, tüm nama yazılı pay sahiplerine dağıtılır.

P- Hâkim Şirketin Azlığın Paylarını Alma Hakkı

Türk Ticaret Kanunu'nun 208. maddesine göre, (bir ortaklık sermayesinin ve oy haklarının en az % 95'ine sahip olan hakim ortaklar veya hakim şirket), azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kurallarına aykırı hareket ediyor ya da pervasızca davranıyorsa, azlığın paylarını borsa değeriyle ve m. 202/2'deki usul ile satın alabilir. Bu hüküm, AB hukuku açısından takeover bids'e ilişkin 2004/25 sayılı Direktife uygun olarak düzenlenmiştir. Hak, hakim ortağa verilmiş, azınlık engellenmiştir. Ortaklığa zarar verme ölçüsü subjektiftir. Payı borsa değeri ile alma yükümü, payın reel değerini etkileyebilecek unsurlar bakımından önem taşır. Yani alınan ölçekler subjektiftir. Bu durumda mahkemenin o andaki kararı önem taşımaktadır. AB hukukunda takeover bids satın alma

[14] Birikimli oy kullanma genel kurula katılan kişinin yönetim kurulu ve denetim kuruluna üyelik seçiminde kullanacağı oy sayısı, sahip olduğu ve vekil sıfatıyla kullanmaya yetkili olduğu oy sayısı ile seçim yapılacak yönetim ve denetim kurulu üye sayısının çarpılmasıyla bulunan, bu suretle ulaşılan birikimli oy sayısının tamamını bir aday için veya birden fazla adaya bölünerek kullanılabilen oydur.

teklifi, adil fiyatın oluşması için şirketin faaliyet dönemini izleyen 3 ay zarfında kullanılır. Payı alan, adil fiyatla payı alırken, payını satan da adil fiyattan satar.

V. SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenmesi icap eden bazı hükümleri içermektedir. Kanun, şimdiye dek halka açık anonim şirketlere uygulanan bazı hükümlerin, halka kapalı şirketler bakımından da uygulanmasına imkân tanımıştır. En önemlisi, yerinde olarak Avrupa Birliği'ndeki gelişmeleri de izleyerek, halka açıklık kavramı ile payları borsada işlem gören anonim ortaklık kavramı arasında ayırım yapmıştır.

6102 SAYILI YENİ TTK'YA GENEL BİR BAKIŞ

Av. Fennur GÜÇLÜ*

* Ankara Barosu – Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi.

Değerli Katılımcılar,

6102 Sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte Türk ticaret hayatında yeni bir dönem başlıyor. Yeni Türk Ticaret Kanunu, gerçekten köklü değişiklikler içermektedir. 2 gün sürecek sempozyumumuzda, değerli konuşmacılarımız birbirinden farklı konular açısından Yeni Kanun'un olumlu ve olumsuz yönlerine detaylı olarak değineceklerdir. Bu nedenle konuşmama başlamadan önce, yeni Kanun'un birçok yönüyle ele alınacağı sempozyumumuzun tüm oturumlarına katılmanızı şiddetle tavsiye ediyorum.

Ben, sizlere genel olarak, yeni Kanun'un yürürlük tarihi, sistematığı ve yeni Kanun'la getirilen temel değişikliklerden bahsetmek ve zihinlerinizde yeni Kanun'a ilişkin bir çerçeve çizmek istiyorum.

1 Ocak 1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunumuz, yaklaşık 54 yıldır uygulanmaktadır. Ancak bu süre içerisinde hem Türkiye'de hem de dünyada çok önemli gelişmeler yaşanmış ve çağın gereklerine uyan yeni bir ticaret kanunu yapılması zorunlu hale gelmiştir. Bu gelişmelerden en önemlileri arasında, ulusal ve uluslararası ticaret, endüstri, hizmet, finans ve sermaye piyasalarındaki gelişmeler, teknolojide yaşanan ilerlemeler, özellikle internetin hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmesi ve küreselleşme yer almaktadır.

Tüm bu gelişme ve değişimlerin yarattığı ihtiyaçlar neticesinde ve uzun süren çalışmalar sonucunda hazırlanan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, 13 Ocak 2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 14 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

YÜRÜRLÜK

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1534. maddesinde, Kanun'un yürürlüğüne ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Buna göre yeni Kanun genel olarak 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecektir. Ancak bazı hükümlerin yürürlük tarihleri farklılık göstermektedir.

Kanunun Türkiye Denetim Standartlarının belirlenmesine yönelik Geçici 2. ve denetçilerin denetimine yönelik Geçici 3. maddeleri, Yasanın yayım tarihi olan 14 Şubat 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sermaye şirketlerine internet sitesi açma zorunluluğunu veya internet sitesi zaten mevcutsa, internet sitesinde hangi hususların yayımlanmasının zorunlu olduğunu düzenleyen 1524. madde, 1 Temmuz 2013 tarihinde yani Kanun'un yürürlüğe girmesinden 1 yıl sonra yürürlüğe girecektir.

Gerçek ile tüzel kişi tacirlerin Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nın (IFRS) özdeşi olan Türkiye Muhasebe Standartları'na (TMS) tâbi olmasını öngören finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler ile anonim

şirketlerin denetlenmesine ilişkin 397 ilâ 406. maddeler ise 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Yine yeni Ticaret Kanunu'nun kabulünden sonra TBMM'de kabul edilen 6103 sayılı, "*Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*" ile Yeni TTK'nın yürürlüğüne ilişkin bir takım hükümler getirilmiştir.

6103 sayılı Yürürlük ve Uygulama Kanunu'nda, eski kanun yeni kanun ayrımına ilişkin olarak şu hükümlere yer verilmiştir. Yeni Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş olan olayların hukuki sonuçlarına veya Kanun'un yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş hukuki fiillere eski Kanun, yürürlük tarihinden sonra meydana gelecek olaylara ve hukuki fiillere ise yeni Kanun hükümleri uygulanacaktır. Yeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda, 6762 sayılı eski Kanun'un uygulanması durumunda, hâkimin, bunun gerekçesini kararında açıkça belirteceği de hükme bağlanmıştır.

6103 sayılı Yürürlük ve Uygulama Kanunu'nda, Yeni Kanun'un geriye yürütüleceği haller de sayılmaktadır.

Bu hallerden ilki, kanunla düzenlenen hukuki ilişkilerdir. Tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukukî ilişkilere, bunlar yeni Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, yeni Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca "*beklenen haklar*" başlığıyla düzenlenen maddede de eski Kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da yeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara da yeni Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu hükümlerin dışında yeni Kanun'la şirketlere getirilen zorunlulukların yerine getirilmesi açısından şirketlere, 6103 sayılı Yürürlük ve Uygulama Kanunu ile çeşitli süreler de tanınmıştır.

KANUNUN SİSTEMATİĞİ

Yürürlüğe ilişkin hükümleri bu şekilde özetledikten sonra, Kanun'un sistematığına değinmek istiyorum. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, Başlangıç ve son hükümler ile 6 ana kitaptan, 1535 maddeden oluşmaktadır;

1. İlk kitap "*Ticari İşletme*" ile ilgilidir. Bu kitapta tacir, ticaret sicili, ticaret ünvanı ve işletme adı, haksız rekabet, ticari defterler, cari hesap ve acentelik konuları ele alınmaktadır.
2. İkinci kitap "*Ticaret Şirketleri*" ile ilgilidir. Bu kitapta genel hükümler, kollektif şirket, komandit şirket, anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve limited şirket konuları ele alınmaktadır.
3. Üçüncü kitap "*Kıymetli Evrak*" ile ilgilidir. Bu kitapta genel hükümler, nama yazılı senetler, hamile yazılı senetler, kambiyo senetleri, kambiyo

senetlerine benzeyen senetler ve diğer emre yazılı senetler, makbuz senedi ve varant konuları ele alınmaktadır.

4. Dördüncü kitap “*Taşıma İşleri*” ile ilgilidir. Bu kitapta genel hükümler, eşya taşıma, taşınma eşyası taşıması, değişik tür araçlar ile taşıma, yolcu taşıma ve taşıma işleri komisyoncusu konuları ele alınmaktadır.
5. Beşinci kitap “*Deniz Ticareti*” ile ilgilidir. Bu kitapta gemi, donatan ve donatma iştiraki, kaptan, deniz ticareti sözleşmeleri, deniz kazaları, gemi alacakları, sorumluluğun sınırlanması ve petrol kirliliğinin zararının tazmini ve cebri icraya ilişkin özel hükümler konuları ele alınmaktadır.
6. Altıncı ve son kitap ise “*Sigorta Hukuku*” ile ilgilidir. Bu kitapta da genel hükümler ve sigorta türlerine ilişkin özel hükümler konuları ele alınmaktadır.

Kanunun sistematigi açısından farklılık olarak; mevcut Kanunumuz 5 ana kitaptan oluşmakta iken yeni Kanun’a “*Taşıma İşleri*” başlıklı yeni bir kitabın eklendiğini söyleyebiliriz.

YENİ TTK İLE GELEN DEĞİŞİKLİKLERE GENEL BİR BAKIŞ

Konuşmamın bu kısmında, yeni TTK ile ticaret hayatına getirilen başlıca yeniliklere değinmek istiyorum. Bu yenilikleri şu şekilde sayabiliriz;

- Yeni Kanun’la birlikte sermaye ortaklıkları şeffaflaşmaktadır. Şirketlere, internet sitesi kurma, bu internet sitelerinde, kamunun aydınlatılması ilkesi gereğince, şirkete ilişkin finansal tablolar ile denetleme raporlarının yayımlanması, şirketin temsilcileri ve yönetimi ile ilgili alınan kararların internet sitesinde duyurulması zorunluluğu getirilmiştir. Hatta tacirin işletmesiyle ilgili olarak kullandığı her türlü kâğıt ve belgede, tacirin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi, tacir sermaye şirketi ise taahhüt edilen ve ödenen sermayenin yanında internet sitesinin adresi ve numarasının da gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir.
- Şirket birleşmeleri yenilikçi bir bakış açısıyla yeniden düzenlenmiştir.
- Şirket bölünmeleri Kanun’da ilk kez tüm yönleriyle düzenlenmiştir.
- Yeni bir kurum olarak hukuk sistemimize “*Tek Ortaklı yani Tek Kişilik Anonim ve Limited Şirket*” girmiştir. Bu, en göze çarpan değişikliklerden biri olarak öne çıkmaktadır. Çünkü bilindiği üzere mevcut Kanun’a göre, limited şirket kurabilmek için en az 2, anonim şirket kurabilmek için ise en az 5 ortağın bir araya gelmesi gerekiyordu.

- Anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olma zorunluluğu getirilmiştir.
- Özellikle tek kişilik şirketlerde ön plana çıkan bir hüküm olarak yönetim organının tek kişiden oluşabileceği kabul edilmiştir.
- Şirketler hukukuna eklenen bazı hükümlerle, sermayenin korunmasına ilişkin tavizsiz düzenlemeler getirilmiştir. Şirket yöneticilerinin şirkete borçlanması engellenmiş, bir nevi profesyonel yöneticilik anlayışı ön plana çıkartılmıştır. Bu şekilde şirket ortak ve yöneticileri tarafından şirketlerin içinin boşaltılması önlenmeye çalışılmaktadır.
- Ortaklıklarda pay sahipliği değeri yükseltilmiş, inceleme ve bilgi alma hakları pekiştirilmiş, azınlık hakları güçlendirilmiştir.
- Kanun'un madde gerekçelerinde de değinildiği üzere, muhasebenin temel ilkelerinden olan ŞEFFAFLIK VE TUTARLILIK ilkelerine önem verilmiş, gerçek ile tüzel kişi tacirlerin Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nın (IFRS) özdeşi olan Türkiye Muhasebe Standartları'na (TMS) tâbi olmasını öngören, finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.
- Yeni Kanun'la birlikte, şirketlerde Bağımsız Dış Denetim ve İşlem Denetimi sistemi, şirket yönetimlerinin bekçisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunda, şirketlerin denetimiyle ilgili hükümler başta olmak üzere birçok hüküm, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (UFRS) ve muhasebe ilkelerinden etkilenilerek hazırlanmıştır. Bilindiği üzere anonim şirketlerde bugüne kadar iç denetim söz konusuydu ve sağlıklı bir denetim yapılıp ilgileri yeterince bilgilendirilemiyordu. Değişiklikle bunun yerine 'bağımsız dış denetim' getirilmiştir. Bu düzenleme ile aynı zamanda azınlık pay sahipleri ve devlet için, bilgi paylaşımının kolaylaşması sağlanmış olacaktır.

Teknolojik gelişmelere paralel olarak da şu değişikliklerin getirildiğini görüyoruz;

- Sözleşmelerin kuruluş süreçlerinin elektronik ortamda yapılması mümkün olacaktır.
- Fatura ve teyit mektuplarının elektronik ortamda oluşturulması ve saklanması mümkün olacaktır.
- Şirketlerin genel kurul çağrıları elektronik posta ile yapılabilecek, toplantıya katılma, öneri sunma, oy kullanma gibi yönetsel haklar internet ortamında elektronik imza ile kullanılabilir ve telekonferansla genel kurul ve yönetim kurulu yapılabilir. Pay senetleri borsaya kote olmuş şirketlerde elektronik ortamda genel kurul yapılması zorunlu hale gelmektedir. Yani

milyonlarca ortak bir mekana gitmek zorunda kalmayacak ve internet ortamında oy haklarını kullanabileceklerdir.

- Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile de yapılabilmesi imkanı tanınmıştır.
- Sigorta poliçeleri de artık elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile yapılabilecektir.
- Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemlerin elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılması imkânı sağlanmış ve güvenli elektronik imza ile gönderilen e-postalara ilişkin olarak kayıtlı elektronik posta sistemi oluşturulması kabul edilmiştir.
- En önemli düzenlemelerden birisi de Ticaret Sicil Gazetesi'nin elektronik ortama taşınıyor olmasıdır. Yeni Kanun'la birlikte ticaret sicil kayıtları, elektronik ortamda tutulup depolanabilecektir. Böylece bir elektronik bilgi bankası oluşturulacak ve ticaret siciline kayıtlı tüm tacirlere ilişkin bilgilere elektronik ortamda 'ticari sicil bilgi bankası' aracılığıyla ulaşılabilecektir.
- Türkiye Muhasebe Standartları'na göre elektronik ortamda tutulan ve belli şartları taşıyan ticari defterlerin de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu şekilde uygulamada sıkça rastlanan ticari defterlerin elektronik ortamda tutulması hususu Kanun'da yerini almış olmaktadır.

SONUÇ

Özetlemek gerekirse; özellikle uluslararası piyasaların bir parçası olmanın getirdiği zorunluluklarla, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerde kurumsal yönetim ilkesinin ön plana çıktığını, muhasebe standartlarının uluslararası düzeye getirildiğini, şirketlerin finansal tablolarının hem şirketler hem de şirketler topluluğu yönünden çağın gerektirdiği kurallara bağlandığını, anonim ve limited şirketlerin etkin, bağımsız ve uluslararası standartlarda denetiminin sağlanmaya çalışıldığını elektronik işlemler ve elektronik ticaretin yaygınlaşmasına ve geçerliliğine ilişkin hükümler getirildiğini görmekteyiz.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun, Türk şirketlerinde kurumsallaşmaya katkı sağlayacağı, uluslararası işbirliğini kuvvetlendireceği, kaliteli rekabet sağlayacağı, teknolojiye yapılan yatırımları artıracığı beklenmektedir. Ayrıca yeni Kanun'la birlikte bilişim, sigortacılık, hukuk danışmanlığı ve mali müşavirlik gibi sektör ve mesleklerin daha çok ön plana çıkacağı öngörülmektedir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun ve onu izleyecek ikincil düzenlemelerin, ticari hayatı etkileyecek köklü değişiklikler içerdiği ve içereceği göz önüne

alındığında; gerek şirketler gerekse onlara yol gösterecek olan biz hukukçular tarafından, söz konusu düzenlemelerin içeriğinin ve olası hukuki sonuçlarının iyi analiz edilmesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle tüm bu düzenlemelerin mevcut ticari hayatın getirdiklerinden daha farklı, gelişmiş ve alışılmadık hak ve yükümlükler getirdiği dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak; yeni Kanun'un getirdiği değişikliklere uyum sürecinde problemlerin yaşanmaması ve ileride ortaya çıkabilecek sorunların öngörülerek yürürlük tarihinden önce Kanun'da gerekli değişikliklerin yapılmasının sağlanması açısından, Kanunun yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012 tarihinden önce, gerek şirketlerin gerek hukukçuların gerekse muhasebeci ve mali müşavirlerin çeşitli organizasyonlarla yeni düzenlemelerin içerik ve sonuçlarını tahlil etmeleri ve tartışmaları oldukça yararlı olacaktır.

Ankara Barosu Yasa İzleme Kurulu olarak bu konuda üzerimize düşeni yapmaya, düzenlediğimiz sempozyum ve panellerle meslektaşlarımızı aydınlatmaya çalışıyoruz. İlginize teşekkür ediyor ve sempozyumumuzun öğleden sonraki oturumunda görüşmek dileğiyle saygılar sunuyorum.

**6102 SAYILI
TÜRK TİCARET KANUNU'NA,
BAZI HÜKÜMLERE VE
KAVRAMLARA
ELEŞTİRİSEL BAKIŞ**

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI*

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- I. Genel Olarak Yeni TTK'ye Eleştirisel Bakış
- II. Emredici Hükümler ve Bunlara Aykırılıkların Hukuki Durumu
- III. Ön Şirket Kavramı ve Buna İlişkin Sorunlar
- IV. Önerilmeye Muhatap Olma Hakkı

I. GENEL OLARAK YENİ TÜRK TİCARET KANUN'UNA ELEŞTİRİSEL BAKIŞ

1 Temmuz 2012'de yürürlükten kalkacak olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerin kaynağı, 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun şirketler hukukuna ilişkin hükümleridir. Aynı şekilde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret şirketlerine ilişkin kısmı da, 1992 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'dur. Ancak, ticaret şirketlerinde birleşme, tür değiştirme ve bölünmeye ilişkin hükümler 2005 tarihli İsviçre Birleşme Kanunu'ndan; limited şirketler ise, 1 Ocak 2008'de yürürlüğe giren İsviçre Limited Şirketler Kanunu'ndan alınmıştır. Buna karşın 6102 sayılı TTK'nin bazı hükümleri Alman Anonim Şirketler Kanunu'ndan (AktG) alınmıştır. Örneğin; Kanun'un, "*Şirketler Topluluğu*"na ilişkin 195. ilâ 209. maddeleri; Alman "*Konzern Hukuku*"nun (Konzernrecht) (§§ 17 ilâ 21 ve 291 ilâ 337 hükümlerinden; TTK m. 340 ve 579'daki "*emredici hükümler*", Alman AktG § 23/5'den; yine TTK'nin 335. maddesindeki "*ön şirket*" kurumu da, "AktG § 41/1 hükmünden alınmıştır.

Yine TTK'deki limited şirketlerde "*özkaynakların yerini tutan ödünçler*"i düzenleyen 615. maddenin kaynağı da, Alman Limited Şirketler Kanunu'nun (GmbH) § 34 hükmüdür.

Yukarıda sayılanların dışındaki 6102 sayılı TTK hükümleri, 1992 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun şirketler hukukuna ilişkin düzenlemesinden alınmıştır. Ancak, 1992 tarihli bu Kanun; İsviçre'de "*Anonim Şirketler Hukukunda Büyük Revizyon*" başlığı altında yapılan çalışmalar sonucunda değiştirilmek üzeredir. Bu bağlamda 2005 yılında, "*Anonim Şirketler Hukukuna ilişkin olarak bir 'Öntasarı'*" (*Vorentwurf*) ve 2008'de de, "*Tasarı*" (*Entwurf*) hazırlandı ve kamuoyuna sunuldu. 2008 tarihli Tasarının nihai hali, "*İsviçre Federal Konsey*"inde (*Bundesrat*) Ekim 2010'da kabul edilmiş olup, çok yakın bir zamanda yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

Bu durumda, yeni TTK'nin önemli bir yapısını oluşturan anonim şirketlere ilişkin hükümleri, İsviçre hukukunda artık yürürlükten kalkınan anonim şirketlere ilişkin düzenlemelere dayanacak ve doğal olarak gelişmesi de kısıtlanmış olacaktır. Çare: Yeni Kanun'un yürürlüğe girmesi bir yıl sonra olacağı için, yürürlüğe girmeden önce bir değişiklik yapılması kanımca en uygun yoldur. Aksi takdirde, yine uzun bir süre, kaynağı ilga edilmiş bir Ticaret Kanunu ile yetinmek zorunda kalacağımız açıktır.

II. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA EMREDİCİ HÜKÜMLER İLKESİ VE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

1. Emredici Hüküm Kavramı ve Anlamı

TTK m. 340 hükmüne göre, “*Esas sözleşme, bu Kanun’un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanun’da buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o Kanun’a özgülenmiş olarak hüküm doğurur.*”. Maddenin birinci cümlesinden de anlaşıldığı gibi, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapabilme, ancak Kanun’da açıkça izin verilmişse mümkündür. Belirtmek gerekir ki, sapma ancak “*esas sözleşme ile*” olanaklı olduğundan, “*genel kurul kararı*” veya yönetim kurulunun m. 367/1 hükmü uyarınca çıkardığı “*iç yönerge*” ile düzenlenmesi mümkün değildir.^[15] Kanun’da anonim şirketlere ilişkin hükümlerden sapmaya “*açıkça*” izin verilmesi hususu genel olarak iki şekilde ifade edilmektedir: Ya “*esas sözleşme ile kararlaştırılabilir veya öngörülebilir*” ya da “*esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksalsaki öngörülmemişse*” şeklindedir. Dolayısıyla esas sözleşmeyle sapabilme, ancak Kanun’da açıkça anonim şirketlere ilişkin hükümlerde izin verilmişse mümkündür. Ancak bu konuda ortaya çıkabilecek sorun şudur; m. 340 hükmündeki “*açıkça*” ifadesi karşısında, bir emredici hükmün aksinin esas sözleşmede düzenlenmesine izin verilip verilmediği tespit edilirken, acaba sadece ilgili hükmün “*lafzı mı*” yoksa “*amacı mı*” dikkate alınacaktır. Öğretideki bir görüşe göre, bu konuda sadece ilgili hükmün lafzının esas alınması, hükmün anlam ve amacının ise dikkate alınmaması gerekmektedir.^[16] Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, Gerekçe’de de ifade edildiği gibi, maddenin metninden, “*sapabilmenin*” açıkça anlaşılamadığı durumlarda; amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla “*sapabilme*”nin haklılık kazandığı varsayımları kapsadığını da dikkate almak gerekir^[17]. Bu durumda, m. 340/1 hükmü anlamında, “*sapmaya ilişkin düzenleme*”, kanuni düzenlemenin yerine, başka bir düzenleme yapılması halinde söz konusu olabilecektir; diğer bir anlatımla, esas sözleşme, Kanun’da öngörülenin aksine başka bir düzenleme içeriyorsa “*sapma*” var demektir^[18]. Sapabilme imkânı, Kanun’un metninden “*olumlu*” ve “*açık*” ifadesinden veya gerektiğinde “*adil ve menfaatler dengesine uygun yorumlanmasıyla*” sapmaya izin verildiği anlaşıyorsa mümkündür. Buna

[15] Aynı yönde, Karasu, Emredici Hükümler, s. 50.

[16] Bahtiyar, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarı’nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 61, 2005, s. 70 vd.

[17] Madde 340, s. 157. Aynı şekilde, Karasu, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 46.

[18] Seibt, Aktiengesetz Kommentar, Schmidt/Lutter, Bd.1, § 23, N. 54 ve dn. 235’de anılan Alman literatürü, Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl., § 23, N. 35.

karşın, Kanun'un "suskun" kaldığı, yani konuya ilişkin hiçbir hüküm öngörül-meyen durumlarda "sapma" mümkün değildir^[19]. Sonuç olarak, TTK'de yer alan anonim şirketlere ilişkin bütün hükümler emredici mahiyet taşımakta ve bu hükümlerden sapabilme; ancak Kanun'da açıkça öngörülmüşse veya öngö-rülmemiş olmakla birlikte, hakkaniyet ilkesi ve menfaatler dengesi dikkate alındığında «uygun görülebiliyorsa» mümkündür.

2. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Emredici Hükümleri Düzenleyen 340. Maddenin Kaynağı ve Kaynağından Farklılığı

Yukarıda da belirtildiği üzere, Yeni Kanun'la, Alman hukukundan esinle-nerek, hem anonim (m. 340) hem de limited şirketler (m. 579) için "emredici hükümler" başlığı altında yeni bir düzenleme getirildi. TTK'nin 340. maddesi, Alman Anonim Şirketler Kanunu (Aktiengesetz=AktG) § 23/V hükmünden (Grundsatz der Satzungsstrenge) esinlenilerek alınmıştır^[20]. Ancak, ilginç olan, kaynak Kanun'un aynı paragrafının 2. cümlesindeki, [Ergänzende Bestimmun-gen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält] "*tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğer ki Kanun bu konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlemiş olsun*", şeklindeki ikinci cümle TTK'nin 340. maddesine alınmamış; buna karşın, kaynak yasada yer almayan, "*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*" ibaresine yer verilmiştir. Böylece, ortaya tabiri caizse yarısı "*ithal*" diğer yarısı da "*yerli*" düzenlemeden oluşan yeni bir "*melez bir hüküm*" doğmuştur. Gerekçe'de bunun nedeni şöyle açıklanmak-tadır; "*Madde, ikinci cümlesinde Alman hükmünden ayrılmaktadır. Cümlelerin amacı, Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum gücüğü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımaktır. Hüküm uyarınca, bu kanunlar kendi alanlarına özgülenecek, Türk Ticaret Kanun'una müdahalede bulunamayacaktır. Yargı kararlarının da bu ilkeye özenle hayat vereceği düşünülmektedir*"^[21].

Dikkat edilecek olursa, 340. maddenin 2. fıkrasında, bazı özel kanun-lara (SerPK, BankK, FKK gibi) yollamada bulunmakta ve diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümlerinin o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğuracağı belirtilmektedir. Aslında 340. maddenin 2. fıkrası hükmü konulmamış olsaydı, kanımca hukuki durumda bir değişik-lik olmazdı, çünkü SerPK, BankK veya FKK gibi özel kanunlara tabi olarak

[19] Hüffer, Aktiengesetz, 5. Auflg. § 23, N. 35, Seibt, Aktgesetz Kommentar, Schmidt / Lutter, Bd., § 23, N. 54 ve dn. 236'da anılan Alman literatürü.

[20] Bu konuda bkz. Karasu, Emredici Hükümler, s. 46, Tekinalp, Ü., Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II. İstanbul 2008, s. 650 vd.

[21] Madde 340, s. 96.

anonim şirket tipinde kurulacak olan şirketlerin her şeyden önce kurulduğu kendi “özel kanun’una” uygun olarak kurulması gerektiği ve özel kanunlardaki hükümlerin “genel kanun” niteliğinde olan TTK’ye göre öncelikle uygulanacağı açıktır. Örneğin bir bankanın veya finansal kiralama (*leasing*) şirketinin ya da bir sigorta şirketinin kuruluşunda, amaçsal açıdan gerek emredici gerekse tamamlayıcı hükümlerin; banka, finansal kiralama veya sigorta şirketinin kuruluşuna özgü olarak konulması zorunlu olup, bu tiplere ilişkin kuralların da – tip olarak anonim şirket olsa da – sadece bu kurumlara özgü olacağı açıktır.

Öte yandan, 50 yılı aşkın zamandan beri ülkemizde uygulanan 6762 sayılı yer TTK’de yer almayan bu hüküm, acaba yabancı Kanun’dan büyük bir “eksikliği” gidermek amacıyla mı alındı veya bu konuda uygulamada ne gibi uyumsuzluklar ortaya çıktı da Alman hukukundan böyle bir hükmün alınmasına gerek duyuldu soruları akla gelmektedir. Söz konusu maddenin konuluşuna ilişkin olarak Gerekeç’ye, baktığımızda aynen şöyle denilmektedir:

“Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde birçok karşıtı vardır; Türkiye’de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece birkaçıdır. Anonim şirketler hukukunda bireysel pay sahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez”^[22].

6102 sayılı TTK’nin hazırlanmasında, Komisyon Başkanlığı görevini üstlenmiş ve bu uğurda çok önemli katkılarda bulunmuş olan Tekinalp’e göre, anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin kabulünü gerektiren en önemli nedenlerden biri de, “*paysahiplerini koruma*” düşüncesidir. Yazara göre, iş, rekabet, tüketici ve sigorta hukukunun birçok hükmü ve genel işlem şartlarını denetleyen, geçersiz şartları belirleyen hükümleri içeren özel kanunlar hangi düşüncelerle sözleşme özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarmışlarsa, genel işlem şartlarının denetlenmesine hangi anlayışlar yol açmışsa ve genel işlem şartlarını geçersiz kılıyorsa, aynı düşünceler, endişeler ve mülahazalar küçük pay sahipleri için de geçerlidir. Belirtilen alanlarda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının en temel amacı, sözleşmelerin zayıf tarafını korumaktır. TTK Tasarısı’nda öngörülen emredici hükümler ilkesi de, çoğunluğun istediği

[22] Madde 340, s. 96.

hükümleri esas sözleşmeye koyarak güçsüz paysahibinin zarara uğramasını önlemeye yönelik etkili bir araçtır^[23].

Gerekçe'deki açıklamalara ve Tekinalp'in görüşüne tam olarak katılmak mümkün değildir. Çünkü, bir kere, "*açıkça geçersiz olan*" bir hükmün esas sözleşmede yer almasının da hukuken hiçbir önemi olmadığı açıktır. Dolayısıyla, "*açıkça geçersiz olan*" konularda 340. maddenin, paysahiplerine veya şirket alacaklılarına gerek TTK'daki gerekse Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) emredici maddelerden "*farklı ve özel bir koruma*" işlevinin yüklendiğini söylemek mümkün değildir. İkinci olarak, paysahiplerinin haklarının zedelendiği ve bunların bu madde hükmü ile korunması hususuna gelince; Bu konuda Alman doktrininde, Kanun'daki emredici hükümlerin, "*mevcut paysahipleri*"nin yanı sıra özellikle, şirket sözleşmesine bakmaksızın, ortağı olmak istediği anonim şirket esas sözleşmesinin uygun olmayan, alışılmamış ve farklı hiçbir hüküm içermediğine güvenen ileride paysahibi olabilecek kimseleri (potansiyel paysahipleri) ve aynı zamanda şirket alacaklılarını da sürprizlerden koruduğu ve böylelikle bir "*sosyal koruma işlevi*"ni yerine getirdiği belirtilmektedir^[24]. Bununla birlikte, Alman bilimsel öğretisinde, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan, sınırlandıran anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlerin, "*hukuk politikası*" açısından çok tartışmalı^[25] ve uygulama alanının maddi esas sözleşme düzenlemeleriyle de sınırlı olduğu

[23] Türk Ticaret Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. II, İstanbul 2008, s. 650 vd. Uğur Alacakaptan'a Armağan, s. 651. Aynı yönde, Karasu, Emredici Hükümler, s. 44. Ancak yazar, 340. maddede söz konusu olan emredici hükümlerin amaçlarını üç başlık altında toplamakta ve birinci olarak, "*anonim şirket Esas sözleşmelerine belli bir standart getirilerek hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlama*", ikinci olarak "*paysahiplerinin korunması*" ve üçüncü olarak da, "*diğer menfaat gruplarının korunması*" başlığı altında emredici hükümlerin, ileride paysahibi olabilecek kişilerin yanı sıra, hatalı olarak şirket çalışanlarını da koruduğu belirtmekte ve konuyla ilgili olmayan "*bağımsız denetim, kurumsal yönetim ilkeleri, özellikle kamuyu aydınlatma yükümlülüğü gibi birçok konunun, paysahiplerini koruma amacı yanında, yatırımcıları, alacaklıları ve genel olarak kamu menfaatini koruma düşüncesiyle emredici olarak düzenlendiğini ileri sürmektedir (s. 45). Önce, kurumsal ilkelerinde "uygula ya da açıkla"* ilkesi geçerlidir, dolayısıyla emrediciliği bir yana uygulanma zorunluluğu dahi yoktur. İkinci olarak bağımsız denetim, (dış denetimle ilgili ise, bu sadece halka açık anonim şirketler için geçerlidir; iç denetimle ilgili ise, bu 6762 sayılı TTK'daki anlamsız yer işgal eden ve uzmanlık bilgisi aranmayan kuralın terk edilip, yerine uzman ve bağımsız nitelikte denetçiyle ilgilidir). Üçüncü olarak kamuyu aydınlatma, kapalı tip AŞ'lerde sadece paysahipleriyle sınırlıdır ve hisseleri borsada işlem görmediği için de yatırımcıların ilgisini çekmemektedir.

[24] Körber, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Herausgegeben Tobias Gürgers/Torsten Körber, Heidelberger Komm. § 23, N. 40. Aynı şekilde, Seibt, Aktiengesetzkommentar, Karsten Schmidt/Marcus Lutter, Köln, 2008, § 23, N. 53 ve dn 228'de anılan literatür.

[25] Bu konuda özellikle, Hirte, Heribert, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge, kapital Markt und sonstige Legitimation versus Gestaltungsfreiheit, in: Lutter/Widmann (Hrsg.) Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA, ZGR Sonderheft 13, Berlin, 1997, s. 61 vd. Hopt, Klaus, J., in ZGR Sonderheft 13, s. 123 ff, Hüffer, Aktiengesetz, § 23, N. 34, 39. Mertens, Hans-Joachim, Satzungs und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht, ZGR 1994, s. 426-427 vd.

vurgulanmaktadır^[26]. Ancak, önemle belirtelim, Türk kanun koyucusu, TTK'nin 340. maddesine Alman Anonim Şirketler Kanun'unun § 23/5'in tamamını değil, sadece ilk cümlesini almış ve ikinci cümledeki “*tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğer ki, bu Kanun konuyu sınırlayıcı biçimde düzenlemiş olsun*” hükmünü almamıştır. Alman bilimsel öğretisinde maddeye ilişkin yapılan yorumlar, AktG § 23/5 hükmünün tamamı dikkate alınarak yapılmakta ve AktG § 23/5 hükmünün ilk cümlesindeki “*emredici hükümlerden sapmalar*” ile ikinci cümlesindeki “*tamamlayıcı hükümler*” arasındaki ölçütün tespitine ilişkin olarak, sapmaların, yalnızca Kanun'un açıkça izin verdiği hallerde söz konusu olabileceği; buna karşın, tamamlayıcı hükümlerde ise, yasanın sınırlayıcı bir hüküm içermediği durumda sapmanın mümkün olabileceği belirtilmektedir^[27]. Bu durumda, söz konusu AktG § 23/5 hükmünün birinci ve ikinci cümle hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ortaya Alman hukukundaki mevcut duruma ilişkin belirli bir kanaatin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, kaynak AktG § 23/5 hükmünün tümüne ilişkin Alman öğretisindeki görüşlerden ve uygulamadaki kararlardan, 6102 sayılı TTK'nin 340. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına uygun olarak yapılacak yorumlarda, tam olarak yararlanmak mümkün değildir.

Tekinalp'in, anonim şirketler hukukunda emredici hükümler ilkesinin kabulünü gerektiren en önemli nedenlerden biri olan, “*paysahiplerini koruma*” düşüncesine katılmakla birlikte, “*iş, rekabet, tüketici ve sigorta hukukunun [...] denetlenmesine hangi anlayışlar yol açmışsa aynı düşüncelerin, endişeler ve mülahazaların küçük paysahipleri için de geçerli olduğu*”na ilişkin düşüncesine katılamıyoruz. Çünkü ilk önce, kaynak Yasa'daki maddeye ilişkin Alman bilimsel öğretisinde böyle bir gerekçeye rastlamak mümkün değildir. İkinci olarak, anılan özel kanunlara göre faaliyette bulunanlar hem hukuken organize olmuş ve kurumlaşmış hem de mali bakımdan güçlü kurumlardır. Bu kurumlarla iş veya akit yapanlarla bir anonim şirkette kurucu olacakların tabi olduğu konum ve işlem yapma zorunluluğu gibi hususlar dikkate alındığında aynı olmadığı gibi benzerlik yanı dahi yoktur. Bir kişi herhangi bir konuda sigorta yaptırmak zorunda ise veya iş akdi yapacak ise ya da tüketici sıfatıyla bir mal veya hizmet alacaksa, anılan işlemleri yapmaya yetkili hangi kurumla yaparsa yapsın durumda pek değişiklik olmaz, çünkü bütün kurumlar kendilerinin menfaatlerine uygun olan kuralı dayatacaktır. Dolayısıyla, sigorta yaptıracak kişinin, A veya B sigorta şirketi ile yangın veya kaza sigortası yaptırtmasının, emredici hükümler açısından pek bir önemi olmayacaktır. Aynı durum, iş, tüketici ve rekabet hukuku açısından da farklı değildir. Buna karşın, bir anonim şirkette kurucu ortak olacak kimsenin, mevcut birikimini salt bir şirkette kurucu sıfatıyla değerlendirmesi “*yatırım yapma açısından*” tek bir olanak değil,

[26] Körber, in Heidelberger Kommentar, § 23, N. 40 ve burada anılan Alman literatürü.

[27] Körber, Heidelberger Kommentar, § 23, N. 40.

aksine piyasa ekonomisinde mevcut olan çeşitli yatırım araçlarından yararlan-
ması bakımından çok seçeneklidir. Ayrıca, özellikle ülkemizde ve tüm dünya
piyasalarında borsaya kote şirketlerin hisselerinin satın alınmasında dikkate
alınan temel ölçüt, hisse satın alacakların söz konusu şirketin veya şirketlerin
esas sözleşmesini okuyarak ve bilgi sahibi olarak değil, o hissenin kısa süre içinde
prim yapıp yapmayacağına dayanmakta; uzun vadeli yatırımlarda ise, şirketin
işletme konusu, sermaye yapısı, mali durumu, kamuoyundaki imajı ve kurumsal
yönetim kurullarını uygulayıp uygulamadığı gibi değişiklik faktörler rol oyna-
maktadır. Nihayet, bir anonim şirketin kuruluşunda yer alan kurucu ortakların,
sadece sermayeye katılımları bakımından farkı olmakla birlikte, bunun dışında
ortakların birbirlerine üstünlüğü yoktur. Eğer sermayeye katılım bakımından
küçük “*paysahibi*” olacak kimse, bu katılımında kendi menfaatinin olmadığını
görüyor veya görebiliyorsa o şirkette kurucu ortak olmaz. Kaldı ki, sermaye yapısı
itibariyle (*tek ortaklı AŞ hariç*) hemen hemen tüm anonim şirketlerde “*küçük*”
tabir edilen paysahipleri mevcut olup, bunları bir anonim şirkette kurucu
ortak olmaya zorlayan herhangi bir sebep de yoktur. Ayrıca, paysahipliğinin
devredilemez ve alınamaz hakları açısından eşit durumdadırlar. Bu bakımdan,
sermayeye farklı katılımların bulunduğu hallerde bazı farklılıkları da sözleşme
serbestisi çerçevesinde doğal karşılamak gerekir. Dolayısıyla, 6098 sayılı TBK
m. 27’de öngörülen sözleşme serbestisini sınırlayan hususlara ek olarak Ticaret
Kanunu’nda “*emredici hükümler*” ihdas etmek ve “*tek tip*” anonim şirket esas
sözleşmesi yaratmak suretiyle tabiri caizse “*beton bloklarla çevrili esas sözleşme*”
tipi yaratılması, sözleşme özgürlüğünü gereksiz ve adil olmayan bir şekilde
sınırlandığı gibi, kişilerin yaratıcı düşüncelerini de dumura uğratacaktır.

