

TÜRK ŞİRKETLER HUKUKUNUN AVRUPA BİRLİĞİ ŞİRKETLER HUKUKUNA UYUMU SEMPOZYUMU

TÜBİTAK 3005 PROJESİ
PROJE NO: 123K011 - 2023

Editör:
Prof. Dr. Şükrü Yıldız



İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ

TÜRK ŞİRKETLER HUKUKUNUN
AVRUPA BİRLİĞİ ŞİRKETLER
HUKUKUNA UYUMU
SEMPOZYUMU



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

TÜRK ŞİRKETLER HUKUKUNUN AVRUPA BİRLİĞİ
ŞİRKETLER HUKUKUNA UYUMU SEMPOZYUMU

Editör

Prof. Dr. Şükrü Yıldız

e-ISBN

978-625-6055-28-5

1. Baskı

2024 / İstanbul

İHÜ Yayınları

98

Genel Yayın Yönetmeni

Savaş C. Tali

Yayın Yönetmeni

Ayşenur Alper

Tasarım

İHÜ Yayınları

Kapak Uygulama

İHÜ Yayınları

Mizanpaj Uygulama

Muhammed Muttaki Topcu

Baskı&Cilt

METEKSAN

Sertifika No: 46519

Türk şirketler hukukunun Avrupa Birliği şirketler hukukuna uyum sempozyomu / editör Şükrü Yıldız. -- Birinci basım. -- İstanbul : İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2024.

320 ; 24 sm. -- (İHÜ Yayınları ; 98.)

Bibliyografya var.

e-ISBN 978-625-6055-28-5.

1. Şirketler hukuku_Türkiye. 2. Corporation law_Turkey. 3. Ticaret hukuku_Türkiye. 4. Commercial law_Turkey.

KKX 1050

346.561066

© Bu eserin tüm yayın hakları, İbn Haldun Üniversitesine aittir. Eleştirel makale ve dergilerde yapılacak kısa alıntılar dışında, bu kitabın tamamı veya bir kısmı, yayıncının izni olmadan yayınlanamaz.

İbn Haldun Üniversitesi Yayınları bir İbn Haldun Üniversitesi departmanıdır.

Yayınevi Sertifika No: 51227 | Ordu Cd. No:3, 34480 Başakşehir/İstanbul

yayinevi@ihu.edu.tr | press@ihu.edu.tr

TÜRK ŞİRKETLER HUKUKUNUN
AVRUPA BİRLİĞİ ŞİRKETLER
HUKUKUNA UYUMU
SEMPOZYUMU

Editör:

Prof. Dr. Şükrü Yıldız



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

Düzenleme Kurulu

Prof. Dr. Şükrü Yıldız

Doç. Dr. Gülşah Bostancı Bozbayındır

Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak

Dr. Öğr. Üyesi Dursun Saat

Arş. Gör. Betül Bozkır

Emine Göğüş, LL.M.

Arş. Gör. Hüseyin Yağızhan Kol

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Zühtü Aytaç

Prof. Dr. Rıza Ayhan

Prof. Dr. Hasan Pulaşlı

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar

Prof. Dr. İsmail Kayar

Prof. Dr. Hayri Bozgeyik

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar

Prof. Dr. Şafak Narbay

Prof. Dr. Korkut Özkorkut

Prof. Dr. Zekeriya Arı

Prof. Dr. Ömer Korkut

Prof. Dr. Şükrü Yıldız

Prof. Dr. Fülürya Yusufoğlu Bilgin

Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay

Prof. Dr. Halit Aker

Bu alışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TBTAK) tarafından 123K011 numaralı proje ile desteklenmiştir. Projeye verdiği destekten ötürü TBTAK'a teşekkürlerimizi sunarız.

İbn Haldun Üniversitesi Rektörlüğü'nn
02.10.2023 tarihli yazısı uyarınca Sempozyumumuz
düzenleme kurulu yeleri görevlendirilmiştir.
Sempozyumumuz, AK tarafından doçentlik
başvurularında kullanılmak için öngörülen düzenleme
kurulunda resmi olarak görevlendirilmiş akademisyen
temsilcisi bulunma şartını sağlamaktadır.



İçindekiler

Açılış Konuşmaları	11
Prof. Dr. Şükrü Yıldız – Proje Yürütücüsü	
Prof. Dr. Ömer Çınar – İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı	
Prof. Dr. Atilla Arkan – İbn Haldun Üniversitesi Rektörü	

Tebliğ Oturumları

I. Oturum - Oturum Başkanı: Prof. Dr. Rıza AYHAN

**Avrupa Birliği Direktifleri ve İlerleme Raporları Işığında
Türk Hukukunda Sermaye Şirketlerinin Denetimi**
*Audit of Stock Corporation in Turkish Law in
Light of European Union Directives and Progress Reports*

Prof. Dr. Şafak Narbay &
Dr. Öğr. Üyesi Nihan Değirmencioglu Aydın

**Borsada İşlem Gören Şirketlerde Payscalelerinin Haklarına
İlişkin AB Düzenlemeleri ve Türk Sermaye Piyasası Mevzuatı**
*EU Regulations on the Rights of Shareholders in Listed
Companies and Turkish Capital Market Legislation*

Doç. Dr. M. Aslı Küçükgüngör

Tartışmalar

89

II. Oturum - Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Şirketlerin Ekonomik Karar Alma Mekanizmalarında Kadınların Temsilini Sağlamaya Yönelik Yaklaşımlar <i>Approaches to Increasing Women's Representation in Economic Decision-Making Mechanisms of Companies</i> Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU	95
Şeffaflık İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ücret Farkının Giderilmesi Amacıyla Şirketler İçin Öngörülen Yüküm <i>The Principle of Transparency and Companies' Role in Eliminating the Gender Pay Gap</i> Dr. Öğr. Üyesi F. Beril ÖZCANLI	125
Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Direktifinde Öngörülen Özen Yükümlülüklerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi <i>An Overview of the Obligation of Duty of Care Stipulated in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive</i> Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK	145
Tartışmalar	161

III. Oturum - Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

AB Şirketler Hukuku Faslına İlişkin Ulusal Taahhütlerimiz Kapsamında Pay Alım Teklifine İlişkin 2004/25/EC Direktifi <i>Directive 2004/25/EC on Takeovers Within The Scope of National Commitments of Türkiye on EU Company Law Chapter Abstract</i> Doç. Dr. M. Aslı Küçükgüngör	169
AB Müktesebatında Yer Alan Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Düzenlemelerin Türk Hukukunun Uyumlaştırma Süreci Açısından Değerlendirilmesi <i>Evaluation of the Provisions on Mergers and Divisions in the EU Acquis in Terms of the Harmonization Process of Turkish Law</i> Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak & Dr. Öğr. Üyesi Argun Karamanlıoğlu	207
Tartışmalar	251

IV. Oturum - Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şafak NARBAY

**Avrupa Birliği'nin 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Direktifi
ve Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Dijitalleşme**

Digitalization in the Context of the European Union's

Digitalization Directive 2019/1151 and Turkish Commercial Code

Dr. Öğr. Üyesi Dursun Saat 255

**AB 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Yönergesi ve Türk Mevzuatı
Bağlamında Limited Şirketlerin Çevrimiçi Kuruluşu**

Online Formation of Limited Liability

Companies in the Context of the EU Digitalization

Directive 2019/1151 and Turkish Legislation

Arş. Gör. Betül Bozkır - Av. Emine Göğüş 287

Tartışmalar 311



Açılış Konuşmaları

Prof. Dr. Şükrü Yıldız'ın Açılış Konuşması

Proje Yürütücüsü

Sayın Rektörüm, kıymetli Dekanım, saygıdeğer hocalarım, kıymetli meslektaşlarım ve sempozyumumuzu onurlandıran değerli katılımcılar, sevgili öğrenciler hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bu sempozyumu TUBİTAK (3005 - 123K011 nolu) projesi kapsamında düzenledik. Amacımız, proje kapsamında ele alacağımız konularla, ülkemizin, şirketler hukuku mevzuatının Avrupa Birliği Şirketler Hukuku mevzuatına uyumunu sağlamaya katkı sağlamaktır. Bunu sağlamak için özellikle 6. Fasla ilişkin AB raporları ele aldı. Bugün sunulacak olan tebliğ konuları 2023 raporunda tenkit olarak karşımıza gelen konulardan oluşuyor. Biz projenin başında, 6. Fasla ilişkin olarak ülkemizin şirketler hukuku konusunda uyumlaştırmayı sağladığımızı, ancak Avrupa Birliği'nin ön yargılı olarak bu faslı kapatmadığını düşünüyorduk. Aslında bu düşüncemizde fazla bir değişiklik olmadı.

Ne var ki, işin içine girince AB hukukunun dinamik yapısı nedeniyle bu konularda yeni düzenlemelerin yapıldığını ve mevzuatımızda bu düzenlemelere uyumun sağlanması gereken konular bulunduğunu tespit ettik. Evet bizim de 6. Fasla ilişkin olarak henüz uyumlaştırmayı sağlamadığımız konular var ama bunlar da çok cüzi. Bunların neler olduğunu tebliğ sunacak olan değerli meslektaşlarımız ele alacaklar. Sözü fazla uzatmak istemiyorum. Hepinize hoş geldiniz diyor, saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Ömer Çınar'ın Açılış Konuşması

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Sayın Rektörüm, çok kıymetli hocalarım, değerli katılımcılar, sizleri saygıyla selamlıyorum. Sempozyumumuza hoş geldiniz. Şükrü Hocam kısaca giriş konuşmasını yaptı, ben de sözü çok uzatmayacağım. Biz İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak belli alanlarda özellikle daha çok çalışalım, daha çok akademik çalışma yapalım hedefini koyduk kendimize. Bunlardan biri de şirketler hukuku alanı. Özel hukukta iki alan var: alternatif uyuşmazlıklar ile şirketler hukuku. Bu alanda Şükrü Hocamın bu projesi de bizim hukuk fakültesi anlamında hedeflerimiz için çok önemli. Sempozyumda da inşallah çok verimli ve güzel sunumlar dinleyeceğiz. Ve sonucunda bir kitap çalışması olursa okurlar için de değerli olur. Ben bu projeye katkı sunan başta Şükrü Hocam olmak üzere bütün proje ekibine, çok kıymetli hocalarıma, hem çalışmaya hem sempozyuma destek veren, moderatörlük yapan, sunum yapan, tebliğ sunan katılımcılara çok teşekkür ediyorum. İnşallah verimli bir sempozyum olur teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Atilla Arkan'ın Açılış Konuşması

İbn Haldun Üniversitesi Rektörü

Sayın davetliler, hepiniz hoş geldiniz! Bugün burada gerçekleştireceğimiz sempozyumda tebliğ sunacak kıymetli hocalarımıza, değerli görüşleriyle katkıda bulunan akademisyenlerimize, konunun bürokrasi ayağının anlaşılmasına imkân sağlayan kamu temsilcilerimize teşekkürlerimi sunuyorum. Bu projeyi hayata geçirerek üniversitemizin böyle güzel bir çalışmaya ev sahipliği yapmasına vesile olan değerli hocamız Prof. Dr. Şükrü Yıldız başta olmak üzere tüm proje ekibini yürekten kutluyorum. Emeği geçen herkese ayrıca teşekkürler.

Tarih, onu oluşturan aktörlerin ve unsurların karşılıklı etkileşimleriyle ortaya çıkan bir hikâyedir. Akışı itibarıyla bir nehre benzer. Peki nedir onu oluşturan aktörler ve unsurlar? Tarihin temelinde coğrafya ve iklim değişiklikleri gibi kalıcı unsurların dışında insan ve onun oluşturduğu yapılar, mekanizmalar vardır. Siyasal birlikler, devlet, kurumlar, şirketler ve hatta bazen aileler bile tarihin akışını etkiler. İnsanın tarihin oluşumuna bu aktif müdahaleleri onu, insan aklının konusu hâline getirmektedir.

İnsanın tarih sahnesine koyduğu o kurumlardan biri de Avrupa Birliği'dir. Hikâyesi 1951 yılında başlayan, resmî olarak 1993 yılında kurulan Avrupa Birliği; 20 ve 21. yüzyılın akışını etkileyen önemli mekanizmalar arasında yer alır.

Tarihin farklı dönemlerinde Avrupa'da yaşayan ulusların nüfus ve üretim kapasitelerini arttırmasıyla zaman zaman din, milliyetçilik ve ekonomi adına çeşitli savaşlar verdiğini görüyoruz. Avrupa Birliği bir anlamda bu savaşlara son verme, kıtada barışı ve birliği sağlamaya yönelik önemli siyasal bir adımdır. Ancak bu, Avrupa'yı oluşturan ülkelerin tek başına başardıkları bir şey de değildir. Şüphesiz buradaki önemli aktörlerden biri, dönemim hegemonik gücü olan Amerika Birleşik Devletleri'dir. İkinci Dünya Savaşı sonrası küresel bir güç hâline gelen ABD, Rusya ile rekabet etmeye başladı. Soğuk Savaş döneminde Rusya'yı çevreleyecek ve dengeleyecek bir siyasal yapının oluşumunu hedefledi. Sonuç olarak kendi içinde çatışmalar yaşayan bir Avrupa'yı değil, Rusya'yı dengeleyebilecek güçlü bir müttefik olan Avrupa Birliği'nin oluşumunu destekledi. Türkiye'nin de üye olduğu NATO da bu bağlamda inşa edilmiştir.

Avrupa Birliği başlangıcı itibarıyla ekonomik yönü ön planda olan bir yapıdır. Bilindiği üzere ilk önce kömür ve çelik birliği olarak kuruldu, daha sonra Avrupa Ekonomik Topluluğu'na dönüştü ve son olarak Avrupa Birliği adını aldı. Ekonomi üzerine kurulu bu mekanizmanın temelini oluşturan önemli sac ayaklarından bir tanesi de şüphesiz ticaret hukukudur. Avrupa Birliği'nin bu alandaki 70 yılı aşan birikimi inkâr edilemez. Ayrıca bu birikim sanayileşme ile 17. yüzyıldan sonra ivmesi artan uluslararası ticaret hukuku birikimine dayanmaktadır. Ülke olarak Avrupa Birliği ile bazı krizlerimiz var, anlaşamadığımız noktalar var. Yine İngiltere'nin ayrılma sürecinde gördüğümüz gibi Avrupa Birliği'nin kendi içinde anlaşmazlıkları ve krizleri de bulunmaktadır. Yine Avrupa'nın, Rusya-Ukrayna Savaşı ve İsrail'in Filistin halkına karşı uyguladığı soykırım karşısında kendi kurucu değerlerine ters olarak sergilemiş olduğu tutarsızlıklar da bulunmaktadır. Ancak bunlara rağmen Avrupa Birliği'nin bu yönü, yani hukuki birikimi önemlidir.

Avrupa kendi içinde neredeyse her alanda birliği ve hukuki müktesebatı sağlamış ve ilgili kurumlarıyla sürekli hukuki müktesebat üretmeye devam etmektedir. Belli bir coğrafyada barışın egemen kılınabilmesi ve savaşı bir dünya için güzel bir örnektir. Böylece insanların güven içinde yaşayabildikleri bir havza yaratabilmektedir.

Türkiye çerçevesinden bakıldığında Osmanlı Devleti'nin ilk önemli savaş yenilgisi sonrası gerçekleştirilen Karlofça Anlaşması'nın yapıldığı 1699 yılı, Osmanlı-Türk modernleşmesi açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Bu süreç itibarıyla bir sürekli güvenlik arayışımız vardır. Hâlâ da farklı formlarda bur arayışın devam ettiğini düşünüyorum. 300 yılı aşan bu süreçte toprak kaybını durdurmaya çalışan ülkemiz, Avrupa ile ilişkiler noktasında kimi zaman ittifaklar kurmuş, kimi zaman rekabet ilişkisine girmiş, kimi zaman celladına aşık olmuş, kimi zaman da duygusal salınımalar yaşamıştır.

Bugün geldiğimiz noktada Avrupa Birliği ile ilişkiler şu yönüyle önemlidir: AB müktesebatı siyasi olarak ele alınarak, dünya barışının inşasında oluşan hukuki ve akli birikimden istifade edilerek benzer barış bölgeleri oluşturulabilir. Bu bağlamda evrensel ve ortak bir referans zeminin ve metinlerin ortaya çıkarılması önemlidir. Yine uluslararası ilişkiler ve ticaret ancak aklın etkin çalıştığı hukuki müktesebat ile mümkün olduğu için aynı zamanda bir uluslararasılaşma teorisini de zimnen içinde barındırmaktadır. Hugo Grotius'tan önce

ve sonra insan aklından üretilebilecek doğal bir hukukun mümkün olduğu fikri bu olguyla yakından ilişkilidir. Mu'tezilî ve Mâtürîdî kelimacılar ile Müslüman filozoflar tarafından dile getirilen akli bilgi ile vahyi bilginin aynı doğru bilgiyi farklı ifade biçimleriyle aktardığı düşüncesi, imparatorluk formundaki İslam devletlerinin uluslararası ticareti düzenleme amacı ve farklı dinlerdeki tebaasını aynı siyasal ve hukuki yapı içerisinde barış içinde yönetebilme iddiasıyla yakından alakalıdır. Gelişmiş bir hukuki yapının dünyada barışı tek başına tesis edemediğini, tarih boyunca yaşanan zulümlerden ve soykırımlardan biliyoruz. Dünya üzerinde belli bir bölgede barışın tesis edilebilmesi için bunun yanında devletler ve bölgeler arasında bir denge oluşturacak şekilde güç temerküzüne de ihtiyaç vardır.

Hukukun oluşumuyla toplumların değerleri, örfleri, âdetleri ve kültürel yapıları arasında çok sıkı ve karmaşık ilişkiler ağı bulunmaktadır. Bundan dolayı hukukun oluşumuyla yayılımı sürecinde tarihi ve kültürel farklılıkları göz önüne almak son derece önemlidir. 20. yüzyıl boyunca Cumhuriyet'in belli alanlarında yaşadığımız olumsuz tecrübeler bunu açıkça göstermektedir. Bunun ihmal edilmesi ve sürecin başarısızlıkla sonuçlanması, toplumun bunu kabul etmeme siyle sonuçlanıyor.

Yaşadığımız can acıtıcı bir konu olarak Filistin meselesi var. Dünya bugüne kadar uluslararası düzeyde çok fazla şey yaşadı. Afganistan, Irak ve Suriye son yılların en büyük savaş sahalarına dönüştü. Bunları sadece Amerika Birleşik Devletleri ile değil, Avrupa Birliği ittifakıyla beraber değerlendirmek durumundayız. Adil bir dünya noktasında Filistin meselesi, bardağı taşıran son damlaydı. Dünyanın gözü önünde yaklaşık 1 yıldır çocuklar, kadınlar, masumlar İsrail'in bombaları altında ölüyor; hastaneler, okullar, kiliseler, camiler hatta masumların sığındığı çadırlar bombalanıyor; Filistinliler göçe zorlanıyor. Bugün artık Gazze, bir toplu mezarlığa dönüşmüş durumdadır. Dünyada vicdan sahibi insanlar yaşanan bu soykırımı sesiz kalmadı, kalmıyor. Farklı ülkelerde yapılan telkinleri, eylemleri ve kınamaları hep birlikte görüyoruz. Ancak hâlâ Birleşmiş Milletler'den bir karar çıkartılamıyor çünkü Amerika Birleşik Devletleri bunu veto ediyor.

Var olan küresel sistem kesinlikle büyük bir kaos içindedir; ahlaki ve hukuki meşruiyetini kaybetmiştir, can çekişmektedir. Radikal bir restorasyona ihtiyaç vardır ama bu konuda da umutsuzum. Böyle bir yola gireceklerini düşünmüyorum.

Avrupa Birliği ile Amerika Birleşik Devletleri'nin izlediği yol, insanlığın son 150 yılda ortaya koyduğu birikim ve kazanımları bulanıklaştırmakta, vaat ettikleri bütün değerler ortadan kalkmaktadır. Diğer milletlerde, özellikle ABD ve AB'nin kendi güçlerini tahkim ve devam ettirebilmek için hukuku ve liberal ahlaki söylemi bir araç olarak kullandığı inancı hızla yaygınlaşmaktadır. Dünyanın farklı noktalarında yapılan anketlere baktığımızda çok net bir şekilde Amerika Birleşik Devletleri'ne olan güvenin düştüğünü görüyorsunuz.

Yaşanılan bu gerçeklikte, İsrail'in soykırma devam etmesi ve hiçbir küresel kurumdan anlamlı tepki gelmemesi, insanlığın hukuka dayalı adil bir düzenin tasavvur inancını zayıflatmaktadır. Bu, insanlık adına en büyük kayıp olur. Yaşanan savaşların sonrasında hukuka dayalı adil bir dünya var olabilir mi sorusu vardı, bu inanç gitgide yok oluyor. Ahlaki meşruiyetle ilgili olarak da küresel ve adil bir düzenin olmadığı çok ama çok açık bir şekilde onlarca defa deklare ediliyor. Muhtemelen önümüzdeki yıllarda küresel güç mücadelesinin çok daha hızlı ve vahşi olacağına hep birlikte tanıklık edeceğiz.

Sempozyumun konusuna dönecek olursak; ticaret, her zaman dünyanın en önemli konularından biri olmaya devam edecektir. Geçmişe baktığımızda insanlık tarihinde de bu böyle olmuştur.

Avrupa Birliği olmasa da biz kendi adımıza daha adil ve işleyen, tarafların sorunlarını en iyi şekilde çözen bir hukuk sistemi geliştirmek zorundayız. Avrupa Birliği bugün küresel adalet ve hukuka dayalı adil bir düzenle ters düşse de bizim adımıza onun müktesebatı bir insanlık tecrübesidir ve değerlidir. Bu müktesebatı değerlendirme ve bize neyin yarayıp yaramayacağını öngörebilme kapasitesine sahibiz.

Sempozyumda emeği geçenlere özellikle teşekkür ediyorum. Yürütme, yargı, akademisyenler ve şirketlerin yani paydaşların bir araya gelmesi ve bir yasanın gelişiminde bu gibi ortamlarda birlikte çalışması çok önemlidir. Başarıyı ve sürdürülebilirliği mümkün kılan şey budur.

Tüm katılımcılara tekrar hoş geldiniz diyorum ve sempozyumun hayırlı sonuçlar üreteceğine yürekten inanıyorum.

Bu sempozyumda sunulan tebliğler ve ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlamaktadır. Kurumumuzla bir ilgisi bulunmamaktadır.



I. Oturum

I. Tebliğ

Avrupa Birliği Direktifleri ve İlerleme Raporları Işığında Türk Hukukunda Sermaye Şirketlerinin Denetimi

Prof. Dr. Şafak NARBAY &
Dr. Öğr. Üyesi Nihan DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Rıza AYHAN

Saat: 10.00 – 10.20



Avrupa Birliği Direktifleri ve İlerleme Raporları Işığında Türk Hukukunda Sermaye Şirketlerinin Denetimi*

Prof. Dr. Şafak NARBAY**

Dr. Öğr. Üyesi Nihan DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN***

Öz

Avrupa Birliği Genişleme Politikasına İlişkin 2023 Bilgilendirmesi Komisyon İ Çalışma Dokümanı Türkiye Raporu'nun "4. Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği" üst başlığı, "Grup 2: İç Pazar" alt başlığı altında, "Fasıl 6: Şirketler Hukuku" yan başlığı içerisinde Şirket raporlaması ve denetim konusunda "Küçük ve mikro Şirketler için finansal raporlama standartları kabul edilerek, rapor döneminde bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Ancak 2022'deki diğer tavsiye konusunda ilerleme kaydedilmemiştir ve bu tavsiye hâlâ geçerlidir." Şeklinde bir değerlendirmenin ortaya konulduğu görölmektedir. Türk Hukukunda anonim Şirketlerde denetim, 6102 sayılı TTK'nin 397 ilâ 406'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. TTK m. 397/4'e göre bağımsız denetime tabi olacak Şirketler Cumhurbaşkanınca belirlenir. Bağımsız denetim kapsamı dışında kalan Şirketlerin denetimine ve denetçiye ilişkin usul ve esasların ise TTK m. 397/5'e göre Cumhurbaşkanınca ıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak bu hükmün üzerenden yaklaşık on bir (11) yıl geçmiş olmasına rağmen bağımsız denetim

* Bu alıŐma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukununun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, safaknarbay@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3202-4395.

*** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nihandaydin@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4973-4174.

kapsamı dışında kalacak şirketlerin denetimine yönelik yönetmelik henüz yayımlanmamıştır. AB İlerleme Raporunda ifade edilen husus da TTK m. 397/5 çerçevesinde bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin denetimine ilişkin mevzuattır. Diğer taraftan limited şirketlerin denetiminde ise TTK m. 635'e göre, TTK m. 397/5-6 hükümleri dışında anonim şirketin denetimine ilişkin hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Türk hukukunda bağımsız denetim kapsamı dışında bırakılmış olan (içerisinde küçük ölçekli ve orta ölçekli şirketlerin bir kısmının da yer aldığı) anonim şirketlerin denetimi zorunlu olmasına karşın, TTK m. 397/5'te öngörülen yönetmeliğin yayımlanmaması bu şirketlerin uzun bir süredir denetimsiz kalmasına sebep olmuştur. AB müktesebatına tam uyumun gerçekleştirilmesi ve bu çerçevede "Şirketler Hukuku"na ilişkin faslın bir an önce kapanmasını sağlamak amacıyla ilgili yönetmeliğin en kısa zamanda yayımlanması gereği ortadadır. Öte yandan bağımsız denetim dışında kalan limited şirketler için TTK m. 397/5'e benzer bir zorunlu denetim sisteminin kanuni bir düzenlemeye bağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Son olarak AB İlerleme Raporunda "Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Direktifi" (Corporate Sustainability Reporting Directive-CSRD)'ne uyum sağlanmasına yönelik değerlendirme kapsamında sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesine yönelik standartların ve zorunluluğun da gecikmeksizin yürürlüğe konulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bağımsız denetim, Bağımsız denetim dışında kalan şirketler, AB Direktifleri, AB İlerleme Raporları, Sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesi.

Audit of Stock Corporation in Turkish Law in Light of European Union Directives and Progress Reports

Abstract

European Union Enlargement Policy 2022 Information Commission Internal Working Document Turkey Report, under the heading “4. Ability to Assume Membership Obligations,” within the sub-heading “Group 2: Internal Market,” and under the sub-heading “Chapter 6: Company Law,” stated, “*Some progress was made during the reporting period, by adopting the financial reporting standards for small and micro companies. However, there was no progress on the other 2022 recommendation, which remains valid.*”. In Turkish Law, the audit of joint-stock companies is regulated between Articles 397 and 406 of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. According to Article 397/4 of the TCC, companies outside the scope of independent audit are determined by the President of the Republic. The procedures and principles regarding the audit and auditors of companies outside the scope of independent audit are to be regulated by a regulation to be issued by the President of the Republic, as stipulated in Article 397/5 of the TCC. However, although approximately eleven (11) years have passed since this provision, the regulation on the audit of companies outside the scope of independent audit has not yet been published. The issue stated in the EU Progress Report is the legislation regarding the audit of companies outside the scope of independent audit within the framework of Article 397/5 of the Turkish Commercial Code. On the other hand, concerning the audit of limited liability companies, it is regulated under Article 635 of the TCC that the provisions regarding the audit of joint-stock companies, excluding the provisions of Article 397/5-6, will be applied. In Turkish law, although the audit of joint-stock companies outside the scope of independent audit

(including some small and medium-sized companies) is mandatory, the lack of publication of the regulation within the framework of Article 397/5 of the TCC has led to the lack of audits for these companies for a long time. It is obvious that the relevant regulation must be published as soon as possible in order to ensure full compliance with the EU acquis and, within this framework, to close the chapter on “Company Law” as soon as possible. Furthermore, for limited liability companies outside the scope of independent audit, we believe that mandatory audit provisions similar to those in Article 397/5 of the TCC should be envisaged. Finally, within the scope of the evaluation for compliance with the “Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)” in the EU Progress Report, the standards and obligations for the assurance of sustainability reporting must be put into effect without delay.

Keywords: Independent audit, Companies outside the scope of independent audit, EU Directives, EU Progress Reports, Assurance of sustainability reporting.

Extended Summary

European Union Enlargement Policy 2022 Information Commission Internal Working Document Turkey Report, under the heading “4. Ability to Assume Membership Obligations,” within the sub-heading “Group 2: Internal Market,” and under the sub-heading “Chapter 6: Company Law,” stated, “Overall, further work is required to align with the EU acquis on accounting and statutory audit.” In the 2023 EU Progress Report, regarding corporate reporting and auditing, it was evaluated as follows: “Some progress was made during the reporting period, by adopting the financial reporting standards for small and micro companies. However, there was no progress on the other 2022 recommendation, which remains valid.” It is understood that there is a reference to the recommendation, “further work is required to align with the EU acquis on statutory audit.”

As known, in Turkish law, the audit of joint-stock companies is regulated between Articles 397 and 406 of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. Before the TCC came into effect, all joint-stock companies were subject to independent audit without any distinction between

small, medium, and large scale. However, with the Law No. 6335 published in the Official Gazette one day before the Law came into force, changes were made to the TCC, stating that the companies subject to independent audit would be determined by the Cabinet Council, thereby limiting the scope of companies subject to independent audit. With the amendment of the Law No. 6455, a paragraph was added to Article 397 of the TCC, stipulating that joint-stock companies outside the scope of independent audit would be audited according to the provisions of the fifth paragraph; the principles and procedures of the audit, the qualifications of the auditors who will audit in accordance with this paragraph, their adherence to ethical principles, their duties and powers, their selection, removal, or resignation; and the content of the audit and audit reports and the presentation of the report to the general assembly would be regulated by a regulation to be issued by the the President of the Republic. It should be emphasized that the criteria for companies subject to independent audit under Article 397/4 of the TCC have been amended six times. It is observed that the scope of companies subject to independent audit has been expanded with each change. Although it has been approximately eleven (11) years since the provision that the principles and procedures for the audit of companies outside the scope of independent audit will be regulated by a regulation to be issued by the President of the Republic, this regulation has not yet been published. Furthermore, for limited liability companies, it is foreseen under Article 635 of the TCC that the provisions regarding the audit of joint-stock companies, excluding the provisions of Article 397/5-6, will be applied.

The point emphasized in the EU progress report is the absence of regulation for the audit of companies outside the scope of independent audit within the framework of Article 397/5 of the TCC. Despite the mandatory audit of joint-stock companies outside the scope of independent audit in Turkish law, the absence of the regulation promised by Article 397/5 of the TCC has left these companies unaudited. It is evident that the regulation should be published as soon as possible for full compliance with EU legislation. We also believe that a mandatory audit similar to Article 397/5 of the TCC should be envisaged for limited liability companies outside the scope of independent audit.

Finally, within the scope of the evaluation regarding the need to comply with CSRD in the EU progress report, the standards and obligation for the assurance of sustainability reporting should be regulated as soon as possible.

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) çıkarılmasına etkili olan birçok sebep mevcuttur. Bunlardan biri de Avrupa Birliği'ne (AB) tam üyelik için hukuki uyumun sağlanması amacıyla AB düzenlemelerini ulusal hukukun bir parçası haline getirmek, diğer bir ifadeyle AB Müktesebatının (*acquis communautaire*) Türk Hukukuna aktarılması zorunluluğudur. Türkiye, 03.10.2005 tarihi itibarıyla "müzakere eden ülke" konumunda olması sebebiyle Türk Hukukunun AB müktesebatıyla uyumlaştırılması yanında AB'nin ileride yayımlanacak yönergelerine de uyum sağlama görevini üstlenmektedir¹.

AB Müktesebatında denetim alanında iki temel düzenleme bulunmaktadır. İlki 17 Mayıs 2006 tarihli ve 2006/43/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi² ve diğeri de 16 Nisan 2014 tarihli ve 537/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'dür³. Türkiye AB Müktesebatı

1 TTK Genel Gerekeçe. AB Komisyonu AB Müktesebatının ulusal hukuka aktarılmasıyla ilgili şu açıklamayı yapmıştır: "Başvuruda bulunan (her) ülke Topluluğa üye olması ile birlikte, Anlaşmaları ve Anlaşmaların öngörölmüş hedeflerini, Anlaşmaların yürürlüğe girmesinden itibaren verilmiş her türlü düzenlemeleri, kararları ve Topluluğun kurulması ve güçlendirilmesi amacıyla açıklanmış görüşleri çekincesiz kabul etmek zorundadır." [TTK Genel Gerekeçe-B) Türk Ticaret Kanununun Çıkarılmasında Etkili Olan Sebepler II. AB Tam Üyelğine Aday Olma, Müzakerelere Başlanması Kararı ve "Müzakere Eden Ülke" konumu başlığı altında yapılan açıklamalar].

2 Yıllık hesapların ve konsolide hesapların yasal denetimlerine ilişkin, 78/660/EEC ve 83/349/EEC sayılı Konsey Direktiflerini değıştiren ve 84/253/EEC sayılı Konsey Direktifini yürürlükten kaldıran 17 Mayıs 2006 tarihli 2006/43/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02006L0043-20230105>), (Erişim Tarihi: 24.01.2024).

3 Kamu yararına çalışan kuruluşların yasal denetimine ilişkin özel gerekliliklere ilişkin ve 2005/909/EC sayılı Komisyon Kararını yürürlükten kaldıran 16 Nisan 2014 tarihli ve 537/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Regulation (EU) No 537/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on

batının Türk Hukukuna aktarılması amacıyla TTK ile birçok köklü değişiklik yapmış ve yapmaya da devam etmektedir. Nitekim 660 sayılı KHK⁴ ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK)'nın kurulması, Bağımsız Denetim Yönetmeliği⁵ (BDY) ile bağımsız denetime, bağımsız denetim kuruluşlarına ve bağımsız denetçilere ilişkin usul ve esasları düzenlenmesi ve kamu yararını ilgilendiren kuruluşların (KAYİK)⁶ denetimi ve son olarak Küçük ve Mikro İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı (KÜMİ FRS) 2022⁷ yayımlanması mevzuat alanındaki çalışmalara örnek olarak verilebilir.

Öte yandan AB Müktesebatı Uyum Süreci İlerleme Raporlarında Şirketler Hukukuna ilişkin 6'ncı fasılda, "denetime ilişkin değerlendirmeler" yer almaktadır. Bu çerçevede Türk Hukuku ve AB Hukukunun karşılaştırmalı olarak incelenerek ilerleme raporlarında denetime ilişkin Türk Hukuku açısından öngörülmuş bulunan sorunların tespit edilmesi, halen yürürlükte bulunan mevzuat çalışmalarımız sonucu geldiğimiz seviyenin ortaya konulması ve yapılması gerekenlere ilişkin çözüm önerilerinin belirlenmesi, çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır. Bu amaçla çalışmamızda öncelikle Türkiye hakkında AB İlerleme Raporlarında denetimle ilgili yapılmış olan değerlendirmeler ele alınmış; ardından AB Müktesebatında denetime ilişkin düzenlemelere genel olarak temas edilmiş; bunu takiben Alman ve İsviçre hukuklarında denetime ilişkin düzenlemelerden ana hatları ile bahsedilmiş; son olarak da Türk Hukukunda denetime ilişkin düzenlemeler AB müktesebatıyla karşılaştırmalı olarak incelenerek tespit edilen sorunlar ortaya konulmuş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC).

4 R.G., T. 02.11.2011, S. 28103.

5 R.G., T. 26.12.2012, S. 28509.

6 BDY m. 4/1-1: "Kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar (KAYİK): Halka açık şirketler, bankalar, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, faktöring şirketleri, finansman şirketleri, finansal kiralama şirketleri, varlık yönetim şirketleri, emeklilik fonları, (Değişik ibare:RG-21/10/2014-29152) 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda tanımlanmış olan ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları ile faaliyet alanları, işlem hacimleri, istihdam ettikleri çalışan sayısı ve benzeri ölçütlere göre önemli ölçüde kamuoyunu ilgilendirdiği için Kurum tarafından bu kapsamda değerlendirilen kuruluşları, ... ifade eder."

7 R.G., T. 16.01.2023, S. 32075.

I. Avrupa Birliği İlerleme Raporlarında Denetim

Türkiye'nin AB'ye katılım müzakerelerinin başladığı ve müzakerelerin usul ve esaslarının belirlendiği Müzakere Çerçeve Belgesi doğrultusunda müzakereler 35 farklı fasıl üzerinden yürütülmektedir. Türkiye'nin AB'ye katılım müzakerelerinde, halihazırda 16 fasıl müzakereye açılmış olup, bunlardan birisi de “Şirketler Hukuku”dur⁸. Avrupa Komisyonu Türkiye ilerleme raporlarında her yıl şirketler hukuku faslına yönelik değerlendirmeler yapmaktadır⁹. Öncelikle belirtmek gerekir ki Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon'un 1998 Düzenli Raporunda şirketler hukukuna yönelik şu ifadeler yer almaktaydı: “*Şirketler hukukuyla ilgili olarak, belirli bir uyumlulaşma düzeyine şimdiden erişilmiştir. Bu alandaki Türk mevzuatının ana hükümleri ve ilkeleri, ilgili Topluluk yönergelerine uygundur. Türk kuralları, hissedarlara ve alacaklılara yeterli koruma sağlamaktadır. Asgari sermaye gerekleri, ticarî kuruluş çeşitleri, kurumsal yapı, tescil gerekleri ve bilgi açıklama gibi diğer hükümler de, Topluluk mevzuatına büyük ölçüde uygundur. Tam uyum sağlanması zor olmayacaktır.*”¹⁰. Bu tespitler 6102 sayılı TTK'nin henüz çıkarılmasına yönelik çalışmaların başlatılmasından önce yapılmıştır¹¹. Söz konusu bu tespitlerden bugüne kadar yaklaşık yirmi altı (26) yıl geçmesine rağmen tam uyum sağlanmasına yönelik bir karar ortaya çıkmadığı gibi şirketler hukukuyla ilgili fasıl da açık bulunmaktadır. Şöyle ki fasılın kapsamı çerçevesinde şirketler hukuku mevzuatı, şirketler ile muhasebe ve denetime ilişkin mevzuat olmak üzere iki ana unsurdan oluşmakta olup, muhasebe ve denetim alanındaki kurallar, anonim ve limited şirketlerin bilanço esasları, finansal raporlama ilkeleri, denetim ve muhasebe esaslarını

8 https://www.ab.gov.tr/katilim-muzakerelerinde-mevcut-durum_65.html, (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

9 Avrupa Komisyonu'nun 2012 yılı Türkiye İlerleme Raporunun şirketler hukuku faslında finansal raporlama ve denetim hususu hakkında değerlendirme için bkz. Korut Özkorkut, “Avrupa Komisyonu'nun 2012 Yılı Türkiye İlerleme Raporunun Şirketler Hukuku Faslına Finansal Raporlama ve Denetim Açısından Doğru Okumak”, BATİDER, XXVIII/4 (2012) s. 243-246.

10 Türkiye'nin Katılım Yönünde İlerlemesi Üzerine Komisyon'un 1998 Düzenli Raporu, (https://www.ab.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_1998.pdf, (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

11 Yeni bir Ticaret Kanununun yapılmasına yönelik Komisyon çalışmaları 08.12.1999 tarihinde başlamıştır. Bkz. Abuzer Kendigelen, “Yeni Türk Ticaret Kanununun Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Başlangıç Hükümleri”, EÜHFHD, XVI/ 3–4 (2012), s. 3.

düzenlemektedir¹². Şirketler hukukuna ilişkin fasıl 17.06.2008 tarihinde müzakereye açılmış ve fasla dair beş (5) adet teknik kapanış kriteri bildirilmiş, ancak yine bugüne kadar Türkiye'nin sadece bir kapanış kriterini yerine getirdiği karara bağlanmıştır¹³. Yerine getirilmesi gereken kapanış kriterlerinden biri de denetime ilişkin mevzuatının, ikincil düzenlemeler de dahil olmak üzere, AB müktesebatı ile tam uyumunun sağlanmasıdır.

Son iki yılın Değerlendirme Raporlarında denetim konusunda önemli noktalar ön plana çıkmaktadır. Avrupa Birliği Genişleme Politikasına İlişkin 2022 Bilgilendirmesi Komisyon İç Çalışma Dokümanı Türkiye Raporu'nun "4. Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği" üst başlığı, "Grup 2: İç Pazar" alt başlığı altında, "Fasıl 6: Şirketler Hukuku" yan başlığı içerisinde öncelikle AB'nin, muhasebe, finansal raporlama ve bağımsız denetim için tamamlayıcı kuralları bulunduğu vurgulanmıştır. Ardından şirket raporlaması ve denetim konusunda "... küçük ölçekli ve mikro şirketler için finansal raporlama standartlarına ilişkin AB müktesebatına uyum uzun sürer beklemededir ve finansal olmayan bilgilere veya devlete yapılan ödemelere ilişkin uyum düzeyi hâlâ belirsizdir. Genel olarak, muhasebe ve bağımsız denetim alanındaki AB müktesebatına uyum sağlanması için daha fazla çalışma yapılması gerekmektedir." şeklinde değerlendirme ortaya konulduğu görülmektedir¹⁴. Bunun yanında Türkiye'nin özellikle yerine getirmesi gereken

12 https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html, (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

13 Şirketler hukuku faslı kapsamında kapanış kriterleri şunlardır: "1. Türkiye, AB müktesebatına uyumu sağlamak için Türk Ticaret Kanunu Tasarısını, Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısını ve diğer ilgili mevzuatı kabul etmelidir. 2. Türkiye, Sermaye Piyasası Kanununu ilgili AB müktesebatı ile uyumlu olarak değiştirmelidir. 3. Türkiye, muhasebe, mali raporlama ve denetime ilişkin mevzuatının, ikincil düzenlemeler de dahil olmak üzere, AB müktesebatı ile tam uyumunu sağlamalıdır. 4. Türkiye, denetim standartlarının ve etiğin belirlenmesinde, kamu gözetimi sistemi kapsamında bağımsız denetçilerin ve denetim şirketlerinin yetkilendirilmesinde ve kalite güvencesi çerçevesinde faaliyetlerinin izlenmesinde tek başına en üst yetkili otorite olarak Türkiye Denetim Standartları Kurumu'nu kurmalıdır. 5. Türkiye, Şirketler Hukuku faslına ilişkin AB müktesebatını doğru şekilde uygulamak için idari kapasitesini güçlendirmelidir.". Belirtmek gerekir ki KGK'nin kurulması ile 4 no'lu kapanış kriteri karşılanmıştır (https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html), (Erişim Tarihi: 09.02.2024).

14 "Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine ve Bölgeler Komitesine Sunulan Komisyon Bilgilendirmesi AB Genişleme Politikasına İlişkin 2022 Bilgilendirmesi, 2022 Türkiye Raporu", (Avrupa Birliği Komisyonu, 2022 Türkiye Raporu) s. 88 https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/2022_turkiye_report_tr_27.11.2022_22.05.pdf, (Erişim Tarihi: 16.10.2023).

hususlar arasında “AB müktesebatına daha fazla uyum sağlamak amacıyla küçük ölçekli ve mikro şirketler için finansal raporlama standartlarını kabul etmesi gerekmektedir.” şeklinde bir vurgulama da yapılmıştır¹⁵.

08.11.2023 tarihinde Avrupa Birliği Genişleme Politikasına İlişkin 2023 Bilgilendirmesi Komisyon İç Çalışma Dokümanı Türkiye Raporu yayımlanmıştır. Raporun “4. Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği” üst başlığı, “Grup 2: İç Pazar” alt başlığı altında, “Fasıl 6: Şirketler Hukuku” yan başlığı altında, aynen 2022 Raporunda yer aldığı gibi, AB’nin muhasebe, finansal raporlama ve bağımsız denetim için tamamlayıcı kuralları bulunduğu vurgulanmıştır. Ardından şirket raporlaması konusunda Kasım 2022’de bağımsız denetime tabi şirketlerin belirlenmesine ilişkin usul ve esaslara ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararının yayımlandığı ve bu kararlar beraber denetim muafiyet eşiklerinin düşürüldüğü ifade edilmiştir. Ocak 2023’te KGK tarafından KÜMİ FRS’nin yayımlandığını ve Mart 2023’te Profesyonel Muhasebeciler için Uluslararası Etik Kurallardaki (Uluslararası Bağımsızlık Standartları dâhil) değişikliklere dayanarak Bağımsız Denetçiler İçin Etik Kurallardaki (uluslararası bağımsızlık standartlar dâhil) standartların da güncellendiği belirtilmiştir¹⁶.

AB 2023 İlerleme Raporunda açıkça, 2022 raporundaki gibi genel olarak, muhasebe ve bağımsız denetim alanındaki AB müktesebatına uyum sağlanması için daha fazla çalışma yapılması gerektiği ifade edilmemiştir. Öte yandan Raporda, “Küçük ve mikro şirketler için finansal raporlama standartları kabul edilerek, rapor döneminde bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Ancak 2022’deki diğer tavsiye konusunda ilerleme kaydedilmemiştir ve bu tavsiye hâlâ geçerlidir.” şeklinde bir değerlendirme ortaya konulduğu görülmektedir¹⁷. Kanımızca açıkça vurgulanmasa da “... geçerli olan diğer 2022 tavsiyesi konusunda ilerleme kaydedilmedi” ifadesinden 2022 yılında geçerliliğini

15 Avrupa Birliği Komisyonu, 2022 Türkiye Raporu, s. 87.

16 Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine ve Bölgeler Komitesine Sunulan Komisyon Bilgilendirmesi AB Genişleme Politikasına İlişkin 2023 Bilgilendirmesi, 2023 Türkiye Raporu, (Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu), s. 90-91 (<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>), (15.02.2024). Bağımsız Denetçiler için Etik Kurallarda yapılan değişiklikler için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/03/20230312-8.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2024).

17 Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu, s. 91-92.

koruyan bağımsız denetim alanında da AB müktesebatına uyum sağlanması için daha fazla çalışma yapılması gerektiği yorumunu yapmak mümkündür. Bununla beraber AB 2022 İlerleme Raporunda bağımsız denetim alanında AB müktesebatına uyum sağlanması için daha fazla çalışma yapılması gerektiği ifade edilen hususla neyin kastedildiği de açıkça belirtilmemiştir. İleride ayrıntılarıyla ortaya koyduğumuz üzere, şimdilik bu hususun TTK m. 397/5 hükmü çerçevesinde bağımsız denetim dışı kalan şirketlerin denetimine ilişkin hukuksal altyapının bir an önce yürürlüğünün sağlanması olduğunu söylemekle yetiniyoruz.

Son olarak AB 2023 İlerleme Raporunda Türkiye'nin, 2022 tarihli Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Direktifi'ne¹⁸ (*Corporate Sustainability Reporting Directive [CSRD]*) uyum sağlaması gerekeceği de ifade edilmiştir¹⁹.

II. Avrupa Birliği Müktesebatında Denetim

AB müktesebatında muhasebe ve denetim konularında üye ülkeler arasında uyumun sağlanması amacıyla direktifler yayımlanmıştır²⁰. Denetimle ilgili ilk düzenleme; muhasebe belgelerinin yasal denetimlerinin yürütülmesinden sorumlu kişilerin onaylanmasına ilişkin belirli koşulları ortaya

18 Küresel tedarik zincirlerinde kurumsal faaliyetlerin çevresel ve sosyal etkilerine ilişkin özen yükümlülüğünün tesis edilmesine yönelik AB yasal çerçevesini hazırlayan Kurumsal Sürdürülebilirlik ve Özen Yükümlülüğü Direktifi Taslağı (*Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive - CSDD*) Avrupa Komisyonu tarafından 23 Şubat 2022 tarihinde yayımlanmıştır (<https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat/surdurulebilir-finansman/kurumsal-surdurulebilirlik-raporlama-direktifi>), (Erişim Tarihi: 09.01.2024).

19 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 88'inci maddesinde yapılan değişlikle (R.G., T. 04/06/2022, S. 31856) Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarının (TSRS) uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde belirlenmesi ve yayımlanması yetkisi KGK'ye verilmiştir. KGK bu yetkiye dayanarak Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu (ISSB) tarafından yayımlanan uluslararası standartları benimseme kararı almıştır. ISSB tarafından yayımlanmış olan iki Standart bulunmaktadır: Şöyle ki, TSRS 1 Sürdürülebilirlikle İlgili Finansal Bilgilerin Açıklanmasına İlişkin Genel Hükümler ve TSRS 2 İklimle İlgili Açıklamalar (ayrıntılı bilgi ve TSRS 1 ve TSRS 2 Raporlarının içeriği için bkz. https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/Surdurulebilirlik/Duyuru/Turkiye_Surdurulebilirlik_Raporlama_Standartlari_ve_TSRSlerin_Uygulama_Kapsami_Resmi_Gazetede_Yayilanmistir.pdf) (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

20 Yayımlanan bu direktifler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Luca Cerioni, *EU Corporate Law and EU Company Tax Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007, s. 68-69.

koymayı amaçlayan 10 Nisan 1984 tarih ve 84/253/EEC sayılı Sekizinci Konsey Direktifi'dir²¹. Zamanla, Sekizinci Direktif'in yerini, 2006/43/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi almıştır²². 09.01.2024 tarihli son güncel metne göre 2006/43/EC sayılı Direktif²³ yıllık ve konsolide hesapların yasal denetimi ve yıllık ve konsolide sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesine ilişkin kuralları belirlemektedir (2006/43/EC m. 1).

2006/43/EC sayılı Direktif m. 2/1'de yasal denetim şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Yasal denetim: yıllık ve konsolide hesapların şu ölçüde denetlenmesi anlamına gelir: (A) Birlik hukukunun gerektirdiği; (B) küçük işletmelere ilişkin olarak ulusal mevzuatın gerektirdiği; (C) Ulusal mevzuatın bu tür denetimleri yasal denetimler olarak tanımladığı (b) maddesi kapsamındaki denetimlere eşdeğer ulusal yasal gereklilikleri karşılayan küçük işletmelerin talebi üzerine gönüllü olarak gerçekleştirilir”*.

Hükümde geçen küçük işletmelerin ne anlama geldiği hususu 2006/43/EC sayılı Direktif m. 2/18'de belirtilmiştir. Buna göre küçük işletmeler 2013/34/EU sayılı Direktif'in²⁴ 1(1) ve 3(2) maddelerinde atıfta bulunulan teşebbüsler anlamına gelir. İlgili hükme göre küçük işletmeler,

21 Nicola De Luca, European Company Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, s. 47. Direktifte, tescil ve mesleki dürüstlükle ilgili bazı şartlar düzenlenirken, yasal denetçilerin nasıl davranmaları gerektiğine ve yüksek bir denetim kalitesinin sağlanması ihtiyacı duyulan kamu gözetimi derecesi veya dış kalite güvencesi ile ilgili bilgileri içermediği hususunda değerlendirmeler için bkz. Aytaç Köksal, Bağımsız Denetim Sözleşmeleri, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 43-44.

22 2006/43/EC sayılı Direktifin ilanı öncesinde yaşanan hukuki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal, Bağımsız Denetim, s. 43-46.

23 Belirtmek gerekir ki 17 Mayıs 2006 tarihli 2006/43/EC sayılı Direktif, 21.03.2008, 19.07.2013, 16.06.2014, 05.01.2023 ve son olarak 09.01.2024 tarihlerinde olmak üzere beş (5) farklı değişikliğe uğramıştır. İlk Direktif ve daha sonraki direktif metinleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02006L0043-20230105> (11.01.2024).

24 Belirli türdeki teşebbüslerin yıllık mali tablolarına, konsolide mali tablolarına ve ilgili raporlarına ilişkin, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2006/43/EC sayılı Direktifini değiştiren ve 78/660/EEC ve 83/349/EEC sayılı Konsey Direktiflerini yürürlükten kaldıran 26.06.2013 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 2013/34/EU sayılı Direktifi (Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC), (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02013L0034-20230105>), (Erişim Tarihi: 24.01.2024).

bilanço toplamı 4 milyon E, net ciro 8 milyon E, mali yıl boyunca ortalama çalışan sayısı 50 kişi şeklinde ifade edilen üç kriterden en az ikisinin sınırlarını aşmayan işletmelerdir. Ancak eşikler, bilanço toplamı için 6 milyon E ve net ciro için 12 milyon E'yu aşamaz²⁵.

2013/34/EU sayılı Direktif m. 34'te ayrıca orta ve büyük ölçekli işletmelerin veya kamu yararını ilgilendiren kuruluşların (KAYİK) mali tablolarının, 2006/43/EC sayılı Direktife dayanarak yasal denetimler yürütmek üzere Üye Devletler tarafından onaylanan bir veya daha fazla yasal denetçi veya denetim firmaları tarafından denetleneceği belirtilmektedir.

Yukarıdaki hükümler ışığında, KAYİK'lerin, orta veya büyük ölçekli işletmelerin denetimi zorunludur. Öte yandan 2006/43/EC sayılı Direktif m. 2/1'den anlaşıldığı üzere AB, üye ülkelere küçük ölçekli işletmeleri yasal denetim dışında tutma yetkisi vermektedir²⁶. Küçük ölçekli işletmelerin denetimi zorunlu olmamasına karşın 2006/43/EC sayılı Direktifin kapsamına ulusal mevzuatta yasal denetim olarak tanımlanan, küçük işletmelere yönelik denetimler ve küçük işletmeler tarafından gönüllü olarak gerçekleştirilen denetimler de girmektedir (2006/43/EC m. 2/1)²⁷. Bu sebeple Üye Devletlerin ulusal mevzuatlarında küçük işletmelerin yasal denetimi ister gönüllü isterse zorunlu olsun 2006/43/EC sayılı Direktif uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir anlatımla küçük, orta ve büyük ölçekli ayrımı yapılmaksızın her şirket için yıllık ve konsolide hesapların yasal denetimi için minimum gereklilikleri içeren 2006/43/EC sayılı Direktif uygulanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki 2006/43/EC sayılı Direktif m. 26'da denetim standartları düzenlenmektedir. Hükmün beşinci fıkrasına göre (2006/43/EC m. 26/5) bir Üye Devlet küçük işletmelerin yasal denetimini zorunlu

25 Mikro işletmeler ise bilanço toplamı 450.000 E, net ciro 900.000 E, mali yıl boyunca ortalama çalışan sayısı 10 kişi eşiklerinden bilanço tarihleri itibarıyla üç eşikten en az ikisinin sınırlarını aşmayan teşebbüslerdir (2013/34/EU m. 3/1).

26 Charlotte Villiers / Jukka Mähönen, "Accounting, Auditing, and Reporting: Supporting or Obstructing the Sustainable Companies Objective?", Company Law and Sustainability, Ed. Beate Sjäffell, Benjamin J. Richardson, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 208. 2013/34/EU sayılı Direktifin, küçük şirketlerin ve mali tablo kullanıcılarının özel koşullarını ve ihtiyaçlarını dikkate alarak Üye Devletlerin küçük şirketlere denetim uygulamasını engellemeyeceği yönünde bkz. Andrea Vicari, European Company Law, Berlin, Boston: De Gruyter, 2021, s. 206.

27 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_2244, (Erişim Tarihi: 18.02.2024).

kıldığı durumlarda, 1. paragrafta atıfta bulunulan denetim standartlarının uygulanmasının bu tür işletmelerin faaliyetlerinin ölçeği ve karmaşıklığıyla orantılı olmasını öngörebilir. Üye Devletler, küçük işletmelerin yasal denetimlerinde denetim standartlarının orantılı olarak uygulanmasını sağlamak amacıyla önlemler alabilir. Örneğin, bir Üye Devlet küçük işletmeler için yasal denetimi zorunlu kılması durumunda, Üye Devlet aynı zamanda yasal denetçilerin ve denetim firmalarının iç organizasyonu, müşteri kayıtlarının belgelenmesi ve denetim dosyaları gibi birkaç yükümlülüğüyle ilgili yönetsel sorumluluklarını azaltmak için daha basit şartlar belirleyebilir²⁸. Denetim standartlarının uygulanması hususu (2006/43/EC m. 26/5) dışında yıllık ve konsolide hesapların yasal denetimi ve yıllık ve konsolide sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesine ilişkin asgari gereklilikler, Üye Devletin küçük işletmelerde yasal denetimi zorunlu kılıp kılmamasına bakılmaksızın uygulama alanı bulacaktır.

AB Ülkeleri, küçük işletmelerin yasal denetimlerini herhangi bir şartta tabi olmaksızın zorunlu kılabilir veya belirli şartların varlığı dâhilinde zorunlu tutabilir (2006/43/EC m. 2/1). Örneğin İtalyan hukukunda şirketlerin büyüklüğüne bakılmaksızın yasal denetim tüm anonim şirketler için zorunludur. Öte yandan limited şirketlerde, bilanço toplamı 4 milyon E, net ciro 4 milyon E ve mali yıl boyunca ortalama çalışan sayısı 20 kişi ölçütlerinden üst üste iki mali yıl boyunca en az birini aşmış olması halinde yasal denetim zorunlu olacaktır²⁹.

Üye Ülkeler denetim eşikleri için 2013/34/EU sayılı Direktifte yer alan küçük işletme tanımını kullanmak zorunda olmayıp, yirmi yedi (27) ülkeden yalnızca yedi (7) ülke (Estonya, Yunanistan, Fransa, Hırvatistan, Malta, Romanya, Slovenya) denetim eşikleri için bu küçük işletme tanımını kullanmıştır. Bununla birlikte Danimarka, Almanya, İrlanda ve Hollanda, zorunlu denetim eşiklerini 6 milyon Euro'luk bir bilançoya ve 12 milyon Euro'luk net ciroya çıkarmak için 2013/34/EU sayılı Direktif'in 3(2) maddesinin ikinci alt paragrafındaki seçeneği kullanmıştır³⁰.

28 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_2244, (Erişim Tarihi: 18.02.2024).

29 European Commission, Study on the Audit Directive (Directive 2006/43/EC as amended by Directive 2014/56/EU) and the Audit Regulation [Regulation (EU) 537/2014] Final Report, 2022, s. 25

30 European Commission, s. 24-25.

2006/43/EC sayılı Direktif m. 2/1 Üye Ülkelere küçük ölçekli işletmeleri yasal denetim dışında tutma yetkisi verdiği için, Üye Ülkeler bu şirketlerde yasal denetim zorunluluğunu kaldırmıştır. Örneğin, 2010 yılında İsveç Parlamentosu bütün küçük ölçekli limited şirketleri denetim yükümlülüğünden muaf tutan reformu yayımlamıştır. Diğer bir ifadeyle, küçük ölçekli limited şirketlerde denetim ihtiyari olarak öngörülmüştü. Reform, şirketler üzerindeki idari yükün ve denetim maliyetlerinin azaltılmasına, şirketlerin rekabet gücünün güçlendirilmesine, daha fazla şirketin büyümesine ve daha fazla insanı istihdam etmesine yardımcı olmayı hedefliyordu. Reformla ilgili korkular ise vergi gelirlerinin azalması, ekonomik suçların artması ve muhasebe kalitesinin düşmesiydi. 2017 yılında İsveç Ulusal Denetim Ofisi (NAO), reformun hedeflerine ulaşıp ulaşılmadığını veya istenmeyen sonuçlara yol açıp açmadığını belirlemek için bir denetim başlattı. NAO, dezavantajların (Devlet için vergi geliri kaybı ve denetçiler için gelir kaybı, yıllık raporlarda artan hatalar, ekonomik suçlarla mücadelenin daha zor olması) açıkça avantajlardan daha ağır bastığı sonucuna vardı. Zira şirketler için tasarrufların oldukça küçük ölçüde olup, şirketler için büyüme oranının yavaş seyrettiği, denetim eksikliğinin kontrol ve şeffaflık fırsatlarını azalttığı raporlanmıştır. Bu gelişmelerin sonucunda NAO'nun tavsiyesi üzerine İsveç Hükümeti küçük ölçekli limited şirketlerdeki denetim muafiyetini kaldırmıştır³¹.

AB Müktesebatında denetimle ilgili ikinci düzenleme ise 537/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'dür³². Tüzük, sadece KA-

31 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.riksrevisionen.se/download/18.26c2548c1616574394b157/1518435480894/RiR_2017_35_REVISIONSPLIKT_SUMMARY.PDF (Erişim Tarihi: 11.01.2024).

32 Burada bir hususun üzerinde durulması gerekmektedir: Yıllık ve konsolide hesapların yasal denetimi ve yıllık ve konsolide sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesine ilişkin kurallar Direktifle belirlenirken, KAYİK'lerin yasal denetimine ilişkin kurallar ise Tüzükle belirlenmektedir. Bu durum Direktif ile Tüzük arasında ne fark var sorusunu akla getirmektedir. Direktif, 28 AB Üye Devletinin her biri tarafından iç hukuka aktarılması ve kendi ulusal kanunlarına dahil edilmesi gereken bir yasama aracıdır. Direktifler AB düzeyinde kabul edildikten sonra, Üye Devletlerin normalde ulusal yasalarını Direktifle uyumlu hale getirmeleri için iki (2) yıl süreleri olacaktır. 2006/43/EC sayılı Direktif de dahil olmak üzere pek çok Direktif, 'minimum uyumlaştırma' yaklaşımını benimsemektedir. Diğer bir ifadeyle, Direktif ulusal mevzuatın karşılaması gereken minimum eşiğin belirlendiği anlamına gelir. Tüzük ise, tüm Üye Devletlere doğrudan uygulanan bağlayıcı AB mevzuat aracıdır. Bu bağlamda, Tüzükler AB Üye Devletlerinde doğrudan uygulanabilir ve icra edilebilir niteliktedir

YİK'lerin yıllık ve konsolide mali tablolarının yasal denetiminin yürütülmesine ilişkin gereklilikleri, kamu yararına çalışan kuruluşlar tarafından bağımsızlıklarını teşvik etmek ve yasal denetim şirketlerinin yasal denetçilerinin ve denetim firmalarının organizasyonu ve seçimine ilişkin kuralları ve çıkar çatışmaları ve yasal denetçilerin ve denetim firmalarının bu gerekliliklere uygunluğunun denetlenmesine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki 2023 yılı AB İlerleme Raporunda Türkiye'nin CSRD'ye uyum sağlaması gerektiği de ifade edilmiştir³³. Temel olarak CSRD tek başına bir Direktif olmayıp, 537/2014 sayılı AB Tüzüğü, 2004/109/EC³⁴, 2006/43/EC ve 2013/34/EU sayılı Direktiflerde değişiklikler yapmaktadır. 05.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren CSRD'ye göre 01.01.2024 tarihinden itibaren belirli niteliklere sahip şirketler sürdürülebilirlik konularına ilişkin bilgileri³⁵ raporlamak zorundadır. CSRD'ye tabi şirketler, Avrupa Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarına [*European Sustainability Reporting Standards (ESRS)*] göre raporlama yapacaklardır. Çalışmamızın konusu çerçevesinde CSRD ile 2006/43/EC Direktifi'ne getirilen bir değişiklik de "sürdürülebilirlik raporlaması güvencesi"dir (*assurance of sustainability reporting*). Sürdürülebilirlik raporlamasının güvenilir sayılması için önceden belirlenmiş kurallara/standartlara uyulması gerekir. Sürdürülebilirlik raporlaması güvencesi de şirketin raporunun belirli standartlara uygun olmasını sağlar ve güvenilirliği konusunda güvence

(<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/07/shedding-light-on-eu-audit-legislation.pdf>), (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

33 Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu, s. 91.

34 Menkul Kıymetleri Düzenlenmiş Bir Piyasada İşlem Görmeye Kabul Edilen İhraççılar Hakkındaki Bilgilere İlişkin Şeffaflık Gerekliliklerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin ve 2001/34/EC Sayılı Direktifi Değiştiren 15 Aralık 2004 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2004/109/EC Direktifi (Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC), (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02004L0109-20240109>), (Erişim Tarihi: 18.02.2024).

35 Sürdürülebilirlik konularına ilişkin bilgiler; 2019/2088 sayılı Tüzüğü'nün 2'nci maddesinin (24) numaralı bendinde "*sürdürülebilirlik faktörleri*" çevresel, sosyal ve çalışanlarla ilgili konuları, *insan haklarına saygıyı, yolsuzlukla mücadeleyi ve rüşvetle mücadeleyi ifade eder.*" şeklinde tanımlanmaktadır [<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/2088/oj>], (Erişim Tarihi: 01.02.2024)].

verebilir³⁶. Önemle vurgulamak gerekir ki belirli niteliklere sahip şirketlerin hazırladığı sürdürülebilirlik raporları zorunlu sürdürülebilirlik raporlaması güvencesine tabidir³⁷. Yasal denetçiler veya denetim firmalarının, resmi sicilde denetim yetkisinin yanında sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesi denetimini yürütmek üzere yetkili olup olmadıkları da kaydedilmektedir [2006/43/EC m. 15/1, 16/1-(C), 17/1-(E)]. 2006/43/EC sayılı Direktif m. 2/1-(2) ve (3) gereği yasal denetçiler veya denetim firmaları resmi sicilde sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesi denetimini yürütmek üzere yetkili olmaları durumunda bu denetimi yapabilirler.

III. Alman ve İsviçre Hukuklarında Genel Olarak Şirketlerin Denetimi

1. Alman Hukukunda

Alman hukukunda anonim şirketlerde ikili bir yönetim sistemi vardır³⁸. Yönetim kurulu (*Vorstand*) şirketin yönetiminden sorumluyken, gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) da şirketin yönetiminin gözetimini yapmaktadır.

Yönetim kurulu yılsonu finansal tablolarını, faaliyet raporunu (AktG § 170/1) ve kâr dağıtım teklifini (AktG § 170/2) denetlemesi için gözetim kuruluna sunar. Denetim kurulu denetim sonuçlarını yazılı olarak genel kurula bildirmek zorundadır (AktG § 171/2). Yılsonu faaliyet tablolarının bir denetçi (*Abschlussprüfer*) tarafından denetlenmesi durumunda denetçi, denetim kurulu veya denetim komitesinin bu belgelere ilişkin müzakerelerine katılmalı ve denetimlerinin önemli sonuçlarını rapor etmelidir (AktG § 171/1, c. 2). Ayrıca gözetim kurulunun denetçinin yılsonu

36 Dean Emerick, "What is Sustainability Report Assurance?", <https://www.esgthereport.com/what-is-esg/the-g-in-esg/what-is-sustainability-report-assurance/>, (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

37 CSRD ile AB içerisinde yaklaşık 50.000 işletme zorunlu sürdürülebilirlik raporlaması yapmaya başlamıştır ve söz konusu raporlar zorunlu güvence denetimine tabi tutulmaktadır.

(https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/Surdurulebilirlik/Duyuru/Turkiye_Surdurulebilirlik_Raporlama_Standartlari_ve_TSRslerin_Uygulama_Kapsami_Resmi_Gazetede_Yayimlanmistir.pdf), (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

38 Klaus J. Hopt / Patrick C. Leyens, "Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy", *European Company and Financial Law Review*, 1/ 2 (2004), s. 139.

finansal tablolarının denetiminin sonuçları hakkında da yorum yapması gerekir (AktG § 171/2, c. 3). Görüldüğü üzere Alman Hukukunda denetim, gözetim kurulu tarafından yapılmaktadır³⁹. Ancak yılsonu finansal tablolarının denetiminin yasal bir yükümlülük olması durumunda bir denetçinin denetimi söz konusu olabilir⁴⁰. Hangi durumlarda yasal bir denetim yükümlülüğü olduğu sorusuna HGB § 316/1 hükmü yanıt vermektedir. Alman Hukukunda HGB § 264 ve devamında anonim şirket, limited şirket ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere ilişkin uygulanacak ek düzenlemeler yer almaktadır. HGB § 316'da "Denetim Yükümlülüğü" (*Pflicht zur Prüfung*) başlığında, HGB § 267/1 anlamında küçük sayılmayan şirketlerin yılsonu finansal tablolarının ve faaliyet raporlarının denetçi tarafından denetlenmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır. Küçük ölçekli şirketler ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere, toplam 6 milyon E bilanço, kapanış tarihinden önceki on iki ayda 12 milyon E satış geliri ve yılda ortalama elli çalışan şeklindeki üç kriterden en az ikisini aşmayan şirketler olarak nitelendirilmiştir (HGB § 267/1). Denetimin zorunlu olduğu hallerde denetimin yapılmasının yaptırımı ise yıllık finansal tabloların onaylanamayacak/kabul edilemeyecek olmasıdır.

Özetle belirtmek gerekirse, küçük ölçekli şirketlerin yılsonu finansal tablolarının ve faaliyet raporlarının denetiminin zorunlu olmadığı Alman Hukukunda, zorunlu denetim eşikleri için 2013/34/EU sayılı Direktif m. 3/2 düzenlemesinin 2 numaralı paragrafındaki seçenekler ölçüt olarak kabul edilmiştir.

2. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda denetim olağan denetim (*ordentliche Revision*) ve sınırlı denetim (*eingeschränkte Revision*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. OR Art. 727/1'e göre olağan denetime tabi olan şirketler şöyle düzenlenmiştir: "Aşağıdaki şirketlerin yılsonu finansal tablolarının ve varsa konsolide

39 Yılsonu bilançosunun denetimi; denetçi tarafından yapılan denetim (AktG § 163-169) ve gözetim kurulu tarafından denetim (AktG § 170-171) olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Ancak denetçiler tarafından denetimi öngören AktG § 163-169 arası hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple yılsonu bilançosunun denetimi kural olarak gözetim kurulu tarafından yapılmaktadır.

40 Wolfgang Hölters / Markus Weber, Aktiengesetz, Kommentar, München: C.H. BECK, 2022, AktG 171, N. 13.

finansal tablolarının bir denetçi tarafından usulüne uygun bir şekilde denetlenmesi gerekir: 1. Halka açık şirketler; a. Pay senetleri borsada işlem gören şirketler, b. Ödenmemiş tahvil yükümlülükleri bulunan şirketler, c. a veya b kapsamında yer alan bir şirketin konsolide mali tablolarına varlıklarının veya cirosunun en az yüzde 20'si oranında katkıda bulunan şirketler; 2. Birbirini izleyen iki mali yılda aşağıdaki büyüklüklerden ikisini aşan şirketler: a. Bilanço toplamı 20 milyon CHF, b. 40 milyon frank ciro, c. Yıllık ortalama 250 tam zamanlı çalışan; 3. Konsolide finansal tablo hazırlamakla yükümlü olan şirketler.” Bu sayılan şirketlerin kapsamına girmemekle birlikte, sermayenin en az yüzde 10'unu temsil eden pay sahiplerinin talep etmesi halinde olağan denetimin yapılması zorunludur (OR Art. 727/2). Kanun gereği yılsonu finansal tabloların denetimi zorunlu değilse, ana sözleşmede veya genel kurul kararıyla da denetimin yapılması öngörülebilir (OR Art. 727/3).

Sınırlı denetimde ise, şirket olağan denetimin şartlarını karşılamıyorsa yılsonu finansal tabloların sınırlı denetime tabi tutulmasını istemek zorundadır (OR Art. 727a/1). Şirketin yıl boyunca ortalama ondan fazla tam zamanlı çalışanı olmaması durumunda, tüm pay sahiplerinin onayıyla sınırlı denetimden feragat edilebilir (OR Art. 727a/2). Yönetim kurulu pay sahiplerinin onayını yazılı olarak isteyebilir; pay sahiplerine cevap için en az yirmi günlük bir süre öngörebilir ve cevap verilmemesinin onay sayılacağını belirtebilir (OR Art. 727a/3). Pay sahiplerinin sınırlı denetimden feragat etmeleri halinde, bu feragat sonraki yıllar için de geçerlidir. Ancak her pay sahibinin genel kurul toplantısından en geç on gün önce sınırlı denetim talep etme hakkı vardır. Bu durumda denetçilerin genel kurul tarafından seçilmesi gerekir (OR Art. 727a/4).

Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda OR Art. 727 çerçevesinde olağan denetim kapsamına girmeyen şirketlerde sınırlı denetim zorunlu olarak öngörülmüştür.

IV. Türk Hukukunda Denetim Sistemi

TTK'de denetim 397 ilâ 406'ncı maddeler arasında düzenlenmiştir. TTK'nin TBMM'de kabul edildiği ancak yürürlüğe girmeden önceki halinde “A) Genel olarak” kenar başlıklı m. 397'nin birinci fıkraya hükmü şu şekildediydi: “Anonim şirketin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi

tarafından, uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtır yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir.”. Denetçi olabilecek kişiler ise yine TTK'nin TBMM'de kabul edildiği halinde m. 400/1'de “Denetçi ancak ortakları yeminli mali müşavir (YMM) ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavir (SMMM) unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Orta ve küçük ölçekli Anonim şirketler bir veya birden fazla Yeminli Mali Müşavir veya Serbest Muhasebeci Mali Müşaviri Denetçi olarak seçebilirler.” şeklinde kaleme alınmıştı. Bu iki hüküm birlikte yorumlandığında anonim şirketlerin küçük, orta ve büyük anonim şirket şeklinde bir ayrım sözü konusu olmaksızın her birinin bağımsız denetime tabi kılındığı görülmektedir. TTK m. 565 ve 635 hükümlerinde yapılan atıflarla anonim şirketlere getirilen bağımsız denetim yükümlülüğü sermayesi paylara bölünmüş komandit ve limited şirketler için de kabul edilmiştir.

Bununla birlikte 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden bir gün önce Resmî Gazete'de yayımlanan 6335 sayılı Kanun'la⁴¹ TTK'de oldukça kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan birisi de TTK m. 397'ye eklenen dördüncü fıkradır. Hüküm şu şekildedir: “398 inci madde kapsamında denetime tabi olacak şirketler Bakanlar Kurulunca⁴² belirlenir.”. Böylelikle 6335 sayılı Kanun'la bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin kapsamına bir sınırlama getirilmiştir. Bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin belirlenmesine ilişkin ilk Bakanlar Kurulu Kararı 23.01.2013 tarihinde yayımlanmıştır⁴³. Karara göre aktif toplamı yüzellimilyon ve üstü TL, yıllık net satış hasılatı ikiyüzmilyon ve üstü TL ve çalışan sayısı beşyüz ve üstü ölçütlerinden en az ikisini sağlayan “sermaye şirketleri” bağımsız denetime tabi olacaktır. Bakanlar Kurulu'nun bu kararı birçok şirketin denetim dışı kalmasına sebep olmuştur. Bu nedenle kanun koyucu 28.03.2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun'la⁴⁴ TTK m. 397 hükmüne beşinci ve altıncı fıkra hükümlerini

41 R.G., T. 30.06.2012, S. 28339.

42 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192'nci maddesiyle 397'nci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “Bakanlar Kurulunca” ibaresi “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmiştir.

43 R.G., T. 23.01.2013, S. 28537, Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar.

44 R.G., T. 11.04.2013, S. 28615, Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

eklemiştir. TTK m. 397/5, “Dördüncü fıkra kapsamı dışında kalan anonim şirketler bu fıkra hükümlerine göre denetlenir. Denetime ilişkin usul ve esaslar ile bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kuru- la sunulmasına ilişkin hususlar Cumhurbaşkanınca⁴⁵ çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Kanunun denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri, bu fıkra uya- rınca denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır.” şeklinde kaleme alın- mıştır. Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden bir süre sonra Gümrük ve Ticaret Bakanlığı⁴⁶ tarafından “Anonim Şirketler ile Tarım Satış Kooperatifleri ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik Taslağı” yayımlanmış- tır⁴⁷. Ancak bu taslak halihazırda yasalaşmamıştır. 6335 sayılı Kanun’la ge- len “denetim yokluğu”⁴⁸, 6455 sayılı Kanun’la giderilmeye çalışılmış, ancak söz konusu yönetmeliğin halen daha yayımlanmaması sebebiyle bu çaba şimdilik sonuçsuz kalmış durumdadır⁴⁹. Mevcut denetim yokluğunu gider-

45 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192’nci maddesi-yle 397’nci maddenin beşinci fıkrasında yer alan “Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca ha- zırlanan ve Bakanlar Kurulunca” ibaresi “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmiştir.

46 Ülkemizin 2023 vizyonu dikkate alınarak mülga Ekonomi Bakanlığı ile mülga Güm- rük ve Ticaret Bakanlığı 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de ya- yımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile birleştirilerek Ticaret Bakanlığı kurulmuştur.

47 <https://www.ticaretkanunu.net/anonim-sirketler-ile-tarim-satis-kooperatifleri-ve-u-st-kuruluslarinin-denetlenmesine-dair-yonetmelik-taslagi/>; <https://istanbulymmo.org.tr/Data/pdf/316.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2024). Gümrük ve Ticaret Bakanlığın- ın 2017 idari faaliyet raporunda da Anonim Şirketler ile Tarım Satış Kooperatifleri ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik Taslağı hazırlanarak Bakan- lık Makamına arz edildiği ve konuya ilişkin Makam talimatı beklendiği ifade edil- miştir (<https://strateji.ticaret.gov.tr/data/5daf068713b87654702d58c4/2017%20%C4%B0DARE%20FAAL%C4%B0YET%20KISALTMA1.pdf>, s. 202) (Erişim Tarihi: 09.01.2024). Yönetmelik taslağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Korkut Öz- korkut, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız De- netim, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 299 vd.; Gö- nenç Demir, “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gözetimindeki Bağımsız Denetime Tâbi Anonim Şirketlerin Denetlenmesine Dair Yönetmelik Taslağının Ticaret Kanununun Denetim Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, İSGHD, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan (2016), s. 827-888.

48 Demir, Yönetmelik, s. 828.

49 Tekinalp, 6335 sayılı Kanun’la denetimin bazı şirketlerle sınırlanması ve ardından bu durumun telafisi amacıyla 6455 sayılı Kanun düzenlemesinin getirilmesiyle ilgili olarak şu açıklamalarda bulunmuştur: “Kamu Gözetim Kurumu bu şartların yazarın önerisi ile Türk Ticaret Kanunu’na girmiştir ancak ne yazık ki onun çöken

mek amacıyla söz konusu yönetmeliğin en kısa zamanda çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan Ticaret Bakanlığı 01.02.2022 tarihli Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetimine Dair Yönetmeliği Resmî Gazete’de yayımlamıştır⁵⁰.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bağımsız denetime tabi şirketlerin belirlenmesine yönelik Bakanlar Kurulu’nun belirlediği ölçütler beş defa değişikliğe uğramış olup⁵¹, son olarak 30.11.2022 tarihli ve 32029 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6434 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Cumhurbaşkanı Kararı (6434 sayılı Karar) m. 3’te bağımsız denetime tabi şirketler şöyle öngörülmüştür: “1) Aşağıda yer alan (I) sayılı listede sayılan şirketler⁵² 2) Aşağıdaki üç ölçütten en az ikisinin eşik

büyük hayalidir. Önerinin sahibi gelişmeyi büyük bir üzüntü ve çaresizlik içinde takip etmektedir. Bir üniversite insanının, sıradan bir insan olarak bu hallerde olumsuzluğa karşı kullanacağı hiçbir gücü yoktur. Ancak Türkiye’nin gelişme dinamiği bir sıradan üniversite öğretim üyesi gibi güçsüz ve çaresiz değildir. 6455 sayılı kanun bu dinamiğin esesidir.”, Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. X- XI.

50 R.G., T. 01.02.2022, S. 31737, Kooperatif ve Üst Kuruluşlarının Denetimine Dair Yönetmelik.

51 Bkz. R.G., T. 14.03.2014, S. 28941; R.G., T. 01.02.2015, S. 29254; R.G., T. 19.03.2016, S. 29658.; R.G., T. 19.03.2016, S. 29658, Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Kararda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar.

52 (I) nolu listede yer alan şirketler şunlardır: “1) 6362 sayılı Kanun uyarınca Sermaye Piyasası Kurulunun düzenleme ve denetimine tabi şirketlerden; a) Yatırım kuruluşları, b) Kolektif yatırım kuruluşları, c) Portföy yönetim şirketleri, ç) İpotek finansmanı kuruluşları, d) Varlık kiralama şirketleri, e) Merkezi takas kuruluşları, f) Merkezi saklama kuruluşları, g) Veri depolama kuruluşları, ğ) Derecelendirme kuruluşları, h) Değerleme kuruluşları, ı) Sermaye piyasası araçları bir borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören veya işlem görmeleri amacıyla Sermaye Piyasası Kurulunca onaylanmış geçerlilik süresi bulunan izahname veya ihraç belgesi bulunan anonim şirketler, i) Bir borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmemekle birlikte halka arz edilmeksizin pay hariç sermaye piyasası aracı ihraç eden (ihraç ettikleri sermaye piyasası araçlarının itfa edildiği hesap döneminin sonuna kadar) veya bu amaçla Sermaye Piyasası Kurulunca onaylanmış geçerlilik süresi bulunan ihraç belgesi olan anonim şirketler. 2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun düzenleme ve denetimine tabi şirketlerden; a) Bankalar, b) Derecelendirme kuruluşları, c) Finansal holding şirketleri, ç) Finansal kiralama şirketleri, d) Faktoring şirketleri, e) Finansman şirketleri, f) Varlık yönetim şirketleri, g) Finansal holding şirketlerinde ve bankalarda 5411 sayılı Kanunda tanımlandığı şekliyle nitelikli paya sahip olan şirketler, ğ) Tasarruf finansman şirketleri. 3) 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu kapsamında faaliyet göstermekte olan sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri. 4) Borsa İstanbul piyasalarında faaliyet göstermesine izin verilen; yetkili müesseseler, kıy-

değerlerini art arda iki hesap döneminde aşan diğer şirketler. a) Sermaye piyasası araçları bir borsada veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak SPK'n kapsamında halka açık sayılan şirketler için eşik değerler: - Aktif toplamı 30 milyon Türk Lirası. - Yıllık net satış hasılatı 40 milyon Türk Lirası. - Çalışan sayısı 50 kişi. b) Aşağıda yer alan (II) sayılı listede belirtilen şirketler⁵³ için eşik değerler: - Aktif toplamı 60 milyon Türk Lirası. - Yıllık net satış hasılatı 80 milyon Türk Lirası. - Çalışan sayısı 100 kişi. c) Yukarıda (a) ve (b) bölümlerinde sayılanların dışında olan şirketler için eşik değerler: - Aktif toplamı 75 milyon Türk Lirası. - Yıllık net satış hasılatı 150 milyon Türk Lirası. - Çalışan sayısı 150 kişi.” İlk Bakanlar Kurulu kararıyla güncel Cumhurbaşkanlığı Kararı karşılaştırıldığında bağımsız denetime tabi kılınan şirketlerin kapsamının her yapılan değişiklikle birlikte genişletildiği görülmektedir. Bu husus 2023 AB İlerleme Raporunda da vurgulanmıştır⁵⁴.

Türk hukukuna göre bağımsız denetim kapsamı dışında kalan şirketlerin tespitinde küçük ve orta ölçekli şirket tanımına bakmakta fayda bulunmaktadır. TTK m. 1523/1’de küçük ve orta ölçekli sermaye şirketlerinin

metli madenler aracı kurumları, kıymetli maden üretimi veya ticaretiyle iştigal eden şirketler. 5) 10/2/2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre kurulan lisanslı depo işletmeleri ile 11/8/1982 tarihli ve 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanununa göre kurulan umumi mağazalar. 6) Aşağıdaki hak veya lisanslardan en az birine sahip olan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar: a) Karasal ortamdaki ulusal televizyon yayını yapma hakkı. b) Uydu televizyon yayın lisansı. c) Birden fazla ile yönelik olarak kablolu televizyon yayın lisansı”.

- 53 (II) nolu listede belirtilen şirketler şunlardır: “1) Sermayesinin en az %25’i kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, sendikalara, derneklere, vakıflara, kooperatiflere ve bunların üst kuruluşlarına doğrudan veya dolaylı olarak ait olan şirketler. 2) Yurt dışında günlük olarak gazete yayımlayan şirketler. 3) Çağrı merkezi şirketleri hariç olmak üzere, 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 9/5/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ve 6102 sayılı Kanunun 1525 inci maddesi kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu düzenleme ve denetimine tabi olan şirketler. 4) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan lisans, sertifika veya yetki belgesi alıp bu Kurum düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren ve söz konusu düzenlemeler uyarınca bağımsız denetimden muaf tutulmayan şirketler. 5)(I) sayılı liste kapsamında olanlar hariç olmak üzere; a) Gayri faal olan veya faaliyetleri geçici olarak durdurulan veya iptal edilmiş olan (gerekli ana sözleşme değişiklikleri ve benzeri prosedür işlemleri henüz gerçekleştirilmemiş olanlar dahil) iştirak ve şirketler hariç olmak üzere, TMSF’nin iştirakleri ile mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Kanun kapsamında TMSF tarafından denetimi ve yönetimi devralınan şirketler. b) 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile sermayesinin en az %50’si belediyelere ait olan şirketler”

- 54 Avrupa Birliği Komisyonu, 2023 Türkiye Raporu, s. 91.

tespitinde TTK'nin 1522'nci maddesinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir⁵⁵. TTK m. 1522 hükmü gereği küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri tanımlayan ölçütler, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve KGK'nin görüşleri alınarak, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yönetmelikle düzenlenecektir.