3. Türk Ticaret Kanunu’nun 330. Maddesi ile 340. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi

TTK’nin 340. maddesi incelenirken, 330. madde hükmüyle karşılaştırıp
bir değerlendirme yapılmasında da yarar vardır. Çünkü 330. madde anonim
şirketlerin özel kanunlar karşısındaki durumunun belirlenmesine ilişkin bulun-
maktadır. Bu maddede, “*özel kanunlara tabi anonim şirketlere, kanunlardaki
hükümler dışında, bu kısım hükümlerinin uygulanacağı*” öngörülmektedir. Buna
karşın 340. maddenin ikinci cümlesinde de, “*diğer kanunların, öngörülmesine
izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak
hüküm doğururlar. Bunlar dışında, bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme
çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur*” denilmektedir. Bu durumda aynı
konu iki madde ile düzenlenmekte; ancak iki madde hükmünün birbirle-
riyle telif edilmesi mümkün olmamaktadır. Yeni TTK’nin 330. maddesinin
Gerekçe’sinde, “6762 sayılı TTK’nin 270. maddesindeki “ifadede değişiklik

yapılmamıştır^[28]” denilmekte, ancak, bu maddenin özel kanunlara bağlı olarak kurulan anonim şirketler bakımından neden yetersiz kaldığı açıklanmamaktadır. TTK m. 330 ve bu maddeyi karşılayan **6762 sayılı TTK 270. maddesinin kaynağı İsviçre BK Art. 763 hükmüdür. Ancak bu maddede, anonim şirket şeklinde kurulsada, özel kanton kanunlarına göre kurulan Kanton bankası, sigorta veya elektrik işletmeleri gibi şirketlere anonim şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmektedir**^[29]. Yeni TTK m. 330 ve eski TTK m. 270’de ise tam tersine, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir. Bu durum, Türkiye’nin üniter devlet şekline ve İsviçre’nin kantonal yapısına uygun olabilir. Öncelikle belirtelim ki, 330. madde ile 340. maddenin 2. fıkrasının uygulama alanı aynıdır: Yani SerPK, BankK veya FKK gibi özel kanunlara tabi olarak kurulan halka açık anonim şirketler, banka ve finansal kiralama (leasing) şirketleri söz konusudur. Ancak, maddelerin içerikleri ve uygulama şekli farklılık göstermektedir. Yeni TTK 330. maddesinde, “*özel kanunlara tabi anonim şirketlere, kanunlardaki hükümler dışında, bu kısım hükümleri uygulanacağını*” öngörülmesine, özel-genel kanun ilişkisi açısından itiraz etmek mümkün değildir. Fakat 340/2 maddesi ile 330. madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, 330. maddede, özel kanunlara tabi anonim şirketlere TTK hükümlerinin (genel kanun olarak ikincil sırada) uygulanacağı öngörülmekte, m. 340 hükmünde ise tam tersi, yani “*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar. Bunlar dışında, bu kanun ile diğer kanunlardaki düzenleme çelişirse bu kanun hükümleri üstün tutulur*” denilmekte; uygulama alanı aynı olan iki maddenin birlikte telif edilme güçlüğü ve dolayısıyla açıkça bir çelişki yaratılmaktadır. Çünkü madde 340/2 hükmüne göre, BankK veya FKK gibi özel kanunlara tabi olarak kurulan anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde “*tamamlayıcı*” nitelikteki sözleşme hükümleri, sadece o özel Kanun’una göre kurulmuş o tip anonim şirketlere özgü sayılırken, 330. maddede ise, özel kanunlar uyarınca kurulmuş anonim şirketlere öncelikle özel kanun hükümlerinin uygulanacağı; buna karşın TTK hükümlerinin, – esas sözleşme hükümlerinin “*tamamlayıcı*” nitelikte olup olmadığı dikkate alınmaksızın – uygulanacağından bahsedilmektedir. İşte zorluk ve çelişki de buradadır. Çözüm: 330. maddeye gerek bulunmamaktadır. Çünkü genel-özel kanun uygulaması bakımından bu madde, “*malumun ilanı*”ndan başka bir anlam ifade etmemektedir, bu nedenle ya 330. madde kaldırılarak sadece 340. madde hükmü ile yetinilmeli ya da 340. madde ile birlikte değerlendirildiğinde 330. madde dikkate alınmadan sonuca gidilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 340. maddenin alındığı kaynak Alman Anonim Şirketler Kanunu’nda (*AktG*) yeni TTK m. 330 (*eski TTK m. 270*) anlamında bir hüküm

[28] Gerekçe, m. 330, s. 152.

[29] Bkz. Wernli, Martin, Basler kommentar, Art. 763, N. 1.

mevcut değildir. Aynı şekilde, İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda da TTK m. 340/1 ve 2 cümlesi anlamında bir hüküm yoktur. 6102 sayılı TTK'de ise, her iki hüküm, yani 340 ve 330 maddeleri yer almaktadır. Bu durumda, yeni TTK'de m. 330 hükmünü, İBK Art. 763 İsviçre hukukundan alıyorsunuz, ancak bu hüküm Alman hukukunda yok; buna karşın m. 340 hükmünü (yarım da olsa) Alman hukukundan alıyorsunuz, ancak Alman Kanunu'nda da, İBK Art. 763 anlamında bir hüküm yok. Şimdi akla hemen şöyle bir soru gelmektedir: Acaba 1911 yılından beri İsviçre uygulamasında Art. 763 hükmünün varlığına rağmen Alman hukukundaki § 23/5 (TTK m. 340) hükmünün eksikliği hissedilmedi mi? Aynı şekilde, 60 yılı aşkın süredir Alman hukukunda uygulanan AktG § 23/5 hükmünün varlığına rağmen, İBK Art. 763 hükmünün eksikliği hissedilmedi mi? Kanımca, her iki ülkenin uygulamasında söz konusu eksiklik hissedilmiş olsaydı, duruma göre, Alman kanun koyucusu İBK m. 763 anlamında bir hükmü almak; İsviçre kanun koyucusu da AktG § 23/5 hükmü anlamında bir kuralı Anonim Şirketler Kanunu'na koymak suretiyle bu eksikliği giderirlerdi. Ancak böyle bir durum iki ülkede de olmamıştır. Acaba ülkemizde 50 yılı aşkın zamandan beri 6762 sayılı TTK m. 270 hükmüne rağmen hangi sebepten yeni TTK m. 340/1, 2 hükmünün eksikliğini hissettik? 330. maddenin varlığına rağmen, 340. maddenin Alman hukukundan (*yarım şekilde de olsa*) alınmasına ilişkin tercihin doğru olmadığı, dolayısıyla çelişkili ve yeni sorunların ortaya çıkacağı kanaatindeyim. Çözüm yukarıda açıklandığı gibidir.

4. Özel Kanunlardaki Düzenlemelerin Anlam ve Kapsamı

TTK'nın 340. Maddesinin emredici hükümleri düzenleyen ikinci cümlesindeki, “*diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*” düzenlemesinin anlamına gelince; Bu hükme göre, diğer kanunlarda düzenlenen anonim şirketlerde de Ticaret Kanunu hükümlerinden sapılamayacak; tâbi olduğu özel Kanun'da sapabilme imkânı açıkça öngörülüyorsa, tâbi olduğu kanuna özgülenmiş olarak sapabilecektir. Bu durumda sapabilme olanağı, ancak TTK'dan başka söz konusu “*özel kanuna ve onun düzenleme alanına*” özgü olarak hüküm ifade edecektir. Örneğin Bankacılık Kanun'unda, bankacılık faaliyetiyle ilgili bir konuda TTK'dan ve aynı zamanda diğer özel kanunlardan (SerPK veya FKK gibi) ayrı sapabilme olanağı öngörülüyorsa, bu sapabilme olanağı sadece Bankacılık Kanunu ve bankacılık alanıyla ilgili hüküm ifade edecek ve TTK, SerPK veya FKK kanunlarına göre kurulan anonim şirketler Bankacılık Kanun'unda öngörülen bu sapmadan yararlanamayacaklardır.

SerPK m. 14/A hükmü uyarınca, halka açık anonim şirketlerin “*oydan yoksun pay*”^[30] ihraç edebilecekleri mümkün iken, TTK sisteminde m. 434/2 hükmü

[30] SPK'nın konuya ilişkin tebliği Seri: I, N. 36 ve bu Tebliğde değişiklik yapan Tebliğ Seri: I, No. 38)

uyarınca, her payın en az bir oy hakkı vereceği emredici nitelikte öngörüldüğünden, kapalı tip anonim şirketlerin oydan yoksun pay çıkarmasına ilişkin olarak esas sözleşmede düzenleme yapması olanaklı değildir. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki oydan yoksun hisse çıkarma imkânı, bu Kanun'a özgülenmiş olarak hüküm doğururlar. Aynı şekilde, Bank.K m. 24 hükmü uyarınca bankaların, icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçilecek en az 2 üyeden oluşan bir denetim komitesi kurması zorunludur. Aynı kural, Halka açık anonim şirketler için de geçerlidir (SPK Tebliği Seri. X, No. 22, m. 25). Ancak, kapalı tip anonim şirketlerin, TTK m. 399/1 uyarınca seçmek zorunda oldukları denetçilerden ayrı olarak bir de SerPK sisteminde öngörülen biçimde “denetimden sorumlu komite” oluşturmaları söz konusu olmayacaktır.

5. Emredici Hükümlere Aykırılığın Sonuçları

Emredici hükümler, kendilerine mutlak surette uyulması gerekli kurallar olup, tarafların yaptıkları sözleşmelerde bu kuralların aksini kararlaştırmaları mümkün değildir^[31]. Emredici hükümlere aykırılığın hukuki sonuçları, sorununun tescil esnasında ve tescilden sonra olmak üzere iki bölümde incelemek gerekir.

İlk olarak, esas sözleşmenin ticaret siciline tescili esnasında, sicil müdürü aykırılığı görürse tescil talebini reddeder. Ret kararına karşı, 8 gün içerisinde sicilin bulunduğu yerdeki ticari davalara bakmakla görevli asliye ticaret mahkemesine itiraz edilebilir (m. 134). İkinci olarak, esas sözleşmedeki emredici kurallara aykırılığı sicili müdürü fark etmez ve şirketi tescil ederse, söz konusu aykırılığın hukuki sonucunun ne olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Hemen belirtelim, bu sorunu Türk Borçlar Kanunu'ndaki emredici kurallara aykırılığa bağlanan sonuçlarla çözmek mümkün değildir. Dolayısıyla sorunu, şirketler hukukuna ilişkin perspektiften irdelemek gerekmektedir. İlk olarak, konu Alman hukukunda çok tartışmalıdır^[32]. **Hâkim görüş, emredici kurala aykırı olan esas sözleşme hükmünün hükümsüz (Nichtigkeit) olduğu yolundadır**^[33]. Bu görüşü savunan yazarlar, AktG § 23/5 hükmündeki “emredici kurallara” aykırılığın sonuçlarına ilişkin olarak yapılacak yorumun, Alman AktG § 241, N. 3 hükmündeki, anonim şirketin temel yapısıyla bağdaşmayan genel kurul kararlarının (mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren ist) ışığında yapılmasını ileri sürmektedirler^[34]. Bu hükme göre, böyle bir genel kurul kararı batıldır, hükümsüzdür^[35]. **Bazı yazarlar ise, hükümsüzlüğe ilişkin AktG 241,**

[31] Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. baskı, İstanbul 2010, s. 287.

[32] Tartışmalar için bkz., Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl. § 23, N. 43, Körber, Heidelberger kommentar, § 23, N. 44.

[33] Hepsi için bkz. Körber, Heidelberger Kommentar, § 23, N. 44. Ayrıca, Karasu, Emredici Hükümler, s. 59 vd.

[34] Bu duruma ilişkin görüşü karşı görüşteki yazarlar da kabul etmektedirler.

[35] Körber, Heidelberger kommentar, § 23, N. 44 ve orada anılan Alman literatürü.

N.3 hükmünün uygulanmasını sadece, esas sözleşme hükmünün somut içeriğinin anonim şirketin temel yapısına veya kamu yararına aykırı olması durumunda uygun olacağını, diğer hallerde ise, söz konusu hükmün iptalinin dava edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler^[36].

Türk Ticaret Kanunu'nda, m. 340 hükmüne aykırılığın sonuçları hakkında bir düzenleme yoktur. Henüz yeni olan Türk öğretisinde ise, 340. madde hükmündeki emredici kurallara aykırılık halinde, butlan mı yoksa veya iptal edilebilirlik yaptırımının mı uygulanacağı hususunda en ayrıntılı incelemeyi Rauf Karasu, "*Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*" adlı doçentlik tezinde yapmaktadır^[37]. Yazar, hâkim görüşün aksine Hüffer ve Raiser tarafından savunulan ve doktrinde her geçen gün taraftar bulan görüşe katılarak, TTK'nin m. 340. maddesinde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin nasıl bir sonuç doğuracağını belirtmemesi nedeniyle, konunun genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte ve bir esas sözleşme hükmünün veya genel kurul kararının TTK m. 340 hükmüne aykırılık teşkil etmesi halinde, aksi kararlaştırılmayan bir maddi hukuk normunun ihlal edilmiş olması nedeniyle, TTK m. 340 değil, m. 445 ve 447 hükümlerinin esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Aynı şekilde, anılan maddelerde, emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerinin, ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan veya yokluk şeklinde ortaya çıktığını, dolayısıyla m. 447 hükmünün dışındaki emredici hükümlere aykırılık halinde iptal edilebilirlik veya yokluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir^[38]. Tekinalp ise, Tasarının yasalasmasından kısa süre önce kaleme aldığı "*Tek Kişilik Ortaklık I*" adlı eserinde, 340. madde-deki emredici hükümlere aykırılık halinde, 340. maddenin mi yoksa m. 447. hükmünün mü uygulanacağını tartışmadan ve butlan veya iptal edilebilirlik müeyyidesinin hangi hallerde uygulanıp uygulanmayacağına da değinmeden, sadece butlan davasının ve definin Borçlar hukuku anlamındaki sonuçlarına işaret etmekte ve dolayısıyla sorunun çözümüne katkı sağlayabilecek bir öneride bulunmamaktadır^[39]. Yazarın bu düşüncesinden örtülü olarak, 340. **maddedeki emredici hükümlere her aykırılık halinde, ihlalin niteliğine bakılmaksızın her halde, salt butlan müeyyidesinin uygulanacağı sonucu çıkarılabilir.** Ancak, 340. maddeye aykırılık halinde bir müeyyidenin öngörülmemiş olması ve TTK m. 447 hükmünde emredici hükümlere aykırı genel kurul kararlarına

[36] Hüffer, Aktiengesetz, 5. Aufl. § 23, N. 43, Raiser, T. Kapitalgesellschaften, 3 Aufl. § 11, N. 28.

[37] Karasu, Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2009 – Ankara.

[38] Emredici Hükümler, s. 60-63.

[39] Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, İstanbul 2010, § 12, N. 111 (s. 154).

duruma göre, yokluk, butlan veya iptal edilebilirlik yaptırımlarının uygulanacağı hususu dikkate alındığında bu düşünceye katılmak mümkün olamamaktadır.

TTK m. 340 hükmündeki emredici hükümlere aykırılık durumu incelenirken, konunun TTK'deki “*butlan*” başlığı altında genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen m. 447/1 hükmüne göre ve sonuçlarının da buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü 340. maddede, emredici kurallara aykırı esas sözleşme hükümlerinin hukuki sonucu hakkında herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, bu konuda, TTK m. 447 ve 455. hükümlerindeki butlan ve iptal edilebilir genel kurul kararlarına ilişkin haller dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. TTK m. 447 hükmünde, genel kurul kararlarından konusu itibarıyla;

- a. Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve Kanun'dan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran;
- b. Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve,
- c. Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması^[40] hükümlerine aykırı olan genel kurul kararlarının batıl olduğu belirtilmektedir.

Butlan halleri Kanun'da, “*özellikle*” denilmek suretiyle sayıldığından, bunların temel sebepler olduğu ve sınırlı sayı (*numerus clausus*) niteliği taşımadığı anlaşılmaktadır. Ancak, Gerekçe'de de, emredici hükümlere her aykırılığın butlan sonucu doğurmadığı ve m. 447'de sayılanların dışında genel kurul kararlarının tespitinde ise butlanın ikincilliği (*Subsidiarität*) ilkesinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir^[41]. Bu ilkenin, özel sebepler dolayısıyla iptal etmenin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde, hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre butlana karar verilmesi anlamını taşıdığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, pay sahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki haklarından olan genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma, asgari oy, dava hakkı ve Kanun'dan kaynaklanan vazgeçilmez nitelikteki haklarını kaldıran veya sınırlandıran esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları butlanla maluldür. Çünkü böyle esas sözleşme hükümleri sadece mevcut pay sahiplerinin değil, gelecekte pay sahibi olabilecek potansiyel pay sahiplerinin de menfaatlerini ihlal edecek niteliktedir^[42]. Ancak, emredici hükümlere aykırı olan her esas sözleşme hükmünün mutlak surette butlanla malul olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu hususta dikkat edilmesi gereken şey, emredici hükme aykırı düzenlemenin

[40] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, Emredici Hükümler, s. 68-70'de sayılan haller.

[41] Madde 447, s. 215.

[42] Aynı yönde, Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 58, Karasu, Emredici hükümler, s. 63.

niteliğinin tespit edilmesi ve ona uygun yaptırımın uygulanmasıdır. **Örneğin, TTK m. 410. hükmünde, genel kurulun çağrılmasına, toplantıya katılma ve gündemin ilanına ilişkin hükümler, emredici olarak düzenlenmesine rağmen, bunların ihlali halinde, butlan değil, iptal edilebilirlik hükmünün uygulanması gerekir (m. 445/1. b).** Aynı şekilde, bir veya birkaç pay sahibinin genel kurula katılmasına veya oy kullanmasına engel olunması, gündemin gereği gibi ilan edilmemesi veya pay sahibi olmayan kişilerin genel kurula katılması ya da oy kullanmaları halinde, söz konusu genel kurul kararı batıl değil, iptali dava edilebilir bir karardır^[43]. Buna karşın, Yargıtay'ın kabul ettiği gibi, bir pay sahibinin genel kurul toplantılarına davet edilmediği ve katılmadığı halde, yerine, kararlara sahte imzalar atılmak suretiyle katılmış gibi gösterilmesi halinde, 6762 sayılı TTK. 536/4 yollaması ile TTK. 381 ve 818 sayılı BK. 19 ve 20. maddeleri uyarınca, bu kararlar yoklukla malul sayılmalıdır^[44]. Ancak, pay sahibinin genel kurulda temsil edilmesine ilişkin hakkının 6102 sayılı TTK m. 425/1 hükmü kapsamını aşacak şekilde esas sözleşme ile sınırlandırılmasına ilişkin hüküm, iptali kabil değil, batıldır, hükümsüzdür^[45].

Anonim şirketin temel yapısına aykırı olan esas sözleşme hükümleri de, aynen genel kurul kararı gibi batıldır. Örneğin, Kanun'da öngörülen istisnalar dışında, (örneğin m. 480/1 gibi) pay sahiplerine ek yükümler yükleyen esas sözleşme düzenlemeleri ile m. 329 hükmüne aykırı olarak pay sahiplerine şirkete karşı sınırsız sorumluluk yükleyen esas sözleşme hükümleri, anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğundan batıldır^[46].

Aynı şekilde, sermayenin korunması hakkındaki emredici hükümlere aykırı esas sözleşme düzenlemeleri de batıldır. Örneğin, TTK m. 379 vd. hükümlerine aykırı olarak, şirketin kendi hisselerini iktisap edeceğine veya rehin alacağına ilişkin esas sözleşme hükmü batıldır. Yine m. 332'de öngörülen asgari sermaye miktarına ilişkin hükme aykırı esas sözleşme düzenlemesi; itibarî değer in altında hisse çıkarılacağına ilişkin esas sözleşme hükmü; m. 358'deki pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına aykırı esas sözleşme hükmü de batıldır.

Ancak, batıl olan esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararının, hiçbir süreye bağlı olmaksızın yıllar sonra ileri sürülmesine izin verilmesinin, hukuk güvenliğiyle bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü söz konusu hükmün veya kararın batıl olduğunun mahkemece tespitine karar verilmesi halinde geçersizlik, kararın verildiği andan itibaren değil, baştan itibaren söz konusu olmaktadır. Böyle bir durum doğal olarak, anonim şirketler hukukunda kesinlik, güvenlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

[43] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 94. Karasu, Emredici Hükümler, s. 64.

[44] 11. HD. 27.10.2000, E. 2000/8467/K. 2000/8250 (Kazancı İçtihat Bankası).

[45] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25, N. 94.

[46] Böckli, Aktienrecht, 3. Aufl. § 16, N. 168, Karasu, Emredici Hükümler, s. 67.

Öte yandan, emredici kurallara aykırı esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları, butlanla malûl olmakla birlikte, hiçbir hüküm ifade etmezler ve belirli bir zamanın geçmesiyle de geçerlilik kazanamazlar. Ancak, İsviçre hukukunda İBK m. 643/2 hükmü dikkate alındığında, sicilın ihya edici etkisi ve bunun kapsamı her olayda farklıdır. Örneğin, aynı sermayeye rağmen muvazaalı nakdi kuruluşta, hukuk güvenliği açısından, sicilın «ihya etkisi» (*heilende Wirkung*) nedeniyle, şirketin batıl olduğu kabul edilmemektedir. Aynı etkinin, sermaye artırımında da söz konusu olduğu belirtilmektedir^[47]. İhyanın etkisi, anonim şirketin sadece tüzel kişi olarak teşekkül etmesini değil, Kanun'da öngörülen, şartların eksikliğini de kapsamaktadır. Ancak bu eksiklikler, giderilebilecek ve sonradan tamamlanabilecek nitelikte olmalıdır^[48]. Ancak, ahlaka ve kanuna aykırı amaçlı anonim şirketlerin ZGB Art. 52/III hükmü uyarınca batıl olup olmadığı tartışmalıdır^[49]. Yeni TTK'de ise, kuruluşta kanuna aykırılık veya eksikliklerin bulunması halinde, anonim şirketin batıl olduğuna veya yokluğuna değil, feshine karar verileceği öngörülmektedir (m. 353). Ancak bunun için, fesih davasının, şirketin tescil ve ilanından itibaren 3 aylık hak düşürücü süre içinde açılması şarttır (m. 353/4). Bu durumda, 3 aylık süre geçtikten sonra fesih davası açılmaz.

Alman hukukunda ise, genel kurul kararının sicile tescilinden itibaren üç yıl geçmekle, artık geçersizliği ileri sürülememektedir (AktG § 242). Türk-İsviçre hukuklarında da genel olarak, geçersizlik belirli bir süre ile sınırlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilmektedir. **Ancak İsviçre'deki uygulamada iyi niyetli üçüncü kişileri korumak amacıyla, istisnâ olarak geçersizliğin ileri sürülemeyeceği görüşü kabul edilmektedir.**^[50] Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, **bir yapı kooperatifinin kuruluş ana sözleşmesinde, üyelerin sorumluluğu sınırlı sorumluluk şeklinde iken sonradan her üyenin sahip olduğu hissenin itibari değerinin beş katı oranında sorumlu olacağı biçiminde değiştirilir. Ancak, ana sözleşme-deki üyelerin sorumluluğuna ilişkin bu değişiklik, genel kurulda kanuni nisaba uyulmadan karara bağlanır ve sicile tescil edilir. Bu durum, yıllar boyunca kooperatifin iflâsına kadar da varlığını itirazsız devam ettirir. Ancak Kooperatifin iflasında üyeler, söz konusu genel kurul kararının batıl olduğunu ileri sürerek, kişisel sorumluluktan kurtulmak isterler. Federal Mahkeme, “reddedilmesi mümkün olmayan pratik ihtiyaçlar” nedeniyle, kişisel sorumluluğun varlığına güvenerek kooperatifle iş ve işlem yapan**

[47] Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 17, 14.

[48] Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 17, 15.

[49] Tartışmalar için bkz. Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 17, 17-18.

[50] Forstmoser / Meier – Hayoz / Nobel, § 25, N. 136; Schnyder / Christen – Westenberg (von Büren / Stoffel), s. 201, N. 971.

iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması gerektiği gerekçesiyle, geçersiz olan genel kurul kararının geçerli sayılmasına hükmeder^[51].

Alman hukukunda ise, bu konuda pozitif düzenlemeler yer almaktadır. Nitekim Limited Şirket Kanunu'nda Anonim Şirketler Kanunu (AktG) § 242/2. Anılan son hükme göre, **“bir genel kurul kararı hükümsüz ise, hükümsüzlük, kararın sicile tescil edilmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra artık ileri sürülemez”**. Alman Federal Mahkemesinin (BGH), hükümsüz olan bir limited şirket ortaklar kurulu kararı hakkındaki görüşü şöyledir^[52]: Olayın özeti;

“Davacı, babasının kendisine miras yoluyla intikal eden itibari değeri 33.000. DM ve 7.000. DM olan iki payı, bir bankaya 574. 000. DM borcu için rehnedir ve bu payların şirketten tahsiline ilişkin yetki verir. Banka, alacağına karşılık rehnedilen söz konusu payları tahsil etmek amacıyla şirkette başvurur. Ortaklar kurulu da, “Limited şirket sözleşmesinin § 5/3’deki, “şu kadar ki, ortağın sermaye payı rehnedilir veya payın sahibi iflas ederse, şirket, sermaye payını vergi değeri fiyatı üzerinden tahsil etmek amacıyla iktisap etmeye yetkilidir”, hükmüne dayanarak, söz konusu payların vergiye esas değerinin 88.400. DM olduğunu tespit eder ve bankaya bu tutarı öder. Bunun üzerine payların sahibi ortak, şirket sözleşmesindeki söz konusu § 5/3 hükmü ile buna dayanılarak alınan ortaklar kurulu kararının batıl olduğunu ve payların rayiç değerinin tahminen 1.6 milyon DM tutarında olduğunu iddia ederek mahkemeye başvurur. Bidayet mahkemesinin davayı reddetmesi ve bunun temyizi üzerine, dava Federal Mahkemeye intikal eder. Federal Mahkeme, bidayet mahkemesinin kararını bozar ve kararında özetle şöyle der;

- a. *“Limited şirket sözleşmesindeki, “şu kadar ki, ortağın sermaye payı rehnedilir veya paysahibi iflas ederse şirket, sermaye payını vergi değeri fiyatı üzerinden tahsil etmek amacıyla iktisap etmeye yetkilidir” şeklinde hükmü, hem alacaklılar arasında ayrımcılık yapması hem de payın rayiç değerinin altında bir bedelle satın alınmasına izin vermesi nedeniyle batıldır. Ortaklar kurulunun bu durumda, karşılaştırılabilir durum olan bir paysahibinin önemli sebepler nedeniyle şirketten çıkarılması halinde ödenecek tazminata ilişkin hükme göre karar vermesi gerekirdi.”*
- b. Federal Mahkeme ayrıca, Alman Anonim Şirketler Kanunu’nun § 242/2 düzenlemesinin, hem anonim hem de limited şirketlerin batıl olan kuruluş sözleşme hükümlerine uygulanacağına hükmederek şöyle der: *“Genel kurul kararının hükümsüzlüğünün, sicile tescilinden itibaren üç yıl geçtikten sonra ileri sürülemeyeceğine ilişkin Alman Anonim Şirketler Kanunu § 242/1 hükmünün limited şirketlere de uygulanması gerektiği düşüncesi, hukuk güvenliği bakımından son derece önemlidir. Davalı*

[51] BGE 78 III 33 vd (45)

[52] 19.9.2000/II ZR 73/99; BGHZ 144, 365, (367)= NJW 2000, 2819, sa § 23 Rn 43.

limited şirket ana sözleşmesi, 14.11.1997 tarihinde akdedilmesinden kısa süre sonra da ticaret siciline tescil ve ilan edilmiştir. Şirket sözleşmesinin § 5/3 hükmü de anılan tarihteki ana sözleşmede yer aldığından, AktG § 242/2 hükmünde öngörülen, tescilin ihya etkisi koşullarını yerine getirmiş bulunmaktadır. Öte yandan, ortağın sermaye payının gerçek değerinin hesaplanmasına ilişkin genel kurul kararı hükümsüzdür, çünkü sermaye payının gerçek değeri, serbest yedekler ve işletmenin gerçek değeri dikkate alınarak tespit edilir (BGH Urt. V. 30.3. 1967 - II ZR 141/64, WM 1967, 479; BGHZ 116, 359, 370 ff.) Ancak bu genel kurul kararında, pay sahibinin şirketten ayrılması halinde ödenecek tazminatın tamamen veya kısmen şirketin bağlı malvarlığından ödenebileceği belirtilmekte, buna karşın ödemenin sadece bağlı olmayan malvarlığının mevcut olması halinde ödeneceği ise açıklanmamıştır. Bu durumda bu genel kurul kararı batıldır.”

Belirtmek gerekir ki, Alman Federal Mahkemesi, limited şirket ana sözleşmesinin § 5/3 hükmünün geçersiz olmasına rağmen, AktG § 242/2 hükmü uyarınca, tescilden itibaren 3 yıl geçtiği için, artık bunun ileri sürülemeyeceğini kabul etmekle birlikte, ortağın sermaye payının gerçek değerinin tespitine ilişkin kararın hükümsüz olduğuna hükmetmiştir.

III. ÖN ŞİRKET KAVRAMI VE BUNA İLİŞKİN SORUNLAR

1. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Ön Şirket

Yeni Ticaret Kanunu'nda “ön şirket” kavramına yer verilmektedir. Hemen belirtelim, Kanun'da “ön şirket” kavramı açıkça yer almamakta, bunun yerine Gerekçe'de “ 335 inci maddede ön şirketin varlığına işaret edildiği ve şirketin oluşma anının açıklığa kavuşturulduğu” ifade edilmektedir^[53]. Gerçekten de 335. maddede, “şirket, kurucuların...[anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur]” denilmekte ve aynı hükmün ikinci fıkrasında da, 355' inci maddenin birinci fıkrası hükmünün saklı olduğuna işaret edilmektedir. Bu fıkra da ise, şirketin ticaret siciline tescil edilmesiyle tüzel kişilik kazanacağı belirtilmektedir. Ancak, Gerekçe'de Kanun'daki ön şirket kavramına ilişkin olarak İsviçre hukukunda benimsenen ön ortaklık kavramı mı yoksa Alman doktrin ve uygulamasında kabul edilen kavramın mı esas alındığı hususunda hiçbir açıklama veya bir işaret yer almamakta, buna karşın, sadece, Türk hukukunda ön anonim şirketin niteliği ile hukuki durumunun öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşturulacağı belirtilmektedir.

[53] Gerekçe, madde 335, s. 154.

Ön şirket kavramı ve buna bağlanan hukuki sonuçlar, İsviçre ve Alman hukuklarında farklıdır.

2. İsviçre Hukukunda Ön Şirket

İsviçre hukukunda anonim şirketin kuruluş safhasında söz konusu olan ön şirket kavramı ve buna ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlara pek işaret edilmemektedir^[54]. Genel kabul gören görüş, anonim şirketin kuruluş aşamasındaki hukuki konumunun “*adi ortaklık*” olduğu şeklinde olup, bunun dayanağı da, İsviçre Borçlar Kanun’un 530/2 hükmündeki, “*Kanun tarafından düzenlenmiş şirket tiplerine ilişkin şartları içermeyen şirketler, adi ortaklık sayılır*” şeklindeki ifadedir^[55]. Ancak, ön şirket hakkında en önemli açıklama, *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* tarafından yazılmış olan “*İsviçre Anonim Şirketler Hukuku*” (*Schweizerisches Aktienrecht*) isimli temel eserde yer almaktadır. Yazarlar, anonim şirketin kuruluş aşamalarını dikkate alarak, anonim şirket kurma yolundaki ön görüşme safhasında tarafların hukuken bağlayıcı bir taahhüde girmediklerini, bununla beraber “*ciddi davranma yükümü*” altında bulunduklarını ve bunun ihlali halinde culpa in contrahendo ilkesine göre sorumlu olacaklarını belirtmektedir^[56]. Ancak, kuruluş aşamasında kurucuların hem kendi aralarında hem de üçüncü kişilere karşı ilke olarak ve kuşku halinde adi ortaklık ilişkisi (İBK m. 530 vd.) içinde oldukları; bununla birlikte, bu aşamada anonim şirketlere ilişkin özel düzenlemelerin adi ortaklık hükümlerine nazaran önceliği olduğuna dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmakta ve bu durumda, “kurulmakta olan anonim şirket adına hareket eden kurucuların sorumluluğu hakkında, adi ortaklık hükümlerinin değil, aksine anonim şirketler hukukuna ait İBK m. 753 hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir^[57]. Anonim şirketin esas sözleşmesinin imzalanmasından ticaret siciline tesciline kadar geçen sürede, ilke olarak adi ortaklığın var olduğu; dış ilişki bakımından durumun değişmediği, buna karşın, iç ilişki açısından ise, esas sözleşmenin imzalanması ve gelecekteki anonim şirketin gerekli organlarının atanmasıyla durumun değiştiği; ancak kuruluş halindeki şirketin yine adi ortaklık olduğu, fakat adi şirket hukukunun iç ilişki için tamamen ihtiyari karakterde olduğu; dolayısıyla esas sözleşme

[54] Bkz. von Steiger, Werner, Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel 1976, s. 340 vd.; Forstmoser/meier-hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 13, N. 25.; Düringer/Hachenburg/Geiler, Das handelsbuch, II, Bd. 1. Hälfte–Allgemeine Einleitung: Das gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Mannheim–Berlin–Leipzig 1932, Anm. 368/b.

[55] Bkz. Forstmoser/Meier–Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 13, N. 25.

[56] Forstmoser/Meier–Hayoz/Nobel, § 13, N. 27; aynı görüş BGE 105 II 79 vd.

[57] Forstmoser/Meier–Hayoz/Nobel, § 13, N. 28.

düzeninin geçerli olduğu ileri sürülmektedir^[58]. Aynı görüş, İsviçre ve Türk doktrini ve Federal Mahkeme tarafında da benimsenmektedir^[59].

3. Alman Hukukunda Ön Şirket

a. Ön Şirketin Yasal Dayanağı

Alman hukukunda ön anonim şirketin varlığı, Alman Anonim Şirketler Kanun'unda "*AktG § 41/1 hükmündeki, "Ticaret siciline tescilden önce "tüzel kişiliği haiz bir" anonim şirket mevcut değildir, (vor der Eintragung in das handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht)*, şeklindeki olumsuz ifadeden çıkarılmaktadır. Orijinal maddedeki "*als solche*" kelimesinin (tüzel kişilik) olarak anlaşılması ve dolayısıyla söz konusu maddenin; "*tescilden önce tüzel kişiliği haiz bir anonim şirket mevcut değildir*" şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir^[60]". Aynı ifade Alman Limited Şirketler Kanunu § 11/1'de mevcuttur^[61].

Bu durumda, sermaye şirketlerinde, anonim şirket ile limited şirketin kuruluşunda, esas sözleşmenin yazılı olarak hazırlanıp kurucular tarafından imzalanmasıyla, şirket kurulmuş olmakta ve tescile kadar geçen süre içerisinde kurulacak şirketin tipine göre "ön anonim veya ön limited şirket" meydana gelmiş olmakta ve tescille birlikte kendiliğinden tasfiyesiz olarak sona ermektedir. Önemle belirtelim ki; ön şirket, Kanun'daki özel hükümler (TTK m. 335/, 1,2; 585/1,2) uyarınca sadece anonim ve limited şirketlerin kuruluşunda söz konusu olmaktadır. Buna karşın, Ticaret Kanun'undaki özel hükümler gereğince kollektif ve komandit şirketlerde ise, bu şirketler ticaret siciline tescil edilmezse, adi şirket sayılmaktadır (TTK m. 214/1; 317/1; TBK m. 620//2).

[58] Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 13, N. 29. Aynı şekilde BGE 102 II 423; 105 II 79 vd.

[59] von Greyerz, Aktiengesellschaft, s. 83, Baudenbacher, Basler Kommentar, Vor Art. 620, N. 6; Arslanlı/Domaniç, TTK Şerhi, III, s. 158; Şener, Oruç Hami, Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 145; Barlas, Nami, Adi Ortaklık, 2. bası, İstanbul 2008, s. 145. BGE 102 II 423; BGE 105 II 79 vd. Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık I, § 10, N. 27 (s. 87). Yazar, yeni eserinde, 6102 sayılı TTK m. 355 hükmündeki şirketin, "*bir anonim şirket olmadığını*", aksine (818 sayılı) BK m. 520/2 uyarınca bir adi ortaklık olduğunu; ancak bu şirkete, kurucular tarafından imzalanmış esas sözleşme hükümlerinin uygulanacağını, buna karşın hakkında hüküm bulunmayan tasfiye vs. gibi hususlarda ise (818 sayılı) BK m. 520 vd. geçerli olduğunu savunmaktadır (bkz. S. 87). Yukarıda açıklanan nedenler dolayısıyla bu görüşe katılmak mümkün değildir.

[60] Hepsi için bkz. Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002, § 41, N. 2.

[61] Ancak, Alman hukukunda ön şirketin varlığı için, kuruluşta en az iki kurucunun olması gerektiği vurgulanmaktadır. Tek ortaklı kuruluşta ön şirketin varlığı kabul edilmemekte, çünkü ön şirket safhasında "*elbirliği mülkiyetin*" yapısı için birden fazla kişinin katılımı şart koşulmaktadır. Bkz. Hüffer, Aktiengesetz, § 41, N. 3.

b. Alman Federal Mahkemesi'ne Göre Ön Şirket

Alman hukukunda geçen yüzyıl en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Özellikle Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla “*ön limited ortaklık*” (*Vor-GmbH*) ile ilgili geliştirilmiş olan ilkeler, daha sonra “*ön anonim ortaklık*” (*Vor-AG*) ve nihayet bu sermaye şirketi türüne işaret eden “*ön sermaye ortaklığı*” na (*Vor-Kapitalgesellschaft*) uygulanmaya başlandı. Federal Mahkeme (BGH), ön anonim ortaklığı, kooperasyon olarak yapılandırılmış, müstakbel tüzel kişiliğe yönelik hukuki bir oluşum, tüzel kişiliğe giden süreçte zorunlu bir basamak, yasa tarafından şart koşulan, kendine özgü, maddî ve belirli bir zamana bağlı, dar sınırlı işlevi olan özel bir hukuki şekil” olarak görmektedir^[62].

Federal Mahkeme'nin bu tanımından hareketle ön ortaklığın, tabiri caizse “*cenin halindeki anonim veya limited şirket*” olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki, TMK m. 28/2'deki “*çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde eder*” hükmündeki gibi, ön ortaklık da, esas sözleşmenin kurucu ortaklar tarafından imzalanıp, noterce onaylanmasından itibaren tüzel kişilik kazanmaya aday olan, ancak henüz “*cenin halinde bir ticaret şirketi*” niteliğinde olup, tescille birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Bu nedenle Alman Federal Mahkemesi ön ortaklığı, “*müstakbel tüzel kişiliğe yönelik hukuki bir oluşum*”^[63] olarak görmekte ve “*tüzel kişiliğe giden süreçte zorunlu bir ön basamak, yasa tarafından şart koşulan kendine özgü maddî ve zamana bağlı, sınırlı görevi olan özel bir hukukî şekil*” olarak kabul etmektedir^[64]. Federal Mahkemenin bu görüşü, tipik sermaye ortaklığının gelişme sürecine tam olarak uyması nedeniyle, Alman doktrini tarafından da tam olarak benimsenmiştir.