Söz konusu Yönetmelik, 25997 sayılı 25.05.2023 tarihli Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği (KOBİ Yönetmeliği) başlığı altında yayımlanmıştır⁵⁶. Buna göre büyüklüklerine göre işletmeler şöyle düzenlenmiştir: **Küçük işletmeler**; yıllık çalışan sayısı elli kişiden az olan ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri 100.000 TL'yi aşmayan işletmeler; **orta büyüklükteki işletmeler** ise yıllık çalışan sayısı ikiyüzelli kişiden az olan ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri 500.000 TL'yi aşmayan işletmelerdir. Şirketlere küçük ve orta ölçekli şirket belirlenmesi için çalışan sayısı mutlakken, yıllık net satış hasılatı veya mali bilançoda eşiklerinden herhangi birinin gerçekleşmesi yeterlidir (KOBİ Yönetmeliği m. 5/1-b-c).

Görüldüğü üzere bağımsız denetime tabi şirketlerin tespitiyle; küçük veya orta büyüklükte şirketlerin tespitinde aranan ölçütlerin aynı olmadığı anlaşılmaktadır. Böylelikle 6434 sayılı Karar m. 3/1,a ve m. 3/1,b (1) ve (2)'de belirtilen kapsamda olmayan küçük ölçekli şirketlerin bağımsız denetime tabi olmadığı görülmektedir. Orta büyüklükte işletmelerde ise çalışan sayısı 150-250 olan, yıllık net satış hasılatı 150 milyon TL - 500 milyon TL ve aktif toplamı 100 milyon TL eşiklerinden art arda iki hesap döneminde en az ikisi aşan şirketler, müteakip hesap döneminden itibaren bağımsız denetime tabi olacaklardır. Bu durumda, 6434 sayılı Karar m. 3/1,a ve m. 3/1,b (1) ve (2) numaralı bentlerde belirtilenler kapsamında olmayan orta büyüklükte şirketlerde çalışan sayısı 50 ila 150 arasında olan ve yıllık net satış hasılatı; 100-150 milyon TL arasında gerçekleşen şirketler orta büyüklükte sermaye şirketi statüsünde bulunmasına rağmen bağımsız denetime tabi olmayacaktır. Bu sınırlar TTK m. 565/2 gereği sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette de uygulama alanı bulacaktır.

55 Ayrıca bkz. Korkut Özkorkut, "1522. Madde Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Bakışının Değerlendirilmesi", BATİDER, XXV/3 (2009), s. 143-165.

56 R.G., T. 25.05.2023, S. 32201, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği.

Burada belirtmek gerekir ki Türk hukukunda denetim eşikleri için 2013/34/EU sayılı Direktifte yer alan küçük işletme tanımı kullanılmamıştır. Her ne kadar Üye Ülkelerin denetim eşikleri için 2013/34/EU sayılı Direktifte ifade edilen küçük işletme tanımını kullanmak zorunluluğu bulunmasa da⁵⁷, kendi belirledikleri eşiklere göre orta ve büyük ölçekli şirketlerin denetimi zorunludur (2013/34/EU m. 34). Oysaki yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin bir kısmı orta ölçekli olup, TTK m. 397/5 çerçevesinde öngörülen yönetmeliğin yayımlanmaması sebebiyle denetimsiz kalmaktadırlar.

Türk hukukunda limited şirketlerde TTK m. 635'te 397/5 ve 6'ncı fıkraları dışında anonim şirketin denetçiye, denetime ve özel denetime ilişkin hükümlerinin limited şirkette de uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylelikle TTK m. 397/4 kapsamında bağımsız denetim ölçütlerini taşıyan limited şirketler bağımsız denetime tabi kılınmışken, bu kapsamda olmayan şirketlerde TTK m. 397/5-6 hükümlerinin uygulanmaması sebebiyle zorunlu bir denetim öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle bağımsız denetim kapsamı dışında kalan limited şirketlerin denetimi zorunlu olmayıp isteğe bağlıdır; hatta bu şirketlerin tamamen denetimsiz bırakıldığı bile söylenebilir. Oysaki yukarıda da ayrıntılarıyla ifade ettiğimiz üzere 6434 sayılı Karar m. 3/1,a ve m. 3/1,b (1) ve (2) numaralı bentlerde belirtilenler kapsamında olmayan şirketlerin bir kısmı orta ölçekli olup, 2013/34/EU m. 34 sayılı direktif gereği bunların denetimi zorunludur.

AB Müktesebatı İlerleme Raporunda şirketler hukukuna ilişkin denetimle ilgili olarak Türk ve AB hukuku karşılaştırıldığında tespit ettiğimiz ilk sorun, bağımsız denetim dışı kalmış şirketlerin denetimine ilişkin kanuni düzenlemenin eksikliğidir. Bağımsız denetime tabi olmayan küçük veya mikro işletmelerin TTK uyarınca hazırlayacakları finansal tablolara ihtiyari olarak uygulanacak olan KÜMİ FRS düzenlenmesine karşın bu denetime ilişkin usul ve esasları içerecek yönetmelik (TTK m. 397/5) henüz yayımlanmamıştır. AB İlerleme Raporlarında bağımsız denetim alanında AB müktesebatına uyum sağlanması için daha fazla çalışma yapılması gerektiği ifade edilen husus da kanaatimizce bu denetim dışı kalan şirketlerin denetimidir. Yukarıda ayrıntılarıyla incelendiği üzere 2013/34/EU ve 2006/43/

57 European Commission, s. 24.

EC sayılı Direktiflere göre orta ve büyük ölçekli şirketlerde yasal denetim zorunlu olup, küçük ölçekli işletmelerin ulusal mevzuata göre denetimi ister zorunlu isterse ihtiyari olsun küçük, orta ve büyük ölçekli şirketlerin denetiminin tamamına 2006/43/EC sayılı Direktif hükümleri uygulanacaktır. Türk hukukunda ise bağımsız denetim kapsamı dışında olan (içerisinde orta ölçekli şirketlerin de dâhil olduğu) anonim şirketlerin denetimi zorunlu olmasına karşın, TTK m. 397/5 çerçevesinde yönetmeliğin yayımlanmaması bu şirketlerin denetimsiz kalmasına sebep olmuştur. Limited şirketlerde ise TTK m. 635 gereği bağımsız denetim kapsamı dışında olan şirketlerin bazıları orta ölçekli olmasına karşın denetimi zorunlu değildir. AB müktesebatına tam uyum sağlanması amacıyla ilgili yönetmeliğin en kısa zamanda yayımlanması gereği ortadadır. Ayrıca limited şirketlerde de bağımsız denetim dışında bırakılmış olan limited şirketler için TTK m. 397/5'e benzer bir denetimin zorunlu olarak öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

TTK m. 400/1'de kimlerin denetçi olabileceği 2006/43/EC sayılı Direktife uygun şekilde düzenlenmiştir⁵⁸. Hükme göre denetçi; 01.06.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir.

Bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin denetimine yönelik yönetmelik yayımlanmamasına karşın, bu şirketlerde genel kurul kararıyla, KGK tarafından yetkilendirilen denetçiler arasından bir denetçi seçilerek denetim yapılıp yapılamayacağı sorusu akla gelmektedir. Uygulamada bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin genel kurullarınca KGK tarafından yetkilendirilen kişiler denetçi olarak seçilmiş ve bu denetçilerin ticaret siciline tescili talep edilmiştir. İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün Gümrük ve

58 2006/43/EC m. 3/1'e göre yasal denetim, yalnızca yasal denetimin gerekli olduğu Üye Devlet tarafından onaylanan yasal denetçiler veya denetim firmaları tarafından gerçekleştirilecektir. Yasal denetçiler, 2006/43/EC sayılı Direktif uyarınca bir Üye Devletin yetkili makamları tarafından yasal denetimleri yürütmek ve uygulanabilir olduğunda sürdürülebilirlik raporlaması güvencesini yürütmek üzere onaylanan gerçek kişiyken (2006/43/EC m. 2/1-2), denetim firması yasal şekli ne olursa olsun, bu Direktif uyarınca bir Üye Devletin yetkili makamları tarafından yasal denetimleri yürütmek ve uygulanabilir olduğu durumlarda sürdürülebilirlik raporlaması güvencesi sağlamak üzere onaylanan bir tüzel kişi veya herhangi bir başka kuruluş anlamına gelir (2006/43/EC m. 2/1-3).

Ticaret Bakanlığı'ndan (Ticaret Bakanlığı) bu hususta görüş istemesi üzerine, Bakanlık 29.04.2013 tarihli görüşünde TTK m. 397/4 hükmü dışında bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin genel kurullarının bağımsız denetçi seçme görev ve sorumluluğu bulunmadığını belirtmiştir. TTK m. 397/4 hükmü dışında kalan şirketlerin denetime ilişkin düzenleme Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceğinden, İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğu'nün Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 28'de yer alan sicile ait tescilin Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre yapılacağı hükmü dikkate alınarak bağımsız denetim kapsamı dışında olan şirketlerin denetlenmelerine ilişkin anılan yönetmelik çıkarılıncaya kadar, bağımsız denetime tabi bulunmayan şirketlerin genel kurullarınca denetçi seçimine ilişkin bir karar alınamayacağı ve dolayısıyla böyle bir kararın tescil ve ilan edilemeyeceği yönünde görüş bildirmiřtir⁵⁹.

Yargı kararlarında ise farklı yönde görüş ortaya konulduğu görölmektedir. şöyle ki, Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 24.04.2019 tarihli 2018/832 Esas, 2019/490 Karar numaralı kararında, TTK m. 397 hükmü gereğince bağımsız denetime tabi olmayan davalı şirketin TTK m. 397/5 kapsamında Bakanlar Kurulu'nca çıkartılacak yönetmelik kapsamında denetlenebileceği, ancak dava tarihi itibariyle söz konusu yönetmeliğin çıkarılmamış olması nedeniyle ve bu bağlamda şirketin hangi usul ve esaslar çerçevesinde denetleneceği hususu düzenlenmediğinden genel kurul tarafından bağımsız denetime tabi olmayan şirket yönünden denetçi tayininin hukukten mümkün olmadığı doğrultusunda görüş belirtilmiřtir⁶⁰.

Yargıtay 11. HD'nin verdiği bir kararın karşı oy yazısında TTK m. 397/5 uyarınca yönetmelik çıkarılmaması sebebiyle kanun boşluğu bulunduğunu, buna rağmen Kanun'un (TTK) kapsam dışı şirketler yönünden bağımsız denetim anlayışından vazgeçtiğinin söylenemeyeceğini, TTK m. 398 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanacak kurallar olmasada denetçilerin bağımsız nitelikte olmasına, mevzuattaki boşluğun Cumhurbaşkanlığınca doldurulmasına kadar kapsam içi şirketler için geçerli

59 https://www.ito.org.tr/documents/Ticaret-Sicil/mevzuat/genelgeler-gorusler/bagimsiz_dnt_disindaki_as.pdf (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

60 https://www.lexpera.com.tr/yargitay-kararlari-baglanti?gclid=Cj0KCQIAh8OtBhCQARIsAlkWb689wHUzLzt_WjD9TFmEfrxUSrFj0FzTsyQmJTktQ9OrjjWpT6op_40aAsOmEALw_wcB (Erişim Tarihi: 25.01.2023).

denetim esaslarının kapsam dışı şirketler yönünden de uygulanmasının ve TMK m. 1/2 uyarınca mevcut boşluğun bu şekilde doldurulması gerektiği ifade edilmiştir⁶¹.

Bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin ihtiyari olarak bağımsız denetçi seçip seçemeyeceği sorusundan bağımsız olarak *Tekinalp*, TTK m. 397/4 ve 397/5'te yer alan iki denetimin de bağımsız denetim olduğunu, biri KGK'nın diğeri de Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın gözetimi altında yapılan bağımsız denetim niteliği gösterdiğini belirtmektedir⁶². *Özkorkut*, TTK m. 397/5 çerçevesinde seçilecek denetçinin bağımsız denetçi, yapılacak denetimin de bağımsız denetim olduğunu⁶³, denetçilerin 3568 sayılı Kanun'a göre meslek mensubu olan YMM ve SMMM olacağını, ancak bu bağımsız denetimin KGK gözetiminde bir denetim olmayacağı görüşünü ifade etmektedir⁶⁴.

61 Yargıtay 11. HD, T. 28.03.2022, E. 2021/23, K. 2022/2524 : "Kanun'a 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı K. ile eklenen 397/5. Maddesi uyarınca, 4. Fıkra kapsamı dışında kalan diğer şirketlerin denetimine ilişkin usul ve esasları ile denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği kabul edilmiş ise de bu Yönetmelik bu zamana kadar henüz çıkartılmamıştır. Mevcut durumda, kapsam dışında bulunan şirketlerin denetim ve denetçilere ilişkin esaslar henüz belirlenmemiş ve bu konuda Kanun (mevzuat) boşluğu bulunsa da, Kanun'un kapsam dışı şirketler yönünden bağımsız denetim anlayışından vazgeçtiği söylenemez. Esasen bu hususta da Daire heyet üyeleri arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır... Öte yandan, her ne kadar kapsam dışı şirketler yönünden TTK'nın 398 vd. maddeleri doğrudan uygulanacak kurallar değil ise de, mevcut kanun (mevzuat) boşluğunda, denetçilerin "bağımsız" nitelikte olması yeni dönemde yapılacak şirket dış denetiminde aranması zorunlu bir unsur olduğunu, mevzuattaki boşluğun Cumhurbaşkanlığına doldurulmasına kadar kapsam içi şirketler için geçerli denetim esaslarının, kapsam dışı şirketler yönünden de uygulanması ve TMK'nın 1/2. Maddesi uyarınca mevcut boşluğun bu şekilde doldurulması gerektiğini düşünmekteyiz" (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 15.01.2024).

62 *Tekinalp*, Sermaye Ortaklıkları, N. 17-01.

63 *Özkorkut* bu görüşünün gerekçelerini şöyle açıklamıştır: "TTK m. 397/5'in anonim şirketlerin bağımsız denetimini düzenleyen üçüncü bölümde "denetleme" başlığı altındaki maddeler olan TTK m. 397-406'nın içinde ilk maddede yer alması, denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin de ayrı tutulmaması ve denetimin denetçiyle denetlenecek şirket arasında TTK m. 400'deki gibi organik bağı bulunmayan, bağımsız ve tarafsız kişilerce yapılması gerekliliği bakış açısı sonucunda m. 397/5'e göre seçilecek denetçi de bağımsız denetçi, yapılacak denetim de bağımsız denetimdir" (*Özkorkut*, Bağımsız Denetim, s. 301).

64 *Özkorkut*, Bağımsız Denetim, s. 301-302.

Arslan, TTK m. 397/5 kapsamında bağımsız denetime tabi olmayan anonim şirketlerde bağımsız denetçi niteliğini taşımayan kişilerin genel kurulca denetçi seçilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür⁶⁵. Yazar ayrıca, TTK m. 397/5 kapsamında yer alan yönetmeliğin çıkarılmaması sebebiyle bağımsız denetime tabi olmayan anonim şirketlerin denetimi amacıyla şu yöntemin uygulanmasını ileri sürmektedir: Şirketin finansal tablolarının yönetim kurulunca, konusunda uzman kişilerce⁶⁶ denetletilmesi ve denetim sonucunda düzenlenecek raporun ortaklara verilmesiyle ilgili olarak genel kurul tarafından tavsiye kararı alınması gerektiği, zira şirket ortaklarının genel kurul toplantısında yönetim kurulundan şirketin işleri hakkında bilgi isteme hakları ve yönetim kurulunun da istenilen bilgileri hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bağlamında özenli ve gerçeğe uygun olarak verme yükümlülüğü bulunduğu (TTK m. 437/2), bu bağlamda genel kurul tarafından denetçi seçilmesine karar verilmediğinden hem denetçinin tescili gündeme gelmeyecek hem de genel kurulun bu kararının hükümsüzlüğü iddia edilemeyecektir⁶⁷.

Kocabıyık ise TTK m. 397/5 kapsamında bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin zorunlu denetim yanında isteğe bağlı bağımsız denetim yaptırma imkânına sahip olduğu kanaatindedir⁶⁸.

Bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerde, KGK tarafından akredite edilmiş/sicile kayıtlı bir bağımsız denetçinin seçilerek, şirketin mali yapısının kontrol ettirilerek pay sahiplerine/ortaklara güvenilir, objektif bir bilgi

65 *Arslan*, TTK m. 408/2-c'de anonim şirket genel kuruluna denetçi seçme yetkisi verilmiş olup, TTK m. 400/1 gereği denetçinin bağımsız denetim yapmak üzere 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişi ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olduğundan, bağımsız denetime tabi olmayan anonim şirketlerin genel kurullarınca bağımsız denetçi niteliğini taşımayan kişilerin genel kurulca denetçi seçilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir (Özkan Arslan, "Bağımsız Denetime Tabi Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarınca Denetçi Seçilmesi Mümkün müdür?", Mali Çözüm Dergisi, Mayıs- Haziran (2016), s. 137).

66 Yazara göre bu denetim, bağımsız denetçi veya bağımsız denetçi niteliğini taşımayan YMM yahut SMMM ya da konusunda uzman bir kişi tarafından yapılmalıdır (*Arslan*, Denetçi, s. 138).

67 *Arslan*, Denetçi, s. 138-139.

68 *Sami Kocabıyık*, Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 25.

sunulması amacıyla isteğe bağlı denetimin yaptırabileceği kanaatindeyiz. Örneğin bir şirket diğer bir şirket üzerinde hakimiyet sağlamadan önce hedef şirketin finansal tabloları üzerinde veya bir banka kredi vermeden kredi talebinde bulunan şirketin bağımsız denetim yapılmasını talep edebilir⁶⁹. Ancak belirtmek gerekir ki bağımsız denetime tabi şirketlerde denetim kısıtları önceden belirlenmektedir⁷⁰. Ancak isteğe bağlı yaptırılan denetimlerde bu belirleme denetimi talep edenlerce yapılacaktır (BDY m. 8/2, c. 2). İsteğe bağlı bağımsız denetim genel kurul kararı sonucunda yapılabilir gibi yönetim kurulu kararıyla da yapılabilir⁷¹. Burada önemle belirtmek gerekir ki, bu şirketlerde yapılacak isteğe bağlı denetimde bağımsız denetçi TTK m. 399/1 kapsamında ticaret siciline tescil edilmeyecektir.

Son olarak AB ilerleme raporunda CSRD'ye uyum sağlaması gerektiğine yönelik değerlendirme kapsamında Türk Hukukundaki mevcut düzenlemeye değinmekte fayda vardır. 7408 sayılı Kanun'la⁷² TTK m. 88 hükmüne altıncı fıkra eklenerek Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarının (TSRS) uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde belirlenmesi ve yayımlanması yetkisi KGK'ye verilmiştir⁷³. KGK de bu yetkiye istinaden Uluslararası Finansal Raporlama Standartları Vakfı (IFRS)

69 Ercan Urkan, Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetimden Kaynaklanan Sorumluluk (Yayımlanmış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 37. Şirketin bölünmesi, birleşmesi, işletmesini devretmesi gibi şirketin mali durumunun öğrenilebilmesi, şirketteki yolsuzluk iddialarının araştırılması veya şirkette kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması amaçlarıyla da isteğe bağlı denetim yaptırılabilir (Kocabıyık, Hukuki Sorumluluk, s. 76).

70 BDY m. 8/1'e göre finansal tablolar açısından Türkiye Muhasebe Standartları; yıllık faaliyet raporları, riskin erken saptanması ve yönetimine ilişkin sistem açısından TTK ve ilgili mevzuatın denetim kistasına ilişkin hükümleri; diğer mevzuattan kaynaklanan denetim konuları açısından ise denetim kistasıyla ilgili düzenlemeler veya bunların atf yaptığı kurallar denetim kistasını oluşturur.

71 Aynı doğrultuda Kocabıyık, Hukuki Sorumluluk, s. 76.

72 R.G., T. 04.06.2022, S. 1856, Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

73 TTK m. 88/6 hükmü şu şekildedir: "Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu, belirlediği işletmeler ve kuruluşlar için uygulamada birliği ve sürdürülebilirliği ilişkin raporlamaların uluslararası alanda geçerliliğini sağlamak amacıyla uluslararası standartlarla uyumlu olacak şekilde Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarını belirlemeye ve yayımlamaya yetkilidir. Belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kanunla kurulan kurum ve kurullar, Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarına uygun olmak şartıyla, kendi alanları için geçerli olacak standartlarla ilgili olarak ayrıntıya ilişkin düzenlemeler yapabilir."

bünyesinde oluşturulan Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu (ISSB) tarafından yayınlanan uluslararası standartları 27.12.2023 tarihinde Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları olarak benimseme kararı almıştır⁷⁴. ISSB tarafından yayınlanan iki standart⁷⁵ “TSRS 1 Sürdürülebilirlikle İlgili Finansal Bilgilerin Açıklanmasına İlişkin Genel Hükümler” ve “TSRS 2 İklimle İlgili Açıklamalar” adlarıyla yayımlanmıştır. KGK ayrıca aynı gün “Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları (TSRS) Uygulama Kapsamına İlişkin Kurul Kararı”nı (TSRS Uygulama Kararı) yayımlamıştır. TSRS Uygulama Kararı m. 3’te yer alan eşik değerleri aşan işletmeler 01.01.2024 tarihinden itibaren sürdürülebilirlik raporlarını hazırlamakla yükümlüdürler⁷⁶. Ancak mevzuatta sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesi denetimine ilişkin bir zorunluluk mevcut değildir. Halihazırda Güvence Denetim Standartları (GDS 3000 - Tarihi Finansal Bilgilerin Bağımsız Denetimi veya Sınırlı Bağımsız Denetimi Dışındaki Güvence

74 Bkz. 27.12.2023 tarihli Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarının (TSRS) Belirlenmesi konulu KGK Kararı.

75 Bunlar; IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information (<https://www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/ifrs-s1-general-requirements/>) ve IFRS S2 Climate-related Disclosures (<https://www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/ifrs-s2-climate-related-disclosures/>), (Erişim Tarihi: 27.01.2024).

76 KGK, **2024-5 sayılı, 5/1/2024 tarihli duyurusunda** 01/01/2024 tarihinden itibaren zorunlu sürdürülebilirlik raporlamasına tabi şirketlerin belirlenmesine ilişkin çeşitli soru işaretlerinin cevaplanması açısından şu açıklamayı yapmıştır: “1) Aşağıdaki “Kurul Kararının 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasında Sayılan ve Hadlere Tabi Olan İşletmeler Listesi” başlıklı listede yer alan işletmeler arasında; – Aktif toplamı 500 Milyon Türk Lirası – Yıllık net satış hasılatı 1 Milyar Türk Lirası – Çalışan sayısı 250 kişi ölçütlerinden en az ikisinin eşik değerlerini art arda iki raporlama döneminde aşan işletmeler zorunlu uygulama kapsamına dâhildir. 2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun düzenleme ve denetimine tabi bankalar, her ne kadar aşağıdaki listede sayılmış olsalar dahi, herhangi bir eşik değere tabi olmaksızın zorunlu raporlama kapsamındadırlar. Ancak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bünyesinde yer alanlar bankalar bu uygulamadan muaf tutulmuştur. 3) Zorunlu olmamakla birlikte, kapsam dışında yer alan işletmeler de gönüllülük esasına göre Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarına uygun raporlama yapabilirler.”, [https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4937/Tu%CC%88rkiye-Su%CC%88rdu%CC%88ru%CC%88lebilirlik-Raporlama-Standartlar%C4%B1-\(TSRS\)-Uygulama-Kapsam%C4%B1na-Il%CC%87lis%CC%A7kin-Kurul-Karar%C4%B1-Kapsam%C4%B1nda-Su%CC%88rdu%CC%88ru%CC%88lebilirlik-Raporlamas%C4%B1na-Tabi-Olacak-Il%CC%87s%CC%A7letmeler-Belirlenmis%CC%A7tir-](https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4937/Tu%CC%88rkiye-Su%CC%88rdu%CC%88ru%CC%88lebilirlik-Raporlama-Standartlar%C4%B1-(TSRS)-Uygulama-Kapsam%C4%B1na-Il%CC%87lis%CC%A7kin-Kurul-Karar%C4%B1-Kapsam%C4%B1nda-Su%CC%88rdu%CC%88ru%CC%88lebilirlik-Raporlamas%C4%B1na-Tabi-Olacak-Il%CC%87s%CC%A7letmeler-Belirlenmis%CC%A7tir-), (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

Denetimleri⁷⁷ ve GDS 3410 Sera Gazı Beyanlarına İlişkin Güvence Denetimleri) mevcuttur. Ancak sürdürülebilirlik raporlamasının güvence denetimi zorunlu değildir⁷⁸.

Öte yandan KGK, 05.12.2023 tarihinde yaptığı duyuruda zorunlu uygulama kapsamında hazırlanacak olan sürdürülebilirlik raporlarının Uluslararası Denetim ve Güvence Denetimi Standartları Kurulu (IAASB) tarafından yayımlanacak “Uluslararası Sürdürülebilirlik Güvence Denetimi Standardı 5000 (ISSA 5000): Sürdürülebilirlik Güvence Denetimine İlişkin Genel Hükümler” kullanılarak 2026 yılında zorunlu güvence denetimine tabi tutulacağını belirtmiştir⁷⁹. Bu çerçevede AB 2023 Türkiye İlerleme Raporunda CSRD’ye uyum sağlanması gerektiğine yönelik değerlendirme kapsamında sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesine yönelik zorunluluğun en kısa sürede düzenlenmesi gerekmektedir.

Sonuç

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye Raporunda (2023 Raporu) şirketler hukukuna ilişkin denetimle ilgili olarak Türk ve AB hukuku karşılaştırıldığında Türk Hukukunda tespit ettiğimiz ilk sorun bağımsız denetim dışı bırakılmış durumda bulunan şirketlerin denetimine ilişkin düzenlemenin henüz yürürlüğe sokulmamış olmasıdır. Şöyle ki Türk Hukukunda denetim, TTK m. 397/1 ve 4’te düzenlenmiş olan KGK gözetiminde yapılan bağımsız denetim ile 397/5’te yer alan Cumhurbaşkanlığına

77 GDS 3000’de Doğrulama Hizmetlerine İlişkin Örnekler içerisinde Bu GDS kapsamında yürütülebilecek denetimlere sürdürülebilirlik üzerine denetim örnek olarak verilmektedir. Şöyle ki sürdürülebilirlik üzerine bir denetim, işletmenin sürdürülebilirlik performansı konusunda yönetim veya yönetimin faydalandığı bir uzman (ölçüm veya değerlendirmeyi yapan) tarafından hazırlanan bir rapora ilişkin güvence elde edilmesinden oluşur (GDS 3000, s. 31).

78 Örneğin, Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. 2022 Sürdürülebilirlik Raporuna göre şirket sürdürülebilirlik raporunda sınırlı güvence hizmeti almış ve güvence çalışması KGK tarafından yayımlanan Türkiye Denetim Standartlarının bir parçası olan Güvence Denetimi Standardı (GDS) 3000 Tarihi Finansal Bilgilerin Bağımsız Denetimi veya Sınırlı Bağımsız Denetimi Dışındaki Güvence Denetimleri’ne ve GDS 3410 Sera Gazı Beyanlarına İlişkin Güvence Denetimleri’ne uygun olarak yürütülmüştür. Bkz. Şişecam 2022 Sürdürülebilirlik Raporu, s. 115 (<https://www.sisecam.com.tr/sites/catalogs/tr/Documents/sustainability/sisecamsurdurulebilirlik2022.pdf>), (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

79 https://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/Diger/duyuru-05_12_2023.pdf (Erişim Tarihi: 15.02.2024).

çıkartılacak yönetmelik çerçevesinde yapılan denetim olmak üzere iki tür olarak düzenlenmiştir. TTK m. 397/1 hükmü, maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun finansal tablolarının TTK m. 400/1 hükmü kapsamında denetçi olabilecek YMM veya SMMM unvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketince, KGK'nin yayımladığı uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetleneceğini belirtmektedir. Görüldüğü üzere, TTK m. 397/1 ve 4 hükümleri, bütün anonim şirketlerin değil, Cumhurbaşkanlığı Kararıyla ölçütleri belirlenen anonim şirketlerin bağımsız denetime tabi olduğunu ifade etmektedir. Bağımsız denetime tabi olmayan/bağımsız denetim kapsamı dışında bırakılan anonim şirketlerin denetimine ilişkin yönetmelik ise söz konusu hükmün yürürlüğünün üzerinden on bir yılı aşkın bir sürenin geçmesine rağmen henüz yayımlanmamıştır. Diğer taraftan TTK m. 397/5 hükmü, TTK m. 565/2'nin atfı gereği sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Limited şirketlerde ise TTK m. 635 hükmü gereği TTK m. 397/4 kapsamında bağımsız denetim ölçütlerini taşıyan limited şirketler bağımsız denetime tabi kılınmışken, bağımsız denetim kapsamı dışında kalan şirketlerin denetimi zorunlu değildir. Oysaki 6434 sayılı Karar m. 3/1,a ve m. 3/1,b (1) ve (2) numaralı bentlerde belirtilenler kapsamında olmayan şirketlerin bir kısmı orta ölçekli olup, 2013/34/EU m. 34 sayılı Direktif gereği bunların denetimi zorunlu olarak öngörülmüştür.

Sonuç olarak, sermaye şirketlerinden bağımsız denetim kapsamı dışında kalan anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler TTK m. 397/5'te yer alan yönetmeliğin yayımlanmaması sebebiyle denetimsiz kalırken, bağımsız denetim kapsamı dışında kalan limited şirketler de kanuni düzenleme sebebiyle denetimsiz bırakılmıştır.

AB ilerleme raporunda bağımsız denetim alanında AB müktesebatına uyum sağlanması için daha fazla çalışma yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bahsi geçen bu husus Türk hukukunda bağımsız denetim kapsamı dışında kalan şirketlerin denetimi zorunlu olmasına rağmen, söz konusu yönetmeliğin hala yayımlanmaması sebebiyle denetim dışı kalan şirketlerdir. Özellikle bağımsız denetim kapsamında olmayan şirketlerin içerisinde orta ölçekli şirketler de mevcuttur. 2013/34/EU m. 34 gereği orta ve büyük ölçekli

şirketlerin denetimi zorunludur. Bu çerçevede hem Türkiye ekonomisi için hem de AB Müktesebatına uyum sağlamak amacıyla bu soruna ilişkin çözüm önerimiz; TTK m. 397/5 hükmünde öngörülen yönetmeliğin en kısa zamanda çıkarılması yönündedir. Yukarıda İsveç hukukunda verilen örnekte olduğu gibi⁸⁰ ihtiyari denetim dahi şirketler ve ülke ekonomisi açısından dezavantajlyken, zorunlu olmasına karşın hukuki düzenlemenin yapılmaması hem şirketlere hem de ülke ekonomisine büyük ölçüde zarar vermektedir.

Ayrıca limited şirketlerde de bağımsız denetim dışında kalan şirketler (orta ölçekli şirketlerin bir kısmı ve küçük ölçekli şirketler) için TTK m. 397/5'e benzer bir zorunlu denetimin öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira bağımsız denetim dışında kalan limited şirketlerin bir kısmı orta ölçekli limited şirket olup 2013/34/EU m. 34 sayılı Direktif gereği bunların denetimi zorunlu kılınmıştır. AB Müktesabatında küçük ölçekli işletmelerde denetim zorunlu olmamasına karşın, kanımızca bu şirketlerde de denetiminin zorunlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira Türkiye'de 2023 Aralık ayı itibariyle mevcut 1.503.060 ticaret şirketinden 1.237.610'u limited şirkettir⁸¹. Bu şirketlerin çoğunluğu bağımsız denetim eşiklerine ulaşmadığından bağımsız denetim zorunlu değildir. Benzer şekilde İsveç hukukundaki gibi, kanımızca küçük ölçekli limited şirketler için denetimin zorunlu olmaması uzun vadede avantajdan çok dezavantajlara sebep olmaktadır. Zira hesaplarının denetlenmediği, şeffaflığın ortadan kalktığı bir ortamda şirketin kredi maliyetleri de artacaktır⁸². Şirketlerin denetim dışı kalması ekonomik suçların ve vergi kaçakçılığının artmasına sebep olabilir⁸³. Ayrıca birçok küçük limited şirkette hem ortak hem de yöneticilerin aynı kişi olması sebebiyle mali tablolara ilişkin üçüncü taraf güvencesi olan bağımsız denetime ihtiyaç vardır⁸⁴.

80 Bkz. "II. Avrupa Birliği Müktesebatında Denetim" başlığı altında yapılan açıklamalar.

81 <https://ticaret.gov.tr/data/6214a18c13b876b4f0182f30/MERS%C4%B0S%20Verileri.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2024).

82 *Tekinalp*, bu durumu sermaye şirketlerinin denetlenmediği bir ülkede hiçbir anonim ve limited şirket ortağı, şirket borçlarından sınırlı sorumlu konumunda kalamaz, kendisinden, ailesinden kefalet istenir, ipotek talep edilir, temliklerden başını kaldıramaz, şeklinde ifade etmiştir (*Tekinalp*, *Sermaye Ortaklıkları*, s. X-XI).

83 https://www.riksrevisionen.se/download/18.26c2548c1616574394b157/1518435480894/RiR_2017_35_REVISIONSPLIKT_SUMMARY.PDF (Erişim Tarihi: 25.01.2024)

84 *Vicari*, *European Company*, s. 206.

AB Müktesebatı ilerleme raporunda şirketler hukukuna ilişkin denetimle ilgili olarak Türk ve AB hukuku karşılaştırıldığında tespit ettiğimiz ikinci sorun ise Türk Hukukunda sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesi denetimine yönelik zorunluluğun bulunmamasıdır. Uluslararası standartlara uygun raporlama yapan sürdürülebilirlik raporlaması güvencesine sahip olmanın önemi, paydaşlar ve yatırımlar nezdinde güven oluşturmaya anahtar niteliği arz etmesidir. Sürdürülebilirlik raporlaması güvencesi, şirket tarafından sağlanan bilgilere güvenip güvenemeyeceğimizin teyit edilmesine imkân tanımaktadır⁸⁵. Bu çerçevede AB 2023 Türkiye İlerleme Raporunda CSRD'ye uyum sağlanması gerektiğine yönelik değerlendirme gereğince sürdürülebilirlik raporlamasının güvencesi denetimine yönelik standartların belirlenmesi ve zorunluluğun en kısa sürede kanuni düzenlemeye bağlanması gerekmektedir.

85 Emerick, *Sustainability Report Assurance*, <https://www.esgthereport.com/what-is-esg/the-g-in-esg/what-is-sustainability-report-assurance/>, (Erişim Tarihi: 26.01.2024).

Kaynakça

- Arslan, Özkan. “Bağımsız Denetime Tabi Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarınca Denetçi Seçilmesi Mümkün müdür?”. Mali Çözüm Dergisi. Mayıs-Haziran (2016):133-140.
- Cerioni, Luca. EU Corporate Law and EU Company Tax Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2007.
- De Luca, Nicola. European Company Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Demir, Gönenç. “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gözetimindeki Bağımsız Denetime Tabi Anonim Şirketlerin Denetlenmesine Dair Yönetmelik Taslağının Ticaret Kanununun Denetim Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”. İSGHD, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan. (2016): 827-888.
- Emerick, Dean. “What is Sustainability Report Assurance?”. <https://www.esg-thereport.com/what-s-esg/the-g-in-esg/what-is-sustainability-report-assurance/>, (Erişim Tarihi: 26.01.2024).
- European Commission, Study on the Audit Directive (Directive 2006/43/EC as amended by Directive 2014/56/EU) and the Audit Regulation [Regulation (EU) 537/2014] Final Report, 2022.
- Hopt, Klaus J. / C. Leyens, Patrick. “Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy”.European Company and Financial Law Review. 1/ 2 (2004): 135-168.
- Hölters, Wolfgang / Weber, Markus. Aktiengesetz, Kommentar. C.H. BECK, 2022.
- Kendigelen, Abuzer. “Yeni Türk Ticaret Kanununun Genel Olarak Değerlendirilmesi ve Başlangıç Hükümleri”. EÜHFED. XVI /3-4 (2012): 1-29.
- Kocabıyık, Sami. Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Köksal, Aytaç. Bağımsız Denetim Sözleşmeleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Özkorkut, Korkut. “1522. Madde Açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Bakışının Değerlendirilmesi” (Küçük Ölçekli İşletme). BATİDER. XXV/3 (2009): 143-165.
- Özkorkut, Korkut. “Avrupa Komisyonu’nun 2012 Yılı Türkiye İlerleme Raporunun Şirketler Hukuku Faslına Finansal Raporlama ve Denetim Açısından Doğru Okumak”. BATİDER. XXVIII /4 (2012): 243-246.
- Özkorkut, Korkut. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim (Bağımsız Denetim). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Tekinalp, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku: Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

- Urkan, Ercan. Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetimden Kaynaklanan Sorumluluk (Yayımlanmış Doktora Tezi, Tez No: 384573). Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Vicari, Andrea. European Company Law. Boston: De Gruyter, 2021.
- Villiers, Charlotte / Mähönen, Jukka. "Accounting, Auditing, and Reporting: Supporting or Obstructing the Sustainable Companies Objective?". Company Law and Sustainability. Ed. Beate Sjäffell, Benjamin J. Richardson. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.



I. Oturum

II. Tebliğ

**Borsada İşlem Gören Şirketlerde Paysahiplerinin
Haklarına İlişkin AB Düzenlemeleri ve
Türk Sermaye Piyasası Mevzuatı**

Doç. Dr. M. Aslı KÜÇÜKGÜNGÖR

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Rıza AYHAN

Saat: 10.20 – 10.40



Borsada İşlem Gören Şirketlerde Pay Sahiplerinin Haklarına İlişkin AB Düzenlemeleri ve Türk Sermaye Piyasası Mevzuatı*

Doç. Dr. M. Aslı KÜÇÜKGÜNGÖR**

Öz

Borsada işlem gören şirketlerde pay sahiplerinin haklarının kullanılmasına ilişkin 2007/36/EC Direktifi (Pay Sahipleri Hakları Direktifi/Direktif), Avrupa Komisyonu tarafından belirlenen iki temel politika hedefi olan pay sahibi haklarının güçlendirilmesi ve sınır ötesi oy kullanımının sağlanması önceliklerini gerçekleştirmek üzere yürürlüğe konulmuştur. Direktif, kurumsal yönetim alanında temelde tavsiye kararları aracılığıyla düzenleme yaklaşımının benimsendiği AB mevzuatında, bağlayıcı nitelikte öngörülen temel düzenlemeyi oluşturmaktadır. Anılan mevzuat, OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'ne paralel olarak, pay sahiplerinin mevcut haklarının belirlenmesine ve bu hakların etkili bir şekilde kullanılabilmesini sağlamaya yönelik kurallar öngörmektedir.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi, 2017 yılında Avrupa Komisyonu tarafından pay sahiplerinin şirketlere uzun vadeli katılımının teşviki amacıyla kapsamlı bir revizyona tabi tutulmuştur. EU/2017/828 Direktifi aracılığıyla getirilen hükümler, pay sahiplerinin kimliğinin belirlenmesine ve pay sahipleriyle şirket arasındaki bilgi akışının kolaylaştırılmasına, yöneticilere sağlanan mali hakların gözetiminin iyileştirilmesine ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler getirmekte ve vekâleten oy kullanımında daha fazla şeffaflık sağlayan kurallar içermektedir.

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukunun AB Şirketler Hukukuna Uyum Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** Doçent. ORCID: 0000-0001-7710-0024

Türkiye'nin AB Şirketler Hukuku müktesebatına uyum taahhütleri çerçevesinde, pay sahiplerinin haklarının korunmasına ve şirkete uzun vadeli katılımlarının teşvikine yönelik AB mevzuatına uyum amaçlı temel düzenlemeler, SPKn ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla mevzuatımızda kapsamlı olarak yer almıştır. Bu çerçevede genel kurula ilişkin esaslar ile genel kurul toplantısına katılım ve oy verme hususlarında SPKn'da değişiklikler yapılmış, ikincil düzenlemeler ise, Vekâleten Oy Kullanma ve Vekâlet Toplanması Hakkında Tebliğ (II-30.1) ve Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Bunun yanı sıra SPKn'da ve Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yönelik ikincil düzenlemelerde şirketlerin pay sahipleri bilgilerini edinmelerini kolaylaştırmaya yönelik esaslar yer almaktadır. Ayrıca, pay sahiplerinin yöneticilere sağlanan mali haklar konusunda bilgilendirilmelerini ve söz sahibi olmalarını sağlamaya ilişkin düzenlemeler ve ilişkili taraf işlemleriyle ilgili esaslar Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)'nde düzenleme konusu olmuştur.

Bu çalışmada borsada işlem gören şirketlerde pay sahiplerinin haklarına ilişkin AB mevzuatı ortaya konularak, anılan kuralların Türk hukukunda ne şekilde düzenlendiği karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Sonrasında, mevzuatımızın sözü edilen AB düzenlemeleri karşısındaki uyum durumu değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Pay Sahipleri Hakları Direktifi I-II, Kurumsal Yönetim, İlişkili Taraf İşlemleri, Halka Açık Anonim Ortaklıklar.

EU Regulations on the Rights of Shareholders in Listed Companies and Turkish Capital Market Legislation

Abstract

Directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies (Shareholders Rights Directive) has been put into force to realize the priorities of strengthening shareholder rights and ensuring cross-border voting, which are two main policy objectives determined by the European Commission. In EU regulations on corporate governance where the regulatory approach is adopted mainly through soft law through recommendations, aforementioned legislation constitutes the basic set of rules implemented via directive. In parallel with the OECD Corporate Governance Principles, it envisages rules for determining the existing rights of shareholders and ensuring that these rights can be used effectively.

A comprehensive revision was made to the Shareholders Rights Directive in 2017 by the European Commission in order to encourage the long-term participation of shareholders. These changes, made through Directive EU/2017/828, introduce regulations regarding the identification of shareholders and facilitating the flow of information between shareholders and the company, improving the supervision of director remuneration (say on pay) and related party transactions, and include rules that provide greater transparency in proxy voting.

Within the scope of Turkiye's commitments to comply with the EU Company Law acquis, fundamental rules aimed at harmonizing with EU legislation regarding the protection of shareholders' rights and the encouragement of long-term participation in the company have been

comprehensively included in our legislation through the CMB and secondary regulations. In this context, changes have been made in the CMB regarding the principles regarding the general meeting, participation to and voting in the general meeting, and secondary regulations have been made through the Communiqué on Proxy Voting and Proxy Collection (II-30.1) and the Corporate Governance Communiqué (II-17.1). In addition, CMB and the secondary regulations regarding the Central Registry Agency include principles to facilitate companies' access to shareholder information. Finally, the regulations regarding informing shareholders about the financial rights provided to managers and having a say in this matter and the principles regarding related party transactions are regulated in the Corporate Governance Communiqué (II-17.1).

In this study, the basic rules regarding the rights of shareholders in listed companies included in the EU legislation are put forward and how these rules are regulated in Turkish law is discussed comparatively. Afterwards, the alignment of Turkish legislation with the relevant EU regulations is evaluated.

Keywords: Shareholders Rights Directive I-II, Corporate Governance, Related Party Transactions, Public Companies.

Giriş

Türk şirketler hukukunun Avrupa Birliği (AB) müktesebatı ile uyumlaştırılması, 2006 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi uyarınca Türkiye'nin orta vadeli taahhütleri arasında yer almış¹, bu tarihten itibaren AB'nin 6 No'lu Şirketler Hukuku faslı yoğun çalışmalara konu olmuştur². Şirketler hukuku alanında AB'ye uyum, temelde her türlü şirketi düzenleyen genel bir kanun

- 1 Council Decision of 23.01.2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey (2006/35/EC), OJ L 22, 26.1.2006, s. 46. [Son güncelleme: Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision (2006/35/EC), OJ L 51, 26.2.2008.
- 2 AB Şirketler hukuku faslına ilişkin olarak 2006 yılında gerçekleştirilen tanıtıcı ve ayrıntılı tarama toplantıları çerçevesinde müktesebata uyum ve bunun uygulamasına yönelik strateji belgesi hazırlanmıştır. Anılan belgenin yeterli bulunması neticesinde, 17 Haziran 2008 tarihinde düzenlenen Türkiye-AB Hükümetler Arası Katılım Konferansı ile fasıl müzakerelere açılmıştır. Tarama toplantıları için Bkz. Screening Report, Turkey Chapter 6, Company Law, 10.05.2007.

olan Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) hükümleriyle ilgili bir konudur. Bununla birlikte halka açık şirketler bakımından uygulama alanı bulmak üzere Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)'nun ilgili AB müktesebatı ile uyumlu olarak değiştirilmesi, fasıl için öngörülen kapanış kriterinden birini oluşturmaktadır³. Bu çerçevede TTK'nda gerçekleştirilen değişiklikler sonrasında, Türkiye'nin Ulusal Programı'nda öngörülen AB mevzuatına uyum amacıyla⁴ ve AB Komisyonu tarafından öngörülen taahhütlere uygun olarak sermaye piyasası mevzuatı tümüyle gözden geçirilmiş, 6362 sayılı SPKn 30.12.2012'de yürürlüğe konulmuştur. 2008 tarihli Ulusal Program'ın hazırlanması sonrasında AB nezdinde şirketler hukuku mevzuatında yeni düzenlemeler yapılmıştır. Gerçekleştirilen yeni düzenlemelere paralel olarak Sermaye piyasası mevzuatı da gözden geçirilerek uyumlaştırılmıştır. Bahsi geçen uyum taahhütleri çerçevesinde, halka açık şirketler bakımından pay sahiplerinin haklarının korunmasına ve şirkete uzun vadeli katılımlarının teşvikine yönelik AB mevzuatına uyum amaçlı temel düzenlemeler, SPKn ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla mevzuatımızda kapsamlı olarak yer almıştır⁵.

Bu çalışmada, 2007/36/EC Direktifi (Pay Sahipleri Hakları Direktifi/Direktif))⁶ bakımından AB'ne uyum amacı çerçevesinde gerçekleştirilen düzenlemeler açıklanarak, Direktif'in 2017 revizyonu kapsamında yer alan değişiklikler bağlamında yürürlükte olan sermaye piyasası mevzuatı ele alınmıştır. Sonrasında, mevzuatımızın sözü edilen AB düzenlemeleri karşısındaki uyum durumuna ilişkin değerlendirilmelerde bulunulmuştur.

3 Fasil ile ilgili müzakerelerin geçici olarak kapatılabilmesi için Ek Protokol dışında beş adet teknik kapanış kriteri getirilmiştir. Diğer kriterler için Bkz. [https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html (Erişim Tarihi: 12.01.2024)].

4 Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, Aralık 2008, s. 67.

5 Bu çalışma, halka açık şirketlerde pay sahiplerinin haklarına ilişkin AB mevzuatında öngörülen yükümlülükler karşısında, sermaye piyasası mevzuatının uyum durumu ile sınırlıdır. Ulusal programda yer alan 2007/36/EC Direktif'ine yönelik temel taahhütlerden biri, hisse senetleri borsada işlem gören şirketler için zorunlu hale gelecek olan elektronik ortamda genel kurula katılım prosedürlerine ilişkin tebliğ hazırlanmasıdır. Söz konusu taahhüdün Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanacak mevzuat aracılığıyla yürürlüğe konulması öngörülmüştür. Bkz. Ulusal Program-2008, s. 68.

6 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies [OJ L 184, 14.7.2007].

I. Pay Sahipleri Hakları Direktifi ve 2017 Revizyonu

Pay Sahipleri Hakları Direktifi, AB'de kayıtlı merkezleri bulunan ve payları AB'de düzenlenmiş bir piyasada işlem görmeye kabul edilen şirketlerin genel kurullarında pay sahiplerinin haklarının kullanılmasını teşvik eden kuralları belirlemektedir. Direktif kapsamında şirketlerin genel kurul toplantısı öncesinde, toplam hisse sayısı ve oy hakları, genel kurulda sunulacak belgeler, gündeme ilişki detaylar ve vekâleten oy kullanılmasını sağlayacak formların ortaklara sağlanması yükümlülüğü bulunmaktadır⁷. Pay sahipleri ayrıca, şirket sermayesinin %5'ine sahip olmaları halinde genel kurul gündemine ek madde koymak ve karar önermek, bir şirketin hisse sahibi olmak için belirlediği hak kazanma tarihi dışında herhangi bir sınırlama olmaksızın genel kurula katılmak ve oy kullanmak ve şirketin cevaplamakla yükümlü olduğu gündem maddeleri ile ilgili soru sormak haklarına sahiptir⁸.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi, 2017 yılında Avrupa Komisyonu tarafından pay sahiplerinin şirketlere uzun vadeli katılımının teşviki amacıyla kapsamlı bir revizyona tabi tutulmuştur. EU/2017/828 Direktifi⁹ aracılığıyla getirilen hükümler, pay sahiplerinin kimliğinin belirlenmesine ve pay sahipleriyle şirket arasındaki bilgi akışının kolaylaştırılmasına, yöneticilere sağlanan mali hakların gözetiminin iyileştirilmesine ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemeler getirmekte ve vekâleten oy kullanımında daha fazla şeffaflık sağlayan kuralları içermektedir.

7 Directive 2007/36/EC, md. 5.

8 Directive 2007/36/EC, md. 6, 7, 9.

9 Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement [OJ L 132, 20.5.2017]. EU/2017/828 Direktifi aracılığıyla Pay Sahipleri Hakları Direktifi'nde değişiklik yapılmak suretiyle getirilen yenilikler Pay Sahipleri Hakları Direktifi II olarak anılmaktadır. Bu çalışmada da söz konusu terminoloji benimsenmiştir.

II. Pay Sahipleri Hakları Direktifi'ne İlişkin Sermaye Piyasası Düzenlemeleri

A. Ulusal Program Taahhütleri Çerçevesinde SPKn ve İkincil Mevzuatta Uyum Amacıyla Yapılan Değişiklikler

1. Genel Kurul Toplantılarına İlişkin Esaslar, Toplantıya Katılım ve Oy Kullanma

Ulusal Program kapsamında hazırlanan eylem planı çerçevesinde, halka açık şirketlerde pay sahiplerinin belirli hakları kullanılabilmesinin sağlanmasına ilişkin taahhüt, TTK ve SPKn değişikliğinden sonra halka açık şirketlerin genel kurullarında uyulacak esasların AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesidir¹⁰. Bu kapsamda eylem planı gereğince SPK'da, borsaya kote şirketlere ilişkin genel kurul toplantı çağrısının toplantı gününden önceki 21'inci günden daha geç olmamak üzere yapılmasının sağlanması ve vekâleten oy kullanmaya ilişkin hükümlerin yeni TTK ve ilgili Direktif doğrultusunda düzenlenmesi öngörülmüştür.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi'nde genel kurulun toplantıya çağrılmasında toplantı çağrısının en az 21 gün öncesinden yapılacağı hususu ile çağrıda yer alacak hususlar ve kullanılacak yöntemlere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Düzenlemede ayrıca vekâleten oy kullanmaya ilişkin esaslara da toplantı çağrısında yer verilmesi hususu düzenlenmiştir¹¹. Buna göre şirketlerce, genel kurul toplantısından 21 gün öncesinde toplantıya ilişkin bildirim yapmak da dâhil olmak üzere genel kurul toplantıları hakkında pay sahiplerine bilgi verilmesi, bunun yanı sıra tarih, yer, gündem, oylama ve katılım prosedürlerinin web sitesinde açıklanması öngörülmüştür (md. 5(3)). Bu kapsamda ayrıca, toplam pay sayısı ve oy hakları (md. 5(4)(b)), toplantıda sunulacak belgeler (md. 5(4)(c)), toplantının her gündem maddesi için bir karar taslağı (md. 5(4)(d)), pay sahiplerinin kendilerini temsil etmesi için başka bir kişiye yetki vermesi durumunda vekâleten oy kullanmak için kullanılacak formlara (md. 5(4)(e)) ilişkin bilgilerin şirketler tarafından pay sahiplerine sağlanması zorunlu kılınmıştır.

10 Ulusal Program-2008 s. 67; Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı, Ocak 2016 - Aralık 2019, s. 42.

11 Directive 2007/36/EC, md. 5.

Direktif'te düzenlenen bir diğer husus, pay sahiplerinin genel kurula katılım ve oy kullanma haklarına ilişkin esaslara ilişkindir. Düzenleme uyarınca, pay sahiplerinin genel kurula katılma ve oy haklarının, genel kurul öncesinde belirlenmiş kayıt tarihi itibarıyla sahip oldukları paylar esas alınarak kullanılması gerekmektedir. Bu haklar, paylarının depo edilmesi, transferi ve başka kişilere transferi veya bunlar adına kaydedilmesi koşullarına bağlanamaz¹².

Direktifin bu hükümlerine karşılık gelecek düzenlemeler, SPKn md. 29 ve 30 aracılığıyla düzenleme konusu olmuştur. SPKn md.29'da genel kurul toplantılarına ilişkin esaslara yer verilmiştir. SPKn md. 29(1) uyarınca halka açık ortaklıkların genel kurullarını, esas sözleşmede gösterilen şekilde, ortaklığın internet sitesi ve Kamuyu Aydınlatma Platformu¹³ ile Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından belirlenen diğer yerlerde yayımlanan ilanla toplantıya çağırarak zorundadırlar. Bu çağırmanın, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az üç hafta önce yapılması zorunlu tutulmuştur. SPKn md.30'da ise genel kurul toplantısına katılım ve oy kullanmanın esasları düzenlenmiştir. Bu kapsamda SPKn md. 30(1) uyarınca halka açık ortaklık genel kuruluna katılma ve oy kullanma hakkının pay sahibinin paylarını herhangi bir kuruluş nezdinde depo etmesi şartına bağlanamayacağı düzenleme konusu olmuştur. Genel kurula ilişkin esaslar söz konusu maddelere dayanılarak Kurumsal Yönetim Tebliği¹⁴ ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde düzenlenmiştir¹⁵. Direktif

12 Directive 2007/36/EC, md. 7.

13 Söz konusu platform, sermaye piyasası mevzuatı uyarınca kamuya açıklanması gerekli olan bilgilerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistemdir. Bkz. (VII-128.6) Kamuyu Aydınlatma Platformu Tebliği, md. 3(h) [R.G., T. 27.12.2013, S. 28864].

14 (II-17.1) Kurumsal Yönetim Tebliği [R.G., T. 03.01.2014, S. 28871].

15 Kurumsal Yönetim İlkeleri md. 1.3.1 uyarınca, şirketin kurumsal internet sitesinde ve KAP'ta, genel kurul toplantı ilanı ile birlikte, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere genel kurul toplantı tarihinden en az üç hafta önce pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulacak belgeler ile şirketin ilgili mevzuat gereği yapması gereken bildirim ve açıklamaların yanı sıra, toplantıda sunulacak belgelere yönelik hususlar dikkati çekecek şekilde yatırımcılara ayrıca duyurulur. Söz konusu hususlar tebliğde detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda açıklamanın yapılacağı tarih itibarıyla şirketin ortaklık yapısını yansıtan toplam pay sayısı ve oy hakkı, şirket sermayesinde imtiyazlı pay bulunuyorsa her bir imtiyazlı pay grubunu temsil eden pay sayısı ve oy hakkı ile imtiyazların niteliği hakkında bilgiler (1.3.1.a); Şirketin ve bağlı ortaklıklarının ortaklık faaliyetlerini önemli ölçüde etkileyecek yönetim ve faaliyetlerindeki değişiklikler

md. 13'te pay sahiplerinin oy haklarının etkin şekilde kullanımını sınırlayan engellerin kaldırılmasını sağlamaya yönelik esaslar düzenlenmektedir. Kurumsal Yönetim İlkeleri uyarınca oy hakkının kullanılmasını zorlaştırıcı uygulamalardan kaçınılması gerekir. Söz konusu ilkelere sınır ötesi de dahil olmak üzere her pay sahibine oy hakkını en kolay ve uygun şekilde kullanma fırsatı sağlanacağı hükme bağlanmıştır¹⁶.

2. Gündeme Madde Eklenmesi

Direktif uyarınca pay sahiplerinin genel kurul toplantı gündemine madde ekletme ve karar taslağı sunma hakkı bulunmaktadır¹⁷. Hukukumuzda azınlığın gündeme madde ekletme hakkı TTK md. 411'de düzenlenmiştir. SPKn md.29/5 ile TTK md. 411 ile azınlığa tanınmış bulunan gündeme madde ekletme hakkının, halka açık ortaklıklarda gündem maddelerine ilişkin karar taslaklarının görüşmeye sunulmasını da kapsadığı düzenlenmiştir. Ayrıca SPKn md. 29(4)'te halka açık ortaklıkların genel kurullarında gündeme bağlılık ilkesine uyulmaksızın SPK'nun görüşülmesini veya ortaklara duyurulmasını istediği hususların genel kurul gündemine alınması zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

3. Vekaleten Oy Kullanılması

Direktif'te düzenleme konusu olan bir diğer husus, vekaleten oy kullanılmasına ilişkindir. Her pay sahibi, kendi adına genel kurula katılmak ve oy kullanmak üzere başka bir gerçek veya tüzel kişiyi vekil olarak atama hakkına sahiptir. Vekil olarak atanan kişi, genel kurul toplantısında bu şekilde temsil edilen pay sahibinin sahip olduğu söz alma ve soru sorma

ve bu değişikliklerin gerekçeleri hakkında bilgiler (md.1.3.1.b); Genel kurul toplantı gündeminde yönetim kurulu üyelerinin azli, değiştirilmesi veya seçimi varsa; azil ve değiştirme gerekçeleri, yönetim kurulu üyeliği adaylığı ortaklığa iletilen kişiler hakkında detaylı bilgiler (md.1.3.1.c); Şirket pay sahiplerinin gündeme madde konulmasına ilişkin Yatırımcı İlişkileri Bölümü'ne yazılı olarak iletmış oldukları talepleri, yönetim kurulunun pay sahiplerinin gündem önerilerini kabul etmediği hallerde, kabul görmeyen öneriler ile ret gerekçeleri bilgiler (md.1.3.1.ç); Gündemde esas sözleşme değişikliği olması durumunda ilgili yönetim kurulu kararı ile birlikte, esas sözleşme değişikliklerinin eski ve yeni şekilleri bilgiler (md.1.3.1.d) açıklanacaktır.

16 Kurumsal Yönetim İlkeleri, md. 1.4.1.

17 Directive 2007/36/EC, md. 6.

haklarıyla aynı haklara sahip olur¹⁸. Üye ülkelerin, pay sahiplerini temsil eden vekil atanabilmesini ve bu atamanın şirkete yalnızca yazılı olarak bildirilmesini sağlamaları ve elektronik yollarla bir vekil atanmasına izin vermeleri öngörülmüştür¹⁹.

Vekaleten oy kullanılmasına olanak sağlanmasına ilişkin Ulusal Program kapsamındaki taahhüt, SPKn md. 30(4) aracılığıyla düzenleme konusu olmuştur. Anılan hüküm uyarınca halka açık ortaklıkların genel kurullarında oy kullanma hakkına sahip olanlar, bu haklarını vekil tayin ettikleri kişiler aracılığıyla da kullanabilmektedir²⁰. Hükümde ayrıca, çağrı yoluyla vekâlet toplanmasına ve vekâleten oy kullanmaya ilişkin usul ve esasların SPK tarafından belirlenmesi öngörülmüştür. Söz konusu maddede verilen yetkiye dayanılarak vekâleten oy kullanılması ve vekâletname formlarının gönderilmesi ve ilanı hususları Vekâleten Oy Kullanılması ve Çağrı Yoluyla Vekâlet Toplanması Tebliği'nde düzenlenmiştir²¹.

B. Pay Sahipleri Hakları Direktifi'nde Yer Alan Diğer Hususlar Kapsamındaki Düzenlemeler

Direktif'te genel kurula katılım ve oy haklarının kullanımında eşit işlem ilkesi kabul edilmiştir²². Buna göre şirket, genel kurula katılım ve oy haklarının kullanılması konusunda aynı durumda olan tüm pay sahiplerine eşit muamele edilmesini sağlamakla yükümlüdür. TTK md.257'de "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur." hükmü yer almaktadır. SPKn'nun genel kurula ilişkin düzenlemeler içeren hükmünde (md.29) bu husus açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, TTK'daki genel ilkeye halka açık şirketlerde de riayet edilmesi zorunludur. Bu hususa ilişkin olarak, Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde genel kurul toplantısının, pay sahiplerinin katılımını artırmak amacıyla pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açmayacak ve pay

18 Directive 2007/36/EC, md. 10.

19 Directive 2007/36/EC, md. 11.

20 Ancak, payları kayden izlenmeyen halka açık ortaklıklarda hamiline yazılı payların zilyetliğinin devri veya bunlara mutasarrıf olduğunu gösteren belgelerin temlik yoluyla da genel hükümler çerçevesinde oy kullanılabilir. Saklama hizmeti sunanların, saklama hizmeti sundukları paylara ilişkin oy haklarını vekil sıfatıyla kullanmaları hâlinde de bu fıkra hükmü uygulanır: SPKn md. 30(4).

21 (II-30.1) Vekâleten Oy Kullanma ve Vekâlet Toplanması Hakkında Tebliğ [R.G., T. 24.12.2013, S. 28862].

22 Directive 2007/36/EC, md. 4.

sahiplerinin mümkün olan en az maliyetle katılımını sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi öngörülmüştür²³.

Direktif'te düzenlenen elektronik genel kurul yapılması olanağı tanınmasına ilişkin esaslar²⁴ ile pay sahiplerinin genel kurulda soru sorma hakkı²⁵ esasen TTK'da düzenleme konusu olan hususlardır²⁶. Anılan hükümler halka açık şirketler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Bunun yanı sıra halka açık şirketler açısından, ayrıca SPKn md. 30(5) uyarınca, payları kayden izlenen anonim ortaklık genel kurullarına elektronik ortamda katılımın, Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından sağlanan elektronik ortam üzerinden gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, pay sahiplerinin genel kurulda soru sorma hakkına ilişkin olarak, Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde (md. 1.3.5) pay sahiplerine eşit şartlar altında düşüncelerini açıklama ve soru sorma imkânı verileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, toplantı başkanı, genel kurul toplantısında ortaklarca sorulan ve ticari sır kapsamına girmeyen her sorunun doğrudan genel kurul toplantısında cevaplandırılmasını sağlar. Sorulan sorunun gündemle ilgili olmaması veya hemen cevap verilemeyecek kadar kapsamlı olması halinde, sorulan soru en geç 15 gün içerisinde Yatırımcı İlişkileri Bölümü tarafından yazılı olarak cevaplanır. Ayrıca, genel kurul toplantısı sırasında sorulan tüm sorular ile bu sorulara verilen cevaplar, en geç genel kurul tarihinden sonraki 30 gün içerisinde Yatırımcı İlişkileri Bölümü tarafından ortaklık internet sitesinde kamuya duyurulur²⁷.

Son olarak, Direktif uyarınca genel kurul gündeminde yer alan hususlarla ilgili alınan kararların kamuya açıklanması yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre şirketlerce genel kurulda alınan her karar için asgari olarak oyların geçerli biçimde kullanıldığı pay sayısı, bu oyların temsil ettiği sermaye oranı, geçerli olarak kullanılan toplam oy sayısı ve aynı zamanda lehe kullanılan oyların sayısı, her bir karara ilişkin olumlu ve olumsuz görüşler ve uygulanabildiği hallerde çekimser oyların sayısı

23 Kurumsal Yönetim İlkeleri, md. 1.3.3.

24 Directive 2007/36/EC, md. 8.

25 Directive 2007/36/EC, md. 9.

26 Elektronik genel kurula ilişkin genel esaslar TTK md.1527'de, genel kurulda soru sorma hakkı ise TTK md. 437'de pay sahibinin bilgi alma hakkı ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir.

27 Kurumsal Yönetim İlkeleri, md. 1.3.5.

belirlenerek, bunların şirketin internet sitesinde yayınlanmasının sağlanması gerekmektedir²⁸. Bahsi geçen yükümlülük Özel Durumlar Tebliği'nde düzenlenmiştir. Anılan tebliğ uyarınca payları borsada işlem gören ihraççılar tarafından, genel kurul toplantı tutanağının ve SPK tarafından belirlenen şekliyle hazır bulunanlar listesinin, genel kurula katılma hakkının kullanımına ve toplam oy haklarına, yönetim kurulu veya genel kurul tarafından kâr dağıtımına ilişkin karar alınmasına, genel kurul toplantısının yapılamaması durumunda, bu durumun gerekçesi ve bir sonraki toplantının tarihine ilişkin bilgilerin kamuya açıklanması zorunludur²⁹.

III. Pay Sahipleri Hakları Direktifi 2017 Revizyonu (Pay Sahipleri Hakları Direktifi II) Kapsamındaki Sermaye Piyasası Düzenlemeleri

A) Pay Sahiplerinin Tespiti ve Haklarını Kullanmalarının Kolaylaştırılması

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II ile, şirketlerin pay sahipleri bilgilerini edinmelerini kolaylaştırmaya yönelik bazı destekleyici esaslar Direktif'e eklenmiştir. Direktif uyarınca şirketler, pay sahiplerini belirleme ve bu bilgileri elinde bulunduran aracı kuruluşlardan pay sahiplerinin kimliğine ilişkin bilgi alma hakkına sahiptir. Söz konusu aracı kuruluşların (bankalar gibi) bu bilgileri gecikmeden iletmesi gerekmektedir. Üye ülkelere, bir şirketin pay sahiplerinin kimliğinin belirlenmesini talep edebilmesi için, payların veya oy haklarının minimum %0,5'ine sahip olma eşiğini uygulama imkânı verilmiştir³⁰. Yeni kurallar, başka bir AB ülkesinde ikamet eden pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılmasını ve oy kullanmasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, genel kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma hakkı da dâhil olmak üzere pay sahipliği haklarının kullanılmasının aracılar tarafından kolaylaştırılması öngörülmüştür³¹.

SPKn aracılığıyla sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi esası benimsenmiştir. Kaydileştirme ile birlikte MKK aracılığıyla gerçekleştirilen

28 Directive 2007/36/EC, md. 14.

29 (II-15.1) Özel Durumlar Tebliği, md. 18 [R.G., T. 23.01.2014, S.28891].

30 Directive 2007/36/EC, md. 3(a), 3(b).

31 Directive 2007/36/EC, md. 3(c).

işlemler hem pay sahiplerinin tespiti bakımından hem de başta genel genel kurul toplantısı olmak üzere, pay sahiplerinin şirketteki haklarını kullanabilmeleri bakımından önemli bir görev ifa etmektedir. SPKn md. 13 uyarınca sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esas olup, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haklar MKK tarafından izlenir. Kayıtların, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda bu kuruluşun üyelerince tutulması öngörülmüştür (md. 13(1),(3)). Bu hüküm uyarınca, kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, MKK'ya yapılan bildirim tarihi esas alınmakta (md. 13(5)), payların devrinin, 6102 sayılı Kanunun ilgili hükümleri çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın MKK nezdinde izlenen kayıtlar esas alınmaktadır (md. 13(6)). Ayrıca kayden izlenen sermaye piyasası araçlarına ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran MKK'nın üyeleri tarafından yerine getirilmektedir (md. 13(7)).

SPKn md. 30(5) uyarınca payları kayden izlenen anonim ortaklık genel kurullarına elektronik ortamda katılım, MKK tarafından sağlanan elektronik ortam üzerinden gerçekleştirilir. SPKn md. 30(2)'de payları kayden izlenen halka açık ortaklıkların genel kurul toplantılarına, yönetim kurulu tarafından MKK'dan sağlanan pay sahipleri listesi dikkate alınarak oluşturulan hazır bulunanlar listesinde adı yer alan pay sahiplerinin kimlik göstererek genel kurula katılacakları düzenlenmiştir. Konuya ilişkin olarak, genel kurul tarihlerinin bildirim, pay sahipleri listesinin hazırlanması ve erişime sunulması, pay sahipleri listesinin içeriği ve pay sahipleri listesinin alınma yöntemi ve zamanına ilişkin esaslar Merkezi Kaydi Sistem İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları Yönergesi'nde düzenlenmiştir³².

Ayrıca, Direktif'te araçlar bakımından pay sahiplerinin şirketteki haklarını doğru bir şekilde kullanabilmelerini sağlayıcı tüm bilgileri pay sahiplerine vermek ve haklarının kullanımına ilişkin olarak pay sahiplerinden aldıkları bilgileri şirkete iletmek yükümlülüğü bulunmaktadır³³. Direktifte yer alan yeni düzenlemeler uyarınca pay sahibi haklarının kullanılmasına

32 Merkezi Kaydi Sistem İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları Yönergesi, md. 1.4. (Genel Kurul İşlemleri).

33 Directive 2007/36/EC, md. 3(c).

ilişkin olarak aracı kurumlara yüklenen görevler bakımından, sermaye piyasası mevzuatı gereğince aracı kurumlar, rüçhan hakkının kullanılması, kar paylarının tahsili ve vekâleten oy kullanma hükümleri çerçevesinde oy kullanma haklarının kullanılması hizmetlerini verebilmektedir. Ancak aracı kurumların pay sahiplerinin haklarının kullanılmasında şirkete ilişkin bilgiyi pay sahibine, pay sahibinden bilgiyi de şirkete aktarma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

B. Kurumsal Yatırımcılar, Varlık Yöneticileri ve Vekil Danışmanlar Bakımından Kamuyu Aydınlatma

Direktif'te yeni eklenen maddelerle kurumsal yatırımcılar ve varlık yöneticileri bakımından gerçekleştirilmesi gerekli kamuyu aydınlatma yükümlülüklerini içeren esaslar düzenlenmiştir. Getirilen ek kamuyu aydınlatma gereklilikleri, uzun vadeli yatırım stratejilerinin geliştirilmesini teşvik etmeyi ve varlık yöneticilerinin, kurumsal yatırımcının ve onun nihai yararlanıcılarının orta ve uzun vadeli çıkarları doğrultusunda en iyi şekilde hareket etmelerini sağlamayı amaçlamaktadır³⁴. Getirilen düzenlemeler uyarınca, kurumsal yatırımcılar ve varlık yöneticilerinin, yatırım yaptıkları şirketlerde pay sahipliği haklarını kullanmalarına ilişkin bir politika yayınlamak veya neden bunu yapmamayı seçtiklerini açıklamak yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca bu politikayı nasıl uyguladıklarına, özellikle de önemli oylarda nasıl oy verdiklerine ilişkin bilgileri yıllık olarak açıklamaları öngörülmüştür³⁵. Bunun yanı sıra kurumsal yatırımcıların özsermaye yatırım stratejilerinin ana unsurlarının, mali yükümlülüklerinin profili ve süresi ile nasıl tutarlı olduğunu ve bu unsurların varlıklarının orta ve uzun vadeli performansına nasıl katkıda bulunduğunu açıklamaları gerekmektedir³⁶. Varlık yöneticileri ise kurumsal yatırımcılara, yatırım stratejilerinin ve uygulamalarının, kurumsal yatırımcının veya fonun varlıklarının orta ve uzun vadeli performansına nasıl katkıda bulunduğunu açıklamakla yükümlüdür³⁷. Son olarak nasıl oy kullanılacağına ilişkin araştırma, tavsiye ve öneri sağlayan vekil danışmanlar, bir takım kamuyu aydınlatma yükümlülüklerine tabi

34 Directive 2007/36/EC, Dibase, md. 26.

35 Directive 2007/36/EC, md. 3(g).

36 Directive 2007/36/EC, md. 3(h).

37 Directive 2007/36/EC, md. 3(i).

kılınmıştır. Anılan kişilerin, benimsedikleri davranış kurallarının uygulanmasına ilişkin raporlama yapmaları veya bu kuralları neden uygulamadıklarını kamuoyuna açıklamaları gerekmektedir³⁸.

Direktifte yer alan kamuyu aydınlatma esaslı düzenlemeler sermaye piyasası mevzuatında portföy yönetim şirketlerinin faaliyetleri bakımından, SPK'nun 16.02.2024 tarih ve 11/155 sayılı kararı ile düzenleme konusu olmuştur. SPK'nın md. 1 ve md. 54 hükümleri çerçevesinde alınan söz konusu karar ile ülkemizde iyi uygulama standartlarının oluşturulabilmesini teminen portföy yönetim şirketlerinin kurucusu oldukları menkul kıymet yatırım fonlarına yönelik "Sorumlu Yönetim İlkeleri" kabul edilmiştir. Her bir ilke için "Uygulama Önerileri" başlığı altında ilkelerin uygulanmasında kullanılabilecek yaklaşım ve yöntemler örneklendirilmiştir³⁹. "Uy ya da Açıkla" prensibi esas alınarak belirlenmiş ilkeler kapsamında portföy yönetim şirketleri tarafından yatırım yapılan şirketlere yönelik izleme faaliyetlerinin yürütülmesi⁴⁰, yatırım yapılan şirketlere yönelik etkileşim faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin stratejinin belirlenmesi, yönetilen portföylerde yer alan ortaklık paylarına ve borçlanma araçlarına ilişkin oy haklarının kullanımında gerekli özen ve titizliğin gösterilmesi⁴¹ ve yatırım yapılan şirket-

38 Directive 2007/36/EC, md. 3(j).

39 Söz konusu ilke seti, "yatırım yapılan şirketlere yönelik izleme faaliyetleri", "yatırım yapılan şirketler ile etkileşim faaliyetleri", "ilgili tüm paydaşlar ile işbirliği faaliyetleri", "yönetilen portföylerdeki varlıklara ait oy haklarının kullanımı" ile "çevresel, sosyal, yönetim faktörlerinin sorumlu yönetim politikasına dâhil edilmesi" konularında toplam 5 ilkeden oluşmaktadır: Sorumlu Yönetim İlkelerine İlişkin Basın Duyurusu, 20.02.2024 [<https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2024/sorumlu-yonetim-ilkeleri-duzenlendi>] (Erişim Tarihi: 20.02.2024).

40 Anılan ilkeye ilişkin uygulama önerileri uyarınca, öncelikle yatırım yapılan şirketlerin performansı ile uzun vadedeki yatırım değerinin sağlıklı şekilde analiz edilebilmesi için şirketler düzenli olarak izlenir. Yapılan/yapılacak yatırımın büyüklüğü, portföy yönetiminin niteliği (aktif/pasif yönetim) gibi faktörler dikkate alınarak izleme faaliyetlerine yönelik bir metodoloji oluşturulur. İzleme faaliyeti kapsamında, kamuya açıklanan bilgi ve raporlar, ilgili şirkete/sektöre yönelik hazırlanan araştırma raporları, genel kurul toplantıları takip edilir. Ayrıca şirket faaliyetlerinin yürütülmesinde takip edilen iş stratejileri ve bu stratejilerin uygulanması, risk yönetim uygulamaları, çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim faktörlerine ilişkin uygulamalar, mevzuata uyum, kültürel ve etik faktörler, performans ve sermaye yapısı gibi kriterler dikkate alınır. Bunun yanı sıra fonun yatırım yaptığı şirketlerle sınırlı olmamak üzere, yatırım yapılan sektördeki/alandaki genel riskleri açıklayan bir rapor yıllık olarak hazırlanır: Sorumlu Yönetim İlkeleri, A.1.

41 Bu kapsamda portföy yönetim şirketleri oyların Sorumlu Yönetim İlkeleri politikasında belirlenen esaslara uygun şekilde kullanılmasını sağlar: Sorumlu Yönetim İlkeleri, A.4.

lerin uzun vadeli performansını ve sürdürülebilir değer yaratımının teşvi-ki ile önemli çevresel, sosyal ve yönetim faktörlerine ilişkin stratejisinin⁴² Sorumlu Yönetim İlkeleri politikasına dahil edilmesi öngörülmüştür.

Direktif'in anılan maddelerinde düzenlenen kamuyu aydınlatma esas-ları bakımından değerlendirildiğinde, SPK Sorumlu Yönetim İlkeleri aracılı-ğıyla portföy yönetim şirketleri bakımından getirilen kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin Direktif'le uyumlu olduğu değerlendirilmektedir. Ayırı-ca sermaye piyasası mevzuatında genel olarak yatırım fonları bakımından yer alan kamuyu aydınlatma yükümlülükleri, fon içtüzüğü, fon izahname-si ve yatırımcı bilgi formunun⁴³ burada öngörülen yükümlülükleri kısmen karşılamasının mümkün olduğu, ancak kurumsal yatırımcılar ve vekil da-nışmanlara yönelik olarak anılan düzenlemelerle doğrudan uyum sağlayan bir düzenleme bulunmadığı ifade edilebilir.

C. Pay Sahiplerinin Yöneticilere Sağlanan Mali Haklara İlişkin Söz Sahibi Olmaları

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II ile yöneticilere sağlanan mali haklar konusundaki esaslar hakkında pay sahiplerinin söz hakkı sahibi olmasını te-min etmek üzere "Pay Sahipleri Görüşü"ne (*Say on Pay*) başvurulması ko-nusu düzenleme konusu yapılmış, bu hususa ilişkin esaslar ortaya konul-muştur. Anılan hükümde, pay sahiplerinin en az dört yılda bir yöneticilere sağlanan mali haklar politikası üzerinde oy kullanma hakkına sahip olması öngörülmüştür. Bahsi geçen oylama, üye ülkelerin tercihine göre bağlayıcı veya tavsiye niteliğinde olabilir. Mali haklar politikası, şirket stratejisine uygun olmalı, yöneticilere sağlanan mali hakların, emekliliğin temel özel-likleri ve yöneticilerle yapılan sözleşmenin feshiyle bağlantılı ödemeler de dâhil olmak üzere, sabit ve değişken bileşenlerini tanımlamalıdır. Değişken mali haklar sağlanması durumunda yönetici performansı, uygun olduğu durumlarda, hem mali hem de mali olmayan kriterlere göre değerlendiril-melidir. Genel politikanın yanı sıra pay sahiplerinin ayrıca, yöneticilere ön-ceki mali yılda yapılan ödemeler hakkında bilgi sağlayan yıllık mali haklar

42 Sorumlu Yönetim İlkeleri, A.4.

43 (III-52.1) Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği, md. 8, 11, 12. Ek-1-2 [R.G., T. 09.07.2013, S. 28702].

raporları üzerinde de oy kullanma hakkına sahip olmaları öngörülmüştür⁴⁴. Direktif'te bunun yanı sıra, söz konusu mali haklar hususunda pay sahiplerinin bilgilendirilmesi ve hazırlanan raporun genel kurula sunulmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir. Bu kapsamda mali haklar politikası ve raporların da kamuya açıklanması gerekmektedir⁴⁵.

Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde, TTK md. 394 uyarınca, mali hakların esas sözleşme veya genel kurul kararı ile tespit edilmesi zorunlu tutulmuştur. TTK md. 408 2(b)'de yöneticilere sağlanacak mali hakların tespiti yetkisi genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır⁴⁶. TTK md. 394 ve 408 2(b) hükümleri çerçevesinde, genel kurul mali haklara ilişkin olarak nihai karar verecek tek yetkili organdır⁴⁷.

Bunun yanı sıra, Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.6. no'lu başlıkta yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilere sağlanan mali haklar düzenlenmiştir. Öncelikle, yönetim kurulu üyelerinin ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ücretlendirme esaslarının yazılı hale getirilmesi ve genel kurul toplantısı gündeminde ayrı bir madde olarak pay sahiplerinin bilgisine sunulması, ortaklara bu konuda görüş bildirme imkânı tanınması gerekli kılınmakta, bu amaçla hazırlanan ücret politikasına şirketin kurumsal internet sitesinde yer verilmesi öngörülmektedir⁴⁸. Belirtmek gerekir ki, Kurumsal Yönetim Tebliği md. 5 uyarınca anılan ilke, uyulması zorunlu olan ilkeler arasında gösterilmiştir. Söz konusu düzenlemenin Direktif'in genel esasları ile uyumlu olduğu, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirilmesi hususunda bilgi sahibi olmasının anılan

44 Directive 2007/36/EC, Dibace, md. 9a.

45 Directive 2007/36/EC, Dibace, md. 9b.

46 TTK md 340 uyarınca esas sözleşmede, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden, ancak kanunda açıkça izin verilmesi hâlinde sapılabilmekte olup, anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edilmektedir. Rauf Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), 18/2 (2012), s. 312.

47 Mevcut uygulamada, halka açık şirketler bakımından, şirketin mali haklar politikası esas sözleşme aracılığıyla tespit edilmektedir. Ardından, bu politika çerçevesinde sağlanacak mali hakların miktarı ve türüne ilişkin olarak yönetim kurulunca bir teklif hazırlanarak genel kurulun onayına sunulmaktadır. Bu hususta ayrıntılı inceleme için Bkz. Işık Özer, Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 207-217.

48 Kurumsal Yönetim İlkeleri, md. 4.6.2.

madde ile temin edildiği, ayrıca bu konunun genel kurulda görüşülerek görüş açıklanmasına olanak tanındığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca, uyulması zorunlu olan ilkeler arasında yer almamakla birlikte, bir diğer ilke uyarınca yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilere verilen ücretler ile sağlanan diğer tüm menfaatlerin, yıllık faaliyet raporu vasıtasıyla kamuya açıklanması öngörülmektedir. Buna göre kişi bazında açıklama yapılması esastır⁴⁹. Bu ilke ile AB düzenlemesine benzer olarak, yöneticiler tarafından alınan ücretler hususunda pay sahiplerinin bilgilendirilmesinin öngörüldüğü ancak konu hakkında Direktif'e kıyasen daha genel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Kurumsal Yönetim İlkeleri uyarınca, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlıklarının zedelenmemesinin amaçlandığı belirtilerek, ücretlendirmede kar payı, pay opsiyonları veya şirketin performansına dayalı ödeme planlarının kullanılmayacağı öngörülmüştür⁵⁰. Direktif ile “değişken mali haklar” (*variable remuneration*) ve performansa dayalı ücretlendirme zorunlu kılınmamış, ancak uygulanması durumunda bu hususların mali haklar raporunda yer alması ve kamuya açıklanması öngörülmüştür. Dolayısıyla anılan düzenlemenin Direktif'e aykırılık teşkil etmediği değerlendirilmektedir.

TTK uyarınca yönetim kurulunun mali haklarının belirlenmesi, genel kurulun devredilmez haklarından. Tebliğ uyarınca ayrıca pay sahiplerinin görüş bildirme hakkı düzenlenmiştir. Direktifte yer alan hükümlerle anılan düzenlemelerin temelde uyumlu olduğu değerlendirilmektedir.

D. İlişkili Taraf İşlemleri

Halka açık anonim şirketlerde, şirketle veya onun iştirak veya bağlı ortaklıklarıyla adil olmayan sözleşme ilişkilerine girilerek ilişkili taraflarla gerçekleştirilen işlemler, şirkete ait değerlerin ilişkili taraflara aktarılması ve şirketten haksız özel maddi menfaatler kazanılmasına yol açabilmektedir. Buna bağlı olarak pay sahiplerinin menfaatlerinin zarar görmesi riski

49 Yapılan ödemeler; maaş, ikramiye, diğer düzenli ve arızı ödemeler gibi nakdi, pay, paya dayalı türev ürünler, çalışanlara pay edindirme planları kapsamında verilen pay alım opsiyonları, mülkiyeti verilen ve/veya kullanım için tahsis edilen ev, otomobil gibi gayri nakdi olarak yapılan ödemeler ve sağlanan tüm menfaatleri kapsamaktadır: Kurumsal Yönetim İlkeleri, md. 4.6.5.

50 Kurumsal Yönetim İlkeleri, md. 4.6.3.

oluşmaktadır. Bahsi geçen işlemler ilişkili taraf⁵¹ işlemi olarak nitelendirilmekte ve menfaat çatışması içermektedir⁵².

İlişkili taraf işlemlerinin şirket kontrolüne sahip olmayan pay sahipleri bakımından adaletsiz sonuçlar doğurabilmesi tehlikesi karşısında, şirkette yönetim hâkimiyetine bağlı fırsatçılığı önlemek üzere ilişkili taraf işlemlerinin yoğunluğu dikkate alınarak yaygın olarak kullanılan yöntem, bu tür işlemlerin tümüyle yasaklanması yerine, belirli koşullarda ve sınırlamalar dâhilinde bu işlemlere müdahale edilmesidir⁵³.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II ile Direktif'te yapılan değişikliklerde de bu yaklaşım benimsenmiştir. Bu anlamda borsa şirketlerinde ilişkili taraf işlemlerinin önceden gözetime tabi tutulmasına yönelik yeni bir rejim öngörülmüştür. Anılan rejim, borsada işlem gören şirketlerin önemli nitelik arz eden ilişkili taraf işlemleri öncesinde, söz konusu işlemlerin adil biçimde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere şirkete bilgi verilmesi, söz konusu işlemlerin gerçekleşmesi öncesinde genel kurul veya yönetim kurulu ya da her ikisi tarafından bir değerlendirmeye tabi tutularak onaylanması zorunluluğu içermektedir. Düzenlemede, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlemlerin belirlenmesinde esas alınacak önemlilik kavramının her üye ülke tarafından belirlenmesi öngörülmüştür⁵⁴. Öngörülen prosedürde, önemli nitelikte işlemlerin kamuya duyurulması⁵⁵, üye ülkelerin tercihine bağlı olarak, işlemin şirket ve pay sahipleri açısından adil ve makul olup olmadığını değerlendiren bağımsız bir raporun yayınlanması⁵⁶

51 “İlişkili taraf” teriminin, şirketle kendilerine daha iyi olanaklar sağlayan sözleşmeler aktelebilen kişileri niteleyen bir anlam taşıdığı açıklanmaktadır: Luca Enriques, “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”, October 3, 2014, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper, No:267/2014, s. 2.

52 Luca Enriques / Tobias Hans Tröger, “The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction”, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper, No:411/2018, 2018, s. 4.

53 Paul L. Davies, / Susan Emmenegger / Guido Ferrarini / Klaus J. Hopt / Adam Opalski / Alain Pietrancosta / Andrés Recalde Castells / Markus Roth / Michael C. Schouten / Rolf R. Skog / Martin Winner / Eddy O. “Wymeersch, “Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions”, September 22, 2020, European Corporate Governance Institute-Law Working Paper, No:543/2020, s. 7-8; Enriques / Tröger, The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions, s. 6.

54 Directive 2007/36/EC, md. 9c (1).

55 Directive 2007/36/EC, md. 9c (2).

56 Directive 2007/36/EC, md. 9c (3).

ve işlemin pay sahipleri veya yönetim kurulu tarafından onaylanması⁵⁷ hususları zorunlu kılınmıştır⁵⁸.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II’de ilişkili taraf işlemlerinde uygulanması öngörülen prosedür, üye ülkelere seçenekler sunan bir kurallar setinden oluşmaktadır. Türk hukukunda halka açık şirketler bakımından ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak Pay Sahipleri Hakları Direktifi II’ye paralel bir prosedür SPK’n ile düzenlenmiştir. Buna ilişkin ikincil düzenlemeler Kurumsal Yönetim Tebliği aracılığıyla yürürlüğe konulmuştur⁵⁹. Öncelikle, ilişkili taraf tanımı, Direktif’e uyumlu olarak, Uluslararası Muhasebe Standartları ile tam uyumlu olan Türkiye Muhasebe Standartları’na atıfla belirlenmiştir⁶⁰. Bunun yanı sıra, ilişkili taraf işlemlerinin her aşaması bakımından kamuyu aydınlatma yükümlülükleri öngörülmüştür⁶¹.

SPK’nda önemli kabul edilen büyüklükteki işlemlerin (%5 ila %10) karara bağlanması özel kurallara tabi kılınmıştır. Buna göre, SPK’n uyarınca öncelikle anılan işlemlere başlanması öncesinde, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınması gerekmektedir. Bu yönetim

57 Directive 2007/36/EC, md. 9c (4).

58 Pay Sahipleri Hakları Direktifi II’ye ilişkin ilk öneri 2014’ te sunulmuştur. İlişkili taraf işlemlerine yönelik olarak Avrupa Kurumsal Yönetim Forumu’nun bildirisi dikkate alınarak hazırlanan ilk taslak, üye ülkelerin mutabakata varamaması neticesinde bir çok değişikliğe tabi tutulmuştur. Kabul edilen nihai düzenleme, etkinlik sağlayıcı hükümler içermediği yönünde eleştirilmiştir: Davies/ Emmenegger/ Ferrarini vd., Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions , s.11.

59 İlişkili taraf işlemlerine yönelik olarak AB’nin Pay Sahipleri Hakları Direktifi II ve Türk sermaye piyasası mevzuatında yer alan düzenlemelerin karşılaştırmalı olarak detaylı incelenmesi için Bkz. M. Aslı Küçükgüngör, “İlişkili Taraf İşlemlerine Yönelik Avrupa Birliği “Pay Sahiplerinin Hakları II Direktifi” Hükümleri ve Türk Sermaye Piyasası Mevzuatının Direktif Hükümlerine Uyum Durumu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/1 (2022), s. 245-252. Türk hukukunda ilişkili taraf işlemleri hakkında bkz. Cankat, Rifat: Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022. İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin TTK’nun Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi için bkz. Mehmet Ali Aksoy, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 3/2 (2017), s.23 vd. Halka açık şirketlerin ilişkili taraf işlemlerinin düzenlenmesi hakkında Bkz. Yusuf Ziyaeddin Sönmez, “TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO’da Malvarlığının Korunması Sorunu”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 271-277.

60 Kurumsal Yönetim Tebliği, md. 3(g).

61 Kurumsal Yönetim Tebliği, md. 9.

kurulu kararının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı gerekmektedir. Söz konusu yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun bahse konu işlemi onaylamaması hâlinde, bu durumun kamuya duyurulması ve işlemin genel kurul onayına sunulması zorunludur⁶². SPK tarafından Kurumsal Yönetim Tebliği'nde ilişkili taraf işlemleri, ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemler ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemler olarak iki başlık altında düzenlenmiştir. Tebliğ aracılığıyla, SPKn md. 17(3)'teki prosedür hem şirket hem de bağlı ortaklıklarının ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemleri açısından öngörülmüş⁶³, yaygın ve süreklilik arz eden işlemler bakımından ise, yönetim kurulu kararı alınması ve kamuyu aydınlatmaya dayalı bazı yükümlülükler öngörülmüştür⁶⁴.

Direktif'te önemli nitelikteki ilişkili taraf işlemleri için öngörülen prosedür, işleme taraf olan şirket yönünden uygulanmakta⁶⁵, şirketin bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen önemlilik ölçütünü sağlayan işlemler içinse kamuyu aydınlatma yükümlülüğü öngörülmektedir⁶⁶. Kurumsal Yönetim Tebliği'nde ise prosedürün uygulama alanı daha geniş olup, hem şirket hem de bağlı ortaklıklarının ilişkili tarafla gerçekleştirilen işlemlerini kapsamaktadır⁶⁷. Anılan düzenleme Direktifle uyumsuzluk oluşturmamaktadır. Zira Direktif'te daha geniş yükümlülüklerin belirlenmesi konusunda bir kısıtlama getirilmemiştir. Buna karşılık, ilişkili taraf işlemlerinde ikincil bir düzenleme olan tebliğ aracılığıyla SPKn'dan daha kapsayıcı bir düzenleme yapılmasının kanunlar hiyerarşisine uygun olmadığını ifade etmek gerekir⁶⁸.

62 SPKn md. 17(3).

63 Buna göre %5 oranını aşacak ilişkili taraf işlemleri için kamuyu aydınlatma ve tarafsız bir üçüncü kişiden değerlendirme raporu alınması, işlem büyüklüğü %10'u aşacağı zaman ise bu yükümlülüklere ek olarak, yönetim kurulunda bağımsız üyelerin olumsuz oy vermesi durumunda işlemin genel kurulda onaylanması zorunluluğu düzenlenmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği, md.9.

64 Yaygın ve süreklilik arz eden işlemler bakımından yine hem şirket hem de bağlı ortaklıklar için uygulanmak üzere, işlemin esaslarının yönetim kurulu kararına bağlanması, anılan işlemlerin düzenleme ile öngörülen %10 oranına ulaşacağına öngörülmesi durumunda, yönetim kurulu tarafından işlemlerin şartlarına ve piyasa koşulları ile karşılaştırılmasına ilişkin olarak bir rapor hazırlanması, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylamaması halinde, muhalefet gerekçesinin kamuya açıklanması esas benimsenmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği, md.10.

65 SRD II, m.9c (2), (3), (4), (8).

66 SRD II, m.9c (7).

67 Kurumsal Yönetim Tebliği, md. 9, 10. Ayrıca Tebliğ'in ekinde yer alan Kurumsal Yönetim ilkeleri md. 1.3.9 ile konu hakkında detaylı düzenlemeler öngörülmüştür.

68 Aynı yönde Bkz. Çağlar Manavgat, "Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve

Genel Değerlendirme ve Sonuç

Halka açık şirketlerde pay sahiplerinin belirli haklarının kullanılmasına ilişkin olarak Ulusal Program'da sermaye piyasası hukukuna yönelik iki temel taahhüde yer verilmiştir. Bunların ilki, SPKn'da borsaya kote şirketlerin genel kurul toplantı çağrısının, toplantı gününden önceki 21'inci günden daha geç olmamak üzere yapılmasının sağlanması, diğeri ise vekâleten oy kullanmaya ilişkin hükümlerin yeni TTK ve ilgili Direktif doğrultusunda düzenlenmesidir. Bu hususlara uyum amacıyla, SPKn'nun "Genel Kurula İlişkin Esaslar" (Madde 29(1),(5),(6)) ve "Genel Kurul Toplantısına Katılım ve Oy Verme" (md. 30) başlıklı maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu hususlarda ikincil düzenlemeler ise (II-17.1) Kurumsal Yönetim Tebliği ve (II-30.1) Vekâleten Oy Kullanma ve Vekâlet Toplanması Hakkında Tebliğ aracılığıyla mevzuatımızda yer almıştır.

Ulusal Program taahhütlerinde zikredilen münferit hususların dışında Pay Sahipleri Hakları Direktifi'nde yer alan, genel kurula katılım ve oy haklarının kullanımında eşit işlem ilkesi, elektronik genel kurul yapılması olanağı tanınmasına ilişkin esaslar ile pay sahiplerinin genel kurulda soru sorma hakkı TTK'da düzenleme konusu yapılmıştır. Buna ek olarak halka açık şirketler açısından TTK'nda yer alan eşit işlem ilkesini destekleyici hükümlere Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde yer verilmiştir. Ayrıca, payları kayden izlenen anonim ortaklık genel kurullarına elektronik ortamda katılım bakımından SPKn ve Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde düzenlemeler yapılmıştır. Direktif'te genel kurulda alınan kararların kamuya açıklanmasına ilişkin olarak öngörülen yükümlülük ise Özel Durumlar Tebliği aracılığıyla düzenlenmiştir.

Ulusal Program'ın hazırlanması ve buna bağlı mevzuat taahhütlerinin ardından AB mevzuatının diğer pek çok alanında olduğu gibi Pay Sahipleri Direktifi kapsamında AB nezdinde de yeni düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Bu yeni düzenlemelere paralel olarak Türk sermaye piyasası mevzuatında değişiklikler yapılmıştır. Direktif'te Pay Sahipleri Hakları Direktifi II aracılığıyla getirilen hükümler, pay sahiplerinin kimliğinin belirlenmesine, pay sahipleriyle şirket arasındaki bilgi akışına, yöneticilere sağlanan mali

Sahip Olmaları Gereken Nitelikler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 30/1 (2014), s. 64; Cankat, Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri, s. 321.

hakların gözetimine, vekâleten oy kullanımında şeffaflığın artırılmasına ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin yeni kurallar içermektedir.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II'de şirketlerin pay sahipleri bilgilerini edinmelerini kolaylaştırmak üzere öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak SPKn'da sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi esası benimsenmiştir. Kaydileştirme kapsamında MKK tarafından gerçekleştirilen işlemler pay sahiplerinin tespitini ve pay sahiplerinin şirketteki haklarını kullanabilmelerini kolaylaştırıcı niteliktedir. Bunun yanı sıra SPKn md. 30(5) ve md. 30(2) uyarınca payları kayden izlenen anonim ortaklık genel kurullarına elektronik ortamda katılım, MKK tarafından sağlanan elektronik ortam üzerinden gerçekleştirilmekte, genel kurul toplantılarına katılımı MKK'dan sağlanan pay sahipleri listesi esas alınmaktadır. Anılan hükümlerin Direktif hükümlerine uygun olduğu değerlendirilmektedir.

Direktif'in 3(c) maddesinde pay sahibi haklarının kullanılmasına ilişkin olarak aracı kurumlara bazı görevler yüklenmiştir. Sermaye piyasası mevzuatında aracı kurumlar, rüçhan hakkının kullanılması, kar paylarının tahsili ve vekâleten oy kullanma hükümleri çerçevesinde oy kullanma haklarının kullanılması hizmetlerini verebilmektedir. Ancak, Direktif'te öngörüldüğü üzere pay sahiplerinin haklarının kullanılmasında şirkete ilişkin bilgiyi pay sahibine, pay sahibinden de şirkete aktarma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Direktifin 3(g) vd. maddelerinde kurumsal yatırımcıların kamuya açıklamaları gereken hususları da içeren bir kısım esasların düzenlendiği görülmektedir. SPK Sorumlu Yönetim İlkeleri aracılığıyla portföy yönetim şirketleri bakımından getirilen kamuyu aydınlatma yükümlülüklerinin Direktif ile uyumlu olduğu, ayrıca sermaye piyasası mevzuatında genel olarak yatırım fonları bakımından yer alan kamuyu aydınlatma yükümlülükleri, fon içtüzüğü, fon izahnamesi ve yatırımcı bilgi formunun burada öngörülen yükümlülükleri karşılamanın mümkün olduğu, ancak anılan düzenlemelerle doğrudan uyum sağlayan bir düzenleme bulunmadığı değerlendirilmektedir. SPKn kapsamında yatırım kuruluşları⁶⁹ ve kurumsal

69 SPKn'da yatırım kuruluşu, aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları kapsamaktadır. Bkz. SPKn md. 3(v). SPKn uyarınca yatırım kuruluşlarının yükümlülükleri, yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlerin sunumu sırasında uyacakları ilke ve esaslar SPK tarafından belirlenir. Anılan hüküm

yatırımcılar⁷⁰ bakımından SPK'ya verilen yetkiler dikkate alındığında, mevzuatımızda Direktif'e bire bir paralel olarak düzenleme konusu olmayan söz konusu hususların kanun değişikliğine ihtiyaç duyulmaksızın, ikincil düzenlemelerle gerçekleştirilebilecek mahiyette olduğu ifade etmek gerekir.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II ile yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkin olarak pay sahiplerinin söz hakkı sahibi olmasını temin etmek üzere "Pay Sahipleri Görüşü"ne (*Say on Pay*) başvurulması düzenlenmiştir. Pay sahiplerinin en az dört yılda bir yöneticilere sağlanan mali haklar politikası üzerinde oy kullanma hakkına sahip olması öngörülmüştür. Düzenleme uyarınca, genel mali haklar politikasının yanı sıra, pay sahiplerinin, yöneticilere önceki mali yılda yapılan ödemeler hakkında bilgi sağlayan yıllık mali haklar raporları üzerinde de oy kullanma hakkına sahip olması gerekli kılınmıştır. Bunun yanı sıra, mali haklar hususunda pay sahiplerinin bilgilendirilmesi ve hazırlanan raporun genel kurula sunulması, ayrıca mali haklar politikası ve raporların da kamuya açıklanması gerekmektedir.

Türk hukuku bakımından TTK md. 394 ve md. 408(2)(b) hükümleri çerçevesinde, genel kurul, mali haklara ilişkin olarak nihai karar verecek tek yetkili organdır. Bunun yanı sıra, Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.6. no'lu başlıkta yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilere sağlanan mali haklar düzenlenmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği md. 5 uyarınca uygulanması zorunlu ilkeler kapsamında yer alan 4.6.2. nolu ilkede yönetim kurulu üyelerinin ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ücretlendirme esaslarının yazılı hale getirilmesi ve genel kurul toplantısı gündeminde ayrı bir madde olarak pay sahiplerinin bilgisine sunulmasıyla ortaklara bu konuda görüş bildirme imkânı tanınması gerekli kılınmakta, bu amaçla hazırlanan ücret politikasına şirketin kurumsal internet sitesinde yer verilmesi öngörülmektedir. Pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerine sağlanan

uyarınca SPK ayrıca, yatırım kuruluşlarının yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinin icrası esnasında yatırımcılara sağlanacak korumanın belirlenmesi amacıyla yatırımcıları sınıflandırmaya yetkilidir. Bkz. SPKn md. 45(1),(4).

70 SPKn'nun Dördüncü Bölümü'nde Kolektif Yatırım Kuruluşları başlığı altında yatırım ortaklıkları ve yatırım fonları düzenlenmektedir. Yatırım ortaklıklarına ilişkin olarak, diğer pek çok husus yanında, yatırım ortaklıklarının faaliyet esaslarına, yönetim ilkelere ilişkin usul ve esaslar ile tabi olacakları diğer yükümlülükler SPK tarafından belirlenir. Bkz. SPKn md. 48(2). Benzer biçimde, SPK, yatırım fonlarının faaliyet ve yönetim ilkelerinin tespitine, izahname ve diğer kamuyu aydınlatma yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bkz. SPKn md. 54(1).

mali haklar konusunda bilgi sahibi olmalarını sağlayan söz konusu düzenlemenin Direktif'in genel esasları ile uyumlu olduğunu ifade etmek gerekir. Bunun yanı sıra konunun genel kurulda görüşülerek görüş açıklanmasına olanak tanınmıştır. Ayrıca, 4.6.5. no'lu ilke uyarınca yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu bulunan yöneticilere verilen ücretler ile sağlanan diğer tüm menfaatlerin, yıllık faaliyet raporu vasıtasıyla kamuya açıklanması ve bunun kişi bazında yapılması gerekmektedir. Mevcut düzenlemede, yöneticiler tarafından alınan ücretler hususunda pay sahiplerinin bilgilendirilmesinin öngörüldüğü, ancak konu hakkında AB düzenlemesine kıyasen daha genel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Direktifte yer alan hükümlerle anılan düzenlemelerin temelde uyumlu olduğu değerlendirilmektedir.

Pay Sahipleri Hakları Direktifi II, üye ülkeler arasında oldukça uzun bir müzakere süreci sonunda yürürlüğe girmiştir. Özellikle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin nihai düzenlemenin AB Komisyonunun ilk tasarısına kıyasen oldukça yumuşatılmış hükümler içerdiği görülmektedir. Bunun sonucunda üye ülkelere direktifin iç hukuka aktarılmasında geniş bir seçenek yelpazesi sunan bir uzlaşma düzenlemesi ortaya çıkmıştır. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme, SPK'n ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla 2014 tarihinde yapılmıştır. Anılan hükümlerde temelde ilişkili taraf işlemleri bakımından bahsi geçen taslak düzenlemenin esas alındığı, dolayısıyla mevcut Direktif çerçevesinde üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmış bazı hususlarda kısıtlayıcı kuralların benimsendiği görülmektedir.

Direktif uyarınca ilişkili taraf işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi bakımından üye ülkelerin ihtiyarıyla belirlenecek bir takım seçenekler içeren kurallardan oluşan bir prosedür ortaya konulmuştur. Bahsi geçen kurallar, işlemlerin kamuya duyurulmasını, tercihe bağlı olarak bir bağımsız bir değerlendirme raporunun yayınlanmasını ve işlemlerin öncesinde genel kurul veya yönetim kurulu ya da her ikisi tarafından bir değerlendirmeye tabi tutularak onaylanmasını içermektedir. Direktif uyarınca, şirketin bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasında gerçekleştirilen önemlilik ölçütünü sağlayan işlemler bakımından ise kamuyu aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Türk sermaye piyasası mevzuatında yer alan ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin genel olarak Direktif ile öngörülen hükümlerle uyumlu olduğu değerlendirilmektedir. Kurumsal Yönetim Tebliği'nde

Direktif'e paralel olarak, ilişkili taraf tanımı, Uluslararası Muhasebe Standartları ile tam uyumlu olan Türkiye Muhasebe Standartları esas alınarak yapılmıştır. Bunun yanı sıra ilişkili taraf işlemlerinin her aşamasında yoğun kamuyu aydınlatma yükümlülükleri öngörülmüştür. Direktif'te ilişkili taraf işlemleri için öngörülen söz konusu prosedür SPKn md. 17(3) ve Kurumsal Yönetim Tebliği'nde düzenlenmiştir. Düzenlemede Direktif'te seçimlik olarak sunulan hususlarda, zorunlu kurallar öngördüğü görülmektedir. Bu kapsamda, önemli kabul edilen büyüklükteki işlemler (%5 ile %10) belirlenmiş, %5 oranını aşacak işlemler için kamuyu aydınlatma ve tarafsız bir üçüncü kişiden değerlendirme raporu alınması, işlem büyüklüğünün %10'u aşması durumunda anılan yükümlülükler ek olarak, yönetim kurulunda bağımsız üyelerin olumsuz oy vermesi durumunda işlemin genel kurulda onaylanması zorunluluğu düzenlenmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği'nde Direktif uygulamasından daha geniş olarak, ilişkili taraf işlemlerine uygulanacak prosedür, hem şirket hem de bağlı ortaklıklarının ilişkili tarafla gerçekleştirilen işlemlerini kapsamaktadır. Direktif uyarınca daha geniş yükümlülüklerin belirlenmesi konusunda bir kısıtlama getirilmediğinden, bu durum Direktifle uyumsuzluk oluşturmamaktadır.

Tebliğ aracılığıyla, münferit işlemler ile yaygın ve süreklilik arz eden işlemler ayrımı yapılarak, anılan prosedür, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen münferit işlemler bakımından öngörülmüş, yaygın ve süreklilik arz eden işlemler bakımından ise, yönetim kurulu kararı alınması ve kamuyu aydınlatmaya dayalı bazı yükümlülükler getirilmiştir. SPKn m.17(3) uyarınca SPK'nın halka açık şirketlerin ilişkili tarafları ile gerçekleştirilecek işlemlerin niteliklerini belirleme konusundaki yetkisine dayanılarak, Direktif'e paralel biçimde, ilişkili taraflarla gerçekleştirilen yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin münferit işlemlerle aynı prosedüre tabi tutulması, Direktif'in düzenlenme amacına uygun olacaktır.

Kaynakça

- Aksoy, Mehmet Ali. “Sermaye Piyasası Kanunu’nun İlişkili Taraf İşlemi Düzenlemelerinin 6102 Sayılı TTK’nın Ortaklıklar Topluluğu Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi”. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi. 3/2 (2017):23-40.
- Cankat, Rifat. Anonim Ortaklıklar Hukukunda İlişkili Taraf İşlemleri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Davies, Paul L./ Emmenegger, Susan/Ferrari, Guido/ Hopt, Klaus J./ Opalski, Adam/ Pietrancosta, Alain/ Castells, Andrés Recalde/ Roth, Markus/ Schouten, Michael C./ Skog, Rolf R./ Winner, Martin/ Wymeersch, Eddy O. “Implementation of the SRD II Provisions on Related Party Transactions”. September 22, 2020, European Corporate Governance Institute-Law Working Paper. No:543/2020:1-48 [<https://ssrn.com/abstract=3697257>] (Erişim:10.01.2024) [Anıls: Davies/ Emmenegger/ Ferrari vd.].
- Enriques, Luca. “Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (With a Critique of the European Commission Proposal)”. October 3, 2014, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper. No:267/2014:1-37 [<https://ssrn.com/abstract=2505188>] (Erişim Tarihi:10.01.2024)].
- Enriques, Luca/ Tröger, Tobias Hans. “The Law and (Some) Finance of Related Party Transactions: An Introduction”. European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper. No:411/2018, (2018):1-24. [<https://ssrn.com/abstract=3214101>] (Erişim Tarihi:10.01.2024)].
- Küçükgüngör, M. Aslı. “İlişkili Taraf İşlemlerine Yönelik Avrupa Birliği “Pay Sahiplerinin Hakları II Direktifi” Hükümleri ve Türk Sermaye Piyasası Mevzuatının Direktif Hükümlerine Uyum Durumu”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 13/1 (2022): 237-254.
- Karasu, Rauf. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı). 18/2 (2012): 311-331.
- Manavgat, Çağlar. “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. 30/1 (2014): 35-75.
- Özer, Işık. Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Sönmez, Yusuf Ziyaeddin. “TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO’da Malvarlığının Korunması Sorunu”. Türk Ticaret Kanunu Eksekinde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar). İstanbul:On İki Levha, (2019): 265-277.

Mevzuat

- Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies [OJ L 184, 14.7.2007].
- Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement [OJ L 132, 20.5.2017].
- Council Decision of 23.01.2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey (2006/35/EC), OJ L 22, 26.1.2006, s. 34–50.
- Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision (2006/35/EC), OJ L 51, 26.2.2008, s. 4–18.
- Merkezi Kaydi Sistem İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları Yönergesi, [https://www.mkk.com.tr/sites/default/files/2023-07/MKS_%C4B0%C9F_ve_Bili%C5%9Fim_Uygulama_%C4%B0lke_ve_Kurallar%C4%B1_Y%C3%B6nergesi.pdf] (Erişim Tarihi: 03.01.2024).
- (II-15.1) Özel Durumlar Tebliği [23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete].
- (II-17.1) Kurumsal Yönetim Tebliği [03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete].
- (II-30.1) Vekâleten Oy Kullanma ve Vekâlet Toplanması Hakkında Tebliğ [24.12.2013 tarihli ve 28862 sayılı Resmi Gazete].
- (III-52.1) Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği [9.7.2013 tarih ve 28702 sayılı Resmi Gazete].
- (VII-128.6) Kamuyu Aydınlatma Platformu Tebliği [27.12.2013 tarih ve 28864 sayılı Resmi Gazete].

Raporlar ve İnternet Adresleri

- Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, Aralık 2008 [Anılış: Ulusal Program-2008].
- Screening Report, Turkey Chapter 6, Company Law, 10 May 2007 [https://www.ab.gov.tr/files/tprb/1_screening_report_06_tr_internet_en.pdf] (Erişim: 12.01.2024)].
- Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı, Ocak 2016 - Aralık 2019 [https://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/ulusal_eylem_plani__yeni.pdf] (Erişim: 12.01.2024)] [Anılış: Ulusal Eylem Planı].
- https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html (Erişim: 01.01.2024).
- Sorumlu Yönetim İlkelerine İlişkin Basın Duyurusu, 20.02.2024 [<https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2024/sorumlu-yonetim-ilkeleri-duzenlendi>] (Erişim: 20.02.2024).

Tartışmalar

1. Tebliğ Sonu

Rıza Ayhan

Çok teşekkür ediyoruz. Aslında Avrupa Birliği raporu m.397 ile ilgili bağımsız denetimin olmaması benim tespit edebildiğim kadarıyla bütün hocaları, huzurda bulunan değerli akademisyen arkadaşlarımızı da rahatsız eden ve çeşitli makalelerinde dile getirdikleri bir husustu. Avrupa Birliği'nin ayrıca bunu dile getirmesi onun için garipsenecek bir şey değil. Bizim arkadaşlarımız -ticaret yapanlar- diyor ki bizi denetlemeyin. Avrupa Birliği de diyor ki biz denetleyeceğiz. İki menfaat arasındaki bir çatışma. Bakalım hangisi galebe çalacak. Şu anda Türkiye'deki, yanlış bir oran verebilirim ama, şirketlerin %90 ı denetim kapsamı içinde değil. Eskiden göstermelik de olsa bir iç denetim müessesesi vardı şimdi o iç denetim müessesesi de ortadan kalktı. Şirketler istedikleri gibi faaliyetlerini yürütüyorlar. Bu kısa vadede Türk ekonomisi için pek cazip değil. Uzun vadede de herhalde Avrupa Birliği benim için de uygun değildir diyor.

Kadir Sevim

Merhabalar, Kadir Sevim, Ticaret Bakanlığından katılıyorum. Ben de öncelikle teşekkür ediyorum bu sempozyumu düzenlediği için İbn Haldun Üniversitemize ve değerli sunumları için hocalarımıza. Bakanlık olarak şirketler hukuku alanında çalışma yürüten bir kurumuz, icracı bir kurumuz, bizler için de değerli oluyor sizlerden aldığımız katkılar. İlk sunumda Şafak Hocam ve Nihan Hocam denetimle ilgili konuyu sunmuşlardı, orada bir eksiklik olarak belirtildi, bağımsız denetim dışında kalan anonim şirketlerin denetimi. Bu konuda bir yönetmelik eksikliğimiz var evet. Ticaret Kanunu 2012 senesinde yürürlüğe girdi. Yaklaşık 12 yıldır bu yönetmelik yürürlüğe konulamadı. Biz bu konuda teknik çalışma yürüten kurumuz,

bakanlığınız. Aslında bizim çalışmamız hazır uzun süredir, biz çalışmayı tamamladık, başbakanlığa da sunulmuştu birkaç defa ama tabii konjonktür sebebiyle yürürlüğe konulamadı uzun süredir. Atladığımız, unuttuğumuz bir düzenleme değil bunu vurgulamak istedim ben, bu hususta katkı vermek istedim, teşekkür ederim.

Rıza Ayhan

Teşekkür ederiz. Buyrun Şafak Hocam.

Şafak Narbay

Ben konuya ilişkin açıklama yapmaya ihtiyaç duyuyorum. Nihan Hanım da söyledi. Biz 2013 yılı itibarıyla bir taslak çalışmanın olduğunu söyledik, metnimizde de var, üzerinden bu kadar zaman geçtikten sonra, önce Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ardından Bakanlar Kurulunca çıkarılacağı. Bu çalışmanın ve iradenin varlığının farkındayız, sadece bu yönetmelik çıkarılmadı. Şimdi yönetmelik olarak öngörülüyor. Diğer taraftan belki bu vesileyle kısaca bahsetme fırsatı oldu hocam. Bizim Bağımsız Denetim Yönetmeliğinde 8. maddenin 2.fıkrasının son cümlesinde “isteğe bağlı denetim” de var. Biz bu tartışmaya girmedik uzun olacak diye, küçük ölçekli bir şirket bir denetim yaptırmak istediği zaman kıstaslarını kendi belirleyerek denetim yaptırmaya imkanına haiz bugün mevzuatımız açısından. Yani küçük ölçekli bir şirket zınhar asla denetim yaptıramaz, evet buna yönelik gerek öğretilerde gerek yargı kararlarında, seçilen denetçinin ticaret siciline tescil edilip edilemeyeceği konusunda tartışmalar var, bunlara da temas ettik, yazılı metinde var, ama bunun nihai olarak büyük bir eksikliğimiz olmadığı kanaatindeyim. Sunumda da biraz önce ifade ettik, biz 5 kapanış kriterinin büyük fotoğrafta önemli bir kısmını yerine getirmişiz. Şimdi hocalarımın sunduğu bu mevzularla ilgili olarak da şunu ifade etmek istiyorum. Biz önümüze konulmuş olan bu kriterleri yerine getirme mücadelesi veriyoruz ve önemli bir mesafe katetmişiz. Ama sürekli yeni direktifler, yeni tüzük belki çıkacak bir sonraki rapora kadar. Şimdi 2021 raporuna bakıyorsunuz başka bir şey söylüyor, 2022 raporuna bakıyorsunuz başka bir şey söylüyor, 2023 başka bir şey söylüyor. Avrupa Birliği normları sürekli yaşayan bir organizma, bizim hukukumuz gibi. Dolayısıyla biz her hamleye anında karşılık verme durumunda

değiliz. O sürecin içerisinde dahil olmalıyız ki biz o süreçte diğer üye olan Avrupa Birliği ülkelerinin ne yapmaları gerekiyorsa biz de aynı pozisyon-
da olmak durumundayız. Ben burada bir hamaset yapmıyorum, Türkiye
olarak üzerimize düşen yükümlülükleri yerine getirme konusunda ciddi
bir irademiz var ve buna yönelik olarak da yaptığımız çalışmalar var. Bun-
ların bütüncül görülmesi taraftarıyım.

Rıza Ayhan

Çok teşekkür ederiz. Şükrü Hocam buyrun.

Şükrü Yıldız

Hocam, Kamu Gözetimi Kurumundan gelen arkadaşlarımız var. Bu
TTK m.397'deki Cumhurbaşkanlığı Yönetmeliği konusunda onların da bir
çalışmaları olduğunu söylediler.

Şeyda Adak Kızılhan

Öncelikle teşekkür ederim herkese sunumları için. Ben Kamu Göze-
tim Kurumundan uzman Şeyda Adak Kızılhan. Biz de TTK 397. madde-
nin 5. fıkrasında yer alan o hükme ilişkin düzenlemeye yönelik denetimi
yapılacak şirketlerin, bağımsız denetim standartları haricinde, daha küçük
boyutlu işletmeler olduğu için bu işletmelere özel bir standart hazırlıyoruz
zaten halihazırda. Ama o maddedeki boşluk doldurulmadan bizim yaptırı-
mımız sadece ihtiyari denetimlerde kullanılabilir bir standart olacak. Bu
bağlamda bizim aslında düzenlemelerimiz halihazırda devam ediyor, bir-
çok düzenlemeyi de yaptık. Örneğin küçük ve mikro ölçekli işletmeler için
muhasabe standartlarının belirlenmesi gibi. Yönetmelikteki düzenleme ge-
çerli olduğu zaman bizim de üzerimize düşen kısım olan standart belirleme
kısımını tamamlanacaktır.

2. Tebliğ Sonu

Rıza Ayhan

Şirketler hukukunda m.397/5 çerçevesinde bir türlü uyum sağlayama-
dık. O tebliğ bir türlü çıkmadı. Bu sebeple de açıkça söylemediler ama AB
haklı dediler. Çünkü 2013 yılından beri hala denetime tabi olacak şirketler-
le ilgili düzenleme sümen altı edilmiş, 11 yıldır bir türlü sümenin içinden

çıkamamış dediler. Sizin (Doç. Dr. Aslı Küçükgüngör) bu hususta özellikle anahtar cümle olarak SPK ile ilgili bize bu gelişmeler çerçevesinde ne dersiniz.

Aslı Küçükgüngör

Sadece şunu ifade etmek isterim: İki temel alanda sunum yapıyorum. Biri şu andaki pay sahipleri direktifine ilişkin, ikincisi de pay alım tekliflerine ilişkin. Bütüne baktığımız zaman düzenlemelerimiz Avrupa Birliği ile birincil düzenleme ayağından uyumlu gidiyor, onları takip eden ikincil düzenlemelerimiz geliyor. İrade olduğu noktada o ikincil düzenlemelerdeki eksikliklerin Sermaye Piyasası açısından rahatlıkla kapatılabilecek, çok kısa sürede hareket edilebilecek noktada olduğu kanaatindeyim Hocam.

Rıza Ayhan

Çok teşekkür ederim. Demek ki Sermaye Piyasası Kanunu'na göre yapılan çalışmalar Türk Ticaret Kanunu'ndan daha da ilerde. Efendim değerli konuşmacılara çok teşekkür ediyorum. Çok teferruatlı çalışmışlar. Emeklerinin karşılığını verebilmek maksadıyla sözlerini kesmek istemedim. Nasıl olsa yayınlanacağını biliyorum. Ama yine de bu kadar hazırlanmışken bazı şeyleri söylemelerini arzu ettim. Bu arada Şükrü Hocamın ve değerli hazine sabrını zorladığımı biliyorum. Anlayışınız için çok teşekkür ediyorum. Bundan sonraki oturumların başarılı geçmesini diliyorum. Saygılar sunuyorum. Sağ olun var olun...

II. Oturum

I. Tebliğ

Şirketlerin Ekonomik Karar Alma Mekanizmalarında Kadınların Temsilini Sağlamaya Yönelik Yaklaşımlar

Doç. Dr. Esra HAMAMCIOĞLU

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Saat: 11.00 – 11.20



Şirketlerin Ekonomik Karar Alma Mekanizmalarında Kadınların Temsilini Sağlamaya Yönelik Yaklaşımlar*

Doç. Dr. Esra Hamamcıoğlu**

Öz

Çalışmamızda Türk Hukukunda kadınların şirketlerin karar alma mekanizmalarında yer almalarına ilişkin bağlayıcı ve yaptırıma bağlanan bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı, eğer düzenlemeye ihtiyaç olduğu sonucuna varılırsa düzenlemenin içeriğinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği, özellikle az ortaktan oluşan ve küçük ve orta ölçekli aile şirketi görünümünde olan anonim şirketler ile bu nitelikteki limited şirketler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı hususları karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve güncel gelişmeler de dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Kadın Kotası, yönetim kurulu, cinsiyet kotası, kadın erkek eşitliği

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukununun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: esra.hamamcioglu@khas.edu.tr. Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7646-3616>. Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde değerli görüş ve yorumlarını benimle paylaşan sevgili kürsü arkadaşım Dr. Onur GÖRMEZ'e teşekkürlerimi sunarım.



Approaches to Increasing Women's Representation in Economic Decision-Making Mechanisms of Companies

Abstract

In this study, we will try to examine whether there is a need for a legal regulation in Turkish Law regarding the participation of women in the decision-making mechanisms of companies. If it is concluded that there is a need for regulation, we analyze how its content should be determined and whether any enforcement measures is necessary, and whether a special provision is required for joint-stock companies with a small number of shareholders and family-owned small and medium-sized enterprises, as well as for limited liability companies of this nature. Regulations in different legal systems and current legislative developments are also analyzed in the study.

Keywords: Women Quota, board of directors, gender quota, gender equality.

Giriş

Kadınların, şirketlerin karar alma mekanizmalarında temsil edilmele-
rinin sağlanmasına yönelik hukuki enstrümanların kabul edilmesinin altın-
da yatan temel neden, toplumsal cinsiyet eşitliğinin tesis edilebilmesidir.
Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması Birleşmiş Milletler Genel Kuru-
lunda sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması için gerekli olan hedeflerden
biri olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla ekonomik karar alma mekanizma-
larında kadınların temsilini sağlamaya yönelik hukuki araçların sağlanması
sürdürülebilir kalkınma ile doğrudan bağlantılıdır¹.

1 Genel olarak bkz. Fatma Beril Özcanlı, Yönetim Kurulunda Kadınların Temsilini Sağlamaya Yönelik Araçlar, MEFHFD, 1/ 2 (Aralık 2022), s. 277.

Sürdürülebilir kalkınma genel olarak ülkelerin belirlemiş oldukları eylem planları ve politikalarını ekonomik, sosyal ve çevresel faktörleri de göz önüne alarak belirlemeleri anlamında kullanılmaktadır. Bu bağlamda sürdürülebilir kalkınmanın şirketlerle ilgili boyutunu da kurumsal sürdürülebilirlik oluşturmaktadır². Şirketler bir yandan mevcut ekonomik düzende varlıklarını devam ettirmeye çalışırken, diğer yandan toplumdaki ekonomik, sosyal ve çevresel sorunları da dikkate alarak sürdürülebilirliğe katkı vermelidir. Kadınların yönetim mekanizmalarında temsiline güçlendirilmesi bir yandan çalışanların motivasyonlarının korunması yoluyla verimliliğin artırılmasını sağlayarak sürdürülebilirliğin ekonomik boyutuna hizmet ederken, diğer yandan ayrımcılığa karşı çözüm üreterek sürdürülebilirliğin sosyal boyutunu güçlendirmektedir.

Şirketler hukuku açısından kadınların ekonomik karar alma mekanizmalarında temsili, kadınların özellikle yönetim kurullarında temsiline sağlayan araçların geliştirilmesi ile mümkündür. Şirketlerin hem iyi hem de adil şekilde yönetilmesine ilişkin ana esasları ortaya koyan kurumsal yönetim ilkeleri de kadınların yönetici pozisyonlarında temsiline artırmak amacıyla bir takım hukuki enstrümanlar geliştirilmesini desteklemektedir³.

Türk Hukukunda TTK'da şirketlerin yöneticileri arasında kadınların bulunmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK m. 360 hükmü, şirket anasözleşmesine konulacak bir hükümlerle şirket yönetim kurullarında kadın temsiline güçlendirilmesi için etkili bir araç olarak kullanılabilir⁴. Aynı hukuki araç limited şirketler bakımından da kullanılabilir⁵. Hem anonim şirket anasözleşmelerinde hem de limited şirket sözleşmelerinde yönetim organında yer alacak kişiler için belirli niteliklerin öngörülmesi mümkündür. Bu bağlamda "cinsiyetlerin eşit temsiline

2 Işık Özer, Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Ankara: Adalet Yayınları, 2022, s. 34, dn. 136.

3 Muharrem Tütüncü, Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Cinsiyete Dayalı Kota Uygulamaları, İKÜHFD, 15/1 (2016), s. 826.

4 Nitekim bu yönde bkz. Özcanlı, s. 279.

5 TTK'nın limited şirketlere ilişkin düzenlemelerinde TTK m. 360 hükmüne yollama yapan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte TTK m. 576 hükmünden hareketle kıyasen uygulanacağı kabul edilen TTK m. 478 hükmünün ve dolayısıyla TTK m. 360'ın da kıyasen limited şirketlere uygulanacağı kabul edilmelidir. Genel olarak bkz. Esra Hamamcıoğlu, Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 401-402.

ilişkin” bir hüküm doğrultusunda kadınların yönetimde daha fazla yer almaları sağlanabilir (TTK m. 359, TTK m. 363/2)⁶.

SerPK m. 17 hükmüne dayalı olarak SPK tarafından kurumsal yönetim ilkelerini belirlemek üzere çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği’nde⁷ payları borsada işlem gören anonim şirketlerin uyması zorunlu tutulan ilkeler Tebliğ’in 5/1 maddesinde tek tek sayılmıştır. Uyulması zorunlu tutulmayan ilkeler bakımından ise, “uy ya da açıkla (apply or explain)” prensibi geçerlidir (Tebliğ m. 8/1)⁸. Tebliğ ekinde kurumsal yönetim ilkelerine yer verilmiştir. Bu ekin dördüncü bölümü yönetim kuruluna ayrılmıştır. Yönetim kurulunun yapısına ilişkin ilkeler arasında yer alan 4.3.9 numaralı ilkeye göre, “Şirket yönetim kurulunda kadın üye oranı için %25’ten az olmamak kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirler ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturur. Yönetim kurulu bu hedeflere ulaşma hususunda sağlanan ilerlemeyi yıllık olarak değerlendirir”. Ancak söz konusu ilke, Tebliğ’in 5/1 hükmünde şirketler tarafından uyulması gereken zorunlu ilkeler arasında sayılmadığı için, Tebliğ’e tabi olan payları borsada işlem gören şirketlerin bu ilkeye uymamaları halinde yıllık faaliyet raporlarında buna neden uymadıklarını açıklamaları yeterli olacaktır. Söz konusu ilke cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların yönetim kademelerinde daha fazla yer edinmesi için önem taşımaktadır. Ancak ilke sadece tavsiye niteliğinde olduğundan, şirketlerin yönetim kademesinde kadınların temsilini artıran bir etkisinin olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekir. Türk Hukukunda mevcut sistemde gönüllülük esasına bağlı olarak şirketlerin yönetiminde kadınların temsiline sağlanmasına imkan veren hukuki araçlar bulunmaktadır. Ancak uygulama açısından bu araçların, şirketler tarafından etkin bir şekilde kullanıldığının söylenmesi pek mümkün değildir.

Çalışmamız kapsamında kadınların şirketlerin karar alma mekanizmalarında yer almalarına ilişkin bağlayıcı ve yaptırıma bağlanan bir

6 Özcanlı, s. 299-300.

7 II-17.1 Sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği, R.G., T. 03.01.2014, S. 28871.

8 Bu prensibe göre, yıllık faaliyet raporlarında kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığına, uygulanmıyor ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya, bu ilkelere tam olarak uymama dolayısıyla meydana gelen çıkar çatışmalarına ve gelecekte ortaklığın yönetim uygulamalarında söz konusu ilkeler çerçevesinde bir değişiklik yapma planının olup olmadığına ilişkin açıklamalara yer verilmesi gerekir (Kurumsal Yönetim Tebliği, m. 8/1).

düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı, eğer düzenlemeye ihtiyaç olduğu sonucuna varılırsa düzenlemenin içeriğinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği, bir düzenleme yapılacaksa anonim şirketler bakımından halka kapalı şirketlerle sermaye piyasası mevzuatına tabi olan şirketler bakımından bir ayırım yapılmasının gerekip gerekmediği, az ortaktan oluşan ve küçük ve orta ölçekli aile şirketi görünümünde olan halka kapalı anonim şirketler ile bu nitelikteki limited şirketler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı hususları özellikle Avrupa Birliği Hukukunda yer alan düzenlemeler dikkate alınarak incelenecektir.

I. Karşılaştırmalı Hukukta, Özellikle AB Hukukunda Şirketlerin Yönetim Kurullarında Cinsiyet Kotaları ve Cinsiyet Eşitliği Politikaları Düzenlemelerine İlişkin Temel Esaslar

A. Genel Olarak⁹

Norveç, şirket yönetim kurullarında zorunlu cinsiyet kotası uygulayan ilk ülke olmuştur¹⁰. Norveç Hukukunda kabul edilen düzenlemede temel olarak borsa şirketlerinin yönetim kurullarında tüm cinsiyetlerin en azından %40 oranında temsil edilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu düzenlemeye aykırılığın yaptırımının kademeli olarak uygulanan yaptırımlar sonrasında şirketler bakımından bir sona erme nedeni olabileceği hükme bağlanmıştır. Norveç Hukukunda zorunlu cinsiyet kotasına ilişkin düzenleme 1 Ocak 2006 yılında Public Limited Company Act (PLCA)'in 6/11-a hükmü ile kabul edilmiştir¹¹. Zorunlu cinsiyet kotasına ilişkin getirilen bu düzenlemede, temel olarak yönetim kurulunda iki veya üç üye varsa, her cinsiyetten

9 Fransa, Almanya ve İngiltere'ye ilişkin düzenlemeler ileride Dr. Onur Görmez ile yapılacak ayrı bir çalışmada detaylı olarak inceleneceğinden, iş bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

10 Audrey Latura/ Ana Catalano Weeks, Corporate Board Quotas and Gender Equality Policies in the Workplace, *American Journal of Political Science*, 67/3 (July 2023), s. 607.

11 Kanunun Türkçe'ye Borsa Şirketleri Yasası olarak çevrildiği görülmektedir, bkz. Özcanlı, s. 283. Norveç'teki yönetim sisteminin Türk Hukukundan farklılık taşıdığı, Norveç Hukukunda yönetim kurulunun yalnızca üst gözetim yetkisi denilebilecek bir yetkiye sahip olduğu ve yönetim kurulunun herhangi bir icrai yetkisi bulunmadığından getirilmiş olan kota uygulamasının yürütme organı düzeyinde gerçekleştirmediği yönünde bkz. Özcanlı, s. 287.

bir temsilci bulunması yönetim kurulunda dört veya beş üye varsa, her cinsiyetten en az iki üye bulunması, yönetim kurulunda altı ila sekiz üye varsa, her cinsiyetten en az üç üye bulunması, yönetim kurulunda dokuz üye varsa, her cinsiyetten en az dört üye bulunması ve yönetim kurulunda dokuz üyeden fazla varsa, her cinsiyetin yönetim kurulunun en az yüzde 40'ını oluşturacak şekilde temsil edilmesi gerektiği; bu hususların yedek yönetim kurulu üyeleri için de geçerli olduğu düzenlenmiştir¹².

Norveç Hukukunda yapılan bu düzenleme diğer ülkelerin de benzer adımlar atması noktasında önemli bir etkiye sahip olmuştur. Bununla birlikte, yönetim kurulunda kabul edilen cinsiyet kotaları, uygulanma şekilleri ve getirilen düzenlemelere aykırılık halinde uygulanan yaptırımlar açısından farklılıklar göstermektedir¹³.

22 Aralık 2023 tarihinde Norveç Parlamentosu, yıllık gelir ve çalışan sayısı gibi belirli kriterleri karşılayan şirketlerin yönetim kurullarında cinsiyet dengesini zorunlu kılan yeni kuralları kabul etmiş, ilgili düzenleme 1 Ocak 2024'te yürürlüğe girmiştir. Böylece, cinsiyet kotasına tabi olan şirketlerin kapsamı genişletilmiş, belirli şartlar altında borsa şirketleri dışındaki şirketler de kapsama dahil edilmiştir¹⁴. Yapılan değişiklikler kapsamında borsa şirketlerine ilişkin düzenleme getiren PLCA m. 6-11/a hükmü de değişikliğe uğramıştır. Borsa şirketlerinde cinsiyet kotası uygulamasında tabi olan/olmayan şirket ayrımı yapılmamış, tabi olmak için herhangi bir eşik

12 Detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz. Beate Sjøfjell, Gender Diversity in the Boardroom and It's Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?, *Deakin Law Review*, 20/1 (2015), s. 30; Özcanlı, s. 281-287. Ticaret sicilinin yönetim kurullarının 6/11-a hükmüne uygun olarak oluşturulmasına dikkat etmesi gerektiği, aykırılık halinde ticaret siciline kaydın reddedilmesi gerektiği, şirketin sona ermesinin ise ancak şirkete yapılan uyarılar ve şirkete kanuna uygun bir yönetim kurulu oluşturma fırsatı tanınmasından sonra söz konusu olacağı yönünde bkz. Sjøfjell, s. 32.

13 Latura/Weeks, s. 607.

14 Getirilen yeni düzenlemenin kapsamına dair fikir vermesi açısından bkz.: Siren Skalsstad Ellensen / Malin Renate Ranheim / Albert Albertsen, New requirements for gender representation in Norwegian board of directors, <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, ET. 10.07.2024. *Allmennaksjeselskap* niteliğindeki ortaklıklar için cinsiyet kotası *Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)* m. 6-11/a ile düzenlenmişken diğer şirketler yönünden hangi şirketlerin cinsiyet kotasına ilişkin düzenlemelere tabi olduğu *Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)* (tarafımızca Norveç Şirketler Kanunu olarak anlaşılmıştır) 6-11/a maddesinde belirtilmiştir. <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1997-06-13-45/>, (Erişim Tarihi:10.07.2024).

öngörülmemiştir. Değişik hükme göre yönetim kurulunda 3 veya 4 üye varsa, en fazla 2 üye aynı cinsiyetten olabilir; yönetim kurulunda 5 veya 6 üye varsa, en fazla 3 üye aynı cinsiyetten olabilir; yönetim kurulunda 7 üye varsa, en fazla 4 üye aynı cinsiyetten olabilir; yönetim kurulunda 8 üye varsa, en fazla 5 üye aynı cinsiyetten olabilir; yönetim kurulunda 9 veya daha fazla üye varsa, yönetim kurulunun %60'ından fazlası aynı cinsiyetten olamaz. İkinci fıkrada anılan gerekliliklerin yedek yönetim kurulu üyeleri için de arandığı belirtilmiştir. Hükümün üçüncü fıkrasında çalışanlar tarafından seçilen yönetim kurulu üyeleri için cinsiyet kotasına ilişkin izleyen § 6-11/b'nin uygulanacağı belirtilmiştir. § 6-11/b'ye göre çalışanlar tarafından (§ 6/4 uyarınca) 2 veya daha fazla yönetim kurulu üyesi seçiliyorsa, bu şekilde seçilen yönetim kurulu üyelerinin tümünün aynı cinsiyetten olmaması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Aynı kural yedek üyeler için de geçerlidir. Ancak bu kuralın, seçim tarihinde şirketteki toplam çalışanların %80'den fazlasının aynı cinsiyetten olması durumunda geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. Madde- nin ikinci fıkrasında 200'den fazla çalışanı olan şirketler için, § 6-4'e göre seçilen veya § 6-37 birinci fıkraya göre çalışanlar arasından seçilen yönetim kurulu üyeleri arasındaki cinsiyet dağılımının, § 6-11/a, birinci ve ikinci fıkranın gerekliliklerini karşılaması gerektiği; bununla birlikte, çalışanlar arasından iki yönetim kurulu üyesi seçilmesi gerekiyorsa, bu yönetim kurulu üyeleri aynı cinsiyette olamayacağı; birinci cümlede belirtilen çalışan sayısının, § 6-4'te olduğu gibi hesaplanması gerektiği düzenlenmiştir¹⁵.

Benzer bir hüküm kapalı şirketlere ilişkin *Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)* başlıklı yasanın 6-11/a maddesine de eklenmiş, böylece cinsiyet kotası uygulaması daha küçük ölçekli bu şirketler bakımından da uygulanmaya konmuştur. Cinsiyet kotası uygulamasını borsa şirketleri dışındaki şirketlere genişleten bu düzenleme, kotanın uygulanacağı şirketlerin büyüklüğüne ilişkin kısmı dışında borsa şirketleri için *Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)* m. 6-11/a'daki düzenleme ile aynıdır. Hükümün ilk fıkrasında kotaya tabi olmak bakımından eşik öngörülmüştür. Buna göre toplamda 50 milyon Norveç Kronu (NOK) veya daha fazla işletme ve finansal

15 Bkz. Ellensen/Ranheim/Albertsen, New Requirements for Gender Representation in Norwegian Board of Directors, <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

gelire sahip olan veya 30'dan fazla çalışana sahip olan şirketlerin yeni düzenleme kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. “İşletme gelirlerinin”, şirketin normal işlemlerinden elde ettiği gelirleri ifade ettiği, bunun da mal satışları, hizmetler ve kira geliri gibi gelirleri içerdiği; “finansal gelirlerin” ise normal işlemlerin ötesindeki gelirleri ifade ettiği, bunun da faiz geliri, temettü ve döviz kazançları gibi gelirleri kapsadığı belirtilmektedir¹⁶. Hükmün devamında borsa şirketleri için yukarıda ifade edilmeye çalışılan cinsiyet kotasına ilişkin prensiplerin kabul edildiği görülmektedir.

Norveç'te, bu yıl yaklaşık 8,000 şirketin, 2028 yılına kadar ise yaklaşık 20,000 şirketin bu değişikliklerden etkileneceğinin tahmin edildiği belirtilmektedir¹⁷. Yeni kabul edilen düzenleme ile birlikte cinsiyet temsili- nin sağlanmasına yönelik gereksinimleri karşılaması gereken şirketler 2028 yılına kadar kademeli şekilde genişletilmiştir. Hatta getirilen yeni düzen- de kota uygulamasının kolektif şirketlerde, vakıflarda ve kooperatiflerde de uygulanacağı belirtilmektedir¹⁸. Bu bağlamda değişikliğin amacının yö- netim kurullarında kadın üyelerin oranını artırmak olduğu ifade edilmek- tedir¹⁹. Şirketin büyüklüğüne ve mevcut yönetim kurulu bileşimine bağlı olarak, cinsiyet temsili gerekliliğinin karşılanması için geçiş süreleri öngö- rülmüştür. Gerekliliklere zamanında uyulmaması halinde, şirketin yönetim kurulunun, mevzuat uyarınca işlevlerini ve yetkilerini geçerli bir şekilde kullanamayacağı ve belirli süreler içinde gerekliliklerin yerine getirilmeme- si halinde şirketin infisah edebileceği belirtilmektedir²⁰.

16 Bkz. Ellensen/Ranheim/Albertsen, New Requirements for Gender Representati- on in Norwegian Board of Directors, <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

17 Ellensen/Ranheim/Albertsen, New Requirements for Gender Representation in Norwegian Board of Directors, <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

18 Ellensen/Ranheim/Albertsen, New Requirements for Gender Representation in Norwegian Board of Directors, <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

19 Marianne Lovås Sagerup, The Norwegian Parliament has passed new rules on gender representation in corporate boards <https://selmer.no/aktuelt/the-norwegian-parliament-has-passed-new-rules-on-gender-representation-in-corporate-boards>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

20 Ellensen/Ranheim/Albertsen, New Requirements for Gender Representation

AB'nin, 23 Kasım 2022 tarihli 2022/2381 sayılı Yönerge'de cinsiyet temsiline ilişkin düzenlemelerinin, Yönerge m. 11/f.1 uyarınca 28 Aralık 2024 tarihine kadar üye devletlerin iç hukukuna aktarılması gerekliliği bulunmaktadır. Bu kapsamda önümüzdeki dönemde, Yönergeyi halen iç hukuklarına aktarmamış AB üyesi ülkelerde hızlı bir yasama faaliyeti olacağı düşünülmektedir.

AB ülkeleri arasında zorunlu kota uygulaması getirmemiş ve bir yaptırım öngörmemiş olsa da cinsiyet kotasını kabul eden ilk ülkenin ise, İspanya olduğu görülmektedir²¹. Bu kota, 2007 yılında Eşitlik Kanunu kapsamında getirilmiştir. Eşitlik Kanunu, kendi mevzuatları gereği mali durumlarını tam olarak sunmakla yükümlü olan tüm şirketlerin yönetim kurullarında kadınların yeterli sayıda görev almalarını sağlamak için çaba göstermeleri gerektiğini belirtmektedir. Kanun, yürürlüğe giriş tarihinden itibaren sekiz yıl içinde 2015 yılına kadar, kadın ve erkeklerin temsiline cinsiyet dengesinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Cinsiyet dengesinin de toplam üye sayısının %60'ından fazlasının veya %40'undan azının herhangi bir cinsiyeti temsil etmemesi olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir²². 2006 yılında yayınlanan Kurumsal Yönetim Kanununda, bu Kanuna tabi olan şirketler için kadın yöneticiler sayıca az ise veya kadın yöneticiler bulunmuyorsa yönetim kurulu bu durumun sebebini ve düzeltilmesi için alınan önlemleri açıklaması gerektiği belirtilmiş ancak en az ifadesine ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir. 2015 yılında Eşitlik Kanunundaki düzenleme dikkate alınarak şirket yönetim kurullarında kadınların temsili için en az %30 oranında bir cinsiyet kotası hedefi belirlenmiş ve bu hedefe 2020 yılında ulaşılması öngörülmüştür. 2020 yılında hüküm değişmiş ve hedef 2022 yılının sonuna kadar kadın

in Norwegian Board of Directors, <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

- 21 Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 700.556 - December 2021, s. 24; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU\(2021\)700556_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU(2021)700556_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2024).
- 22 Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 700.556 - December 2021, s. 24; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU\(2021\)700556_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU(2021)700556_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2024).

yöneticilerin toplam üye sayısının %40'ını temsil etmesi olarak belirlenmiştir²³. İspanya'daki düzenlemelere aykırılık halinde bir yaptırım getirilmediği; ancak kanunda öngörülen oranda cinsiyet temsili sağlayan şirketlere, devlet ve diğer kamu hukuku tüzel kişileri ile yapacakları sözleşmelerde öncelik verildiği, yine bu şirketlerin kendi tanıtım ve faaliyetlerinde kurumsal eşitlik markasını kullanabilmelerine imkan sağlandığı, bunların da şirketler için teşvik edici olduğu ifade edilmektedir²⁴. Son dönemde, İspanyol Hukukunda, son kabul edilen AB Yönergesi'ni iç hukuka aktarmak yönünde çalışmalar yapıldığı ve bir tasarı hazırlanmış olduğu görülmektedir²⁵.

İtalya'da da 2011 yılında şirket yönetim kurulları için bir cinsiyet kotası düzenlemesi kabul edilmiştir. Golfo-Mosca Yasası olarak adlandırılan bu düzenlemede, 2012 yılından itibaren borsaya kote şirketlerin (*società quotate*) yönetim kurullarında üç dönem üst üste uygulanacak şekilde²⁶ daha az temsil edilen cinsiyet için en az %33'lük bir cinsiyet kotası belirlenmiş ve 2015 yılına kadar geçiş dönemi için de %20'lik bir ara hedef kabul edilmiştir²⁷; benzer bir kota düzenlemesi kamu idaresi tarafından kontrol edilen ve kamu iştiraki olan şirketler için de yapılmıştır. 2020 Bütçe Kanunu (27 Aralık 2019 tarihli ve 160 sayılı Kanun) ile Finansal Aracılık Hakkında Konsolide Kanun m. 147-ter ve 148'de yapılan değişiklikler uyarınca kote

23 Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 700.556 - December 2021, s. 24; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU\(2021\)700556_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU(2021)700556_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2024).

24 İspanyol Hukukundaki düzenlemeler için bkz. Özcanlı, s. 287-290.

25 <https://fortune.com/europe/2023/03/06/spain-gender-parity-quota-law-40-company-boards-women> (Erişim Tarihi: 11.07.2024).

26 Üç yıllık dönemlerle 2021'e kadar uygulanacağı yönünde bkz. https://www.weps.org/sites/default/files/2020-12/CaseStudy_%20Italy_Final.pdf, (Erişim Tarihi: 09.07.2024).

27 Düzenleme öncesinde, 2011 yılında borsaya kote şirketlerde kadın yönetim kurulu üyelerinin oranının sadece %6 olduğu; ancak yasa yürürlüğe girdikten sonra, kadın temsil oranının 2013 yılı sonunda %17,8'e, Haziran 2015'te ise %27,6'ya, 2019 yılında ise %36'ya yükseldiği belirtilmektedir. Oranlar için bkz. Alessandra Rigolini/Morten Huse, Women and Multiple Board Memberships: Social Capital and Institutional Pressure, *Journal of Business Ethics*, 169 (2021) s. 447; Özcanlı, s. 292; Latura/Weeks, s. 611. Belirtilen bu rakamlara dayanılarak İtalya'nın cinsiyet kotasına yönelik uygulamalarda önemli ilerleme kaydeden ülkelerden biri olduğu ifade edilmektedir. Rigolini/ Huse, s. 169.

ortaklıklarda daha az temsil edilen cinsiyet için en az beşte ikilik (yüzde 40'lık) temsiliyet aranır hale gelmiş ve kotanın altı dönem üst üste olacak şekilde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır²⁸. İtalya'da da cinsiyet kotasına ilişkin hükümlere uyulmaması durumunda uyarma, para cezası ve nihayetinde yönetim organlarının görevden alınmalarına kadar uzanan kademeli bir yaptırım sisteminin olduğu belirtilmektedir²⁹.

B. İsviçre Hukukunda Kabul Edilen Yeni Kota Düzenlemesinin Genel Esasları

İsviçre Hukukunda son dönemde, İsviçre BK'ya 01.01.2021 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliği ile "Yönetim Kurulu ve Üst Yönetimde Cinsiyet Temsili"ne ilişkin düzenleme getirilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu, m. 734f hükmüne göre;

Her cinsiyet, yönetim kurulunda %30 ve üst düzey yönetiminde (icra kurulunda) %20 oranında temsil edilmedikçe; İsviçre BK md. 727/f.1/c.2'de belirlenen sınırları aşan şirketlerde yöneticilerin mali haklarına ilişkin hazırlanması gereken raporda;

1. Hangi gerekçe ile cinsiyetlerin yasada öngörüldüğü şekilde yönetim kurulu ve icra kurulunda temsil edilmediği,
2. Yasada öngörülenden daha az temsil edilen cinsiyetin daha güçlü temsili için hangi önlemlerin alınacağının belirtilmesi gereklidir.

İlgili düzenlemeye İsviçre Hukuku'na tabi olan ve İsviçre BK m. 727/f.1/c.2'de öngörülen eşik değerleri aşan payları borsada işlem gören şirketlerin tabi olduğu belirtilmektedir³⁰.

İsviçre BK m. 716a/1/8, m. 728a ve m. 734 vd. hükümlerinden de anlaşıldığı üzere payları borsaya kote şirketlerde mali haklara ilişkin bir rapor düzenlenmesi gerekmektedir. Cinsiyet temsiline ilişkin bilgilere de bu raporda verileceğine göre, ancak bu raporu düzenleyecek şirketlerin cinsiyet

28 Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 700.556 - December 2021, s. 31; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU\(2021\)700556_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU(2021)700556_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2024).

29 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özcanlı, s. 293.

30 Urs Schenker/ Olivier Schenker, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern, 2023, s. 255.

temsiline ilişkin açıklamalarda bulunma yükümlülüğüne tabi olduğu sonucu çıkacaktır. Ancak İsviçre BK m. 734f'de getirilen tek kriter bu değildir; hüküm temsiliyet kriterinin sağlanmaması durumunda yapılması gereken açıklamaları yalnızca İsviçre BK m. 727/1/2'deki eşikleri aşan ortaklıklara yüklemiştir. Bu eşikler şöyledir: Birbirini izleyen iki mali yıl boyunca aşağıdaki değerlerden ikisini aşan şirketler: a. bilanço toplamı: 20 milyon İsviçre Frangı, b. ciro: 40 milyon İsviçre Frangı, c. çalışanlar: yıllık ortalama 250 tam zamanlı istihdam. Buna göre, hükümde borsada işlem görme ve ekonomik büyüklük şeklinde çifte bir eşik öngörüldüğü ve böylelikle borsada işlem gören şirketler arasında da, ekonomik olarak daha küçük olarak nitelendirilebilecek şirketlerin İsviçre BK m. 734 hükmünün kapsamı dışında bırakılmasının amaçlandığı söylenebilir³¹.

Yasa, cinsiyet ayrımı gözetmeyen bir şekilde formüle edilmiştir. Buna göre, hüküm ilgili komitelerde yeterince temsil edilmeyen erkekler ve yeterince temsil edilmeyen kadınlar için de geçerlidir³². Bununla birlikte, öğretide düzenlemede her ne kadar cinsiyet temsili tarafsız bir şekilde formüle edilmiş olsa da, aslında söz konusu maddede, kadınların üst yönetim pozisyonlarında daha fazla görev almalarının amaçlandığı ifade edilmektedir³³.

Hüküm, İsviçre Anayasası'nda yer alan kadın ve erkeğin iş hayatında eşitliği düzenlemesine dayandırılmakla birlikte³⁴, bu gerekçe öğretide eleştirilmektedir. Zira, düzenlemenin sayıya odaklanması karşısında, cinsiyet eşitliğinin asıl sorunlu noktaları olan; örneğin, kadınlar için daha iyi bir

31 Lucas, Forrer/ Matthias Müller, Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht, AJP 2019, s. 1022; Irène, Suter-Sieber, "§ 22 Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung Art. 734f OR", Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde, BK - Berner Kommentar, Bern, 2023, s. 692. Küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ'ler) kapsam dışında bırakılmasının yerinde olduğu, zira bu tür şirketlerin kurucuları, ortakları ve çalışanlarının genellikle kişisel ve aile ilişkileriyle birbirine bağlı olduğu ve cinsiyet kurallarının her zaman bu şirketlerin kişisel yapılarıyla uyumlu olmayacağı yönünde bkz. Katharina Friederici, Die neue Quotenregelung im schweizerischen Aktienrecht: Unsinn oder Zeitgeist, GesKR 2022, s. 95; Forrer/Müller, s. 1022. Hükmün uygulama alanının genişletilmesinin tek kişilik şirketler bakımından da sorun yaratacağı yönünde ayrıca bkz. Friederici, s. 95.

32 Suter-Sieber, s. 693. Bununla birlikte kapsam dışında kalan şirketlerin de gönüllülük esasına dayalı olarak bu kurallara tabi olmayı seçebileceği (İsviçre BK m. 732) yönünde bkz. Friederici, s. 95.

33 Bu yönde bkz. Schenker/Schenker, s. 256-257; Friederici, s. 94.

34 Friederici, s. 92.

iş – yaşam dengesi sağlanması gibi konuları ıskalayacağı belirtilmektedir. Hükme ilişkin getirilen diğer bir eleştiri de, payları borsaya kote ortaklıklar için yapılan yöneticilerin mali hakları raporu ile cinsiyet kotası arasında esasen dogmatik veya düzenlenen konular bakımından bir bağlantı bulunmamasıdır³⁵. Buna karşın, gerekçe sunma yükümlülüğünün bu şekilde belirlenmesinin anonim şirketler hukukunda kota düzenlemesinin uygulanması için yeni bir aracın oluşturulmasına gerek kalmaması bakımından bir avantaj olarak nitelendirilebileceği de belirtilmektedir³⁶.

İsviçre BK m. 734f'de, İsviçre BK m. 727/f.1/c.2'de belirlenen sınırları aşan şirketlerde yöneticilerin mali haklarına ilişkin hazırlanması gereken raporda; hangi gerekçe ile cinsiyetlerin yasada öngörüldüğü şekilde yönetim kurulu ve icra kurulunda temsil edilmediği ve yasada öngörülenden daha az temsil edilen cinsiyetin daha güçlü temsili için hangi önlemlerin alınacağı- nın belirtilmesinin gerekli olduğu da hükme bağlanmıştır.

İlgili düzenlemede, şirketlerin, cinsiyetlerin yasada öngörüldüğü şekilde yönetim kurulu ve üst yönetimde (icra kurulunda) temsil edilmediğine ilişkin gerekçe sunarken uymaları gereken kriterlerin ayrıntılı olarak gösterilmediği³⁷, bu bağlamda şirket tarafından, örneğin uygun kadın aday bulunmaması veya kadınların erkek rakiplerine göre daha az vasıflı ve/veya daha az deneyime sahip olmaları nedeniyle hedeflenen oranlara ulaşamadığı yönünde bir gerekçe sunulabileceği belirtilmektedir³⁸. Bununla birlikte, öğretide gerekçe sunma yükümlülüğüne ilişkin asgari gerekliliklerin belirlenmesinin uygun olacağı, örneğin şirketlerin sürekli olarak aynı gerekçeye dayanmalarına izin verilmemesi gerektiğine işaret edilmektedir³⁹. Şirket, söz konusu mali raporda yasada öngörülenden daha az temsil edilen cinsiyetin daha güçlü temsili için hangi önlemlerin alınacağına da

35 Hükme ilişkin açıklama ve değerlendirmeler için genel olarak bkz. Lucas Forrer / Matthias Müller, Kommentierung zu Art. 734f OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht – Version: 21.12.2022: <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or734f> (besucht am 10. Juli 2024), DOI: <https://doi.org/10.17176/20230411-192948-0>; (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

36 Friederici, s. 98. Yazar, ayrıca bu çözümün, kota sisteminin uygulamaya konmasını basitleştirmeye hizmet ettiği ve bu nedenle de bu uyumsuzluğun göz ardı edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Friederici, s. 100.

37 Friederici, s. 97.

38 Suter-Sieber, s.694.

39 Friederici, s. 98.

açıklamalıdır. Bu önlemlerin türü ve kapsamı konusunda da kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Önlemlerin kriterlerin karşılanmasındaki başarısızlığı gidermeye ve cinsiyet dağılımında iyileşmeyi sağlamaya yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰.

Hükümde gerçek anlamda bir yükümlülük öngörülmemiş; asgari düzeyde ve yalnızca neden uyulmadığının açıklanması şeklinde bir düzenleme getirilmiştir (uy ya da açıkla)⁴¹. Kanun koyucunun, cinsiyet kotasını karşılamak için makul bir neden belirtmeyen ve ikna edici bir program sunmayan hükme tabi payları borsaya kote şirketlerin hem ortakları hem de kurumsal yatırımcıları nezdinde bir itibar kaybına uğrayacağını varsaydığı ifade edilmektedir⁴².

İsviçre’de söz konusu uy ya da açıkla yükümlülüğünün uygulanması bakımından bir geçiş hükmü de öngörülmüştür. İsviçre BK’ya eklenen “19 Haziran 2020 değişikliklerinde geçiş hükümleri” başlıklı bölümde bulunan m. 4’te; İsviçre BK m. 734f’de yönetim kurulu ile ilgili olarak öngörülen bilgilerin mali haklara ilişkin rapora dahil edilmesi yükümlülüğüne en geç yeni yasanın yürürlüğe girmesinden beş yıl sonra başlayan mali yıldan itibaren uyulması gerektiği; icra kurulu ile ilgili olarak da madde 734f’de öngörülen bilgilerin mali haklara ilişkin rapora dahil edilmesi yükümlülüğüne, en geç yeni yasanın yürürlüğe girmesinden on yıl sonra başlayan mali yıldan itibaren uyulması gerektiği belirtilmiştir⁴³.

40 Friederici, s. 98.

41 Suter-Sieber, s. 693; Forrer/ Müller, s. 1024. Ayrıca bkz. Friederici, s. 93, 96.

42 Schenker/Schenker, s. 257-258. Kanun koyucunun, hükümden etkilenen şirketlerin fiili bir baskı ile disipline edilebileceğine ve piyasanın kendi kendini düzenleme gücüne güvendiği yönünde ayrıca bkz. Suter-Sieber, s. 694.

43 Schenker/Schenker, s. 258. Buna göre, yönetim kurulu için bildirim yükümlülüğünün, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten en geç beş yıl sonra başlayan mali yıldan itibaren geçerli olacağı (en erken 1 Ocak 2026); üst düzey yönetim için ise on yıllık daha uzun bir dönem planlandığı (en erken 1 Ocak 2031) yönünde bkz. Suter-Sieber, s. 690. Kabul edilen geçiş sürelerinin hükme tabi olan şirketlerin uyum sağlamaları bakımından yeterli olduğu, ilgili iki organın da sayı bakımından nispeten az sayıda üyeden oluştuğu, bu nedenle yeterince temsil edilmeyen cinsiyetin çok fazla sandalveyi doldurmasının gerekmeyeceği ve cinsiyet kriterlerinin genellikle bir veya iki değişiklikle elde edilebileceği yönünde bkz. Friederici, s. 100.

C. AB Hukukunda Cinsiyet Kotasına İlişkin Kabul Edilen Temel İlkeler

AB Genişleme Politikasına İlişkin 2023 Bilgilendirmesine ilişkin Türkiye İlerleme Raporunda dijital araçların kullanımı ile sınır ötesi işlemlere (birleşmeler, bölünmeler ve dönüşümler) ilişkin 2019 AB müktesebatı ile uzun vadeli pay sahibi katılımının teşvik edilmesine ilişkin kurallar da dahil olmak üzere pay sahiplerinin hakları ve yönetim kurullarında cinsiyet eşitliğine ilişkin kurallar konularında uyum sağlanması gerektiği belirtilmiştir⁴⁴. Bu bağlamda AB hukukunda kabul edilen düzenlemeler ülkemizi de yakından ilgilendirmektedir.

Avrupa Birliği'nde kadınların şirket yönetiminde temsili konusu en az 25 yıldır üzerinde konuşulan ve tartışılan bir konudur. AB üyesi olan ülkeler şirketlerin yönetim düzeyinde cinsiyet dengesinin sağlanabilmesi ve bunun teşvik edilebilmesi için çeşitli adımlar atmaktadır⁴⁵. Avrupa Birliğinde, payları borsada işlem gören şirketlerin yöneticileri arasında cinsiyet temsiline iyileştirilmesine ilişkin bir Yönerge 2012 yılında teklif edilmiş ancak 10 yıllık bir gecikmenin ardından Kasım 2022'de, payları borsada işlem gören şirketlerin icracı olmayan yöneticileri arasında cinsiyet dengesinin iyileştirilmesine ilişkin yönerge (2022/2381) kabul edilmiştir⁴⁶. Amaç, şirket yönetim kurullarını çeşitlendirmek, üst yönetim pozisyonlarında cinsiyet açısından dengeli bir temsili sağlamak ve böylece ekonomik büyümeyi ve toplumsal cinsiyet eşitliğini (diğer hedeflerin yanı sıra) artırmaktır⁴⁷.

Yönergenin ilk görüşüldüğü tarih ile kabulü arasında geçen süre zarfında Küresel Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları da ortaya konmuştur⁴⁸. Sürdürülebilir Kalkınma Amaçlarından biri de 'toplumsal cinsiyet eşitliğinin

44 <https://ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>, ET: 12.02.2024.

45 Hanne S. Birkmose, Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU, ECFR 1 (2023), s. 167.

46 Directive (Eu) 2022/2381 Of The European Parliament And Of The Council of 23 November 2022 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2381/oj>, (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

47 Birkmose, s. 167.

48 United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Global Sustainable Development Report (2023), <https://sdgs.un.org/gsdrgsd2023>, ET: 10.07.2024. Ayrıca bkz.: <https://www.kureselamaclar.org>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

sağlanması ve tüm kadınların ve kız çocuklarının güçlendirilmesi'dir⁴⁹. Bu hedef şirket yönetim kurullarıyla ilgili hedefin çok daha ötesinde bir hedef olmakla beraber AB'nin değişimi teşvik etme çabasının da altını çizmektedir⁵⁰.

Yönergede, payları borsada işlem gören şirketlerin yönetim kurulları oluşturulurken daha düşük oranda temsil edilen cinsiyetin temsiline ilişkin sadece icracı olmayan üyeler bakımından %40'luk ya da hem icracı hem de icracı olmayan üyeler bakımından %33'lük oranın sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu kota rakamlarına ulaşılması için hedef tarih 26 Haziran 2026 olarak belirlenmiştir (Yönerge m. 5). Düzenlemede, her ne kadar, yeterince temsil edilmeyen cinsiyet ifadesi geçiyor olsa da, aslında uygulamada daha az temsil edilen cinsiyet kadın olduğu için uygulamanın daha çok kadınları etkileyeceği söylenebilir. Düzenlemenin temelini de Avrupa Birliğine ilişkin anlaşmanın kadın ve erkek cinsiyetleri arasında meslek ve istihdam konusunda fırsat ve muamele eşitliğinin sağlanmasını öngören hükmü oluşturmaktadır.

Şirketlerin, Yönergenin kota şartlarına uyumlarının ayrıntılarını kendi Üye Ülkelerindeki yetkili makama raporlamaları gerekecektir. Kota şartlarını yerine getirmedikleri durumlarda, payları borsada işlem gören şirketin hedefe ulaşmak için aldığı veya almayı planladığı önlemlerin kapsamlı bir açıklaması ile birlikte nedenlerini de sunmaları gerekmektedir (Yönerge m. 7/2). Üye Devletler, şirketlerin bu hedefe ulaşmaya çalışmasını sağlamalıdır. Üye Devletler, şirketlerin, yöneticilerin atanmasında şeffaf ve cinsiyet ayrımı gözetmeyen kriterleri uygulamasını ve farklı cinsiyetten iki aday eşit niteliklere sahip olduğunda, az temsil edilen cinsiyete öncelik vermesini sağlamalıdır (Yönerge m. 7/1-2). Buna göre, adaylar, her bir adayın nitelik ve özelliklerinin karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi yoluyla seçime

49 United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Goal 5, <https://sdgs.un.org/goals/goal5>, ET. 10.07.2024. Ayrıca bkz.: <https://www.kureselamaclar.org/amaclar/toplumsal-cinsiyet-esitligi/>, ET. 10.07.2024.

50 Bu yönde bkz. Eleanore Hickman, The EU Directive on Women on Boards, *European Company Law Journal* 20/4 (2023), s. 85. Mart 2022 itibarıyla Fransa'nın, Yönergede belirtilen cinsiyet temsiline ilişkin yönetim kurulları için %40 hedefini karşılayan yönetim kurullarına sahip tek üye ülke olduğu, bu tarih itibarıyla Fransa'da şirket yönetim kurullarında kadın yönetici oranının %45 oranına ulaştığı, bu başarının Fransa'nın 2011'den beri yürürlükte olan ulusal kotasından dolayı olduğunun söylenebileceği, Avrupa yönetim kurulu çeşitliliği istatistiklerinin kota uygulamasına destek verdiği yönünde ayrıca bkz. Hickman, s. 84.

tabi tutulmalıdır. Adaylar seçim sürecinden önce belirlenmiş açık ve objektif olarak formüle edilen net kriterlere göre seçilmelidir⁵¹. Değerlendirmeye alınan adayın istemi üzerine şirket, tercih edilen adayın eşit niteliklere sahip olduğunu (yeterince temsil edilmeyen cinsiyetten ise) veya daha iyi niteliklere sahip olduğunu göstermesi gerekecektir (Yönerge m. 6/3)⁵². Buna göre, tercih edilmeyen adayın talep etmesi durumunda şirketler yeterlilik kriterlerini açıklamak zorundadır. Yeterince temsil edilmeyen cinsiyetten seçilmeyen bir adayın eşit niteliklere sahip olduğuna dair şüphe varsa, şirketlerin hiçbir tedbirin ihlal edilmediğini kanıtlama sorumluluğu da vardır. Genellikle uzun ve başarılı kariyerleri olan yönetim kurulu pozisyonları için adayların geçmişlerinde her zaman ayırt edici özellikler olacaktır. Aday gösterme komitelerinin, istedikleri aday o kişiye, her zaman bir kişinin geçmişinin veya yeteneklerinin görünüşte daha yüksek değer verdikleri bazı yönlerini gösterebilecekleri, şirket yönetim kurulları bağlamında, adayların şirketlerin başka bir adayı atama kararına karşı yasal bir itirazda bulunmalarının pek olası olmadığı, zira bunu yapmalarının, ileride kendileriyle çalışma isteği bakımından muhtemelen olumsuz sonuçlar doğacağı belirtilmektedir⁵³. Öğretide Yönergenin 6. maddesinde yer verilen prosedür ve getirilen ilkelerin, genel kuruldaki seçim sürecine ilişkin olmayıp, adayların belirlenmesine ilişkin sürecin düzenlenmesine ilişkin olduğu bu yorumun Yönergenin 35, 42 ve 8/2 hükümleri ile de desteklendiği belirtilmektedir⁵⁴.

Üye Devletlerin, Yönergenin 5(2) ve 6. ve 7. maddelerine göre kabul edilen ulusal hükümlerin ihlallerine uygulanacak cezalar konusunda kurallar belirlemesi ve bunların uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda Üye Devletlerin seçim ve raporlama yükümlülüklerine uymayan şirketlere vereceği cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır. Belirlenecek cezalar, para cezalarını veya 6. maddeye göre kabul edilen ulusal hükümlere aykırı olarak yapılan yönetici seçimi kararlarını iptal etme veya geçersiz kılma yetkisi gibi seçenekleri içerebilir. Üye Devletler, bu kuralları ve önlemleri 28 Aralık 2024 tarihine kadar Komisyon'a bildirir ve bunları etkileyen herhangi bir sonraki değişikliği gecikmeksizin

51 Birkmose, s. 192.

52 Ayrıca bkz. Hickman, s. 86.

53 Hickman, s. 86.

54 Birkmose, s. 193.

bildirirler (Yönerge m. 8/1). Bu cezalar, cinsiyet temsiline ilişkin raporlama gerekliliklerinin yerine getirilmemesine ilişkin olup, belirlenen kota hedeflerinin kendisinin karşılanmaması cezaya tabi tutulmamıştır⁵⁵.

Üye Devletlerin ayrıca 2025 yılı sonuna kadar ve sonrasında iki yıllık aralıklarla Avrupa Komisyonu'na rapor sunmaları gerekmektedir. Rapor, Yönergenin hedeflediği cinsiyet dengesinin sağlanması için "alınan tedbirler hakkında kapsamlı bilgi" içermelidir. Bu raporlar Avrupa Komisyonu tarafından gözden geçirilecek ve Avrupa Komisyonu da 2030 yılı sonuna kadar (ve sonrasında her iki yılda bir) Yönergenin hedeflerine yönelik ilerleme hakkında Avrupa Parlamentosu'na rapor sunacaktır. Özellikle de Yönergenin hedeflerine ulaşmada ne kadar verimli ve etkili olduğunu değerlendirmesi gerekecektir⁵⁶.

Bazı Üye Devletlerin şirket yönetim kurullarında cinsiyet dengesi açısından halihazırda çok yol katettiği gerçeğini kabul eden Yönerge ülkelelerin bazı şartların dışında kalmayı tercih etmelerine imkân sağlamaktadır⁵⁷. Şartların dışında kalmayı tercih etmek için, bir Üye Devletin 27 Aralık 2022 itibarıyla, payları borsada işlem gören şirketlerdeki icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinin en az %30'unun veya tüm yönetim kurulu üyelerinin %25'inin yeterince temsil edilmeyen cinsiyet tarafından doldurulduğunu ve ulusal hukukta bu seviyeleri etkin bir şekilde zorunlu kılacak hükümler bulunduğunu gösterebilmesi gerekmektedir (Yönerge m. 12). Bu koşulların yerine getirilmesi halinde Üye Devlet, yönetici atama süreçlerinin düzenlenmesine ilişkin 6. maddenin uygulanmasını askıya alabilir. Bu kapsamdaki Üye Devletler, ulusal yasalarında yönetim kurulu temsil verilerinin yayınlanmasını sağlayan hükümler bulunması koşuluyla, raporlama yükümlülüklerini yerine getirme şartının dışında kalmayı da tercih edebileceklerdir. Böylelikle, yönetim kurullarında çeşitlilik açısından zaten ön sıralarda yer alan ülkeler Yönerge kapsamında sınırlı yükümlülüklerle karşı karşıya kalacaktır. Arka sıralarda yer alanların ise tırmanmaları gereken daha dik bir yokuşla karşı karşıya kalacakları ifade edilmektedir⁵⁸.

55 Hickman, s. 87.

56 Hickman, s. 87; ayrıca bkz. Direktif m. 13.

57 Hickman, s. 87; ayrıca bkz. Birkmose, s. 195.

58 Hickman, s. 87.

Sonuç Yerine: Değerlendirme ve Öneriler

1. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, yönetim kurullarında cinsiyet dengesini sağlamaya yönelik uygulama tercihi belirlenirken, genellikle toplum nezdinde her iki yönde argümanların ileri sürüldüğü ve bu bağlamda ihtilafların ortaya çıktığı görülmektedir. Konuya olumsuz açıdan yaklaşanlar, temel olarak, ekonomik açıdan şirket menfaatinin en iyi şekilde pay sahipleri tarafından gözetileceği, pay sahiplerinin şirket için en iyi yönetim kurulu üyelerini kendilerinin seçebileceği, sosyal adalet bakımından yapılan bu türden müdahalelerin fırsat eşitliğini bozucu etkilerinin olacağı gerekçelerine dayanmaktadır⁵⁹. Buna karşın, kadınların yönetimde desteklenmesi yönündeki yaklaşımlar ise genel olarak eşit muamele, adalet ve demokrasi bağlamında ortaya konulmaktadır⁶⁰.