Alman hukukunda, ön şirketin ortaya çıkış sebebi, tescil sürecinin, 6 ay ilâ bir yıl arasında bir zaman almasıdır. Bunun sebebi de, şirketin faaliyet alanıyla ilgili olarak, ilgili kurum veya kuruluşlardan ruhsat alınmadan tescilin yapılamamasıydı. Dolayısıyla söz konusu ruhsat ve izinlerin alınmasına ilişkin bu sürecin uzun olması sonucunda birçok sorun ortaya çıkmaktaydı. Alman yasa koyucusu bu sorunu ortadan kaldırmak veya en aza indirmek amacıyla, 01.11.2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni Limited Şirketler Kanunu'nda^[65] bir düzenleme yaptı. Buna göre, şirket kuruluşunun tescilinde, mesleki kuruluşların vereceği resmi izin yerine, bu izin için ilgili kuruluşa başvuru yapıldığının temin edilmesi veya bunun kanıtlanmasının yeterli olacağı öngörülmektedir. Ancak, işletme konusu ve faaliyetiyle ilgili mesleki kurum veya kuruluşun vereceği izin, şirketin sicile tescil edilmesinden itibaren 3 ay veya mahkemece belirlenen

[62] Bkz. BGHZ 117, 323 (326).

[63] BGHZ 80, 129 (132), BGH 23.10.2006-ZR 162/05.

[64] BGHZ 117, 323 (326).

[65] BGBl. I Nr. 70/2008 (NR: GP XXIII RV 467 AB 494 S. 56. BR: 7909 AB 7926 S. 755.). Yasalaşma süreci için, <http://mail.cu.edu.tr/WorldClient.dll?Session=CEJQAPB&View=Attachment&Part=2.0&Filename=ATT00002.eml.27.6.2006>.

süre içinde sicil dairesine verilmediği takdirde, şirket resen sona ermiş olacaktır (*MiMoG* § 8, *N.6 b*). Ancak, böyle bir hüküm anonim şirketlere ilişkin yasada yer almamaktadır.

Türk hukukundaki ticaret şirketlerinin kuruluşuna ilişkin süreç dikkate alındığında, esas sözleşmenin hazırlanması, noterce onayı ve sicile tescil işlemlerinin 1-2 gün içinde gerçekleşmesi mümkün olduğundan^[66], ön ortaklığa ilişkin kuralların uygulanmasının, Alman hukukundaki kadar hukuken önem arz edeceği kanaatinde değilim.

4. Ön Şirketin Ehliyeti ve Temsili

Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) içtihatlarında ve bilimsel öğretide ön ortaklığa, hak ehliyetinin (*Rechtsfähigkeit*) yanı sıra, hukukî ilişkilere de tam olarak katılabilecek nitelikte birçok haklar bahsedildi^[67]. Bilimsel öğreti ve Federal Mahkeme'ye göre ön ortaklık;

- Dış ilişkilerde “*geçici hak ehliyetine*” (*vorläufige Rechtsfähigkeit*) sahiptir^[68] ve dolayısıyla;
- Borçlar hukukuna ilişkin sözleşme akdedebilir^[69],
- Taahhüt edilen sermayeyi iktisap amacıyla bankada bir hesap açtırabilir^[70] ve ticaret unvanına “*kuruluş halinde*” (*in Gründung- i.G.*) ibaresi eklenerek tapu siciline kaydedilerek taşınmaz iktisap edebilir^[71],
- Bir işletmenin sahibi olabilir^[72],
- Bir sermaye şirketinin kuruluşuna iştirak edebilir ve o şirketin kurucu ortağı olabilir^[73],

[66] Kural olarak normatif sistem benimsendiğinden, Bakanlık izni de Bakanlığın Tebliğinde öngörülen belirli anonim şirket tipleri için öngörülmektedir. Dolayısıyla kuruluş süreci oldukça kısadır.

[67] Ayrıntılı bilgi bkz. Pulaşlı, TTK Tasarısı Sempozyum, s. 445 vd., BGH 23.10.2006-II ZR 162/05. Bu kararın Türkçe çevirisi için bkz. Pulaşlı, H. Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk ticaret Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007, s.467 vd.

[68] Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a

[69] Örneğin sigorta sözleşmeleri için BGH BB 1990, 86 vd. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

[70] BGHZ 45, 338, 347. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a

[71] BGHZ 117, 326, BGH WM 1993, 108, 109. Würdinger, Konzernrecht, § 18, 4a. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

[72] Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4 ve dn.16'da anılan literatür. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a

[73] Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

- Bir şahıs şirketinin ortağı olabilir, özellikle limited & CO KG şirketinde, kişisel sorumlu ortak olabilir^[74].

Ön ortaklığa hak ehliyetinin yanı sıra ayrıca şu yetenekler izafe edilmektedir;

- Aktif ve pasif dava ehliyeti^[75],
- İflâs ve borç ödeme güçsüzlüğü (acz) yeteneği^[76],
- Bono ve çek keşide etme yeteneği^[77],
- Haksız fiil ehliyeti (BGB § 31)^[78].
- Tahkimde taraf olma ehliyeti^[79].
- Ayrıca *Schmidt* haklı olarak mevcut ilkelerden hareketle, Ön limited ortaklıkta, ortaklık sözleşmesi değişikliğinin yapılabileceğini, hisselerin eski Limited Şirket kanunu (*GmbHG*) § 15 hükmü uyarınca mirasla geçebileceğini ve hatta ortakların muvafakat etmesi halinde, devrinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir^[80].

Ön Şirketin temsiliyle ilgili olarak;

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, ön şirketi temsile yetkili olanların (*Vorstand*) yetkileri, kuruluş amacıyla sınırlıdır; diğer bir ifade ile, nakdî kuruluşta temsilcinin yetkisi, ön ortaklığın yalın geçici amacı nedeniyle, kuruluşla ilişkin zorunlu işlemler olan esas sözleşmenin noterlikçe onayı ve şirketin ticaret siciline tescili için yapılacak başvuruyla sınırlıdır. Aynı kuruluşta ise bunlara ek olarak, yetki kapsamına taahhüt edilen aynî değerlerin iktisabıyla ilgili zorunlu işlemleri içermektedir.

5. Ön Şirketin Süresi ve Tasfiyesi

Ön şirket TTK m. 335/1 hükmüne göre, “kurucuların, ... esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur”. Aynı durum, TTK m. 585/1 hükmü uyarınca limited şirketler için de geçerlidir. Ancak Kanun, ön

[74] BGHZ 80, 129, 132. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a

[75] BGH, DB 1998, 302, 303; OLG Köln, DB 2000, 866-867. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4 ve dn. 19'da anıla kararlar diğer literatür. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105.

[76] BayObLG, NJW 1965, 2257 ve Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105. Schmidt, Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a. Pulaşlı, TTK Tasarısı Sempozyum, s. 446

[77] Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. Raiser, Kapitalgesellschaften, § 26, N. 105.

[78] OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 637, 638. Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4. 65 BGHZ 117, 323, (327). Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

[79] BGHZ 117, 323, (327). Jäger, Aktiengesellschaft, § 5, N. 4.

[80] Aktiengesellschaftsrecht, 2. Aufl. § 34, N. 3a ve dn. 58'de anılan literatür; ayrıca Pulaşlı, TTK Tasarısı Sempozyum, s. 447.

şirketin süresinin ne kadar olacağına ilişkin özel bir hüküm içermemekle birlikte, dolaylı olarak bazı maddelerden sonuç çıkarılabilmektedir. Şirketin ticaret siciline tescil ve ilanı ile ilgili olarak 354/1 hükmünde; şirket esas sözleşmesinin tamamının, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izniyle kurulacak olan anonim şirketlerde izin alınmasını, diğer şirketlerde 335 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca **şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde** şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunacağı öngörülmektedir. **Ancak Kanun'da, şirketin 30 gün içinde sicile tescil edilmemesinin sonucuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.** İkinci düzenleme, pay bedellerinin kuruculara geri verilmesine ilişkin 345. maddenin 2. fıkrasıdır. Buna göre, *“şirket, 335'nci maddenin birinci fıkrasında öngörülen noter onayı tarihinden itibaren, üç ay içinde tüzel kişilik kazanamadığı takdirde, bu hususu doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, bedeller banka tarafından sahiplerine geri verilir”*, denildiğinden, **ön şirketin süresinin en fazla “üç ay” olduğu sonucu varılmaktadır. Fakat m. 354/1 hükmündeki, şirketin sicile tescili için öngörülen 30 günlük süre ile m. 345/2 hükmündeki, şirketin sicile tescil süreleri ve aynı zamanda tüzel kişilik kazanamamasına ilişkin 3 aylık süre uyum içinde değildir.** Dolayısıyla, bu iki maddenin düzenleme alanları farklı olmakla birlikte, her ikisinde de, şirketin tescili düzenlenmekte, ancak 345/2 hükmünde, tescilin sonucu da belirtilmektedir. Bu bakımdan iki maddedeki süreler arasında bir uyumsuzluğun olduğu açıktır.

Kanımcı, ön şirketin yaşamıyla ilgili sürenin tespitinde TTK m. 345/2 hükmünün esas alınması gerekir. Çünkü m. 354/1 hükmünde öngörülen 30 günlük süreye uyulmamanın bir yaptırımı yoktur. Bu bakımdan, **kurulacak anonim şirketin esas sözleşmesi noter onayından itibaren üç ay içinde ticaret siciline tescil ettirilmediği takdirde, anonim şirket tüzel kişilik kazanamayacak ve esas sözleşmenin yazılı olarak hazırlanıp kurucular tarafından imzalanmasıyla oluşan ön şirket de bu durumda sona ermiş olacaktır.** Hemen belirtelim, kanun koyucu, 345. maddenin 1. fıkrasında, kurucular tarafından taahhüt edilen pay bedellerinin nereye ve ne miktarda ödenmesi gerektiği hususlarını düzenlemekte; ikinci fıkrada ise, **şirketin üç ay içinde tüzel kişilik kazanamaması halinde, kanun veya esas sözleşme uyarınca kısmı veya tam olarak ödenmiş pay bedellerinin kuruculara geri verilmesini hükme bağlamaktadır.** Ancak, kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken, ön şirketi ve bunun sona ermesine ilişkin hukuki sonuçları düşündüğünü söylemek mümkün değildir. Çünkü kuruluşta, kurucuların kurulacak şirket adına bir takım işlemler yapması suretiyle, ön şirketi yükümlülük altına sokması gayet doğaldır. Her ne kadar, kuruluşta yapılan işlemlerin, tescilden sonra üç ay içinde yönetim kurulu tarafından kabul edilmesi halinde, bunları şirketin borçlanacağı öngörülse de (6102 sayılı TTK m. 355/2), şirketin sicile

tescil edilmemesi veya tescilin reddedilmesiyle tüzel kişiliğin kazanılamaması halinde, ön şirket, tabi olduğu anonim veya limited şirkete ilişkin yasal hükümlere göre tasfiye edilmeden, kuruluştaki Kanun'da öngörülen kısmı veya tamamı ödenmiş olan pay bedellerinin kurucu ortaklara iade edilmesi, tasfiye kurallarıyla bağdaşmaz. Hatta ön şirketin üçüncü kişilerle bir hukuki işlem yapmaması halinde bile, Alman hukukunda açıkça ve İsviçre hukukunda da örtülü olarak, ön anonim şirketin tabi olduğu yasal kurallara uygun olarak tasfiyesinin yapılması gerektiği görüşü benimsenmektedir^[81].

IV. ÖNERİLMEME MUHATAP OLMA HAKKI VE BUNUN LİMİTED ŞİRKETLERE UYGULANMA OLANAĞI SORUNU

1. Kavram

Önerilmeye muhatap olma hakkı, 6102 sayılı TTK'ye kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun m. 653/c hükmünden alınmış olup yeni bir paysahipliği hakkıdır. Söz konusu maddenin kenar başlığı, "*paysahiplerinin korunması*" şeklindedir. **Önerilmeye muhatap olma hakkı** (*Vorwegzeichnungsrecht*) halka açık anonim şirketlerin şarta bağlı sermaye artırımında çıkardığı "*değiştirme ve alım hakkını içeren borçlanma senetlerinin ihracında, kaynak yasadaki ifadesiyle paysahiplerine sermaye katılma payları oranında bu senetlere öncelikle iştirak taahhüdünde bulunma hakkı*" tanınmasıdır^[82]. Almanca kavram "*Zeichnung*", kurucuların kurulacak şirkete nakit veya aynî olarak belirli şeyleri vermeyi taahhüt etmeleridir^[83].

Alman hukukunda, şartlı sermaye artırımında (*bedingte Kapitalerhöhung*) söz konusu olan "*önerilmeye muhatap olma hakkı*" İsviçre hukukundaki kavramdan farklı şekilde ifade edilmektedir. Alman Anonim Şirketler Kanunu (AktG § 192 hükmünde düzenlenmiş olan önerilemeye muhatap olma hakkı, "*değiştirme hakkı*" (*Umtauschrecht*) kavramı ile ifade edilmekte ve şartlı sermaye artırımında paysahiplerine, şirketin çıkardığı "*Bezugsaktien*", yani "*yeni pay hakkı olarak çıkarılan hisse senedini*" alma hakkı verilmektedir. AktG § 192/5 hükmünde, rüçhan hakkına ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde "*değiştirme hakkı*" olan (*Umtauschrecht*) uygulanacağı öngörülmektedir.

Önerilmeye muhatap olma hakkı, endirekt olarak şirketin paylarını alma olanağı vermektedir. Şöyle ki; halka açık ve kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir anonim şirket, şarta bağlı sermaye artırımını yapmakta ve değiştirme ve alım hakkı

[81] BGH 28.11.1997 - V ZR 178/96, ZIP 1998, 109.

[82] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar, Batider, C. XXV, Yıl: 2009, Sa. 2, s. 37 vd.

[83] Bkz. Forstmoser / Meier – hayoz / Nobel, § 14, 13.

içeren borçlanma senetleri ihraç etmekte ve bu borçlanma senetlerinin tutarı kadar da “*rezerve pay senetleri*” anlamında “*stok pay senetleri*” (Vorrataktien)^[84] çıkarılarak yönetim kurulu nezdinde muhafaza edilmektedir. Ancak payların kaydileştirilmesi halinde fiziki olarak hisse senedi çıkarılmasına gerek yoktur. Bu durumda, ancak bu nitelikteki borçlanma senetlerine veya tahvillere sahip olanlar, opsiyon haklarını ya senedin ana para artı faizini ya da bunun yerine hisse senedini talep edebilme olanağına sahiptirler. Dolayısıyla, şarta bağlı sermaye artırımında ihraç edilen değiştirme ve alım hakkı senetlerine bağlı olan “*önerilmeye muhatap olma hakkı*”, hisse senedini edinilmesi hususunda bir araç olmaktadır. İşte bu hak, şarta bağlı sermaye artırımlarında rüçhan hakkının yerine yasal olarak ikame edilen bir hak olup, paysahiplerinin mevcut sermaye oranı, buna bağlı oy gücü ve malvarlığı hakları bununla korunmaktadır.

Bu bakımdan Kanun'da, “*önerilmeye muhatap olma hakkı*” yerine, “**değiştirme ve alım hakkı içeren borç senetlerini öncelikle alma hakkı**” kavramı kullanılmış olsaydı, kanımca daha uygun ve daha anlaşılır olabilirdi.

2. Önerilmeye Muhatap Olma Hakkının Limited Şirketlerde Uygulama Olanağı

Halka açık anonim şirketlerde, şarta bağlı sermaye artırımında uygulanan önerilmeye muhatap olma hakkının, limited şirketlerde uygulama olanağı var mı sorusuna gelince: 6102 sayılı TTK'de birçok maddelerinde yer aldığı görülmektedir. Örneğin 577/1-b'de, şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla, bağlayıcı olan hükümlerde; 587/1-j hükmünde, ticaret siciline “*tescil ve ilan edilecek*” hususlarda; 593/2'de, limited şirketin çıkaracağı nama yazılı pay senetlerinde, ek ve yan ödeme yükümü yanı sıra şirket “*önerilmeye muhatap olma hakkı*”nın da açıkça belirtileceği; 616/2-b hükmünde, önerilmeye muhatap olma hakkının genel kurulun devredilemez yetkileri arasında yer aldığı ve ancak onun kararıyla kaldırılabilceği öngörülmektedir. Ancak, TTK'ye kaynaklık eden İsviçre Limited Şirketler Kanunu'na baktığımız zaman, önerilmeye muhatap olma hakkının aynı konuları düzenleyen İsviçre BK m. 776a; 777a ve 804/2 hükümlerinde, önerilmeye muhatap olma hakkı “*Vorwegzeichnungsrecht*”in değil, “*öncelikle alım hakkı*” olan “*Vorhandrecht*”in yer aldığı görülmektedir^[85]. Dolayısıyla, şarta bağlı sermaye artırımında çıkarılan değiştirme ve alım haklarını içeren borçlanma senetlerinin, öncelikle paysahiplerine teklif edilmesine ilişkin hak ile sadece paysahipleri arasında akdedilen ve bir paysahibinin payını satmak istediğinde, bunu öncelikle diğer paysahiplerine önerme yükümünü içeren öncelikle alım hakkı tamamen farklı kavram ve kurumlardır. Ayrıca daha da

[84] Bu senetler hakkında bkz. Pulaşlı, Batider, C. XXV, Sa. 2, s. 51 ve dn. 21 de anılan İsviçre literatürü.

[85] Bu hakkın tanımı ve kapsamı için bkz. Pulaşlı, Batider, C. XXV, Sa. 2, s. 53 ve dn. 27 de anılan İsviçre literatürü.

önemlisi, limited şirketlerin şarta bağlı sermaye artırımını yapması ne İsviçre ne de TTK sisteminde mümkündür. Çünkü hem İsviçre hukukunda hem de TTK’de, şartlı sermaye artırımını sadece anonim şirketlerin yapabileceği öngörülmektedir. (İsv. BK m. 653/c-1; **6102 sayılı TTK m.463/1**). **Limited şirketlerin şartlı sermaye artırımını yapmasının hukukten mümkün olmamasının temeli, Sermaye Piyasası Kanunu’na (SerPK) dayanmaktadır.** Gerçekten de SerPK m. 3h hükmünde “*ihraççıların, anonim ortaklıklar, özelleştirme kapsamına dâhil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ve bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler*” olduğu öngörülmektedir. Aynı şekilde, SerPK m. 4/1 hükmünde, ihraç veya halka arz olunan sermaye piyasası araçlarının Kurul’a kaydettirilmesinin zorunlu olduğu öngörüldüğünden, limited şirketlerin sermaye piyasası araçları ihracı da söz konusu olmadığı gibi, borsaya kote olmaları da hukukten mümkün değildir. Kaldı ki, limited şirketlere uygulanacağı öngörülen anonim şirkete ilişkin hükümlerde, şartlı sermaye artırımını düzenleyen 463. maddeye de yollamada bulunulmamaktadır. Sonuç olarak, limited şirketlerle ilgili, yukarıda anılan hükümlerde öngörülen “*önerilmeye muhatap olma hakkı*”nın (*Vorwegzeichnungsrecht*), payların devrinde diğer pay sahiplerine öncelikle teklif edilmesi (*Vorhandrecht*) olarak anlaşılması ile ortaya çıkacak muhtemel sorunlardan kaçınılmış olunacaktır.

6102 SAYILI TTK'NIN GENEL HÜKÜMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. H. Ayça BAĞCIVAN YARKIN*

* Ankara Barosu – Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi.

Değerli katılımcılar hepiniz hoşgeldiniz.

13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilerek 14 Şubat 2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecektir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile ticari hayatla ilgili birçok yeni düzenleme yapılmıştır. Bu yeni düzenlemelerin yapılması gerekliliğini ortaya çıkaran bir çok faktör vardır.