2. Toplumda bir uzlaşmanın sağlanmaması durumunda, zorunlu kota veya kota hedefleri ortaya koyan cinsiyet temsilinde dengeye/eşitliğe ilişkin düzenlemeler yönetim kurullarındaki cinsiyet dengesinde bir değişiklik yaratsa bile, yapılan değişiklikler sadece göstermelik olacak şekilde yüzeysel kalabilir.

3. AB Hukukunda kabul edilen Yönergede (2022/2381) özellikle hangi şirketlerin cinsiyet temsiline ilişkin düzenlemelerin kapsamı içinde

59 Muzaffer Eroğlu, Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Üye Çeşitliliğinin Sağlanması İçin Belirli Nitelikte Üye Atanmasına İlişkin Zorunluluk İçeren Kurallar, YÜHFD, 11/2 (Mart-Nisan 2016), s. 594.

60 Kadınların yönetimde neden desteklenmeleri gerektiği hususunda ayrıntılı bilgi için birçokları yerine genel olarak bkz. Birkmose, s. 171-179. Örneğin Almanya'da kota uygulamasına ilişkin yapılan anketten elde edilen verilere göre, üst düzey yönetim görevlerinde bulunan bekar kadınların kotayı en çok destekleyen grup olduğu, kotaya en çok karşı çıkan grubun ise evli kadınlar ve genç erkeklerden oluştuğu görülmüştür. Katja Möhring/Céline Teney/Christopher Buss, Who Supports Gender Quotas for Company Leadership? An Empirical Analysis of Determinants of Support and Rejection among German Citizens, *SozW*, 70/2 (2019), s.121, https://web.archive.org/web/20191220021111id_/https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/0038-6073-2019-2-121.pdf, (Erişim Tarihi: 12.07.2024). Bu bulguların, kotadan yararlanma olasılığı en yüksek olanların daha fazla destek verdiği ve dezavantajlı olma olasılığı en yüksek olanların daha az destek verdiği menfaat temelli bir yaklaşımla uyum gösterdiği, genç erkekler açısından bakıldığında, kotanın kariyer beklentilerine zarar verdiği dair bir algının söz konusu olabileceği, evli kadınların bakış açısından bunu açıklamanın çok da kolay olmadığı, ancak bazılarının kotayı eşlerinin veya çocuklarının kariyer beklentilerine zarar vereceği algısına kapılmış olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Hickman, s. 88.

kaldığı hususunda bir netlik sağlanmaktadır. Yönerge, payları borsada işlem gören şirketler için geçerlidir. Böylece Yönerge zorunlu kotaları veya kota hedeflerini şirket büyüklüğü ve çalışan sayısı gibi izlenmesi çok daha zor olan faktörlere bağlamaktan kaçınmıştır. Bu netliğin dezavantajı ise cinsiyet temsiline ilişkin düzenlemelerin kapsamı dışında kalan şirketlerdir. Bazı ülkelerde, Yönergenin uygulanabileceği ancak Yönergenin kapsamı dışında kalan çok sayıda büyük şirket olabileceği ifade edilmektedir⁶¹.

4. Türk Hukukunda TTK'da şirketlerin yöneticileri arasında kadınların bulunmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. SerPK m. 17 hükmüne dayalı olarak SPK tarafından kurumsal yönetim ilkelerini belirlemek üzere çıkarılan Kurumsal Yönetim Tebliği'nde payları borsada işlem gören anonim şirketlerin uyması zorunlu tutulan ilkeler Tebliğ'in 5/1 maddesinde tek tek sayılmıştır. Uyulması zorunlu tutulmayan ilkelere uy ya da açıkla ilkesi geçerlidir (Tebliğ m. 8/1). Tebliğ ekinde kurumsal yönetim ilkelerine yer verilmiştir. Bu ekin dördüncü bölümü yönetim kuruluna ayrılmıştır. Yönetim kurulunun yapısına ilişkin ilkeler arasında yer alan 4.3.9 numaralı ilkeye göre, "Şirket yönetim kurulunda kadın üye oranı için %25'ten az olmamak kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirler ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturur. Yönetim kurulu bu hedeflere ulaşma hususunda sağlanan ilerlemeyi yıllık olarak değerlendirir". Ancak söz konusu ilke, Tebliğ'in 5/1 hükmünde şirketler arasında uyulması gereken zorunlu ilkeler arasında sayılmadığı için, Tebliğ'e tabi olan payları borsada işlem gören şirketlerin bu ilkeye uymamaları halinde yıllık faaliyet raporlarında buna neden uymadıklarını açıklamaları yeterli olacaktır. Söz konusu ilke cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların yönetim kademelerinde daha fazla yer edinmesi için önem taşımaktadır. Ancak ilke sadece tavsiye niteliğinde olduğundan⁶², şirketlerin yönetim kademesinde kadınların temsilini artıran bir etkisinin olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekir⁶³.

61 Hickman, s. 88.

62 Bu türden bir hükmün uyulması zorunlu bir hüküm olarak değil de tavsiye niteliğinde getirilmesinin bir hata olduğu ancak tavsiye niteliğinde kalsa da temel bir sistem önermesi nedeniyle önemli olduğu yönünde Eroğlu, s. 587.

63 Genel olarak bkz. Özlem Yenerer Çakmut/Özge Yücel Dericiler/Sendi Yakuppur/İşık Özer/Ferhat Yıldırım, Türkiye'de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık, MÜHF-HAD, 27/2 (2021), s. 960-962. Sabancı Üni-

5. Hem anonim şirket anasözleşmelerinde hem de limited şirket sözleşmelerinde yönetim kurulu/müdürler kurulunda yer alacak kişiler için belirli niteliklerin öngörülmesi mümkündür. Bu bağlamda “cinsiyetlerin eşit temsiline ilişkin” bir hüküm doğrultusunda kadınların yönetimde daha fazla yer almaları sağlanabilir (TTK m. 359, TTK m. 363/2). Ayrıca TTK m. 360 hükmü, şirket anasözleşmesine konulacak bir hükümlerle şirket yönetim kurullarında kadın temsiline güçlendirilmesi için etkili bir araç olarak kullanılabilir⁶⁴. Aynı hukuki araçların limited şirketler bakımından da kullanılması mümkündür.

6. Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde kanun koyucuların karar alma süreçlerinde toplumsal cinsiyet dengesine odaklanmalarına rağmen, şirket yönetim kademelerinde bu konudaki ilerlemenin nispeten daha yavaş olduğu söylenebilir. Özellikle AB üyesi olan ülkelerde 2012 yılında kadınların şirket yönetiminde temsili konusunda büyük farklılıklar olduğu görülmektedir⁶⁵. Ancak günümüze gelindiğinde bu konuda ülkelerin ilerleme kaydettikleri ifade edilmelidir. Kaydedilen ilerlemede ülkeler tarafından cinsiyet temsiline ilişkin yasal düzenlemelerin kabul edilmesinin de etkisi olduğu söylenebilir. Bu bağlamda yapılan araştırmalar sonrası elde edilen verilerin, yasal tedbirlerin önemli olduğu ve istenilen etkiyi yarattığı sonucunu desteklediği söylenebilir⁶⁶.

versitesi Kurumsal Yönetim Forumu tarafından 2012 yılından bu yana her yıl düzenli olarak hazırlanan “Yönetim Kurulunda Kadın Türkiye Raporu”nun 2022 yılı sonuçlarına göre; “Borsa İstanbul’a (BIST) kayıtlı olan 475 şirketin yönetim kurullarında yaşanan değişimin ele alındığı rapora göre, yönetim kurullarında 2021 yılında yüzde 16.7 olan kadın oranı, 2022 yılında yüzde 17.5’e çıktı”. Bu sonuçlar kapsamında BIST şirketlerindeki Yönetim Kurullarında yer alan kadınların oranında düşük de olsa iyileşme kaydedildiği ifade edilmektedir. <https://iwdturkey.sabanciuniv.edu/sites/iwdturkey.sabanciuniv.edu/files/2023-03/report-2022-4.pdf>. (Erişim Tarihi: 05.07.2024).

64 Eroğlu, s. 604-605; Özcanlı, s. 299-302.

65 Finlandiya, Letonya, İsveç gibi ülkelerde kadınların, borsada işlem gören şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin yaklaşık %25’ini temsil ederken, Malta ve Macaristan’da sadece %3-5 arasında değiştiği ifade edilmekteydi. AB dışında Norveç’te ise getirilen kota düzenlemesi nedeniyle kadınların şirketlerin yönetiminde yer alma oranlarının çok yüksek olduğu da ayrıca vurgulanmaktaydı. Bu konuda bkz. Birkmose, s. 169.

66 Nitekim bkz. Birkmose, s. 169-170. AB’de üye ülkelerin birçoğunun şirket yönetim kurullarında cinsiyet dengesini iyileştirmek için girişimlerde bulunduğu ve farklı modeller olmasına rağmen kota uygulamalarının şaşırtıcı olmayacak şekilde yönetim kurullarındaki kadın sayısını artırma konusunda etkili olduğunun kanıtlandığı yönünde ayrıca bkz. Birkmose, s. 187. Ayrıca bkz. Eroğlu, s. 584.

7. Türk Hukukunda, şirketlerin yönetim kademelerinde cinsiyet temsiline ilişkin açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı, eğer düzenlemeye ihtiyaç olduğu sonucuna varılırsa düzenlemenin içeriğinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği, kota hedeflerinin nasıl belirleneceği, zorunlu bir kotanın tercih edilmesinin yerinde olup olmadığı, düzenlemeye aykırılığın herhangi bir yaptırıma bağlanmasına ihtiyaç olup olmadığı, cinsiyet temsiline ilişkin yapılacak düzenlemelerde icracı üyelerin ne oranda dikkate alınacağı, bir düzenleme yapılacaksa anonim şirketler bakımından halka kapalı şirketlerle sermaye piyasası mevzuatına tabi olan şirketler bakımından bir ayırım yapılmasının gerekip gerekmediği, özellikle az ortaktan oluşan küçük ve orta ölçekli aile şirketi görünümünde olan halka kapalı anonim şirketler ile bu nitelikteki limited şirketler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı ve bu şirketler özelinde yönetim kademesinde cinsiyet temsiline yönelik düzenlemelerin gerekliliği değerlendirilmeli ve tartışmaya açılmalıdır.

8. Yasal düzenleme ihtiyacı olup olmadığı, varsa bunun kapsamının belirlenmesinde mutlaka SPK ile yakın iş birliğine ihtiyaç olduğu düşünülmektedir. SPK dışında BDKK, Ticaret Bakanlığı, kamuyu aydınlatma temelinde Kamu Gözetimi Kurumu ile de iş birliği de önem taşımaktadır.

9. Düzenleme ihtiyacı olduğunun ortaya konulmasından sonra, düzenlemenin içeriğinin belirlenmesinde payları borsada işlem gören şirket kriteri dışında, ciroların aktif toplamı, sermaye, çalışan sayısı veya bağımsız denetim ve internet sitesi zorunluluğuna tabi şirketler gibi kıstaslar üzerinden ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekliliği sorgulanabilir. Yine borsada işlem görme kriterinden bağımsız olarak bir düzenleme ihtiyacı olup olmadığı da yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere tartışmaya değerdir. Bu tartışma yapılırken, İsviçre Hukukunda da dile getirilen küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ'ler) kapsam dışında bırakılmasının yerinde olabileceği, zira bu tür şirketlerin kurucuları, ortakları ve çalışanlarının genellikle kişisel ve aile ilişkileriyle birbirine bağlı olduğu ve cinsiyet kurallarının her zaman bu şirketlerin kişisel yapılarıyla uyumlu olmayacağı⁶⁷ şeklinde ileri sürülen argüman temelinde mutlaka tüm yönleri ile ele alınmalıdır. Özellikle aile tipi şirketlerde, çoğunluğu oluşturan pay sahiplerinin,

67 Friederici, s. 95.

yasal düzlemde cinsiyet temsiline ilişkin getirilecek olan kotaların veya kota hedeflerinin, şirketi yönetmek için en uygun gördükleri adayları seçme haklarına ve seçime ilişkin demokratik sürece müdahale anlamına geleceği yönündeki eleştirilerini yüksek sesle dile getirebilecekleri düşünülmektedir. Yine tek kişilik şirketlerin durumu da ayrıca değerlendirilmelidir.

10. Yasal bir düzenleme yapılmasına karar verilmesi durumunda, cinsiyet temsilinde dengeye/eşitliğe ilişkin olarak nasıl bir oran belirlenmesi gerektiği de gerçekçi bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu noktada kademeli bir geçişin öngörülmesi ve başlangıçta daha düşük bir oran belirlenmesi, uygulama kabul gördükten sonra bu oranın artırılması düşünülebilir. Nitekim bu konuda öncü ülke olan Norveç'te ve Fransa gibi bazı ülkelerde benzer uygulamalara rastlanmaktadır⁶⁸. Kanımızca bir düzenleme yapılacaksa mutlaka icracı yöneticileri de içine alan cinsiyet temsiline ilişkin bir hüküm öngörülmalıdır. Aksi halde kurumsal karar alma sürecine dahil olmayan kişilerle bu temsilin sağlanması yolu tercih edilecektir.

11. Eğer bir düzenleme getirilecekse, düzenlemeye aykırılığın bir yaptırıma bağlanmasının gerekli olup olmadığının da belirlenmesi gerekecektir. Avrupa Birliği ülkeleri arasında kotaya uyulmaması halinde bir yaptırım öngören ülkeler bulunmaktadır. Yaptırımlar, şirketin zorunlu olarak sona ermesinden, diğer yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin ödenmesinin askıya alınmasına kadar değişen, geniş bir yelpazede karşımıza çıkmaktadır. Yönerge sonrasında da, üye ülkeler için yönetimde cinsiyet temsiline yönelik düzenlemeler öngörüldüğünde özellikle zorunlu kota düzenlemesi getirildiğinde, bu düzenlemelere aykırılık halinde belirlenecek yaptırımın özellikleri ulusal düzeyde karar verilecek bir konu olmaya devam edecek ve Üye Devletler arasında uygulama mekanizmalarındaki çeşitliliğin kapsamı, Yönergenin yorumlanmasına bağlı olacaktır. Kanımızca Türk Hukuku bakımından bir düzenleme getirilmesi halinde buna aykırılığın doğrudan bir yaptırıma bağlanması yerine, AB'deki düzenlemeye uygun olarak isteğe bağlı uy ya da açıkla prensibi ile devam edilmesinin en azından uyum sürecinde daha yerinde olacağı düşünülmektedir⁶⁹. Ayrıca, bir yaptırım getirilmesi yerine şirketler için bir teşvik uygulaması benimsenmesi de düşünülebilir.

68 Genel olarak bkz. Eroğlu, s. 611.

69 Zorunlu kota uygulamasının Türkiye'nin kurumsal kültürü ile uyumlu olmayacağı yönünde bkz. İrem Töre, Gender Diversity On Boards Of Directors In Joint-Stock

12. Yasal bir düzenleme yapılacak ise, bu düzenlemenin fiilen hayata geçirilebilmesi ve beklenen etkiyi yaratması için ayrıca doğum izinlerine yönelik uygulamalar ile kreş açılma zorunluluklarına ilişkin koşulların yeniden gözden geçirilmeleri gerekmektedir. Ayrıca aynı pozisyonda çalışan kişiler için cinsiyet temelli ücretlendirme politikalarına son verilmesini sağlamak üzere gerekli yasal önlemler alınmalıdır. Kanımızca şirketlerin yönetim kademelerinde daha fazla kadının temsil edilmesi sadece yönetim kurullarında yer aldıkları şirketlere değil, genel olarak topluma da fayda sağlayacaktır.

Corporations in Turkey: Combining Hard And Soft Law, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 12/2 (2022), s. 1784. Yazar, gönüllü önlemlerin başarısız olması halinde zorunlu cinsiyet kotasının son bir adım olarak düşünülmesi gerektiği görüşündedir. Töre, s. 1785.

Kaynakça

- Birkmose, Hanne S. Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU. *ECFR*. 1 (2023): 167-197.
- Eroğlu, Muzaffer. Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Üye Çeşitliliğinin Sağlanması İçin Belirli Nitelikte Üye Atanmasına İlişkin Zorunluluk İçeren Kurallar. *YÜHFD*. 11/2 (Mart-Nisan 2016): 575-630.
- Forrer, Lucas / Müller, Matthias. Kommentierung zu Art. 734f OR, in: Lukas Müller (Hrsg.), Onlinekommentar zum Obligationenrecht – Version: 21.12.2022: <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/or734f> (besucht am 10. Juli 2024), DOI: <https://doi.org/10.17176/20230411-192948-0>.
- Forrer, Lucas / Müller, Matthias. Geschlechterraichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht. *AJP*. (2019):1015-1031.
- Friederici, Katharina. Die neue Quotenregelung im schweizerischen Aktienrecht: Unsinn oder Zeitgeist. *GesKR* (2022): 92-101.
- Hamamcıoğlu, Esra. Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Hickman, Eleanore. The EU Directive on Women on Boards. *European Company Law Journal* 20/4(2023): 84-90.
- Latura, Audrey / Weeks, Ana Catalano. Corporate Board Quotas and Gender Equality Policies in the Workplace. *American Journal of Political Science*. 67/3 (July 2023): 606-622.
- Løvås Sagerup, Marianne. The Norwegian Parliament has passed new rules on gender representation in corporate boards <https://selmer.no/aktuell/the-norwegian-parliament-has-passed-new-rules-on-gender-representation-in-corporate-boards>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).
- Möhring, Katja / Teney, Céline / Buss, Christopher. Who Supports Gender Quotas for Company Leadership? An Empirical Analysis of Determinants of Support and Rejection among German Citizens. *SozW*. 70/2 (2019): 121-143.
- Özcanlı, Fatma Beril. Yönetim Kurulunda Kadınların Temsilini Sağlamaya Yönelik Araçlar, *MEFHFD*. 1/2 (Aralık 2022): 277-313.
- Özer, Işık. Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2022. Rigolini, Alessandra / Huse, Morten. Women and Multiple Board Memberships: Social Capital and Institutional Pressure. *Journal of Business Ethics*. 169 (2021): 443-459.
- Schenker, Urs / Schenker, Olivier. *Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht*. Bern 2023.
- Women on Boards Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU\(2021\)700556_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/IPOL_STU(2021)700556_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 09.07.2024)

- Sjåfjell, Beate. Gender Diversity in the Boardroom and It's Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?. *Deakin Law Review*. 20/1 (2015): 25-51.
- Skalstad Ellensen, Siren / Renate Ranheim, Malin / Albertsen, Albert. New requirements for gender representation in Norwegian board of directors. <https://norway.dlapiper.com/en/news/new-requirements-gender-representation-norwegian-board-directors>, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).
- Suter-Sieber, Irène. "§ 22 Vertretung der Geschlechter im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung Art. 734f OR". *Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde*, BK - Berner Kommentar, Bern, 2023.
- Töre, İrem. Gender Diversity On Boards Of Directors In Joint-Stock Corporations in Turkey: Combining Hard And Soft Law. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12/2 (2022): 1765-1794.
- Tütüncü, Muharrem. Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Cinsiyete Dayalı Kota Uygulamaları. *İKÜHFD*, 15/1 (2016): 825-851.
- Yenerer Çakmut, Özlem/Yücel Dericiler, Özge /Yakuppur, Sendi / Özer, Işık / Yıldırım, Ferhat. Türkiye'de Hukuk Eğitimi, Mevzuat ve Uygulamada Toplumsal Cinsiyete Duyarlılık. *MÜHF-HAD*. 27/2 (2021): 933-982.



II. Oturum

II. Tebliğ

Şeffaflık İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ücret Farkının Giderilmesi Amacıyla Şirketler İçin Öngörülen Yüküm

Dr. Öğr. Üyesi F. Beril ÖZCANLI

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Saat: 11.20 – 11.40



Şeffaflık İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ücret Farkının Giderilmesi Amacıyla Şirketler İçin Öngörülen Yükümlülükler*

Dr. Öğr. Üyesi F. Beril Özcanlı**, LL.M.

Öz

Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliğine adaylık süreci kapsamında Avrupa Komisyonu tarafından her yıl bu süreci Kopenhag Kriterleri ekseninde değerlendiren raporlar¹ düzenlenmektedir. Şirketler Hukukuna ilişkin düzenlemeler ve bunların AB mevzuatı ile uyumu ise, bu raporların 6. faslında değerlendirilmektedir. Raporlar incelendiğinde, özellikle şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerin en yüksek uyum oranına sahip olan alan olduğunu ifade etmek gerekir. Gerçekten özellikle 6102 sayılı TTK'nın kabul edildiği ilk metni, henüz 6335 ve 6555 sayılı kanunların öngördüğü değişiklikler gerçekleşmeden önceki hali, bu doğrultuda öngörülmuş olan hedeflerin de çok ötesine giden düzenlemeleri içermekteydi.

Bunun yanında Şirketler Hukuku AB mevzuatı ekseninde üye ülke hukukları arasında en az uyumun sağlandığı alanlardan biridir, bu alanda asgari uyum (*Minimum Harmonisation*) ilkesi geçerlidir². Bu durumu ortaya

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukunun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

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

1 Avrupa Komisyonu 1998 yılından itibaren aday ülkelerin Kopenhag kriterlerine uyum konusunda kaydettiği gelişmeleri yıllık olarak değerlendiren raporlar yayımlamaktadır. Söz konusu raporlar 2016 yılına kadar "İlerleme Raporu", sonrasında ise "Ülke Raporu" olarak adlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. https://www.ab.gov.tr/ilerleme-raporlari_46224.html. (Erişim Tarihi: 05.07.2024).

2 Paul Craig / Gráinne de Búrca, EU Law Text, Cases, and Materials, 7th Edition, Chapter 7.

koyan birçok örnek olmakla birlikte, 1970’li yılların ortasında hazırlanan ve nihai bir metinde uzlaşılması mümkün olmayan şirketler topluluklarına ilişkin Yönerge Taslağı’nı bir örnek olarak ifade etmek mümkündür.

2023 Türkiye Raporunun³ şirketler hukukuna ilişkin 6. faslında, “Türkiye’nin, 2022 tarihli Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Direktifi’ne uyum sağlaması gerekecektir. Borsaya kote edilmiş şirketlere uygulanan şeffaflık gerekliliklerine ilişkin olarak, Sermaye Piyasası Kanunu ihraççıların genel sorumluluklarını düzenlemektedir. Bu alandaki AB müktesebatına uyum sağlanması amacıyla, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından uygulama kuralları yayımlanmaktadır. Şeffaflığın artırılması ve hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin kimlik bilgilerinin sağlanması amacıyla Türk Ticaret Kanunu’nda değişiklik yapılmıştır.” ifadesi yer almaktadır.

Şeffaflık ilkesinin önemine bir kez daha değinen bu rapor doğrultusunda, ilkenin uygulama sıklığının birçok alanda artırılması mümkündür. Bu temelde şeffaflık özellikle çalışanların ücretlendirilmesi ve cinsiyet temelli ücret eşitsizliğinin giderilmesi bakımından da önemli bir araçtır. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması, sürdürülebilir kalkınma yaklaşımına da hâkim temel ilkelere dendir.

Bu doğrultuda ilerleme raporunun işaret ettiği şeffaflık ilkesine ilişkin düzenleme yapılmasını içeren önerilerin temelinde, 10 Mayıs 2023 tarihinde kabul edilen ve cinsiyet temelli ücret ayrımcılığını ortadan kaldırmayı ve ücret politikalarına ilişkin şeffaflığın tesisini amaçlayan 2023/ 970 sayılı Yönerge⁴ incelenecektir. Bu kapsamda özellikle, Yönerge temelinde ücretlendirmedeki şeffaflığın ne anlama geldiği ve kapsamı, bilgi alma hakları yanında işverenler bakımından cinsiyet temelli ücret farkının tespiti ve böyle bir durumun mevcudiyetinde bunun ayrıntılı olarak raporlanması yükümlülüğü öngörülmektedir. Çalışan sayısı 250 ve üzerinde olan şirketler bakımından bu raporlama zorunluluğu yıllık olarak gerçekleştirilecektir. Söz konusu raporlama faaliyeti neticesinde cinsiyet temelli ücret açığının %5’ten fazla olduğu tespit edilir ve bu durum objektif ve cinsiyet eksensiz olmayan bir şekilde açıklanamazsa, söz konusu şirketler, işveren temsilcileri

3 <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970>. (Erişim Tarihi:10.07.2024).

ile birlikte bir “ortak ücret değerlendirmesi” hazırlayacaklardır. Çalışmanın özellikle söz konusu raporlama faaliyetlerinin içeriği, yöntemi ve sonuçlarına odaklanması planlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Cinsiyet temelli ücret ayrımcılığı, eşitlik ilkesi, kurumsal yönetim, şeffaflık ilkesi, raporlama yükümlülüğü.



The Principle of Transparency and Companies' Role in Eliminating the Gender Pay Gap

Abstract

Within the scope of Turkey's candidacy process for European Union membership, the European Commission prepares country reports⁵ every year that evaluate this process on the basis of the Copenhagen Criteria. Regulations regarding Company Law and their compliance with EU legislation are evaluated in Chapter 6 of these reports. When the reports are examined, it is necessary to state that regulations regarding company law are the area with the highest compliance rate. Indeed, especially the first text of the Turkish Commercial Code No. 6102, before the changes envisaged by Laws No. 6335 and 6555 took place, contained regulations that went far beyond the targets envisaged in this direction.

In addition, Company Law is one of the areas where the least harmonization is achieved among the laws of the member states on the axis of EU legislation, and the principle of minimum harmonization applies in this field⁶. Although there are many examples that demonstrate this situation, it is possible to cite the Draft Directive on groups of companies law, which was prepared in the mid-1970s and could not be agreed upon in a final text, as an example.

In the 6th Chapter of the 2023 Turkey Report⁷ on corporate law, it is stated that, "*Turkey will need to comply with the Corporate Sustainability*

5 https://www.ab.gov.tr/46224_en.html. (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

6 Paul Craig, Gráinne de Búrca, EU Law Text, Cases, and Materials, 7th Edition, Chapter 7.

7 <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/T%C3%BCrkiye%20Report%202023.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

Reporting Directive dated 2022. Regarding the transparency requirements applicable to listed companies, the Capital Markets Law regulates the general responsibilities of issuers. In order to comply with the EU acquis in this field, implementation rules are published by the Capital Markets Board. An amendment has been made to the Turkish Commercial Code in order to increase transparency and provide the identity information of bearer shareholders.”

In line with this report, which once again touches upon the importance of the principle of transparency, it is possible to increase the frequency of application of the principle in many areas. On this respect, transparency is an important tool, especially in terms of remuneration of employees and eliminating gender-based wage inequality. Ensuring gender equality is one of the fundamental principles of the sustainable development approach.

Within this regard, on the basis of the recommendations made in the Report, based on the principle of transparency, “DIRECTIVE (EU) 2023/970 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 10 May 2023 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms”⁸ will be examined. In particular, the definition and scope of application of the transparency principle, the right to information, as well as the obligation for employers to determine the gender-based wage gap and their reporting duties are envisaged. For companies with 250 or more employees, this reporting duty will be carried out annually. As a result of the reporting activity in question, if it is determined that the gender-based wage gap is more than 5% and this situation cannot be explained in an objective and non-gender-oriented way, the companies in question will prepare a “joint wage assessment” together with employer representatives. The study is planned to focus especially on the content, method and results of these reporting activities.

Keywords: Gender pay gap, the principle of equality, transparency, corporate, corporate governance, reporting requirements.

8 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970>. (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

I. Şeffaflık ilkesi ve Cinsiyet Temelli Ücret Farkının Giderilmesi Hedefi ile İlişkisi

Cinsiyetler arası ücret farkının giderilmesi, eş değerdeki işe eşit ücretin ödenmesi, ilk bakışta saf bir şirketler hukuku meselesi gibi görünmemektedir. Pek tabii konu iş hukuku ile yakından ilgilidir ve bu temelde bir hukuk politikası tercihini de ortaya koymaktadır. Ancak özellikle Yönerge⁹'nin 10. maddesi eksenindeki ortak ücret belirleme zorunluluğu, şirketi cinsiyetler arası ücret açığının giderilmesi amacı doğrultusunda bir aktör olarak şekillendirmiştir.

BM Sürdürülebilir Kalkınma İlkelerinin beşincisi olan toplumsal cinsiyet eşitliğinin tesisi için cinsiyetler arası ücret farkının ortadan kaldırılması öncelikli konulardan biridir. Sürdürülebilir kalkınma hedefleri ve bunların gerçekleştirilebilmesi, zamana yayılmış faaliyetler olduğundan, belirli yönde uzun süreli çaba göstermeyi gerektirir. Modern şirketler hukukunda bu uyumun tesisi raporlama faaliyetleri ile desteklenmektedir. Başka bir ifadeyle; şirketlerin üzerinde özellikle kanun koyucular tarafından emredici yasal düzenlemeler ile değil de, ikincil mevzuat kapsamında regüle edilen alanlardaki şirket faaliyetlerinin, bunların kamuoyu ile paylaşılması öngörülerek bir kontrol mekanizması yaratılmıştır. Belirli alanlara ilişkin raporlama faaliyeti ve bu raporların kamuoyu ile paylaşılması, çoğu zaman emredici hukuki düzenlemeler ile ulaşılmak istenen amaca bizleri daha hızlı bir şekilde yaklaştırmaktadır. Kamuyu aydınlatma faaliyeti de doğası gereği şeffaflık ilkesi ile yakından ilgilidir.

Bu doğrultuda Yönerge'nin cinsiyetler arası ücret farkının ortadan kaldırılması kapsamında öngördüğü en önemli araç ücrette şeffaflığın (*pay transparency*) tesisidir¹⁰.

9 Directive (EU) 2023/970 of the European Parliament and of the Council of 10 May 2023 to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970>. (Erişim Tarihi: 10.06.2024).

10 Ücrette şeffaflığa ilişkin düzenlemelerin, cinsiyet temelli ücret farkının ortadan kaldırılmasına etkilerine ilişkin bir inceleme için bkzn.: Wolfgang Frimmel / Bernhard Schmidpeter / Rene Wiesinger / Rudolf Winter-Ebmer, "External Pay Transparency and the Gender Wage Gap" IZA Discussion Paper No. 16233, (<https://ssrn.com/abstract=4479175>), s.24, (Erişim Tarihi: 01.07.2024).

Bu temelde ücrette şeffaflık hedefi esasen eşit değerlerdeki işlere eşit ücret kuralı öngören TFEU¹¹ m. 157 hükmü ile ortaya konmuştur. Esasen AB önceki ikincil mevzuat düzenlemeleri ücretlerde eşitliğe ilişkin düzenlemeler içermektedir, ancak bu metinlerde öngörülen yaklaşım ücretlendirmede şeffaflığı öngören bir düzenleme içermediği için yeterli ve etkili olmamıştır¹². Bu Yönergenin amacı ise; ücrette şeffaflık ilkesi temelinde, eşit işe eşit ücret ve nihayetinde toplumsal cinsiyet eşitliğini tesis etmektir.

Yönerge ile cinsiyet eşitliğinin tesisi için cinsiyet temelli ücret açığının kapatılmasının en önemli faktörlerden biri olduğu ortaya konmaktadır. Yapılan araştırmalarda, 2020 yılında AB ülkelerinde kadınların erkeklerden %16 daha düşük ücretlendirildiğini; son 10 yılda ise kadınların erkeklerden %13 oranında daha az ücretlendirildiğini ortaya koymaktadır¹³. Ücretlendirmedeki bu fark emeklilik aylığının miktarının belirlendiği aşamada ise daha da marjinal hale gelmektedir¹⁴ (*pension pay gap*). Bu noktadan hareketle, derin yoksulluğun bir türü olan kadın yoksulluğu 2018 yılında %30 olarak ortaya çıkmıştır¹⁵.

Şeffaflık ilkesinin, cinsiyet eşitliğinin sağlanmasındaki rolü ise oldukça önemlidir¹⁶.

-
- 11 Treaty on the Functioning of the EU (AB'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma).
 - 12 Laura Carlson, "The EU Pay Transparency Proposed Directive – General Overview And Some Comments On The Rules On Enforcement and Sanctions" *European Equality Law Review*, 2 (2022), (<https://www.equalitylaw.eu/downloads/5816-european-law-review-2-2022-pdf-1-189-kb>), s.15, (Erişim Tarihi: 01.07.2024).
 - 13 Katharina Brütt, Huaiping Yuan, "Pitfalls of Pay Transparency: Evidence from the Lab and the Field" (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4645775>), s.2, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).
 - 14 Sara Benedí Lahuerta, "Comparing Pay Transparency Measures to Tackle the Gender Pay Gap: Best Practices and Challenges in Belgium, Denmark and Iceland" *European Equality Law Review* 2 (2021), (<https://www.equalitylaw.eu/downloads/5536-european-equality-law-review-2-2021-pdf-1-349-kb>), s.2, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).
 - 15 Jane Pillinger, "The Pay Transparency Directive: The Role of Hypothetical Comparators in Determining Equal Pay for Work of Equal Value", ETUI Research Paper - Policy Brief 2023.06, (<https://ssrn.com/abstract=4606823>), s.3, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).
 - 16 Omar Bamieh, Lennart Ziegler, "Can Wage Transparency Alleviate Gender Sorting in the Labor Market?" IZA Discussion Paper No. 15363, (<https://ssrn.com/abstract=4135926>), s. 14. (E.T.: 10.07.2024); Xi Wang, Xinze Li, "ESG Performance, Employee Income and Pay Gap: Evidence from Chinese Listed Companies" (<https://ssrn.com/abstract=4580177>), s.22, (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

Şirketlerin ücret seviyelerine ilişkin şeffaflık eksikliğinin cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığının ve önyargının tespit edilmesine imkan vermemekte veya böyle bir durumdan şüphelenildiğinde kanıtlanmasını zorlaştırmakta olduğu ifade edilmiştir¹⁷.

AB Komisyonu 2020 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Stratejisi¹⁸ belirli işlerin sadece belirli bir cinsiyete özgülenmesi (*occupational segregation*), örneğin düşük maaşlı hizmet sektöründe kadın çalışan oranının yüksekliği; yönetim, liderlik e.g. ekonomik karar alma mekanizmalarında kadınların düşük oranda yer alması, ve özellikle toplumsal cinsiyet beklentileri temelinde kadınların çalışmaya geçici olarak ara verme veya yarı zamanlı çalışmaya başvurularındaki yüksek oranın cinsiyet temelli ücret farkına sebebiyet veren ve sıklıkla karşılaşılan durumlar olarak ortaya koymuştur¹⁹.

Bunun yanında, cinsiyet ayrımına ilişkin kültürel kanılar, *cam tavan* ve *yapışkan zemin* gibi kalıplar, kadınların düşük ücretli hizmet işlerinde yoğun olarak temsil edilmesi, bakım hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğun eşitsiz paylaşımı ve kadın yoksulluğu gibi cinsiyet temelli ücret ayrımcılığının uzun dönemli etkileri de; doğrudan ve dolaylı ücret ayrımcılığı ortadan kaldırılarak eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulanmasının güçlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu ilkenin uygulanması işverenlerin aynı işi yapan veya eşit değerdeki işleri yapan çalışanlarına performans ve yeterlilik gibi nesnel, cinsiyet ayrımı gözetmeyen ve nesnel olarak belirlenen kriterler temelinde farklı ödeme yapmalarını engellemeyecektir.

17 Melanie K. Jones, Ezgi Kaya, Kerry L. Papps, “The Ongoing Impact of Gender Pay Gap Transparency Legislation” IZA Discussion Paper No. 15817, (<https://ssrn.com/abstract=4307472>), (Erişim Tarihi: 10.07.2024). s.18.

18 Sebastian Seitz, Sourav Sinha, “Pay Transparency, Workplace Norms, and Gender Pay Gap: Early Evidence from Germany” (<https://ssrn.com/abstract=4337703> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4337703>), s.4, (Erişim Tarihi: 03.07.2024). AB Başkanlığı 19. Fasal Türkçe tercümesi için bkz. <https://www.ab.gov.tr/p.php?e=84> (Erişim Tarihi: 20.08.2024).

19 Melanie K. Jones, Ezgi Kaya, “Organisational Gender Pay Gaps in the UK: What Happened Post-Transparency?” IZA Discussion Paper No. 15342, (<https://ssrn.com/abstract=4129670>), s.16. (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

II. Yönerge'nin Cinsiyet Temelli Ücret Açığı'nı Kapatmaya Yönelik Araçları:

Yönerge ile ortaya konan temel amacın, ücrette şeffaflık düzenlemesi ile cinsiyet temelli ücret farkının /ayrımcılığının ortadan kaldırılması olduğunu ifade etmek mümkündür²⁰. Bunun yanında Yönerge bu hedefe ve rimli ve etkili bir sonuç olarak ulaşmak için; (i) cinsiyet temelli ücret farkı uygulamaları neticesinde zarar gören çalışanların tazminat taleplerinin ileri sürülmesini kolaylaştırmak; (ii) şirketleri eşit şartlardaki işlerde çalışan kadın ve erkek çalışanlar için ödedikleri ücretleri paylaşmak ve bu ücretler arasında %5ten fazla fark olması halinde, ücret farkına ilişkin durumu ve ücret eşiklerine ilişkin raporlama yapmak, sonuçlarını kamuoyu ile paylaşmak; ve giderek söz konusu ücret farkının objektif ve cinsiyet eksensiz olmayan bir şekilde açıklanamaması durumunda, şirketlerin, işçi temsilcileri ile birlikte bir “ortak ücret değerlendirmesi” hazırlaması yükümlülüğü gibi ek araçlar öngören düzenlemeler getirmiştir. Yönerge ayrıca üye ülkelere, yapacakları düzenlemeler ile yükümlülüklerine aykırı hareket eden şirketler için tazminat, idari para cezaları gibi yaptırımlar öngörme imkanı da tanımaktadır.

A. Yönerge ve Uygulama Alanı

Yönerge'nin uygulama alanını ortaya koyan madde 2 hükmü uyarınca Yönerge kamu ve özel sektördeki tüm işverenlere ve tüm çalışanlara uygulanmalıdır. Yarı zamanlı çalışanlar, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar ve geçici bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunan kişiler ile kanunla tanımlandığı şekilde bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisi bulunan yönetim pozisyonundaki çalışanlar bu kapsamda değerlendirilmelidir. Hükmün uygulama alanının belirlenmesinde ABAD²¹ kararları dikkate alınmalıdır.

Bu doğrultuda *Lawrie-Blum*²² kararında Mahkeme; iş sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için bir kişinin bir başkasının emri altında

20 Ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Laura Carlson, “Enforcement and Sanctions in the Proposed EU Directive on Pay Transparency” (<https://ssrn.com/abstract=4293691>), (Erişim Tarihi: 03.07.2024), s.3.

21 Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Court of Justice of the European Union (CJEU)*.

22 Judgment of the Court of Justice of 3 July 1986 *Lawrie-Blum*, 66/85, ECLI:EU:C:1986:284. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0066>), (Erişim Tarihi: 03.07.2024).

çalışmasını gerektirdiği ve bunun yeterli olduğu görüşünü benimsemiştir. Mahkeme bu kararında; Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması²³'nin 48. maddesinde tanımlanan işçi kavramının geniş anlamda değerlendirilmiş ve bir başkasının yönetimi altında ücret karşılığında hizmet veren kişinin, bu kişi kamu sektöründe çalışan bir *stajyer öğretmen dahi olsa*, hükmün kapsamında işçi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme *FNV Kunsten Informatie en Media*²⁴ kararında ise yine çalışan kavramına ilişkin geniş ve kapsayıcı bir yorum yapmayı tercih etmiştir. Buna göre; AB hukuku açısından 'çalışan' teriminin kendisi de, ilgili kişilerin hakları ve sorumlulukları dikkate alınarak istihdam ilişkisini belirleyen objektif kriterlere göre tanımlanmalıdır. Bu bağlamda, çalışan-işveren ilişkisinin temel özelliği, belirli bir süre boyunca bir kişinin başka bir kişi adına ve onun yönetimi altında ücret karşılığında hizmet vermesi olarak ortaya konabilir.

Yönergenin uygulama alanının tespiti bakımından ABAD kararlarındaki yaklaşımın, yukarıda alıntılanın kararlardan da hareketle, *istihdam ilişkisinin varlığına ilişkin*-geniş bir tanım yapmak şeklinde olacağını ifade etmek mümkündür. Özetle, Yönergenin uygulama alanı bakımından bir iş ilişkisinin varlığının tespiti, tarafların ilişkiye ilişkin tanımına göre değil, söz konusu işin fiilen yerine getirilmesine ilişkin gerçeklere göre gerçekleştirilecektir. Ayrıca Yönerge hükümleri, sadece mevcut değil, müstakbel iş ilişkilerine de; başka bir ifade ile, iş başvurusu yapanlar bakımından da uygulanacaktır.

B. Yönerge ile Öngörülen Şeffaflık Ölçütleri

Yönerge madde 5 hükmü ile istihdam ilişkisinin başlamasından önceki dönemde dahi şeffaflık öngörülmektedir. Bu doğrultuda işverenler iş ilanlarında söz konusu pozisyon için ücretlendirmedeki başlangıç seviyesini ve ücretteki artış oranlarını paylaşmakla yükümlü tutulmuştur. Artış oranlarına ilişkin farklı seviyelerin cinsiyet ayrımına dayanmayan objektif bir kriter ile belirlenmiş olması gerekir. Aynı hüküm, işverenlerin iş görüşmesi

23 Treaty of the European Economic Community.

24 Judgment of the Court of Justice of 4 December 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411., (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0413>), (Erişim Tarihi: 04.07.2024).

esnasında adaylara ücretlendirme geçmişleri hakkında soru sormalarını da yasaklamaktadır. Madde 5 hükmü, üye ülkeler bakımından emredici olarak öngörülmüştür.

C. Çalışanın Bilgi Alma Hakkının Çevresi

Yönerge madde 7 hükmü uyarınca çalışanlar, bireysel ücretlendirilme seviyeleri ve benzer veya benzer değerdeki işlerde çalışanlar için ortalama ücretin cinsiyetlere göre ayrıştırılmış ortalama miktarı hakkında işverenlerine başvurarak bilgi alma haklarını kullanabilirler. Yönerge ayrıca işverenlere de bir yükümlülük yükleyerek; çalışanlarının madde 7 kapsamındaki bu haklarını kullanabileceklerini her yıl kendilerine hatırlatmalarını öngörmektedir. Çalışanlar bilgi alma haklarını kendileri kullanabilecekleri gibi bir sendika temsilcisi vasıtasıyla da kullanabilirler. Çalışanlar aynı zamanda ücretin artırılması ve kariyer ilerlemesi bakımından öngörülen kriterlerin neler olduğu, bunların objektif ve cinsiyet temelli olarak belirlenip belirlenmediği konusunda da bilgi talep edebilirler.

D. Raporlama Yükümlülüğü

Yönerge uyarınca, 250'den fazla çalışanı olan şirketler her yıl kendi iç hukukları tarafından belirlenecek yetkili kuruma, şirketlerindeki cinsiyet temelli ücret farkını ortaya koyan bir rapor sunmakla yükümlü tutulmuştur. Daha küçük işletmeler (öncelikle 150'den fazla çalışanı olan işletmeler) bakımından ise, bu raporlama yükümlülüğü 3 yılda bir gerçekleştirilecektir. Bu raporda cinsiyet temelli ücret açığının %5'ten daha yüksek bir oranda ortaya çıkması ve bu durumun cinsiyet temelli olmayan ve objektif kriterler ile açıklanamaması durumunda şirketler işçi temsilcileri ile birlikte bir "ortak ücret değerlendirmesi" (*joint pay assessment*) hazırlamakla yükümlü tutulmuştur.

Yönerge'de öngörülen Raporlama yükümlülükleri, özellikle CSRD²⁵ gibi diğer mevzuat ile de uyum içerisindedir. Özellikle, CSRD'de öngörülen

25 Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting, COM/2021/189 final. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0189>) (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

şirketler kadın ve erkek çalışanları arasındaki ortalama ücret farkının oranını ve şirkette en yüksek maaşı alan kişinin maaşının şirketteki ortalama maaş miktarına oranını açıklama yükümü öngören hükümlerle benzer yükümlülükler öngörülmektedir.

E. Ortak Ücret Belirleme / Değerlendirme Yapılmasını Öngören Araçlar

Şirketler, gerçekleştirdikleri raporlama faaliyeti neticesinde cinsiyet temelli ücret açığının %5'ten daha yüksek bir oranda ortaya çıkması ve bu durumun cinsiyet temelli olmayan ve objektif kriterler ile açıklanamaması durumunda işçi temsilcileri ile birlikte bir “*ortak ücret değerlendirmesi*” (joint pay assessment) hazırlamakla yükümlü tutulmuştur.

Ortak ücret belirleme inisiyatifi, Yönergenin en can alıcı noktalarından biridir, çünkü şirketlerin çalışanlarının ücretlerinin tespitindeki tek belirleyici güç olma imkanlarını elinden almaktadır; adeta hüküm temelinde uygulayıcı yer değiştirmektedir. Bu doğrultuda şirketler söz konusu raporlama ve şeffaflık hükümlerine uymaya teşvik edilmektedir. Raporlama yükümlülüğünün yanı sıra, cinsiyet temelli ücret farkının nesnel kriterler ile ortaya konamaması, şirketi işçi temsilcileri ile uzlaşarak ortak ücret belirlemek düzenlemesine uymakla yükümlü kılmaktadır.

İlgili hüküm uyarınca, ortak ücret açıklamasında yer alması gereken hususlar; (i) kadın ve erkek çalışanların her bir çalışan kategorisindeki oranları; (ii) kadın ve erkek çalışanların ortalama ücret seviyeleri ve her çalışan kategorisindeki ek ya da değişken ücretlendirme komponentlerine ilişkin bilgi; (iii) her bir çalışan kategorisi bakımından kadın ve erkek çalışanların ortalama ücret seviyelerine ilişkin farklar; (iv) söz konusu ortalama ücret seviyelerine ilişkin farkların, işçi temsilcileri ve çalışanlar tarafından birlikte oluşturulmuş, objektif ve cinsiyet temelli olmayan kriterler eksenindeki nedenleri olarak belirtilmiştir.

Ortak ücret açıklamasında ayrıca; annelik, babalık, ebeveynlik veya bakım veren izni dönüşünde ücret iyileştirilmesinden faydalanan kadın ve erkek çalışanların oranları ve böyle bir iyileştirmenin benzer çalışan kategorisinde gerçekleşip gerçekleşmediği; ücretlendirilmedeki farklılıkların cinsiyet temelli olmayan ve objektif bir kriter ile gerekçelendirilemediği

durumlarda başvurulacak yaptırımların neler olacağı ve önceki ortak ücret değerlendirmelerinde öngörülmüş olan yaptırımların etkili olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin yer alması gereklidir.

F. İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

Cinsiyet temelli ücret ayrımcılığına uğrayan çalışanlar, ücret farklarının tamamını ve bununla bağlantılı ikramiye ve aynı karşılıkları ve tazminat talep edebilirler. Söz konusu uyuşmazlıklarda Yönerge m. 18 uyarınca ispat yükü yer değiştirmiştir. Davacının ilk görünüş ispatı ekseninde ortaya koyacağı cinsiyet temelli ücret ayrımcılığına ilişkin beyanlarının, davalı şirket tarafından doğrudan veya dolaylı bir cinsiyet temelli ücret ayrımcılığı neticesinde oluşmadığı şeklinde aksinin kanıtlanması gerekecektir. Şirketlerin yükümlü oldukları halde cinsiyet temelli ücret açığının ortadan kaldırılması için Yönergenin ilgili hükümlerinde öngörülen ücrette şeffaflığa ilişkin düzenlemeleri uygulamadıklarının ortaya çıkması durumunda, cinsiyet temelli bir ayrımcılığın söz konusu olmadığını ispat yükü yine işverende olacaktır.

Yönerge madde 18 hükmünün uygulama alanının tespiti bakımından, ABAD kararında²⁶; bir ücretlendirme sisteminin şeffaflıktan tamamen yoksun olması durumunda, çalışanın *prima facie* ücret ayrımcılığı durumunu ortaya koymasına bakılmaksızın ispat yükünün davalıya yüklenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Buradan hareketle, işverenin Yönerge'de belirtilen şeffaflık yükümlülüklerine uymadığı durumlarda, örneğin çalışanlar tarafından talep edilen bilgileri paylaşmaması veya cinsiyetler arası ücret farkına ilişkin raporlama yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, aksini ispat yükü yine davalı işveren üzerinde olacaktır.

26 Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss (1989) C-109/88, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0109>), (E.T.: 06.07.2024).

G. Yönergede yer alan Kesişimsellik Teorisi'ne (*Intersectionality*) ilişkin Yaklaşım

Yönerge metni ile ilk defa bir AB düzenlemesinde kesişimsellik teorisi temelli ayrımcılıktan söz edilmektedir. Bu teori bilindiği üzere, farklı formlardaki eşitsizlik veya dezavantajlı durumların bir araya gelmesini ve katlanarak artan dezavantajlı bir durumu ifade eder. Yönergenin dibacesinde de toplumsal cinsiyet, ırk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel eğilim kökenli ayrımcılığa aynı zamanda maruz kalması örnek olarak sayılmaktadır²⁷. Yönergenin 8. maddesi ayrıca engelli çalışanların da ihtiyaçlarının dikkate alınmasını öngörmektedir.

Sonuç

Yönerge, bu geniş kapsamına rağmen; kadınların daha düşük ücretli işlerde çalışması; yönetim liderlik pozisyonlarında yer almamaları konularında çözüm sunmamaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin tesisine hizmet eden bu amaçlara ulaşılmasında, ikincil mevzuat kapsamındaki düzenlemeler yanında borsa kotasyon kuralları, endekslere ilişkin koşullar gibi yaklaşımların belirleyici ve yön verici olacağını hatırlamak gereklidir²⁸.

27 2023/970 EU Preamble No. 25.

28 Tanja Keeve, "Peer Effects in ESG Ratings: Evidence from Gender Pay Gap Disclosures" (<https://ssrn.com/abstract=4536239>), s.30. (Erişim Tarihi: 03.07.2024).

Kaynakça

- Bamieh, Omar/ Ziegler, Lennart. “Can Wage Transparency Alleviate Gender Sorting in the Labor Market?” IZA Discussion Paper No. 15363, (<https://ssrn.com/abstract=4135926>).
- Benedí Lahuerta, Sara. “Comparing Pay Transparency Measures to Tackle the Gender Pay Gap: Best Practices and Challenges in Belgium, Denmark and Iceland”. *European Equality Law Review*. 2 (2021) (<https://www.equalitylaw.eu/downloads/5536-european-equality-law-review-2-2021-pdf-1-349-kb>).
- Brütt, Katharina/ Yuan, Huaiping. “Pitfalls of Pay Transparency: Evidence from the Lab and the Field”. (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4645775>).
- Carlson, Laura. “Enforcement and Sanctions in the Proposed EU Directive on Pay Transparency”. (<https://ssrn.com/abstract=4293691>).
- Carlson, Laura. “The EU Pay Transparency Proposed Directive – General Overview And Some Comments On The Rules On Enforcement and Sanctions”. *European Equality Law Review*. 2 (2022) (<https://www.equalitylaw.eu/downloads/5816-european-law-review-2-2022-pdf-1-189-kb>).
- Carter, Mary Ellen/ LaViers, Lisa/ Sandvik, Jason and Xu, Da. “Median Employee Pay Disclosures and Changes in Employee Pay Satisfaction”. (<https://ssrn.com/abstract=4430286>).
- Craig Paul, de Búrca Gráinne. *EU Law Text, Cases, and Materials*. 7th Edition, OUP.
- Frimmel, Wolfgang/ Schmidpeter, Bernhard/ Wiesinger, Rene/ Winter-Ebmer, Rudolf. “External Pay Transparency and the Gender Wage Gap”. IZA Discussion Paper No. 16233, (<https://ssrn.com/abstract=4479175>).
- Jones, Melanie K./ Kaya, Ezgi/ Papps, Kerry L. “The Ongoing Impact of Gender Pay Gap Transparency Legislation”. IZA Discussion Paper No. 15817, (<https://ssrn.com/abstract=4307472>).
- Jones, Melanie K/ Kaya, Ezgi. “Organisational Gender Pay Gaps in the UK: What Happened Post-Transparency?”. IZA Discussion Paper No. 15342, (<https://ssrn.com/abstract=4129670>).
- Keeve, Tanja. “Peer Effects in ESG Ratings: Evidence from Gender Pay Gap Disclosures”. (<https://ssrn.com/abstract=4536239>).
- Kurnatowska, Monica/ Marsh Rob. “Pay Transparency Directive: Lifting the Veil”. *PLC Magazine*. November 2023. (<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-040-9054?comp=pluk&transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>).
- Pillinger, Jane. “The Pay Transparency Directive: The Role of Hypothetical Comparators in Determining Equal Pay for Work of Equal Value”. *ETUI Research Paper - Policy Brief 2023.06*, (<https://ssrn.com/abstract=4606823>).

Seitz, Sebastian/ Sinha, Sourav. “Pay Transparency, Workplace Norms, and Gender Pay Gap: Early Evidence from Germany”. (<https://ssrn.com/abstract=4337703> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4337703>).

Wang, Xi/ Li, Xinze. “ESG Performance, Employee Income and Pay Gap: Evidence from Chinese Listed Companies” . (<https://ssrn.com/abstract=4580177>).

Mevzuat ve AB Hukukuna İlişkin Dokümanlar:

(EU) 2023/970 sayılı Yönerge’ye İlişkin Etki Değerlendirmesi (Impact Assessment): (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0041>).

(EU) 2023/970 sayılı Kadın ve erkekler arasında eşit veya eş değerdeki işe eşit ücret ilkesinin uygulanmasının ücretlerde şeffaflık ve diğer uygulama mekanizmaları aracılığıyla güçlendirilmesi hakkında Yönerge :

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970>.

AB Komisyonu 2023 Türkiye Raporu:

<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>.



II. Oturum

III. Tebliğ

**Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü
Direktifinde Öngörülen Özen Yükümlülüklerinin
Genel Olarak Değerlendirilmesi**

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Saat: 11.40 – 12.00



Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Direktifinde Öngörülen Özen Yükümlülüklerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi*

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem Solak**

Öz

Avrupa Komisyonu 23 Şubat 2022 tarihinde şirketlerin kendilerinin, iştiraklerinin veya faaliyet zincirlerinde yer alan iş ortaklarının ticari operasyonlarının insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin tespit edilmesi, engellenmesi, engellenmesi mümkün değilse en aza indirilmesi amacıyla Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Direktifi taslağını yayınlamıştır. Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Direktif önerisi aslında Avrupa Birliği Yeşil Mutabakatı'nın tamamlayıcı bir parçasıdır. Halihazırda bazı Avrupa Birliği üye ülkeleri benzer düzenlemeleri kabul etmiştir. Örneğin Almanya Tedarik Zincirleri Özen Yükümlülüğü Yasasını kabul etmiştir.

Direktifin temel amacı şirketlerin kendilerinin, iştiraklerinin ve faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarının ticari operasyonlarının fiili veya potansiyel insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerini tespit etmek, sona erdirmek, sona erdirmek mümkün değilse en aza indirmektir. Bu amaçlara ulaşmak için direktif şirketlerin özen yükümlülüğü sürecini hem kendilerinin ve iştiraklerinin hem de faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarının

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukununun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ekrem.solak@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-2694-892X.

faaliyetleri bakımından yürütmelerini öngörmektedir. Direktifin en önemli düzenlemelerinden bir tanesi de direktifin sadece Avrupa şirketlerine değil belirli kriterleri sağlayan Avrupa Birliği dışında kurulmuş şirketlere de uygulanacak olmasıdır.

Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu 2023 yılında direktif taslağını önemli bir şekilde değiştirerek ortak bir metin oluşturmuştur. Ancak üye ölkelerin itirazlarıyla bu nihai taslak tekrar değiştirilmiştir. 24 Nisan 2024 tarihinde Avrupa Birliği Parlamentosu son taslağı onaylamıştır. Direktif şirketlerin özen yükümlölüğü süreci, şirketlerin sorumluluğu, üye devletlerin gözetim yükümlölüğü, zararların giderilmesi gibi her biri ayrı bir çalışmanın konusu olabilecek konuları düzenlemektedir. Bu çalışmamızda direktifin amacı ve kapsamı ile şirketler için öngörölen özen yükümlölükleri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sürdürülebilirlik; Kurumsal Yönetim; Kurumsal Sürdürülebilirlik ve Özen Direktifi

An Overview of the Obligation of Duty of Care Stipulated in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive

Abstract

On 23 February 2022, the European Commission presented a proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, which aims to establish sustainability due diligence obligations for both European Union (EU) and non-EU companies, meeting certain turnover thresholds, to identify, prevent, mitigate and bring to an end adverse human rights and environmental impacts in the company's own operations and those of its subsidiaries and those carried out by the company's business partners in the company's chain of activities. The main objective of the Directive is to identify, eliminate or, if it is not possible to eliminate, minimise the actual or potential adverse human rights and environmental impacts of the business operations of the companies themselves, their subsidiaries and their business partners in the chain of activities.

In order to achieve these objectives, the Directive requires companies to carry out due diligence process in respect of their own and their subsidiary's activities, as well as those of their business partners in the chain of activities. One of the most important aspect of the Directive is that the Directive will apply not only to European companies, but also to companies established outside the European Union that meet certain criteria. Therefore, it is very likely that non-EU companies will be affected by the duty of care stipulated in the Directive.

Although the Council of the European Union and the European Parliament significantly amended the draft Directive in 2023 and created a

common text with a consensus, this draft was amended again with the objections of the member states. On 24 April 2024, the European Parliament approved the final draft. In this study, the purpose and scope of the directive and the due diligence obligations foreseen for companies will be emphasised.

Keywords: Sustainability; Corporate Governance; Corporate Sustainability Due Diligence Directive.

Giriş

Sürdürülebilirlik son yıllarda çoğu ülkenin gündeminde en üst sıralarda yer almaktadır. Avrupa Komisyonu 2019 yılında Avrupa Yeşil Mutabakatı yayımlamıştır¹. Yeşil Mutabakatta kararlaştırılan hedeflerden biri de 2050 yılı itibariyle iklim nötr olmaktır². Nitekim sürdürülebilirlik ve yeşil dönüşüm konuları ülkemizde de 2024-2026 Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Orta Vadeli Program'ında makroekonomik hedefler arasında yer almıştır³. İklim değişikliğinin önlenmesi, insan hakları ihlallerinin azaltılması, çevre kirliliğinin azaltılması gibi konular şirketler hukuku ekseninde tartışılmaya başlanmıştır. Nitekim Avrupa Komisyonuna göre de iklim nötr hedefine ulaşmada her sektördeki şirketlerin kurumsal davranışlarının önemli rol oynamaktadır⁴.

Alman Federal Meclisi 11 Haziran 2021 tarihinde Alman Tedarik Zinciri Uyum Yasası'nı (Lieferkettensorgfaltsgesetz) kabul etmiştir⁵. Ancak ülke bazında alınan önlemler iklim değişikliği, insan hakları ihlalleri gibi

- 1 European Commission 'Communication from the Commission – The European Green Deal', 11 December 2019, COM(2019) 640.
- 2 European Commission 'A Clean Planet for all – A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy', 28 November 2018, COM(2018) 773.
- 3 T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, "Orta Vadeli Program (2024-2026), (Eylül 2023)," < https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/09/Orta-Vadeli-Program_2024-2026.pdf> e.t. 10.02.2024
- 4 European Parliament legislative resolution of 24 April 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), Gerekçe Para. 4.
- 5 Federal Resmi Gazete Basım Yılı 2021 Bölüm I No. 46, Bonn 22 Temmuz 2021; çeviri için bkz. Türk-Alman Ticaret ve Sanayi Odası, "Tedarik Zincirlerinde Gerekli Özene Gösterme Yükümlülüğü Kanunu (LkSG)" < <https://www.dtr-ihk.de/tr/bilgi-koese-si/tedarik-zincirlerinde-gerekli-oezeni-goesterme-yuekuemlueluegue-kanunu-lksg>> e.t. 10.01.2024.

küresel sorunları çözmekte yetersiz kalabilmektedir⁶. Bazı çok uluslu şirketler sorumlu iş davranışlarını (“responsible business conduct”) kabul etse de⁷, şirket faaliyetlerinden etkilenen paydaşları koruyan ve şirketlerin zorunlu olarak uymaları gereken uluslararası düzenlemeler bulunmamaktadır⁸. Ancak çok uluslu şirketlerin çevre ve insan hakları ihlallerinden sorumlulukları hakkında tavsiye niteliğinde uluslararası hukuk düzenlemeleri mevcuttur. Örneğin, Birleşmiş Milletler (BM) 2011 yılında İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerini (UNGPs) yayınlamıştır⁹. Bu ilkeler devletlerin ve şirketler de dahil işletmelerin insan haklarına uymakla ve bu hakları korumakla yükümlü olduklarını düzenlemektedir. BM’nin bu çalışmasının Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü’nün Çok Uluslu İşletmeler Genel İlkeleri ve Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimine ilişkin Rehberi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰. Tüm bu uluslararası düzenlemelerin ortak noktası şirketlerin kendi faaliyetleri veya iş ortaklarının faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan olumsuz sonuçların giderilmesi, mağdurların zararlarının giderilmesidir. Bu düzenlemeler yumuşak hukuk kuralları niteliğinde olduğundan bu düzenlemelerin yaptırım güçleri zayıftır¹¹.

Yine normatif ilkelerin ikna edici güce sahip olduğu ve bu ilkelere konu davranışı veya işlemi meşrulaştıracağı ya da yaygınlaştıracığı kabul

6 Anne Laferre, “Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Global Value Chains: The Long-Awaited European Solution Compared to Existing International Standards” *Ondernemingsrecht* 33 (2023), s.231.

7 Anne Laferre ve Bas Rombouts, “Towards Mandatory Human Rights Due Diligence: Assessing Its Impact on Fundamental Labour Standards in Global Value Chains”, *European Journal of Risk Regulation*, 13/4 (2022), s. 570.

8 John Gerard Ruggie, ‘Multinationals as Global Institution: Power, Authority and Relative autonomy’, *Regulation & Governance*, 12/3 (2018), s. 320.

9 Birleşmiş Milletler, İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (2011), https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf e.t. 20 Şubat 2024; İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin tarihsel gelişimi için bkz. Cansu Atılğan Pazvantoğlu, ‘Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nin Değerlendirilmesi’ *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 27/2 (2021), s.1131-1155.

10 OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>; OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (2018) <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>.

11 Pazvantoğlu, s. 1140.

edilmektedir¹². Ülkeler ise ulusal eylem planları hazırlayarak Rehber İlkelerin şirketler tarafından benimsenmesini teşvik etmektedir. Ancak BM'nin Rehber İlkelerin önemi birçok devlet ve kurum tarafından kabul edilse de Rehber İlkeler beklenen değişimi gerçekleştirememiştir¹³. Çok uluslu şirketlerin bir kısmı özen yükümlülüğünü benimseme konusunda gerekli çabayı gösterebilir de, çok sayıda şirket ya özen yükümlülüğüne uymamakta ya da bu yükümlülüğü sadece kutu işaretleme yaklaşımıyla (box-tick approach) uygulamaktadır. Dolayısıyla çok uluslu şirketlerin özen yükümlülüğüne ilişkin ilkelere esaslı bir şekilde uymamaları son derece olasıdır. Ayrıca farklı uyum uygulamaları ve yerel düzenlemelerdeki farklılıklar da şirketler bakımından hukuki belirsizlik yaratmakta ve şirketlerin daha fazla önlem almasını zorlaştırmaktadır¹⁴.

Yukarıda izah edilen sorunları öngörülebilir bir yasal çerçeve oluşturarak çözmek için Avrupa Komisyonu, 23 Şubat 2022 tarihinde şirketlerin faaliyetlerinin çevresel ve sosyal haklara etkilerine yönelik özen yükümlülüğünün tesis edilmesi amacıyla Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Direktif (KSÖYD) öneri yayınlamıştır¹⁵. Direktif kapsamındaki şirketler, kendilerinin, iştiraklerinin ve faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarının operasyonlarının çevre ve insan hakları üzerindeki fiili veya potansiyel olumsuz etkileri tespit etme, önleme, hafifletme ve sona erdirmeye yönelik özen yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede şirketler özen yükümlülüğü politikasını oluşturmaları ve söz konusu politikaları kurumsal yönetime dahil

12 John Gerald Ruggie / Caroline Rees / Rachel Davis, "Ten Years After: From UN Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations", 2 Business and Human Rights Journal, (2021), s.181.

13 Francisca Torres-Cortés, Camille Salinier, Hanna Deringer et al., 'Study on due diligence requirements through the supply chain: final report, Publications Office' (2020), s. 218, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>, (Erişim Tarihi 20.02.2024).

14 Ruggie /Rees / Davis, s. 187.

15 European Commission, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 COM (2022)" 71 final (23 February 2022) ('Commission Proposal'). Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 294. maddesi uyarınca Komisyon öneriyi Avrupa Parlamentosu'na ve Konsey'e sunmuştur. Avrupa Parlamentosu ve Konsey'i öneride değişiklikler yapmış ve nihayet 14 Aralık 2023 tarihinde bir mutabakata varmışlardır. Avrupa Parlamentosu 24 Nisan 2024 tarihinde taslağı onaylamıştır. Bu çalışmamızda 24 Nisan 2024 tarihinde kabul edilen öneri dikkate alınmış olup bazı yerlerde önerinin önceki taslak metinlere atıf yapılmıştır.

etmeleri gerekmektedir. Teklifin önemli noktalarından bir tanesi de sadece Avrupa şirketlerini değil ayrıca Avrupa dışındaki şirketleri de kapsayacak olmasıdır. Avrupa Birliği hem Avrupa şirketlerine hem de Avrupa dışında mukim şirketlere uygulanacak eşit normlar ihdas etmeyi amaçlamaktadır.

Direktif önerisi yayımlandıktan sonra Avrupa Konseyindeki ülkeler tarafından kabul edilmemiş ve ciddi değişikliklere uğramıştır. 14 Aralık 2023 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu arasında mutabakat sağlanmış ve Direktif önerisinde ciddi değişiklikler yapılmıştır. Ancak son aşamada yine üye ülkelerin itirazıyla üzerinde anlaşılacak taslak üzerinde değişiklikler yapılmış ve Avrupa Parlamentosu bu uzun süreçlerin ardından 24 Nisan 2024 tarihinde bu öneriyi kabul etmiştir¹⁶.

Kurumsal Özen ve Sürdürülebilirlik Direktifinde şirketlerin özen yükümlülükleri, şirketlerin sorumluluğu, üye devletlerin yükümlülükleri, zararların giderilmesi gibi aslında her biri ayrı ayrı çalışma konusu olabilecek düzenlemeler mevcuttur. Bu nedenle çalışmamızda sadece Kurumsal Özen ve Sürdürülebilirlik Direktifi özen yükümlülükleri bakımından genel olarak incelenecektir.

A. Kurumsal Özen ve Sürdürülebilirlik Direktifinin Amacı ve Kapsamı

Direktifin gerekçesinde Avrupa Komisyonu şirket davranışlarının Avrupa Yeşil Mutabakatı'na ve Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ne uygun hale getirilmesinde zorunlu özen yükümlülüğünün önemli rol oynayacağı belirtilmiştir¹⁷. Direktif belirli ciro ve çalışan eşiği kriterlerinin karşılanması koşuluyla, AB'de kurulmuş büyük şirketlerin yanı sıra Birlik içinde önemli faaliyetleri olan üçüncü bir ülkede kurulmuş şirketler için de geçerli olacaktır¹⁸.

16 “European Parliament legislative resolution of 24 April 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD))” European Parliament, (Erişim Tarihi: 04.05.2024).

17 Direktif, s. 1.

18 Direktif m. 2.

Direktif, m. 2 kapsamında kalan şirketlerin, kendi ticari operasyonlarında, iştiraklerinin ticari operasyonlarında veya faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarının operasyonlarındaki çevre hakları ve insan hakları üzerindeki fiili ve potansiyel olumsuz etkiler için zorunlu yükümlülükler öngörmektedir¹⁹. Bu şekilde direktif çevrenin ve insan haklarının korunmasını artırma-ya amaçlamaktadır. Direktifin bu yükümlülüklerle ulaşmaya çalıştığı en temel hedef ise sürdürülebilir ve sorumlu kurumsal davranışları artırmak ve şirketlerin karar alma mekanizmalarına sürdürülebilirliği bir faktör olarak dahil edebilmektedir. Dolayısıyla şirketler gerek kendi ticari operasyonlarını gerekse tedarik zincirlerinin faaliyetlerini daha dikkatli bir şekilde yönetecek ve en nihayetinde ise yeşil ekonomiye geçiş sağlanacaktır.

Direktifin konu bakımından kapsamına insan haklarının ve çevrenin korunmasına ilişkin kuralların ihlal edilmesinden kaynaklanan fiili ve potansiyel olumsuz etkiler girmektedir. İnsan hakları üzerindeki olumsuz etkiler, Direktifin ekinde belirtilen uluslararası anlaşmalarda ve belgelerde yer alan insan haklarının ihlalinin kişiler üzerinde bıraktığı etkiyi ifade etmektedir. Benzer şekilde, çevre üzerindeki olumsuz etkiler ise Direktif'in ekinde yer alan normların ihlal edilmesinden kaynaklanan olumsuz etkiler anlamına gelmektedir. Örneğin zorla çalıştırma, çocuk işçiliği, yetersiz işyeri sağlığı ve güvenliği, işçilerin sömürülmesi, sera gazı emisyonları, kirlilik, biyolojik çeşitlilik kaybı ve ekosistemin bozulması ihlalleri direktif kapsamındadır.

Direktif kapsamına tüm şirketler alınmamıştır. Direktifin uygulanacağı şirketler iki ana kıstasa göre belirlenmiştir²⁰: 1) Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde kurulmuş şirketler; 2) diğer ülkelerde kurulmuş şirketler.

Üye ülkelerde kurulmuş bir şirketin aşağıdaki eşiklerden birini sağlaması halinde Direktif kapsamında kalacaktır:

a) Son mali yılda 1000'den fazla çalışanı olan ve dünya genelinde cirosu 450.000.000 Avro'dan fazla net cirosu olan şirketler Direktif kapsamında kalacaktır.

b) (a) bendinde belirtilen eşik değerlere ulaşmamış olmakla birlikte, konsolide yıllık finansal tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gerektiği

19 Menno Baks / Kitty Lieverse, "Supervision and Enforcement under the CSDDD", Ondernemingsrecht 34, (Haziran 2023), s.238.

20 Direktif m. 2.

son finansal yılda söz konusu eşik değerlere ulaşmış olan şirketler topluluğunun hâkim şirketi olması halinde şirket Direktif kapsamında kalacaktır.

c) Şirketin veya (şirketin şirketler topluluğunun hakim şirketi olması halinde) hakim şirketin, Birlik içinde bağımsız üçüncü taraf şirketlerle ortak bir kimlik, ortak bir iş konsepti ve uygulama sağlamak amacıyla ücret karşılığında franchise veya lisans anlaşmaları yapması ve bu telif ücretlerinin yıllık mali tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gereken son mali yılda 22 500 000 Avro'dan fazla olması ve şirketin veya şirket topluluğunun yıllık mali tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gereken son mali yılda dünya çapında 80.000.000 Avro'dan fazla net ciroya sahip olması halinde şirket veya hakim şirket direktif kapsamında kalacaktır.

Avrupa Birliği dışında kurulan şirketlerden aşağıdaki şartları sağlayan şirketler Direktif kapsamında kalacaktır:

a) Son mali yıldan bir önceki mali yılda Birlik içinde 450.000.000 Avro'dan fazla net ciro elde eden şirketler Direktif kapsamında kalacaktır.

b) (a) bendinde belirtilen eşığe ulaşmayan ancak son mali yıldan bir önceki mali yılda konsolide bazda bu eşığe ulaşmış olan bir şirketler topluluğunun hakim şirketi Direktif kapsamında kalacaktır.

c) Şirketin veya (şirketler topluluğu varsa) hâkim şirketin ortak bir kimlik, ortak bir iş konsepti ve uygulama sağlamak amacıyla ücret karşılığında Birlik içinde franchise veya lisans anlaşması imzalaması ve sözleşme bedelinin yıllık mali tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gereken son mali yılda 22 500 000 Avro'dan fazla olması ve şirketin veya şirket topluluğunun yıllık mali tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gereken son mali yılda Avrupa Birliğinde 80 000 000 Avro'dan fazla net ciroya sahip olması halinde şirket veya hakim şirket direktif kapsamında kalacaktır.

Direktifin uygulanabilmesi için hem AB'de kurulan hem de AB üyesi olmayan ülkelerde kurulan şirketlerin, eşik koşullarını en az iki ardışık mali yıl boyunca sağlamaları gerekmektedir. Kapsam dahilindeki şirketlerin "faaliyet zincirinde" yer alan daha küçük şirketler de Direktif kapsamındaki şirketlerin uygulanması gereken özen yükümlülüklerinden ötürü dolaylı olarak etkilenecektir.

Direktif'in şirketlere uygulanmasında kademeli bir geçiş öngörülmüştür. Buna göre 1000'den Direktif AB parlamentosunda onaylanma tarihinden sonra 1000 fazla çalışanı olan ve yıllık cirosu 450.000.000 Avro'yu geçen şirketlere 5 yıl sonra; 3000'den fazla çalışanı olan ve yıllık cirosu 900.000.000 Avro'yu geçen şirketlere 4 yıl sonra; 5000'den fazla çalışanı olan ve yıllık cirosu 1.500.000.000 Avroyu geçen şirketlere 3 yıl sonra uygulanacaktır.

B. Direktif Kapsamında Yer Alan Şirketler için Öngörülen Özen Yükümlülükleri

Yukarıda belirtilen amaçlara ulaşılabilmesi için direktif kapsamındaki şirketlerin özen yükümlülüğünü uygulamaları öngörülmüştür. Şirketler özen yükümlülüğü sürecini hem kendilerinin ve iştiraklerinin hem de (genellikle aralarında sözleşme ilişkisi bulunan) faaliyet zincirinde (chain of activities)²¹ yer alan iş ortaklarının (business partner)²² faaliyetleri bakımından yürütmekle ve bu faaliyetlerin insan hakları ve çevre üzerindeki fiili ve muhtemel olumsuz etkileri tespit etmekle ve bu etkileri azaltmakla yükümlüdür. Direktif özen yükümlülüğünü şirketlerin kendi faaliyetleri, iştiraklerinin faaliyetleri ve şirketlerin faaliyet zincirlerinde yer alan iş ortakları tarafından yürütülen faaliyetler bakımından sınırlamaktadır.

Şirketlerin yerine getirmesi gereken özen yükümlülükleri Direktif m. 5'te düzenlenmiştir. Direktif m. 5 uyarınca şirketler aşağıdaki eylemleri uygulayarak m. 7-16'da düzenlenen risk-temelli²³ insan hakları ve çevre standartları kapsamında özen yükümlülüğünü yerine getirecektir:

- 21 Faaliyet zinciri kavramı Direktif m. 3'te tanımlanmıştır. Buna göre faaliyet zinciri kavramı, (i) hammaddelerin, ürünlerin veya ürün parçalarının tasarımı, çıkarılması, tedariki, üretimi, nakliyesi, depolanması ve tedariki ve ürünün veya hizmetin geliştirilmesi dahil olmak üzere, bir şirketin yukarı yönlü iş ortaklarının o şirket tarafından malların üretimi veya hizmetlerin sağlanması ile ilgili faaliyetleri ve (ii) ihracat izinlerinin alındıktan sonra (AB) 2021/821 sayılı Tüzük kapsamındaki ihracat kontrollerine veya ürünün ihracatına izin verildikten sonra silahlar, mühimmatlar veya savaş malzemeleri ile ilgili ihracat kontrollerine tabi olan bir ürünün dağıtımı, nakliyesi ve depolanması hariç olmak üzere, bir şirketin alt iş ortaklarının o şirketin bir ürününün dağıtımı, nakliyesi ve depolanması ile ilgili faaliyetleri ifade etmektedir.
- 22 İş ortağı kavramı Direktif m. 3'te tanımlanmıştır. Buna göre iş ortağı i- şirketin faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleri ile ilgili ticari bir anlaşması olan veya şirketin (g) bendi uyarınca reasürans hizmeti sağladığı ('doğrudan iş ortağı') veya ii- doğrudan iş ortağı olmamakla birlikte şirketin faaliyetleri, ürünleri veya hizmetleri ile ilgili iş faaliyetlerini yürüten ('dolaylı iş ortağı') tüzel kişileri ifade etmektedir.
- 23 Direktif taslağında risk-temelli kavramına yer verilmemiştir. Ancak en son üzerinde

a - Şirketler kurumsal yönetim politikalarına ve risk yönetim mekanizmalarına madde 7'ye uygun bir şekilde özen yükümlülüğünü dahil etmesi gerekmektedir. Şirketlerin özen yükümlülüğü politikası risk-temelli özen yükümlülüğünün uygulanmasını sağlamalıdır. Şirketlerin özen yükümlülüğü politikası şirket çalışanlarına danışılarak geliştirilmelidir.

b - Şirketler kendilerinin, bağlı şirketlerinin ve faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarının faaliyetlerindeki fiili veya muhtemel olumsuz etkileri tespit etmeli ve değerlendirmeli, ihtiyaç olması halinde fiili veya muhtemel potansiyel olumsuz etkileri m. 9'a uygun olarak önceliklendirmelidir.

c - Şirketler muhtemel olumsuz etkileri önlemeli ve ortadan kaldırmalıdır. Şirketler fiili olumsuz etkileri sona erdirmeli veya sona erdirmenin mümkün olmadığı durumlarda ise en aza indirmelidir. Direktif m. 10'da potansiyel olumsuz etkilerin önlenmesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre şirketler m. 8, 9 ve 10 uyarınca tespit edilen veya tespit edilmesi gereken muhtemel olumsuz etkileri önlemek, önlemek mümkün değilse veya hemen önlemek mümkün değilse olumsuz etkileri yeterli ölçüde azaltmak için uygun önlemleri almakla yükümlüdür. Şirketler bu önlemleri tespit ederken olumsuz etkinin kendisinden mi, iştirakinden mi yoksa faaliyet zincirinde yer alan iş ortağından mı kaynaklandığını incelemelidir. Şirketlerin alması gereken uygun önlemlerin olumsuz etkinin büyüklüğü ve önemi ile orantılı ve etkili olması gerekmektedir.

anlaşılan metinde “risk temelli insan hakları ve çevresel özen yükümlülüğü” ibaresi kullanılmıştır. Risk-temelli yaklaşım genellikle kara paranın aklanmasına ve terörün finansmanın engellenmesine ilişkin düzenlemelerde kullanılmaktadır. Risk temelli mevcut düzenlemeler kendi içerisinde farklılık gösterse de, risk temelli yaklaşımların ortak özellikleri, şirketlerin maruz kaldığı en önemli risklere, bu risklerin ortaya çıktığı alanlara ve bu alanlardaki iş ortaklarına odaklanmaları ve ayrıca şirketlerin maruz kaldığı risklerin büyüklüğüne ve doğasına göre orantılı ve özelleştirilmiş olmalarıdır. Şirketlerin faaliyetlerine ilişkin bütün riskleri ve ortaya çıkan olumsuz sonuçlara aynı önemi veremeyeceği ve bu sorunlara aynı derecede çözüm bulamayacağından risk temelli yaklaşımlar şirketlerin bazı riskleri ve olumsuz sonuçları önceliklendirmesine müsaade etmektedir. Risk temelli yaklaşımın esnek olması şirketlerin kaynaklarını daha etkili ve verimli kullanmasına da müsaade etmektedir. Bkz. OECD, ‘Translating a risk-based due diligence approach into law: Background note on Regulatory Developments concerning Due Diligence for Responsible Business Conduct’ (2022), s.1 <https://mneguidelines.oecd.org/translating-a-risk-based-due-diligence-approach-into-law.pdf> (Erişim Tarihi:04.03.2024).

Direktifin kabul ettiği önlemlerden dikkat çekenini ise şirkete son çare olarak eğer alınan tedbirle olumlu bir sonuç alınacağına yönelik makul bir beklenti varsa iş ortağıyla iş ilişkisini askıya alma veya böyle bir beklenti dahi yoksa iş ortağıyla olan ilişkisini sona erdirmeye yükümlülüğü getirilmiştir. Direktif m. 11’de ise şirketlerin fiili olumsuz etkileri sona erdirmeye yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca şirketler m. 8 uyarınca tespit edilen veya edilmesi gereken fiili olumsuz etkileri m. 9 ve m. 10 uyarınca sona erdirilmesi için uygun önlemleri almakla yükümlüdür.

d - Şirketler madde 12 uyarınca fiili olumsuz etkiler için iyileştirme sağlamalıdır. İyileştirici önlemler Direktif m. 3/1/t’de etkilenen kişi veya kişilerin, toplulukların veya çevrenin fiili olumsuz etki meydana gelmemiş olsaydı içinde bulunacakları duruma eşdeğer veya mümkün olduğunca yakın bir duruma getirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu tür iyileştirici önlemler şirketin olumsuz etkideki rolüyle orantılı olmalıdır.

e - Şirketler madde 13’e uygun olarak paydaşların anlamlı bir katılımını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

f- Şirketler m. 13’e uygun olarak şirketlerin kendi faaliyetleri, iştiraklerinin faaliyetleri veya şirketlerin faaliyet zincirlerinde yer alan iş ortaklarının faaliyetleri ile ilgili fiili veya potansiyel olumsuz etkilere ilişkin meşru kaygıları olması halinde, bu kişi ve kuruluşların kendilerine şikâyette bulunmalarını sağlayacak erişilebilir ve şeffaf bildirim mekanizmalarını kurmakla yükümlüdür.

g - Şirketler madde 15’a uygun olarak özen yükümlülüğü politikalarını ve önlemlerinin etkinliğini takip etmelidir. Şirketler özen yükümlülüğü politikalarını en az 12 ayda bir güncellemelidir.

h - Şirketler Madde 16 uyarınca özen yükümlülüğü hakkında kamuoyuna bilgi vermekle yükümlüdür. Şirketler bu Direktif kapsamındaki hususlara ilişkin olarak internet sitelerinde yıllık rapor yayınlamalıdır.

Özen yükümlülükleri şirketin kendisinin ve iştiraklerinin operasyonları ile sınırlı olmayıp şirketin faaliyet zincirinde yer alan şirketlerin operasyonlarını da kapsamaktadır. Direktif, m. 2 kapsamında kalan şirketlere şirket politikasına dahil etme, faaliyetlerinin insan hakları ve çevre üzerindeki etkilerini tespit etme, potansiyel olumsuz etkileri sınırlama, mevcut olumsuz etkileri ortadan kaldırma, bu etkileri raporlama ve özen yükümlülüğünü

faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarına uygulanmasını sağlama yükümlülükleri öngörerek aslında özen yükümlülüğünü şirketlerin karar alma sürecinin bir parçası haline getirmeyi amaçlamaktadır.

Direktif m. 29 uyarınca şirketler m. 10'da düzenlenen potansiyel etkileri mümkünse önleme, aksi takdirde yeterince azaltma ve tespit edilen fiili olumsuz etkileri sona erdirmeye yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde gerçek veya tüzel kişilerin uğradıkları zararlardan sorumludur. Direktif kapsamındaki şirketler, çevre ve insan hakları üzerindeki olumsuz etkileri tespit etmeyi amaçlayan prosedürler, politikalar ve davranış kuralları aracılığıyla sadece kendi faaliyetlerini, iştiraklerini ve faaliyet zincirindeki iş ortaklarını izlemekle kalmamalıdır. En önemlisi, şirketler potansiyel olumsuz etkileri önlemeli veya en azından yeterince hafifletmeli ve mevcut olumsuz etkileri sona erdirmeli veya eğer bu mümkün değilse olumsuz etkiyi en aza indirmelidir. Aksi takdirde ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak direktifin son halinde şirketlerin sorumluluğu önemli ölçüde daraltılmıştır. Direktif m. 29 uyarınca bir şirket, zarara yalnızca faaliyet zincirindeki iş ortaklarının neden olması halinde sorumlu tutulamaz.

Sonuç

Direktif BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi, OECD Sorumlu İş Davranışı Rehberi gibi uluslararası standartları Avrupa Birliği düzeyinde katı hukuk haline getirmektedir. Direktifin kabul edilen halinde direktifin uygulanacağı şirket sayısı önemli ölçüde azalmıştır. Ayrıca şirketlerin iş ortakların faaliyetlerindeki olumsuz etkilerden sorumluluğu da önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Son değişiklikler direktifin amaçlarına ulaşmasını engelleyecektir. Direktifin kapsamı azaltılmış olsa da özen yükümlülüklerinin katı hukuk normu haline gelmesi şirketlerin genel olarak kurumsal yönetimini etkileyeceği ve şirketlerin daha sürdürülebilir bir yönetim benimsemelerinde rol oynayacağı kanaatini paylaşmaktayız. Sonuç olarak direktif taslağı uzun müzakereler neticesinde kapsamı göreceli olarak daraltılmış olsa da iş dünyasında sürdürülebilir ve hesap verebilir bir kurumsal yönetim kültürünün oluşmasına yönelik önemli bir adım olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

Kaynakça

- Alman Tedarik Zinciri Uyum Yasası, Federal Resmi Gazete Basım Yılı 2021 Bölüm I No. 46, Bonn 22 Temmuz 2023.
- Atılğan Pazvantoğlu, Cansu. “Yumuşak Hukuk Tartışmaları Çerçevesinde BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri'nin Değerlendirilmesi”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 27/2 (2021): 1131-1155.
- Baks, Menno / Lieverse, Kitty. “Supervision and Enforcement under the CSDDD” *Ondernemingsrech* 34, (Haziran 2023): 238-245.
- Birleşmiş Milletler, İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (2011), https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (Erişim Tarihi: 20.02.2024).
- European Commission ‘A Clean Planet for all – A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy’, 28 November 2018, COM(2018) 773.
- European Commission ‘Communication from the Commission – The European Green Deal’, 11 December 2019, COM(2019) 640.
- European Commission, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 COM (2022)” 71 final (23 February 2022).
- European Parliament legislative resolution of 24 April 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), Gereke Para. 4. 2021
- Laferre, Anne. “Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Global Value Chains: The Long-Awaited European Solution Compared to Existing International Standards”. *Ondernemingsrecht* 33 (2023): 230-237.
- Lafarre, Anne, Rombouts, Bas. “Towards Mandatory Human Rights Due Diligence: Assessing Its Impact on Fundamental Labour Standards in Global Value Chains”. *European Journal of Risk Regulation*. 13/4 (2022): 567-583.
- Ruggie, John. “Multinationals as Global Institution: Power, Authority and Relative Autonomy”. *Regulation & Governance*. 12/3 (2018): 317-333.
- Ruggie, John Gerald, Caroline Rees and Rachel Davis. “Ten Years After: From UN Guiding Principles to Multi-Fiduciary Obligations”. *2 Business and Human Rights Journal*. (2021):179-197.
- OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>; OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct (2018) <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>.

- OECD, ‘Translating a risk-based due diligence approach into law: Background note on Regulatory Developments concerning Due Diligence for Responsible Business Conduct’ (2022) s. 1 <https://mneguidelines.oecd.org/translating-a-risk-based-due-diligence-approach-into-law.pdf> (Erişim Tarihi: 04.03.2024).
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “Orta Vadeli Program (2024-2026), (Eylül 2023),” < https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/09/Orta-Vadeli-Program_2024-2026.pdf> (Erişim Tarihi: 10.02.2024).
- Torres-Cortés Francisca, Camille Salinier, Hanna Deringer et al., ‘Study on due diligence requirements through the supply chain: final report, Publications Office’ (2020) s. 218, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>, (Erişim Tarihi: 20.02.2024).



Tartışmalar

Mehmet Bahtiyar

Teşekkür ederiz. Ben şanslıyım bütün arkadaşlarım süresine riayet etti. Değerli hocalarım, değerli meslektaşlarım ben sabahki oturum için de oradaki hocalarımızı gerçekten kutlamak isterim. Çok güzel tebliğler sunuldu. Bugün dinlediğimiz bütün tebliğlerden çok yararlandık. O nedenle ben Şükrü Hocama, Aslı Hocama, Şafak Hocam ve Nihan Hanıma çok teşekkür ediyorum. Müşterek soruları almak için bir zamanımız var. Gerek sabahki oturum için gerek bu oturum için soru alabiliriz arkadaşlar. Söz almak isteyenlerden parmak kaldırmalarını ve mikrofonu almalarını rica ediyorum.

Zehra Badak

Merhabalar ben Dr. Öğr. Üyesi Zehra Badak Kocaeli Üniversitesinden. Ben de çok teşekkür ediyorum değerli katılımcılara sunumları için. Ben Ekrem Hocama bir soru sormak istiyorum. Risk temelli insan hakları kavramını acaba biraz açabilir misiniz? Çünkü şirketlerin bu yaklaşımı içselleştirebilmesi, sürdürülebilirliğin içselleştirilebilmesi için buna da ihtiyaç olduğunu ifade ettiniz. Bu anlamda şirketlerin temel metinleri özellikle şirket sözleşmesi gibi. Bu yaklaşımda yapılabilecek bir fikriniz var mıdır? Bu anlamda sizin görüşünüzü rica ederim. Çok teşekkür ederim.

Ekrem Solak

Hocam çok teşekkür ederim. Burada aslında şundan başlamak gerekiyor. Ben çalışmalara başladığımda, şirketler hukuku ile insan hakları veya çevre düzenlemeleri bir araya gelir mi sorusu vardı aklımda. Çünkü biz biraz daha sınırlı bakıyorduk. Raporlar şunu gösteriyor. Dünyada insan haklarını en çok ihlal eden kurumlar devletler değil, şirketlerin kendisi. Ve bazen

bize çok garip geliyor. Mesela compliance dediğimiz kavram aslında uyum. Temelinde nedir? Hukuk kurallarına uymak. Zaten hepimiz hukuk kuralına uymakla yükümlü değil miyiz? Yani eğer bu varsa bizim niye compliance diye bir kavrama ihtiyacımız var? Çünkü şirketler büyüdükçe şirketlerin ihlal edebileceği hakların sayısı artıyor ve insan hakları da bunun başında. Burada şu anda tam spesifik olarak örnek veremiyorum ama bir işe alım politikası üzerinden örnek verebiliriz. Eğer siz 3.000 kişilik veya 10.000 kişilik bir şirketseniz, çok yoğun bir sirkülasyon varsa o konuda büyük bir ihtimalle bir ayrımcılık yapma riski çok fazla var. Bunun için bu konu önceliklendirilebilir. Veya bir güvenlik şirketi olduğunu düşünelim. Burada temel insan hakkı ihlalleri yapılabilir veya kişilerin fiziki bütünlüğüne müdahaleler yapılabilir. Bu ciddi bir risk olarak karşımıza çıkar. Bu sefer bu riskin karşılaşıma olasılığı çok daha fazla olduğu için şirket içi eğitimler bu hususa odaklanabilir. Hangi risk daha büyükse veya gerçekleşme ihtimali daha yüksekse onu baz alarak tedbir alması. Yoksa mesela bir güvenlik şirketi çevre kirliliğine sebebiyet verebilir mi? Verebilir ama insan hakları ihlali ile. İşte oradaki bir çalışanın kanunlara aykırı bir şekilde arama yapması ihtimali daha yüksektir. O yüzden “risk temelli” kavramını öneri taslağına eklemiştir. Umarım açıklayabilmişimdir.

Mehmet Bahtiyar

Teşekkür ederiz.

Afra Uysal

Merhabalar teşekkür ederim sunumlar için. Dr. Öğr. Üyesi Afra Uysal. İbn Haldun Üniversitesi’nde hukuk tarihi çalışıyorum. Alan dışı bir soru olacak o yüzden çok fazla vaktinizi almak istemiyorum ama Esra Hocama ve Beril Hocama sormak istiyorum. Ücret politikası aslında belli bir oranda ayrımcılığa dayanıyor ama bu bir sonuç aynı zamanda. Yani işyerlerinin çalışanın sunabileceği potansiyel katkıyı fiyatlandırması. Bu nedenle kadın çalışanların daha az katkı sunacağı algısal olarak öngörülüyor ve bu nedenle daha az ücretlendirme yoluna gidiliyor. Ücreti tepeden regüle etmeye çalışmaktansa aslında işyerlerini daha çocuk dostu işte kreşler vs. gibi anne-babaların aile hayatını da aynı zamanda sürdürebileceği bir yere çevirmeye çalışmak, buna odaklanmak daha realist değil mi? Bunu sormak istedim. Teşekkür ederim.

Esra Hamamcıoğlu

Beril Hocama da sözü vereceğim. Size katılıyorum hocam. Hakikaten ben de bu konuyu çalışırken sadece ticaret hukuku boyutuyla düşünülmemesi gerektiğine ikna oldum. Dolayısıyla böyle bir düzenleme yapılacaksa, yapılmasına ihtiyaç olduğu düşünülüyorsa bence oturup hep beraber yani topyekûn bütün düzenlemeleri, sadece TTK anlamında değil, sizin söylediğiniz gibi bu düzenlemeleri de tekrar dikkate almanın ben önemli olduğunu düşünüyorum. Çünkü özellikle kadınlar bakımından uzun süre işten ayrı kalmak çok büyük bir risk. Dolayısıyla bunun önüne geçmek de önemli. Ve bütün bunlar ücret politikalarını da etkiliyor. Bir de mesela uzaktan çalışmayı veriyorlar kadınlara. Ama ben şunu da görüyorum kendi yakın çevremden. Uzaktan çalışma imkanının verilmesi sanki çok büyük bir nimetmiş gibi şirketler tarafından aksettirildiği için, dur bak bakalım ben seni burada koruyorum, sen de işe gelmiyorsun bak çalışıyorsun, yani bununla yetin ücret de buna göre gibi birtakım algılar da oluyor. Her şirket için söylemiyorum ama genelde böyle. Bu yüzden de bence bakanlıklarla sivil toplum kuruluşlarıyla bir araya gelmek, derdimizi anlatmak önemli. Burada gene sadece kadın diyorum ama cinsiyet temelli eşitlik özelinde erkekler açısından da aynı sorun önemli. Pandemi döneminde gördük. Babalar açısından da sıkıntılar söz konusu. Dolayısıyla buna kadın-erkekten ziyade, evet büyük yük kadında ama, biraz daha cinsiyet temelli eşitlik anlamında, insan hakları bağlamında yaklaşmak önemli diye düşünüyorum. O yüzden size hak veriyorum. Çalışırken ben de daha genel karakterli bakılması gerektiğine ikna oldum. Bilmiyorum Beril Hocam ne der. Sözü vermiş olayım.

Fatma Beril Özcanlı

Afra Hocam çok teşekkürler soru için. Yapılan ampirik çalışmalar var. Örneğin Almanya'da bu şeffaflığın sonuçları nasıl olmuş. Veya Kanada'da çok ufak bir üniversitede, Ontario bölgesinde sanıyorum bir üniversitede yapılan şeffaflığa ilişkin çalışmalar var. Bunun neticesi şöyle olmuş, erkeklerin maaşı düşmüş. Yani yukarıda daha başka bir yerde optimize edilmiş bu husus. Genelde erkeklerin maaşının düşmesi şeklinde ortaya çıkmış. Bu yüzden evet hem bu algı, yani kişinin cinsiyetinden bağımsız aslında, emeğinin karşılığının ne olacağına ilişkin. Ve gene Almanya'da yapılan bir çalışma şunu öngörüyor. Almanya'daki sistem çok kabaca, işçilerin gidip

işverene benim ücretim, benimle birlikte aynı pozisyonda çalışan altı kişi varsa, onların ücretleri ne kadar, bizim ücretlerimiz eşit mi, farklıysa niye farklı gibi sorular sormasına imkân tanıyor. Ama ortaya çıkmış ki işçilerin çok azı bu imkana başvuruyor. Çünkü herkesin kafasında şöyle bir algı var, benim işverenim adildir, ben adil olarak ücretlendiriliyorum. Yani burada Esra Hocama kesinlikle katılıyorum, tek cepheden bakılabilecek bir sorun değil ve sadece kadınlara ilişkin bir sorun değil. Kültürlere göre farklılık gösterebilir ama bunun ekonomik boyutunda objektif kriterlerin olması gerekir diye düşünüyorum.

Bahtiyar Hocam izin verirse, Zehra Hocamın sorusuna naçizane şöyle bir fikrim var, Ekrem Hocamın da müsaadesiyle. Hocam söyledi, evet bir hukuk kuralı varsa hepimiz uymak zorundayız. Ama özellikle risk temelli insan hakları hukukuna ilişkin ihlaller, naçizane görüşüm, özellikle Almanya ve Fransa'da bu tedarik zinciri yasalarının da oluşmasına sebebiyet veren çocuk işçilerin çalıştırılması meselesi. Örneğin ben bir Alman şirketiyim, benim kanunlarım izin vermiyor çocuk işçi çalıştırmama ama Hindistan' a gidiyorum, orada üretim yapıyorum ve oradaki mevzuata uygun üretim yapıyorum aslında. İşte bu 2013 yılındaki Rana Plaza patlamasında Bangladeş'teki. Artık bu sorunun bu şekilde halledilemeyeceği sonucuna vardıklarını düşünüyorum. Bu kanun da yasalaşırken gene kendi parlamentolarında da inanılmaz şekilde tartışılar, destekleyen siyasi görüş daha ağır bastı. Ama çok eleştirildi, neden Alman şirketlerine hiç kimse bir şey yapmıyorken biz bu sorumluluğu getirdik diye. Aklıma gelen bir örnek olarak paylaşmak istedim.

Mehmet Bahtiyar

Teşekkür ederiz. Bu tarafta bir soru daha var.

Abdülmecit Güldağı

Merhabalar, çok teşekkür ederim değerli sunumlarınız için. Abdülmecit Güldağı. İbn Haldun Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku araştırma görevlisiyim. Benim sorum Fatma Beril Hocama olacaktı. Hocam iş hukukunda m.5 kapsamında eşit ücret ilkesi var evet ama aynı zamanda işçinin de sır saklama yükümlülüğü var. Bu kapsamda da birçok iş sözleşmesinde görüyoruz, işçiye haklı nedenle derhal fesih ya da geçerli nedenle

fesih, işçi ücret paylaşma sonucunda bu fesih türlerine maruz kalabiliyor. Bu durumda diğer işçinin maaşını öğrenmek maaşını söyleyen işçi bağlamında bir fesih nedeni olabiliyor. Siz açıkladınız bilgi alma hakkı var işçinin vs. ama düşündüğüm zaman işveren diğer işçinin ücretini tam olarak hiçbir zaman söylemeyecektir. Bu nedenle iş sözleşmesi sürecinde eşit işlem ilkesinin çok fazla diğerinin hakkını zedelemeyen uygulanabilmesi uygulamada biraz zor görünüyor. Siz bu konu hakkında ne düşünüyorsunuz?

Fatma Beril Özcanlı

Tabii şimdi daha yukarıdan ilkeler, prensipler ekseninde baktığımız zaman bu bir hukuk politikası sorunu. Bizim kanun koyucumuzun tercihi bu yönde. Tabii bu bir Avrupa Birliği ikincil mevzuatı ve orada özellikle bu durum açıkça yasaklanıyor direktifte aslında. Burada aklımıza başka bir konu geliyor. Kişiselleştirilmiş bilgi, kişisel veriler, bunun korunması, buna ilişkin ayrıca bir hüküm var direktifte. Bilgi şu şekilde paylaşılacak, ama tabii çok ayrıntısından bahsetmek mümkün olmuyor direktifin. Yani Fatma Beril Özcanlı'nın maaşı şudur, yıllık primi bu kadardır gibi değil de, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doktor öğretim üyesinin maaşı şudur, işte atama kriterleri şunlardır gibi, tamamen farazi bir örnekten hareket etmeye çalışıyorum. Bunun örneğini genelde şurada görürüz. Alman hukuku açısından gene, bir iş ilanını düşünelim, Alman kuruluşlarınca verilen, orada mutlaka kamu hizmetine ilişkin bir kanundur ama oraya atıf yapılır, oradaki şu şu kriterlere sahip kişinin maaşını alır bu kişi der, bu şekilde anonimleştirmek, gene de farklılaşabilir, orada gene biz engelleyemeyebiliriz. Ama tabii Türk hukuku açısından o bir hukuk politikası tercihi, diğerinin ne olduğundan bahsediyorum, tartışabiliriz. Ama en nihayetinde bizim amacımız sürdürülebilirlik, cinsiyet eşitliği ve cinsiyet temelli ücret farklılığının giderilmesi, demek ki bu hukuk politikasında da bir değişikliğe gitmemiz gerekiyor. Bir yandan da çok basit bir soru olarak ne zararı var ki, örneğin benim kendim gibi aynı kıdemde başka bir doktor öğretim üyesinin maaşını bilmemle işverenimin ne gibi bir dezavantajı olabilir. İşte bu kriterler nelerdir, objektif kriterler uygulanır mı yoksa erkek olan doktor öğretim üyesine daha yüksek mi maaş ödeniyordur? Orada çok haklısınız, ben de iş hukukçusu değilim, o yüzden çok teşekkürler. Naçizane görüşüm bu şekilde.

Mehmet Bahtiyar

Teşekkür ederiz. Bilgilendik. Var mı başka katkı sunmak isteyen, sanıyorum tamamladık. Böylece oturumu tamamlamış olduk. Hem tebliğ sunan bütün meslektaşlarımıza hem de sorularıyla katkılarıyla bizi bilgilendiren arkadaşlara çok teşekkür ediyoruz. Sağ olun, var olun.

III. Oturum

I. Tebliğ

AB Şirketler Hukuku Faslına İlişkin Ulusal Taahhütlerimiz Kapsamında Pay Alım Teklifine İlişkin 2004/25/EC Direktifi

Doç. Dr. M. Aslı KÜÇÜKGÜNGÖR

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Saat: 13.00 - 13.20



AB Şirketler Hukuku Faslına İlişkin Ulusal Taahhütlerimiz Kapsamında Pay Alım Teklifine İlişkin 2004/25/EC Direktifi*

Doç. Dr. M. Aslı KÜÇÜKGÜNGÖR**

Öz

Pay alım teklifi yoluyla pay senedi toplanması, bir anonim ortaklığın sermaye ve yönetim kontrolünü sağlamak amacıyla paylarını satın almak üzere bahsi geçen anonim ortaklığın (hedef şirket) ortaklarına açık bir teklif yapılması olarak nitelenmektedir. Pay alım tekliflerine ilişkin düzenlemeler Türkiye'nin Ulusal Programı çerçevesinde AB Şirketler Hukuku müktesebatına uyum taahhütleri arasında önemli konu başlıklarından birini oluşturmaktadır. AB mevzuatında bu husus Pay Alım Teklifleri Hakkında 21 Nisan 2004 tarih ve 2004/25/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile düzenlenmiştir.

Direktif'te temelde payları işlem gören ortaklıklara yönelik ihtiyari nitelikteki pay alım teklifleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda, pay alım teklifinin gerçekleştirilmesine yönelik kurallar seti ortaya konulmuştur. Pay alım tekliflerine karşı hedef şirket tarafından uygulanabilecek savunma mekanizmaları düzenlenmiş ancak savunma mekanizmalarına ilişkin hükümlerin uygulanması üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmıştır. Direktif'te ayrıca pay sahiplerinin korunması açısından büyük önemi haiz olan zorunlu pay alım tekliflerine yönelik, üye ülkeler bakımından bağlayıcı nitelikte temel prensipler yer almaktadır. Son olarak hem gönüllü hem de zorunlu pay alım

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukunun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** Doçent. ORCID: 0000-0001-7710-0024

teklifi sürecinin sağlıklı işleyebilmesini teminen ayrıntılı kamuyu aydınlatma zorunlulukları getirilmiştir.

Pay alım tekliflerine ilişkin olarak AB Şirketler Hukuku mevzuatına uyum amaçlı olarak, SPKn. ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla mevzuatımızda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede pay alım tekliflerine hakim “Genel İlkeler” topluca mevzuata girmiş, gönüllü ve zorunlu pay alım teklifi ile ilgili konular, başta pay alım teklifine bağlı sorumluluk, teklifin finansmanı, adil fiyatın tespiti, kamuyu aydınlatma olmak üzere detaylı hükümler aracılığıyla mevzuatta yer almıştır. Bunun yanısıra pay alım teklifi muafiyetleri Direktif’e uygun olarak gözden geçirilmiş, pay alım yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde oy haklarının askıya alınması, Ortaklıktan Çıkarma ve Satma hakları düzenlenmiştir.

Bu çalışmada AB mevzuatında pay alım tekliflerine ilişkin düzenleme yaklaşımı çerçevesinde gönüllü ve zorunlu pay alım tekliflerine ilişkin temel kurallar ortaya konularak, anılan kuralların Türk sermaye piyasası mevzuatında ne şekilde düzenlendiği karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda, mevzuatımızın ilgili AB düzenlemesi karşısındaki uyum durumu değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Pay Alım Teklifleri, Yönetim Hakimiyeti, Ortaklıktan Çıkarma Hakkı ve Satma Hakkı.

Directive 2004/25/EC on Takeovers Within The Scope of National Commitments of Türkiye on EU Company Law Chapter Abstract

Collecting shares through a takeover offer is defined as making an open offer to the shareholders of a public company (target company) in order to purchase its shares with the aim of ensuring capital and management control. Regulations regarding takeover bids constitute one of the prominent topics among the commitments of Türkiye to comply with the EU Company Law *acquis* within the framework of its National Programme. In the EU legislation, this issue is regulated by the Directive of the European Parliament and Council No. 2004/25/EU dated 21 April 2004 on Takeover Offers.

Directive primarily regulates voluntary takeover offers that are directed at public companies whose shares are traded at a stock exchange. In this context, a set of rules for the realisation of the takeover offer have been put forward. Defence mechanisms that can be applied by the target company against takeover offers have been regulated, but the implementation of the provisions regarding defence mechanisms is left to the discretion of the member states. The Directive also regulates main principles that are binding on member states regarding mandatory takeover offers, which are of great importance for the protection of shareholders. Finally, detailed public disclosure obligations have been introduced to ensure the healthy functioning of both voluntary and mandatory takeover bid processes.

For the purpose of alignment with EU Company Law legislation regarding takeovers, comprehensive changes have been made to our legislation through Capital Market Law and secondary regulations. In this context, the “General Principles” governing takeover bids have been introduced into the legislation, and issues related to voluntary and mandatory

takeover bids have been included in the legislation via detailed provisions especially on liability related to the takeover bid, financing of the bid, determination of the fair price, and public disclosure. In addition, the exemptions from mandatory bids have been re-arranged in accordance with the Directive. Also suspension of voting rights when the takeover obligation is not fulfilled, Squeeze-Out and Sell-Out rights have been regulated.

In this study the main rules regarding voluntary and mandatory takeover bids are put forward within the framework of the regulatory approach regarding takeover bids in the EU legislation, and how these rules are regulated in the Turkish capital market legislation is discussed comparatively. In this context, the alignment status of Turkish legislation with the relevant EU regulation is evaluated.

Keywords: Public Companies, Takeover Bids, Corporate Control Transactions, Squeeze Out and Sell Out Rights.

Giriş

Pay alım tekliflerine ilişkin düzenlemeler Türkiye'nin Ulusal Programı çerçevesinde Avrupa Birliği (AB) Şirketler Hukuku müktesebatına uyum taahhütleri arasında yer alan temel konulardan birisidir¹. AB mevzuatında bu husus "Pay Alım Teklifleri Hakkında 21 Nisan 2004 tarih ve 2004/25/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi" (Pay Alım Teklifleri Direktifi/Direktif) ile düzenlenmiştir². AB şirketler hukuku faslında, AB müktesebatına uyumu sağlamak için öncelikle tüm şirketlere yönelik genel bir kanun olan Türk Ticaret Kanunu (TTK) Tasarısı ve TTK'nun **Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı ve diğer ilgili mevzuatın kabul edilmesi, TTK'nda gerekli değişiklikleri takiben halka açık şirketler bakımından**

1 Türk şirketler hukukunun AB müktesebatı ile uyumlaştırılması hususu Türkiye'nin orta vadeli taahhütleri arasında yer almıştır. Bkz. Council Decision of 23.01.2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey (2006/35/EC), s. 46 [OJ L 22, 26.1.2006] [Son güncelleme: Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision (2006/35/EC), s. 4-18 [OJ L 51, 26.2.2008]; Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, Aralık 2008, s. 67.

2 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, s. 12-23 [OJ L 142, 30.4.2004].

uygulama alanı bulmak üzere Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn)'nın ilgili AB müktesebatı ile uyumlu olarak değiştirilmesi iki temel kapanış kriteri olarak belirlenmiştir³. Anılan kriterlere uyum çerçevesinde 6102 sayılı TTK'nın kabulünün ardından, pay alım tekliflerine ilişkin olarak AB Şirketler Hukuku mevzuatına uyum amacıyla 6362 sayılı SPKn. ve ikincil düzenlemeler aracılığıyla mevzuatımızda kapsamlı değişiklikler yapılmıştır.

Bu çalışmada pay alım tekliflerine ilişkin olarak AB düzenleme yaklaşımı çerçevesinde AB mevzuatında yer alan gönüllü ve zorunlu pay alım tekliflerine ilişkin temel kurallar ortaya konularak, anılan kuralların Türk sermaye piyasası mevzuatında ne şekilde düzenlendiği, AB mevzuatı ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda, mevzuatımızın ilgili AB düzenlemesi karşısındaki uyum durumu değerlendirilmiştir.

I. Pay Alım Teklifleri Direktifi

A. Benimsenen Düzenleme Yaklaşımı

Pay Alım Teklifleri Direktifi, Mart 2000'de Lizbon'da gerçekleştirilen Avrupa Konsey toplantısında AB finansal piyasalarının 2005 yılına kadar entegrasyonunun sağlanması hedefine ulaşılmasında en öncelikli konular arasında kabul edilmiştir ve bu kapsamda AB Finansal Hizmetler Eylem Planı'nın temel taşlarından birini oluşturmaktadır⁴. Pay alım tekliflerine ilişkin olarak hazırlanan öneri daha önce Temmuz 2001'de Avrupa Parlamentosu tarafından reddedilmiştir⁵. Tasarının reddedilmesini takiben Avrupa Ko-

3 Fasil ile ilgi olarak getirilen diğer kapanış kriterleri; muhasebe, mali raporlama ve denetime ilişkin mevzuatın, ikincil düzenlemeler de dâhil olmak üzere, AB müktesebatı ile tam uyumunun sağlanması; denetim standartlarının ve etiğin belirlenmesinde, kamu gözetimi sistemi kapsamında bağımsız denetçilerin ve denetim şirketlerinin yetkilendirilmesinde ve kalite güvencesi çerçevesinde faaliyetlerinin izlenmesinde tek başına en üst yetkili otorite olarak Türkiye Denetim Standartları Kurumu'nun kurulması; Şirketler Hukuku faslına ilişkin AB müktesebatının doğru şekilde uygulanması için idari kapasitenin güçlendirilmesidir [https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html (Erişim Tarihi:12.01.2024)].

4 Eylem planında sınır ötesi yeniden yapılanma için güvenli ve şeffaf bir ortam yaratılması amacına yönelik olarak, pay alım tekliflerine ilişkin direktifin kabul edilmesinin, azınlık pay sahiplerinin korunmasını ve tek pazarda şirketlerin daha rasyonel bir şekilde düzenlenmesini sağlayacağı belirtilmektedir: Communication from the Commission Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan, Commission of the European Communities, Brussels, 11.05.1999, Com(L999) 232 Final, s. 19.

5 The Economics of the Proposed European Takeover Directive, Joseph A. Mccahery,

misyonu tarafından “Şirketler Hukuku Yüksek Dereceli Uzmanları Grubu” adı altında bir grup oluşturulmuştur. Pay Alım Teklifleri Direktifi büyük ölçüde bu grubun çalışmaları ve önerileri⁶ dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Direktif’in başlıca amacı, bir yandan pay sahiplerini (özellikle azınlıkta kalan pay sahiplerini), şirket çalışanlarını ve şirkette menfaati olan diğer grupları korumak, diğer yandan ise AB iş dünyasında pay alım teklifleriyle ilgili yasal belirliliği sağlamaktır. Bu çerçevede, AB içinde ve sınır ötesi pay alım tekliflerinde, tüm menfaat sahiplerinin yararı gözetilerek şeffaf kurallar öngörülmesi hedeflenmiştir. Daha geniş anlamda ise, pay alım teklifleri düzenlemelerinin şirket yeniden yapılandırılmalarına katkıda bulunması ve bu suretle Avrupa piyasasında rekabeti artırması amaçlanmıştır.

Yürürlüğe giren Direktif, yürürlüğe giremeyen tasarı ile aynı amaca hizmet etmektedir. Bununla birlikte, Direktif üye ülkelerin iç hukuk mevzuatındaki farklılıklardan kaynaklı itirazları neticesinde özellikle gönüllü pay alım tekliflerinde uygulanacak savunma mekanizmaları bakımından uygulanması seçimsel haklar içeren bir yapıda düzenlenmiştir⁷. Özellikle üye ülkeler arasında pek çok tartışmaya neden olan Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı Kuralı (*Board Neutrality Rule*), Direktif’in kabul sürecinin uzamasının ana nedenlerinden birini oluşturmuştur. Bu hususta fikir birliğine varılamaması neticesinde Direktif’in, “Sulandırılmış (*Watered Down*)” olarak nitelenen⁸

Luc Renneboog, Peer Ritter, Sascha Haller, The Centre for European Policy Studies (CEPS) Research Report in Finance and Banking, No. 32, April 2003, s. 1. Avrupa Komisyonu’nun pay alım tekliflerine ilişkin direktif önerisinin açıklayıcı notunda, 12 yıllık bir uzlaşmanın sonucu olarak ortaya çıkan taslak metnin kabul edilmemesinin en önemli nedenleri; 1) Hedef şirket yönetim kurulunun, pay alım teklifine karşı savunma mekanizmaları uygulamadan önce hedef şirket ortaklarının onayını almak zorunda olmasının sorgulanması, 2) Yönetim kurulunun tarafsız kalmasını zorunlu kılan yaklaşımın hedef şirketin kendini pay alım teklifi karşısında korumasını zorlaştıracığı ve bu şekilde Avrupa şirketlerinin Amerikan veya diğer üye ülke şirketleri tarafından ele geçirilmesi riskine karşı savunmasız kalacağı endişesi, 3) Direktif’in pay alım teklifleri sırasında şirket çalışanlarına sağladığı savunmanın yetersiz olması şeklinde ifade edilmiştir: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on takeover bids (2003/C 45 E/01), COM(2002) 534 final, 2002/0240(COD) [OJ C 45E, 25.2.2003], s. 1.

6 Report of The High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids Brussels, 10 January 2002. Profesör Jaap Winter başkanlığında hazırlanan bu rapor *Winter Raporu* olarak da anlandırılmaktadır. Bkz. Proposal of Takeover Directive, Açıklayıcı Not, s. 2, para 8.

7 Proposal of Takeover Directive, Açıklayıcı Not, s. 2, para 12.

8 Paul L. Davies/ Edmund-Philipp Schuster/ Emilie van de Walle de Ghelcke, “The Ta-

bir versiyonu yürürlüğe konulmuştur. Buna göre, bahsi geçen kural zorunlu bir yapıda öngörülmemiş, hem üye ülkeler hem de şirket düzeyinde oldukça karmaşık bulunan bir “seçenekler” sistemi benimsenmiştir.

Belirtmek gerekir ki; Direktif’in kabulüne kadar geçen süreçte yaşanan zorlukların aşılması için yoğun çaba gösterilmesine rağmen, nihai sonucun beklenen amaca ulaşmayı sağlamadığı yönünde eleştiriler getirilmiştir⁹. Ayrıca, direktifte üye ülkelere iç hukuka aktarımda seçimlik haklar tanınması imkânını tanıyan uzlaşma yaklaşımının, üye ülkelerin tercih ettiği yöntemi normalde olduğundan daha önemli hale getirdiği ifade edilmektedir¹⁰. Benimsenen söz konusu uzlaşma yaklaşımı uyarınca öncelikle, Direktif, üye ülke hukuk düzenlerine tabi olan, pay senetlerinin tamamı veya bir kısmı düzenlenmiş bir piyasada işlem gören şirketlerin pay senetlerine yönelik pay alım tekliflerinin işleyişi ile ilgili asgari standartları belirlemektedir. Bu yaklaşımın devamı olarak Direktif, AB’de pay sahipleri için makul düzeyde bir koruma sağlamak amacıyla genel bir çerçeve çizmektedir. Anılan çerçeve kurallar dâhilinde, her bir üye ülke tarafından kendi ulusal ve kültürel yapısı dikkate alınarak daha detaylı kuralların ilgili ülke iç hukukunda ihdas edilmesi gerekmektedir¹¹.

Bunun yanı sıra Direktif’te azınlıktaki pay sahipleri için daha fazla koruma sağlamak üzere kurallar getirilmekte, adil fiyat, nakit ödeme, zorunlu pay alım teklifi ve teklif sırasında yerine getirilmesi gerekli kamuyu aydınlatma yükümlülükleri uyumlaştırılmaktadır. Teklif sahibi ile pay sahipleri

keover Directive as a Protectionist Tool?”, (February 17, 2010), ECGI-Law Working Paper, No:141/2010, s. 1.

9 Pay Alım Teklifleri Direktifi’nin yürürlüğe konulmasıyla AB yasa koyucularının karşılaştığı durum, iktisatçılar tarafından, bir kişinin bir sonucu elde etmek için çok çabaladığı ve sonucun maliyetleri haklı çıkarmayacağı mutsuz durumu tanımlamak için kullanılan “Kazananın Laneti (*Winner’s Curse*)”ne benzetilmiştir. Jesper Lau Hansen, “The Directive on Takeover Bids: Unwanted Harmonisation of Corporate Governance”, *The European Financial Market in Transition* (Hanne Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen, eds.), The Netherlands Kluwer Law International, 2011, s. 29–30.

10 Davies/ Schuster/ van de Walle de Ghelckes, *The Takeover Directive as a Protectionist Tool?*, s. 3.

11 Proposal of Takeover Directive, Açıklayıcı Not, s. 3, para 9. Direktif uyarınca üye ülkelerin iç hukuk düzenlerinde yapılması gerekli düzenlemeleri Direktif’in yürürlüğe giriş tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde yapmaları zorunludur. Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 29.

arasındaki dengenin temini bakımından ortaklıktan çıkarma (*squeeze-out*) ve satma (*sell-out*) hakları düzenleme konusu yapılmıştır. Hedef Yönetim Kurulu'nun Tarafsızlığı (*Board Neutrality*) ve Kısıtlamaların Kaldırılması (*Breakthrough*) kurallarını içeren savunma mekanizmaları üye ülkelerin ihtiyarına bağlı olarak uygulanabilecektir.

B. Düzenlenen Hususlar

1. Pay Alım Teklifi

Direktif uyarınca pay alım teklifi, bir şirketin menkul kıymetlerini şirket kontrolünü ele geçirmek amacıyla almak üzere teklifte bulunmak olarak tanımlanmıştır. Buna göre “pay alım teklifi” veya “teklif”, bir şirketin menkul kıymetlerinin sahiplerine, zorunlu veya gönüllü olarak bu menkul kıymetlerin tamamını veya bir kısmını satın almak için yapılan genel teklif anlamına gelmektedir. Bu teklif, üye ülke mevzuatına uygun olarak hedef şirketin kontrolünün ele geçirilmesi sonrasında veya bizatihi kontrolü ele geçirmek amacıyla yapılmaktadır¹².

Direktifte “kontrol”¹³ işlemi tanımlanmamıştır. Aksine kontrolün ele geçirilebilmesi için gerekli pay oranının tespiti ulusal mevzuata bırakılmıştır. Direktif kapsamındaki menkul kıymetler, oy hakkı veren ve düzenlenmiş piyasada işlem görmesine izin verilen devredilebilir menkul kıymetlerdir¹⁴.

12 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 1(a).

13 Yönetim kontrolü, yönetimi yönlendirebilme erki olarak tanımlanmaktadır. “*Kontrol*”, eldeki özel güce dayalı olarak anonim ortaklık işlerinin belli bir yönde yürütülmesinin sağlanması olarak nitelendirilmekte, kontrolün kural olarak pay sahiplerinde ve bunlar içinde de genel kuruldaki oy çoğunluğunu elinde bulunduranlarda olduğu kabul edilmektedir. Ali Paslı, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 66/2 (2008), s. 345-346. Şirketlerde, kontrolü ele geçirmek amaçlı işlemler; tek veya az sayıda önemli pay sahibiyle yapılan özel sözleşmeler (kontrol satışı), piyasadaki pay alımı veya hedef şirketin tüm pay sahiplerine yönelik pay alım teklifleri aracılığıyla olmak üzere çeşitli şekillerde yapılabilmektedir. Bir kişi (payları edinen taraf), şirketin pay sahiplerine teklifler yoluyla, bir şirkette yeterli oy hakkına sahip pay satın alarak şirketin kontrolünün kendisine devredilmesine çalıştığında ortaya çıkan sorunların çözümüne yönelik hukuki stratejilerin incelenmesi için Bkz. Paul Davies, Klaus Hopt, Wolf-Georg Ringe, “Control Transactions”, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach* (eds: Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe, and Edward Rock), Oxford University Press, Second Edition, 2017, s. 205-242.

14 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 1(e).

Üye ülkelerin merkez bankalarınca ihraç edilmiş menkul kıymetler Direktif kapsamı dışındadır¹⁵. Ayrıca, faaliyet konusu halktan toplanan paralarla kolektif yatırım yapmak ve riskin dağıtılması ilkesine göre faaliyet göstermek olan ve katılma belgeleri, hamillerinin istemi üzerine, bedeli kuruluşun aktifinden karşılanmak üzere, doğrudan ya da dolaylı olarak satın alınan ya da ödenen şirketlerin pay senetlerine ilişkin olarak yapılan pay alım teklifleri de Direktif kapsamı dışında tutulmuştur¹⁶.

Direktif, pay alım teklifleriyle ilgili olarak AB çapında geçerli prensipleri ve sınırlı sayıda genel yükümlülükleri belirten bir çerçeve metin niteliğindedir. Yukarıda izah edildiği üzere, üye ülkeler arasında uzun süren çalışmalar sonucu genel bir uzlaşımın sonucunu yansıtan Direktif, pay alım teklifleriyle ilgili minimum standartları belirlemekte, AB çapında pay alım teklifi kurallarını bire bir uyumlaştırma amacı taşımamaktadır. Bunun sonucu olarak pay alım tekliflerine ilişkin pek çok konu ülkelerin kendi özel gerekliliklerine bağlı olarak belirlenmek üzere seçimlik olarak düzenleme konusu olmuştur. Bu konunun istisnasını, aşağıda açıklanacağı üzere, Direktif'te yer alan genel prensipler ile zorunlu pay alım teklifine ilişkin kurallar oluşturmaktadır. Bahsi geçen kurallara uyulması tüm üye ülkeler bakımından zorunlu tutulmuştur.

2. Temel İlkeler, Düzenleyici Otorite ve Uygulanacak Hukuk

Direktif uyarınca, pay alım tekliflerine ilişkin genel prensipler konusunda AB çapında ortak kurallar oluşturulması amacıyla, üye ülkelerin pay alım tekliflerine ilişkin bazı temel ilkelerin uygulanmasını güvence altına almak zorunda olduğu hükme bağlamıştır¹⁷. Bu hususlar aşağıda II.B.2. kısmında karşılaştırmalı olarak açıklanmış olup, anılan ilkelere burada ayrıca yer verilmemiştir. Pay alım tekliflerine ilişkin zorunlu olan bu asgari ilkeler yanında, Direktif'te üye ülkelerin daha ağır şart ve yükümlülükler öngörebilecekleri belirtilmiştir¹⁸.

Direktifte temel ilkelerin yanı sıra düzenleyici otorite ve uygulanacak hukuk bakımından da zorunlu düzenlemeler yer almaktadır. Bu çerçevede,

15 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 1.3.

16 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 1.2.

17 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 3.

18 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 3.2.

üye ülkeler pay alım tekliflerini düzenlemeye yetkili otoriteyi belirlemek zorundadır. Söz konusu otorite, ulusal mevzuat tarafından tanınan bir kamu otoritesi veya özel hukuk tüzel kişisi ya da ulusal hukuk uyarınca özellikle bu konuyla yetkilendirilmiş kamu otoritesi olabilecektir. Üye ülkeler, söz konusu otoritelerin görevlerini yaparken pay alım teklifinin taraflarından bağımsız olarak hareket etmelerini sağlamakla yükümlüdür¹⁹.

Hedef şirket pay senetleri, hedef şirketin merkezinin bulunduğu ülkede düzenlenmiş piyasada işlem görüyorsa, bu ülkenin ilgili otoritesi yetkilidir (md. 4.2(a)). Eğer anılan pay senetleri başka bir üye ülkede işlem görüyorsa yetkili otorite menkul kıymetlerin işlem gördüğü ülke olacaktır (md. 4.2(b)). Hedef pay senetlerinin birden çok ülkede işlem görmesi durumunda yetkili otorite söz konusu pay senetlerinin ilk kez işlem gördüğü ülke otoritesidir. Bunun dışındaki durumlarda ise hedef şirket, işlem gördüğü düzenlenmiş piyasayı ve otoriteyi bilgilendirmek suretiyle yetkili otoriteyi belirleyebilecektir (md. 4.2(c)).

Son olarak yetkili otoritede çalışmış ve çalışmakta olan kişiler, profesyonel anlamda gizlilik ilkesi ile bağlıdır (md. 4.3). Ayrıca, yetkili otoriteler arasında bilgi paylaşımı ve işbirliği sağlanması öngörülmüş ve bu şekilde gerçekleşen bilgi paylaşımında da profesyonel anlamda gizlilik ilkesi korunmuştur (md. 4.4)).

3. Zorunlu Pay Alım Teklifi

Direktif'te temel ilkelerin yanı sıra ülkeler arasında tam uyumluluk öngörülen bir diğer husus, zorunlu pay alım tekliflerine ilişkindir. Zorunlu pay alım teklifine ilişkin kuralların, hedef ortaklığın azınlıktaki pay sahiplerinin korunmasına yönelik bir gereklilik nedeniyle uygulanması üye ülkeler için zorunludur. Nitekim, Direktif tasarısında üye ülkelerin şirket kontrolünün ele geçirilmesi durumunda, tüm menfaat sahipleri lehine olacak biçimde özellikle azınlık pay sahiplerinin korunması için gerekli önlemleri alacağı ifade edilmiştir²⁰. Buna göre, bir gerçek veya tüzel kişi, tek başına ya da beraber hareket ettiği kişilerle²¹ birlikte yaptığı bir satın alma sonucunda doğru-

19 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 4.1.

20 Proposal of Takeover Directive, Açıklayıcı Not, s. 2 para 9.

21 Direktif uyarınca, "birlikte hareket eden kişiler", teklifte bulunan veya teklife konu şirketle, teklife konu olan şirketin kontrolünü ele geçirmek veya bir teklifin başarılı

dan veya dolaylı olarak hedef şirketin kontrolünü ele geçirecek oranda pay senedine sahip olursa, anılan kişi veya kişiler, azınlık pay sahiplerinin korunması amacıyla şirketin kalan ortaklarının paylarını da almak üzere onlara zorunlu olarak teklif getirmek zorundadır. Zorunlu pay alım teklifinin şirketin kalan ortaklarının hepsine, ellerindeki tüm paylar için yapılması zorunludur. Burada söz konusu olan paylar oy hakkını haiz paylardır²².

Yukarıda değinildiği üzere, Direktif'te kontrol kavramı tanımlanmamakta, şirket kontrolünü sağlayan pay oranı tespit edilmemektedir. Her iki yetki hedef şirketin merkezinin kayıtlı bulunduğu üye ülkeye bırakılmıştır. Buna göre, zorunlu pay alım teklifinin amaçları doğrultusunda kontrolü sağlayan oy haklarının yüzdesi ve hesaplama yöntemi, şirketin kayıtlı merkezinin bulunduğu üye ülkenin kurallarına göre belirlenecektir²³. Düzenleme uyarınca, hedef şirketin tüm pay sahiplerine, sahip oldukları tüm paylar için hali hazırda yapılmış olan gönüllü pay alım teklifi sonucunda şirketin yönetim kontrolü ele geçirildiyse, bu durumda zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü doğmamaktadır²⁴.

Direktif'te zorunlu pay alım teklifinin adil bir fiyat üzerinden olması öngörülmüş ve söz konusu adil fiyatın tespitine ilişkin özel kurallara ayrıca yer verilmiştir. Adil fiyat, pay alım teklifinde bulunan kişi tarafından teklif öncesinde yaptığı alımlarda hedef şirket pay senedi için ödenen en yüksek fiyattır. Söz konusu geçmiş dönem altı aydan kısa on iki aydan uzun olmamak üzere üye ülkelerce tespit edilecektir. Ancak, düzenleyici otoritelere,

sonucunu engellemek amacıyla, açık veya zımni, sözlü veya yazılı bir anlaşmaya dayalı olarak işbirliği yapan gerçek ve tüzel kişileri nitelemektedir: Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 2(d).

22 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 5.1, 2.1(e). Zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğüne ek olarak, bazı yargı çevrelerinde, teklifte bulunanın hedeflediği payları alması sonrasında da, teklif sahibine teklifi açık tutma yükümlülüğü getirilmektedir: Örneğin Bkz. UK Takeover Code, md. 31.4. Bu yükümlülük, pay alım teklifi sonrasında şirket kontrolünün el değiştirmesi durumunda başlangıçta pay alım teklifini reddeden, ancak kontrol değişikliği sonrasında pay fiyatının zarar göreceğini düşünen pay sahiplerine, bu aşamadan sonra çıkabilme olanağı sağlamaktadır: Lucian A. Bebchuk, *Pressure to Tender: An Analysis and a Proposed Remedy*, Delaware Journal of Corporate Law, 12 (1987), s. 911. Bu sorun, özellikle azınlık pay sahiplerinin blok pay sahibinin teklifi kabul edip etmeyeceğini bilmesinin mümkün olmadığı, bir şirkette önem taşımaktadır Davies/ Hopt/ Ringe, *Control Transactions*, s. 230-231.

23 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 5.3.

24 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 5.2.

özellik arz eden durumlarda Direktif'in temel ilkelerini zedelememek kaydıyla, fiyat tespiti ölçütlerini değiştirme hakkı da tanınmıştır²⁵.

Teklif sahibi bedel olarak menkul kıymet, nakit veya her ikisinin bileşimini önerebilmektedir. Ancak ödemenin menkul kıymetler aracılığıyla yapılması durumunda, anılan menkul kıymetler düzenlenmiş bir piyasada işlem gören likit menkul kıymetlerden oluşmuyorsa, teklif sahibinin bir nakit ödeme alternatifi sunması gerekmektedir. Diğer taraftan, üye ülkeler, her durumda, alternatif olarak nakit karşılık ödeme seçeneğinin kullanılmasına imkân sağlayabilecektir²⁶.

Direktif'te pay alım teklifine ilişkin düzenlemelerin etkin olarak uygulanabilmesi için düzenlemelerin ortaya çıkabilecek yeni sorunları çözebilecek esneklikte olmasına ve buna bağlı olarak gerekli durumlarda ana kuraldan bazı sapma veya istisnalar getirilebilmesine prensip olarak olanak verilmiştir²⁷. Direktif'te ayrıca, pay alım tekliflerine ilişkin kuralların iç hukuka aktarılması sırasında, üye ülkelerin kendi şartlarını dikkate alarak mevcut ulusal kurallarında muafiyetler getirebilecekleri düzenlenmektedir. Buna göre muafiyet ancak bir yasal düzenleme ile öngörülmek kaydıyla yapılabilecektir. Ayrıca, üye ülkeler, yetkili düzenleyici otoritelerine, düzenlemenin gerçekleştiği üye ülkeye özel durumları dikkate almak ve gerekçesi açıkça ortaya konulmak suretiyle istisna getirmek yetkisini verebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu istisnalar hiçbir şekilde Direktif md. 3'te yer alan "Temel İlkeler" in uygulanmasını zedeleyecek biçimde olamaz²⁸.

Avrupa Komisyonu tarafından, üye ülkelerce tanınan istisnalarda azınlık pay sahiplerinin korunmasının ne şekilde olduğunun her zaman açık olmadığı ve üye ülkeler tarafından genel prensiplere uyumun sağlanmasının nasıl temin edeceği hususunun Direktif'te belirlenmediği ifade edilmektedir. Bu nedenle AB Komisyonu, pay alım teklifi yükümlüğüne ilişkin olarak muafiyet verilmesi olanağını, Avrupa'da eşit şartlar oluşturulmasına yönelik bir risk olarak görmektedir²⁹. Bu yaklaşımdan farklı olarak, istisnaların

25 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 5.1, 5.4.

26 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 5.5.

27 Pay Alım Teklifleri Direktifi, Dibace, 6.

28 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 4.5.

29 Report from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Application of Directive 2004/25/EC on Takeover Bids, Brussels, 28.6.2012, COM(2012) 347, para 17.

tanınmasının, şirket bakımından değer artırıcı sonuçlar verecek kontrol değişikliklerine izin verme avantajı sağlaması nedeniyle faydalı olabileceği de savunulmaktadır³⁰.

4. Pay Alım Teklifi ile İlgili Genel Yükümlülükler

Direktif'te pay alım teklifinin ve buna ilişkin kabulün ne şekilde yapılacağı detaylı olarak düzenlenmiştir. Teklifin kabul edilmesi için en az iki en çok on hafta olmak üzere maksimum ve minimum süreler belirlenmiştir. Bunun yanı sıra teklifin ilanı, ilgili düzenleyici otoritenin haberdar edilmesi, işçi temsilcilerinin bilgilendirilmesi gibi temel hususlarda belirli kamuyu aydınlatma yükümlülükleri öngörülmüştür.

Üye ülkeler, teklifte bulunmaya ilişkin kararın gecikmeksizin kamuya açıklanmasını ve yetkili otoritenin bu husustan bilgilendirilmesini sağlamak zorundadır. Üye ülkeler ayrıca, teklif sahibinin, hedef şirketin pay sahiplerinin teklifle ilgili karar vermelerini sağlayacak ayrıntılı bilgileri içeren doküman olan pay alım teklifine ilişkin duyuru metnini zamanında kamuya açıklamasını sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür³¹. Bunun yanında, pay alım teklifine ilişkin duyuru metninin içeriğinde yer alması gerekli hususlar Direktif'te ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Duyuru metninin; teklifin şartlarını, teklifte bulunanla ilgili bilgileri, önerilen bedeli, teklif sahibinin almayı taahhüt ettiği pay senetlerinin maksimum ve minimum oran ve miktarını, teklifin tabi olduğu koşulları, teklifin kabulü için öngörülen zamanı, teklifle ilgili işlemlerin hangi ülke hukukuna tabi olacağını ve teklif sonucunda şirketin ele geçirilmesi durumunda gerçekleşecek sonuçları içermesi gerekmektedir³².

Direktif uyarınca hem hedef şirketin hem de teklif sahibinin şirketin işçilerini veya temsilcilerini pay alım teklifi hakkında bilgilendirmesi ve anılan grupla görüş alışverişinde bulunması gerekmektedir. Direktif'te ayrıca işçilerle olacak söz konusu bilgi ve görüş alışverişinin üye ülkelerin ilgili ulusal düzenlemeleri ve AB'nin işçilere ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde olması gerektiği ifade edilmiştir³³.

30 Davies/ Hopt/ Ringe, Control Transactions, s. 230.

31 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 6.2.

32 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 6.3.

33 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 14.

5. Savunma Mekanizmalarına İlişkin Prensipler

Direktif'te düzenleme konusu olan en tartışmalı alanlarından birisi, hedef şirketin pay alım teklifini bertaraf edebilmek için gerçekleştirebileceği savunma mekanizmalarıdır. Hedef şirket yönetimi ile işbirliği yapılmaksızın gerçekleştirilen pay alım tekliflerinde hedef şirket yönetim kurulunun, mevcut veya olası bir teklifi başarısız kılmak için gerçekleştirebileceği eylemlere “Savunma Önlemleri (*Defence Mechanisms*)” denilmektedir. Bu tür savunma önlemleri, teklif öncesinde şirkette pay sahibi olunmasına mani olmak üzere engeller konulması suretiyle (Örneğin, şirket esas sözleşmesine oy haklarına veya pay devrine ilişkin kısıtlamalar konulması) veya teklif sonrasında (Örneğin sermaye artımı yapılarak teklifin maliyetini teklif sahibi için artırmak suretiyle) gerçekleştirilebilmektedir.

Bu kapsamda Direktif'in “Kısıtlamaların Kaldırılması (*Breakthrough*)” ve “Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı Kuralı (*Board Neutrality Rule*)” olmak üzere iki önemli kuralı bulunmaktadır. Anılan kuralardan ilki, teklif öncesi savunma mekanizmalarına, ikincisi ise teklif sonrası savunma mekanizmalarına yönelik olarak tasarlanmıştır. Direktif'in yürürlüğe konulması sırasında, üye ülkeler arasındaki bir uzlaşmanın sonucunda, üye ülkelere Direktif'teki her iki kuralın uygulanmasını zorunlu kılıp kılmama konusunda tercih olanağı sağlanmıştır. Diğer bir deyişle Direktif'te yer verilen olası savunma mekanizmalarının uygulanmasının üye ülkelerin ihtiyarına bırakılmış olduğu görülmektedir.

5.1. Hedef Şirket Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı (*Board Neutrality*) Kuralı

Yönetim kurulunun pay alım teklifi esnasında tarafsız davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak Direktif uyarınca teklif hakkındaki son kararı pay sahipleri verecektir. Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı Kuralı³⁴ uya-

34 Application of Directive 2004/25/EC on takeover bids, para 7. AB düzeyinde hazırlanan raporlarda “yönetim kurulunun tarafsızlığı” olarak adlandırılan bu kural, İngiltere'de Pay Alım Teklifleri Yasası'nda “Teklifi Boşa Çıkarmama Kuralı (*No Frustration Rule*)” olarak isimlendirilmiştir. Buna göre, bir pay alım teklifi sırasında, hatta teklif tarihinden önce, hedef şirketin yönetim kurulunun, bir pay alım teklifinin yakın olduğuna ilişkin düşüncesi varsa, yönetim kurulu, pay sahiplerinin onayı olmaksızın, olası bir iyi niyetli teklifin hüsrana uğramasına veya pay sahiplerinin teklifin esası hak-

rınca, yönetim kurulunun gönüllü olarak gerçekleşen pay alım teklifini önlemek üzere herhangi bir işlem yapabilmesi için pay sahiplerinin genel kurulda bunu onaylaması zorunlu tutulmuştur. Söz konusu genel kurul onayı, pay alım teklifinin kamuya açıklanması ile teklif sonucunun açıklanması veya teklif süresinin dolması arasında geçen sürede olmak zorundadır³⁵. Ayrıca, pay sahiplerinin onayı, pay alım teklifinin ilan edilmesi öncesinde başlatılan ancak sonuçlandırılmamış olan savunma mekanizmaları için de geçerlidir. Bu husus, pay alım teklifini kabul edip etmemek konusunda şirket yönetim kurulu yerine pay sahiplerinin karar vermesini amaçlamaktadır.

Yönetim kurulunun tarafsızlığı kuralı, yönetim kurulunun pasif olmasını gerektirmemektedir. Hatta yönetim kurulu, teklifin sonucunu önemli ölçüde etkileyebilecek bazı eylemlerde bulunabilir. Öncelikle, yönetim kurulu, pay sahiplerini onların tercih haklarını belirli bir şekilde kullanmaya ikna etmekte özgürdür. Diğer taraftan, birçok ülke hukukunda hedef şirketin yönetim kurulunun pay sahiplerine teklif hakkında görüşünü bildirmesi gerekmektedir. Bu şekilde yönetim kurulu, hedef şirket pay sahiplerinin bilgi karmaşası sorunlarının çözümüne katkı sağlamaktadır³⁶. Direktif uyarınca da yönetim kurulu teklif hakkındaki görüşünü yazılı olarak yayınlamak zorundadır³⁷.

Bununla birlikte, Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı Kuralı, Direktif uyarınca zorunlu kılınmamıştır. Kuralın uygulanması konusundaki seçim, üye ülkelere bırakılmıştır. Bu kuralın uygulanmadığı durumlarda, hedef şirket yönetim kurulunun hareket serbestisi, üye ülkelerdeki ulusal şirketler hukukunun genel ilkeleri tarafından belirlenmektedir³⁸. Belirtmek gerekir ki, Kıta Avrupası'ndaki başlıca yargı çevrelerinin hemen hemen tümünde, şirketlerin bu kuralın uygulanmasından (değişen esneklik dereceleriyle) kaçınması mümkün kılınmıştır³⁹.

kında karar verme fırsatından mahrum bırakılmasına neden olabilecek herhangi bir eylemde bulunamaz: UK Takeover Code, md. 21.1(b).

35 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 9.2.

36 Davies/ Hopt/ Ringe, Control Transactions, s. 213.

37 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 9.5.

38 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 12.1.

39 Direktif'in AB ülkeleri nezdinde iç hukuka aktarılması sırasında, üye ülkelerin bu kuralı uygulamak konusunda direktif öncesine göre daha az istekli olduğu görülmüştür. Davies/ Schuster/ van de Walle de Ghelckes, The Takeover Directive as a Protectionist Tool?, s. 36.

5.2. Kısıtlamaların Kaldırılması (*Breakthrough*) Kuralı

Şirket yönetim kurulunun pay alım teklifi karşısındaki savunma önlemleri bağlamında öngörülen bir diğer prensip, Kısıtlamaların Kaldırılması Kuralı'dır. Şirketlerde kontrol değişikliğinin önündeki teknik engelleri aşmaya yönelik bir hukuki önlem olarak düzenleme konusu olan söz konusu kuralın amacı, yönetim kurulunun ve şirket kontrolünü elinde tutanların, pay sahiplerinin haklarını pay alım teklifi öncesinde yapılandırarak pay alım teklifini caydıracak hale getirmesinin engellenmesidir⁴⁰. Anılan kurala göre, pay alım teklifi süresince esas sözleşmede yer alan ve payların devrini kısıtlayan veya oy haklarının kullanımını engelleyen kısıtlamalar uygulanamaz. Aynı kural, hedef şirket ve ortakları ile ortakların kendi arasındaki pay devri için de geçerlidir. Üye ülke mevzuatında savunma mekanizmalarının uygulanabilmesi için kısa bir süre içinde genel kurulun toplantıya çağırılması öngörülebilecektir. Ancak söz konusu genel kurulda oy hakları hiçbir şekilde kısıtlanamaz. Bu kapsamda birden çok oy hakkı sağlayan imtiyazlı paylar da söz konusu genel kurulda ancak bir oy hakkı verebilir⁴¹.

Kısıtlamaların Kaldırılması Kuralı'nın bir diğer yönü ise, pay alım teklifinde bulunan kişi veya kişilerin, başarılı bir çağrı sonrasında belirli bir oranın üzerinde paya sahip olması durumunda, bu kişi veya kişilerin şirketin kontrolünü ele geçirmesi ve bu yönde esas sözleşme değişikliği yapmasının engellenememesidir. Direktifte söz konusu oran %75 olarak tespit edilmiştir. Buna göre pay alım teklifinin kabulünden sonra gerçekleştirilecek ilk genel kurulda, şirket paylarının devri veya oy hakkında kısıtlamalar ya da şirket yönetim kurulunun atanması ve azline ilişkin özel haklar veren imtiyazlar uygulanamayacaktır. Böylece teklif sahibi başarılı bir çağrı sonrasında şirket esas sözleşmesini istediği gibi değiştirebilir. Burada söz konusu olabilecek hak kayıplarının ise tazmin edilmesi gerekir⁴².

Kısıtlamaların Kaldırılması Kuralı'nın uygulanması, Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı Kuralı gibi, üye ülkelerin tercihine bırakılmıştır⁴³. Direktifin yürürlüğe girmesi sonrasında Kısıtlamaların Kaldırılması Kuralı'nın üye ülkelerce tercih edilmediği görülmüştür⁴⁴.

40 Davies/ Hopt/ Ringe, Control Transactions, s. 235.

41 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 11.2, 11.3.

42 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 11.4.

43 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 12.1.

44 Direktif'in uygulanmasına ilişkin olarak AB Komisyonu tarafından yapılan bir çalışmada, anılan kuralın üye ülkelerin tercihine bırakılmasının başarılı bir sonuç vermediği, sa-

6. Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları

Pay sahiplerinin çoğunluğunun daha iyi şartlar elde etmek amacıyla paylarını satmayı kabul etmesine rağmen, teklifi kabul etmeyen pay sahipleri şirket paylarını elinde tutmaya devam edebilir. Teklifin kabul edilme-
mesi, basit bir ilgisizlik sonucu ortaya çıkabileceği gibi, şirkette yeni kontrol sahibinin şirketi iyi yöneteceğine, dolayısıyla şirkette kalmanın cazip bir seçenek olduğuna dair bir değerlendirmeden de kaynaklanabilir. Buna karşılık, pay alım teklifi sonrasında teklife yanıt vermemiş pay sahipleri çe-
şitli nedenlerle şirkette kalmayı istemeyebilir. Sebep ne olursa olsun, pek çok ülke mevzuatında çoğunluk tarafından kabul edilen teklif sonucun-
da hâkimiyeti ele geçiren kişi veya kişiler karşısında azınlıkta kalan ve pay alım teklifini kabul etmeyen pay sahiplerinin paylarını satmaya zorlanmaları veya anılan azınlık pay sahiplerinin de teklif sahibini elinde kalan payları almaya zorlamaları mümkündür⁴⁵.

Pay Alım Teklifleri Direktifi uyarınca, üye ülkelerin bu iki mekanizmanın uygulanmasını öngörmeleri gerekli kılınmıştır. Buna göre, pay alım teklifini takiben, teklif sahibi hedef şirkette belirli oranın üzerinde (bu oran %90'dan az ve %95'ten çok olamaz) pay sahibi olursa azınlıkta kalan ortakları paylarını adil bir fiyattan satmaya zorlayabilir. Bu hak pay alım teklifinin kabulünden itibaren üç ay içinde kullanılabilir. Aynı şekilde ve anılan koşullarda azınlıkta kalan pay sahipleri de teklif sahibini kendi paylarını almaya zorlayabilir. Söz konusu hakların pay alım teklifinin kabulü için verilen sürenin bitiminden itibaren üç ay içinde ve adil bir fiyat üzerinden kullanılması gerekir. Gönüllü pay alım tekliflerinde, teklif sahibinin Şirket payının en az %90'ına tekabül eden payları almasını sağlayan fiyat adil olarak kabul edilmektedir. Zorunlu pay alım teklifi için ise, adil kabul edilen fiyat, teklif sırasında verilen fiyattır. Pay bedelleri teklif sırasında öngörülen şekilde veya nakit olarak ödenebilir. Ancak üye ülkeler nakit alternatifinin teklif edilmesini zorunlu kılabilir⁴⁶.

dece az sayıda üye ülkede bu kuralın zorunlu hale getirilmesinin tercih edildiği, kuralın hiçbir üye ülkede temel kural olarak benimsenmediği, isteğe bağlı olarak uygulanmasının öngörüldüğü ülkelerde ise hiçbir şirket tarafından tercih edilmediği tespitlerine yer verilmiştir: Application of Directive 2004/25/EC on takeover bids, para 7-8.

45 Her iki yöntemin daha ayrıntılı olarak tartışılması için Bkz. Mike C. Burkart/ Fausto Panunzi, "Mandatory Bids, Squeeze-Out, Sell-Out and the Dynamics of the Tender Offer Process", (June 2003), ECGI-Law Working Paper, No:10/2003, s.17-22.

46 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 15, 16.

II. Türk Hukukunda Pay Alım Tekliflerine Yönelik Uyumlaştırma Çalışmaları

A. Ulusal Program Taahhütleri Kapsamında Gerçekleştirilen Değişiklikler

Ulusal Program kapsamında hazırlanan eylem planı çerçevesinde, halka açık şirketlerde pay alım tekliflerine ilişkin taahhüt, TTK ve SPKn değişikliğinden sonra halka açık şirketler için çağrı yoluyla pay senedi toplama işlemlerinin AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesidir⁴⁷. Buna göre, pay alım tekliflerine ilişkin SPK düzenlemelerinin ihlali nedeniyle uygulanacak yaptırımların artırılması, teklif sunulan şirketin tüm pay sahiplerine yapılacak teklif sonrasında, özel şartlara bağlı olarak ortaklıktan çıkarma ve satma haklarının düzenlenmesi ve halka açık şirketlerin paylarının pay alım teklifi usullerinin ilgili Direktif uyarınca SPKn'da düzenlenmesi öngörülmüştür. Direktifin ilgili hükümlerinin mevzuatımıza aktarılması, SPKn Pay Alım Teklifleri (md. 25), Zorunlu Pay Alım Teklifi (md. 26), Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakkı (md. 27) ve İdari Para Cezasına Sebep Olan Fiiller (md. 103(3) ve Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Sorumluluk (md. 32(1)) hükümleri aracılığıyla söz konusu olmuştur.

AB kanun sistematığına uygun olarak bir çerçeve kanun niteliği taşıyan SPKn'da pay alım tekliflerine ilişkin temel prensipler ortaya konulmakta, konuya ilişkin usul ve esasların ise SPK tarafından ikincil düzenlemeler aracılığıyla yapılması öngörülmektedir⁴⁸. Konuya ilişkin ikincil düzenlemeler temel olarak (II-26.1) Pay Alım Teklifi Tebliği (Tebliğ) ile gerçekleştirilmiştir⁴⁹. Bunun yanı sıra II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği ve II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nde konu ile ilgili bazı düzenlemeler yer almaktadır.

47 Ulusal Program-2008 s. 67; Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı, Ocak 2016 - Aralık 2019, s. 41.

48 SPKn. md 25(1), 26(1).

49 23.1.2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete.

B. Direktif Konusu Hususların SPKn ve İkincil Mevzuatta Düzenleniş Şekli

1. Gönüllü ve Zorunlu Pay Alım Teklifleri

Pay alım teklifleri, SPKn'da "halka açık ortaklıklar" başlığını taşıyan üçüncü bölümde düzenlenmiştir. SPKn "Pay Alım Teklifi" başlıklı md 25(1) uyarınca, halka açık ortaklıklarda, gönüllü ya da önemli nitelikteki işlemler nedeniyle zorunlu pay alım teklifi yapılması ile ilgili usul ve esaslar Kurulca belirlenir. SPKn'nun "Pay Alım Teklifi Zorunluluğu" başlıklı md. 26(1) uyarınca, halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde, söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur. Pay alım teklifinde bulunulmasına ve pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyete ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, halka açık ortaklıklarda gönüllü ve zorunlu pay alım teklifinde bulunulmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir⁵⁰. Kanundan kaynaklı zorunlu pay alım teklifi yapılması hususları⁵¹, Tebliğ kapsamına alınmamıştır. Tebliğ uyarınca pay alım teklifi, hedef ortaklığın paylarını elinde bulunduran kişilere, söz konusu ortaklığın paylarının tamamını ya da bir kısmını gönüllü ya da zorunlu olarak devralmak üzere yapılan ve hedef ortaklığın yönetim kontrolünün ele geçirilmesi ile sonuçlanan ya da bu amacı taşıyan, hedef ortaklığın kendisi tarafından yapılanlar dışındaki satın alma teklifleri olarak nitelendirilmiştir⁵².

Pay Alım Teklifleri Direktifi ile, üye ülkelere pay alım tekliflerine ilişkin olarak öngörülecek kurallara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımları düzenleme zorunluluğu getirilmiştir. Ancak, uygulanacak yaptırımlarla ilgili genel ilkelerin belirlenmesiyle yetinilmiş, yaptırımların şekil

50 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 1.

51 Gönüllü ya da önemli nitelikteki işlemler nedeniyle zorunlu pay alım teklifi yapılması, SPKn 25/1'de; yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliklerinin değiştirilmesine veya yitirilmesine yönelik pay alım teklifi zorunluluğu, SPKn md. 26(5)'te; pay sahibi sayısı sebebiyle halka açık sayılan ortaklıklardan, kanun kapsamından çıkmada zorunlu pay alım teklifi SPKn md. 33(4)'te ayrıca düzenlenmiştir.

52 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 4(m).

ve kapsamı ise üye ülke düzenlemelerine bırakmıştır. Buna göre uygulanacak yaptırımlar etkin, orantılı ve caydırıcı olmalıdır⁵³. SPKn'da yapılan değişikliklerle, Direktif'in anılan hükmünde öngörülen, gerekli yaptırımların temin edilmesi gerekliliğine istinaden mevzuatımızda yer alan mevcut yaptırımlara ek olarak yeni yaptırımların düzenlenmesi söz konusu olmuştur.

Öncelikle SPK tarafından yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliklerinin değiştirilmesine veya yitirilmesine neden olacak esas sözleşme değişikliklerine izin verilebilmesi için pay alım teklifi zorunluluğu getirebileceği düzenlenmiştir⁵⁴. Bunun yanı sıra pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğan gerçek ve tüzel kişiler ile bunlarla birlikte hareket edenlerin sahip olduğu oy haklarının, SPK tarafından belirlenecek süre içinde bu zorunluluğun yerine getirilmemesi hâlinde kendiliğinden donacağı hükme bağlanmıştır. Nitekim, söz konusu paylar, genel kurul toplantı nisabında dikkate alınamaz.⁵⁵

Bunların yanı sıra SPKn'da pay alım teklifinde hazırlanan bilgi formu kamuyu aydınlatma belgeleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu belgeyi imzalayanlar, anılan madde hükmü çerçevesinde, bu belgede yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur⁵⁶.

Son olarak, SPKn'da, zorunlu pay alım teklifinin yerine getirilmemesi hâlinde uygulanacak özel bir idarî para cezası öngörülmüştür. Bu anlamda, zorunlu pay alım teklifini düzenleyen SPKn. md. 26 uyarınca ve gerekirse SPK tarafından verilebilecek ek süre zarfında pay alım teklifi zorunluluğunu yerine getirmeyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında, SPK tarafından pay alım teklifine konu payların toplam bedeline kadar idari para cezası verilir⁵⁷.

2. Pay Alım Teklifine İlişkin Temel Prensipler

Direktif md. 3'te yer verilen temel prensipler Tebliğ'in "Genel Esaslar" başlıklı ikinci bölümünün 5 ilâ 10 uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan prensipler pay alım teklifinin türü ne olursa olsun uygulanacak ortak

53 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 17.

54 SPKn md. 26(5).

55 SPKn md. 26(6).

56 SPKn. md. 32(1).

57 SPKn. md. 103(3).

esasları oluşturmaktadır. Direktif'te öngörülen temel ilkelerin tümü Tebliğ içinde detaylı olarak düzenlenmiştir.

Öncelikle Tebliğ'de, Direktif'te öngörülen hedef şirketin aynı tür paya sahip tüm ortaklarının eşit işleme tabi tutulması ve kontrol değişikliğinde diğer ortakların korunması gerekliliği öngörülmüştür (md. 3.1(a)). Tebliğ gereğince pay alım teklifinde, hedef ortaklığın sermayesini temsil eden aynı gruba dâhil paylar eşit işleme tabi tutulur⁵⁸. Ayrıca 11 vd. maddelerde zorunlu pay alım teklifine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Direktif'teki bir diğer temel ilke, hedef şirketin tüm pay sahiplerinin, teklifle ilgili karar verebilmek için yeterli zaman ve bilgiye sahip olmasıdır. Bu anlamda SPK'ya yapılacak pay alım teklifi başvurularında Tebliğ ekinde yer alan bilgi formunun düzenlenmesi zorunlu tutulmuştur. Anılan bilgi formu, burada yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve SPK tarafından belirlenen standartlara göre eksiksiz olduğunun tespiti halinde onaylanır. Bilgi formunun, ilgililerin yeterli ölçüde bilgilendirilmesini sağlayacak bir şekilde tam ve doğru olarak düzenlenmesi gerekir. SPK tarafından onaylanan bilgi formu, onay tarihinden itibaren üç iş günü içinde, hedef ortaklığın paylarının borsada işlem görmesi durumunda, KAP'ta ve ortaklığın kendi internet sitesinde, hedef ortaklığın paylarının borsada işlem görmemesi durumunda ise, şirket merkezinin bulunduğu mahalli ve/veya ülke çapında yayınlanan ya da dağıtılan en az bir gazetede, SPK'nın ve varsa ortaklığın kendi internet sitesinde ilan edilir⁵⁹. Ayrıca, Tebliğ'de Bilgi Formu'na ek olarak gönüllü ve zorunlu çağrı sırasında oluşabilecek her türlü yeni durumun kamuya açıklanmasına ilişkin yükümlülükler de öngörülmüştür⁶⁰.

58 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 5(1).

59 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 7.

60 Buna göre şu hususlar teklifte bulunan tarafından kamuya açıklanır: a) Gönüllü pay alım teklifinde bulunulmasına karar verilmesi; b) Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun ortaya çıkması, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet talep edilip edilmeyeceği ve muafiyet talep edilecekse muafiyet talebinin dayanağı hakkında açıklama; c) Pay alım teklifi fiyatı veya fiyatın nasıl tespit edileceği hakkında bilgi; ç) Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muaf tutulmak veya pay alım teklifinde bulunmak üzere fiilen Kurula başvuruda bulunulması; d) Kurula yapılan pay alım teklifinde bulunma veya pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyet başvurusunun sonuçlanması; e) Pay alım teklifi fiyatının tespiti amacıyla hazırlanacak değerlendirme raporlarının özet veya sonuç kısımları; f) Pay alım teklifi süresince her işlem günü sonunda borsada işlem gören ve borsada işlem görmeyen ayırımı da verilmek suretiyle satın alınan pay adedi, pay grubu ve nominal tutarı ile pay

Pay Alım Teklifleri Direktifi'nde şirketin yönetim kurulunun şirketin bütün olarak çıkarını gözeterek şekilde hareket etmesi, ayrıca teklife ilişkin tavsiyelerini sunacak ise, teklifin şirket çalışanlarına ve şirketin faaliyetlerine ilişkin etkileri hakkındaki görüşlerini de açıklaması zorunlu tutulmuştur (md. 3.1(b),(c)). Tebliğ uyarınca da hedef ortaklık yönetim kurulu; gönüllü pay alım teklifinde bulunan gerçek ya da tüzel kişinin hedef ortaklığa yönelik stratejik planları ile bu planların hedef ortaklığın faaliyet göstereceği alanlar ve yerler ile hedef ortaklıktaki istihdam seviyesi üzerinde yaratması muhtemel etkilerine ilişkin görüşleri de dâhil olmak üzere, pay alım teklifine ilişkin görüşünü ve bu görüşün dayandığı gerekçeleri içeren bir rapor düzenlemekle yükümlüdür. Söz konusu rapor, en geç fiili pay alım teklifine başlanmasından bir iş günü önce, SPK'nun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya açıklanır⁶¹.

Direktif'teki genel ilkeler uyarınca, ancak yeterli nakit sağlanması sonrası teklif yapılmalı, hedef şirketin, hedef şirketi ele geçirmek isteyen şirketin veya pay alım teklifi ile ilgili herhangi bir şirketin pay senetlerinde yapay piyasa yaratılmamalıdır (md. 3.1(d)). Ayrıca, pay alım teklifinde bulunan kişi, pay bedellerini nakit olarak ödeyecek ise ödemenin nakit karşılığını tam olarak yerine getirebileceğini garanti ettikten sonra teklifini duyurmalıdır. Şayet söz konusu bedel nakit dışında bir kaynakla ödenecek ise, bedelin ödenmesini teminen tüm gerekli tedbirler alındıktan sonra teklifini duyurmalıdır (md. 3.1(e)). Tebliğ'de ödemelerin Türk Lirası cinsinden tam ve nakden yapılması öngörülmüştür⁶². Ayrıca ödemelerin ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin esaslar düzenlenmiştir⁶³. Pay alım teklifi ile ilgili

alım teklifine karşılık veren pay sahibi sayısı; g) Pay alım teklifi süresinin bitiminde, teklif süresince alınan toplam pay adedi, pay grubu ve nominal tutarı ile pay alım teklifine karşılık veren toplam pay sahibi sayısı; ğ) Gönüllü pay alım teklifi yoluyla pay toplama girişiminden vazgeçilmesi; h) Fiyat eşitliğinin sağlanmasına ilişkin olarak yapılan işlemler: II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 10.

61 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 21.

62 Ancak pay alım teklifinde ödenecek bedel, pay sahibinin yazılı onayının alınması koşuluyla tamamen ya da kısmen menkul kıymet olarak da belirlenebilir. Pay alım teklifi bedelinin tamamen veya kısmen menkul kıymet cinsinden belirlenmesi durumunda, menkul kıymetin borsada işlem gören nitelikte olması zorunludur. Ödemeye konu menkul kıymet için esas alınan birim fiyat veya değişim oranı ve bu fiyatın veya değişim oranının tespitinde kullanılan yöntem bilgi formunda açıklanır: II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 5(2).

63 Pay alım teklifine karşılık veren pay sahiplerinin satmaya karar verdikleri payların satışı, teklifte bulunanlar adına satın alma işlemlerini gerçekleştiren bir yatırım kuru-

her türlü ilan, reklam ve duyuruların bilgi formunda yer verilen bilgilerle tutarlı bir içerikte hazırlanması gerekli kılınmıştır⁶⁴. Pay alım teklifi için gerekli mali kaynağın sağlanması hususuna ilişkin olarak öngörülen bir diğer esas uyarınca, teklifte bulunan, satın alma süresinin sonunda teklifin karşılığını tümüyle ödeyebilmek için bilgi formunun yayımlanmasından önce gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Anılan hükümde ayrıca, SPK'ya, teklif karşılığının ödenmesinin yurtiçinde yerleşik bir banka veya üçüncü bir tüzel kişi tarafından garanti edilmesini teklifte bulunandan talep etme yetkisi verilmiştir⁶⁵. Bunun yanı sıra teklifte bulunan ile yatırım kuruluşu arasında bir aracılık sözleşmesinin imzalanması zorunludur⁶⁶.

Paylar üzerinde yapay piyasa yaratılmamasını teminen etkin bir kamuyu aydınlatma büyük önem taşımaktadır. Etkin bir kamuyu aydınlatma mekanizması için SPKn'da bilgi formu sebebiyle sorumluluk öngörülmüştür. SPKn md. 32(1) hükmünde, pay alım teklifi için hazırlanan bilgi formu da kamuyu aydınlatma belgeleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla bu belgeyi imzalayanlar anılan madde hükmü çerçevesinde bu belgede yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından kaynaklanan zararlar dolayısıyla müteselsilen sorumludur. Yukarıda izah edildiği üzere, Tebliğ'de kamuyu aydınlatma ile şeffaflığa yönelik kurallar, genel esaslar içinde yer almakta ve ayrıca Tebliğ'in farklı hükümlerinde de öngörülmektedir. Anılan Tebliğ uyarınca bilgi formunda yer alan açıklamalara ilişkin gerçek dışı hususların ortaya çıkması durumunda SPK, pay alım teklifini durdurabilir veya yasaklayabilir. Pay alım teklifinin durdurulması hâlinde, durdurma kararı kamuya duyuruluncaya kadar teklife cevap veren kişilerin bu işlemlerini iptal etmeleri ya da geri almaları zorunludur⁶⁷.

luşu aracılığıyla bilgi formunda ilan edilen yöntem çerçevesinde gerçekleştirilir. Pay alım teklifi çerçevesinde satın alınan payların bedeli, en geç satışı takip eden iş günü içerisinde ödenir. Pay alım teklifine ilişkin aracılık ve benzeri diğer işlem maliyetlerinin teklifte bulunan tarafından karşılanması zorunludur: II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 5(3).

64 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 5(4).

65 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 6(1).

66 Payları borsada işlem görmeyen ortaklıkların paylarının zorunlu pay alım teklifine konu olması halinde, yatırım kuruluşu kullanma zorunluluğuna Kurulca muafiyet verilebilir: II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği md. 9(1).

67 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 8(1)(2).

Son olarak, Pay Alım Teklifleri Direktifi'nde yer alan temel ilkeler uyarınca pay alım teklifinin, hedef şirketin işlerinin yürütülmesine makul bir süreden daha fazla engel oluşturmaması gerekir (md. 3.1(f)). Bu çerçevede hem zorunlu hem de gönüllü pay alım teklifine ilişkin süreç Tebliğ'de belirlenmiştir. Tebliğ uyarınca gönüllü pay alım teklifi süresi on iş gününden az yirmi iş gününden fazla olamaz. Fiili pay alım teklifi, konuya ilişkin bilgi formunun Kurulca onaylanmasından itibaren en çok altı iş günü içinde başlar⁶⁸. Zorunlu pay alım teklifi sürecinde yönetim kontrolünün elde edilmesini izleyen 6 iş günü içerisinde pay alım teklifi yapmak üzere Kurula başvurulması ve pay alım teklifi yükümlülüğünün doğduğu tarihten itibaren 2 ay içerisinde fiili pay alım teklifi sürecine başlanması zorunludur. Ayrıca, fiili pay alım teklifi, bilgi formunun Kurulca onaylanmasından itibaren en çok 6 iş günü içinde başlar. Fiili pay alım teklifi süresi 10 iş gününden az 20 iş gününden fazla olamaz. Pay alım teklifinin tamamlanması için öngörülen en son tarihin bitimine kadar fiili pay alım teklifi işleminin tamamlanmaması halinde, zorunluluğunu yerine getirmeyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında, SPKn md. 103(3) çerçevesinde pay alım teklifine konu payların toplam bedeline kadar idari para cezası verilir. Ayrıca, pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğan gerçek ve tüzel kişiler ile bunlarla birlikte hareket edenlerin sahip olduğu oy hakları, söz konusu ihlalin gerçekleştiği tarih itibarıyla Kurulca başka bir işlem yapılmasına gerek bulunmaksızın kendiliğinden donar⁶⁹.

3. Zorunlu Pay Alım Tekliflerine İlişkin Esaslar

3.1. Pay Alım Teklifi Zorunluluğu

Pay Alım Teklifi Tebliği uyarınca, gönüllü olarak yapılan pay alım teklifi, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir şirketin yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını iktisap edenlerin, söz konusu payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarihte pay sahibi olan diğer pay sahiplerinin paylarını satın almak üzere pay alım teklifinde bulunması zorunludur. Ayrıca, şirketin pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa dahi, pay sahiplerinin kendi

68 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 20(6)(7).

69 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 13.

aralarında yapacakları özel yazılı anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri sonucunda da pay alım teklifi zorunluluğu doğmaktadır. Düzenleme uyarınca zorunlu pay alım teklifi hiçbir koşula bağlanamaz⁷⁰.

Tebliğ uyarınca, faaliyet konusu kamu hizmeti vermek üzere kamu kurum ve kuruluşları tarafından imtiyaz verilen bir işi görmek olup da bu imtiyazı kaldırılan şirketler ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet izni kaldırılan ya da temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen şirketler bakımından anılan şirketlerin pay sahiplerinin korunması amacıyla zorunlu pay alım teklifi yükümlülüğü öngörülmesi konusunda SPK'ya yetki verilmiştir. Bu çerçevede, bahsi geçen imtiyazlı şirketlerde imtiyazın geri alınmasına veya Bankacılık Kanunu'nun anılan hükümlerinin uygulanmasına neden oldukları tespit edilen yönetim kontrolüne sahip gerçek ve tüzel kişilere SPK tarafından pay alım teklifi zorunluluğu getirilebilecektir⁷¹.

3.2.Yönetim Kontrolü

Direktif'e paralel olarak kontrolü ele geçirme maksadı, pay alım teklifinin temel ölçütü olarak belirlenmiştir⁷². Yukarıda açıklandığı üzere, Direktif'te yönetim kontrol kavramı tanımlanmamıştır. Bunun yerine kontrolü belirleyen oranın tespiti üye ülkelere bırakılmıştır⁷³. Tebliğ uyarınca,

70 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 11(1),(2),(6). Zorunlu pay alım teklifinden yararlanabilecek pay sahipleri ve pay tutarlarının belirlenmesinde; şirketin yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisabının kamuya açıklandığı tarih, şirketin yönetim kontrolünü ele geçirmeye ilişkin ortakların kendi aralarında yaptıkları anlaşmalarda ise özel yazılı anlaşmanın kamuya açıklandığı tarih esas alınır: II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 11(3).

71 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 11(5).

72 Pay alım teklifi'nin tanımında "hedef ortaklığın yönetim kontrolünün ele geçirilmesi ile sonuçlanan ya da bu amacı taşıyan ... satın alma teklifi" nitelmesine yer verilmiştir: II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 4(m).