- Elektronik işlemler,
- Güvenli elektronik imza kullanımı,
- Teknoloji ve internetteki hızlı gelişmeler,
- Küreselleşme sürecinde uluslararası piyasaların bir parçası olmamız,
- AB uyum süreci ve
- Ticaret Kanunu’nu etkileyen yeni kanunların yapılmış olması ticari hayatın kurallarının yeniden düzenlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Bugün değerli hocalarımız ve meslektaşlarımız ticari işletme-deniz ticareti hukuku, sigorta hukuku, ticari defterlerin ispat gücü, şirketler hukuku, ticari davalarda iş bölümü ve elektronik ticaretin düzenlenmesi hakkında kanunun tasarısı konularında ayrıntılı olarak sizlere sunum yapacaklardır. Bense sizlere bu konu da genel bir çerçeve çizmeye çalışacağım.

Belirmek isterim ki; Ticaret Kanunu’nda en kapsamlı değişiklikler az önce saydığım ve sempozyumun bugünkü konusunu oluşturan alanlarda yapılmıştır.

1-Şirketler hukukunda, oldukça kapsamlı ve yeni düzenlemeler göze çarpmaktadır. Sermaye, birleşme, bölünme, tür değiştirme, şirketler topluluğu, kollektif ve komandit şirketler, anonim şirketler, limited şirketler, özellikle denetleme ve şeffaflığın sağlanması ve elektronik ortamda işlem yapılabilmesi konularında kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

Müşterek avarya ile ilgili hükümler ancak geminin anılan Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra başladığı yolculuklara uygulanacaktır. Daha önce başlamış yolculuklar, 6762 sayılı Kanun’a tabi olmaya devam edecektir. TTK’nin 1328 ila 1349. maddeleri bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanacaktır. Ancak bir takım uluslararası sözleşmeler istisna tutulmuştur.

Tek ortaklı anonim ve limited şirket kurulmasına imkan tanınmış, bağımsız dış denetim mekanizması getirilmiş, gerçek ile tüzel kişi tacirlerin Türkiye Muhasebe Standartları’na (TMS) tâbi olmasını öngören, finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Kanun’un Türkiye Denetim Standartlarının belirlenmesine yönelik Geçici 2. ve denetçilerin denetimine yönelik Geçici 3. maddeleri, Kanun’un yayım tarihi olan 14 Şubat 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sermaye şirketlerine internet sitesi açma zorunluluğunu veya internet sitesi zaten mevcutsa, internet sitesinde hangi hususların yayımlanmasının zorunlu olduğunu düzenleyen 1524. madde, 1 Temmuz 2013 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Gerçek ile tüzel kişi tacirlerin Türkiye Muhasebe Standartları'na (TMS) tâbi olmasını öngören finansal raporlamaya ilişkin düzenlemeler ile anonim şirketlerin denetlenmesine ilişkin 397 ilâ 406. maddeler ise 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren yürürlüğe girecektir.

2-6102 sayılı Kanun ile ticari defterlerin ispat gücüne ilişkin de değişiklik yapılmıştır. Artık pekçok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle de pek bağdaşmayan ticarî defterlerle ispat usulüne son verilmiştir. Ticarî defterler, doğal olarak, mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce açılan ve görülmekte olan davalarda eski yasa hükümleri uygulanacaktır. Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdiği tarihten sonra olsa bile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde öngörülen 60 günlük ek süre içinde açılacak davalara da bu hüküm uygulanacaktır.

3- Ticarî işletme kavramı yeni yasa ile tanımlanarak ve somutlaştırılarak varlığını devam ettirmiştir.

Ticarî işletmeyi düzenleyen TTK m. 11/2 fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılınca kadar yürürlükteki düzenlemeler uygulanacaktır.

4-Deniz ticareti alanında yine reform niteliğinde düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerdeki genel amaç uluslararası sözleşmelere uyum sağlamaktır. Başlıklar halinde bu değişikliklere değinecek olursak;

Gemi, gemi donatısı, Türk bayrağı çekme hakkı, donatma iştiraki, kaptan, deniz ticareti sözleşmeleri, gemi kira sözleşmeleri, zaman charteri sözleşmeleri, navlun sözleşmeleri, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri, deniz kazaları, gemi alacakları gemi ihtiyatı haczi, müşterek avarya, sorumluluğun paylaşılması, petrol kirliliği zararının tazmini konularında yeni düzenlemeler yapılmıştır.

5-Sigorta hukuku alanında yapılan değişiklikler ile ülkemizin ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler yapmak, eski Kanun'un uygulamada ortaya çıkardığı sorunları gidermek ve uygulamada sorun yaratmayan hükümlerin korunması amaçlanmıştır. Bu kapsamda;

Tüketiciyi aydınlatma açıklaması, özel sigorta türleri, kara ve deniz sigortaları, sorumluluk sigortaları ve can sigortaları konusunda düzenlemeler yapılmıştır.

Eski Kanun yürürlükte iken yapılmış ve hüküm ifade etmeye başlamış olan sigorta sözleşmelerine 1 yıl süre ile eski Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak bu süre içerisinde sigorta ettireni sigortalıyı ve lehtarını koruyan hükümler açısından yeni Kanun uygulanacaktır.

Bu genel bakıştan sonra sizleri, değerli konuşmacılarımızın sunumlarıyla başbaşa bırakıyorum.

6102 SAYILI TTK'DA TİCARİ İŞLETME – SİGORTA HUKUKU

Prof. Dr. Aynur YONGALIK*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Sayın Başkan çok teşekkür ediyorum. Özellikle şahsımla ilgili söylemiş olduğunuz sözler beni onurlandırmıştır. Bütün meslektaşlarıma güzel bir gün geçirmelerini dileyerek, sözlerime başlamak istiyorum. Ancak izniniz olursa, biraz da hocalık sıfatımdan yararlanarak, tebliğime başlamadan önce bir noktaya temas etmek isterim. Ben Adliye'ye çok fazla gelen bir öğretim üyesi değilim. Bu konferans salonuna geldiğim zaman, açıkçası, hele de böyle bilimsel bir toplantının/toplantıların düzenlendiği salonun girişinde, takı satışı yapılıyor olması, benim çok dikkatimi çekti. Ben bir konferans salonunun önünde takı satışı yapılmasına nazaran, kitapların sergilenmesini, dolayısıyla -birazda erken gelmiştim- takı yerine kitapları incelemeyi tercih ederdim. Bilemiyorum aramızda bu konularda söz sahibi olabilecek kişiler var ise, zannediyorum bu konuyla ilgilenenlerdir diye düşünüyorum.

Evet, Sayın Başkan da belirtti, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında bulundum. Hatta akademik anlamda Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek olan Türk Ticaret Kanunu ile birlikte büyüdüm, diyebilirim. Ben henüz yardımcı doçent iken, 2000 yılı Nisan ayında çalışmalarına başlayan Komisyona katılmaya başlamıştım. Ondan sonra doçentlik çalışmalarım araya girdi, bu nedenle Komisyon çalışmalarını, çok istememe rağmen, maalesef fazla takip edemedim. Türk Ticaret Kanunu Hazırlama Komisyonu çalışmalarını 2005 yılında tamamladı, 2008 yılında Tasarı TBMM'de görüşülmeye başlandı ve ilk 71 maddesi kabul edildi. Ondan sonra araya bütçe görüşmeleri girdi ve yaklaşık iki yıl, yarım kalan görüşmelere devam edilmedi. Bu arada da ben profesörlük çalışmalarımı tamamlama olanağı buldum. Elbette ki kanunların hazırlanmasında bu uzun süreler bizi çok rahatsız etmiyor. Yakın tarihlerde Avusturya Ticaret Kanunu, "*İşletmeler Kanunu*" adıyla bir değişiklik geçirdi. 2001 yılında oluşturulan, dört kişilik bir komisyon tarafından hazırlanan Kanun Tasarısı, 2003 yılından 2005 yılına kadar tartışmaya açılmış ve nihayet 2007 yılı itibarıyla de yürürlüğe girmiştir.

Kanun tasarıları üzerinde tartışmak, toplantılar düzenlemek, kanunların çok daha iyi bir şekilde kabul edilmesi ve yürürlüğe girebilmesi bakımından gerçekten gereklidir. Bu konuda Sayın Başkan'ın söylediklerine kısmen katılmadığımı belirtmek isterim. Zira bizim Komisyon'dan çıkan metin üzerinde zannediyorum ki, dikkate değer çok fazla değişiklik yapılmadı. Belki yapılmadı, bilemiyorum. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak da pek çok toplantı düzenlendi ve yayın yapıldı. Bunlarda elbette pek çok eleştiri de dile getirildi ve halen de getirilmeye devam ediyor. Şu anda yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu, Prof. Dr. Hirsch tarafından hazırlanmıştır. Bizim Komisyonumuz ise, -Kalpsüz Hocam da iştirak edecektir diye düşünüyorum- çok kalabalık bir Komisyondur. 20, 30, 40 kişinin katıldığı bu tür kalabalık komisyonlarda yeterince, görüşlerin ileri sürülebilmesi veya onların anlatılabilmesi, tartışılması, oylanması ve onaylanması güç olabiliyor. Bu şekilde bir kanun

hazırlama komisyon sistemine de, belki daha sonraki çalışmalarda, daha makul sayılarla sınırlandırılarak, devam edilmesi uygun olacaktır, diye düşünüyorum.

Sayın Başkanın da belirttiği gibi, ticari işletme gerçekten Ticaret Kanunumuzun temel kavramı olarak kabul edilmiştir. Neden bu şekilde söylüyoruz? Çünkü genel olarak ticaret kanunlarının hazırlanmasına hâkim olan sistemler açısından bakıldığında, ticari işletmeyi esas alan bir Ticaret Kanunumuz var. Benimsenmiş olan bu yaklaşımın, 1956 yılı itibarıyla çok ileri bir yaklaşım olduğunu da belirtmemiz lazım, zira örneğin, tacir kavramını esas alan, yani sübjektif sistemi benimseyen ticaret kanunları -işte Avusturya bunlardan bir tanesiydi ve Almanya ile paralel olarak sübjektif sistemi benimseniyordu- değişiklikler geçiriyor. Bu alanda yaşanan son gelişmelere baktığımız zaman -özellikle de Avrupa Birliği kapsamında- ticaret hukukunun iki kavram etrafında şekillendirilmeye çalışıldığını görüyoruz. Bir tanesi “*işletmeci*” kavramı, diğeri ise karşı tarafta yer alan “*tüketici*” kavramı. Bu iki grup arasında menfaatler dengesinin oluşturulması ve bunun korunmasına yönelik bir yaklaşım, giderek hakim olmaya başlıyor. Avusturya Ticaret Kanunu’nun, İşletmeler Kanunu adını alması bu açıdan çok ilginçtir. Bu değişikliği ilginç kılan bir başka nokta, Avusturya’nın mevzuat ve düzenlemeler açısından genellikle Almanya’yı takip eden bir ülke olmasına rağmen bu kez Almanya’dan önce Ticaret Kanunu’nun adını da değiştirerek İşletmeler Kanunu haline getirmiş olmasıdır. Burada, işletme kavramının bizdeki ticari işletme kavramından biraz daha geniş anlaşıldığını, bu anlayışa paralel olarak da tacir kavramının etkisini yitirdiğini, yavaş yavaş onun yerine işletmeci kavramının geçtiğini görüyoruz.

Öncelikle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, şu anda ki sistemden farklı bir sistemin benimsenmediğini söylemek isterim. Ticari İşletme yine temel kavram olarak alınmıştır. Ticari iş, ticari hüküm, ticari dava gibi kavramlar, ticari işletme kavramına bağlı olarak tanımlanmıştır. Fakat şu anda yürürlükte olan Ticaret Kanunu’nda, hakim olan ve karma bir sistemi işaret eden, yani taciri de esas alan bazı hükümlere, aynen yürürlüğe girecek olan Kanun’da da yer verildiğini görüyoruz. Dolayısıyla 2012 sonrasında da Türk Ticaret Kanunu’nda karma bir sistemin hakim olacağını söylemek, yanlış olmayacaktır.

Konuşmamda öncelikle, Türk Ticaret Kanunu’nun Birinci Kitabı olarak karşımıza çıkan “*Ticari İşletme Kitabı*” kapsamında önemli sayılabilecek değişiklikleri sizlerle paylaşmaya çalışacağım. Ticari işletmenin temel kavram olarak kabul edilmiş olmasına rağmen yürürlükteki Ticaret Kanunu’nda, bir ticari işletme tanımına yer verilmemişti. Biz bu tanıma Ticaret Sicili Tüzüğü’nün 14. maddesinin II. fıkrasından çıkartmaktaydık. Türk Ticaret Kanunu’nun 11. maddesinde yer alan “*ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen sair yerler, ticari işletme sayılır*” şeklindeki düzenleme ise, beraberinde peki ticarethane nedir? Fabrika nedir? Ticari şekilde işletilen sair müesseseler nedir? sorularını getiriyordu. Bu soruların yanıtı da, Türk Ticaret Kanunu’nun 12. ve 13. maddelerinde

verilmekteydi. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinde ise, ticari işletmenin “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*” şeklinde tanımlanmış olduğunu görüyoruz. Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 14. maddesinde yer alan tanımın esas alındığını söyleyebiliriz. Ticaret Sicili Tüzüğü'nde olmayan ve ancak ticari işletme tanımında yer alan bağımsızlık unsurunun ise, doktrinin, kaynak İsviçre'deki düzenlemeden hareketle kabul ettiği bir unsur olarak, tanıma eklenmiş olduğu görülmektedir. Elbette ki ticari işletme için bir tanım verildiğinde, yani fabrika, ticarethane ve ticari şekilde işletilen sair müesseseler ticari işletmedir, şeklindeki sayma yönteminden uzaklaşıldığında, şu anda yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun bu sayılanları tanımladığı ve düzenlediği 12. ve 13. maddelerine de ihtiyaç kalmayacağından, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bu maddelere yer verilmediği görülmektedir. Bakıldığında, -şimdi olduğu gibi- 2012 sonrasında da tacir ve esnaf arasındaki ayırım, Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak bir kararname ile belirlenecektir.

Ticari işletmeye ilişkin yine aynı madde de getirilen önemli bir değişiklik, ticari işletme için bütünlük ilkesinin kabul edilmiş olmasıdır (m. 11/III). Ticari işletmeye hukuki nitelik olarak bakıldığında, tüzel kişiliği yok, özel bir mal varlığı görüntüsü de vermiyor, peki nedir o zaman? Ticari işletme, ekonomik değeri haiz çeşitli unsurların bir araya gelmesinden oluşan ekonomik bir bütünlük olarak kabul edilmekteydi. Baktığımız zaman buna hukuki boyutun eklenmiş olduğunu ve ticari işletmenin aynı zamanda, hukuki bir bütünlük olarak kabul edildiğini görüyoruz. Zira, ticari işletmenin devrine ilişkin olarak getirilen düzenleme ile artık ticari işletmeyi oluşturan unsurların tasarruf aşamasında teker teker tabi oldukları şekillere riayet edilmeksizin, tek bir sözleşme ile bir bütün olarak devri mümkün kılınmıştır. Bu devir, sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekecektir ki, bu bir sıhhat, yani geçerlilik koşuludur. Dolayısıyla, bir bütün olarak ve yazılı bir sözleşme ile ticari işletmenin devri mümkün olacaktır. Tabi bu devrin ticaret siciline tescil ve ilan da gerekmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, 11. maddenin III. fıkrasındaki düzenlemeye, Hükümet Tasarısı'nda olmayan ve Adalet Komisyonu'nda yapılan bir ekleme dikkatimizi çekmektedir. Şöyle ki, Hükümet Tasarısı'nda sadece devir sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılacağı ve tescil-ilan edileceği düzenlenmiş iken, Adalet Komisyonu'nda madde “*bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır; ticaret siciline tescil ve ilan edilir*” şeklini almıştır. Böylece fıkranın, yani şeklin kapsamı devir yanında, ticari işletmenin bir bütün olarak konu oluşturacağı, örneğin kira, rehin gibi sözleşmeleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Benim kişisel düşüncem, özellikle de ticari işletme rehni açısından, Adalet Komisyonu'nda yapılan bu değişikliğin metodolojik bir tartışma yaratabileceğidir. Ticari işletme rehni, 1971 tarihli özel bir Kanun ile “*Ticari İşletme Rehni Kanunu*” ile düzenlenmektedir. Bu Kanuna göre ticari işletme

rehni sözleşmesinin noter tarafından res'en gerçekleştirilmesi ve ticaret siciline tescili gerekmektedir. Durum böyle olunca, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme Rehni Kanundaki şekle ilişkin düzenlemelerde bir değişiklik yaratacak mıdır? sorusu sorulabilecektir, zira Temmuz 2012 sonrasında yeni tarihli bir kanunla karşı karşıya kalacağız. Bu olası soruna ilişkin, genel kanun, özel kanun ilişkisi herhalde Türk Ticaret Kanunu ile Ticari İşletme Rehni Kanunu arasında kurulacak ve metodolojik açıdan genellikle kabul edilen *“yeni tarihli bir genel kanunda –açıkça belirtilmiş olmadıkça– eski tarihli özel bir kanunda değişiklik yapamaz düşüncesi”* doğrultusunda bir sonuca ulaşılacaktır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun tüzel kişi tacirleri düzenleyen 16. maddesine, *“ticari işletme işleten vakıfların”* da eklenmiş olduğunu görüyoruz. 16. maddenin II. fıkrasında ise, gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, kamuya yararlı derneklerle aynı statüye tabi tutulmuştur. Kanımca, vakıflara ilişkin bu düzenlemenin uygulanmasında, *“gelirinin yarısı”* ile *“kamu görevi”* kavramları ve bunların somutlaştırılması, özellikle de kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımı açısından değerlendirilmesi ihtiyacı hissedilecektir, diye düşünüyorum.

Tacir olmanın hükümleri başlığı altında, tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi feshetmek veya sözleşmeden rücu etmek amacıyla yapılacak ihtar ve ihbarları belirli şekle tabi kılan ve yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesine karşılık gelen 18. maddeye de değinmek isterim. Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinde; ihtar ve ihbarların noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılabileceği düzenlenmektedir ve bunlar sıhhat, yani geçerlilik koşulu olarak aranmaktadır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bu maddeye karşılık gelen 18. maddesinin son fıkrasında *“geçerli olabilmesi için”* ifadesinin çıkartılmış olduğunu görüyoruz. İlgili Madde Gereğesinde de bu değişikliğe dikkat çekilmiş ve artık bu maddede aranan şekil koşulunun geçerlilik değil, ispat koşulu haline getirildiği belirtilmiştir. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda geçen *“iadeli taahhütlü mektup”* ifadelerinden 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda *“iadeli”* ifadesi tamamen çıkartılmış, sadece *“taahhütlü mektup”* ifadesi benimsenmiştir. Genel yaklaşım bu olmakla birlikte, örneğin Sigorta Kitabında halen iadeli taahhütlü mektubun muhafaza edilmiş olduğu da görülmektedir (m. 1434/III). Ayrıca bilgisayarın hayatımıza girmiş olmasının ve güvenli elektronik imza uygulamasının da etkisiyle *“güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi de”* bu saydığımız şekillere eklenmiştir. Kısaca KEP olarak da adlandırılan ve hukuk hayatımıza girmiş bulunan, Elektronik Haberleşme Kanunu'nda tanımlanmış, kayıtlı elektronik posta sistemi ile ilgili olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1525. maddesinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na bir görev verilmiştir. Bu Kurum çalışmalarına başlamış olup, KEP konusunda 11.05.2011 tarihinde bir Yönetmelik Taslağı, 31.05.2011

tarihinde de bir Tebliğ Taslağı hazırlanmış ve görüşe sunmuştur. Bir an önce bu kayıtlı elektronik posta sisteminin ülkemiz açısından uygulamaya konulması gerekmektedir.

Bunun dışında teyit mektubuna ilişkin 21. maddenin III. fıkrasında, telefonla, telgrafla ve sözlü olarak akdedilen sözleşmelere “*herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla*” yapılan sözleşmeler de eklenmiştir. Dolayısıyla artık herhangi bir iletişim veya bilişim aracı kapsamına, herhalde faksta girecek ve bu hüküm uygulama alanı bulabilecektir.