73 Farklı sistemlerde "kontrol" veya "hâkimiyet" kavramlarının esas alındığı görülmektedir. Hâkimiyet ile kontrol kavramları arasında Türk hukuk doktrininde şirketler topluluğu bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre kontrol kavramı, fiili durumdan ziyade matematiksel biçimde hesaplanan sermaye veya oy oranlarına göre belirlenmektedir. Hâkimiyet kavramı ise, sahip olunan oy veya sermaye oranının fiili durumdaki etkisine göre tespit edilir. (Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s.82; Sıtkı Anlam Altay, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2029, s. 338. Anılan kavramların karşılaştırılması için bkz. Okutan

ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına, tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği haller bu madde kapsamında değerlendirilmez⁷⁴. Bahsi geçen haller dışında, ortaklığın sermaye yapısı veya genel kurul toplantısında oluşan fiili durum nedeniyle yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunun fiilen seçilebilir olması durumu söz konusu olduğunda, Tebliğ uyarınca bu durum yönetim kontrolünün ele geçirildiği anlamına gelmez⁷⁵.

3.3. Birlikte Hareket Edenler

Tebliğ uyarınca birlikte hareket eden kişiler, açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak, hedef ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirmek amacıyla teklifte bulunanla ya da bir teklifin başarılı bir şekilde sonuçlandırılmasını engellemek amacıyla hedef ortaklıkla işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişileri ifade etmektedir⁷⁶.

Halka açık ortaklığın gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklarının yönetim kontrolüne sahip olup olmadıklarının tespitinde; a) Gerçek ve/veya tüzel kişi ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıkların ve b) Tüzel kişi ortakların yönetim kontrolünü elinde bulunduran gerçek ve/veya tüzel kişiler ile bu kişilerin yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıkların, söz konusu gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklar ile birlikte hareket ettikleri kabul edilmektedir⁷⁷. Ana ortaklığın yönetim kontrolü ele geçirilmek suretiyle hedef ortaklıkta yönetim kontrolünün dolaylı olarak elde edildiği

Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 81-84. Yönetim kontrolü ve hakimiyet kavramları hakkında ayrıca Bkz. Yusuf Ziyaeddin Sönmez, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi, 4/2 (2018), s. 264-266, 268 dipnot 25.

74 SPKn. md. 26(2), II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, 12(1).

75 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 12(2).

76 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 4(1)(ç).

77 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 12(3).

durumlarda, ana ortaklığın ve birlikte hareket ettiği kişilerin hedef ortaklıkta sahip olduğu tüm paylar birlikte değerlendirilir⁷⁸.

3.4. Pay Alım Teklifinde Bulunma Yükümlülüğünün Doğmadığı Haller ve Muafiyet

Tebliğ uyarınca pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğünün doğmadığı haller ayrı bir hükümde düzenlenmiştir. İlk olarak, yönetim kontrolünün, anılan tebliğ hükümlerine uygun olarak tüm pay sahiplerine ellerinde bulundurdukları payların tamamı için yapılan gönüllü bir pay alım teklifini takiben elde edildiği hallerde, yönetim kontrolü hali hazırda gerçekleştirilmiş bir pay alım teklifi sonucunda elde edildiğinden bu durumda zorunlu pay alım yükümlülüğü doğmamaktadır⁷⁹.

İkinci olarak, pay iktisabı olmaksızın özel yazılı anlaşmalarla yönetim kontrolünün ele geçirilmesi söz konusu olduğunda, bu anlaşmaların genel kurul tarafından onaylanması ve genel kurul toplantısına katılarak olumsuz oy kullanıp muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahiplerine Kurulun ilgili düzenlemeleri uyarınca ayrılma hakkı verilmesi hallerinde, pay alım teklifi yükümlülüğünün doğmadığı kabul edilmiştir⁸⁰.

Bunun yanı sıra son olarak 2021 yılında tebliğde yapılan değişiklikle yükümlülüğün doğmadığı haller yeni hükümler eklenmek suretiyle çeşitlendirilmiştir. Buna göre, esasen yönetim kontrolünün değişmediği çeşitli durumlarda⁸¹, yönetim kontrolünün elde edilmesi ile ortaklıktan çıkarma

78 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 12(4).

79 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 14.1(a).

80 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 14.1(b).

81 Yönetim kontrolüne sahip olan ortağın, ortaklıktaki oy oranının yönetim kontrolü için tebliğde esas alınan oranın altına düşmesinden sonra yönetim kontrolü henüz üçüncü kişilere geçmeden, yapacağı yeni pay alımları ile ortaklık oy haklarının % 50'sinden fazlasına tekrar sahip olması (md. 14(c)); Yönetim kontrolünü sağlayan oy haklarının, birlikte hareket ettiği kabul edilen veya birlikte hareket ettiklerini beyan etmeleri sebebiyle hedef ortaklıkta pay alım teklifinde bulunmuş olan gerçek veya tüzel kişilerin kendi aralarında yapılan devir işlemleri sebebiyle elde edilmesi (md. 14(ç)); Ortaklığın yönetim kontrolüne tek başına veya birlikte sahip mevcut ortaklarına ait payların bir kısmını devralmak veya ortaklık tarafından yapılan sermaye artırımından pay edinmek suretiyle ortak olan kişinin; ortaklığın oy haklarının % 50'si veya daha azına sahip olmak koşuluyla, pay devri öncesinde yönetim kontrolüne sahip ortak veya ortaklardan bir kısmı ile aralarındaki yazılı sözleşme çerçevesinde ortaklığın yönetim kontrolünü eşit veya daha az bir oranla ilk kez paylaşması (md.

ve satma hakkının da doğması durumunda⁸² ve çeşitli hukuki yükümlülükler neticesinde kendi iradesi dışında gelişen sebeplere bağlı olarak yönetim kontrolüne sahip hale gelinmesi halinde⁸³ pay alım teklifi yükümlülüğü doğmaz. Bahsi geçen durumlar, esasen hakimiyetin değişmemesi veya hukuki zorunluluklar nedeniyle pay alım teklifi düzenlemesinin amacı ve kriterleri dışında kaldığı için, bunların pay alım teklifi yükümlülüğü doğurmayan haller kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Her bir istisnai durumun ayrı ayrı zikredilmesi yaklaşımı, yorum ve değerlendirme zorlukları yaratabileceği gibi, ortaya çıkabilecek her durum önceden bilinmesi imkanı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yükümlülüğün doğmadığı her bir durumun ayrı ayrı zikredilmesi yerine, ortaya konulan genel ölçüt çerçevesinde, yükümlülük doğup doğmadığının somut olay bazında uygulamada değerlendirilmesinin Direktif'in düzenleme yapma sistematığıne daha uygun bir yaklaşım olduğunu ifade etmek gerekir.

Yukarıda açıklandığı üzere Direktif'te düzenlemenin gerçekleştiği üye ülkeye özel durumlar dikkate alınmak ve gerekçesi açıkça ortaya konulmak suretiyle istisna getirmek yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte anılan istisnaların Direktif md. 3'te yer alan "Temel İlkeler" in uygulanmasını zedeleyecek biçimde olmaması gerekmektedir. Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğuna ilişkin olarak yönetim hakimiyetinin kullanılmamış olması, kontrol değişikliğinin hukuki zorunluluklardan kaynaklanmasına ilişkin olarak, Tebliğ'de sayılan çeşitli durumlarda⁸⁴ SPK tarafından muafiyet verilebileceği hükme bağlanmıştır. Yukarıda izah edildiği üzere, Direktif md. 5'te yer verilen hükme paralel olarak SPKn md. 26 ve Tebliğ'in "Zorunlu Pay

14(d)); Payları borsada işlem gören halka açık ortaklıklar tarafından gerçekleştirilen yeni pay alma haklarının sınırlandırılmadığı sermaye artırımlarında, mevcut ortaklarca alınan paylar nedeniyle yönetim kontrolünün değişmesi (md. 14(f)) durumlarında yönetim kontrolünün değişmediği kabul edilmiştir.

82 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 14(e).

83 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 14(g).

84 Şirketin finansal olarak kurtarılması (md. 18(a)); Elde edilen yönetim hakimiyetinin kullanılmamış olması şartıyla, payların hemen elden çıkarılması (md.18 (b)); Ana ortaklıktaki kontrol değişikliğinin halka açık ortaklıkta yönetim kontrolü amacı taşınamaması (md. 18 (c)); Özelleştirme kapsamındaki ortaklıklar (md. 18(ç)); Birleşme amaçlı ortaklığın devralan sıfatıyla katıldığı birleşme sonucu oluşan yönetim kontrolü değişikliği (md. 18(d)); Banka kredilerinin geri ödenmemesinin sonucunda olan pay devirleri (md. 18 (e)); Pay sahipliğinin niteliğini belirleyen bir mevzuat hükmünün yerine getirilmesi amacıyla payların devredilmesi (md. 18 ((f)); İktisabın yasal zorunluluktan kaynaklanması (md. 18 (g)).

Alım Teklifine İlişkin Esaslar” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan hükümler bağlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, SPK tarafından yapılacak değerlendirmede anılan hükümler ile uyumluluğun kontrolünün yapılır.

3.5. Gönüllü Pay Alım Teklifi

Tebliğ’de halka açık ortaklık paylarının tamamı ya da bir kısmı için gönüllü pay alım teklifinde bulunulabilmesi, düzenleme konusu yapılmıştır. Gönüllü pay alım teklifi yoluyla pay toplama girişiminde bulunan kişilerin, teklifin fiili başlangıcına kadar ortaklığın paylarını satın almaktan vazgeçmelerine olanak verilmiştir. Ancak bu hususun kamuya duyurulması gerekmektedir⁸⁵.

Direktif’in 6 ila 8’inci maddelerinde, pay alım teklifinin ve buna ilişkin kabulün ne şekilde yapılacağı hususunda usuli kurallar konulmuş, teklifin kabul edilmesi için maksimum ve minimum süreler (iki ve on hafta) öngörülmüştür. Söz konusu genel yükümlülükler Tebliğ’de, Direktif’e paralel olarak düzenlenmiştir. Şirketlerce gönüllü pay alım teklifinde bulunulacağı yönünde kamuya yapılacak ilk açıklamada, teklif için ne kadarlık bir fon ayrıldığıının ve fonun kaynağının belirtilmesi gerekmektedir. Gönüllü pay alım teklifi süresinin on iş gününden az yirmi iş gününden fazla olamaz. Fiili pay alım teklifi, konuya ilişkin bilgi formunun SPK tarafından onaylanmasından itibaren en çok altı iş günü içinde başlar⁸⁶. Gönüllü pay alım teklifinin kapsamında ve fiyatında değişiklik yapılması esasları ise ayrıca düzenlenmiştir. Gönüllü pay alım teklifinde bulunanlar bakımından payların daha büyük bir kısmı veya payların tamamını içerecek şekilde pay alım teklifinin değiştirilmesi olanağı sunulmuştur. Gönüllü pay alım teklifi fiyatının artırılması ve/veya kapsamının genişletilmesi halinde, yeniden belirlenen fiyat ve/veya kapsam dikkate alınarak pay alım teklifi işlemine devam edilir⁸⁷.

Direktif’te tercihe bağlı olarak düzenlenmesine olanak verilen Hedef Şirket Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı ve Kısıtlamaların Kaldırılması kurallarının düzenlenmesi tercih edilmemiş olup, hedef şirkete uygulanabilecek savunma mekanizmalarına ilişkin bir düzenlemeye tebliğde yer verilmemiştir.

85 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 20(1),(2).

86 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 20(5),(6),(7).

87 II-26.1 Pay Alım Teklifi Tebliği, md. 22(1),(2).

3.6. Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları

Pay alım teklifinin dolaylı bir sonucu olarak da uygulama alanı bulan ortaklıktan çıkarma hakkı ve satma hakkına ilişkin hükümler SPKn md. 27'de yer almaktadır. Direktif uyarınca alma ve satma hakları pay alım tekliflerine bağlı olarak düzenlenirken, SPKn'da bahsi geçen iki hak sadece pay alım tekliflerine özgülmemiş, başka sebepleri de içerecek biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere başka bir şekilde sahip olunan payların, şirketteki oy haklarının SPK tarafından belirlenen orana veya daha fazlasına ulaşması durumunda, sözkonusu paylara sahip olanlar bakımından azınlıkta kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı doğar. Bu kişiler, SPK tarafından belirlenen süre içinde, azınlıkta kalan ortakların paylarının iptalini ve bunlar karşılığı çıkarılacak yeni payların kendilerine satılmasını ortaklıktan talep edebilirler. Anılan düzenleme uyarınca ortaklıktan çıkarma hakkının doğduğu durumlarda, azınlıkta kalan pay sahipleri açısından da satma hakkı doğmaktadır. Bu pay sahipleri, SPK tarafından belirlenen süre içinde, paylarının adil bir bedel karşılığında satın alınmasını, oy haklarının SPK tarafından belirlenen orana veya daha fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişilerden ve bunlarla birlikte hareket edenlerden talep edebilirler.

Anılan hükme ilişkin usul ve esaslar II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği⁸⁸ aracılığıyla belirlenmiştir. Tek başına veya birlikte hareket ettiği kişilerle birlikte ortaklığın oy haklarının en az %98'ine sahip olan gerçek ya da tüzel kişiler "Hâkim Ortak" olarak nitelendirilmektedir⁸⁹. Pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek⁹⁰ de dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde sahip olunan paylara ilişkin oy haklarının, ortaklığın oy haklarının %98'ine⁹¹ ulaşması veya bu durumda iken ek pay alınması

88 R.G., T. 31/12/2020, S. 31351.

89 II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği, md. 3.1(c).

90 Ortaklıktan çıkarma ve satma hakkının doğmasına sebebiyet verecek pay alımlarının tespitinde; gerçek ve/veya tüzel kişi ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar ile tüzel kişi ortakların yönetim kontrolünü elinde bulunduran gerçek ve/veya tüzel kişiler ile bu kişilerin yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıkların birlikte hareket ettikleri kabul edilmektedir. II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği, md. 4.4.

91 Oy haklarına ilişkin oranın tespitinde, hâkim ortağın sahip olduğu doğrudan ve dolaylı paylar dikkate alınır. Oy hakkında imtiyazlar dikkate alınmaz. İntifa veya alım hakkına dayalı paylar ile çıkarma hakkı kullanılamaz. II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği, md. 4.2.

durumunda, hâkim ortak açısından sahip oldukları payların imtiyazlı olup olmadığı dikkate alınmaksızın diğer pay sahiplerinin tamamını ortaklıktan çıkarma hakkı, diğer ortaklar açısından da paylarını hâkim ortağa satma hakkı doğar⁹². Düzenlemede yer verilen hakların kullanımına ilişkin prosedür uyarınca, hâkim ortak tarafından hâkim ortak konumunun kazanılması veya bu durumda iken ek pay alınması durumunda kamuya açıklama yapılması gerekli kılınmıştır. Söz konusu açıklamayı takip eden en geç bir ay içerisinde ortaklık tarafından pay değerlerinin tespiti amacıyla bir değerlendirme raporu hazırlanması ve raporun özetinin kamuya açıklanması, bunu takip eden iki aylık hak düşürücü süre içerisinde satma hakkını kullanmak isteyen hâkim ortak dışındaki diğer ortakların, satma hakkı kullanım taleplerini şirkete yazılı olarak iletmeleri öngörülmüştür⁹³.

Genel Değerlendirme

Uzun yıllar devam eden bir sürecin sonucunda yürürlüğe giren Pay Alım Teklifleri Direktifi, genel yapısı itibariyle bir uzlaşma (*consensus*) direktifi olup, benimsenen bu yaklaşım uyarınca öncelikle, pay alım tekliflerinin işleyişi ile ilgili genel bir çerçeve çizerek asgari standartları belirlemektedir. Anılan çerçeve kurallar dâhilinde, her bir üye ülkenin kurallarını kendi ulusal ve kültürel yapısını dikkate alarak iç hukukunda ihdas etmesi gerekmektedir. Direktif'te azınlıktaki pay sahipleri için daha fazla koruma sağlamak üzere kurallar getirilmekte, adil fiyat, nakit ödeme, zorunlu pay alım teklifi ve teklif sırasında yerine getirilmesi gerekli kamuyu aydınlatma yükümlülükleri uyumlaştırılmaktadır. Teklif sahibi ile pay sahipleri arasındaki dengenin temini bakımından ortaklıktan çıkarma ve satma hakları düzenleme konusu yapılmıştır. Üye devletlerin iç mevzuatındaki farklılıklardan kaynaklı itirazları neticesinde Direktif, özellikle gönüllü pay alım tekliflerinde uygulanacak savunma mekanizmaları bakımından uygulanması seçimlik haklar içeren bir yapıda düzenlenmiştir.

Ulusal Program kapsamında halka açık şirketlerde pay alım tekliflerine ilişkin taahhüt, TTK ve SPKn değişikliğinden sonra halka açık şirketler için çağrı yoluyla pay senedi toplanması işlemlerinin AB mevzuatı ile

92 II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği, md. 4.1.

93 II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği, md. 5.1.

uyumlu hale getirilmesidir. Bu amaçla, SPKn'da yapılan değişikliklerle, pay alım tekliflerine ilişkin SPK düzenlemelerinin ihlali nedeniyle uygulanacak yaptırımların artırılması; teklif sunulan şirketin tüm pay sahiplerine yapılacak teklif sonrasında, özel şartlara bağlı olarak ortaklıktan çıkarma ve satma haklarının düzenlenmesi ve halka açık şirketlerin paylarının pay alım teklifi usullerinin ilgili Direktif uyarınca düzenlenmesi öngörülmüştür. Direktifin ilgili hükümlerinin mevzuatımıza aktarılması SPKn'nun Pay Alım Teklifleri (md. 25), Zorunlu Pay Alım Teklifi (md. 26), Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakkı (md. 27) ve İdari Para Cezasına Sebep Olan Fiiller (md. 103(3)) ve Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Sorumluluk (md. 32(1)) hükümleri aracılığıyla söz konusu olmuştur. AB kanun sistematığına uygun olarak, bir çerçeve kanun olarak SPKn'da pay alım tekliflerine ilişkin temel prensipler ortaya konulmuş, konuya ilişkin ikincil düzenlemeler temel olarak (II-26.1) Pay Alım Teklifi Tebliği (Tebliğ) ile gerçekleştirilmiştir. Bunun yanı sıra II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği ve II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nde konu ile ilgili bazı düzenlemeler yer almaktadır. Genel olarak pay alım tekliflerine ilişkin SPKn ve ikincil mevzuatta yer alan düzenlemelerin Pay Alım Teklifi Direktifi ile uyumlu olduğu değerlendirilmektedir.

Direktif uyarınca üye ülkelere pay alım tekliflerine ilişkin olarak öngörülecek kurallara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımları düzenleme zorunluluğu getirilmektedir. Ancak, Direktif, uygulanacak yaptırımlarla ilgili genel ilkeleri belirlemekle yetinmekte, yaptırımların şekil ve kapsamını üye ülke düzenlemelerine bırakmaktadır. Buna göre uygulanacak yaptırımlar etkin, orantılı ve caydırıcı olmalıdır⁹⁴. SPKn'da yapılan değişikliklerle Direktif'in anılan hükmünde öngörülen, gerekli yaptırımların temin edilmesi gerekliliğine istinaden mevzuatımızda yer alan mevcut yaptırımlara ek olarak yeni yaptırımların düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Bu konuda SPKn'da diğer üye ülke uygulamalarına paralel olarak pay alım teklifine ilişkin kamuyu aydınlatma belgesinden doğan sorumluluk düzenleme konusu olmuş, pay alım teklifi yükümlülüğünün yerine getirilmesi durumunda oy hakkının donması ve idari para cezaları uygulanması SPKn'da hükme bağlanmıştır.

94 Pay Alım Teklifleri Direktifi, md. 17.

Pay Alım Tekliflerine İlişkin Direktifi'ne uyum kapsamında getirilen önemli bir yenilik, pay alım tekliflerine hâkim olan “Genel İlkeler”in mevzuatımıza alınmasıdır. Direktif md. 3'te yer verilen temel prensipler, Tebliğ'de “Genel Esaslar” başlıklı ikinci bölümde Tebliğ'in 5 ilâ 10 uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan prensipler, pay alım teklifinin türü ne olursa olsun uygulanacak ortak esasları oluşturmaktadır. Direktif'te öngörülen temel ilkelerin tümü Tebliğ içinde düzenlenmiştir.

Direktif'te yer alan kurallar çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak olursa, pay alım teklifine ilişkin sermaye piyasası mevzuatında öngörülen kuralların esasen zorunlu pay alım teklifine ilişkin olduğu görülmektedir. Türk hukukunda gönüllü pay alım teklifleri genel hatlarıyla düzenlenmiş, Direktif tarafından ihtiyari bırakılan Hedef Şirket Yönetim Kurulunun Tarafsızlığı ve Kısıtlamaların Kaldırılması kurallarını içeren savunma mekanizmaları ise düzenleme konusu yapılmamıştır.

Gerek gönüllü gerekse zorunlu pay alım teklifi süreciyle ilgili kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır. Direktif tarafından pay sahipleri için daha fazla koruma sağlamak üzere getirilen, pay alım teklifine bağlı sorumluluk, teklifin finansmanı, adil fiyat, nakit ödeme, zorunlu pay alım teklifi ve teklif sırasında yerine getirilmesi gerekli kamuyu aydınlatma yükümlülükleri konularında uyumlaştırma amaçlı düzenlemeler mevzuatımızda yerini almıştır. Teklif sahibi ile pay sahipleri arasındaki dengenin temini bakımından ortaklıktan çıkarma ve satma hakları düzenleme konusu yapılmıştır.

Kaynakça

- Bebchuk, Lucian A. “Pressure to Tender: An Analysis and a Proposed Remedy”, *Delaware Journal of Corporate Law*. 12 (1987): 911-949.
- Burkart, Mike C. / Panunzi, Fausto. “Mandatory Bids, Squeeze-Out, Sell-Out and the Dynamics of the Tender Offer Process” (June 2003). ECGI-Law Working Paper, No. 10/2003:1-30 [<https://ssrn.com/abstract=420940> (Erişim:29.01.2024)].
- Hansen, Jesper Lau . “The Directive on Takeover Bids: Unwanted Harmonisation of Corporate Governance”, *The European Financial Market in Transition* (Birkmose, Hanne/ Neville, Mette/ Engsig Sørensen, Karsten eds.). The Netherlands Kluwer Law International, 2011:29-48.
- Davies, Paul L./ Schuster, Edmund-Philipp/ van de Walle de Ghelcke, Emilie. “The Takeover Directive as a Protectionist Tool? (February 17, 2010), ECGI-Law Working Paper, No: 141/2010:1-56 [<https://ssrn.com/abstract=1554616> (Erişim:22.01.2024)][Anılış: The Takeover Directive as a Protectionist Tool?].
- Sönmez, Yusuf Ziyaeddin. “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi*. 4/2 (2018): 263-325.
- Okutan Nilsson, Gül. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*. İstanbul, 2009.
- Altay, Sıtkı Anlam. *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Paslı, Ali. “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”. *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 66/2 (2008): 345-357.
- Davies, Paul/ Hopt, Klaus/ Ringe, Wolf-Georg. “Control Transactions”, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach* (eds: Krakman, Reinier/ Armour, John/ Davies, Paul/ Enriques, Luca/ Hansmann, Henry/ Hertig, Gerard/ Hopt, Klaus/ Kanda, Hideki/ Pargendler, Mariana/ Ringe, Wolf-Georg/ Rock, Edward). Oxford University Press, Second Edition, 2017: 205-242. [Anılış: Control Transactions].

Mevzuat

- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on takeover bids (2003/C 45 E/01), COM(2002) 534 final, 2002/0240(COD), ss. 1-17 [OJ C 45E, 25.2.2003] [Anılış: Proposal of Takeover Directive].
- Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, ss. 12-23 [OJ L 142, 30.4.2004] [Anılış: Pay Alım Teklifleri Direktifi/Direktif].
- Council Decision of 23.01.2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey (2006/35/EC), ss. 34-50 [OJ L 22, 26.1.2006].

Council Decision of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision (2006/35/EC), ss. 4–18 [OJ L 51, 26.2.2008].

(II-26.1) Pay Alım Teklifi Tebliği [23.1.2014 tarih ve 28891 sayılı Resmi Gazete].

II-27.3 Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği [31/12/2020 tarih ve 31351 sayılı Resmi Gazete].

UK Takeover Code [<https://code.thetakeoverpanel.org.uk/tp>] (Erişim:01.01.2024)].

Raporlar

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, Aralık 2008 (Anılış: Ulusal Program-2008).

Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı, Ocak 2016 - Aralık 2019 [https://www.ab.gov.tr/files/5%20Ekim/ulusal_eylem_plani__yeni.pdf] (Erişim Tarihi:12.01.2024)] [Anılış: Ulusal Eylem Planı]

Communication from the Commission Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan, Commission of the European Communities, Brussels, 11.05.1999, Com(L999) 232 Final.

Report of The High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids Brussels, 10 January 2002.

The Economics of the Proposed European Takeover Directive, Joseph A. Mccahery, Luc Renneboog, Peer Ritter, Sascha Haller, The Centre for European Policy Studies (CEPS) Research Report in Finance and Banking, No. 32, April 2003 [<http://www.ceps.be>] (Erişim Tarihi:22.01.2024)].

Report from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Application of Directive 2004/25/EC on Takeover Bids, Brussels, 28.6.2012, COM(2012) 347 [final. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0347:FIN:EN:PDF>] (Erişim Tarihi:22.01.2024)] [Anılış: Application of Directive 2004/25/EC on Takeover Bids].

İnternet Adresleri

https://www.ab.gov.tr/6-sirketler-hukuku_71.html [Erişim Tarihi: 01.01.2024].



III. Oturum

II. Tebliğ

AB Müktesebatında Yer Alan Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Düzenlemelerin Türk Hukukunun Uyumlaştırma Süreci Açısından Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAĞ &
Dr. Öğr. Üyesi Argun KARAMANLIOĞLU

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Saat: 13.20 – 13.40



AB Müktesebatında Yer Alan Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Düzenlemelerin Türk Hukukunun Uyumlaştırma Süreci Açısından Değerlendirilmesi*

Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK**

Dr. Öğr. Üyesi Argun KARAMANLIOĞLU***

Öz

17 Haziran 2008 tarihinde görüşmelere açılan Şirketler Hukuku'na ilişkin 6. Fasıl bakımından kabul edilen başlıklar ve kapanış kriterleri çerçevesinde, o tarihten bugüne hazırlanan ilerleme raporları da dikkate alınmak suretiyle Türk Şirketler Hukuku'nda yapısal değişiklikler alanındaki değerlendirmeler incelendiğinde Türk Şirketler Hukuku'nda yapısal değişiklikler bakımından 6102 sayılı TTK'nın kabul edildiği dönemde erişilen uyumlaşma seviyesinin, hem 6102 sayılı TTK'da yapılan değişiklikler hem de AB müktesebatındaki değişiklikler sebebiyle kaybedildiği gözlemlenmektedir. Bu bakımdan raporlarda özellikle denetim, ilgili haklarının korunması ve sınır aşan işlemler konusunda eleştiriler getirildiği tespit edilmiştir. Bu çalışmada birleşme ve bölünme işlemleri bakımından AB müktesebatı ile Türk Hukuku karşılaştırmalı olarak incelenmiş, faslın kapatılabilmesi için aranan kriterler bakımından Türk Hukukuna ilişkin bir kısım öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: AB Şirketler Hukuku, Yapısal Değişiklik, Birleşme, Bölünme, Sınır aşan Birleşme, Sınır aşan Bölünme

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukunun AB Şirketler Hukukuna Uyum Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

*** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.



Evaluation of the Provisions on Mergers and Divisions in the EU Acquis in Terms of the Harmonization Process of Turkish Law

Abstract

Whithin the framework of the titles and closing criteria that has been accepted at the negotiations opened on 17 June 2008, for the 6. Chapter regarding Company Law, and taking the assesment reports prepared since then into account, it is observed that the level of harmonisation reached during the adoption of TCC No. 6102 in terms of structural amendments of companies in Turkish Company Law has been lost due to both the amendments made in TCC No. 6102 and the amendments in the EU acquis. In this respect, it has been determined that the reports have given criticism especially in the areas of audit, protection of the rights of the related parties and cross-border transactions. In this study, the EU acquis and Turkish Law have been analysed comparatively in terms of merger and division transactions, and some suggestions have been tried to be made regarding Turkish Law in terms of the criteria sought for the closure of the chapter.

Keywords: EU Company Law, Structural Change in Company, Merger, Division, Crossborder Merger, Crossborder Division.

Giriş

Avrupa Birliği'ne üyelik bakımından çizilen yol haritasında ülkelerin iç hukuklarını Birlik hukukuyla uyumlu hale getirmeleri sürecin belki de en önemli ve en zorlu kısmını oluşturmaktadır.

Türk Hukuku bakımından şirketler hukuku, faslın görüşmelere açılmasından itibaren oldukça hızlı yol kat etmiş ancak hem Türk hem AB hukukunda değişikliklerle bu kazanımların tekrar gözden geçirilmesi gerekmiştir.

Bu kapsamda tebliğde Şirketler Hukukunda şirketlerin birleşme ve bölünmelerine ilişkin düzenlemeleri ele alarak Türk Şirketler Hukuku'nun AB Şirketler Hukukuna uyum bakımından hangi aşamada olduğunu tespit etmeye ve uyumlaşmanın gerekli olduğu düşünülen noktalarda çözüm önerileri getirmeye çalışılmıştır.

Tebliğde öncelikle yapısal değişikliklere ilişkin mevzuatın AB ve Türk Hukukunda geçirdiği süreç tanıtılmaya çalışılmış; ardından, önce birleşme devamında bölünme işlemlerinde yerel ve sınır aşan işlemlerin düzenlemeleri karşılaştırılma yoluyla değerlendirilmiştir.

I. Açıklama – Temel Bilgiler

17 Haziran 2008 tarihinde görüşmelere açılan Şirketler Hukuku'na ilişkin 6. Fasıll'da şirketler ve muhasebe denetim olmak üzere iki temel başlığa yer verilmiş; şirketler başlığı altında şirketlerin tescili, birleşmesi, bölünmesi, butlan sebepleri, şubeleri, ortakları ve alacaklarına ilişkin genel ilkeler ele alınmış; muhasebe ve denetim başlığı ise anonim ve limited şirketlerin bilanço esasları, finansal raporlama ilkeleri, denetim ve muhasebe esaslarıyla ilgili hususlara değinmiştir.

Fasılın açılış kriteri “Türkiye, şirketler hukuku ve mali raporlama alanlarında mevzuat uyumu açısından tüm gerekli değişiklikleri ve aynı zamanda doğru uygulama mekanizmalarını da içermesi gereken detaylı bir stratejiyi Komisyona sunar. Strateji, bu alanların hepsini kapsayacak şekilde, bu başlıktaki müktesebata daha ileri düzeyde uyum sağlanması amacıyla hedef tarihleri saptanmış detaylı planlar ve bununla birlikte kurumsal kapasite oluşturma tedbirlerini de içermelidir.” şeklinde belirlenmiştir.

Bu çerçevede hazırlanan Strateji Belgesi ile fasıl müzakerelere açılmıştır.

Fasla ilişkin beş adet kapanış kriteri belirlenmiştir. Bunlar;

1. Türkiye, AB müktesebatına uyumu sağlamak için Türk Ticaret Kanunu Tasarısını, Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısını ve diğer ilgili mevzuatı kabul etmelidir.

2. Türkiye, Sermaye Piyasası Kanununu ilgili AB müktesebatı ile uyumlu olarak değiştirmelidir.

3. Türkiye, muhasebe, mali raporlama ve denetime ilişkin mevzuatının, ikincil düzenlemeler de dahil olmak üzere, AB müktesebatı ile tam uyumunu sağlamalıdır.

4. Türkiye, denetim standartlarının ve etiğin belirlenmesinde, kamu gözetimi sistemi kapsamında bağımsız denetçilerin ve denetim şirketlerinin yetkilendirilmesinde ve kalite güvencesi çerçevesinde faaliyetlerinin izlenmesinde tek başına en üst yetkili otorite olarak Türkiye Denetim Standartları Kurumu'nu kurmalıdır.

5. Türkiye, Şirketler Hukuku faslına ilişkin AB müktesebatını doğru şekilde uygulamak için idari kapasitesini güçlendirmelidir. şeklindedir.

Öte yandan, faslın açılmasından sonra gerek AB gerek Türk şirketler hukuku düzenlemelerinde önemli değişikliklere gidilmiştir. Bu bakımdan AB müktesebatında yürürlükteki yönerge 2017/1132 sayılı Yönerge'dir¹. Bu yönergede de 2019'da, başta dijitalleşme ve sınır-aşan yapısal değişiklikler olmak üzere önemli değişiklikler yapılmıştır.

AB Hukukunda Birinci Yönerge'den 2017/1132 sayılı Yönerge'nin kabul edildiği güne değin, ihtiyaçlar sebebiyle kabul edilen farklı hukuki düzenlemeler ve oluşan içtihadî hukuk neticesinde kuralların uygulanması oldukça zor bir hal almıştı. Bu sebeple, tüm birikimi bir başlık altında ve güncel kurallarla toplamak üzere çalışmalara girilmişti. Sonuç olarak 2017/1132 sayılı Yönerge ile bu ihtiyaç giderilmeye çalışılmıştı. Yönerge kabul edildiği dönemde, oldukça dağınık hale gelen ve takip edilmesi zorlaşan şirketler hukuku düzenlemeleri bir araya toplayan bir içerikteydi. Devam eden yıllarda da, Birlik genelinde tartışılan ve gerekli görülen konularda üç Yönerge ve bir Yönetmelikle değişikliğe² uğrayarak bugünkü halini almıştır.

-
- 1 Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 Relating to Certain Aspects of Company Law <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32017L1132>. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında Yönerge hakkında daha detaylı bilgi verilmiştir.
 - 2 Değişiklik yapan yönerge ve yönetmelikler; Directive (EU) 2019/1023 Of The European Parliament And Of The Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency) Directive (EU) 2019/1151 Of The European Parliament And Of The Council of 20

II. AB ve Türk Hukukunda Yapısal Değişiklikler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 2017/1132 sayılı Yönerge şirketler hukuku alanında diğer hususların yanında, şirketlerin hem yerel hem sınıraşan yapısal değişiklikleri hakkında düzenlemeler getirmektedir. Yönerge'de yer verilen birleşme ve bölünmeye ilişkin düzenlemelerden başlıcaları şu şekilde sıralanabilir:

1. Sınırlı sorumlu şirketlerin dönüşüm, birleşme ve bölünmeleri hakkındaki 2. Başlık altında, halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin birleşmesine ilişkin 1. Bölüm altında, 90 (yeni şirket kuruluş yoluyla birleşme tanımı), 109 (yeni şirket kuruluş yoluyla birleşme) (dolayısıyla 91, 92, 93, 95 – 108), sınırlı sorumlu şirketlerin sınıraşan birleşmelerine ilişkin 2. Kısım altında, 116 – 134. maddeler,

2. Yine 2. Başlık altında, halka açık şirketlerin bölünmesine ilişkin 1. Bölüm altında, yeni şirket kuruluşu yoluyla bölünmeye ilişkin 2. Kısım'da, 155 – 156 (dolayısıyla 137, 138, 139, 141, 142/1-2, 143-153) maddeler,

3. Sınırlı sorumlu şirketlerin sınıraşan bölünmelerine ilişkin 4. Bölüm'de 160 – 160u maddeleri.

Her ne kadar üye devletler AB müktesebatını içselleştirme konusunda vaatte bulunmuş olsalar da, AB nezdinde kabul edilen tüm kuralların üye devletler bakımından tam bir yeknesaklaştırma amacı taşıdığı da ifade edilemez. Gerçekten de uyumlaştırma sürecinde her ülkenin iç hukukundaki kuralları, AB'nin tespit ettiği asgari unsurları esas alacak şekilde düzenlemesi talep edilmektedir. Bu sayede hem üye devletlerin kendi hukuk kurallarını oluşturmaya ilişkin egemenlikleri korunacak hem de üye devletler arasında ticari hayattaki rekabetin ve iş kurma serbestisinin kısıtlanması önlenecek, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı mümkün kılınacaktır³.

June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law

Directive (EU) 2019/2121 Of The European Parliament And Of The Council of 27 November 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions

Regulation (EU) 2021/23 Of The European Parliament And Of The Council of 16 December 2020 on a framework for the recovery and resolution of central counterparties and amending Regulations (EU) No 1095/2010, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014, (EU) No 806/2014 and (EU) 2015/2365 and Directives 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2007/36/EC, 2014/59/EU and (EU) 2017/1132

3 Mehmet Helvacı, Avrupa Birliği Özel Hukuku Seçimlik Dersi Ders Notu, s. 27; Mu-

Bu bakımdan gözden kaçırılmaması gereken bir diğer husus, şirketler hukuku alanındaki uyumlaştırma çalışmalarının temel amacının iç pazar bütünleşmesinin sağlanması olduğudur⁴. Bu hedefe erişilmesi için yukarıda işaret ettiğimiz AB tarafından belirlenen asgari unsurların sağlanması yeterli olduğu gibi üye devletlerin, asgari unsurlarla çelişmeyen daha başka kurallar koymasına da bir engel yoktur⁵.

Öte yandan AB üye ülkeleri arasında her bir ülkenin iç hukukunun kendine özgü özelliklerinden kaynaklanan sebeplerle, uyumlaştırmanın zorluk arz ettiği gözlemlenebilmektedir⁶. Ancak AB kanun koyucusu kimi hallerde bundan faydalanarak bir kısım iç hukuk kurallarının Birlik düzenlemelerine yansımaya izin vermiş, bu şekilde bir noktada yeknesaklığın kolaylaşmasına da hizmet etmiştir.

A. AB Hukukunda Yapısal Değişiklikler

AB Hukukunda yapısal değişikliklere dair düzenlemelere bakıldığında, şirketlerde hem ortakların hem ilgililerin menfaatlerini korumayı amaçlayan Birinci Yönerge (68/151/EEC) yanında 2001/23/EEC Yönergesi ile girişim, işletme ve işletme bölümlerinin devrolunması halinde işçilerin haklarının korunması hedeflenmiş; 2001/86/EC Yönergesi ve 2157/2001/EC Yönetmeliği ile işçilerin de yönetime dahil olabilecekleri bir Avrupa Şirketi için temel çerçeve çizilmiştir.

2005/56/EC Yönergesi ile sınırlı sorumlu şirketlerin sınıraşan birleşmeleri düzenlenmiştir. 2009/109/EC Yönergesi ile de birleşme ve

rat Sümer, "Avrupa Birliği'nde Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Uyumlaştırma Çalışmaları ve Avrupa Tipi Şirket Formları", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 18/2 (2019), s.560-561.

4 Sümer, AB'de Şirketler Hukuku, s. 559.

5 Sümer, AB'de Şirketler Hukuku, s. 560.

6 Sümer, AB'de Şirketler Hukuku, s. 564 vd. Gerçekten de, yapısal değişiklikler bakımından şirketlerin yönetiminde işçi temsiline ilişkin kurallar arasındaki farklılıklar buna bir örnek olarak verilebilir. de Raet, European Company Law, ed. Kindler/Lieder, Art. 96, N. 6, 7, 8, s. 578; Lorenzo Benedetti, "The protection of shareholders in cross-border conversions, mergers, and divisions", Orizzonti del Diritto Commerciale, 3 (2023), s.995; Thomas Papadopoulos, "Protection of shareholders in cross-border mergers: the new harmonized rulesProtection of shareholders in cross-border mergers: the new harmonized rules", ECFR 6 (2021), s. 982 ve s.984-985; Gökçe Kurtulan, "Minority Shareholder Protection in Cross-Border Mergers: A Must for or an Impediment to the European Single Market?", EBOR, 18 (2017), s. 106.

bölünmelerde raporlama ve belgeleme kurallarına ilişkin önceki düzenlemelerde detaylı yenilikler ve değişiklikler yapılmıştır. Bunun ardından 2010/42/EU Yönergesi birleşmelere maddi destek sağlanması ve ihbarlar hakkında, 2011/35/EU Yönergesi ise halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin birleşmesi hakkında düzenlemeler getirmiştir.

Burada dikkati çekmek gerekir ki halka açık sınırlı sorumlu şirketlerin yerel birleşmeleri hakkında kabul edilen ilk düzenleme 1978 tarihli 78/855/EEC Yönergesidir⁷. Bu yönerge 2007 ve 2009 yıllarında değişikliğe uğramış, yerel birleşmelere ilişkin düzenlemeleri de içerecek şekilde 2011/35/EU Yönergesi ile konsolide edilinceye kadar yürürlükte kalmıştır. Bu son yönerge de 2017/1132 sayılı Yönerge kabul edilinceye kadar iki farklı değişiklik geçirerek yürürlükte kalmıştır.

Bölünmeye ilişkin AB düzenlemeleri ise, tarihi süreçte birleşmeye ilişkin düzenlemeler ile eş zamanlı ve aynı yönergede gerçekleşmemiştir. Şöyle ki, bölünmeye ilişkin AB çapındaki ilk düzenleme 1982 tarihli 82/891/EU Yönergesi'dir. Söz konusu yönerge 2007, 2009 ve 2014 tarihlerinde değişikliğe uğramıştır⁸. 2017/1132 sayılı Yönerge ile AB'nin Ortaklıklar Hukuku'na yönelik düzenlemelerinin tek çatı altında toplandığı söylenebilir⁹. Bu bakımdan, 2017/1132 sayılı Yönerge md. 166 ile 82/891/EU Yönergesi ilga edilmiş ve AB üyesi ülkeler içinde gerçekleşen bölünmelere ilişkin mülga yönergenin hükümleri, 2017/1132 sayılı Yönerge md. 135 vd.'de düzenlenmiştir¹⁰.

Bu konuda son olarak (EU) 2019/2121 Yönetmeliği ile 2017/1132 sayılı Yönerge'de değişiklik yapılmış ve sınıraşan birleşme ve bölünme konuları da Yönerge kapsamında dahil edilmiştir¹¹. Gerçekten de 2017/1132 sa-

7 Bu yönergenin Türkçe tercümesi için bkz. Şükrü Yıldız, Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi, AÜEHFD, IV/1-2 (2000), s.623-634.

8 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31982L0891> (Erişim Tarihi: 10.07.2024).

9 Mehmet Helvacı/Necdet Uzel, "Anonim Ortaklıklarda Birleşme ve Bölünme", Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Özel Hukuk, - Acquis Communautaire'nin Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, ed. Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paşlı, Şehriban İpek Aşikoğlu, Elif Oğuz, İstanbul 2020, s. 230.

10 Peter Kindler, "Introduction", European Corporate Law, Article-by-Article Commentary, ed. Kindler, Peter/Lieder, Jan, Baden-Baden 2021, s. 36.

11 2017/1132 ve 2019/2121 Yönetmelikleri ortakların mümkün olduğunca objektif şekilde yeterli bilgiye ulaşması ilkesini, ortakların ve çıkarlarını olumsuz etkile-

yılı Yönergeye değişiklik getiren 2019/2121 sayılı Yönerge'nin dibacesinde 2017/1132 sayılı Yönergede sınırlı sorumlu şirketlerin sınır aşan birleşmelerinin düzenlendiği, bu kuralların, şirketlerin ve işletmelerin iç pazardaki faaliyetlerini ve serbest dolaşım haklarını geliştirmek anlamında çok önemli olduğu ancak kuralların değerlendirilmesi sonucunda bir değişikliğe ihtiyaç duyulduğu ve her durumda sınıraşan bölünmeler için de düzenleme getirilmesi gerektiği, zira 2017/1132 sayılı Yönergenin sadece ulusal bölünmeye ilişkin hükümler içerdiği ifade edilmiştir. AB Hukukunun temel prensiplerinden kabul edilen yerleşme serbestisi (freedom of establishment) merkeze alınarak; gerek temel AB mevzuatı gerek içtihatlar ile şirketlere sağlanan ekonomik gelişim, etkili rekabet ve üretim imkanının genişletilmesi amacıyla sınıraşan birleşme ve bölünmelerdeki hukuki eksiklik ve belirsizliklerin giderilmesi yönünde harmonize hukuk kuralları kabul edilmiştir. Yönetmelik özellikle bilginin kamuoyuyla paylaşılması, pay sahipleri ve alacaklılar dahil olmak üzere ilgililerin menfaatlerinin korunması ve belirli şirketlerde yıllık mali raporlama başta olmak üzere çeşitli önleyici ve koruyucu kurumların bir arada çalışmasına ilişkin düzenlemelere odaklanmıştır.

Bu sırada 2012/12/EU Yönergesi ile de merkez, ticari ve şirket sicillerinin birbirleri ile bağlanması konusunda mevcut düzenlemelerde değişiklik yapılarak yenilikler getirilmiştir. 2014/59/EU Yönergesi ise kredi kuruluşları ve yatırım firmalarının finansal olarak toparlanması ve dağılması hakkında çerçeve getirmiştir.

Tüm bu düzenlemelerin oluşmasında etkili olan bir içtihad hukuku da mevcuttur. Bu anlamda 1999 yılındaki Centros¹² kararında Yüksek Mahkeme en genel ifadeyle üye devletin, başka bir üye devletin kurallarına uygun şekilde kurulan bir şirket şubesinin tescilini reddedemeyeceğine hükmetmiş, 2002 yılındaki Überseeing¹³ kararı ile bir üye devletin kanunlarına göre

yen işlemlerden kaçınılabilmelerini sağlayacak şekilde alacaklıların haklarını koruma amacını, ortaklar, şirketler ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkiler bakımından kanunda kesinlik ihtiyacını karşılamayı, buna bağlı olarak da geçersizlik iddialarını ve bu tür taleplerin ileri sürülebileceği süreleri sınırlamayı amaçlayan düzenlemeler barındırmaktadır; Andrea Vicari, *European Company Law*, de Gruyter, 2021, s. 236.

12 Case 212/97 Centros Ltd v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [1999]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212>.

13 Case 208/00 Überseeing BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH [2002]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0208>.

kurulmuş bir şirketin idare merkezinin başka bir üye devlete taşınması halinde hukuki işlemlere taraf olma ehliyetinden mahrum kalmayacağına ve aynı şirketin idare merkezini taşıdığı üye devlette yeniden kurulmasının gerekliliğinin yerleşme özgürlüğüne bir kısıtlama teşkil ettiğine karar vermiş, 2003 yılındaki Inspire Art¹⁴ davasında ise üye devletin bir şubenin “resmen yabancı şirket” olarak ifşa edilmesini gerektiren ulusal mevzuatı uygulamaması gerektiğine karar vererek Centros kararını teyit etmiştir¹⁵. ATAD 2005 yılındaki Sevic¹⁶ kararında farklı üye devletlerde kurulan şirketlerin sınıraşan birleşmesine izin verirken, 2008 yılındaki Cartesio¹⁷ davasında ise bir üye devletteki merkezini başka bir üye devlete taşıyan bir şirketin, bahsi geçen üye devletin hukukuna göre kurulmuş bir şirket olarak varlığını sürdüremeyeceğine ilişkin kuralın yerleşme özgürlüğü ilkesi ile çelişmeyeceği sonucuna varmış, 2012 yılındaki Vale¹⁸ kararında da şirket tür değişikliğinde üye devletlerin, başka üye devletlerde kurulu şirketlere yerel şirketlere uyguladıklarından daha farklı ve engelleyici yasal düzenlemeler getiremeyeceğine hükmetmiştir. 2017 yılında verdiği Polbud¹⁹ kararı ile de asıl işlerinin yürütüldüğü yer mevcut üye devlette kalırken sadece şirketin sicile kayıtlı ofisinin başka bir üye devlete devredilmesinin yerleşme özgürlüğünü englemediğini sonucuna varmıştır. Avrupa Komisyonu’nun Polbud kararı sonucunda, sınıraşan yapısal değişikliklere ilişkin mevzuatta harmonizasyon sağlanması amacıyla hızlı şekilde bir taslak oluşturduğu ifade edilmektedir²⁰.

14 Case 167/01 Kamervan Koophandelen Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd [2003]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0167>.

15 Karsten Kühle, “Cross-Border Conversions”, European Company Law, ed. Kindler/Lieder, s. 392.

16 Case 411/03 SEVIC Systems AG [2005]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0411>.

17 Case 210/06 CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt. [2008]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CA0210>.

18 Case 378/10 VALE Építési kft. [2012]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0378>.

19 Case 106/16 Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. [2017]; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0106>.

20 Kühle, s. 393.

Birliğin Hukuki İşler Komitesi 2017 yılı araştırma programı kapsamında Vatandaş Hakları ve Anayasal İşler Biriminden tek Pazar içerisinde şirket merkezleri ve yerleşme özgürlüğü konusunda bir çalışma yapmasını talep etmiş, raporda TFEU (Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma) m. 49 ve 54 anlamında tüm şirket ve firmaların yerleşme özgürlüğü güvence altına alınmış olsa da, sınır aşan hareketliliğinin halen tamamlanmamış olduğu, uyumlaştırma olmadığı sürece yerel hukukun uygulanacağı,

Buradan da anlaşıldığı üzere, AB'nin 6102 sayılı TTK'nın kabul edildiği dönemde yürürlükte olan birleşme ve bölünmeye ilişkin düzenlemeleri sonradan değişikliğe uğramıştır. Öte yandan, 2017/1132 sayılı Yönerge'nin temelde, uygulayıcılar ve menfaat sahipleri için daha “derli toplu” bir mevzuat sunmak üzere kaleme alınması²¹ ve önceki düzenlemeleri bir başlık altında toplayan fakat majör değişiklik getirmeyen niteliği ile TTK'nın 2017 sayılı yönergenin ilk haline neredeyse tam anlamıyla “uyumlaşmış” olduğu ifade edilebilecektir. Bununla birlikte hem TTK'nın kabulünden sonra özellikle denetimle ilgili konularda yapılan değişiklikler, hem 2017 Yönergesinde 2019/2121 sayılı Yönerge ile yapılan değişiklik her iki mevzuat bakımından denetim ve sınıraşan yapısal değişikliklerle ilgili farklılıklarla sonuçlanmıştır.

B. Türk Hukukunda Yapısal Değişiklikler

Yapısal değişiklikler bakımından esasen 6102 sayılı TTK ile 6762 sayılı eTK'ya göre oldukça kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerde mehaz İsviçre hukuku²² yanında AB ve Alman hukukunun da etkisi mevcuttur²³. TTK'nın mehaz hukuktan ayrılan²⁴ kısmı dernek, vakıf, tek kişi işletmeleri, kamu hukuku kurumlarının iştiraki olan şirketlerin yapısal değişiklikleri²⁵ ile sınır aşan birleşmelere yer verilmemiş olmasıdır. Bununla birlikte; TTK'da, eTK'dan farklı olarak birleşme yanında bölünmeye

uygulanacak hukuk bakımından ise yerel hukuk sistemlerinin dikkati çeker farklılıklar içerdiği, bu anlamda SE (Avrupa Şirketi), SCE (Avrupa Kooperatif Topluluğu) ve sınır aşan birleşmeler konusunda alternatif seçenekler sunulmuş olsa da önerilen süreçlerin daha fazla zaman ve para maliyetine yol açtığı bu anlamda sınır aşan hareketlilik için temel şirketler hukuku prensiplerine dayalı şekilde şirketlere uygulanacak ortak standartlarla kanunlaştırmanın yerinde olacağı ifade edilmiştir; Roberta Panizza, Briefing on Cross-border transfer of company seats, European Parliament Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 12.05.2017. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_BRI\(2017\)583143](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_BRI(2017)583143)

21 Communication from the Commission, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM (2012) 740 final, 12.12.2012, p. 15.

22 TTK Genel Gereke.

23 Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2018, s. 199.

24 Kürşat Göktürk, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII/1-2 (2013), s. 632.

25 Öte yandan, TTK'da ticari işletme ile ilgili birleşme kuralına yer verildiğinin de altını çizmek gerekmektedir.

ilişkin hükümlere ve ayrıca ayrılma akçesi, denkleştirme, alacaklıların korunması, birleşmeye katılanların özel sorumlulukları ile iş ilişkilerinin geçmesi gibi detaylı düzenlemelere yer verilmiştir²⁶.

Yapısal değişiklikler kapsamında birleşme ve bölünmeye ilişkin olarak AB ve Türk Hukuku hakkında değerlendirmelere aşağıda detaylı şekilde yer verilmiştir²⁷.

C. AB İlerleme Raporlarında Birleşme ve Bölünmeye İlişkin Değerlendirmeler

Şirketler Hukukuna ilişkin 6. Fısı 2008 yılında görüşmelere açılmıştır. O dönemden bugüne kadar raporlarda birleşme ve bölünme konularında uyumlaştırmaya gerek olduğu ifade edilen hususlar aşağıdaki şekilde tespit edilmiştir.

2008 tarihli raporda; o dönemde henüz taslak halinde olan TTK'nın kabul edilmediği, bunu kabul edilmesinin önemli bir adım teşkil ettiği, bu değişiklik ile sınırlı sorumlu şirketlerin ulusal birleşmelerine ve bölünmelerine, halka açık şirket ortaklarının haklarının kullanımına ilişkin kuralların değişmesine de etki edileceği ifade edilmiştir.

2009 tarihli raporda; taslak durumda olan TTK'nın halen kanunlaşmamış olması eleştirilmiş, sınırlı sorumlu şirketlerin birleşme ve bölünmelerine ilişkin düzenlemelerin uygulamaya konmasının bu kanunun kabulüne bağlı olduğuna işaret edilmiştir.

2010 tarihli raporda; taslak halindeki TTK'nın kabul edilmemiş olması yine eleştiriye konu olmuş, öte yandan SPK'nın birleşme esaslarına ilişkin tebliğlerde yaptığı değişiklikler olumlu karşılanmıştır.

26 TTK Genel Gereke N. 055.

27 Türk Hukuku'nda yapısal değişiklikler kapsamında yer alan tür değiştirme işlemleri, AB mevzuatında "cross border conversions" başlığı altında ele alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerin kaynağını esasen, AB Hukukuna tabi üye ülkelerde sınıraşan şekilde merkez değişikliği yapmak isteyen şirketlerin başvuruları teşkil etmektedir. Gerçekten de gerek sınıraşan birleşmeler gerek sınıraşan bölünmeler bakımından dahi AB mevzuatına şekil veren ilk tartışmalı konuların merkezinde bir ülkeden başka ülkeye taşınmak isteyen şirketlere ilişkin olduğu görülmektedir. Bu anlamda yukarıdaki Centros ve Überseeing kararları önemli birer örnektir. 2017/1132 sayılı Yönerge'de merkezin taşınması ve tür değiştirme işlemleri sadece sınıraşan durumlar için düzenleme altına alındığından, bu çalışma kapsamında ayrıca değerlendirilmemiştir. Sınıraşan işlemlere ilişkin uygulanacak hukuk hakkında genel bir değerlendirmeye ise aşağıda yer verilmiştir.

2011 tarihli raporda; TTK'nın kanunlaşarak 2012'de yürürlüğe girecek olması olumlu şekilde karşılanırken kanunun müktesebat ile uyumlu olup olmadığının ayrıca teyit edilmesi gerektiği belirtildikten sonra, bölünmenin kanunda ilk defa düzenlendiği de ifade edilmiştir.

2012 tarihli raporda; şirketler hukuku alanında bir kısım ilerlemelerin kaydedildiği kabul edilmiş, öte yandan TTK'nın yürürlüğe girmesinden hemen önce yapılan değişikliklerden bazılarının müktesebatla uyumlu olmadığı, SPK özelinde birleşme ilkelerinde de – uyum sağlanması amacıyla – değişiklik yapıldığı belirtilmiştir.

2013 tarihli raporda birleşme yahut bölünme ve ilgili işlemler bakımından herhangi bir yorum yapılmamıştır.

2014 tarihli raporda; SPK'nın şirket birleşmeleri ve işletmenin bir bölümünün elden çıkartılmasına ilişkin uygulama yönetmeliklerini kabul ettiğine işaret edilmiştir.

2015 tarihli raporda; Türkiye'nin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu ifade edildikten sonra, sonraki yıl birleşme ve bölünmeler de dahil olmak üzere bir kısım mevzuatın teknik uyumunun sağlanması gerektiği, birleşme ve işletmenin bir kısmının devri konularında yönetmeliklerin yeniden düzenlendiği, yine de bu anlamda uyum açısından açıklığa kavuşturulması gereken hususlar olduğu ifade edilmiştir.

2016 tarihli raporda; Türkiye'nin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu tekrar edilmiş, birleşme ve bölünmelerle ilgili olarak iyi düzeyde ilerleme kaydedildiği belirtilmiştir.

2017 yılında rapor yayınlanmamış, 2018 tarihli raporda; Türkiye'nin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu tekrar edilmiş, birleşme, bölünme ve devralmalara ilişkin olarak AB müktesebatına uyum sağlanması gereken birkaç husus kaldığı ifade edilmiştir.

2019 tarihli raporda; Türkiye'nin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu tekrar edilmiş, ulusal birleşmeler, bölünmeler ve devralmalara ilişkin olanlar dahil olmak üzere uyumlaştırılması gereken birkaç husus kaldığı belirtilmiştir.

2020 tarihli raporda; her ne kadar Türkiye'nin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu tekrar edilmiş olsa da sınıraşan şirket birleşmeleri, ulusal şirket birleşmeleri ve bölünmeleri ve devralmaları da

dahil olan uyumlaştırılması gereken önemli birkaç konuda hiçbir adım atılmadığı belirtilmiştir.

2021 tarihli raporda; yine Türkiye'nin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu tekrar edilmiş, ancak özellikle sınıraşan şirket birleşmeleri ile ulusal birleşme, bölünme ve devralma dahil bir kısım önemli konularda uyumlaştırmaya ihtiyaç olduğuna, 2019 yılında kabul edilen dijitalleşmeye ilişkin kurallara da uyum sağlanması gerektiğine işaret edilmiştir.

2022 ve 2023 tarihli raporlarda da 2021 tarihli rapordaki görüşler aynen tekrar edilmiştir.

D. Raporlarda Yer Verilen ve Uyumlaştırmaya İhtiyaç Duyulan Hususların Tespiti

Yukarıdaki rapor bölümlerinden de anlaşıldığı üzere esasen Türk Şirketler Hukukunda birleşme ve bölünme konularında birkaç teknik husus ile sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılması talep edilmektedir.

Bu anlamda, TTK düzenlemeleri ile 2017/1132 sayılı Yönerge düzenlemeleri uyum raporları gözlüğünden incelendiğinde, birleşme ve bölünmede pay sahiplerinin bilgilendirilmesi, işlemlerin bir uzman tarafından denetlenmesi ile sınıraşan işlemlere ilişkin düzenlemeler dikkati çekmektedir. Bu sırada dijitalleşme ve özellikle sicillerin entegrasyonu hususu da bu işlemler bakımından önem arz etmektedir.

E. Birleşme

Üye devletlerde kurulu şirketlerin (ulusal) birleşme bahsi 2017/1132 sayılı Yönergede 87 ilâ 117. maddelerde düzenlenmiştir. Sınıraşan birleşmeler ise hemen ardından 118 ilâ 134. maddelerde düzenlenmiştir. Yönerge'de ulusal birleşmelerde düzenlemelerin kapsamı sadece anonim şirketler (die Aktiengesellschaft) olarak belirlenirken, sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemeler anonim şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve limited şirketler (die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) bakımından uygulama bulacaktır²⁸.

28 Yönerge ulusal birleşmelere ilişkin m. 87'de Ek I, sınıraşan birleşmelere ilişkin m. 119'da EK II'de sayılan şirketlerin kapsamda olduğunu belirtmiştir.

6102 sayılı TTK'da sadece Türkiye'de kurulu şirketler bakımından birleşme bahsi ele alınmış olup 136 ila 158. maddelerde özel olarak düzenlenmiştir. Kanunda ayrıca 134. maddede uygulama alanı, 135. maddede kavramlar, 191. maddede ortaklık paylarının ve ortaklık haklarının incelenmesi, 192. maddede iptal ve eksikliklerin sonuçları ile 193. maddede sorumluluk tüm yapısal değişiklik işlemlerini kapsayacak şekilde ortak hükümler olarak hüküm altına alınmıştır. Bu haliyle sınıraşan birleşmelerde uygulanacak hukuk milletlerarası özel hukuk kurallarına göre belirlenecektir²⁹.

AB Raporları esas alındığı takdirde Türk Hukuku'nda ulusal birleşmelere ilişkin olarak birleşme türleri, birleşme sözleşmesi taslağı, birleşme raporu, inceleme hakkı, çalışan hakları ve alacaklıların korunması hususlarında genel bir yeknesaklığın sağlandığı görülmektedir³⁰.

Gerçekten de gerek 2017/1132 sayılı Yönerge, gerek 6102 sayılı TTK, birleşme türlerini sayarken devralma (acquisition) ve yeni kuruluş (new company) yoluyla birleşmeye işaret etmiştir. Öte yandan, her iki hukuk sisteminde de birleşmenin diğer türleri uygulamada kendine karşılık bulmaktadır. Yine, Yönerge'de devralan şirketin, devrolunan şirketin paylarının veya yönetsel haklarının %90'ından fazlasına sahip olduğu veya %100'üne sahip olduğu birleşme türleri veya bu tür şirketlere tüm malvarlığı ve sorumluluğun devri gibi işlemlerin birleşme kapsamında sayılması (Art. 110 vd.), TTK'da 155 ve devamı maddelerde genel itibarıyla karşılık bulmuştur³¹.

29 Kavlak çalışmasında Türk hukukunda sınır aşan şirket birleşmeleri bakımından herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, şirketlerin birleşebilmesi için sözleşme yapma ehliyetleri olması gerektiğini, MÖHUK m. 9 / f. 4'e göre, şirketlerin hak ve fiil ehliyetlerinin şirket sözleşmesindeki idare merkezi hukukuna tâbi kıldığını; öte yandan m. 9 / f. 5'te getirilen istisna ile şirketin fiili idare merkezinin Türkiye'de olması durumunda Türk hukukunun uygulanabileceğine dair tek yanlı ve emredici olmayan bir bağlama kuralı öngörüldüğünü, dolayısıyla somut olay bakımından Türk hukuku uygulandığı takdirde sonuçlarının ne olacağını araştırılması ve somut olay adaletini gerçekleştirecek bir şekilde karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Detaylı değerlendirme için bkz. Bengül Kavlak, Uluslararası Şirket Birleşmeleri, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s. 186 vd.

30 Helvacı/Uzel de birleşme ve bölünme düzenlemelerinin genel bir değerlendirme çerçevesinde ulusal birleşmeler bakımından Türk Hukuk sisteminin AB müktesebatıyla uyumlaştırma hedefine uygun bir kanunlaştırma yaptığını sonucuna varmışlardır (Helvacı/Uzel, s. 220 ve 227).

31 Burada ifade etmek gerek ki, AB düzenlemesi konuyu daha ayrıntılı ele almakla birlikte, 155'inci maddede hem doğrudan hem dolaylı şekilde pay sahipliği yanında sözleşmeye dayalı olarak bir başkası hesabına payları elinde bulunduranlar da sayılmıştır.

Birleşme sözleşmesinin asgari içeriğini gösteren TTK m. 146 ile Yönerge m. 91 neredeyse birebir aynı şekilde kaleme alınmış³², hem TTK m. 147 hem Yönerge 95. maddelerde birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarına, birleşmeye ilişkin amaç ve sonuçlar ile pay değişim oranları gibi maddi konular başta olmak üzere birleşmeye dair hususları içeren birer rapor hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir.

Menfaat sahiplerinin korunması için öngörülen düzenlemeler, pay sahipleri için birleşme evrakının belirli bir ortamda incelemeye hazır bulundurulması ve çalışanların korunmasına³³ ilişkin düzenlemeler ile alacaklıların

32 Çoştan çalışmasında TTK'nın 140/4 ve 146/1-c maddelerinde yer verilen imtiyazlı paylar ve sahipleri ifadelerinin mehz düzenleme ile uyumlu olmadığına dikkat çektikten sonra bunların gai ve genişletici yorum ile mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki özel hakları içerdiği şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir; Hülya Çoştan, "Birleşme, Bölünme ve Türk Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 24 (2008), s. 415.

33 Burada, çalışanların korunması bakımından ulusal birleşmeler ile sınıraşan birleşmeler arasında dikkati çeker farklılıklar olduğuna işaret etmek gereklidir.

Ulusal birleşmelerde Yönerge çalışanların haklarının korunmasını 2001/23/EC sayılı yönergeye gönderme yaparak çözmektedir. Toplam on dört maddeden oluşan bu Yönerge'de de genel olarak taraflar arasındaki iş sözleşmesinin devriden sonra devralan ile devam edeceği, devirden sonra da devreden ve devralanın iş sözleşmesine bağlı olarak doğan yükümlülüklerde müşterek ve müteselsil sorumlu olduğu, devir anında işçinin sahip olduğu haklar konusunda devralanın bilgilendirileceği, ancak bu olmasa da devrin işçinin söz konusu haklarını kullanmasını etkilemeyeceği, kolektif sözleşmelerin, bu sözleşmelerin sona erme tarihine kadar geçerliliğini sürdüreceği, iş yeri devri veya birleşmenin tek başına sözleşmenin sonlandırılması için haklı sebep oluşturmadığı gibi hususlarda düzenleme getirilmiş, bir kısım yerlerde Üye Devletlere düzenleme yapma özgürlüğü tanınmış, devreden in iflas veya benzeri sona erme hallerine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Hukukumuzda birleşme işlemlerinde, İş Kanunu m. 6 ve TTK birlikte uygulanmak suretiyle bu haklar genel itibarıyla düzenleme altına alınarak korunmaktadır. Her ne kadar gerek öğreti gerek uygulama, düzenlemelerin yeterli açıklıkta olmadığı yönünde ciddi eleştiriler getiriyor olsa da AB Hukukunda hedeflenen amacı karşılamaya hizmet eder nitelikte düzenlemelerin asgari oranda sisteme dahil edildiği söylenebilir. Bu anlamda AB otoritelerinin de herhangi bir eleştirisinin olmaması, benzer bir sonuca götürmektedir. Birleşme ve bölünmeler ile işyeri devrinde işçilik haklarının korunmasına ilişkin bkz. Mustafa Alp, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Türk Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, ss. 51-74; E. Tuncay Kaplan Senyen, "İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 29 (2013), s. 24-39; Candan Albayrak Zincirlioğlu, "İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi", TBB Dergisi, 114 (2014), s. 11-48; Yurdal Özatlan, "Türk Ticaret Kanunu Kapsamında İşyeri Devri Sonucunu Doğuran İşlemlerin Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Etkileri", İstanbul

teminatına ilişkin öngörülen kurallara da yer verilmiştir³⁴.

Öte yandan, ulusal birleşmede pay sahipliği haklarının korunmasına ilişkin olarak uzman incelemesi, sicilde ilan suretiyle kamuya açıklama ve sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemelerde göz ardı edilemeyecek farklılıklar olduğu tespit edilmiştir. Bu anlamda, AB Komisyonunun ilerleme raporlarında işaret ettiği ve uyumlaştırılması gereken hususları da bu başlıkların teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır.

1. Ulusal Birleşmeler

a. Birleşmede Denetim

2017/1132/EU Yönergesi'nin 96. maddesine göre birleşmeye katılan her bir şirket adına, bir yargısal veya idari otorite tarafından atanmış bağımsız bir veya daha fazla uzman, sözleşme taslağını inceleyerek yazılı bir rapor oluşturmalıdır. Söz konusu raporda yer alacak asgari içerik de Yönerge'de gösterilmiştir.

96. maddede yer verilen düzenlemenin maksadının, pay sahiplerinin haklarının korunması olduğu açıktır. Öğretide, birleşmenin ekonomik veya hukuki sebepleri konusunda verilen açıklamaların doğru olup olmadığı hakkında ortakların bilgilendirilebilmesi için, uzmanların, yönetim organı tarafından 95. maddeye göre oluşturulan raporu da incelemesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Bir diğer ifadeyle 96. maddenin pay sahiplerini korumaya yönelik maksadının tam olarak yerine getirilebilmesi için 95. madde ile ortaya çıkan bilgileri de kapsar şekilde anlaşılması gereklidir.

6102 sayılı TTK'nın yürürlükteki düzenlemeleri incelendiğinde, her ne kadar ortakların, alacaklıların ve çalışanların haklarını korumak için bir kısım tedbirlere³⁶ yer verildiği anlaşılrsa da, AB mevzuatındaki bu uzman incelemesine karşılık gelecek bir düzenleme görülmemektedir.

Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (2016), s.165-200; Muhammed Fatih / Canan Erdoğan, "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi Veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından Sorumluluğu", TFM, 8 (2022), s.1-26.

34 TTK m. 140'taki ortaklık pay ve haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerin karşılığı, Yönerge m. 89/1, 90/1 ve 101. maddelerde; inceleme hakkına ilişkin m. 149'un karşılığı Yönerge m. 97'de; alacakların teminat alınmasına ilişkin m. 157'nin karşılığı Yönerge m. 99'dadır. Ayrılma akçesine ilişkin m. 141'in karşılığı ise Yönerge'de yoktur, bu madde mehz İsviçre Hukukundan alınmıştır.

35 de Raet, ed. Kindler/Lieder, N. 11.

36 Yukarıda da işaret edildiği üzere TTK m. 140 vd'de düzenlenen denkleştirme bedeli, ayrılma akçesi, 145 vd'de birleşme sözleşmesi ve raporunda bulunması gereken asgari

Ancak burada, 6335 sayılı Kanun³⁷ ile yürürlükten kalkan 148. madde³⁸ dikkati çekmektedir. Söz konusu maddede birleşme sözleşmesinin, birleşme raporunun ve birleşmeye esas oluşturan bilançonun bir işlem denetçisi tarafından incelenmesi düzenlenmiştir. Madde metni incelendiğinde, 2017/1132 sayılı Yönerge m. 96'da yer verilen asgari içeriği karşıladığı görülmektedir.

icerik özellikle 146'da gösterilen inceleme hakkı pay sahipliği haklarının korunması için getirilen düzenlemelere örnek verilebilir. Bunların yanında 157. madde ile de doğrudan alacaklı ve çalışan haklarının korunması amaçlanmıştır.

- 37 6335 sayılı Kanun 20 Haziran 2012 tarihinde 28339 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6335 sayılı Kanunun dikkat çeken özelliği, değişiklik getirdiği TTK ve Yürürlük Kanununun yürürlüğe girmesinden hemen önce yapılmış olmasıdır. Bu konuda 6335 sayılı Kanunun tasarısını değerlendiren Adalet Komisyonu Raporunda "Yakın geçmişte Yüksek Meclis tarafından ittifakla kabul edilen ve Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan bir temel Kanunun, yürürlük öncesinde yasama müdahalesine konu kılınmasının, bunun bir zaruret halini almasının üzerinde durulmalıdır. Norm projesinin hazırlık ve kabul aşamalarında, norm muhataplarının (özellikle iş dünyasının) bir farkındalık ve ihmal sorunu yaşamamaları gerekir. Geçmiş etkileşim, farklı taleplerin sisteme aktarılmasını önlemekte ve normun demokratik kalitesini düşürmektedir. Oluş dönemleri tamamlanan (tarihselleşen) temel yasaların dönüşüm süreçlerinin de başarılı olabilmesi, ciddi bir yasama reformu şartına bağlıdır. Türkiye, acil ihtiyaca rağmen, yasama reformunu henüz yapamamış/tamamlayamamış bir ülkedir. Çok kısa süre önce tamamlanmış dönüşüm sürecine -kuşkusuz bir ihtiyaca dayalı- yasama müdahalesi zarureti bu perspektiften okunmalıdır" şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır. (Bkz. Ahmet İyimaya, "Siyaset Kurumunun Ortak Günahı: Yasama Reformu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 93 (Mart-Nisan 2011), s. 283-339). Tasarı, madde gerekçeleri ve rapor için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c024./tbmm24024124ss0303.pdf>

- 38 6335 s.lı Kanunla yürürlükten kaldırılmadan önce TTK m. 148:

- (1) Birleşmeye katılan şirketlerin; birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu ve birleşmeye esas oluşturan bilançoğu, bu konuda uzman olan bir işlem denetçisine denetlettirmeleri şarttır.
- (2) Birleşmeye katılan şirketler, birleşmeyi denetleyecek işlem denetçisine amaca yardımcı olacak her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır.
- (3) İşlem denetçisi denetleme raporunda;
 - a) Devralan şirket tarafından yapılması öngörülen sermaye artırımının, devrolunan şirketin ortaklarının haklarını korumaya yeterli bulunup bulunmadığı,
 - b) Değişim oranının ve ayrılma akçesinin adil olup olmadığı,
 - c) Değişim oranının hangi yönteme göre hesaplandığı; en az üç farklı genel kabul gören yöntem ile karşılaştırma yapılarak, uygulanan yöntemin adil olduğu,
 - d) Diğer genel kabul gören yöntemlere göre hangi değerlerin ortaya çıkabileceği,
 - e) Denkleştirme varsa, bunun uygun olup olmadığı,
 - f) Değişim oranının hesaplanması yönünden payların değerlendirilmesinde dikkate alınan özellikler, hususunda inceleme yapıp görüş açıklamakla yükümlüdür.
- (4) Tüm ortakların onaylaması hâlinde, küçük ölçekli şirketler denetlemeden vazgeçebilirler.

6335 sayılı Kanun’la işlem denetçisi kurumunun kaldırılmasına gerekçe oluşturan hususların genel olarak uygulamanın sürecin uzamasına ve işlem maliyetine gösterdiği tepki olduğu anlaşılmaktadır³⁹. Bununla birlikte yapılan değişiklik AB düzenlemesinden uzaklaşılmasına sebep olmasının yanında menfaat sahiplerinin korunması için faydalı bir uygulamanın kanundan çıkartılmasıyla da sonuçlanmıştır⁴⁰. Burada eklemek gerekir ki, birleşme süreci içerisinde, yönetim organı tarafından hazırlanan birleşme raporu da benzer bir amaca hizmet etmektedir. Bu raporun en çok önem arz ettiği kısım elbette ki pay sahipleridir. Bu çerçevede birleşme sonucunda hukuki konumları, ortaklığın devamı ilkesi uyarınca hakları ve yükümlülüklerini görebileceklerdir⁴¹. Ancak bu düzenleme de, yönetim organı eliyle hazırlanan bu rapordaki bilgilerin, tarafsız ve uzman bir kişi tarafından, çeşitli hesaplama ilkelerine göre karşılaştırılmasının getireceği güvenceyi sunmamaktadır. Zira 147. Maddeye göre hazırlanan rapor birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarınınca oluşturulurken, uzman bilirkişi tarafından hazırlanacak bir rapor tamamen bunlardan bağımsız bir bilgi niteliğinde olacaktır⁴². Bu şekilde bir inceleme aynı zamanda birleşme işleminin ileride başka şekillerde

39 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçiliği müessesesinin kaldırılma nedenine ilişkin herhangi bir açıklamaya madde gerekçesinde veya komisyon raporunda yer verilmemiştir. Bununla birlikte Adalet Komisyonu Raporunda “*Tasarımın geneli üzerindeki müzakerelerde, 6102 sayılı Kanun ile ilgili olarak en fazla değişiklik talep edilen hususların esas olarak; şirket yöneticilerine yönelik bilgilerin her türlü belgede yer alması zorunluluğu, yönetim kurulu üyelerinden dörtte birinin yüksek öğrenim mezunu olması şartı, ortakların şirkete borçlanma yasağı, bağımsız denetimin kapsamı, Kanunda düzenlenen cezaların ağır olduğu ve sermaye şirketlerine ilişkin internet sitesi kurma yükümlülüğünün kapsamının ve bulundurulması gereken içeriğin genişliği şeklinde ifade edilmiştir.*” tespitlerine yer verilmiştir. Tasarı, madde gerekçeleri ve rapor için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c024>.

40 Madde yürürlükten kalkmadan önce düzenlemenin korumayı amaçladığı grubun oldukça geniş olduğu, sadece pay sahiplerini değil azınlık ve alacaklıları da kapsadığının kabul edilmesi gerektiği öğretilmiş; Aslı Elif Gürbüz Usluel, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27/ 2 (2011), s. 140.

41 Göktürk, s. 646.

42 AB hukukuna ilişkin olarak, TTK m. 147’ye karşılık gelen Yönergenin 95. maddesi ile bağımsız uzman denetimine ilişkin 96. maddeleri arasındaki farka da ayrıca dikkat çekilmiştir. De Raet, ed. Kindler/Lieder, Art. 96, N.1.
Bu düzenleme eksikliğin giderilmesinin işlem güvenliğinin sağlanması açısından da gerekli olduğu hakkında bkz. Helvacı/Uzel s. 223.

tartışmaya açılmasının da önüne geçebilecektir⁴³. Dolayısıyla kanunda, şirketlerin işlem denetçisi kurumunun uygulamasına ilişkin endişeleri de dikkate alınarak ve fakat ortakların menfaatlerini gözeten bir düzenlemeye yer verilmesi uygun olacaktır⁴⁴. Örneğin finans ve değerlendirme alanında uzman bir bilirkişinin gizlilik yükümlülüğü altında⁴⁵ birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunu incelediği, sözleşmede yer verilen değerleri çeşitli muhasebe ve hesaplama ilkelerine göre değerlendirdiği, vardığı sonuçları pay sahipleri ile paylaştığı bir inceleme zorunluluğu getirilebilir. Bu sırada 148. maddenin yürürlükten kaldırılan halinden de esinlenilebilir.

b. Birleşmede Pay Sahiplerinin Bilgilendirilmesi

2017/1132 sayılı Yönerge'nin 92. maddesinde, birleşmeye katılan tüm şirketler tarafından birleşme sözleşmesinin taslağının Yönerge'nin 16. maddesine uygun şekilde, birleşmenin görüşüleceği genel kuruldan en az bir ay öncesinde ilan edilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte maddede, sözleşme taslağını, yine genel kuruldan bir ay öncesinden itibaren internet sitesinde kamunun incelemesine ücretsiz şekilde sunan şirketlerin sicilde ilan zorunluluğundan muaf tutulacağı da kabul edilmiştir. Öte yandan üye devletler bu muafiyete istisna olarak şirketlerin kendi internet siteleri yerine 16. maddede gösterilen merkezi elektronik platform

43 Gerçekten de birlik üyesi ülkelerde bu düzenlemelerin bir anlamı vardır. Bu bakımdan birleşmenin geçersizliğinin iddia edilebilmesine ilişkin yerel hukukta farklı ülkelerin farklı hukuk uygulamalarına yer verdiği, örneğin Nordik ülkelerde denetçi tarafından verilecek raporda birleşmenin alacaklılar bakımından herhangi bir kötü etkisi olmadığı sonucuna varılırsa, alacaklıların da birleşmenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir itirazda bulunması mümkün olmayacaktır; Vicari, s. 247. Her ne kadar bizim hukuk sistemimizde birleşmenin iptalini talep etme hakkı sadece pay sahiplerine tanınmışsa da söz konusu dava bakımından da, birleşmeye ilişkin uzman bir bilirkişi raporunun önceden hazır olması ve pay sahiplerinin buna göre inceleme yapabilmeye başlaması hem eksikliklerin daha sürecin başında ortaya çıkması hem de mahkemede inceleme sürecinin hızlanmasına hizmet edecektir.

44 Kanunda bu yönde denetime ilişkin bir düzenleme yapılmasının zorunlu olduğu görüşü öğretilde de ifade edilmiştir (Helvacı/Uzel, s. 223).

45 Bu kişiler birleşme işlemlerinde görev aldıkları için 193. madde kapsamında da sorumlu olacakları gözden kaçırılmamalıdır. Bunun yanında, yürürlükten kaldırılan 148. maddede yer verilen işlem denetçisi bakımından kamusal, sözleşmesel ve kanundan doğan olmak üzere üç tür sorumluluğu olduğu tartışılmıştır, konuyla ilgili detaylı inceleme ve farklı görüşler için bkz. Gürbüz Usluel, s. 144 vd.

veya bu amaca hizmet eden başka bir internet sitesinde kamuya arzını da bu hizmetlerden hiçbir ücret alınmaması kaydıyla, şart koşabilecektir.

Maddeye göre, 16. maddede zikredilen merkezi elektronik platform dışında bir internet sitesinin kullanılması halinde, bu internet sitesine erişimi sağlayan bir bağlantı, genel kurul için belirlenen tarihten en az bir ay önce merkezi elektronik platformda yayınlanacak, bu bağlantı, taslak birleşme sözleşmesinin bahsi geçen üçüncü kişi internet sitesinde yayınlanma tarihini içerecek, kamunun erişimine ücretsiz olarak açık olacak ve yine şirketlerden bu hizmetler için bir ücret talep edilmeyecektir⁴⁶. Maddede üye devletlere, şirketlerin genel kurul toplantısından sonra belirli bir süre boyunca bilgileri kendi internet sitelerinde veya bahsi geçen merkezi elektronik platformda yahut belirlenen diğer internet sitesinde muhafaza edilmesini şart koşma ve teknik veya diğer sebeplerle internet sitesine veya merkezi elektronik platforma erişimin geçici olarak kesintiye uğramasının sonuçlarını belirleme konusunda da yetki verilmiştir.

TTK'da bu ilan müessesesini karşılayacak birleşmeye katılan tüm şirketleri kapsayan bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki kanunun 149. maddesinde birleşmeye katılan şirketlerin her birinin merkez ve şubeleri ile halka açık şirketlerde Sermaye piyasasının göstereceği yerlerde – ve kurmakla yükümlü şirketler bakımından internet sitelerinde – birleşmeye ilişkin genel kurul kararından önceki otuz gün boyunca birleşme sözleşmesini, birleşme raporunu, son üç yılın finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporlarını, gerekli ise ara bilançoları ilgililerin incelemesine sunmakla yükümlü olduğu düzenlenmiş, Ticaret Sicil Gazetesi ve -kurmakla yükümlü olanların - internet sitelerinde yapılacak ilanla bu hakka işaret edileceği hüküm altına alınmıştır. Elbette ki bu inceleme hakkı pay sahiplerinin birleşme hakkında bilgilenmiş şekilde karar vermesine hizmet etmektedir⁴⁷. Ancak bu düzenlemelerin hiçbiri birleşmeye katılan tüm ano-

46 Bununla birlikte üye devletlerin, 16. madde uyarınca faaliyete aldığı merkezi elektronik platformların işletilmesine ilişkin maliyetlerde şirketlere başvurması mümkün kılınmıştır. Bu madde ve dijitalleşmeye ilişkin değerlendirmeler için bkz. IV. Oturum, II. Tebliğ. Betül Bozkır / Emine Göğüş, “AB 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Yönergesi ve Türk Mevzuatı Bağlamında Limited Şirketlerin Çevrimiçi Kuruluşu”, Türk Şirketler Hukukunun Avrupa Birliği Şirketler Hukukuna Uyumunu Sempozyumu (26 Şubat 2024).

47 Bu hak ile pay sahiplerinin birleşmenin hukuki ve ekonomik sonuçları hakkındaki bilgi dengesizliği azaltılmaktadır; Fena İpek Kayalı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, 2014, s. 180,181.

nim şirketlerin 2017/1132 sayılı Yönergede gösterilen şekilde bilgileri kamuya sunmasını sağlamamaktadır.

Burada, yine 6335 sayılı Kanun'la yapılan bir değişikliğe dikkat çekmek gereklidir. Söz konusu kanunun 34. maddesi ile 6102 sayılı TTK'nın sermaye şirketlerinin kuracakları internet sitesine ilişkin 1524'üncü maddesinde kapsamlı bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce maddede tüm sermaye şirketlerinin birer internet sitesi kurma zorunluluğu getirilmiş ve maddede yayımlanacak içeriklerin başlıcaları arasında "ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye arttırımı, azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar" da sayılmıştır⁴⁸. 6225

48 Maddenin değişiklikten önceki hali aşağıdaki gibidir.

I - İnternet sitesi

MADDE 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:

(1) 397 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. İnternet sitesinde yayımlanacak içerikler, bu Kanunda belli bir süre belirtilmiş ise bu süre içinde, belirtilmemiş ise içeriğin dayandığı işlemin veya olgunun gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilana bağlandığı durumlarda ise tescil veya ilan yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde, şirketin kuruluşundan internet sitesi açılıncaya kadar geçen sürede yayımlanması gereken içerikler de bu sitenin açıldığı tarihte siteye konulur.

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

sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile internet sitesi kurma zorunluluğu, zorunlu bağımsız dış denetime tabi olan şirketlerle sınırlı tutulmuştur. Özellikle maddenin uygulamasının şirketlere getireceği mali yük, paylaşılan bilgilerin genişliği gibi sebeplerle uygulamadan oldukça tepki gören madde 6335 sayılı Kanun ile değiştirilerek bugünkü halini almıştır⁴⁹.

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 uyuşmaması, ilgili kararların iptal edilmesinin sebebini 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 tescilli 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 yapıştirılır. Daha sonra sitede yayımlanan bilgilerde bir değişiklik yapılırsa, değişikliğe ilişkin olarak yukarıdaki işlem tekrarlanır.

49 Madde gerekçesi şu şekildedir: "Madde ile, internet sitesi oluşturmak durumunda olan sermaye şirketleri, sitenin kurulma zamanı, siteye konulacak içeriklerin hangi sürede bu siteye konulacağı, sitede ilan edilecek hususlar düzenlenmiştir."

Bu düzenlemelerin muhakkak Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik⁵⁰ ile birlikte ele alınması gereklidir. Gerçekten de, bahsi geçen yönetmeliğin 6. maddesinde internet sitesinde yayımlanan içerik bakımından TTK m. 1524'ün önceki haline çok benzer şekilde bir düzenleme, detaylandırılarak kabul edilmiştir. Maddeye göre, TTK m. 149 uyarınca birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, son üç yılın finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporları, gereğinde ara bilançoları ortakların incelemesine sunulmak üzere genel kurul kararından önceki otuz gün içinde; sayılan belgelerde inceleme yapma hakkının belirtildiği, bu belgelerin nereye tevdi edildiklerine ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarına ilişkin ilan, belgelerin tevdi tarihinden itibaren en az üç iş günü öncesinde; birleşmeye katılan şirketlerin, alacaklılarına, alacaklarının teminat altına alınması için talepte bulunabileceklerine dair sicil gazetesinde yedişer gün arayla üç defa yapılan ilan, birinci ilanın sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konmalı ve en az altı ay süre ile yayında kalmalıdır.

Görüldüğü üzere, bağımsız dış denetime tabi olan şirketler internet sitesi kurmak zorunda oldukları gibi, bu şirketler herhangi bir birleşme sürecine girdiklerinde yönetmelikte gösterilen içeriği de internet sitesinde yayımlama yükümlülüğündedirler. Üstelik, yönetmeliğin internet sitesinde yayımlanmasını öngördüğü içerik, 2017/1132 sayılı AB Yönetmeliği'nde aranan içerikten de geniştir. Zira 2017/1132 sayılı Yönetmeliğe göre şirketlerin açıklaması gereken içerik birleşme sözleşmesi taslağı ile sınırlı tutulmuştur. Gerçekten de AB Yönetmeliği m. 91'e göre sözleşme taslağı içerisinde asgari olarak, birleşen şirketlerin türünün, unvanının ve merkezinin, pay değişim oranları ile varsa ortaklara yapılacak nakdi ödeme tutarlarının, devralan şirketteki hisselerin dağılımına ilişkin kuralların, birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihi ve bu isteme ilişkin bütün özelliklerin, devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına yapılmış sayılacağı tarihin, devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı haklar ile işlem denetçisine, birleşen şirket yönetim organlarına ve yönetici ortaklarına tanınan özel yararlarının bulunması gereklidir. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK ve Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik, zorunlu bağımsız dış denetime tabi

50 R.G., T. 31.05.2013, S.28663.

sermaye şirketleri bakımından AB Yönergesi'nin gerekliliklerini fazlasıyla sağlamaktadır. Ancak 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında bunların dışında kalan şirketlerin internet sitesi kurma zorunluluğu olmadığı gibi herhangi bir tescil ile kamuya duyuru yükümlülüğü de kalmamıştır. Bu noktada zorunlu bağımsız dış denetime tabi olan ve olmayan şirketlerin tabi olduğu, pay sahibi ve ilgilileri koruyucu düzenlemeler arasında da bariz ve mantığı anlaşılmayan bir tutarsızlık görülmektedir.

Sonuç olarak, yukarıda gösterilen işlem denetçisi düzenlemesinin kaldırılması yanında, yine ortakların ve diğer menfaat sahiplerinin haklarını korumaya yarayacak bu düzenlemede de AB Yönergesi ile bir uyumsuzluk oluşmuştur.

Kanaatimizce, tüm sermaye şirketlerine internet sitesi açma yükümlülüğü gerçekten de maksadını aşan bir düzenlemedir. Bunun yanında gerek AB Yönetmeliği'nde, gerek uygulamada, her boyuttaki şirket bakımından Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik'te yer verildiği ölçüde geniş bir ilana ihtiyaç olmaması da dikkate alındığında, sadece birleşme sözleşmesi içeriğinin ilanına ilişkin bir düzenleme yapılabilir⁵¹. Bu bakımdan AB Yönergesi'nin 16. maddesinde yer verilen ve izleme raporlarında da Türkiye'nin tamamlaması tavsiye edilen ticaret sicil işlemlerinin dijitalleşmesi ile hızlı biçimde yol katedilebileceği görülmektedir⁵². Zira halihazırda işleyen MERSİS ile şirketlerin pek çok tescil işlemi, dijital ortamda oldukça kısa sürelerde tamamlanabilmektedir. Ayrıca bu nitelikte, merkezi bir sicilden takip edilmesi, yayımlanan bilgilerin tutarlılığının ve sürekliliğinin kontrolü anlamında da kolaylık sağlayacaktır. TTK'da ve ilgili yönetmeliklerde yapılacak basit değişiklik ve düzenlemeler ile AB müktesebatına bu konuda da tam uyumun sağlanmasının oldukça hızlı ve kolay olacağı anlaşılmaktadır.

51 Şirketlerin kamuya açıklayacakları bilgilerle ilgili en önemli itiraz şirketin, ticari sır sayılabilecek bilgilerinin ilan edilmesine ilişkindir. Bu anlamda AB Yönergesinde birleşme sözleşmesinde yer verilmesi talep edilen asgari içeriğin esasen birleşme sonucunda kurulan veya birleşilen şirketin sermaye yapısı ve -kimi durumda değişiklik sonucunda- ilan edilecek şirket sözleşmesinde yer alacak imtiyaz vb haklar dışında bilgi içermediği de dikkate alındığında, TTK'da yapılacak düzenlemenin sadece taslak sözleşme içeriği ile sınırlı tutulması hususu daha da önem kazanmaktadır.

52 Helvacı/Uzel de düzenlemenin sicil hakkındaki 16.maddeyle ilişkisine dikkat çekerek yapısal değişiklikler yerine ticaret siciline ilişkin hükümlerde düzenlenmesi ve atf usulünün benimsenmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir; Helvacı/Uzel, s. 221.

2. Sınıraşan Birleşmeler

a. AB Düzenlemesi

Sınıraşan birleşmelere ilişkin hukuki düzenlemelerin tarihi gelişimine bakıldığında, sınıraşan birleşmelerin kendi içerisinde barındırdığı karmaşık problemler neticesinde Komisyonun bu hususu bir direktif ile değil de konvansiyon ile çözüme kavuşturmayı amaçladığı ve bu anlamda da ilk girişimi 1957 yılında yaptığı görülmektedir⁵³. Yakın zamana gelindikçe işlemlerin daha kompleks hal alması kurallar birliğine ihtiyaç olduğunu ortaya koymuştur. Burada şirketlerin kurulmuş sayılacağı tarih, önceki borçlardan sorumluluk, iş ilişkileri ve çalışanların hakları gibi süreklilik aranan meseleler özellikle sorun yaratmıştır⁵⁴. Sonucunda da 2019 yılında yapılan değişiklik ile sınıraşan işlemlere ilişkin düzenlemeler 2017/1132 sayılı Yönergede yer bulmuştur.

Yönerge'nin 118. maddesine göre herhangi bir üye devlet kanunlarına göre kurulmuş ve merkezi, merkezi idaresi veya asli faaliyet yeri Birlik içerisinde yer alan şirketler arasındaki birleşmelerden, birleşen şirketlerin en azından iki tanesinin farklı üye ülke hukukuna tabi olduğu birleşmelere sınıraşan birleşme düzenlemeleri uygulanacaktır⁵⁵. Yukarıda da ifade edildiği üzere Yönerge, ulusal birleşmelerde düzenlemelerin kapsamını sadece anonim şirketler olarak belirlemiş, sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemelerde ise anonim, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve limited şirketleri uygulama kapsamına dahil etmiştir⁵⁶.

Yönerge'nin sınıraşan birleşmeler hakkındaki düzenlemelerinin, ulusal düzenlemelerle birleşme türleri, uygulanacağı diğer işlemler, taslak sözleşme içeriği, kamuya açıklama, internet sitesinde ilan, uzman raporu gibi

53 de Raet, ed. Kindler/Lieder, N. 3, s. 557.

54 de Raet, ed. Kindler/Lieder, N. 6, 7, 8, s. 578.

55 Öğretide sınıraşan birleşme düzenlemelerinin hangi şirketlere uygulanacağını belirlemesine ilişkin birden çok bağlama noktasının belirlenmiş olmasının da esasen Birlik içerisinde üye devletler arasında henüz şirketler hukuku bakımından kanunlar ihtilafı hükümlerinde yeterli uyumlaştırmanın da (örneğin şirket tüzüğü) sağlanamadığını gösterdiği ifade edilmektedir; de Raet, ed. Kindler/Lieder, s. 589, N. 50.

56 Türk Hukuku'nda ulusal birleşmelerde ticaret şirketleri kanunun kapsamı içerisinde yer aldığı hatırlatmak isteriz (TTK m. 137). Sınıraşan birleşmelere kanunda yer verilmediğinden Türk Hukuku'nda bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Uyumlaştırma çerçevesinde hazırlanacak hükümlerde AB Hukukunda gösterilen asgari kapsamın muhakkak yer almasının gerektiği şüphesizdir.

başlıklarda oldukça benzer düzenlemeler içerdiği; öte yandan birleşme raporu ve pay sahiplerinin, alacaklıların ve işçilerin korunması hususlarında da benzer süreçleri barındırdığı ancak işlemlerin içeriğinin – yukarıda bahsi geçen menfaat sahiplerinin korunması amacıyla – önemli farklılıklar gösterdiği anlaşılmaktadır.

Yönerge'nin sınıraşan birleşmeler hakkında 118 ilâ 134. maddelerinde, birleşme öncesinde pay sahipleri yanında diğer menfaat sahiplerinin de haklarını korumak üzere öngörülen ve birleşmeye katılan tüm şirketler tarafından düzenlenmesi istenen birleşme öncesi sertifika (Art. 127), üye ülkelerde 16. maddeye uygun şekilde oluşturulmuş sicillerin, birleşme öncesi ve sonrası şirketlerin ve bilgilerin sürekliliğinin sağlanabilmesi amacıyla, birbirleri ile entegrasyonu (Art. 127/a), sonraki geçersizlik ve hatalardan dolayı yaşanan sorunları asgariye indirme amacıyla birleşmenin sonuçlanmasından önce yetkili noterler eliyle yapılan hukuka uygunluğun tasdiki (Art. 128), özellikle işçilerin yönetimine katılımında farklı üye ülke düzenlemeleri sebebiyle hak kaybının önlenmesi amacıyla öngörülen işçilerin katılımına ilişkin detaylı düzenlemeler (Art. 133) ve sınıraşan birleşmenin, hukuka uygunluk tasdiki yapılarak birleşme sonucu ortaya çıkan şirketin tabi olacağı hukukun belirlediği birleşmenin geçerlilik tarihinden sonra sınıraşan birleşmenin hükümsüz sayılmayacağına ilişkin emredici düzenlemeye (Art. 134) yer verilmiştir.

İçtihatî hukukun da ortaya koyduğu üzere, özellikle farklı hukuk sistemlerinde farklı menfaat sahiplerine tanınan hakların birbiri ile harmonize hale getirilmesi, sınıraşan yapısal değişikliklerde karşılaşılan en büyük sorun olmuştur⁵⁷. Bunlar içerisinde işçilerin korunması ve sürece katılımını sağlamak üzere Yönerge'de, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarına, şirketlerin ortakları ve çalışanları için, hukuki ve ekonomik sonuçlarını anlatan ve çalışanlar için birleşmenin sonuçlarını açıklayan, ayrıca şirketin gelecekteki ticari faaliyetine etkilerini gösteren bir raporu hazırlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (Art. 124). Raporda üyeler ve çalışanlar için ayrı birer bölüm

57 Bugün dahi mevcut düzenlemelerin, üye devletler arasında sınıraşan işlemlere ilişkin öğreti ve uygulamada işaret edilen sınırlamaların tama olarak üstesinden gelemediği, özellikle ortakların ve alacaklıların korunmasına ilişkin oldukça geniş bir yelpazeye yayılan düzenlemelerin de hukuki anlamda belirsizliğe yol açtığı ve açmaya da devam edeceği öğretide işaret edilmektedir; Vicari, s. 269.

ayrılması da zorunlu kılınmış, her bir bölümde yer verilecek asgari içerik de gösterilmiştir. Raporun birleşmenin onaylanacağı genel kuruldan en az 6 hafta önce ilgililerince incelemeye hazır tutulması öngörülmüştür.

b. Mevcut Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Hukuku Bakımından Uygulanacak Hukukun Tespiti ve AB Müktesebatı ile Uyumlaştırma

Yukarıda yer verilen, Yönerge'nin 118. maddesinden de anlaşıldığı üzere sınıraşan birleşmeler esasen farklı ülkelerin kendi egemenliğinde yer alan bir alanı düzenlemektedir. Gerçekten de iki farklı ve bağımsız hukuk sistemini içeren bir yapısı vardır. Örneğin, İtalya'da kurulu iken, Almanya'da kurulu bir şirket ile birleşerek hukuki varlığı sonlanacak bir şirket söz konusu olabilir. Bu durumda birleşme işlemine İtalyan hukuku mu, Alman hukuku mu uygulanacaktır? Birleşme sonrasında artık varlığı devam etmeyen, ortadan kalkan şirketin alacaklıları kime, hangi hukuka göre başvurabilecektir? Birleşme sonrasında ortaklık hakları hangi hukuk sistemine göre yönetilecektir? İşte bu gibi soruların cevabını vermek üzere öngörülen Yönerge'nin sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemelerinin, Türk şirketler hukuku sistemine harmonize edilmesi gerekli ve uygun mudur sorusu da aday ülke konumundaki Türkiye bakımından önümüze gelmektedir. Zira ilerleme raporlarında her defasında yer verilen eleştirilerden biri de sınıraşan yapısal değişiklik düzenlemelerinin halen mevzuatta yer bulmamış olmasıdır.

AB Kurucu sözleşmeleri ile üye devletler, birlik içerisindeki harmonizasyonun sağlanması amacıyla hukuki düzenlemelerde sahip oldukları egemenlik haklarının bir kısmından başlangıçta feragat etmektedir⁵⁸. En genel ifadesiyle yönetmeliklerin üye ülke hukuklarındaki doğrudan uygulanabilirliği kuralı da, yönergelerde yer alan düzenlemelerin hedeflediği üye ülke hukuklarında harmonize edilme suretiyle uygulanacak olması da bunun bir sonucudur⁵⁹. Öte yandan Türkiye bakımından, henüz üye olarak birlik sistemine dahil olmamışken, sınıraşan şirket birleşmelerine ilişkin bu

58 Birlik hukukunun, Üye Devletlerin egemenliklerini devretmeyi ihtiyari olarak seçmiş olmaları sebebiyle türev olmaktan çok özerk bir nitelikte olduğu ifade edilmiştir; Paul Craig, Grainne de Burca, *EU Law*, 3rd Edition, Oxford, 2003, s.275.

59 "Bir yönergenin hükümleri genellikle üye devletlerin temsilcileri ile Topluluk kurumları arasında oldukça karmaşık bir konuda uzun müzakereler sonucunda varılan bir uzlaşmayı temsil eder" Nowak, Bartłomiej. "Implementation of Directives into Domestic Legal System – The Case of Poland." *Yearbook of Polish European Studies*, 9 (2005), s.69..

düzenlemelerin doğrudan iç hukuka ithal edilmesi ne hukuki ne de teknik anlamda yerinde görünmemektedir. Gerçekten de, her ne kadar aday ülke konumunda olsa da, Türkiye'nin henüz dijital şirketler hukuku sicil sistemine entegrasyonu AB tarafından yapılmamıştır. Bu da sınıraşan işlemlerde, yönergenin talep ettiği tescil ve takip hususlarını imkansız kılmaktadır. Buna ek olarak, halen yabancılik unsuru içeren nitelikteki AB ülkeleri için bu tür özel düzenlemeler getirilmesinin, üye ülkeler için aynı şekilde bir karşılıklılığı olmadığı sürece, Türkiye'de kurulu şirketler bakımından gerekliliği de yoktur. Dolayısıyla mevcut durumda Türkiye'de kurulu bir şirketin dahil olduğu yabancılik unsuru içeren birleşme işlemlerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulacaktır.

Bu durumda öncelikle, ifade ettiğimiz üzere, işlemde yabancılik unsurunun var olup olmadığı tespit edilecek, var ise, hangi hukukun uygulanacağı belirlenecektir. Yabancılik unsurunun tespiti için birleşmede yer alan şirketlerden en az ikisinin farklı devlet tâbiyetinde olması veya yeni kuruluş yoluyla birleşmede, birleşen şirketler aynı tâbiyette olsa dahi, yeni kurulan şirketin yabancı tâbiyette olması halinde mevcut olacağı öğretide ifade edilmiştir⁶⁰.

MÖHUK⁶¹'a göre tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir, ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir (m. 9/4). Bu düzenleme, TTK'nın Türkiye'de kurulan şirketlerin merkezlerinin Türkiye'de olması gerektiği kuralı ile birlikte ele alınarak şirketler bakımından idare merkezi hukukunun (Kıta Avrupası sisteminin) kabul edildiği, sınır aşan işlemler bakımından ise şirket sözleşmesindeki düzenlemelerinin de dikkate alınması gerektiğine de işaret edilmiştir⁶².

Sonuç olarak Türkiye'nin üye ülke konumuna gelmeden 2017/1132 sayılı AB Yönergesi'nde yer verilen sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemeleri iç hukuka aktarması mümkün görünmemektedir⁶³.

60 Kavlak, s. 144.

61 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

62 Kavlak çalışmasında, devletlerin lex societatisin tespitinde yeknesak bir bağlantı noktası tespiti yapmadığını, dolayısıyla bir şirketin tabi olduğu hukukun belirlenmesinde her bir devletin kendi kanunla ihtilafı kurallarının incelenmesi gerektiğini belirtmektedir; Kavlak, s. 146.

63 Öte yandan üye ülke haline geldikten sonra bu konuda kanunda düzenleme yapılması zorunlu hale gelecektir. Bu düzenlemelerle ilgili öneri için bkz. Helvacı/Uzel, s. 227.

F. Bölünme

1. 2017/1132 sayılı Yönerge Hükümleri ile TTK Hükümlerine Yakından Bakış

AB müktesebatı dikkate alındığında 82/891/EU'nun, TTK'nın yapısal değişikliklere ilişkin hükümlerinin, İsviçre Birleşme Kanunu hükümleri ile birlikte mehzaz olduğu söylenebilir. İsviçre Birleşme Kanunu da 82/891/EU göz önünde tutularak hazırlanmıştır⁶⁴. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği üzere, TTK hükümleri ile TTK'nın yasalaştığı dönem AB Hukuku düzenlemeleri çok büyük oranda uyumlu idi. 2019/2121 sayılı Yönerge ile sınıraşan bölünmelere ilişkin sonradan eklenen ve tümüyle yeni düzenlemeler dışında 2017/1132 sayılı Yönerge halefi 82/891/EU ile büyük oranda aynıdır. Bu itibarla, TTK'nın mevcut haliyle de ulusal bölünmelere ilişkin düzenlemeler yönünden AB düzenlemeleri ile uyumlu olduğu söylenmelidir⁶⁵. Buna karşılık, TTK hükümleri ile 2017/1132 sayılı Yönerge arasında bazı farklar da bulunmakta olup; bunlar üzerinde kısaca durmanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Bu noktada, bölünmeye ilişkin özel koruma düzenlemelerinin dört hedef grubun menfaatlerine yönelik olduğunu belirtmek isteriz: a) Bölünmeye katılan şirketlerin (özellikle, azınlık) pay sahipleri/ortakları b) Bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları c) İmtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri gibi özel hak sahipleri d) Bölünen şirketlerin işçilerinin korunması.

Yönergenin uygulama alanı, kural olarak, anonim ortaklıklarla sınırlı iken; TTK'nın bölünmeye ilişkin hükümlerinin uygulama alanı, tüm sermaye şirketleri ve kooperatifleri kapsamaktadır⁶⁶.

6102 sayılı TTK'nın yasalaşan ilk halinde düzenlemiş olan işlem denetçiliği kurumu, 6335 sayılı Yasa ile 2012 yılında TTK'dan çıkartılmıştır. Dolayısıyla bölünme işlemi öncesinde AB Hukuku'ndaki bu denetim

Bununla birlikte, rapor dönemlerinde AB temsilcileriyle yapılan görüşmelerde, sınıraşan işlemlerle ilgili düzenlemelerin, üyelik müzakerelerinin sonuçlandığı ve üyeliğe bir yıl kaldığı dönemde kanunlaştırılması konusunda karşılıklı anlaşmaya varıldığı kamu kurumlarından temsilcilerle yapılan görüşmelerde tarafımıza şifahan iletilmiştir.

64 TTK Genel Gerekçesi Nr. 34, 55, 114.

65 Fena İpek Kayalı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi, İstanbul 2020, s. 337; Helvacı / Uzel, s. 232, 239.

66 Helvacı / Uzel, s. 233.

mekanizması Türk Hukuku'nda mevcut değildir⁶⁷. Bu durum da öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁶⁸.

TTK, oranların korunmadığı bölünmede; nakit karşılığı ayrılma akçesi ile ortaklıktan ayrılma imkanını azınlık pay sahiplerine açıkça tanımamıştır⁶⁹. Öte yandan, oranların korunmadığı bölünmelerin tabi olduğu yetersayı, TTK'da; oranların korunduğu bölünmelerden farklı ve Yönerge'ye göre daha ağır olacak şekilde düzenlenmiştir⁷⁰. Özel hak sahiplerinin korunması ilkesi Yönerge'ye koşut olarak benimsenmesine karşılık, TTK'nın bölünmeye ilişkin hükümlerinde, farklı grup payların sahiplerinin onayına ilişkin bir düzenleme bulunmaması da öğretide dikkat çekilen bir başka farklılık olup; tam uyum için açık bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir⁷¹.

Yukarıda da aktardığımız üzere, TTK'ya göre tüm sermaye şirketleri ve kooperatiflerin bölünebilmesi mümkün olup; paylı komandit ortaklıklarda, komandite ortaklar ile kooperatif ortaklarının kişisel sorumluluk olasılığına istinaden Yönerge'den farklı olarak, bu husus da TTK md. 177'de, TTK md. 158'e yapılan atıf ile düzenlenmiştir⁷².

İnceleme hakkının süresi TTK ve İsviçre Bölünme Yasası'nda iki ay iken; Yönerge'de en az bir ay şeklinde düzenlenmiştir⁷³.

Yönerge'de, bölünmeye katılan şirketlerin, bölünme sözleşmesine göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsil sorumlu olacakları öngörülmekle beraber, üye devletlere bu konuda esneklik tanınmıştır. Bu kapsamda; üye devletler, devralan şirketin sorumluluğunu kendisine devredilen net aktif değeriyle sınırlamasına izin verebilir. Buna karşılık, TTK'da devralan şirketlerin sorumluluğunun iktisap edilen net aktif malvarlığına göre sınırlandırılması imkanı tanınmamıştır⁷⁴. Bu bakımdan, TTK'nın alacaklıların korunması konusunda, Yönerge'nin önünde olduğu dahi söylenebilir.

67 İpek Kayalı, Bölünme, s. 159-160. İşlem denetçisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Usluel, s. 123-153.

68 Helvacı / Uzel, s. 235.

69 İpek Kayalı, Bölünme, s. 203.

70 İpek Kayalı, Bölünme, s. 103-104.

71 Helvacı / Uzel, s. 234.

72 İpek Kayalı, s. 302.

73 İpek Kayalı, Bölünme, s. 46.

74 Ercüment Erdem, "Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması", Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, İstanbul 2016, s. 344; İpek Kayalı, Bölünme, s. 147.

Devralan şirketin genel kurulunun onayı, Yönerge md. 140'ta sayılan şartların sağlanması halinde, istisna tutulabilmektedir. TTK'da ise, bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte; uyum açısından bunun bir zorunluluk teşkil etmediği ifade edilmektedir⁷⁵.

Denkleştirme tutarı için TTK, payların gerçek değerini esas alırken; Yönerge'de itibari değer esas alınmaktadır⁷⁶. Gerçek değer, pay sahiplerinin daha lehine olduğu belirtilmekte ve TTK düzenlemesi yerinde bulunmaktadır⁷⁷.

TTK'da KOBİ'ler için tanınan basitleştirilmiş usulde bölünme imkanı, Yönerge'de bu kapsamda düzenlenmemiştir⁷⁸. Bu kapsama dâhil olan inceleme hakkından vazgeçilmesi imkanı, Yönerge'de yer almamakla birlikte, oybirliği şartı arandığından Yönerge'ye bir aykırılık teşkil etmediği belirtilmektedir⁷⁹.

Yönerge'ye göre, alacaklıların teminat talep edebilmesi için alacaklılarının bölünmenin ilanından önce doğmuş olması yeterli kabul edilmiştir.

Yapısal değişikliğe ilişkin TTK'nın ortak hükümlerinden bir diğeri olan TTK md. 193'e göre, bölünmeye herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Buna karşılık, Yönerge'de yalnızca bölünen şirketin yönetim organı bağlamında sorumluluk düzenlenmiş; işlem denetçilerinin sorumluluğu için de üye ülkelere düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Görüldüğü üzere, TTK'da bölünme işlemlerinden doğan sorumluluğun kişi yönünden kapsamı, Yönerge'ye göre daha geniş olup; bu durum Türk öğretisinde olumlu karşılanmaktadır⁸⁰.

Özetle, TTK'nın ulusal bölünmelere ilişkin hükümlerinin halen büyük ölçüde AB Yönergesi ile uyumlu olduğu tespitine biz de katılmaktayız. Var olan farkların büyük çoğunluğunda da TTK'nın, Yönerge'ye göre menfaatleri korunanların daha lehine olacak şekilde düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Buna karşılık, bölünme işleminin usulü bakımından olduğu kadar işlemin hukuki güvenliği ve korunması amaçlanan grupların daha

75 Helvacı, Uzel, s. 235.

76 İpek Kayalı, Bölünme, s. 215 ve orada dn. 117.

77 İpek Kayalı, Bölünme, s. 215 ve orada dn. 117.

78 İpek Kayalı, Bölünme, s. 220.

79 Helvacı, Uzel, s. 235-236.

80 İpek Kayalı, Bölünme, s. 313-314; Helvacı, Uzel, s. 234.

iyi korunabilmesi için gerek AB Yönergesi gerek mehz İsviçre yasasında mevcut olan ve 6102 sayılı TTK'nın yasalardan ilkinde mevcut olmasına karşılık, sonradan 6335 sayılı Yasa ile kaldırılan işlem denetçisi kurumu ve bölünmedeki yetki ile görevlerinin yeniden ihdasının büyük önem taşıdığı düşüncesindeyiz.

2. Sınıraşan Bölünmeler

a. Düzenlemenin Gerekçeleri, Koruduğu Menfaatler ve Kapsamı

Sınıraşan bölünmeler, AB Hukuku'nda ilk defa 2019/2121 sayılı Yönerge ile düzenlenmiş ve 160a – 160u hükümleri, 2017/1132 sayılı Yönerge'ye eklenmiştir. Konuyla ilgili yapılan bir ampirik çalışmada, 2000-2020 arasındaki dönemde, AB içinde yalnızca 31 adet (tüm sınıraşan yapısal değişikliklerin yalnızca %0,3'ü) sınıraşan bölünme gerçekleştirildiğine dikkat çekilmektedir⁸¹. Ayrıca bu döneme kadar geçen süreçte, sınıraşan bölünmeleri doğrudan ele alan bir ABAD kararı bulunmadığı; yalnızca 2008 tarihli Sevic kararında, ABAD'ın iş kurma serbestisinin yalnızca sınıraşan birleşmeler ile sınırlandırmadığı ve açıkça diğer “şirket yapısal değişikliği işlemlerine” genişleten ifadelerle yer verdiği belirtilmektedir⁸². AB'de sınıraşan bölünmelerin sayısı olarak bu kadar düşük kalması; sınıraşan bölünmelere düzenleme öncesi dönemde pek çok AB üyesi ülkede izin verilmemesi, yalnızca yedi üye ülkenin mevzuatında bu türden bir işleme cevaz verilmesi gösterilmektedir⁸³. Başka bir ifadeyle; 2019/2121 sayılı Yönerge ile yapılan değişiklik öncesi dönemde, ortaklıklar reddedilecek bir işlem (sınıraşan bölünme) için karmaşık hukuki işlemler gerçekleştirmeyi ve ağır bir maliyet altına girmeyi haklı olarak göze almamışlardır. Söz konusu dönemde, sınıraşan bölünme yerine pek çok şirketin önce ulusal mevzuata göre bölünme işlemi gerçekleştikten sonra devralan şirketin/şirketlerden birinin merkezini başka bir ülkeye taşıma yoluna gittiğine dikkat çekilmektedir⁸⁴. Yönerge ile yapılan düzen-

81 Thomas Biermeyer, Marcus Meyer-Erdmann, Report: Cross-border Corporate Mobility in the EU, Empirical Findings 2021, Maastricht 2021, s. 28.

82 Jessica Schmidt, “Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package”, ECFR 2019, S. 1-2, s. 224-225.

83 Biermeyer, Meyer-Erdmann, s. 28.

84 Leonhard Kappenhagen, Kilian L. Wentz, “Vorbereitungsphase grenzüberschreiten-

lemeler sonrası söz konusu endişe azalacağından, sınıraşan bölünmelerin de artması beklenmektedir⁸⁵.

2019/2121 sayılı Direktif ile sınıraşan yapısal değişikliklere ve bu kapsamda, sınıraşan bölünmelere ilişkin yapılan düzenlemelerin amacının; üye ülkelerin iç mevzuatlarından kaynaklanan farklı koruma önlemleri ve düzeylerinin yol açtığı karmaşıklık ve hukuki belirsizliğin, aynı düzeyde asgari koruma sağlanması yoluyla giderilmesidir⁸⁶. Sınıraşan birleşme ve bölünmelerin düzenlenme amacı birbirine büyük oranda benzerdir⁸⁷. Zira yapısal değişiklik türlerinden birleşme ve bölünmede, korunan menfaat grupları yönünden ortaya çıkan riskler benzer iken; tür değiştirme bu yönden farklıdır. Şöyle ki, tür değiştirme işleminde; tür değiştiren şirketin aktifleri ve pay sahipliği oranlarında bir değişiklik gerçekleşmiyor iken, birleşme ve bölünmelerde; şirket aktifleri ve pay sahipliği yapısında değişiklik olmaktadır⁸⁸. Bu bakımdan, yönerge ile sınıraşan birleşme ve bölünmeler yönünden üye ülkeler arasında asgari yeknesaklığın sağlanması hedeflenmiştir⁸⁹. Hiç kuşkusuz, üye ülkeler iş kurma serbestisi ve menfaat sahiplerinin korunmasına ilişkin düzenlemelerle uyum içinde olmakla birlikte daha koruyucu ve bu anlamda daha katı düzenlemeler yapabilirler⁹⁰. Öte yandan, üye ülkelerin iç hukuk düzenlerindeki farklılıkların; iş kurma serbestisinin uygulanmasına getirdiği engellerin kaldırılmasının da bir diğer amaç olduğu söylenebilir⁹¹. Ancak Yönerge'nin hazırlandığı süreçteki ciddi hazırlık çalışmalarına, öğreti ve uygulayıcıların taleplerine karşılık; iş kurma

der Spaltungen – ein Vergleich mit den Vorschriften zu innerstaatlichen Spaltungen”, WM 2023, C. LXXVII, S. 46, s. 2113.

85 Kopenhagen, Wentz, s. 2113. Benzer yönde bkz. Tim Oliver Brandi, Mike Karl Schmidt, “Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem UmRUG”, AG, 2023/9, s. 299. 2019/2121 sayılı Yönerge ile sınıraşan birleşmelerin yanında, sınıraşan bölünme ve tür değiştirmelere ilişkin düzenleme yapılması bir başarı olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Schmidt, s. 229.

86 Lorenzo Benedetti, “The protection of shareholders in cross-border conversions, mergers, and divisions”, *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2023/3, s. 995; Klaus Bader, Andreas Börner, *European Corporate Law, Article-by-Article Commentary*, ed. Kindler, Peter/Lieder, Jan, Baden-Baden 2021, Art. 160a, Nr. 4.

87 Benedetti, s. 995.

88 Benedetti, s. 995.

89 Martin Winner, “Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions”, *ECFR*, 2019/1-2, s. 47.

90 Schmidt, s. 238; Winner, s. 47.

91 Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 2; Benedetti, s. 995.

serbestisi ve şirketlerin tabi olduğu hukuka yönelik bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmemiş olup, bu durum öğretilerde eleştirilmektedir⁹². Gerçekten, AB'nin sınıraşan yapısal değişikliklerle ilgili en önem verdiği konu, birincil mevzuattan kaynaklanan tüzel kişilerin (ortaklıkların) AB içinde serbest hareketliliğinin sağlanması olup; bu konu yapısal değişiklikler temelinde ayrı bir önem taşımaktadır. Ancak farklı yöndeki ABAD kararlarına ve yorumlara karşılık, 2019/2121 sayılı Yönerge ile bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Ulusal düzeydeki bölünmeler ile sınıraşan bölünmelerdeki potansiyel sorunların aynı olduğu belirtilmektedir⁹³. Bunlar; devredilecek aktif ve pasiflerin belirlenmesi, alacaklıların bölünme öncesine göre durumların somut şekilde kötüleşmesini önlemek⁹⁴, işçilerin ve bölünmeye katılan şirket (azınlık) pay sahiplerinin⁹⁵ menfaatlerini korumaktır⁹⁶. Yönerge'nin, sınıraşan birleşme ve bölünmelerde; (azınlık) pay sahiplerini korumak için öngördüğü koruma mekanizmasına bakıldığında, a) nakit karşılığı ayrılma hakkı b) Pay değişim oranlarının yanlış/yetersiz olması halinde, ek tazminat hakkı c) Değerlemede yapılan hatalar/aykırılıklar nedeniyle yapısal değişikliğe ilişkin genel kurul kararının hükümsüzlüğünün talep edilememesi şeklinde üç temel yapıtaşı olduğu görülmektedir⁹⁷. Şirket alacaklılarının korunması için ise, iki temel sütun bulunmaktadır: a) Bölünme planında bilgi verilmesi (Dileyen üye ülkeler, mali yeterlilik bildirimini de ek olarak arayabilirler.) b) Zarar gördüğü iddiasında olan alacaklılar için uygun bir idari veya yargısal makama başvuru imkanı⁹⁸. 2017/1132 sayılı Yönerge art. 146'ya göre; ulusal düzeydeki

92 Schmidt, s. 231.

93 Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 9.

94 Sınıraşan bölünmelere kıyas yoluyla alacaklıların karşılaşacağı risklerin; a) Sınıraşan bölünmenin başarısız olması karşısında, borçlu şirketin değeri ve malvarlığındaki azalma b) Varlık yapısındaki ve alacaklıların kompozisyonundaki değişim c) Uygulanacak hukukta meydana gelebilecek değişim şeklinde sayılması mümkündür. Bkz. Winner, s. 49-52.

95 Pay sahiplerinin menfaatlerine yönelik risklerin üç noktada toplandığı belirtilmektedir: a) Payların değer kaybı b) Değişim oranının yanlış/yetersiz belirlenmesi c) İşlemin gerçekleşmesi sonrası uygulanacak hukukta meydana gelebilecek değişim. Bkz. Winner, s. 62-63; Benedetti, s. 996.

96 Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 9.

97 Schmidt, s. 254-260. Ayrıca bkz. Winner, s. 64-71.

98 Schmidt, s. 262. Tüm yapısal değişiklikler için ortak olan bu önlemler için ayrıca ayrıca bkz. Winner, s. 54.

bölünmelerde; *ex post* hukuki çare olarak, devralan şirketlerin müteselsil sorumluluğu ilkesi düzenlenmiştir. Ancak sınıraşan düzeydeki bölünmeler için dikkat edilmesi gereken konu, yeknesaklığı sağlayacak bir düzenleme yapılmasının zorunluluğudur⁹⁹. Zira sınıraşan bir bölünmede, devralan şirketlerin iki farklı üye ülkenin hukukuna tabi olması ve söz konusu üye ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinin birbirinden farklılık içermesi halinde, farklı şirketlerin alacaklılarının dayanabilecekleri düzenlemeler yönünden de adil olmayan farklılıklar ortaya çıkabilecektir¹⁰⁰. Bu nedenle, 2019/2121 sayılı Yönerge art. 160j hükmü ile ulusal düzeydeki bölünmelerde alacaklıların korunmasına ilişkin müteselsil sorumluluğu düzenleyen 2017/1132 sayılı Yönerge art. 146'yı kısmen esas alan bir düzenleme getirilmiştir¹⁰¹. Söz konusu düzenlemeye göre, bölünen şirketin bir alacaklısının alacağını tahsil edememesi halinde; devralan şirketler ile kısmi bölünmede, bölünen şirketin müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiş fakat müteselsil sorumluluğun azami miktarının, ilgili şirkete aktarılan net malvarlığının bölünmenin gerçekleştiği tarihteki değeri ile sınırlı olacağı düzenlenmiştir (2019/2121 sayılı Yönerge art. 160j/f.2). Ancak burada ulusal düzeydeki bölünmelere ilişkin 2017/1132 sayılı Yönerge art. 146'ya göre önemli farklılıklar da bulunmaktadır¹⁰². Şöyle ki, 2017/1132 sayılı Yönerge art. 146'ya göre; bölünmeye katılan devralan şirketlerin sorumluluğunu, söz konusu şirketlere aktarılan net malvarlığı ile sınırlandırılması emredici nitelikte olmayıp; üye ülkelerin tercihine bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle, sınıraşan birleşmelerde tam müteselsil sorumluluk için üye ülkelere bir imkan tanınmamıştır¹⁰³. Ayrıca ulusal düzeydeki bölünmelerin bir yargı organının denetimine tabi olduğu ve toplam alacaklıların miktar bakımından 3/4'ünü oluşturan alacaklıların veya herhangi bir alacaklı sınıfının yapılacak alacaklılar toplantısında izin kararı vermesi halinde, müteselsil sorumluluktan vazgeçebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme de sınıraşan bölünmelere ilişkin art. 160j/f.2'ye alınmamış olmakla birlikte, ortada bilinçli bir tercih bulunduğu söylenebilir. Böylelikle, sınıraşan bölünmelerde;

99 Winner, s. 58.

100 Winner, s. 58.

101 Schmidt, s. 263.

102 Antigoni Alexandropoulou, Martin Winner, "Creditor Protection and Divisions – Did the CJEU Get It Right?," ECFR, 2021/4, s. 605; Winner, s. 58-59.

103 Alexandropoulou, Winner, s. 605; Winner, s. 59.

alacaklılar için iki ayrı sistemin koşut şekilde uygulanmasının mümkün olduğunca önüne geçilmek istendiği belirtilmektedir¹⁰⁴.

Bu noktada, ABAD'ın yakın tarihte verdiği I.G.I. kararı da öğretilerde özel inceleme ve eleştiri konusu olmuştur¹⁰⁵. Kararda özetle; ulusal düzeyde bir limited şirketin bölünmesini müteakiben bölünen şirketin alacaklısı bölünmeye özgü İtalyan Medenî Kanunu'ndaki hukuki çarelere başvurmuş; sonradan bölünme işlemi nedeniyle tasarrufun iptali davası açmıştır. İtalyan ilk derece mahkemesi talebi kabul etmiş; yüksek mahkeme ise, dosyayı yorumu için ABAD'a taşımıştır. ABAD, 2017/1132 sayılı Yönerge md. 146 ve 153'ün tasarrufun iptali davalarını dışlamadığına/bu tür davalara engel teşkil etmediğine karar vermiştir¹⁰⁶. ABAD kararını üç gerekçeye dayandırmaktadır¹⁰⁷. Birinci gerekçe, 2017/1132 sayılı Yönerge md. 146/f.2'nin lafzındaki "en azından" ifadesi; alacaklıların korunması için asgari düzeyde yeknesaklığa yönelik olup, üye ülkeler iç hukuk düzenlerinde daha kapsamlı veya ek önlemler öngörebilir. Ayrıca Yönerge'de, alacaklıların öncelikle Yönerge'de düzenlenen hukuki çarelere başvurması gibi bir gereklilik de düzenlenmemiştir. Son olarak, bölünen şirketin alacaklılarının korunması amaçlandığından; bölünen şirket alacaklılarına öncelik tanıyan iç hukuk düzenlemelerinin uygulanmasında Yönerge'ye aykırılık görülmemiştir. Söz konusu kararın, sınıraşan bölünmelere de uygulanabileceği belirtilmektedir¹⁰⁸. Ancak böyle bir uygulama yerinde olmayacağı gerekçesiyle karar eleştirilmektedir¹⁰⁹. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, sınıraşan bölünmelerde; üye ülkelerin hukuk düzenlerindeki farklılıklar, alacaklılar bakımından olumsuzluk teşkil edeceğinden; *ex post* yani bölünme sonrası hukuki çareler için Yönerge hükümlerinin asgari yeknesaklık değil, farklılık olmaması için tam uyum aradıklarının kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹⁰.

104 Alexandropoulou, Winner, s. 605.

105 Kararın künyesi şu şekildedir: CJEU C-394/18. Ayrıntılı değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Alexandropoulou, Winner, s. 588-607.

106 Jessica Schmidt, Spaltung versus actio pauliana, EuZW, 2020, S. 9, s. 372; Alexandropoulou, Winner, s. 595.

107 Ayrıntılı bilgi için bkz. Alexandropoulou, Winner, s. 595.

108 Schmidt, Spaltung, s. 373; Alexandropoulou, Winner, s. 605.

109 Alexandropoulou, Winner, s. 603-606.

110 Alexandropoulou, Winner, s. 606.

Sınıraşan birleşmeler ile birlikte sınıraşan bölünmeler için yapılan düzenlemelerin ana hatlarıyla şu unsurlardan oluştuğu ifade edilmektedir¹¹¹:

- Birleşme/bölünme planı (taslağı)
- Yönetim organı tarafından hazırlanacak bir rapor
- Bunların bağımsız bir uzman tarafından denetimi
- Kamuya açıklama/bilgilendirme
- Genel kurul tarafından alınacak bir karar
- Hukukilik ve kötüye kullanma denetimi
- Menfaat sahipleri olan pay sahipleri, alacaklılar ve işçilerin düzenlenmesine ilişkin hükümler.

Yönerge'ye göre, sınıraşan bölünmeler; bölünen şirketin bir üye ülkenin hukukuna göre kurulmuş ve merkezinin, yönetiminin veya asıl faaliyet yerinin birlik içinde olduğu ve bölünmeye katılan en az iki şirketin farklı üye ülkelerin hukuklarına tabi olduğu bölünmeler olarak tanımlanmıştır (Art. 160a/f.1)¹¹². Dolayısıyla AB üyesi veya Avrupa Ekonomik Birliği üyesi olmayan İngiltere, İsviçre veya Türkiye gibi bir ülkedeki şirketin kısmen bölünme yoluyla, AB veya Avrupa Ekonomik Birliği üyesi bir ülkede yeni kurulan tek bir devralan şirketle yer alacağı bölünme işlemlerinin, 2109/2121 sayılı Yönerge kapsamında, sınıraşan bir bölünme olarak nitelendirilemeyeceği söylenebilir.

Kapsam yönünden sınıraşan bölünmelere ilişkin yönerge hükümlerinin yalnızca sermaye şirketlerine uygulanacağı öngörülmüştür¹¹³. Bu durum, yani şahıs ortaklıklarının kapsam dışında bırakılması ise, gerçek bir ekonomik veya pratik gerekçeye dayanmadığı için öğretilerde eleştirilmektedir¹¹⁴. Yine düzenlemelerin kapsamı yalnızca yeni kuruluş yoluyla bölünmelerle sınırlıdır¹¹⁵. Her ne kadar bu sınırlandırmanın gerekçesi, yeni kuru-

111 Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 7.

112 Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 12-13.

113 Schmidt, s. 230; Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 11, 23.

114 Schmidt, s. 230; Brandi, Schmidt, s. 299 ve orada dn. 35'te anılan yazarlar. Şahıs ortaklıkları için sınıraşan bölünmelere ilişkin yeknesak kurallara duyulan ihtiyacın, sınıraşan birleşme ve tür değiştirme işlemlerinden dahi daha fazla olduğu ve yeknesak bir hukuki zeminin eksikliğinin, iç hukuk düzenlemeleri arasındaki farklılıklar nedeniyle; varlıkların etkin biçimde devredilip devredilmediğine ilişkin belirsizliklere yol açabileceği yönünde bkz. Bader, Börner, Art. 160a, Nr. 25.

115 Schmidt, s. 234; Kopenhagen, Wentz, s. 2113. Buna karşılık, Alman yasa koyucu

luş yoluyla olmayan bölünmelerin çok karmaşık bir yapıya sahip olması ve bu türden bölünmelerde, hile olasılığının daha yüksek olması şeklinde ifade edilse de bu gerekçelerin tatmin edici olmaktan uzak olduğu; sınıraşan bölünmelerin yeni kuruluş yoluyla gerçekleşse dahi zaten çok karmaşık işlemler olması ve neden hile olasılığının artacağına ilişkin Komisyon tarafından herhangi bir nedenin açıklanmamış olması gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹¹⁶. Öte yandan, Yönerge hükümleri hem oranların korunduğu hem oranların korunmadığı bölünmeleri kapsamaktadır¹¹⁷. Ayrıca tam ve kısmi sınıraşan bölünmeler yönünden de bir ayırım yapılmamıştır¹¹⁸.

Yönerge'nin hazırlandığı süreçteki ciddi hazırlık çalışmalarına, öğreti ve uygulayıcıların taleplerine karşılık; iş kurma serbestisi ve şirketlerin tabi olduğu hukuka yönelik bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmemesi de konumuza da ilgilendiren bir başka eleştiridir¹¹⁹. Gerçekten, AB'nin sınıraşan yapısal değişikliklerle ilgili en önem verdiği konu, birincil mevzuattan kaynaklanan tüzel kişilerin (ortaklıkların) AB içinde serbest hareketliliğinin sağlanması olup; bu konu yapısal değişiklikler temelinde ayrı bir önem taşımaktadır. Ancak farklı yöndeki ABAD kararlarına ve yorumlara karşılık, 2019/2121 sayılı Yönerge ile bu konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Sınıraşan bölünmeler yönünden Yönerge'ye yöneltilen önemli bir eleştiri ise, hukukilik ve kötüye kullanma denetimi olarak adlandırabileceğimiz art. 160o hükmüdür¹²⁰. Bu hüküm kapsamında, hukukilik ve kötüye kullanma denetimi yapma yetkisi, üye ülkeler tarafından mahkeme, noter veya bu konuda yetkin başka bir makama verilebilecektir. Sınıraşan bölünme işleminin geçerlilik kazanabilmesi, bölünmeye katılan şirket tarafından

Yönerge'yi iç hukukuna aktarırken, yeni kuruluş yoluyla olmayan sınıraşan bölünmeleri de uygulamadaki önemleri nedeniyle düzenlemelerin kapsamına dâhil etmiş olup; bu durum öğretilerde olumlu karşılanmıştır. Bkz. Kopenhagen, Wentz, s. 2113. Ayrıca bkz. Brandi, Schmidt, s. 300. Öte yandan, bu hükümlerin uygulanabilmesi için ancak Alman Hukuku'nda olduğu üzere, sınıraşan bölünmelere ilişkin hükümlerin uygulama kapsamını genişleten bir başka AB üyesi ülkenin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Brandi, Schmidt, s. 300.

116 Schimdt, s. 234-235.

117 Schimdt, s. 234.

118 Schimdt, s. 235.

119 Schimdt, s. 231.

120 Ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. Christoph Teichmann, as Konzept des „Rechtssmissbrauchs“ im Europäischen Umwandlungsrecht, ZGR, 2022/3, s. 376-415; Schimdt, s. 236-241, 250-252.

art. 160h kapsamında şirketin genel kurulu tarafından kabul edilen bölünme planının, ilgili makama elektronik ortamda teslimi ve ilgili makamın üye ülkenin iç hukuk düzenlemelerine uygunluğu tespit ettikten sonra vereceği onaya bağlıdır. Söz konusu düzenlemeye yöneltilen eleştiriler arasında, üye ülkelerin bir bölümünde; bu yetkinin noterlere verilmesi, kötüye kullanma kavramının belirsiz olması, aykırılıkların var olması halinde; nasıl bir yol izleneceğine ilişkin bir açıklık olmaması gibi hususlar yer almaktadır.

Yönerge’de payların değerlemesinde genel kabul edilmiş değerlendirme yöntemlerinin uygulanacağı ve bunun bağımsız bir uzman tarafından denetleneyeceği düzenlenmişse de (Art. 160f) öğretide değerlendirme kurallarına ilişkin bir yeknesaklaşmanın düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir¹²¹.

b. Türk Hukuku’ndaki Durum

Türk Hukuku’nda, sınıraşan bölünelere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, AB İlerleme Raporu’nun Ortaklıklar Hukuku bölümünde yöneltilen eleştirilerden biri de Türkiye’nin, sınıraşan bölünelere ilişkin düzenlemeleri iç hukukuna aktarmaması olarak ifade edilmiştir. TTK’nın genel gerekçesine bakıldığında; *“Sınıraşan, yani bir ülkenin bir şirketiyle ilgili birleşme, bölünme gibi bir yapısal değişikliğin o ülkenin sınırı dışında (ötesinde) başka bir ülkede gerçekleştiği; sınıraşan merkez değiştirmeleri, sınıraşan birleşmeler ve birleşmeler kapsamında sınıraşan etkili bölünmeler, yabancı ülkelerde esas faaliyetin yoğunlaşacağı şubeler açılması Avrupa’da şirketlerin hareketliliği şeklinde ifade edilmektedir (corporate mobility). ... Avrupa’nın isteği, işletmelerin “mobil” olmasıdır. Şirketler hukuku öğretisi taşınabilirliğe başka bir deyişle hareketliliğe odaklanmıştır. Ancak bu yolla içpazar kurulabilir. Bu sorun Türkiye için güncel değildir. Ancak şirketler hukukunun gelişme yönlerinden biri olarak ilgi çekicidir ve Türkiye’nin yakın geleceğinde güncellik kazanması olasılığı sebebiyle araştırmacılarca ele alınması gerekli olan bir konudur. Çok da uzun olmayan bir süre içinde merkez değiştirmeleri ve sınıraşan birleşmeler ile “corporate mobility”, AB ile müzakereler kapsamında Türkiye için güncellik kazanabilir”* ifadeleri ile konuya değinildiği görülmektedir. Karmaşık ve tartışmalı olan konunun düzenlenmemesinin yasa koyucunun bilinçli tercihinin bir ürünü olduğu belirtilmektedir¹²².

121 Schmidt, s. 244.

122 Helvacı, Uzel, s. 238.

AB veya Avrupa Ekonomik Birliği üyesi olmadığımızdan, halen Türkiye için bu düzenlemelerin iç hukuka aktarılmasının güncellik taşımadığı düşüncesindeyiz¹²³. Zira Yönerge düzenlemelerinin kapsamına bakıldığında, aday ülkelerin kapsama alınmadığı; bölünen şirketin AB mevzuatına tabi bir ülke olması ve bölünmeye katılan en az iki şirketin AB veya Avrupa Ekonomik Birliği üyesi olmasının arandığı açıktır. Fakat bu konunun AB tarafından vurgulanması halinde; TTK'da, AB üyesi ülkelerden Türkiye'ye yapılacak bölünmeler için 2019/2121'deki düzenlemelerin iç hukuka aktarılması düşünülebilir. Bu durumda, mevzuatta AB üyesi ülkeler ile üçüncü ülkeler arasında oluşturulan farkın hukuken de meşru gerekçe ile açıklanması gerekecektir.

Sonuç

AB üyelik müzakere sürecinde, dönem raporlarında da pek çok kez ifade edildiği üzere şirketler hukuku faslı uyumun en çok yakalandığı fasıllardan birini teşkil etmektedir. Birleşme ve bölünmeye ilişkin yapılan bu değerlendirme de benzer biçimde aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Bölünme işlemi bakımından kaldırılan işlem denetçisi yerine tüm paydaşlarla birlikte oluşturulan bir denetim mekanizmasının hem yeterli hem de ilgili taraf menfaatlerini korumaya hizmet edecek bir düzenleme olacağı; bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde yine sadece Yönerge'nin talep ettiği bilgilerle sınırlı olmak üzere, sicilin dijitalleşmesine ilişkin kolaylıklar da dikkate alınarak bir düzenleme getirilebileceği, sınıraşan birleşmeler bakımından Türkiye'nin üye ülke konumuna gelmeden 2017/1132 sayılı AB Yönergesi'nde yer verilen sınıraşan birleşmelere ilişkin düzenlemeleri iç hukuka aktarması mümkün görünmediği ancak bu konuda sürecin ilerlemesine bağlı olarak gerekli hazırlıkların yapılmasının gerekeceği kanaatine varılmıştır.

Diğer yandan TTK'nın ulusal bölünmelere ilişkin hükümlerinin halen büyük ölçüde AB Yönergesi ile uyumlu olduğu, var olan farkların büyük çoğunluğunda TTK'da, Yönerge'ye göre menfaat sahipleri lehine olacak şekilde düzenlemeler yapıldığı; bununla birlikte bölünme işlemi bakımından da

123 AB mevzuatı ile uyum sağlanması bakımından bir zorunluluk olduğu ve en doğru tercihin, TTK'ya eklenecek hükümlerle düzenleme yapılması olduğu yönünde bkz. Helvacı, Uzel, s. 238.

menfaat sahiplerinin daha iyi korunabilmesi için işlem denetçisi kurumu ve bölünmedeki yetki ile görevlerinin yeniden ihdasının büyük önem taşıdığı düşünölmektedir.

Sınıraşan bölünmeler içinse, aynen sınıraşan birleşmelerde de olduğu gibi, AB veya Avrupa Ekonomik Birliği üyesi olmadığımızdan, halen Türkiye için bu düzenlemelerin iç hukuka aktarılmasının güncellik taşımadığı kanaatine varılmaktadır.

Kaynakça

- Alexandropoulou, Antigoni / Winner, Martin. “Creditor Protection and Divisions – Did the CJEU Get It Right?”. ECFR. 4 (2021):588-607.
- Bader, Klaus / Börner, Andreas. European Corporate Law, Article-by-Article Commentary, ed. Kindler, Peter/Lieder, Jan, Baden-Baden 2021.
- Bahtiyar, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu ile Avrupa Birliği’nin Üçüncü Konsey Yönergesi Açısından Anonim Ortaklık Birleşmeleri ve Denetimi”. Makaleler II. İstanbul (2008):77-97.
- Benedetti, Lorenzo. “The protection of shareholders in cross-border conversions, mergers, and divisions”, *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2023/3, s. 994-1013.
- Biermeyer, Thomas / Meyer-Erdmann, Marcus. Report: Cross-border Corporate Mobility in the EU, Empirical Findings 2021, Maastricht 2021.Mehmet Helvacı Avrupa Birliği Özel Hukuku Seçimlik Dersi Ders Notu https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ab_dersnotu.pdf
- Craig, Paul. Grainne de Burca, EU Law, 3rd Edition, Oxford, 2003.
- Çoştan, Hülya. “Birleşme, Bölünme ve Türk Değiştirmede Özel Hak Sahiplerinin Korunması”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 24 (2008):403-431.
- Erdem, Ercüment. “Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması”. Prof. Dr. Seza Reisoğlu’na Armağan. İstanbul (2016): 311-352.
- Göktürk, Kürşat. “Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşme Süreci ve Bazı Sorunlar”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. XVII/1-2 (2013): 631-662.
- Gürbüz Usluel, Ash Elif. “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27/2 (2011): 123-153.-
- Helvacı, Mehmet. Avrupa Birliği Özel Hukuku Seçimlik Dersi Ders Notu https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=ab_dersnotu.pdf.
- Helvacı, Mehmet / Uzel, Necdet. “Anonim Ortaklıklarda Birleşme ve Bölünme”. *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Özel Hukuk, - Acquis Communautaire’nin Alınması – Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*. ed. Arslan Kaya, Baki İlkay Engin, Ali Paslı, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Oğuz, İstanbul (2020): 217-239.
- İpek Kayalı, Ferna. Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, 2014.
- İpek Kayalı, Ferna. Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi, İstanbul 2020 (Bölünme).
- Kappenhagen, Leonhard / Wentz, Kilian L. “Vorbereitungsphase grenzüberschreitender Spaltungen – ein Vergleich mit den Vorschriften zu innerstaatlichen Spaltungen”, *WM* 2023. LXXVII /46 (2023): 2113-2118.
- Kavlak, Bengül. Uluslararası Şirket Birleşmeleri. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.

- Kurtulan, Gökçe. “Minority Shareholder Protection in Cross-Border Mergers: A Must for or an Impediment to the European Single Market?”. EBOR 18 (2017):101-121.
- Kühle, Karsten. “Cross-Border Conversions”. European Company Law. ed. Peter Kindler / Jan Lieder, 2021.
- Nowak, Bartłomiej. “Implementation of Directives into Domestic Legal System – The Case of Poland”. Yearbook of Polish European Studies. 9 (2005): 67-92.
- Panizza, Roberta. Briefing on Cross-border transfer of company seats. European Parliament Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. 12.05.2017.
- Papadopoulou, Thomas. “Protection of shareholders in cross-border mergers: the new harmonized rules”. ECFR 6 (2021):980-1010.
- Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku Şerhi, C. I. 2018.
- Raet, De. “Mergers of Public Limited Liability Companies” Art 96, European Company Law, ed. Peter Kindler / Jan Lieder, 2021.
- Schmidt, Jessica. “Cross-border Mergers, Divisions and Conversions: Accomplishments and Deficits of the Company Law Package”. ECFR 1-2 (2019): 222-271.
- Schmidt, Jessica. “Spaltung versus actio pauliana” EuZW. 9 (2020): 372-374 (Spaltung).
- Sümer, Murat. “Avrupa Birliği’nde Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Uyumlaştırma Çalışmaları ve Avrupa Tipi Şirket Formları”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 18/2 (2019).
- Teichmann, Christoph. as Konzept des „Rechtsmissbrauchs“ im Europäischen Umwandlungsrecht, ZGR, 3 (2022): 376-415.
- Tim Oliver Brandi / Mike Karl Schmidt, “Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem UmRUG”. AG, 9 (2023): 297-309.
- Vicari, Andrea. European Company Law. de Gruyter, 2021.
- Winner, Martin. “Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions”, ECFR, 2019/1-2, s. 44-73.
- Yıldız, Şükrü. Avrupa Topluluğunun Anonim Şirketlerin Birleşmesine İlişin 9 Ekim 1978 Tarih ve 78/855/EEC Sayılı Şirketler Hukuku Üçüncü Konsey Yönergesi. AÜEHFD. IV/1-2 (2000): 623-634.

Tartışmalar

Hayrettin Çağlar

Katkıda bulunmak isteyen, soru sormak isteyen katılımcımız varsa söz hakkı verelim. Kadir Bey buyrun.

Kadir Sevim

Tekrar merhabalar, Kadir Sevim, Ticaret Bakanlığında katılıyorum. Zehra Hocama sormak istiyorum. Taslak birleşme sözleşmesinin ilanı ile ilgili direktifte bir hüküm var. Bizde bağımsız denetime tabi olan şirketlerde internet sitesi yükümlülüğü olan şirketlerde internet sitesinde ilan ediliyor ama ticaret sicili gazetesinde bu inceleme hakkına ilişkin bir ilan yayınlanıp, ilgili kişilerin taslak birleşme sözleşmesini, genel kurul tarihinden önceki 30 gün içerisinde nerede inceleyebilecekleri ilan ediliyor. Bu yeterli değil mi sizce bizim Avrupa Birliği düzenlemesine uyum sağlamamız açısından?

Zehra Badak

Çok teşekkürler Kadir Bey. Bu soruyu biz de esasen tartıştık, Şükrü Hocamla da tartıştık. Bizdeki düzenleme bu anlamda doğruca o karşılığı vermiyor çünkü birleşmeye ilişkin düzenlemede Yönergede doğruca 16. maddeye göre tescil edilir, ilan edilir ve hatta orada gösterilen şekillerde de belli durumlarda dediğim gibi internet sitesinden ulaşılabiliriyorsa bir kısım kolaylıklar sağlanıyor. O anlamda evet bazı şirketler için var ama maalesef şu aşamada tam anlamıyla karşılar durumunda değiliz.

Kadir Sevim

Orada şöyle bir sorun olabilir belki, Türk Ticaret Kanunu'nda 6335 sayılı Kanun ile değişiklik yapılırken tabii daha evvelinde tüm şirketler internet sitesi açma yükümlülüğüne tabi idi, şirket bunu internet sitesinde ilan eder diye bir düzenleme varken kanun değiştirilirken orası atlanmış gibi, yani orada

tüm şirketlerin artık bu yükümlülüğe tabi olmadığı düşünülerek alternatif bir düzenleme getirilebilirdi. O sebeple orada bir eksiklik oluşmuş olabilir.

Zehra Badak

Bu anlamda ben de katılıyorum görüşünüze, yani Kanun'da böyle ufak şeyleri görüyoruz, toplu değişiklikler yaparken atlanılan kısımlar var ama sonuç olarak ileriye yönelik baktığımızda bu değişikliği bir şekilde entegre etmemiz lazım bizim sistemimize.

Hayrettin Çağlar

Teşekkür ediyoruz. Tabii Kadir Bey bunları söylerken sanki kendisi Ticaret Bakanlığının temsilcisi olarak burada bulunmuyormuş gibi konuşuyor. Oysa hepimiz çok iyi biliyoruz ki Ticaret Kanunu'nu yürütme görevi İç Ticaret Genel Müdürlüğünde. Fakat genel müdürlüğün özel tavrı herhalde bu, Ahmet Bey ile yahut genel müdür Adem Bey ile görüştüğümüzde onlar da, evet şöyle yapmak lazım diyorlar ama, lazım kısmını biz söyleyebiliriz. Siz yapacaksınız, hep beraber göreceğiz.

Kadir Sevim

Müsaadenizle bir ekleme daha yapayım. Aslında biz bu direktif hükmünü Avrupa Komisyonu üyeleriyle tartışmıştık. Bizim mevcut düzenlememizin uyumlu olduğunu kabul etmişlerdi.

Hayrettin Çağlar

Ama işte o zaman kabul ediyor, şimdi etmiyor belli ki. İş uzadıkça bahane bulmak gerektiğçe bahaneler bulunabiliyor. İnşallah tez zamanda faslı kapatmak lazım çünkü fasıl kapanmadığı sürece daha da zor hale gelecek. Sabahki oturumda arkadaşlarımız söylediler, kadın çalışanlara yönelik olarak yahut yönetim kurulu üyelerine, hatta biraz daha genişleyip şirket çalışanlarına oradan da genişleyip bütün işçilere yönelik olarak Türkiye'nin genel sorununa parmak bastılar. Belki sadece yönetim kurulundakiler şirketler hukukunun konusu esasen. Yoksa diğer çalışanların ücret eşitliği gibi konular bizi aşiyor, ülkenin genel politikası olması gerekir, bunu da Şükürü Hocamın projesiyle aşmak pek kolay gözüküyor. En azından bir öneri olarak belki kısmen kabul edilebilir. Başka söz almak isteyen yoksa kısa bir ara vereceğiz son oturum öncesi. Böylece oturumu tamamlamış oluyoruz.

IV. Oturum

I. Tebliğ

Avrupa Birliği'nin 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Direktifi Ve Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Dijitalleşme

Dr. Öğr. Üyesi Dursun SAAT

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şafak NARBAY

Saat: 14.00 – 14.20



Avrupa Birliği'nin 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Direktifi ve Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Dijitalleşme*

Dr. Öğr. Üyesi Dursun SAAT**

Öz

Dijital araç ve süreçlerin kullanımı tüm alanları etkilediği gibi hukuk dünyasında da etkisini göstermeye başlamış ve şirketlerin iç işleyişi ve iş yapma metotlarında önemli bir yer edinmiştir. Bu kapsamda ülkemiz de üyelik başvurusunda bulunduğu Avrupa Birliği içerisinde yürürlükte bulunan düzenlemelere uyum sağlayabilmek için kendi iç hukukunda bazı değişiklikler yapmış ve özellikle şirketler hukuku alanında ciddi ilerlemeler kaydetmiştir. Çalışmamızda öncelikle Avrupa Birliği'ne üye ülkeler içinde uygulanmaya başlanan 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Direktifi ile getirilen düzenlemelerin Türkçe tercümelere yer verilecek ve konun daha iyi anlaşılabilmesi için direktife ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Sonrasında ise Türk Hukuku'ndaki durum ele alınacak ve Avrupa Birliği mevzuatı ile hangi noktalarda uyumun sağlandığı hangi açılardan ise halen eksiklikler olduğunun tespiti yapılarak buna ilişkin çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği ilerleme raporu, dijitalleşme direktifi, ticaret sicili, MERSİS.

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukunun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğın tam metnidir.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, saatdursun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0954-9051.



Digitalization in the Context of the European Union's Digitalization Directive 2019/1151 and Turkish Commercial Code

Abstract

The use of digital tools and processes has started to have an impact on the legal world as it has affected all areas and has gained an important place in the internal functioning and business methods of companies. In this context, Turkey has made some amendments to its domestic law in order to comply with the regulations in force within the European Union, to which it has applied for membership, and has made significant progress, especially in the field of corporate law. In our study, firstly, the Turkish translations of the regulations introduced by the Digitalization Directive No. 2019/1151, which has started to be implemented in the member states of the European Union, will be included and explanations regarding the directive will be made for a better understanding of the subject. Afterwards, the situation in Turkish Law will be discussed and it will be tried to determine where harmonization with the European Union legislation has been achieved and in which aspects there are still deficiencies and to offer solutions.

Keywords: European Union progress report, digitalization directive, trade registry, MERSIS.

I. Genel Olarak

Ekonomik küreselleşme ve dijitalleşmeden kaynaklanan değişikliklerin ardından, dijital araçların ve süreçlerin kullanımı, şirketlerin yaşam döngüsünün bir parçası haline gelmiştir. Tüm dünyada olduğu gibi AB ve Türkiye'de de teknolojik gelişmeler hukuk alanında da etkisini göstermiş, yasama organları ticaret şirketlerinin kuruluşundan işleyişine kadar birçok

alanda şirketlerin yeni dünya düzenindeki dijital dönüşüme uyumlu hale gelmesini amaçlayarak yasal değişiklikler yapmaya başlamıştır.

AB tarafından kaleme alınan 2023 yılı Türkiye İlerleme Raporu (AB İlerleme Raporu)'nda da dijitalleşmeye ilişkin özel tespitlere yer verilmiş ve şirketlerin ticaret sicil belgelerinin kamuya açıklanmasıyla ilgili olarak, tüm sınırlı sorumlu şirketler (limited şirket) için yıllık hesapların yayımlanmasını ve şirket belgelerinin ticaret siciline çevrim içi olarak kaydedilmesini gerektiren hükümlerin hâlen eksik olduğu, limited şirketlerin kayıt işlemlerinin bütünüyle çevrim içi olarak tamamlanamadığı ve dijital araçların kullanımını ile sınır ötesi işlemler konularındaki 2019 AB müktesebatı ile daha fazla uyum sağlanması gerektiği belirtilmiştir¹.

20.06.2019 tarihinde Avrupa Parlamentosu, uygulanmakta olan Şirketler Hukukunda Dijital Araç ve Süreçlerin Kullanımına İlişkin (AB) 2017/1132 sayılı direktifi² hukuki ve teknolojik gelişmelerin yanı sıra birlik ülkeleri içinde en azından belirli kriterler açısından asgari çevrim içi kayıtların dijital erişime açılması ve yeknesak bir uygulamanın oluşması için tadil etmiş ve 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Direktifi³ ile 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku direktifinde önemli değişiklikler yapmıştır.

Türk yasama organı 6102 sayılı kanunun genel gerekçesinde de belirttiği üzere sevk ettiği hükümler ile Avrupa Birliği düzenlemelerine uyum sağlamayı felsefe edinmiş⁴ ve birçok konu başlığında da bunu başarmıştır. Nitekim, AB ilerleme raporunda da bu hususa dikkat çekilmiş ve ülkemizin şirketler hukuku alanında çok ileri düzeyde olduğu tespitine yer verilmiştir⁵.

Tebliğimiz başlığı her ne kadar 2019/ 1151 sayılı AB direktifi ve TTK bağlamında dijitalleşme olarak belirlenmişse de konun genişliği dikkate alındığında, çalışmamızda Direktifin ve TTK'nın sadece ticaret siciline ilişkin getirilen düzenlemeleri ile yetinildiğini ve tebliğ sunumunun da bu kapsamda sınırlandırıldığını özellikle belirtmek isteriz.

1 Avrupa Birliği 2023 Türkiye İlerleme Raporu, s.91, Erişim Tarihi: <https://ab.gov.tr/siteimages/resimler/2023%20T%C3%BCrkiye%20Raporu.pdf>, (09.02.2024).

2 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32017L1132>, (Erişim Tarihi:09.12.2023).

3 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1151>, (Erişim Tarihi:09.12.2023).

4 Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe, s.3 vd.

5 AB İlerleme Raporu, s. 90.

Bu kapsamda; öncelikle AB'nin 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Direktifi ile getirilen düzenlemelere ilişkin genel bilgiler ve bu düzenlemelerin Türkçe tercümelerine yer verilmiş akabinde TTK'nın ve alt düzenlemelerin direktif maddelerini karşılar nitelikte hükümlerinin bulunup bulunmadığının tespiti yapılmaya çalışılmıştır. Böylelikle, AB ilerleme raporunda yer verilen tespitin haklılığı irdelenerek bu hususta atılması gereken somut adımlar olup olmadığının akademi ve kamu temsilcileri ile tartışılması arzulanmıştır.

II. AB 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Direktifi ve Direktif Hükümlerinin Tercümesi

A. Direktif Hakkında Genel Açıklamalar

Avrupa Parlamentosu, 20.06.2019 tarihinde 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Direktifini kabul ederek dijital araç ve süreçlerin kullanımına ilişkin (AB) 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Direktifinde önemli değişiklikler ön görmüştür.

Söz konusu değişikliklerin özü itibariyle, Avrupa Dijital Tek Pazar Stratejisi ve AB e-devlet aksiyon planı uyarınca, sicil süreçlerinin büyük ölçüde elektronik ortama taşınması ve özellikle bir limited şirket kuruluşu aşamasında kurucuların fiziken herhangi bir kuruma başvurmaksızın tümüyle çevrim içi bir şekilde şirket kuruluş sürecini tamamlaması hususlarında toplandığı görülmektedir⁶. Direktif; küçük ve orta ölçekli işletmeler başta olmak üzere, şirketlerin ve şubelerin kuruluş ve tescilini kolaylaştırırken, bu süreçlerle ilgili maliyet, zaman ve idari yükleri de azaltmaktadır⁷. Direktif şirketlerin ve şubelerin çevrimiçi kuruluşuna ve tesciline ilişkin hükümleri merkezine almış gibi görünse de aslında bir şirketin yaşam döngüsü boyunca belirli belge ve bilgileri ulusal sicillere tamamen çevrimiçi olarak sunmasına izin verilmesi gerektiğini de belirlemektedir⁸.

6 Arslan Kaya, Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul 2020, s. 27 vd.

7 Rado Bohinc, Legal Aspects of Digitalisation in Eu Company Law, s.714, <https://www.fdv.uni-lj.si/docs/default-source/tip/pravni-vidiki-digitalizacije-v-zakonu-eu-o-gospodarskih-dru%C5%BEbah.pdf?sfvrsn=0>, (Erişim Tarihi: 01.02.2024).

8 Maria Del Pılar Galeote Munoz, Corporate Digitalization in The European Context: going one step further, s.287, <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/6427/6228>, (Erişim Tarihi: 12.02.2024)

Her ne kadar; birliğin özellikle şirketler hukuku alanındaki dijitalleşme çabalarının devam ettiği ve dinamik bir yapı sergilediği görülüyor olsa da bu alanda tek tip çözümler üretilmesinin mümkün olmadığı aksine ortaya konulan çözümlerin ülkeden ülkeye önemli ölçüde farklılıklar göstermekte olduğu da ifade edilmelidir⁹. Bu kapsamda, yönerge gerekçesinde üye devletlerin sunmuş oldukları dijital hizmetlerde farklılık olduğu tespit edilmiş ve üye devletlerin bir kısmında şirketler hukukuna ilişkin tüm süreçlerin daha hızlı ve daha az maliyetli bir biçimde sadece dijital ortamda yerine getirildiği bazı üye ülkelerde ise şirketlerin kurulmasına veya belge ve bilgilerdeki değişikliklerin sicile işlenmesine sadece şahsen izin verildiği belirtilmiştir¹⁰.

Birlik içerisindeki bu uygulama farklılığına son verebilmek ve şirketlerin güven içinde rekabet edebilmesi için yönergede dijital araçların sicil süreçlerine dâhil edilmesi gerektiği vurgulanarak üye devletler arasında şirket sicil bilgilerinin elektronik ortamda erişilebilir hale getirilmesi ve bilgi sağlanması noktasında en azından asgari ve yeknesak bir uygulamanın olması gerekliliği ifade edilmiştir¹¹. Bu sayede küreselleşme ve dijitalleşmenin getirdiği yeni sosyal ve ekonomik zorluklara karşı birlik içerisinde eşit bir düzenlemenin varlığı ile birlikte mücadele edileceği ve bu yolla bir yandan özellikle şirket kuruluşlarında suiistimal ve dolandırıcılığa karşı gerekli güvencelerin sağlanacağı diğer yandan ise ekonomik büyümenin teşvik edilerek istihdam yaratılacağı kabul edilmiştir¹².

Her ne kadar direktif ile dijital enstrüman ve yöntemlerin şirketler hukuku alanında kullanılmasına imkan sağlamak suretiyle entegrasyonu sağlanmış ortak bir sicil sisteminin kurulması, Avrupa Birliği sınırları içinde (sınır ötesi) şirket kuruluşu işlemlerinin kolaylaştırılması; özellikle de mikro (start-uplar), küçük ve orta ölçekli işletmelerin kuruluş maliyetlerinin, süreçlerinin ve idari yükümlülüklerin olabildiğince azaltılması amaçlansa da¹³ direktifin hem 13c maddesinde hem de gerekçesinde üye devletlerin şirketler hukukuna ilişkin mevcut geleneklerine saygı gösterileceği, şirketlerin

9 Bohinc, s. 724.

10 AB 2019/1151 sayılı Direktif, Dıbase Bölümü, N. 4.

11 AB 2019/1151 sayılı Direktif, Dıbase Bölümü, N. 2.

12 AB 2019/1151 sayılı Direktif, Dıbase Bölümü, N. 3.

13 Funda Özđin, "2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı", İstanbul Hukuk Mecmuası, 80/3 (2022):725.

kurulması, şubelerin tescili, bilgi ve belgelerin dosyalanması için tamamen çevrimiçi bir sistem sağlama noktasında esnek olunacağı ve bu kapsamda direktifte düzenlenmeyen çevrimiçi prosedürlere ilişkin hususların ulusal hukuklara tabi olmaya devam edeceği de açık bir şekilde ifade edilmiştir¹⁴.

Belirtilmelidir ki Avrupa Konseyi, dijitalleşme direktifi ile getirmiş olduğu yeni hükümlere üye devletlerin uyum sağlayabilmesi için belirli bir süre de ön görmüş ve 1 Ağustos 2021 tarihine kadar üye devletlerin getirilen düzenlemeleri iç hukuklarına aktarmasını zorunlu tutmuştur. Ne var ki; direktifin m.2/2 hükmü ile uyum tarihi konusundaki kurala da bir esneklik tanınarak direktif düzenlemelerinin iç hukuka aktarılmasında özel zorluklarla karşılaşan üye ülkelerin öngörülen sürenin bir yıla kadar uzatılmasından yararlanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

B. Direktif Hükümlerinin Tercümesi

Bu başlık altında 2019 tarihli Dijitalleşme Direktifi'nin tüm hükümleri tercüme edilmemiş tebliğimiz bakımından sadece ticaret sicili düzenlemelerine ilişkin önemli gördüğümüz ve özellikle üzerine dikkat çekmek istediğimiz madde metinlerinin tercüme hallerinin aktarımı ile yetinilmiştir.

14 AB 2019/1151 sayılı Direktif, Dıbaçe Bölümü, N. 19; dijitalleşme yönergesinin Alman şirketler hukukunda özellikle genel kurul ve yönetim kurulu ile işletmelerdeki iş akışlarının dijitalleşmesi kapsamında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu üzerindeki etkileri yönünden değerlendirme için bkz. Gerald Spindler, *Digitalization and Corporate Law – A View from Germany*, *European Company and Financial Law Review*, 16/1-2 (2019): 106-148.

Çalışmamız bakımından getirilen düzenlemelerin AB 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Direktifi'nin

BİRİNCİ BAŞLIK

Genel Hükümler, Sermaye Şirketlerinin Kuruluşu ve İşleyişi

Üçüncü Bölüm

Çevrimiçi prosedürler (oluşum, kayıt ve dosyalama), açıklama ve kayıtlar

Birinci Kısım

Genel Hükümler

başlıkları altında hükme bağlandığı görülmektedir. Buna göre,

Madde 13a

Tanımlar

“Elektronik tanımlama araçları”, “elektronik kimlik belirleme planı”, “elektronik araçlar”, “kuruluş”, “şubenin tescilli” ve “şablon” kavramlarının tanımlaması yapılmıştır.

Madde 13b

Çevrimiçi prosedürlerin amaçları doğrultusunda kimlik belirleme araçlarının tanınması

1. Üye Devletler, aşağıdaki elektronik kimlik belirleme araçlarının Birlik vatandaşı olan başvuru sahipleri tarafından bu Bölümde atıfta bulunulan çevrimiçi prosedürlerde kullanılabilmesini sağlar:

- a) kendi Üye Devletleri tarafından onaylanmış bir elektronik kimlik belirleme programı kapsamında verilen bir elektronik kimlik belirleme aracı;
- b) başka bir Üye Devlette düzenlenen ve 910/2014 sayılı Tüzüğün (AB) 6. Maddesi uyarınca sınır ötesi kimlik doğrulama amacıyla tanınan bir elektronik tanımlama aracı.

2. Üye Devletler, söz konusu elektronik kimlik belirleme araçlarının güvence seviyelerinin 910/2014 sayılı Tüzüğü (AB) 6(1) Maddesinde belirtilen koşullara uymadığı durumlarda elektronik kimlik belirleme araçlarını tanımayı reddedebilir.
3. Üye Devletler tarafından tanınan tüm kimlik belirleme araçları kamuya açık hale getirilecektir.
4. Kimliğin kötüye kullanılması veya değiştirilmesinin önlenmesine yönelik kamu yararı nedeniyle gerekçelendirilmesi halinde, Üye Devletler, bir başvuru sahibinin kimliğinin doğrulanması amacıyla, bir şirketin kuruluş belgesinin düzenlenmesi de dahil olmak üzere, bu Bölümde atıfta bulunulan çevrimiçi prosedürlerin herhangi bir yönüyle ilgilenmek üzere ulusal hukuk uyarınca yetkilendirilmiş herhangi bir makam veya kişi veya kurum nezdinde söz konusu başvuru sahibinin fiziksel olarak hazır bulunmasını gerektirebilecek tedbirler alabilir. Üye Devletler, bir başvuru sahibinin fiziksel olarak hazır bulunmasının yalnızca kimlik sahteciliğinden şüphelenmek için nedenlerin olduğu durumlarda gerekli olabileceğini ve prosedürün diğer adımlarının çevrimiçi olarak tamamlanabileceğini temin eder.

Madde 16

Kayıt defterinde açıklama

1. Her Üye Devlette, merkezi, ticari veya şirketler sicilinde (“sicil”), burada kayıtlı her bir şirket için bir dosya açılır. Üye Devletler, şirketlerin Avrupa’ya özgü bir tanımlayıcıya (“EUID”-Avrupa Birliği benzersiz Tanımlayıcısı) sahip olmalarını sağlar. 2015/884CCC (*) sayılı Komisyon Uygulama Tüzüğü’nün ekinde yer almakta olup, kesin olarak Madde 22 uyarınca kurulan siciller arası bağlantı sistemi (“siciller arası bağlantı sistemi”) aracılığıyla siciller arasındaki iletişimde tanımlanır. Bu benzersiz tanımlayıcı, en azından, sicilin Üye Devletini, menşei olan yerel sicili ve bu sicildeki şirket numarasını tanımlamayı mümkün kılan unsurları ve uygun olduğu hallerde, tanımlama hatalarını önlemeye yönelik özellikleri içerir.

2. Madde 14'te atıfta bulunulan tüm belge ve bilgiler, hangi yolla dosyalanmış olurlarsa olsunlar, sicildeki dosyada tutulur veya doğrudan elektronik biçimde sicile girilir. Bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan veya doğrudan sicile girilen ve sicildeki kayıtların konusu dosyaya kaydedilir.

Madde 14'te atıfta bulunulan tüm belge ve bilgiler, hangi yolla dosyalanmış olurlarsa olsunlar, sicildeki dosyada muhafaza edilir veya doğrudan elektronik biçimde sicile girilir. Üye Devletler, kağıt yoluyla dosyalanan tüm belge ve bilgilerin sicil tarafından mümkün olan en kısa sürede elektronik forma dönüştürülmesini sağlarlar.

Üye Devletler, 31 Aralık 2006 tarihinden önce kağıt ortamında dosyalanmış olan ve 14. maddede atıfta bulunulan belge ve bilgilerin, elektronik ortamda paylaşılmasına yönelik bir başvurunun alınması üzerine, sicil tarafından elektronik forma dönüştürülmesini sağlarlar.

3. Üye Devletler, 14. maddede atıfta bulunulan belge ve bilgilerin ifşa edilmesinin, bunların sicilde kamuya açık hale getirilmesi suretiyle gerçekleştirilmesini sağlarlar. Buna ek olarak, Üye Devletler bu belge ve bilgilerin bir kısmının veya tamamının bu amaç için belirlenmiş bir ulusal gazetede veya aynı derecede etkili araçlarla yayınlanmasını da talep edebilirler.

Bu araçlar en azından yayınlanan belge veya bilgilere merkezi bir elektronik platform üzerinden kronolojik sırayla erişilebilecek bir sistemin kullanılmasını gerektirir. Bu gibi durumlarda, sicil bu belge ve bilgilerin sicil tarafından ulusal gazeteye veya merkezi bir elektronik platforma elektronik olarak gönderilmesini sağlar.

4. Üye Devletler, sicilde ve dosyada yer alan bilgiler arasında herhangi bir tutarsızlık olmasını önlemek için gerekli tedbirleri alırlar.

Belge ve bilgilerin ulusal bir gazetede veya merkezi bir elektronik platformda yayınlanmasını zorunlu kılan Üye Devletler, 3. paragraf uyarınca açıklananlar ile gazetede veya platformda yayınlananlar arasında herhangi bir tutarsızlığı önlemek için gerekli tedbirleri alırlar.

Bu madde kapsamında herhangi bir tutarsızlık olması halinde, sicilde mevcut olan belge ve bilgiler geçerli olacaktır.

5. Madde 14'te atıfta bulunulan belge ve bilgiler, şirket tarafından üçüncü taraflara karşı ancak bu Maddenin 3. paragrafına uygun olarak açıklandıktan sonra, şirket üçüncü tarafların bu konuda bilgi sahibi olduğunu kanıtlamadıkça, dayanak olarak kullanılabilir.

Ancak, açıklamayı takip eden on altıncı günden önce gerçekleşen işlemlerle ilgili olarak, bilgi sahibi olmalarının mümkün olmadığını ispat eden üçüncü kişilere karşı belge ve bilgilere dayanılmaz.

Üçüncü taraflar, ifşa edilmemesinin söz konusu belge veya bilgilerin hiçbir etkisinin olmamasına neden olduğu durumlar hariç olmak üzere, ifşa formalitelerinin henüz tamamlanmadığı belge ve bilgilere her zaman güvenebilirler.

6. Üye Devletler, bir şirketin kuruluşu, bir şubenin tescili veya bir şirket ya da şube tarafından yapılan bir dosyalamanın bir parçası olarak sunulan tüm belge ve bilgilerin, siciller tarafından makine tarafından okunabilir ve aranabilir bir formatta veya yapılandırılmış veri olarak saklanmasını sağlar.