Baktığımız zaman Ticari İşletme Kitabı kapsamında, önemli değişiklikler içeren bir başka bölüm ticaret siciline ilişkindir. Bu konudaki değişikliklerde tabii ki Avrupa Birliği’nin özellikle –kısaca “*Alenilik Direktifi*” olarak da adlandırılan ve anılan – 68/151 sayılı Direktifi’nin etkileri görülmektedir. Bu noktada baktığımız zaman, ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmasına olanak sağlayan bir sistem 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, sicil kayıtlarına ilişkin olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde ortak bir veri tabanı oluşturulacak, onun dışında sicilin işleyişi de yine Sanayi ve Ticaret Bakanlığının çıkartacağı bir yönetmelikle düzenlenecektir.

Bu noktada karşı karşıya kaldığımız ilginç bir duruma da dikkati çekmek isterim. Zira Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek olan Türk Ticaret Kanunu’nun özellikle güvenli elektronik imzaya ve ticaret sicilinin, ticari defterlerin elektronik ortamda tutulmasına ilişkin hükümleri (m. 24, 64, 1526), 12 Nisan 2011 tarihi itibarı ile –halen yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu’nda yapılan değişikliklerle– yürürlüğe konulmuştur. İlginçtir, bu değişiklikler, bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair bir kanunla, yani –biz hukukçuların zannediyorum çok şikâyet ettiği– bir torba kanunla yapılmıştır. Özel güvenlik şirketlerinden, Futbol Federasyonu’nun oluşumuna ilişkin pek çok değişiklik hükmünün yer aldığı bir Kanun’un içerisinde, şu anda yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu’nun 28. ve 66. maddelerinde ticaret siciline ve ticari defterlere ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca güvenli elektronik imzaya ilişkin hüküm de ek bir madde olarak yürürlüğe konulmuştur. Baktığımız zaman tabii ki bu durum yasama süreci açısından da ilginç bir durum doğuracaktır, diye düşünüyorum. Zira 2012 de yürürlüğe girecek olan bir Kanun var ve orada yer alan düzenlemelerde, örneğin “*tüzükle düzenlenir*” diyor, ama Nisan 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren aynı hükümlerde ise “*yönetmelikle belirlenir*”, diyor. Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 24. maddesinin II. fıkrasında, “*ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar tüzükle belirlenir*”, denmektedir. Nisan 2011’de yürürlüğe giren aynı düzenlemede ise, “*yönetmelikle belirlenir*”, diyor. Dolayısıyla Temmuz 2012’ye kadar şu anda yürürlüğe girmiş olan düzenlemelerde yer verilen yönetmelikler çıkmış olacaktır. Peki, bu yönetmelikler hazırlanmışken, acaba 2012 sonrasında

bu yönetmelikler tekrar kaldırılacak ve yerine tüzükler mi hazırlanacak? Yoksa yürürlüğe girecek Kanun'da değişiklik yapılmıştır mı, diyeceğiz? Hakikaten buna yanıt vermekte ben zorlanıyorum.

12 Nisan 2011 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemelerden bir diğeri de 64. maddenin II. fıkrasıdır ki, şu anda yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun 66. maddesine eklenmiştir. Tacirin ticari işletmesiyle ilgili yapmış olduğu tüm işlemlere ilişkin her türlü belgenin fotokopi, karbonlu kopya, bilgisayar kaydı, mikrofiş, vb. bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlü olduğuna ilişkin bir hükümdür. Böylece, “*belge yoksa kayıt da yoktur*” ilkesinin benimsenmiş olduğu bir düzenleme yürürlüğe konulmuş olmaktadır.

Ticaret unvanı ve işletme adına ilişkin yeni düzenlemeler, yine Avrupa Birliği Direktiflerinin etkisini gösterdiği bir bölümdür. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 39. maddesinin II. fıkrasında, tacirin ticari işletmesi ile ilgili yapmış olduğu işlemlerde kullanacağı her türlü kâğıt ve belgede; tacirin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi, tacir sermaye şirketi ise taahhüt edilen ve ödenen sermayesi, internet sitesinin adresi ve numarasının gösterilmesi hükme bağlanmıştır. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, Temmuz 2012 sonrasında şahıs ve sermaye şirketleri ayrımı artık yasal olarak kabul edildiğinden, bu şirketleri kısaca sermaye şirketleri olarak adlandırabiliriz, Sırasıyla yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, müdürlerin ve yöneticilerin adları ile soyadları da gösterilecek, tüm bu bilgiler şirketin internet sitesinde de yayımlanacaktır. Aynı fıkra da ticaret unvanının ticari işletmenin görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde yazılması hükmü de aynen korunmuştur. Hemen belirtmek isterim ki, Komisyon çalışmaları sırasında hiç uygulanmayan bu hükmün çıkartılmasını talep etmiştim, ancak bu öneri kabul görmemiştir. En azından giriş cephesine yazılma ve herkes tarafından kolayca görülebilmek koşullarına artık yer verilmemektedir.

Bu konuda önemli bir değişiklik gerçek ve tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanlarının korunmasına ilişkin gerçekleştirildi. Şu anda yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nda gerçek ve tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanlarının korunma alanlarında, kapsam bakımından bir fark söz konusudur. Zira gerçek kişilerin ticaret unvanları sicil bölgesiyle sınırlı olarak korunurken, tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanları Türkiye çapında korunmaktadır (m. 43, 47). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 41 ve 45. maddelerinde yapılan değişiklikle, Temmuz 2012 sonrasında artık bu ayrımın ortadan kaldırılacağını ve her ikisi için de Türkiye çapında koruma getirildiğini görüyoruz. Bunun gerekçesi olarak da sicillerin artık elektronik ortamda tutulacak olması ve herkesin rahatlıkla takip edebilecek olması, gösterilmektedir. Dolayısıyla da gerçek kişilerin ticaret unvanlarının korunmasında, sicil bölgesiyle sınırlı tutulma ilkesinden vazgeçilmiştir. “*Ortak Hükümler*” kenar başlıklı 45. madde, “*bir ticaret unvanına...*” şeklinde başlatılmak suretiyle hem gerçek hem tüzel kişiler tarafından kullanılan ticaret

unvanlarına uygulanacak bir hüküm haline getirilmiştir. Bu hüküm, şu anda yürürlükte bulunan ve sadece tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanlarına ilişkin olan, bu nedenle de “2. Tüzel kişiler” başlığı altında d) bendi olarak yer alan ve “*bir hükmi şahsın ticaret unvanına...*” şeklinde başlayan 47. maddeye karşılık gelmektedir. Ancak 45. maddenin içeriğinde yapılan değişiklik karşısında, 45. maddenin halen d) bendi olarak muhafaza edilmiş olmasını kanun yapma tekniği açısından sistematik bir yanlışlık, hatta bir unutkanlık olarak nitelendirmek gerekir. Dolayısıyla hem gerçek hem tüzel kişileri kapsayan bu hükmün artık d) bendi olarak değil de, “3. Ortak Hükümler” şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacak ve olası tartışmaları ortadan kaldıracaktır.

Ticaret unvanlarına tecavüz edilmesi durumunda yine şu anda ki Kanunumuzun 54. maddesinde olduğu gibi, genel haksız rekabet hükümlerinden farklı olarak, özel bir korumanın 52. maddede düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. Özellikle de çeşitli kanun hükmünde kararnamelerle tanınmış olan tespit, yasaklanma, imha vb başvuru olanaklarının da eklenmiş olduğunu belirtmeliyiz. Ayrıca, bugün için doktrinde kabul edilen, maddi tazminat olarak mahkemenin, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedilebileceği hükmü de, artık açıkça 52. maddede düzenlenmiştir.

Bunun dışında yine önemli değişiklikler, şu anda yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu’nun 56 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan, Temmuz 2012 sonrasında ise 54 ve devamı maddelerinde yer alacak, haksız rekabet konusunda görülmektedir. Bu değişikliklerde de, Avrupa Birliği’nin 2002/8 sayılı Direktifi etkili olmuştur. Haksız rekabet tanımından vazgeçilmiş, bunun yerine “*amaç ve ilke*” kenar başlığı altında 54. maddede amaç, “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*”, ilke ise “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde, haksız rekabete karşı sadece rakiplerin veya sadece tüketicilerin korunduğu bir yaklaşımın değil, onun ötesinde bütün katılanların haksız rekabete karşı korunma hakkına sahip olabilecekleri yaklaşımının benimsenmiş olduğunu görüyoruz. Bütün katılanlar ifadesi kapsamına elbette ki ekonominin bütün faktörleri, örneğin kamu da girebilecektir. Bunun dışında haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı belirlenmek istenmiştir. Haksız rekabet hükümlerinin amacının belirlenmesinde kullanılan “*dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı*”, yeni bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve 54. maddenin II. fıkrasında yer verilen ilke ile de bu kavram somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Onun dışında haksız rekabet sayılacak hallerin belirlenmesine ilişkin 57. maddeye karşılık gelen 55. maddenin kapsamının genişletilmiş olduğunu, tüketici kredileri, taksitli satışlar vb dahil edilmek suretiyle daha ayrıntılı bir düzenleme getirildiği görülmektedir.

Baktığımız zaman haksız rekabet dolayısı ile açılacak olan davaların düzenlendiği 56. maddeye, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası eklenmiştir. Bunun dışında dava açabilecekler kapsamına tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşları ile kamusal nitelikteki kurumlar da eklenmiş ve bunlara tazminat davaları hariç, tespit, men ve ref davalarını açma hakkı verilmiştir.

Yine haksız rekabetle ilgili olarak –usul hukukundaki kesin hüküm etkisine istisna oluşturan– 58. maddenin son fıkrası hükmü, 56. maddenin son fıkrası olarak kısmi bir değişiklikle korunmuştur. Şu anda men ve ref davaları sonucunda bir kimse aleyhine verilmiş olan hükmün, doğrudan doğruya veya dolayısıyla ondan elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunması mümkün iken, Temmuz 2012 sonrasında *“haksız rekabete konu malları doğrudan veya dolaylı bir şekilde ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur”* şeklinde uygulanacaktır. Buradaki değişiklik, *“ticari amaçla”* ifadesinin maddeye eklenmesi ile gerçekleştirilmiştir. Bu eklemenin söz konusu maddenin uygulama alanında bir daraltma sonucunu doğuracağı açıktır.

Ticari defterler konusunda, 2012 sonrasında, Türkiye Muhasebe Standartları etkisini gösterecektir (m. 64 vd). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 64. maddesinin III. fıkrasının son cümlesi de, 12 Nisan 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Buna göre Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları ile bu defterlerin nasıl tutulacağı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı'nın müştereken hazırlayacağı bir tebliğle düzenlenecektir. Onun dışında uygulamada tartışma yaratan, görüş ayrılıklarına neden olan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri, genel kurul toplantısında müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterlerin de açıkça ticari defter oldukları hükme bağlanmıştır (m. 64/IV). Bu konuda önemli bir değişiklik ticari defterlerin delil olmasına ilişkin yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na alınmamış olmasıdır. Ağır eleştirilere uğrayan bu eksiklik, Türk Ticaret Kanunu'ndan daha önce, Ekim 2011'de yürürlüğe girecek olan, yeni adıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na, defterlerin delil gücüne ilişkin şu anda yürürlükte bulunan düzenlemeye paralel bir hükmün dahil edilmesiyle giderilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tamamlayıcı yemine ise, yer verilmemiştir (m. 222).

Ticari İşletme Kitabı kapsamında tacir yardımcılarında acenteliğe ilişkin değişiklikler dikkat çekmektedir. Bu konuda da yine Avrupa Birliği'nin 86/653 sayılı Direktifi etkili olmuştur. Şu anda yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu'nun 100 ila 115. maddeleri arasında düzenlenmiş olan ticaret işleri tellallığı ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Bu değişikliğin gerekçesi olarak, Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin varlığı ve

yeterli görülmesi, gösterilmektedir. Borçla Kanunu da değişti biliyorsunuz, o da Türk Borçlar Kanunu adı ile Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek. Orada tellallık değil de, simsarlık terimi kullanılmıştır. Böylece “*tellal*”, Temmuz 2012 sonrasında artık kanuni bir terim olmayacaktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun eleştiri alan yaklaşımlarından birisi de bu konudur. Aslında devamlı yapılma noktasında ticaret işleri tellallığına ilişkin hükümler korunabilir ve ancak uygulaması olmayan, bordro verme yükümlülüğü gibi bazı hükümler kaldırılabilirdi. Bu değişikliğin uygulamada sorun çıkartıp çıkartmayacağını elbette zaman gösterecektir.

Bunun dışında önemli bir değişikliği içeren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 108. maddesine göre, yetkisi olmaksızın veya yetki sınırlarını aşarak, acente müvekkili adına bir sözleşme yaptığında, müvekkil bunu haber alır almaz icazet verebilir, vermediği takdirde de acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur. Bu konudaki düzenlemenin bu şekli alması, aynı konuyu düzenleyen ve şu anda yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu’nun 122. maddesindeki düzenlemenin yetersizliğinden ve tuhaflığından kaynaklanmaktadır. Şu anda ki sistem de müvekkilin susmasına bir hukuki sonuç bağlanmış iken, 108. madde, bu sistemi tamamen değiştirmiş ve icazetin artık açıkça verilmesi gerekliliğini hükme bağlamıştır.

Doktrinde ve kısmen yargı kararlarında kabul edildiğini gördüğümüz denkleştirme tazminatı da, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda “*Denkleştirme İstemi*” kenar başlığı altında, 122. maddede açıkça düzenlenmiştir. Artık acenteler, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra, müvekkillerinin kendilerinin sözleşmeleri devam ederken kazanmış oldukları müşterilerden yararlanmasından dolayı ile bir takım sözleşmeler akdetmesi ve belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, kendilerine uygun bir tazminatın verilmesini isteyebileceklerdir. Denkleştirme tazminatı talep edilmesine ilişkin hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek satıcılık sözleşmelerinde ve benzeri diğer tek hak veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanacaktır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun “*Rekabet Yasağı Anlaşması*” kenar başlıklı 123. maddesi de yeni bir düzenlemedir. Anayasa’da hükme bağlanan çalışma ve sözleşme hürriyeti ve çalışma hakkı (m. 48, 49) ile çok yakından ilgisi bulunan bir konudur. Bu düzenleme ile, acentenin işletmesine ilişkin faaliyetlerinin, sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da sınırlandırılmasının, anlaşmanın en çok iki yıl için ve yazılı şekilde yapılması, acenteye bırakılmış bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilmesinin vb koşullarla, mümkün kılındığı görülmektedir.

Efendim, Ticari İşletme Kitabı ile ilgili olarak sizlerle paylaşmak istediğim konular genel olarak bunlar. Sempozyum düzenlenirken, benden Sigorta Hukuku Kitabı hakkında da konuşmam istendi, sonrasında bu iki konunun ayrılmasının daha iyi olacağı düşüncemi ilettim, ancak geç kalınmıştı. O yüzden,

izininiz olursa, ben ticari işletmeye ilişkin açıklamalarımı tamamlayıp, sonra da Sigorta Kitabıyla ilgili bazı önemli gördüğüm hususları paylaşmak isterim. Uygun mudur? Efendim.

Av. Semih GÜNER

Onu başka bir etkinlikte ele alalım, sigortada önemli değişiklikler var. Ticari işletme ile ilgili alacağımız soruları ve bir sonraki konuşmacımızın sunumunu yapması için zaman dilimini dikkate aldığımızda, siz eminim ki sigorta konusundaki beklentilerinize yanıt alamayacaksınız. Biz sizden bu konuda özveri istirham ediyoruz. Ticari işletmeyi olabildiğince konuşalım. Sigorta konusunu da bir başka toplantının, başlı başına konusu yapalım. Çünkü sigorta gerçekten önemli değişiklikler geçiriyor. Bu usulü eksikliği, benim oturumu yöneten kişi olarak yaptığım bir hata olarak kabul etmenizi istirham ediyorum. Biz işletme ile ilgili değerli meslektaşlarımızın sorularını almaya başlıyoruz. Yedi dakikalık bir sürede değerli Hocamız, sizin sorularınıza yanıt verecek. İlk sunumunda eksik bıraktığı konuları tamamlama fırsatını bulacak. Evet, efendim ticari işletme ile ilgili olarak sayın Hocamıza yönelteceğiniz soruları bekliyoruz.

Oğuzhan CAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ar. Gör.)

Hocamıza teşekkür ediyorum. Ben ticari işletme tanımı ile ilgili bir soru yöneltmek istiyorum. Ticari işletmenin tanımına baktığımızda, ticari işletme; esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan, bir gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin, genel olarak bağımsız bir şekilde yürütüldüğü işletmedir, diyor. Buradaki yürütüldüğü ibaresini örnek olarak esas alırsak, faaliyetin yürütüldüğü bir işletmedir. Yani mekânsal bir sınırlamaya tabi tutulmuş izlenimi veriyor, bu konuda Hocamızın görüşünü alabilir miyiz? Teşekkür ediyorum.

Av. Semih GÜNER

Başka sorusu olan var mı? Hocamızı hepsini bir bütün halinde yanıtlayacak. 5. madde de yargı yönünden bir değişiklik var. Ona da değinirseniz sevineceğim. Usul hukukunu yakından etkileyen bir düzenleme. 18. maddede de bir değişiklik yapıldığı konusu, kargo şirketleri aracılığıyla yapılan göndermeler taahhütlü olarak kabul edilecek mi? Hocam tacir yardımcılarında bugünkü düzenlemede yer almayan sözcükler yetkili satıcı, tek satıcı, distribütör gibi kavramlar düzenlemede var mı? Varsa genel felsefesi nedir? Yoksa neden yoktur? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Aynur YONGALIK

Şimdi öncelikle Sayın Can'ın sorusuyla başlayayım. Gerçekten 11. madde-deki ticari işletme tanımının bir açıdan zaafiyeti var. Ticari işletmenin, işletmeyle tanımlanmış olması noktasında. Bu durum, yani bir şeyin kendisi ile tanımlanması, aslında tanımlamalarda çok benimsenmemesi gereken ve genellikle eleştirilen bir yöntemdir. Belirtmek isterim ki, Komisyon çalışmalarında öncelikle faaliyetler, ticari işletmedir, şeklinde önerilmişti. Fakat bu tanımlamanın da, faaliyetlerin kapsamının belirlenmesi noktasında bir takım sıkıntılar yaratabileceği veyahut da soyut kalabileceği kaygıları ile uygun olmayacağı düşünüldü ve sonuçta bu tanım üzerinde mutabık kalındı. Ama ben açıkçası, bu mekânsal olma noktasında ki kaygılarınızı, paylaşmıyorum. Bu tanımlama açıkçası böyle bir sıkıntıya yer vermeyecektir. Sadece teknik bakımdan eleştirilebilir, ama onun ötesinde, işletme kavramının -böyle bildiğimiz anlamda- dört duvardan oluşan mekânsal bir özelliği yoktur. Hatta biz bu kavramı somutlaştırırken de epey zorlanırsınız. Yani ticari işletme, ekonomik niteliği haiz unsurların bir araya geldiği, bir bütün aslında, o nedenle “*Virtuelle Organisation*” veya “*Virtuelle Unternehmen*” olarak adlandırılan internet ortamında ki işletmeler de, sanırım hiçbir sıkıntı yaratmayacaktır.

Şimdi Sayın Başkanın sorularına gelince. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi, başlangıç hükümleri kapsamında yer alan bir hüküm. Ticari İşletme Kitabı, yani Birinci Kitap ise, 11. maddeden itibaren başlıyor. Ancak, memnuniyetle hemen sorunuza değinmek isterim. Gerçekten de 5. madde, madde numarası olarak değil, ama içerik bakımından önemli değişiklikler içermektedir. Öncelikle artık dava olunan şeyin değerine ve tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemeleri tüm ticari davalara bakmakla görevli kılınmıştır. Ayrıca birden çok asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerlerde bunlardan bazılarının deniz ticareti ve deniz sigortası davalarına bakmakla görevlendirilmeleri konusu olanaklı kılınıyor ve bu konuda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna yetki veriliyor. Madem bu mahkemeler konusuna girdik, ilginç bir durumu da belirtmek isterim. Şu anda yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu genellikle hükümlerde, mahkemede bakılır, mahkemede görülür vb ifadelerle yer vermektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise, asliye ticaret mahkemesi ifadesinin kullanıldığını görüyoruz. Hatta bir maddede “*Ankara Asliye Ticaret Mahkemesinde görülür*” şeklinde bir düzenlemenin yer aldığını görüyoruz (m. 552). Tabi usul hukuku açısından bu yöndeki düzenlemelerin hukuki sonuçlarının olacağı açıktır.

18. madde ile ilgili olarak da, elbette taahhütlü mektupla deniliyor ve artık iadeli denilmiyor. Madde Gereğesinde bu, varma teorisinden uzaklaşma olarak ifade edilmektedir. Kanaatimce, kargo şirketleri de, alındı/verildi belgesi imzalatmaktadırlar ve ulaştırma konusunda taahhüt altına girmektedirler, dolayısıyla bu kapsamda değerlendirilecektir.

Diğer söylediğiniz, tek satıcı, dağıtıcı anlamında Fransızcadan dilimize geçen distribütör vb ifadeler, şu anda yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu'nda yok. Dolayısıyla bunlar mevzuat anlamında ticaret hukukuna yabancı kavramlar, dolayısıyla da bu isimler altında karşımıza çıkan sözleşmeleri, sözleşmelerin yorumunda dikkate alınması zorunlu olan Borçlar Kanunu'nun 18. maddesi (sanırım Türk Borçlar Kanunu'nda 19. madde olacak) kapsamında değerlendirmek gerekli. Sözleşmede kullanılan terim ne olursa olsun, söze ve kullanılan terimlere bakılmaksızın, tarafların böyle bir sözleşme akdetmekteki gerçek ve ortak iradeleri araştırılmalı ve hukuki nitelendirme ona göre yapılmalıdır. Hukuki anlamda bir acente midir? Yoksa bir simsar mıdır? Ticari mümessil midir? Ticari vekil midir? Uygulamada distribütör olarak adlandırılanlar da, bu açıdan baktığımızda, genellikle ya tek satıcı olarak veya acente olarak karşımıza çıkıyor. Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu'nda ise, örneğin pazarlamacılık sözleşmesi özel olarak düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından bunlara hiç yer verilmediğini söylemek yanlış olur, örneğin açıklamalarım kapsamında değindiğim, haksız rekabete ilişkin denkleştirme tazminatı düzenlemesinde, bu hükmün tek satıcılık vb tekel hakkı veren sözleşmelere de uygulanacağı hükme bağlanmıştı, dolayısıyla tek satıcılık kavramına yer verilmiştir. Ben teşekkür ederim.

6102 SAYILI TTK'DA TİCARİ DEFTERLERİN İSPAT GÜCÜ

Doç. Dr. Adnan DEYNEKLİ*

* Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi.

GİRİŞ

Tacirler eskiden beri ticari işletmelerinin durumlarını bilebilmek için kendi istekleriyle defter tutmuşlardır. Bugün tacirler, kendi işletmelerinin mali ve ekonomik durumunu bilmek kadar, şirketin mali durumu ile yakından ilgilenmek zorunda olanlara bir fikir vermek amacıyla muhasebe kurallarına uygun olarak defter tutmaktadırlar.

Defter tutma zorunluluğu, ülkemizde ilk olarak 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret ile getirilmiştir. 1926 tarihli Ticaret Kanunu'nda, 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda defter tutma zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Defter tutma zorunluluğuna aykırı hareket edilmesi halinde tacirlerin hukuki ve cezai sorumlulukları vardır.

Hukuk açısından özellikle Ticaret Hukuku açısından, defter tutma zorunluluğuna aykırı hareket edilmesinin en önemli sonucu ticari defterlerin ispat gücünü kaybetmesidir.

Ticari defterlere delil olarak verilecek değer, ticari defterlerin ispat gücünü belirler.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ticari defterlerle ispata ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Adalet Komisyonu'nca ticari defterlerin ibrazı ve delil olmasına ilişkin hüküm ilave edilmiş ve bu hüküm 6100 sayılı HMK'nin 222.maddesi olarak kanunlaşmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan düzenlemelerden sonra ticari defterlerin ispat gücünün ne olacağı hususu, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur.

I-Ticari Defterlerin Delil Olarak Kullanılmasının Nedenleri

Ticari defterlerin delil olarak kabulü, tacirlere yargılama hukukundaki ispat imkanından fazlasını tanımıştır.

Ticari defterler, ticari işletmenin birçok halde başka ispat vasıtalarının imkansızlığı halinde delil olarak ortaya çıkarlar.

Ticari defterler, muhasebe kurallarına uygun tutulmuşsa bu durum tacire garanti sağlar.

Ticari defterlerin hiç veya gereği gibi tutulmaması sonucu tacirin hukuki ve cezai sorumluluğu bulunduğu için, ticari defterlerde yer alan kayıtlar ve bunların dayandığı belgelerin doğruluğunu belli bir oranda kabul etmek mümkündür.

Bir tarafın dayandığı ticari defterlerin doğruluğunu, diğer tarafın ticari defterleriyle denetlemek mümkündür.

Bu nedenlerden dolayı kanun koyucular ticari defterleri delil olarak kabul etmiş ve düzenlemişlerdir.

II-6102 sayılı Kanun'a Göre Tutulacak Defterler

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 66. maddesinde her tacirin tutması gereken defterler sayılmıştır.

Tacir gerçek kişi ise yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri veya işletmenin mahiyet veya önemine göre sadece işletme defteri tutmak zorundadır (6762 sayılı TTK m. 66/3)

Tacir tüzel kişi ise, yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri ve karar defteri tutmak zorundadır.

Özel hukuk hükümlerine göre idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediyeler gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ticari işletmeler ve bunlara benzeyen teşekküller envanter defteri tutmak zorundadır.

Ayrıca 6762 sayılı TTK'nın 1465. maddesine göre, işletmenin mahiyet ve öneminden dolayı tutulması gereken ticari defterler de tutulmalıdır. Bu defterler belirsiz zorunlu defterler olarak ifade edilmektedir.

Tacir tüzel kişi ise (TTK. m. 66/1)

-Yevmiye defteri (TTK m. 70.)

-Defter-i kebir (TTK m. 71).

-Envanter defteri (TTK m. 72-75)

-Karar defteri (TTK m. 78)

Ayrıca, A.Ş.'de – yönetim kurulu karar defteri,

-Kasa senedi defteri

-Tahsil defteri

Ltd.Şti.'de- Pay defteri

Koop-'de Ortaklık defteri

Tacir Gerçek kişi ise

-Yevmiye defteri (TTK. m. 66/3)

-Defter-i kebir

-Envanter defteri

Veya

-İşletme defteri

6102 sayılı TTK'ye göre tutulacak ticari defterler 64. maddenin 5. fıkrasında sayılmıştır.

-Yevmiye defteri

-Defteri kebir

-Envanter defteri

-Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun tebliği ile belirleyeceği defterler,

Ayrıca 6102 sayılı TTK'nin 64. maddesinin 4.fıkrasında pay defteri, yönetim kurulu karar defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgisi bulunmayan defterlerin de ticari defterler olduğu hükme bağlanmıştır.

213 sayılı VUK, 176. maddesinde tacirleri defter tutma bakımından iki sınıfa ayırmıştır;

- 1.sınıf tacirler bilanço esasına göre,
- 2.sınıf tacirler işletme esasına göre defter tutarlar.

213 sayılı VUK ile 6762 sayılı TTK hükümleri arasında ticari defterler yönünden önemli bir fark bulunmamaktadır.

Ancak 6102 Sayılı TTK'nin 64. maddesinin son fıkrası uyarınca, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun belirleyeceği defterlerin tutulmaması halinde VUK'un defter tutma yükümlülüğünün ihlaline ilişkin hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkabilir.

III-Ticari Defterlerin Onay

Ticari defterler onaya tabidir. Ticari defterler açılış ve kapanışlarında noter tarafından onaylanır.

Şirketlerin kuruluşunda defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir. Açılış onayının noter tarafından yapıldığı hallerde noter, ticaret sicili tasdiknamesini aramak zorundadır.

Ticari defterlerin kapanış onayı izleyen faaliyet döneminin altıncı ayının sonuna (Haziran) kadar yapılır.

6762 Sayılı Kanun'da sadece yevmiye ve envanter defteri için yıl sonu onayı kabul edilmişken 6102 Sayılı Kanun'da tüm ticari defterlerin onaya tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

IV-Ticari Defterlerin İspat Gücü

Ticari defterler tacirler yönünden diğer deliller yanında delil olarak kabul edilmişlerdir.

Bir iddianın doğru olduğuna hakimi inandırmak için başvuru araçları delil denir. Hukukumuzda hem kesin delillere hem de takdiri delillere yer verilmiştir. 1086 sayılı HUMK delilleri kesin deliller ve takdiri deliller olarak iki şekilde ele alıp düzenlemiştir.

Hakimin delilleri serbestçe takdir edebileceği sistem, serbest delil sistemidir. HUMK'un 240. maddesinde ve 6100 sayılı HMK'nin 198. maddesinde kanuni istisnalar dışında hakimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda belirtilen istisnalar ise senet (HMK m. 200 vd), yemin (HMK m. 225 vd.) ve kesin hükümdür (HMK m. 303) Hakim, bu delillerin gerçeği temsil edip etmediğini serbestçe takdir edemez. Hukukumuzda belli miktarı

geçen hukuki işlemlerin kesin delille ispatı zorunludur (HUMK m. 288, HMK m. 200).

1086 sayılı HUMK'un 203. maddesine göre “*defatiri ticariyede mündemiç kayıtların hüküm ve kuvvetleri Ticaret Kanunu ahkâmına tabidir*”

1926 tarihli Eski Ticaret Kanunu'nda ticari defter “*defatiri ticariye*” başlığı altında düzenlenmiştir. ETK'nın 81. maddesinde “*esbabı subutiye makamında kabul olunabilir*”, 83. maddesinde “*ticari defterler sahibi lehine delil olabilir*” ve 85. maddesinde “*yemin tevcih edilebilir*” şeklinde ifadeler kullanılmıştır. Bu ifadelerden ticari defterlerin takdiri delil olduğu sonucuna varılmaktaydı.

1956 tarihli 6762 sayılı TTK'nin 82. maddesinin kenar başlığı “*Ticari Defterlerin İspat Kuvveti 1. Kati Delil*” şeklindedir. Aynı Kanunun 1474. maddesine göre kenar başlıkları madde metnine dahildir. 6762 sayılı TTK'nin 82. maddesinin kenar başlığında yer alan kesin delilden maksat kanuni delildir.

Tekinalp bir makalesinde ticari defterlerin tacirin kendisinin hazırladığı ispat vasıtaları olduğunu, bir kimsenin kendi yazısının kendi lehine dahil olmasının usul hukuku prensiplerine uygun olmadığını, bu nedenle hakime takdir hakkı verilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesiyle “*artık pek çok ülkenin kanununda yer almayan ve ispat hukukunun ilkeleriyle pek bağdaşmayan ticari defterle ispat usulüne son verilmiştir. Ticari defterler, doğal olarak mahkemenin takdirine bağlı delil olma niteliklerini korumaktadır*” ifadesi yer almıştır.

Ticari defterlerin delil olması 6100 sayılı HMK'nın 222. maddesinde düzenlenmiştir. Tasarıda yer almayan bu hüküm Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 222. maddesine göre mahkeme ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir.

Ticari defterler sahibi lehine delil olabileceği gibi aleyhine de delil olabilir. Şimdi 6100 sayılı HMK'nın 222. maddesi ile getirilen düzenleme sonucu ticari defterlerin sahibi lehine ve aleyhine delil olmasının şartları üzerinde duracağız.

1-Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olmasının Şartları

a-Uyuşmazlık Ticari Dava Niteliğinde Olmalıdır.

6762 sayılı TTK'ye göre ticari defterlerin delil olabilmesi için tarafların tacir olması, uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bir husustan doğması gerekir. 6100 sayılı HMK'de 6762 sayılı Kanunun 82. maddesinde yer alan “*ticari işlerden dolayı tacir sıfatını haiz olan kişiler arasında çıkan ihtilaflarda*” ibaresine yer verilmemiş, ticari dava esas alınmıştır.

Ticari dava, 6102 sayılı TTK'nin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre de mutlak ticari davalar nisbi ticari davalar ayrımı yapmak mümkündür.

Bir davanın nisbi ticari dava sayılabilmesi için uyumsuzluğun her iki tarafının tacir ve işin tarafların ticari işletmesiyle ilgili bulunması gerekir. Taraflar tacir olmakla beraber, dava bir tarafın ticari işletmesiyle ilgili değilse ticari dava yoktur. Borçlar Kanunu'ndaki havale, vedia, fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bir ticari işletmeyi ilgilendirmiyorsa ticari dava sayılmaz.

b-Ticari Defterler Eksiksiz Tutulmuş Olmalıdır.

6102 sayılı TTK'nin 64. maddesinde gösterilen defterler ile Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'nun belirleyeceği defterleri tutmayan tacirin ticari defterleri lehine delil olamaz.

c-Ticari Defterler Usulüne Uygun Tutulmalıdır.

Ticari defter, 6102 sayılı TTK'nin, bu ve devamı maddelerinde öngörülen usule uygun tutulmalıdır. Ticari defterler ve gerekli kayıtlar Türkçe tutulmalıdır (6102 sayılı TTK m. 65/1).

Defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılmalıdır. Ticari defter tutulurken uygulanan yöntem, Türkiye Muhasebe Standartları'na uygun olmalıdır.

d-Ticari Defter Kayıtları Birbirini Doğrulamış Olmalıdır.

Ticari defterlerde yer alan kayıtlar birbirini doğrulamalıdır. Aksi takdirde defterlerde yer alan kayıtların doğruluğu konusunda haklı bir endişe doğar. Yargıtay bir kararında, sadece uyumsuzluk konusu olayla ilgili kayıtlar değil, defterlerde yer alan tüm kayıtların birbirini sağlaması gerektiğini belirtmiştir^[86].

e-Ticari Defterlerin Açılış ve Kapanış Onayı Yaptırılmış Olmalıdır.

Ticari defterlerin kullanmaya başlamadan önce açılış onayı yapılmalıdır. Ayrıca kapanış onaylarının izleyen yılın 30 Haziran'ına kadar yapılması gerekir (6102 sayılı TTK m. 64/3). Açılış ve kapanış onayı yapılmayan ticari defterler sahibi lehine delil olamaz.

f-Diğer Tarafın Kanuna Uygun Olarak Tutulmuş Ticari Defterlerindeki Kayıtlar Aykırı Olmamalı veya Uyumsuzlukla İlgili Hiçbir Kayıt İçermemelidir.

A	Ödünç ilişkisi	B
-Ödünç verdim		Aldım ancak ödedim (aksine kayıt var)
-Ödünç verdim		Ödünç kaydı hiç yok (hiç kayıt yok)

[86] TD 12.10.1962, 5140/3523 (Ülgen – İspat, s. 93)

g-Diğer Tarafın Defter Kayıtlarının Aksini Senet veya Başka Kesin Delillerle İspatlayamamış Olmalıdır.

6762 sayılı Kanun'un 85-86. maddelerde yer alan "muteber deliller" ibaresinden şahit de anlaşılabilir görüşü ve tartışmaları önemini yitirmiştir.

6762 sayılı TTK'nin 86. maddesinde taraflardan birinin ticari defterleri usulüne uygun olup da diğer tarafın ibraz etmek istememesi halinde, muntazam olan tacirin birbirini teyit eden ticari defterlerinin, ibraz etmeyen aleyhine delil olacağı hükmü bağlanmıştır.

6102 sayılı HMK'nin 222. maddesinde diğer tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi halinde, ticari defterleri usulüne uygun olan tacirin, defterlerindeki kayıtların lehine delil olacağı hususuna yer verilmemiştir. Her ne kadar 6100 sayılı HMK'nin 219. maddesinin 1. fıkrasında tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları hükmüne bağlanmışsa da ikinci fıkrasında ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örneklerinin mahkemelere ibraz edilebileceği belirtilmiştir.

İbrazı istenenin ibraz edilmemesinin sonuçları HMK'nin 220. maddesinde düzenlenmiştir.

İkinci fıkra yemine ilişkindir.

Üçüncü fıkra yemin edilmemesi halinde uygulanacaktır.

6102 sayılı TTK m. 83/ (1) ve (2)'den bu sonuca gidilebilir.

Zira ibrazdan kaçınma halinde, ibraz isteyen taraf lehine yapılan düzenleme 6100 sayılı HMK'nin 222. maddesinin son fıkrasındadır.

2-Ticari Defterlerin Sahibi Aleyhine Delil Olması

a-Ticari Defterler Usulüne Uygun Tutulsun ya da Tutulmasın, Sahibi Aleyhine Delil Olurlar

Açılış ve kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları sahibi aleyhine delil olur.

Bu durumda tacir lehine olan kayıtlar değil, sadece aleyhine olan kayıtlar delil olurlar. Örneğin defteri usulüne uygun tutulmayan defter sahibinin 10.000 TL borçlu olduğuna ilişkin kayıt dikkate alınır. Bu borcu ödemediğine ilişkin kayıt dikkate alınmaz.

b-Diğer Tarafın Ticari Defterlerindeki Kayıtların Kabul Edileceği Hakkında Beyanda Bulunulması

aa-Diğer tarafın ticari defterlerine dayanan kişinin tacir olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

bb-Defterlerine Dayanılan Taraf Tacir Olmalıdır.

Zira 6100 sayılı HMK'nin 222/son maddesinde taraflardan birinin tacir olmasa dahi tacir olan diğer tarafın ticari defterlerine dayanabileceği belirtilmiştir.

cc-Uyuşmazlığın konusu, ticari defterlere geçirilmesi gereken işlemlerden olmalıdır.

Defterlerinin ibrazı istenen taraf, defter tutmadığını beyan eder ve ispat ederse ibraz etmemesinin sonuçları ile aynı olur mu?

Yoksa HUMK'un 331, HMK'nin 220. maddesi mi uygulanır?

Ticari Defterlerine dayanılan diğer tarafın ticari defterleri usulüne uygun tutulmamışsa defterlerde yer alan kayıtlara itibar edebilir miyiz?

Usulüne uygun tutulmayan ticari defterlerdeki kayıtların sadece aleyhe delil olabileceği HMK'nin 222/4. maddesinde belirtildiğinden lehe olan kayıtlar değil aleyhe olan kayıtlar dikkate alınacaktır. Ancak ticari defterlere dayanan davacılar tacirin defterlerindeki kaydı, aksini başka delillerle ispat edebilir.

Ticari defterlerine dayanılan diğer tarafın defterleri usulüne uygun ise ve iddiayı doğrulamıyorsa diğer tarafın ticari defterlerine dayanan taraf iddiasını veya savunmasını ispat edememiş sayılır.

c-Diğer Tarafın Ticari Defterleriyle Birlikte Başka Delillere Dayanılması

İspat yükü üzerinde olan taraf başka delillerle birlikte diğer tarafın ticari defterlerine de dayanıyorsa, HUMK'un 330-392. maddeleri, HMK'nin 220. maddesinde öngörülen düzenleme uygulanır.

3-Delil Sözleşmesi ile Kabul Edilen Ticari Defterlerin Delil Olmasının Şartları

a-Defterler usulüne uygun tutulmalıdır.

b-Ticari defter ve kayıtlar yasal süre içinde yapılmalıdır.

c-Kayıtlar geçerli bir belgeye dayanmalıdır.

(Yargıtay'ın görüşü)

Bu görüş eleştirilmektedir.

d-Defter kayıtları birbirini doğrulamalıdır.