Madde 16a

Açıklanan bilgilere erişim

1. Üye Devletler, 14. maddede atıfta bulunulan belge ve bilgilerin tamamının veya bir kısmının kopyalarının başvuru üzerine sicilden alınabilmesini ve bu tür bir başvurunun kağıt veya elektronik yollarla sicile sunulabilmesini sağlar.

2. Madde 14'te atıfta bulunulan belge ve bilgilerin tamamının veya herhangi bir kısmının bir kopyasının kağıt veya elektronik yollarla elde edilmesinin bedeli, kayıtların geliştirilmesi ve bakım masrafları da dahil olmak üzere, bunların idari masraflarını aşmayacaktır.

3. Bir başvuru sahibine verilen elektronik ve kağıt kopyalar, başvuru sahibi tarafından aksi belirtilmediği sürece aslı gibidir olarak tasdik edilecektir.

4. Üye Devletler, elektronik kopyaların veya alıntılarının sicil tarafından sağlandığını ve içeriklerinin sicil tarafından tutulan belgenin gerçek bir kopyası olduğunu veya burada yer alan bilgilerle tutarlı olduğunu garanti etmek amacıyla, sicil tarafından sağlanan belgelerin ve bilgilerin elektronik kopyalarının ve alıntılarının 910/2014 sayılı Tüzükte (AB) atıfta bulunulan güven hizmetleri vasıtasıyla doğrulanmasını sağlar.

Madde 18

1. Madde 14'te atıfta bulunulan belge ve bilgilerin elektronik kopyaları da kayıtların birbirine bağlanması sistemi aracılığıyla kamuya açık hale getirilir.

Madde 19

Belge ve bilgi için alınacak ücretler

2. Üye Devletler en azından aşağıdaki bilgi ve belgelerin kayıtlar arası bağlantı sistemi aracılığıyla ücretsiz olarak erişilebilir olmasını sağlarlar:

- (a) Şirketin adı veya adları ve yasal şekli;
- (b) Şirketin kayıtlı ofisi ve kayıtlı olduğu Üye Devlet;
- (c) şirketin sicil numarası ve EUID'si;
- (d) şirket web sitesinin ayrıntıları, bu ayrıntıların ulusal sicile kaydedildiği yerlerde;
- (e) ulusal hukukta tanımlandığı ve ulusal sicillere kaydedildiği şekilde şirketin kapatılması, sicilden silinmesi, tasfiye edilmesi, feshedilmesi, ekonomik olarak aktif veya pasif olması gibi şirketin statüsü;
- (f) ulusal sicile kaydedildiği şirketin amacı;

(g) Üçüncü kişilerle ilişkilerde ve yasal işlemlerde şirket temsil etmek üzere şirket tarafından hali hazırda yetkilendirilmiş kişilerin bilgileri ve şirket temsil etmeye yetkili kişilerin bunu tek başlarına yapıp yapamayacakları veya birlikte hareket etmeleri gerekip gerekmediği hakkında bilgi;

(h) Şirket tarafından başka bir Üye Devlette açılan şubeler hakkında isim, kayıt numarası, EUID ve şubenin kayıtlı olduğu Üye Devlet dahil olmak üzere bilgiler

Madde 22

Kayıtların birbirine bağlanma sistemi

4. Üye Devletler, kayıtların birbirine bağlanması sistemine isteğe bağlı erişim noktaları oluşturabilirler. Bu tür erişim noktalarının kurulmasını ve işleyişlerindeki önemli değişiklikleri gecikmeksizin Komisyon'a bildirirler.

Komisyon, kayıtların birbirine bağlanması sistemine isteğe bağlı erişim noktaları da oluşturabilir. Bu erişim noktaları, Komisyon veya diğer Birlik kurumları, organları, ofisleri veya ajansları tarafından idari işlevlerini yerine getirmek veya Birlik hukuku hükümlerine uymak amacıyla geliştirilen ve işletilen sistemlerden oluşur. Komisyon, bu tür erişim noktalarının kurulması ve bunların işleyişindeki önemli değişiklikler hakkında Üye Devletleri gecikmeksizin bilgilendirir.

5. Kayıtların birbirine bağlanması sisteminden bilgilere erişim portalı üzerinden ve Üye Devletler ve Komisyon tarafından oluşturulan isteğe bağlı erişim noktaları üzerinden sağlanacaktır.

III. Türk Ticaret Kanunu'nda Konunun Ele Alınış Şekli ve Değerlendirmeler

A. Ticaret Sicili ile Merkezi Sicil Kayıt Sistemi Arasındaki İlişki

TTK'da ticaret siciline ilişkin hükümler 24 ila 38.maddeler arasında düzenlenmiştir. TTK m.24'e göre Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından

il merkezindeki ticaret ve sanayi odaları ile ticaret odalarında faaliyet gösterecek şekilde ticaret sicili müdürlükleri kurulacağı ifade edildikten sonra ticaret sicilinin Bakanlığın gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulacağı belirtilmiştir.

Ticaret hayatına ilişkin tüm bilgilerin kaydedildiği bu sicil, ticaretle uğraşan herkes için büyük önemi haizdir¹⁵. Nitekim; bu sicil tacir veya ticari işletme ile ilgili belirli ticari iş ve işlemlerin kaydedilmesine, bu haliyle sicildeki kayıtların üçüncü şahıslar tarafından bilinmesine ve açıklığının temin edilmesine imkan sağlamaktadır¹⁶. Ticaret sicili aslında ticari işletmelere ait bilgilerin yer aldığı bir sicil olduğu için buraya tescil edilecek hususlar da ticari işletmelerle ilgilidir¹⁷.

Ticaret sicili, ticari işletme ve tacirle ilgili birtakım hususların tacir ve üçüncü kişilerin menfaatleri açısından açıklanması işlevini gören bir sicildir¹⁸. Bir başka deyişle ticaret sicili; ticari yaşamda hukuki önemi haiz, üçüncü kişilerce bilinmesinde zorunluluk ya da yarar bulunan belirli iş ve işlemlerin kaydedildiği resmi nitelikteki aleni bir sicildir¹⁹. Hemen belirtilmelidir ki; istenilen her hususta sicilde işlem yapılamamakta sadece TTK ve buna bağlı olarak çıkartılan Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde (TSY) hüküm bulunması koşulu ile tescil işlemleri gerçekleştirilebilmektedir.

Sicilin elektronik ortama taşınması yönünde büyük bir adım atan yasa organı AB düzenlemelerine uygun bir biçimde TTK m. 24/3 hükmü ile ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikte gösterileceğini de kabul etmiştir. Nitekim madde gerekçesinde de bu durum *“Ticaret sicilinin kütük şeklinde değil de elektronik ortamda tutulması ve buna bağlı olarak, tescile dayanak oluşturan belgelerin aynı ortamda dosyalanması ve saklanması Avrupa’da yaygınlık kazanmıştır.”*

15 Mehmet Özdamar, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Sicili, REGESTA, 2/2 (2012), s.58.

16 Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2022, s.273.

17 Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / Füsün Ertan Nomer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 360.

18 Halil Arslanlı, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, B.3, İstanbul 1960, s. 147.

19 Emin M. Bilge, Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 11; Necla Akdağ Güney, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul 2011, s.17 vd; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 271.

şeklinde ifade edilmiştir²⁰. Görüleceği üzere TTK ile ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortama aktarılmasına ve bu yolla dijitalleşmesine AB düzenlemelerinde olduğu gibi açık bir şekilde imkân tanınmış ve bu çerçevede, ilan edilmesi gereken ticaret sicil bilgilerinin elektronik ortamda derlenebilmesi ve üçüncü kişilerin de aleni olan bu bilgilere elektronik ortamda erişebilme-leri için elektronik merkezi bir sicilin kurulmasına izin verilmiştir²¹.

Bu kapsamda yürürlüğe konulan TSY ile kısa adı MERSİS olan Merkezi Sicil Kayıt Sistemi kurulmuştur. Ticaret Sicili Yönetmeliğine göre Mersis, **ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü**, ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve **elektronik ortamda sunulduğu**, Ticaret Bakanlığı ile TOBB nezdinde oluşturulan ve işletilen **merkezi ortak veri tabanını da içeren bilgi sistemi**ni ifade etmektedir. Sicil işlemleri Mersis üzerinden gerçekleştirilmekte ve buna ilişkin sicil kayıtları da bu sistemde tutulmaktadır. Tüm sicil işlemlerinin elektronik ortamda yapılabilmesini sağlayan Mersis, aynı zamanda yapılmış olan bu işlemlerin elektronik ortamda nasıl tutulacağını, arşivleneceğini ve hangi koşullarda paylaşılacağını da belirli süreçlere bağlamaktadır²².

Sistem ilk olarak 19.04.2010'da Mersin Ticaret Sicili Müdürlüğü'nde pilot olarak uygulanmış eski kayıtların sisteme aktarılması ve uygulamanın yaygınlaştırılması çalışmaları sonucunda ise 01.01.2015 tarihi itibarıyla 238 ticaret sicili müdürlüğünde kullanılmaya başlanmıştır²³. Böylece Mersis, önce elektronik ortamda çalışan yerel, daha sonra da merkezi (tek) ticaret siciline geçişi kolaylaştırmış²⁴ ve tüm sicil kayıtlarına tüm Türkiye çapında ulaşabilmesine imkân sağlamıştır²⁵.

Mersis, iki temel fonksiyonu sağlamak amacıyla tasarlanmış merkezi bir bilgi sistemidir. Bu fonksiyonlardan ilki, şirket ile ticari işletmelerin kayıt,

20 Genel gerekçe, s. 19.

21 Akdağ Güney, s. 38.

22 Leyla Berber Keser, "Dijital Şirkete Geçmek için Sekiz Yasal Gerekçe", REGESTA, 1 (2011), s.61.

23 <https://mersis.ticaret.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.01.2024).

24 Hamdi Yasaman, "Yeni Ticaret Kanununda Ticaret Sicili ile İlgili Getirilen Yeni Düzenlemeler", REGESTA, 1 (2011), s. 8.

25 Veliye Yanlı, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2012, s. 90. Mersis'e entegrasyonu sağlanacak kamu kurum ve kuruluşları listesi için bkz. Akdağ Güney, s.44 vd.

değişiklik ve terkin işlemlerinin elektronik ortamda yürütülmesi ve ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolanarak elektronik ortamda sunulması iken diğeri ise tüm tüzel kişilikler ve diğer ekonomik birimlerin tekil numara ile bir sistemde birleştirilerek kamu kurumlarının tüzel kişiliklerle ilgili ihtiyacı olan bilgilerin tek noktadan sağlanmasıdır²⁶.

İfade edilmelidir ki; direktif ile tüm üye devletler için oluşturulması zorunlu tutulan ortak-merkezi ticaret sicilinin içerikleri ile Türk Hukuku'nda hali hazırda uygulanmakta olan Mersis arasında çok büyük farklılıklar bulunmamakta hatta büyük oranda uyum sağlanmış durumdadır²⁷.

Gerçekten de direktif, özü itibariyle tüm üye devletlerin merkezi bir ticaret sicilinin oluşmasını ön görmekte ve bu sicilin temel olarak,

- elektronik ortamda tutulmasını,
- kayıtlı her bir şirket için bir dosya açılmasını,
- üye devletlerin tanımış oldukları tüm kimlik belirleme araçları ile uzaktan bir şekilde vatandaşlarına bu sicilde işlem yapabilmemesine olanak tanınmasını,
- şirket web sitesini içermesini,
- başvuru üzerine sicildeki bilgi ve belgelerin vatandaşlara aslı gibidir örnekteki şekilde elektronik olarak verilebilmesini ve
- ortak sicilde şirketlerin adı-merkezi, üye devleti- sicil numarası ve EUID'si, amacı, temsile yetkili kişisi, şirketin kapatılması, sicilden silinmesi, tasfiye edilmesi, feshedilmesi, aktif veya pasif olması gibi şirketin ekonomik statüsü, iflas-konkordato bilgisi, şube bilgilerinin yer alması gerektiğini düzenlediği görülmektedir.

Ayrıca direktifin 14.maddesinde bu bilgilere ek olarak sicilde bir şirketin esas sözleşmesinin-esas sözleşme değişikliklerinin, yönetim organının, sermaye miktarının ve 86/635/EEC²⁸ ve 91/674/EEC²⁹ sayılı Konsey Di-

26 <https://mersis.ticaret.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.01.2024).

27 Öğretide Kaya da "TTK ve TSY ile düzenlenen sicilin elektronik ortamda tutulması, tescil ve ilana tabi konuların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda kullanıcılara sunulabildiği bir bilgi bankasının kurulmasına ilişkin hükümler ilgili mevzuatın hazırlanmış olduğu dönemde AB müktesebatına büyük ölçüde paraleldir." yönünde görüş bildirmiştir. Kaya, s. 34.

28 Bankaların ve diğer mali kuruluşların yıllık hesapları ve konsolide hesaplarına ilişkin 8 Aralık 1986 tarih ve 86/635/EEC sayılı Konsey Direktifi (OJ L 372, 31.12.1986, s. 1).

29 Sigorta işletmelerinin yıllık hesapları ve konsolide hesaplarına ilişkin 19 Aralık 1991

rektifleri ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2013/34/EU sayılı Direktifi³⁰ uyarınca yayınlanması gereken her mali yıla ait muhasebe belgelerinin de sicile tescil edilerek paylaşılması aranmaktadır.

Özetle direktif, tüm üye devletlerin erişimine açık, merkezi bir sicil veri tabanının oluşturulmasını ve direktif m.19/2'de belirtilen bilgi ve belgelerin bu sistem aracılığıyla erişime açık hale getirilerek ilan işleminin de bu haliyle yerine getirilmesini düzenlemektedir.

Türk Hukuku'nda Mersis sistemine üye olarak veya e-devlet, mobil imza, e-imza ya da mobil uygulama aracılığıyla erişim sağlanabilmektedir. Bu sisteme girildiğinde direktif hükümleri ile benzer bir biçimde şirketlere ait birçok verinin elektronik ve çevrim içi bir şekilde vatandaşların erişimine sunulduğu görülmektedir. Gerçekten de TSY'nin sicil tasdiknamesi başlıklı m.16 hükmüne göre ortaklıklara ait aşağıdaki verilerin tasdiknamede yer alması ve bu tasdiknamede yer alan verilerin elektronik ortamda da erişime açılması zorunludur. (TSY m.15)

Buna göre Mersis sistemine giriş yapıldığında şirketlere ait;

- a) MERSİS numarası,
- b) Ticaret unvanı,
- c) Gerçek kişi ticari işletmelerde, işletme sahibinin adı ve soyadı, yerleşim yeri ve kimlik numarası,
- ç) İşletmenin merkezi, şubelerde şubenin adresiyle beraber işletmenin merkez adresi,
- d) İşletmenin faaliyet alanı,
- e) İşletmeye tahsis edilmiş olan sermaye,
- f) Belge düzenlendiği sırada işletmeyi temsile yetkili olanlar, bilgisi yer almaktadır.

Öte yandan Mersis; şirketlerin ticaret sicil tasdiknamesi yanında Merkez Nakli Belgesi (TSY md.111), İflas ve Konkordato Belgesi (İhale için)

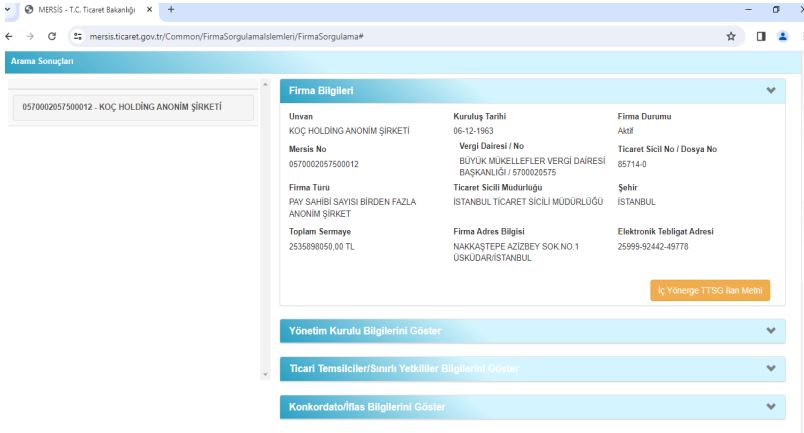
tarif ve 91/674/EEC sayılı Konsey Direktifi (OJ L 374, 31.12.1991, s. 7).

30 2013/34/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi 26 Haziran 2013 tarihli, 2006/43/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifini tadil eden ve 78/660/AET ve 83/349/AET sayılı Konsey Direktiflerini ilga eden, belirli türdeki teşebbüslerin yıllık mali tabloları, konsolide mali tabloları ve ilgili raporlarına ilişkin Direktif (OJ L 182, 29.6.2013, s. 19)

ve Durum Belgesini de elektronik ortamda erişime açarak düzenleyebilme imkânını da haizdir. Aslında direktifte dijital bir biçimde erişime açılması zorunlu tutulan bilgi ve belgelerin birçoğunun hali hazırda Mersis üzerinden entegrasyonunun sağlanarak ülkemizde de elektronik olarak erişime açıldığını ifade edebiliriz.

Gerçekten de sicilin elektronik ortamda tutulması ile birlikte bilgi ve belgelerin incelenmesi için zaman ve mekan sınırlaması ortadan kalkarak dileyen kimsenin bulunduğu yerden başka bir yerleşim birimindeki ticari işleme ilişkin incelemeyi ilgili sicile gitmeksizin dilediği zamanda ve internet bağlantısı olan herhangi yerden yapabileceği imkanı haiz olduğu anlaşılmaktadır³¹.

Bu kapsamda; tüm toplum tarafından bilinen ve ülke ekonomimizin de lokomotiflerinden olan KOÇ Holding Anonim Şirketinin vatandaş olarak Mersis'e erişim sağladığımızda karşımıza elektronik bir biçimde çıkacak olan bilgilerini de örnek olarak paylaşmak istemekteyiz.



The screenshot shows the Mersis website interface. The search results for '0570002057500012 - KOÇ HOLDİNG ANONİM ŞİRKETİ' are displayed. The company details are as follows:

Firma Bilgileri		
Ünvan	Kuruluş Tarihi	Firma Durumu
KOÇ HOLDİNG ANONİM ŞİRKETİ	06-12-1963	Aktif
Mersis No	Vergi Dairesi / No	Ticaret Sicil No / Dosya No
0570002057500012	BÜYÜK MUKELLEFLER VERGİ DAİRESİ BAŞKANLIĞI / 5700020575	05714-0
Firma Türü	Ticaret Sicili Müdürlüğü	Şehir
PAY SAHİBİ SAYISI BİRDEN FAZLA ANONİM ŞİRKET	İSTANBUL TİCARET SİCİLİ MÜDÜRLÜĞÜ	İSTANBUL
Toplam Sermaye	Firma Adres Bilgisi	Elektronik Tebligat Adresi
2535888050,00 TL	NAKKAŞTEPE AZİZBEY SOK.NO.1 ÜSKÜDAR/İSTANBUL	25999-92442-49778

Below the table, there are buttons for 'İç Yönetiş TTSG İlan Metni', 'Yönetim Kurulu Bilgilerini Göster', 'Ticari Temsilcileri/Sınırlı Yetkililer Bilgilerini Göster', and 'Konkordato/İflas Bilgilerini Göster'.

Direktifin 13b maddesi uyarınca da çevrim içi işlemlerin yerine getirilebilmesi için üye devletler tanımış oldukları tüm kimlik belirleme araçlarını (elektronik kimlik belirleme aracı veya elektronik tanımlama aracı) ilan ederek elektronik araçlar üzerinden erişim sağlanabilmesini ve işlemler yapılabilmesini kabul etmek zorundadır.

31 Akdağ Güney, s. 57.

Bu yönüyle direktif, merkezi sicile tüm üye devletler tarafından tanınan elektronik kimlik tanıma araçları ile uzaktan erişimin sağlanmasını ve birlik sınırları içerisinde hem vatandaşların fiziki olarak sicillere başvurmasının önüne geçmeyi hem de zaman ve maliyet bakımından tasarruf edilebilmeyi amaçlamaktadır. Örneğin Frankfurt'ta yaşayan ve Milano'daki şubesi ile ilgili bir belgeye ihtiyaç duyan bir Alman vatandaşı, merkezi sicile tüm üye devletlerin tanıdığı ve kullanıcı adı ve şifresi gibi kişiye özel elektronik kimlik aracıyla erişim sağlaması sonucu bu belgeyi çevrim içi bir şekilde düzenleyebilme imkanını haiz olacaktır.

Benzer şekilde Mersis'te de yasanın zorunlu tuttuğu bütün işlemlerin güvenli elektronik imza ile de yapılabileceği açıkça kabul edilmiştir. Belgelerin ıslak imzaya ihtiyaç duyulmaksızın dijital mecralarda düzenlenebilmesine olanak veren 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5.maddesi ile güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı hüküm altına alınmış ve böylece dijital alanda gerçekleşen sicil işlemlerine de hukuki geçerlilik kazandırılmıştır.

TTK m.1526 ve TSY'nin 13.maddesi uyarınca Mersis'te ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirler, kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemleri elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile yapabilmekte, bu işlemlerin dayanağı olan belgeleri de aynı usulle elektronik ortamda düzenleyebilmekte, yönetmeliğin noter onayı şartını aradığı belgelerin, elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile imzalanması halinde ayrıca noter onayı da aranmamaktadır (TSY m.13/5). Bu kapsamda, ilgililerce sicil işlemlerinin elektronik ortamda yapılabilmesi için, başvuruların güvenli elektronik imza ile yapılması zorunlu olup şirket adına imza yetkisini haiz kişilerin şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla şirketi temsil etmeleri durumunda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin adı ve soyadı ile birlikte temsil ettiği tüzel kişinin unvanının yazılması ve bu hususun da tescil edilmesi gerekmektedir. Öte yandan, yönetmeliğin 17.maddesi uyarınca yine direktif düzenlemeleri ile uyumlu bir biçimde müdürlüklerce başvuruların suret ve özetlerinin elektronik ortamda düzenlenmesi halinde, bunların onaylarının da elektronik ortamda güvenli elektronik imza ve zaman damgası ile yapılmalıdır. Aynı maddede asıl bir belgenin örnek onayının direktife paralel bir şekilde, altına "Aslı gibidir." yazılarak yapılacağı da ifade edilmektedir.

Her ne kadar Mersis kanaatimize göre birçok hususta 2019 sayılı dijitalleşme direktifine uyum sağlamış olsa da³² esas sözleşme ve esas sözleşme değişikliklerinin ve şirketlere ait mali tabloları erişime sunmaması sebebiyle hali hazırda tam bir uyumdan da bahsetmek mümkün değildir. Ancak esas sözleşme ve esas sözleşme değişiklikleri Mersis üzerinden erişime açılmamış olsa da TTK ve TSY'ye göre ilanların Ticaret Sicil Gazetesi (TSG) aracılığıyla yapılması yasal bir zorunluluk olmasından ötürü şirketlerin esas sözleşme ve değişiklikleri de yine elektronik olarak sunulan sicil gazetesi aracılığıyla ilan edilmekte ve bu suretle Türk Hukuku'nun dijitalleşme direktifi ile getirilen ortaklıkların esas sözleşme ve değişikliklerini elektronik erişime sunma zorunluluğunu sağlamakta olduğu görülmektedir.

Diğer yandan AB ilerleme raporunda tüm sınırlı sorumlu şirketler (limited şirket) için yıllık hesapların elektronik bir biçimde yayımlanmaması da bir eksiklik olarak tespit edilmiştir. Oysaki 2017/1132 sayılı şirketler hukuku direktifinin 14.maddesinde atıfta buldukları yönerge hükümleri incelendiğinde küçük ve mikro ölçekli şirketlerin mali tabloların yayınlanması istisna olarak kabul edilmiş eş söyleyişle AB müktesebatında sicilde küçük ve mikro ölçekli işletmelerin mali tabloların paylaşımı zorunlu tutulmamıştır. Ne var ki; kaleme alınan ilerleme raporunda şirketlerin ölçekleri ve yapıları nispetinde herhangi bir kıstas belirlenmeden ve limited şirketlerin tümü için mali tabloların yayınlanmasının şart koşulması AB düzenlemeleri ile çelişen açık bir çelişki oluşturmaktadır. Zira ülkemizde bağımsız denetime tabi şirketler Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun bir biçimde finansal tablolarını hazırlamak ve internet siteleri aracılığıyla da yayımlayarak erişime açmak zorundadır. Ancak AB düzenlemesi küçük ve mikro ölçekli ortaklıklar dışında kalan tüm orta ve makro ölçekli şirketlerin de finansal tablolarının elektronik bir biçimde erişime açılmasını zorunlu tuttuğu için bu yönüyle finansal tabloların tescili hususunda tam bir uyumumuzun olmadığı da açıktır.

32 Kaya "Ancak uygulamada tescil başvurusu MERSİS üzerinde yapılabilmesine rağmen, dayanak belgeler elektronik ortamda sunulamamaktadır. Bir başka deyişle MERSİS, TSY 23/1'de düzenlenmiş olan müdürlüğe başvurunun elektronik ortamda yapılmasına elverişliyen sistem dilekçede tescil edilecek olan hususlara dayanak teşkil edecek belgelerin yüklenmesine izin vermemektedir." yönündeki tespitlerini haklı bir şekilde ifade etmiş olsa da eserin yayınlanmasından sonra Mersis; teknolojik alt yapılarını geliştirmiş ve müellif tarafından getirilen birçok eleştiriyi hali hazırda gidermiş durumdadır. Kaya, s. 42 vd.

Bununla birlikte, AB düzenlemelerinde olduğu gibi istisna kapsamı dışında kalan şirketlere ait mali tabloların ticaret sicilinde yayınlanmasına ilişkin eksikliğin bir mevzuat değişikliği ile giderilmesi ile birlikte bu hususta da tam bir uyum hali söz konusu olacaktır.

Ülkemiz Mersis aracılığıyla AB düzenlemesindeki ortak sicile entegrasyonu sağlayacak teknik ve hukuki alt yapı birikimine sahip olsa da AB, üye devletlerin erişimine açmış olduğu “Avrupa Merkezi Sicilini” en azından üyelik başvurusu yapmış ülkemizin erişimine açmadığı sürece Türkiye ve AB uygulamalarında teknik anlamda tam bir uyumun söz konusu olmayacağı da bilinen bir gerçektir. Bu yönüyle her ne kadar AB’ye üyelik için adaylık başvurusunda bulunmuş bir ülke statüsüne haiz olsak da müzakerelerin devamı süresince de “AB Ortak Merkezi Siciline” Türkiye’nin de Mersis aracılığıyla katılımının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

B. TTK ve Direktif Düzenlemeleri Işığında Tescil ile İlan Arasında Farklılık Bulunması Halinde Ortaya Çıkan Hukuki Durum

Direktif ile TTK arasındaki en belirgin uyumsuzluk tescil ile ilan arasında bir farklılık bulunması halinde hangi kayıta itibar edileceği hususundadır. Direktif, atıfta bulunulan belge ve bilgilerin paylaşımının bunların sicilde kamuya açık hale getirilerek erişilebilir olmasını kabul etmektedir. Bir başka anlatımla Şirketler Hukuku Direktifi’nde getirilen düzenleme ile ilgili belge ve bilgilerinin kamuya açıklanması açısından ilan edilme zorunluluğu kaldırılmış ve bunun yerine doğrudan söz konusu belge ve bilgilere ilişkin sicil kayıtlarının elektronik/online olarak erişilebilir hale getirilmesi suretiyle kamuya açıklanması usulüne geçilmiştir³³. Şirketler Hukuku Yönergesi’nde yapılan değişiklik ile ilan değil, elektronik ortamda tutulan sicil üzerinden kamu tarafından erişilebilir hâle gelme kamuya açıklama olarak kabul edilmektedir³⁴.

Direktif; her ne kadar üye devletlerin bilgi ve belgeleri elektronik ortamda erişime açarak aynı zamanda ilan işlemini de yerine getirdiğini kabul etse de m.16/3 uyarınca üye devletlerin şirket bilgilerinin tamamını ya da

33 Özdin, s. 744.

34 Kaya, s. 35.

bir kısmını ulusal bir gazetede yayınlama seçeneğine sahip olabileceğini ve direktifin sicil hukuki değeri ve ulusal gazetenin rolüne ilişkin ulusal kuraları etkilemediğini de belirtmekte³⁵ ve bu gibi durumlarda, bu belge ve bilgilerin sicil tarafından ulusal gazeteye veya merkezi bir elektronik platforma elektronik olarak gönderilmesinin sağlanacağını da hükme bağlamıştır.

Ne var ki direktife göre eğer üye devlet; Türk Hukuku'nda olduğu gibi belge ve bilgilerin ulusal bir gazete yayınlanmasını zorunlu tutuyor ise bu kapsamda tescil edilen ve açıklananlar ile gazetede veya platformda yayınlananlar arasında herhangi bir tutarsızlığı önlemek için gerekli tedbirleri de alma mecburiyeti altındadır. Nitekim; Direktifin 16/4 hükmü "*Bu Madde kapsamında herhangi bir tutarsızlık olması halinde, sicilde mevcut olan belge ve bilgiler geçerli olacaktır.*" yönündedir. Görüleceği üzere ilan edilen ile tescil edilen arasında bir farklılık bulunması halinde AB Hukuku, kayıtların birbiri ile bağlantılı olduğundan bahisle isabetli bir biçimde kullanıcılar bakımından tescil kayıtlarının geçerli olacağını açıkça kabul etmektedir.

Türk Hukuku'nda ise durum AB düzenlemesinin tam tersi yöndedir. Bilindiği üzere, TTK ve buna bağlı TSY hükümleri uyarınca ilan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi aracılığıyla yapılmaktadır. TTK'da hangi hususların sicile kaydının gerekli olduğu genel bir hükümle toplu şekilde düzenlenmemiş, yasada ve ilgili diğer kanunlarda, ilgili konuyu düzenleyen maddeler arasında yeri geldikçe, tescili veya tescil ve ilanı gerekli hususlara ilişkin çok sayıda hükme yer verilmiştir³⁶. Diğer yandan, TTK m.35/3 ve TSY m.41 uyarınca da kanunda veya yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça tescil edilen olguların ilan edileceği de kabul edilmiştir³⁷. Bir başka anlatımla, tescil edilen bir hususun kural olarak ilanı da esastır. Öğretide de TTK.

35 AB 2019/1151 sayılı Direktif, Dıface Bölümü, N. 26.

36 Mehmet Bahtıyar, 6102 Sayılı TTK'da, Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (M. 35/3), R, III / 2 (2013), s.7

37 Kendigelen, sicilın etkileri bakımından oldukça önemli sonuçlar doğurabilecek bu hüküm hakkında madde gerekçesinde tek satırlık bir açıklama yapılmamasını, aksine gerekçede hükmün eTK 37'nin tekrarı olduğunun vurgulanmasını eleştirmektedir. Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, s. 70 vd; TTK m. 35/3'ün sözü ile maddenin tasarı gerekçesi arasında açık bir çelişki bulunduğuna yönelik haklı eleştiri için bkz. İsmail Kayar, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, II/1 (2005), s. 363; Bahtıyar, s. 12.

m. 35/3'ün en üst düzeyde aleniyeti sağlama amacına hizmet etmek üzere sevk edilmiş bir hüküm olduğu kabul edilmektedir³⁸.

Direktif düzenlemesinden farklı bir şekilde TTK, görünüşe güven ilkesine öncelik tanımıştır³⁹. Hukuki görünüş teorisi, gerçekte hukuka uygun olmamakla birlikte hukuka uygun gibi görünen durumlarda, bu hukuki görünüşe olan güvenin korunması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁰. Görünüşe güven terimi, dış görünüşe güvenin haklı sayıldığı hallerde bu güvenin korunması gerektiğine işaret etmektedir⁴¹. Görünüşe güven ilkesi sicile itimat ilkesinin daha da genişletilmiş hali olmakla birlikte ticaret sicilini tapu sicili gibi kamu güveninin tam olarak korunduğu bir sicil haline getirmemekte, sicil kayıtları ancak kayıttaki hataya yol açmış olan kişilere karşı kullanılabilir⁴².

TTK m.37'ye göre "*Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur*". Buna göre, iyiniyetli üçüncü kişi, gerçek maddi veya hukuki durumu yansıtmayan ilanın söz konusu olduğu durumda, ilan yoluyla yaratılan hukuki görünüşe sebep olan ilgiliye karşı, tescil edilen içerik ile bağlı olmaksızın ilan edilen duruma dayanabilecektir⁴³. TTK md. 37 görünüşe güven ilkesini sicil hukuku yönünden düzenleyerek üçüncü kişinin, bir hususun ilan edilen şekline güvenip ona dayanabileceğini belirtmektedir⁴⁴.

Hüküm, görünüşe güven ilkesini sicil hukuku yönünden düzenlemekte, üçüncü kişinin, bir hususun ilân edilen şekline güvenip ona dayanabileceğini belirtmektedir. Böylece üçüncü kişinin yanlış, gerçeğe aykırı ilâna

38 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s. 265; Bahtiyar, s. 8; Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 273.

39 Gereğçede bu durum "*Görünüşe güven kuramı, ticaret sicilinin merkezi haline gelmiştir*" şeklinde ifade edilmiştir. Genel gerekçe, s. 19.

40 Ahmet Battal, Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, Batider, C. XIX/ 1, s. 84.

41 Battal, s. 84.

42 Gül Okutan, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Sicili, İstanbul, 1997, s. 15, Akın Ünal, Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanunu ve Kanun Tasarısına Göre Bir Değerlendirme), Legal Hukuk Dergisi, IV/41 (2006), s. 1408.

43 Asuman Yılmaz, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicilinde Hukuki Görünüşe Güven (TTK m. 37), Batider, 30/3 (2014), s. 84.

44 Akdağ Güney, s. 77.

duyduğu güven korunmakta ve ilanın olumlu etkisi kabul edilmektedir⁴⁵. Bu durumun istisnası ise müspet vukuf olarak kabul edilen üçüncü kişilerin gerçek durumu bilmesi halinde yanlış ilana dayanamayacağına ilişkin olup tescilin esas alınacağı yönündedir⁴⁶.

Madde gerekçesine bakıldığında bu hükmün Alm. Ticaret Kanunu'nun 15 (3) paragrafının hükmü göz önünde tutularak kaleme alındığı ifade edilmektedir⁴⁷. Alman Kanunu'ndaki mehzaz hüküm, 09/03/1968 tarihli ve 68/151 sayılı şirketler hukukuna ilişkin birinci yönerge, sadece sermaye şirketleri hakkında ve doğru tescil edilen hususların yanlış ilân edilmesine ilişkin düzenlemeyi genişletip, bütün sicil kayıtlarını kapsayacak genel bir hüküm hâline dönüştürmüştür^{48,49}. Oysa AB Hukuku'ndaki dijitalleşme direktifi ile getirilen yeni düzenleme ise tescil ile ilan arasında farklılık bulunması halinde tescil kayıtlarına itibar edileceği yönündedir.

Nitekim TTK'daki görünüşe güven hükmü açısından mehzaz kanun olduğu belirtilen Alman Hukuku'nda da dijitalleşme direktifi düzenlemelerine uyumlu bir şekilde değişiklik yapılmış ve ilan edilen duruma olan güven ilkesi terk edilerek tescile olan güven ilkesi kabul edilmiştir. HGB § 15 f 3'te yapılan değişikliğe göre *“Tescili zorunlu olan ve ilan edilen bir husus yanlış tescil edilmiş ise, üçüncü kişilerin yanlışlığı bildikleri ispat edilmediği sürece, tescil edilen duruma olan güvenleri korunur”*.

Alman Kanunu'nda AB düzenlemesine uyum sağlamak amacıyla yapılan bu yeni düzenleme son derece yerindedir. Zira dijitalleşme direktifi ile getirilen düzenlemeler karşısında merkezi sicilde tescil edilen husus aynı zamanda içerik olarak hiçbir farklılık olmaksızın erişime açılıp ilan edileceği için teknik anlamda zaten tescil ile ilan arasında bir farklılığın bulunması mümkün değildir⁵⁰. Gerçekten de dijitalleşme direktifi kapsamında hazırlanan ve 01.08.2022 yılında yürürlüğe giren yasada (DİRUG), sicile kaydedilen belge ve bilgilerin ayrı bir portalda ayrıca ilan edilmesi usulünden tamamen vazgeçilmiş; bunun yerine yalnızca sicil kayıtlarının online olarak

45 Sicilin olumlu etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, s. 1397 vd; Battal s.87 vd.

46 Madde gerekçesi, s.11.

47 Hükmün yasalama süreci hakkında bkz. Akdağ Güney, s. 76, dipnot 126.

48 Madde gerekçesi, s. 11.

49 TTK m.37 düzenlemesini mehzaz yönerge ve Alman Ticaret Kanunu'nu düzenlemeleleriyle karşılaştırılması, tespit ve eleştiriler için bkz. Yılmaz, s. 71 vd.; Yanlı, s. 97 vd.

50 Özdin, s. 748.

erişilebilir hale getirilmesi suretiyle açıklanması usulü kabul edilmiştir⁵¹. Yeni sistemde sicile kaydedilen hususlar doğrudan erişime açılacağı/ilan edileceği için, ilan edilen durum ile kaydedilen bilgiler arasında bir farklılık meydana gelme riski de bulunmamaktadır⁵².

Bu kapsamda son olarak HGB § 15 f 3 madde metninde tescil ile ilan arasında bahsedilen farklılığın tescil kayıtlarının gerçek fiili ya da hukuki durumu yansıtmamasına ilişkin olduğunu ve bu durumda iyi niyetli üçüncü kişilerin tescil kayıtlarına olan güveninin madde düzenlemesi ile haklı olarak koruma altına alındığını da ifade etmek isteriz.

Görülebileceği üzere dijitalleşme direktifi ile açık bir aykırılık taşıyan TTK m.37 metninde de konuya ilişkin bir düzenleme yapılmalı AB ve Alman Hukuku'ndaki hükümlere benzer şekilde tescil kayıtlarına üstünlük tanınmalıdır.

Ne var ki; TTK m.37'de yapılacak olan değişikliğin AB müktesebatına uyum sağlanabilmesi için tek başına yeterli olmayacağı da ifade edilmelidir⁵³. Türk kanun koyucusu AB'nin dijitalleşme direktifine tam bir uyum sağlamayı hedefliyor ise bu kapsamda atılması gereken asgari adımları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz.

- Her şeyden evvel Mersis'e direktif ile ön görülen düzenlemeler ışığında bilgi bankası konumundan çıkarılıp hukuken merkezi sicil işlevi kazandırılmalıdır. TTK m.24'ün gerekçesinde her ne kadar bilgilere elektronik ortamda ulaşılabilmesi ile sadece bilgi toplumunun gereklerinden biri yerine getirilmiş olmayacak, aynı zamanda geniş aleniyetle gerçek anlamda şeffaflık gerçekleştirileceği ve kayıtlardaki yolsuzlukların, aykırılıkların ve düzensizliklerin de önüne geçilebileceği ifade edilmiş olsa da aynı gerekçede bilgi bankasındaki kayıtların üçüncü kişilere ileri sürülmek gibi hukuki bir gücü ve etkiyi haiz olmadığı da belirtilmiştir. Aslında kanun koyucu sistemin tam olarak yerleşmesine kadar klasik sicil şeklinde tutulan kayıtlar ile bilgi bankasına aktarılan kayıtlar

51 Özdin, s. 746.

52 Özdin, s. 748 vd.

53 Öğretide *Kaya* da Dijitalleşme Direktifi kapsamında TTK'nın ticaret sicile ilişkin birçok hükmünde değişiklik yapılmasını önermektedir. *Kaya*, s. 42 vd.

arasında farklılık olabileceğini dikkate alarak, bilgi bankasına ilk başta hukuki bir işlev yüklemekten kaçınmış ve bilgi bankasının aleniyet fonksiyonunu, ticaret sicil gazetesinin aleniyet fonksiyonuna eş tutulmamıştır⁵⁴. Kanaatimize göre usun bir süredir uygulanan ve ciddi bir problem ile de karşılaşılmayan bu sistemde gerekli yasal değişiklikler yapılarak Mersis “Türkiye Merkezi Sicil” statüsüne kavuşturulmalıdır. Zira sicil hukuku sistemine göre hukuki gücü ve etkisi olan ticaret sicilidir⁵⁵.

- Diğer yandan, TTK sistematığında ticaret sicil gazetesi aracılığıyla yapılan ilan sürecinden de vazgeçilmeli ve sistemdeki tescillerin aynı zaman zarfında gecikmesizin erişimi sağlanmalı ve böylelikle tescil ile ilan arasındaki teknik farklılıkların önüne geçilmelidir⁵⁶. Bu husus öğretide TTK tasarı halindeyken dahi ticaret sicil gazetesinin artık işlevini yerine getirmediği ve dijitalleşen dünyanın çok gerisinde kaldığı eleştiri konusu yapılmıştır⁵⁷. Gerçekten de günümüzde ticaret sicil gazetesini artık kimse okumamaktadır. Sicil gazetesi ilanı ile gerçekleştirilmek istenen aslında üçüncü kişilerin bilgi sahibi olmaları ve bu yola aleniyetin daha etkin gerçekleşmesidir⁵⁸. Ancak bugün için fiiliyatta bunu söyleyebilmek mümkün olmadığına göre atılacak yasal değişiklik adımları ile birlikte merkezi sicile dönüşmüş Mersis’te tescil edilen bir hususun aynı zamanda ve anda kamunun erişimine açılması, sicil kayıtlarının vatandaşların erişimine kesintisiz bir biçimde sunulması ve son olarak sicil gazetesinin kaldırılması ile ek bir ilan prosedüründen de vazgeçilmesi kanaatimize göre dijitalleşme yolunda hızla ilerleyen günümüz koşullarına daha uygun bir çözüm olacaktır.

54 Akdağ Güney, s. 80.

55 Erol Ulusoy, Ticaret Sicilinin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili- Ticaret Sicili Bilgi Bankası-İnternet Sayfası, Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 108. Ayrıca Ulusoy’a göre “ticaret sicillerinin elektronik olarak tutulması ile merkezi bir bilgi bankasına ihtiyaç olmayacağından, tasarı md. 24 f. 2’deki ticaret sicili bilgi bankasına, “Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi fonksiyonu” yüklenilmesi ile daha doğru ve etkili bir sistem kurulmuş olacaktır.” (Ulusoy, s. 109).

56 Kaya, s. 45.

57 Yasaman, s. 240; Kayar, s.364 vd.; Ünal, s. 1406; Ulusoy, s. 115 vd.; Battal, s. 87;

58 Ulusoy, s. 115.

Sonuç

Avrupa Parlamentosu, 20.06.2019 tarihinde 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Direktifini kabul etmiş ve (AB) 2017/1132 sayılı Şirketler Hukuku Direktifinde önemli değişiklikler ön görmüştür. Bu yasal değişiklikler, tüm üye devletlerin erişimine açık, merkezi bir sicil veri tabanının oluşturulmasını ve direktif m.19/2'de belirtilen bilgi ve belgelerin bu sistem aracılığıyla erişime açık hale getirilerek ilan işleminin de bu haliyle yerine getirilmesini düzenlemektedir.

Bu kapsamda AB; üyelik başvurusunda bulunan ülkemiz için hazırlanmış olduğu 2023 yılı ilerleme raporunda dijitalleşme konusuna özel bir önem atfederek mevzuatımızda şirket belgelerinin ticaret siciline elektronik olarak kaydedilmesini, limited şirketlerin yıllık hesaplarının ve kayıt işlemlerinin bütünüyle çevrim içi olarak tamamlanmasını gerektiren hükümlerin eksik olması sebebiyle tenkit etmiş ve 2019 AB müktesebatı ile daha fazla uyum sağlanması gerektiğini tavsiye etmiştir.

İfade etmeye çalıştığımız tespitler ışığında ülkemizin Mersis aracılığıyla direktif hükümleri ile büyük ölçüde benzerlik taşıyacak şekilde şirketlere ait birçok veriyi elektronik ve çevrim içi bir şekilde vatandaşların erişimine sunduğu ve AB düzenlemesindeki ortak sicile entegrasyonu sağlayacak teknik ve hukuki alt yapı birikimine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Bu minvalde öncelikle, sicil bankası olarak işlev gören Mersis kayıtlarının yasal sonuç doğurabilmesi için bir an önce gerekli değişiklikler yapılması ve Mersis'in tıpkı direktif düzenlemesinde olduğu gibi "Türkiye Merkezi Sicil" statüsüne kavuşturulması son derece büyük önem taşımaktadır. Zira bu yol ile AB düzenlemesine paralel bir şekilde tescillerin eş zamanlı bir biçimde erişimi sağlanarak tescil ile ilan arasındaki teknik farklılıkların da önüne geçilebilmesi mümkün olacaktır. Böylece sicil kayıtlarının ilanı noktasında artık işlevini yerine getiremeyen ve dijitalleşen dünyanın çok gerisinde kalan ticaret sicil gazetesine herhangi bir ihtiyacın kalmayacağını düşünmekteyiz

Son olarak, tescil ile ilan arasında bir farklılık bulunması halinde ilan kaydına itibar edileceği yönündeki TTK m.37 hükmü direktif düzenlemelerine uyumlu olacak şekilde değiştirilerek mehaz Alman Hukuku ve direktif hükmüne benzer şekilde tescil kayıtlarına üstünlük tanınmalıdır.

Kaynakça

- Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. Ankara 2017.
- Arslanlı, Halil. Kara Ticareti Hukuku Dersleri. B.3. İstanbul 1960.
- Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet. Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar. Ankara 2022.
- Bahtiyar, Mehmet. 6102 Sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (M. 35/3). REGESTA III/2 (2013).
- Battal, Ahmet. "Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi". Batider. XIX / 1 (1997): 83-101.
- Berber Keser, Leyla. "Dijital Şirkete Geçmek için Sekiz Yasal Gerekçe". REGESTA. 1 (2011).
- Bilge, Mehmet Emin. Ticaret Sicili. İstanbul 1999.
- Bohinc, Rado. Legal Aspects of Digitalisation in Eu Company Law. s.714, <https://www.fdv.uni-lj.si/docs/default-source/tip/pravni-vidiki-digitalizacije-v-zakonu-eu-o-gospodarskih-dru%C5%BEBah.pdf?sfvrsn=0>, (Erişim Tarihi:01.02.2024).
- Del Pılar Galeote Munoz, Maria. Corporate Digitalization in The European Context: going one step further. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/6427/6228>, (Erişim Tarihi: 12.02.2024)
- Akdağ Güney, Necla. Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili. İstanbul 2011,
- Kaya, Arslan. Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi. İstanbul 2020.
- Kayar, İsmail. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi". Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. II/1 (2005):
- Kendigelen, Abuzer. Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler. İstanbul 2016.
- Okutan, Gül. 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Sicili, İstanbul, 1997.
- Özdamar, Mehmet. "6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Sicili". REGESTA, 2/2 (2012):
- Özdin, Funda. "2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı". İstanbul Hukuk Mecmuası. 80/3 (2022): 721-752.
- Spindler Gerald. "Digitalization and Corporate Law – A View from Germany". European Company and Financial Law Review. 16/1-2 (2019): 106-148.

Ulusoy, Erol. “Ticaret Sicilinin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili- Ticaret Sicili Bilgi Bankası-İnternet Sayfası”. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Ertan Nomer, Füsün. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul 2015.

Ünal, Akın. “Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları (Türk Ticaret Kanunu ve Kanun Tasarısına Göre Bir Değerlendirme)”. Legal Hukuk Dergisi. IV/ 41 (2006).

Yanlı, Veliye. Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2012.

Yasaman, Hamdi. “Yeni Ticaret Kanununda Ticaret Sicili ile İlgili Getirilen Yeni Düzenlemeler”. REGESTA. 1 (2011).

Yılmaz, Asuman. **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicilinde Hukuki Görünüşe Güven (TTK m. 37)**. BATİDER. 30/3 (2014):



IV. Oturum

II. Tebliğ

AB 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Yönergesi ve Türk Mevzuatı Bağlamında Limited Şirketlerin Çevrimiçi Kuruluşu

Arş. Gör. Betül BOZKIR & Av. Emine GÖĞÜŞ, LL.M.

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Şafak NARBAY

Saat: 14.20 – 14.40



AB 2019/1151 Sayılı Dijitalleşme Yönergesi ve Türk Mevzuatı Bağlamında Limited Şirketlerin Çevrimiçi Kuruluşu*

Arş. Gör. Betül BOZKIR**

Av. Emine GÖĞÜŞ, LL.M.***

Öz

Dijitalleşmenin her alanı çok hızlı bir şekilde dönüştürdüğü günümüz dünyasında, şirketlerin de bu dönüşüme uyum sağlaması kaçınılmaz hale gelmiştir. Nitekim şirketlerin tabi olduğu kamuyu aydınlatma ve şeffaflık düzenlemeleri gerek pay sahiplerinin gerekse şirket ilgilileri ve kamunun menfaatlerini koruma noktasında şirketlere, şirket bilgilerinin daha şeffaf ve erişilebilir kılınması hususunda yükümlülükler getirmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği de dijitalleşmeye ilişkin bu gerçekliği göz önüne alarak “2017/1132 Sayılı Direktifi Tadil Eden Şirketler Hukukunda Dijital Araç ve Süreçlerin Kullanımına İlişkin 2019/1151 Sayılı Direktifi 31 Temmuz 2019 tarihinde yürürlüğe koymuştur. Bu direktif ekonomik faaliyetleri zaman ve maliyet açısından daha etkili ve kolay şekilde yürüterek iç pazarın etkin işleyişini amaçlamakta, bu doğrultuda kamunun aydınlatılması, limited şirketlerin tamamen online olarak kurulabilmesi, şirketin faaliyeti esnasında ticaret siciline ibraz edilmesi gereken bilgi ve belgelerin online olarak işlenmesi, şirket belgelerinin online ortamda ilanı gibi konulara odaklanmaktadır.

* Bu çalışma, 26 Şubat 2024 tarihinde Türk Şirketler Hukukunun AB Şirketler Hukukuna Uyumu Sempozyumu'nda bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, betulbozkir@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1954-3043.

*** İbn Haldun Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi. ORCID: 0000-0002-4103-0260.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik hedefi doğrultusunda açılan fasıllardaki durumunu değerlendiren ilerleme raporlarında da 6. fasıla ilişkin değerlendirmelerde dijital araçların kullanımı konusunda 2019 şirketler hukuku müktesebatına uyum sağlanması tavsiye edilerek şirket belgelerinin ticaret siciline çevrimiçi olarak kaydedilmesine ve limited şirketlerin kuruluşunun tamamen çevrimiçi ortamda sağlanmasına yönelik hüküm tesis edilmemiş olması eleştirilmektedir.

Bu bildiri metninde, limited şirketlerde mevcut Türk hukukunun dijital araçların kullanımı konusunda AB'nin 2019/1151 Sayılı Direktif hükümleri ile uygunluğu, Türkiye raporlarında getirilen tavsiye ve eleştiriler kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: AB şirketler hukuku, çevrimiçi kuruluş, dijitalleşme, ilerleme raporları, limited şirketler.

Online Formation of Limited Liability Companies in the Context of the EU Digitalization Directive 2019/1151 and Turkish Legislation

Abstract

Digitalization is rapidly transforming every field and it has become inevitable for companies to adapt to this transformation. As a matter of fact, public disclosure and transparency regulations that companies are subject to impose obligations on companies to make company information more transparent and accessible in order to protect the interests of both shareholders, company stakeholders and the public.

As a matter of fact, taking into account this reality regarding digitalization, the European Union has put into force the “Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as Regards The Use of Digital Tools and Processes in Company Law” on 31 July 2019. This directive aims to ensure the effective functioning of the internal market by conducting economic activities more efficiently and easily in terms of time and cost, and focuses on issues such as public disclosure, the establishment of limited liability companies fully online, online processing of information and documents that must be submitted to the trade registry during the activity of the company, and online disclosure of company documents.

In the progress reports evaluating Türkiye’s progress in the chapters opened in line with Türkiye’s goal of full membership to the European Union, it is recommended to align with the 2019 company law acquis on the use of digital tools in the assessments regarding Chapter 6, and it is criticised that there are no provisions for the online registration of company

documents in the trade registry and the establishment of limited liability companies in a fully online environment.

In this paper, the harmonization of the current Turkish law on limited liability companies with the provisions of EU Directive 2019/1151 on the use of digital tools will be discussed within the scope of the recommendations and criticisms made in the Türkiye reports.

Keywords: Digitalization, EU company law, limited liability companies, online formation, progress reports.

Giriş

Avrupa Birliği şirketler hukuku alanında yürürlükte olan altı farklı yönergeyi konsolide ederek 2017 yılında yürürlüğe giren *2017/1132 Sayılı Şirketler Hukukunun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi*, rekabetçi ve yatırım çeken bir iç pazar oluşturmayı hedeflemektedir. Aynı amaç doğrultusunda dijital dönüşüme uyum sağlamak, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin ve start-upların ticari yaşamda daha hızlı ve kolay şekilde çevrimiçi ortamda şirket kurmalarını, şube tescilini, belge ibrazını ve bilgilerin kamuya paylaşılmasını sağlamak amacıyla dijital araçların şirketler hukuku alanında kullanılmasına yönelik *2017/1132 Sayılı Direktifi Tadil Eden Şirketler Hukukunda Dijital Araç ve Süreçlerin Kullanımına İlişkin 2019/1151 Sayılı Direktif*¹ 31 Temmuz 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir².

Birlik hukukunda yönergelerin rolü farklı hukuki kural ve uygulamalara sahip olan üye devletlerin farklılıklarını minimize ederek uygulamalarını birbirlerine yaklaştırmaktır. Bunu yaparken AB kanun koyucusu ulaşılabilecek hedefleri belirler ancak her üye devlet öngörülen hedefe ulaşma yolunda biçimi ve yöntemi seçme özgürlüğüne sahiptir. Diğer bir deyişle yönergeler, üye devletlerin kesin içeriğini belirlemeksizin genel ilkeler üzerinde uzlaşmalarına imkan sağlar³. Nitekim üye devletlerin şirketler hukuku alanında

1 Bundan sonra Dijitalleşme Yönergesi olarak anılacaktır.

2 Üye devletlerin 1 Ağustos 2021 tarihine kadar Yönerge hükümlerine uyumu sağlama konusunda gerekli düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir. 1 Ağustos 2021 tarihine kadar iç mevzuatını Yönergeye uyumlaştırmakta güçlük yaşayan üye devletlere talep etmeleri halinde Yönerge m. 2/3 uyarınca 1 yıllık ek süre verilecektir. Bu süre de 1 Ağustos 2022 tarihinde sona ermiştir.

3 Nina Maksimovic Sekulic, "The Significance of Directive 2019/1151 in the Digitalization of European Union Company Law," *LAW - Theory and Practice*, 40/3 (2023), s. 69.

dijital araç ve süreçlerin kullanımına ilişkin yeknesak bir uygulamaya sahip olmaması⁴, girişimcilerin başka üye ülkede şirket kurmak, şube açmak, belge ibraz etmek konusunda farklı muamelelerle karşılaşmasına ve ne ile karşılaşabileceklerini öngörememelerine yol açmaktaydı⁵. Örneğin Almanya, Belçika, İspanya gibi üye devletler şirket kuruluşunu fiziki olarak gerçekleştirmeyi zorunlu tutarken Hırvatistan, Litvanya, Estonya ve Finlandiya gibi üye devletler hem fiziki hem çevrimiçi kuruluşa imkan tanımaktadır⁶.

2019/1151 sayılı Dijitalleşme Yönergesi getirdiği hükümlerle 2017/1132 sayılı Yönergede değişiklik yapmış ve Yönerge hükümlerinin içine derç edilmiştir. Dijitalleşme Yönergesi, 2017/1132 sayılı Yönergenin *Genel Hükümler ve Sınırlı Sorumlu Şirketlerin Kuruluşu ile İşleyişi* başlığı altındaki *Kamuya Açıklama ve Siciller Arası Bağlantı ile Şirket Kayıtları* başlıklı 3. Bölümün başlığını Çevrimiçi Prosedürler (Kuruluş, tescil, dosyalama) ve Kamuya Açıklama ve Sicil olarak değiştirmiştir. Bu kapsamda 3. Bölümün alt başlıklarından *i. genel hükümler, ii. merkezi başka bir üye devlette bulunan şubelerin tescili ve kamuya açıklanması* ile *iii. merkezi üçüncü ülkelerde bulunan şubelerin kamuya açıklanması* alt bölümlerinde de Dijitalleşme Yönergesi ile değişiklik yapılmıştır.

Türkiye, 3 Ekim 2005 tarihinde başlayan Avrupa Birliği'ne tam üyelik müzakereleri kapsamında iç hukukunu Birlik hukukuna uyumlaştırma taahhüdü doğrultusunda, 17 Haziran 2008 tarihinde açılan şirketler hukuku faslında önemli adımlar atmıştır⁷. Avrupa Komisyonu'nun her sene müzakerelerdeki durumları fasıl fasıl değerlendirerek yayınladığı Türkiye raporlarında 6. fasıl özelinde Türkiye'nin şirketler hukuku alanında ileri düzeyde olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte tam uyum için statik olmayan, kendisi de sürekli gelişen ve güncellenen AB hukukunun yakalanması gerektiğinden AB şirketler hukukunda meydana gelen değişikliklerin

4 Tina Jakupak/ Zeljka Breges, "Digitalization: Balance and Protection- State of the Art", *Intereulaweast*, 7/ 2 (2020), s. 200.

5 Maria del Pilar Galeote Munoz, "Corporate digitalization in the European context: going one step further", *Advocatus*, 43 (2023), s. 291.

6 Dionis Jurić / Antonija Zubović, "Online Formation of Limited Liability Companies", *Economics and business of the post COVID-19 world*, 77/91 (2023), s. 78-79, <https://urn.nsk.hr/urn:nbn:hr:118:148248>. (Erişim Tarihi: 31.01.2024).

7 Çısel İleri ve diğerleri, *Açılan Müzakere Fasıllarında Ne Durumdayız?*, İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı, 2016, s. 81.

de iç hukuka aktarılması ve uyumlaştırma yapılması gerekmektedir. Özellikle son yıllardaki ilerleme raporlarında, Türkiye'nin 2019/1151 sayılı Dijitalleşme Yönergesine daha fazla uyum sağlaması gerektiği yönünde çeşitli tespitler dile getirilmektedir. Türkiye raporlarında yer alan başlıca değerlendirmeler şu şekildedir:

2022 yılı Türkiye raporunda “Şirketlerin ticaret sicil belgelerinin kamuya açıklanmasıyla ilgili olarak, tüm sınırlı sorumlu şirketler için yıllık hesapların yayımlanmasını veya şirket belgelerinin ticaret siciline çevrim içi olarak kaydedilmesini gerektiren herhangi bir hüküm hâlâ bulunmamaktadır ve sınırlı sorumlu şirketlerin kayıt işlemleri bütünüyle çevrim içi olarak tamamlanmaktadır. Pay sahiplerinin hakları ve uzun vadeli pay sahibi katılımının teşvik edilmesine ilişkin kuralların yanı sıra dijital araçların kullanımı ile sınır ötesi işlemler konularındaki 2019 AB müktesebatı ile daha fazla uyum sağlanması gerekmektedir.”

2023 yılı Türkiye raporunda “Şirketlerin ticaret sicil belgelerinin kamuya açıklanmasıyla ilgili olarak, tüm sınırlı sorumlu şirketlerin yıllık mali tablolarının yayımlanmasını ve şirket belgelerinin çevrim içi olarak kaydedilmesini gerektiren hükümler hâlâ eksiktir. Türkiye’de, ayrıca sınırlı sorumlu şirketlerin ticaret siciline kayıt işlemlerine yönelik bütünüyle çevrim içi bir süreç bulunmamaktadır.”

Çalışmamızın kapsamı Avrupa Komisyonu’nun Türkiye raporlarında işaret ettiği noktalarla sınırlı olarak limited şirketlerin çevrimiçi kuruluşu olarak belirlenmiştir.

I. AB Mevzuatı

1. Dijitalleşme Yönergesindeki Tanımlar

Dijitalleşme yönergesinin amacı kuruluştaki masrafların ve sürelerin azaltılması, bir üye devletteki kişilerin diğer bir üye devlette fiziken bulunması gerekmeksizin kuruluşu dair tüm safhaları elektronik ortamda gerçekleştirebilmeleri, keza belge sunumu ve ilan prosedürlerinin de çevrimiçi olarak yerine getirilebilmesidir⁸.

8 2019/1151 Yönergesi Dibase para.2.

Öte taraftan çevrimiçi süreçlerin doğasından kaynaklanan birtakım risklerin bertaraf edilebilmesi ve kimlik doğrulamaları ile işlem güvenliğinin sağlanması ve sahteciliğin engellenmesi gerekliliği dijital işlemlerin belirli standartlar dahilinde yapılmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda Dijitalleşme Yönergesinde 910/2014 Sayılı İç Pazardaki Elektronik İşlemlerde Elektronik Kimlik Tespiti ve Güven Hizmetleri (eIDAS) AB Tüzüğü⁹ne atıfta bulunularak belirli tanımlamalar yapılmıştır¹⁰.

2017/1132 sayılı Yönergenin 13a maddesinde *i. elektronik tanımlama araçları*, *ii. elektronik kimlik belirleme planı*, *iii. elektronik araçlar* detaylarıyla açıklanmıştır. Elektronik tanımlama aracı, kişi tanımlama verilerini içeren ve çevrimiçi bir hizmet için kimlik doğrulama amacıyla kullanılan maddi ve/veya gayri maddi bir birim anlamına gelir¹¹. Elektronik kimlik belirleme planı; gerçek veya tüzel kişilere veya tüzel kişileri temsil eden gerçek kişilere elektronik kimlik belirleme araçlarının verildiği bir elektronik kimlik belirleme sistemi anlamına gelir. Elektronik araçlar ise, dijital sıkıştırma da dahil olmak üzere verilerin işlenmesi ve depolanması için kullanılan ve bilginin başlangıçta gönderildiği ve varış noktasında alındığı elektronik ekipman anlamına gelir; bu bilgi tamamen üye devletler tarafından belirlenecek bir şekilde iletilir, aktarılır ve alınır (13a/3).

Üye devletlerin, 2017/1132 sayılı Yönergenin çevrimiçi prosedürler için temel oluşturan 13b maddesi uyarınca elektronik kimlik tanımlama araçlarını uygulamaya koymalı¹² ve çevrimiçi işlemler için hangi tanımlama araçlarını kabul ettiklerini belirtmeleri gerekmektedir. Yönergedeki önemli bir nokta da başvuru sahiplerinin Birlik vatandaşlarıyla sınırlandırılmış olmasıdır (13b/1). Bu nedenle, üçüncü ülkelerden gelen başvuru sahiplerine elektronik kimlik belirleme prosedürü uygulanmamaktadır¹³. Birlik

9 bkz: European Official Journal, L- 257, Regulation (EU) No 909/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European Union and on central securities depositories and amending Directives 98/26/EC and 2014/65/EU and Regulation (EU) No 236/2012.

10 Galeote Muñoz, s. 285. Ayrıca bkz: Žofia Mrázová/Dominika Cukerová, “How the Digitalisation Has Changed the Slovak Company Law: Implementation of the Directive 2019/1151 (Digitalisation Directive) and What Next?”, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), 7 (2023), s. 338.

11 bkz: 910/2014 EU.

12 Peter Kindler / Lan Lieder, European Corporate Law: Article-by-Article Commentary, Nomos/Hart, 2021, s. 112.

13 Kindler/Lieder, s. 112.

vatandaşları için iki farklı türde kimlik belirleme aracı mevcuttur: Üye devletler, kendi ülkeleri tarafından onaylanmış bir elektronik kimlik belirleme programı kapsamında düzenlenmiş elektronik kimlik belirleme araçlarının ve başka bir üye devlette düzenlenen ve 910/2014 sayılı Tüzüğün 6. maddesi uyarınca sınır ötesi kimlik doğrulama amacıyla tanınan elektronik tanımlama araçlarının kullanılabilmesini sağlayacaktır¹⁴. Araçların 910/2014 sayılı Tüzükte öngörülen standartlara uyumlu olması gerekir (13b/2). Aksi halde üye devletler 910/2014 sayılı Tüzüğün m. 6/1 gerekliliklerini karşılamayan elektronik araçları reddedebilecekler¹⁵. Üye devletlerin, kullanımına onay verdikleri tüm elektronik tanımlama araçlarını kamuya açıklamaları gerekir (13b/3).

Amaç, prosedürlerin tamamen çevrimiçi yapılmasının sağlanması olmakla beraber kimliğin kötüye kullanılması veya değiştirilmesinin önlenmesine yönelik kamu yararı bulunması halinde, üye devletler başvuru sahibinin kimliğinin doğrulanması amacıyla çevrimiçi prosedürlerin herhangi bir aşamasında, başvuru sahibinin, ulusal hukuk uyarınca yetkilendirilmiş bir merci nezdinde fiziksel olarak hazır bulunmasını şart koşabilir (13b/4). Bu durum istisnai olup kuruluş prosedürünün yalnızca güvenlik sorununun ortaya çıktığı aşamasında uygulanmalı ve işlemlerin tamamına teşmil edilmemelidir¹⁶. Bu hüküm, sadece çevrimiçi prosedürün korunması ile sicilin doğruluğunun kontrolü arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır¹⁷.

Dijitalleşme Yönergesi, şirketler hukukunda bir kısım çevrimiçi prosedürlerde dijital araçların kullanımının sağlanmasına yönelik asgari bir standart oluşturmakla beraber üye devletlerin milli hukuklarına olabildiğince sadık kalmalarını sağlayacak esnek bir mekanizma sunmuştur¹⁸. Çevrimiçi kuruluş, üye devletlerde mevcut kuruluş olanaklarından herhangi birinin yerini almayı değil, yalnızca başka bir olanak yaratmayı amaçlamakta ve üye devletlerin kuruluş, tescil, ilan gibi müesseseleri uygulamak üzere yetki verdiği kişi ya da kurumların (noter, avukat, ticaret sicili müdürlüğü vb.)

14 Jakupak/ Breges, s. 201.

15 Kindler/Lieder, s. 113.

16 Galeote Muñoz, s. 286.

17 Kindler/Lieder, s. 113.

18 Funda Özdin, "2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı", İstanbul Hukuk Mecmuası, 80/3 (2022), s.724; Galeote Muñoz, s.286.

gördükleri işlevleri muhafaza ederek sadece bunların çevrimiçi olarak da sunulmasını temin etmektedir (13c)¹⁹.

2. Çevrimiçi Kuruluş

Dijitalleşme Yönergesinin 13g maddesi çevrimiçi kuruluşu düzenlemektedir. Peşinen belirtmek gerekir ki Dijitalleşme Yönergesinin IIA ekinde yer alan şirket tipi limited şirketler olup Yönergenin 13, 13f, 13g, 13h ve 162a maddelerinde yer alan yükümlülüklerin yalnızca limited şirketler açısından uygulanması zorunlu tutulmuştur. Limited şirketler dışındaki şirket tipleri için uygulayıp uygulamamak üye devletlerin takdirine bırakılmıştır²⁰.

Çevrimiçi kuruluşu dair temel kuralı belirleyen madde 13g uyarınca, güvenlik nedeniyle istisna tutulan haller hariç olmak üzere üye devletler başvuru sahiplerinin, bir şirketin kuruluş belgesinin hazırlanması da dahil olmak üzere, çevrimiçi şirket kuruluşunun herhangi bir makam, kişi veya organın huzuruna şahsen çıkmalarına gerek olmaksızın, tamamen çevrimiçi olarak gerçekleştirilebilmesini sağlayacaklardır²¹. Limited şirketler dışındaki sermaye şirketleri için örneğin anonim şirket ya da sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için çevrimiçi kuruluşu sağlamak üye devletlerin takdirindedir²². Keza üye devletlerin yalnızca nakdi sermaye ile kurulacak limited şirketler açısından çevrimiçi kuruluş alternatifini sağlama yükümlülüğü olup aynı sermaye ile kurulacak limited şirketler için üye devletlerin çevrimiçi kuruluş imkanı sağlamama serbestisi vardır²³.

Üye devletlerin 13a/6 maddesinde tanımlanan, şirketin çevrimiçi olarak kurulması için kullanılan bir şirket kuruluş belgesi modeli olan standart şablonlar oluşturma yükümlülüğü vardır²⁴. Başvurucular dilerse bu şablonları kullanarak şirket kuruluş prosedürünü takip edebilir (13g/2).

19 Nicola de Luca, *European Company Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, s. 149.

20 Kindler/Lieder, s. 90; Özdin, s. 727.

21 Kindler/Lieder, s. 117. Diğer bir deyişle üye devletlerin fiziki şirket kuruluşuna dair süregelen uygulamaları ilga edilmemiş olup üye devletlere çevrimiçi şirket kuruluşu alternatifini sağlama zorunluluğu getirilmiştir. bkz. Mrázová/ Cukerová, s. 338; Jakupak/Breges, s. 199-200.

22 Özdin, s. 727.

23 Üye devletlerden İtalya da tıpkı Almanya gibi Yönergedeki serbestiden faydalanarak aynı sermaye taahhüdü halinde çevrimiçi kuruluşu saf dışı bırakmıştır.

24 Galeote Munoz, s.286; Jakupak/ Breges, s. 201.

Üye devletler mevcut şirket kuruluş prosedürlerini çevrimiçi olarak sağlamak dışında bir değişiklikle yükümlü kılınmadıklarından çevrimiçi kuruluşa dair kuralları kendileri detaylıca belirleyecektir. Elektronik formdaki belge ve bilgilerin sunulması için gerekli altyapının da üye devletlerce sağlanması gerekir (13g/2). Bununla birlikte Yönergede üye devletler asgari olarak (13g/3)

- başvuruçuların fiil ehliyetinin ve temsil yetkisinin bulunduğunu teyit edecek araçları,
- başvuruçuların kimliğini doğrulama araçlarını,
- başvuruçuların 910/2014 sayılı Tüzükte atıfta bulunulan güven hizmetlerini kullanmaları için gereken şartları,
- ulusal hukuklarında öngörüldüğü ölçüde, şirketin amacının hukuka uygunluğunu teyit etmeyi,
- şirketin adının hukuki olup olmadığını teyit etmeyi,
- yöneticilerin atanmasını doğrulamayı sağlayacak prosedürleri belirlemekle yükümlüdür.

Bunun yanında öngörmeleri halinde üye devletler (13g/4)

- şablonların doğru kullanımının doğrulanması da dahil olmak üzere, şirket kuruluş belgelerinin hukuka uygunluğunu tespiti,
- herhangi bir üye devletteki yetkili makam tarafından şirket yöneticilerinden birinin görevden alınmasının sonuçlarını belirlemeye;
- bir noterin veya ulusal hukuk uyarınca şirketin çevrimiçi kurulmasını sağlamakla yetkilendirilmiş başka bir kişi veya kurumun rolünü belirlemeye;
- şirketin sermayesinin aynı sermaye yoluyla ifa edildiği durumlarda çevrimiçi kuruluş zorunluluğunu uygulamamaya ilişkin düzenleme yapabilir.

Üye devletler şirketin faaliyetlerinin ulusal hukuk uyarınca izin gerektiren bir faaliyet olması durumu hariç bir şirketin çevrimiçi olarak kurulmasını izne bağlayamaz (13g/5).

Sermayenin ödenmesinin gerekli olduğu hallerde, üye devletler kuruluşların sermayeyi Birlik içerisinde faaliyet gösteren bir banka hesabına çevrimiçi olarak yatırabilmesini ve makbuzun/dekontun çevrimiçi olarak sunabilmesini sağlarlar (13g/6).

Üye devletler için çevrimiçi şirket kuruluşunun tamamlanmasına yönelik iki farklı süre öngörülmüştür: Bunlardan ilki şirketin gerçek kişiler tarafından, üye devletlerin Dijitalleşme Yönergesi m. 13h kapsamında sağlamak zorunda olduğu standart şablonlar kullanılarak kurulmasının tercih edildiği hallerde çevrimiçi kuruluşun beş iş günü içinde tamamlanmasıdır. Öngörülen ikinci süre ise ilk durum dışında gerçekleşen çevrimiçi kuruluşların on iş günü içinde tamamlanmasıdır. Ancak beş ve on günlük süreler, kuruluşu dair gerekli tüm işlemlerin yetkili makam tarafından tamamlanması ya da tescil ücretinin ödenmesi veya sermayenin ifasının gerekli olduğu durumlarda sermayenin ifa edilmesinden itibaren başlayacaktır. Prosedürün bu belirtilen süreler içerisinde tamamlanmasının mümkün olmadığı hallerde, üye devletler başvuru sahiplerinin gecikmenin nedenleri konusunda bilgilendirmelidir (13g/7).

Kuruluş sürecinin tamamen çevrimiçi ortamda gerçekleşmesine yönelik üye devletlere iki istisnai duruma özgü olmak üzere başvuru sahiplerinin yetkili merci önünde fiziki olarak hazır bulunmasını talep etme imkanı verilmiştir. Bu istisnai hallerden biri, yukarıda da değinildiği üzere kimlik doğrulanması aşamasında başvuru sahibinin gerçek kimliğinden şüpheye düşülmesi halinde sahtecilik ve kötüye kullanımların engellenmesi açısından gerekli olması durumudur. İkinci istisnai hal ise başvuru sahiplerinin ya da temsilcilerinin hukuki ehliyetine ya da temsil yetkisine ilişkin şüpheye düşülmesidir. Üye devletlerin istisnai olan bu halleri uygulayarak başvuru sahibinin yetkili merci önünde fiziki katılımını araması halinin kamu yararıyla gerekçelendirilmesi gerekir. Bu halde dahi diğer aşamaların çevrimiçi olarak tamamlanabilmesi üye devletler tarafından temin edilmelidir (13g/8).

Dijitalleşme Yönergesiyle kuruluş prosedürlerini kolaylaştırmak ve masrafları azaltmak amacıyla standart kuruluş protokolleri öngörülmüştür²⁵. Üye devletler, Ek IIA'da listelenen şirket türleri için şablonları, başvuru sahiplerinin çevrimiçi kuruluşu tercih etmeleri durumunda bu prosedürün bir

25 Kindler/Lieder, s. 122; Özdin, s. 729.

parçası olarak Tek Dijital Giriş Kapısı²⁶ aracılığıyla erişilebilen kayıt portal- larında veya web sitelerinde kullanıma sunacaktır (13h/1-2). Şablonların başvuruca kurallara uygun olarak kullanıldığına doğrulanması halin- de şirket kuruluş belgelerinin usulüne uygun olarak düzenlenmesi ve tasdik edilmesi gerekliliği yerine getirilmiş sayılır (13h/2).

Üye Devletler şablonları en azından mümkün olan en fazla sayıda sınır ötesi kullanıcı tarafından anlaşılan resmi bir Birlik dilinde kullanıma sun- malıdır. İlgili üye devletin resmi dilleri dışındaki dillerde düzenlenmiş olan şablonların kullanılması halinde, ilgili üye devlet bu şablonlarla şirket kuru- luşunu mümkün kılmadığı sürece, bunların sadece bilgilendirme amaçlı ol- duğu kabul edilecektir (13h/3).

Kuruluş safhaları çevrimiçi olarak sunulduktan sonra bu safhalar da şablonların içeriği de ulusal hukuka tabi olacaktır. Yani üye devletlerin ter- cihine ciddi bir müdahale bulunmamaktadır.

3. Dijitalleşmeye İlişkin Taslak Düzenleme - 29 Mart 2023 tarihli 2023/0089 sayılı Yönerge Taslağı

AB Komisyonu, 2019/1151 sayılı dijitalleşme direktifinin ihdas edil- mesindeki gayeler doğrultusunda, “*Şirketler hukukunda dijital araç ve sü- reçlerin kullanımının daha da genişletilmesi ve iyileştirilmesine ilişkin olarak 2009/102/EC ve (AB) 2017/1132 sayılı Direktifleri tadil eden Avrupa Par- lamentosu ve Konsey Direktifi Önerisi*” ni AB parlamentosu ve AB Konseyi- ne iletmıştır. Tasarının amacı, mevcut dijitalleşme direktifindeki uygulama- ları bir adım daha ileri taşıyarak dijitalleşmenin etki alanını genişletmektir.

Bu doğrultuda tasarının öngördüğü başlıca müesseselerden diji- tal AB vekaletnamesi, dijital vekaletname için standart bir model öngör- mektedir. Dijital vekaletname planı, bir kişiye herhangi bir üye devlet- te şirketi temsil etme yetkisi verecek dijital bir vekaletname için çok dilli standart bir model sunmaktır. Buna göre dijital AB vekaletnamesi, ulusal

26 Tek dijital giriş kapısı, AB vatandaşlarının ve işletmelerinin başka bir AB ülkesinde ihtiyaç duyabilecekleri bilgilere, idari prosedürlere ve yardım hizmetlerine çevrimiçi erişimini sağlayan bir portaldır. Erişim, vatandaşların ve işletmelerin haklarına iliş- kin AB ve ulusal bilgilerin yanı sıra yardım hizmetlerine erişim sunan Your Europe portalındaki bir arama işlevi aracılığıyla sağlanmaktadır. bkz: https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/single-digital-gateway_en

yasal ve resmi gerekliliklere uygun olarak hazırlanır ve iptal edilir. Dijital AB vekâletnamesinin hazırlanmasına ilişkin ulusal gereklilikler en azından vekâletnameyi veren kişinin kimliğinin, yasal ehliyetinin ve şirketi temsil etme yetkisinin doğrulanmasını içerir (16c).

2023/0089 sayılı Yönerge tasarısıyla kamunun aydınlatılması prensibinin yalnızca sınırlı sorumlu şirketleri değil şahıs şirketlerini de içine alacak şekilde genişletilmesi planlanmaktadır²⁷.

2023/0089 sayılı Yönerge tasarısı, AB şirket sertifikasını tanımlayarak üye devletlerin Ek II (anonim şirket, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, limited şirket) ve IIB(kollektif ve adi komandit şirket)'de listelenen şirketler hakkında AB Şirket Sertifikası düzenlemesini sağlamasını öngörmektedir. AB Şirket Sertifikası, tüm üye devletlerde, şirketin kuruluşunun ve bu maddenin 2. ve 3. paragraflarında sıralanan ve verildiği tarihte şirketin kayıtlı olduğu sicil tarafından tutulan bilgilerin kesin kanıtı olarak kabul edilecektir (16b).

Tasarı daha az formalite prensibiyle şirket belgeleri için apostil veya onaylı tercüme ihtiyacı gibi bazı formaliteleri minimize etmeyi amaçlamakta, bir üye devlette düzenlenen noterlik işlemleri, idari belgeler, bunların onaylı suretleri ve tercümelerinin başka bir üye devlette sunulacağı durumlarda, üye devletlerin bunların her türlü yasallaştırma ve benzeri formalitelerden muaf tutulmasını temin etmesini öngörmektedir (16d).

II. Türk Mevzuatı

Avrupa Birliği şirketler hukukunun kamunun aydınlatılmasına ilişkin hükümleri gereğince merkezi olarak tutulması gereken ticaret sicili kayıtlarının yaşanan teknolojik ilerlemeler doğrultusunda elektronik ortama taşınması, üye devletlerin 1 Ocak 2007 tarihine kadar sicil kayıtlarını elektronik platforma alması kuralı getirilmiştir²⁸. Ülkemizin AB'ye tam üyelik hedefi doğrultusunda ticaret şirketlerinin, gerçek kişi işletmelerin, ticari işletmelerin şubelerinin, esnaf ve başka kategorideki firmaların bilgilerinin

27 Yönerge tasarısının IIB nolu ekiyle getirilen şirket türlerine bakıldığında bunların kollektif ve adi komandit şirket oldukları görülmektedir.

28 Necla Akdağ Güney, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2010, s. 23.

bulunduğu, ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü, ticaret sicili kayıtlarıyla tescil ve ilan edilmesi gereken verilerin düzenli olarak depolandığı ve erişime sunulduğu bir merkezi elektronik veri tabanı sistemi olan MERSİS (Merkezi Sicil Kayıt Sistemi) 2010 yılında pilot uygulamayla geliştirilmiştir²⁹. Bugün için MERSİS Türkiye'deki tüm ticaret sicili müdürlükleriyle (238 ticaret sicili müdürlüğü) ve diğer kamu kurumları ile entegre şekilde çalışmaktadır. MERSİS sistemin altyapısının Avrupa Birliği tarafından beğeni ile karşılandığı ve işlevsel bir yapısının bulunduğu ifade edilmektedir³⁰. Halihazırda MERSİS üzerinden ticaret şirketlerinin kuruluş başvuruları gerçekleştirilebilmekte, şirket sözleşmesi için zorunlu unsurlar ve kurucuların ihtiyari olarak kararlaştırdığı hususlar sistem üzerinden girilerek şirket sözleşmesi hazırlanabilmektedir³¹.

Belirtildiği üzere Dijitalleşme Yönergesinin IIA nolu ekinde gösterilen şirket tipine bakıldığında çevrimiçi kuruluş imkanının sağlanmasının zorunlu kıldığı şirket türünün ülkemizde limited şirketler olması nedeniyle³² hukukumuzun söz konusu Yönerge hükümleriyle uyumlu hale getirilmesi için düzenleme yapılması gereken hükümler de limited şirketlere ilişkin hükümlerdir. Bu kapsamda, limited şirketlerin kuruluşuna yönelik hükümlerin bulunduğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ticaret Sicili Yönetmeliği, Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliği'nin incelenmesi gerekmektedir.

Limited şirket kuruluşuyla alakalı pozitif düzenlemelere bakıldığında Türk Ticaret Kanunu'nun 575. maddesine göre limited şirket sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda kurucular tarafından imzalanması gerekir³³. Kuruluş

29 Akdağ Güney, s. 40.

30 Kadir Sevim, "Kamu Kurumları ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Soruna Yaklaşımı", içinde AB Müktesebatı Uyum Süreci İlerleme Raporlarında Yer Alan 6. Fasıla İlişkin (Şirketler Hukuku) Sonuçların Değerlendirilmesi Çalıştayı Kitabı. editörler: Şükrü Yıldız ve diğerleri, İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2023, s. 56.

31 **TEBLİĞ MADDE 4 – (1)** Şirket sözleşmesi MERSİS'te hazırlanır.

32 IIA nolu ekte Almanya için çevrimiçi kuruluşun zorunlu olarak öngörüldüğü şirket türü GmbH'tir. Ülkemizde bu şirket türüne karşılık gelen şirketler limited şirketlerdir.

33 **MADDE 575- (1)** Şirket sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kurucular tarafından ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalanması şarttır.

başlıklı 585. maddede de şirketin kuruluşunun gerçekleşebilmesi için kurucuların şirket sözleşmesini, ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalamaları gerekir³⁴. Yine Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 90'da limited şirketlerin kuruluş sözleşmelerinin sicil müdürlüğünde imzalanması şart koşulmaktadır. Bu düzenlemelere ilaveten Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan *Şirket Kuruluş Sözleşmesinin Ticaret Sicili Müdürlüklerinde İmzalanması Hakkında Tebliği* de ticaret şirketleri için kurucu işlem olan şirket sözleşmesinin imzalanmasının ticaret sicili müdürlüğü personelinin huzurunda yapılmasını aramaktadır. Bu haliyle Türk Ticaret Kanunu ve ikincil mevzuat hükümlerinin limited şirket kuruluşunda şirket sözleşmesinin ticaret sicili müdürlüğü personeli huzurunda imzalanmasını araması nedeniyle ilk bakışta Dijitalleşme Yönergesindeki çevrimiçi kuruluş prosedürünü sağlamadığı, AB hukukuna uygunluk taşımadığı düşünülebilir.

Öte taraftan TTK m.1526/3'te gerçek ve tüzel kişi tacirlerin TTK'nın zorunlu tuttuğu bütün işlemleri elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile gerçekleştirebilecekleri hüküm altına alınmıştır³⁵. Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 13/5 maddesinde ise aynı hüküm tekrarlanmış, devamında noter onayı şartının arandığı belgelerin, elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile imzalanması halinde ayrıca noter onayı aranmayacağı hükme bağlanmıştır³⁶. Keza bu işlemlere dayanak oluşturan belgelerin de elektro-

Şirketin kuruluşunda, şirket sözleşmesini ihtiva eden kâğıtlardan değerli kâğıt bedeli alınmaz.

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 90. maddesinde de

MADDE 90- (1) Bir limited şirketin kuruluşunun tesciline ilişkin başvuru, kurucuların tamamının şirket sözleşmesini müdürlükte huzurda imzaladıkları izleyen otuz gün içinde yapılır.

Başvuruda müdürlüğe aşağıdaki belgeler verilir:

a) Kurucuların müdürlükte huzurda imzaladıkları şirket sözleşmesi.

34 **MADDE 585-** (1) Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi şartsız olarak taahhüt ettikleri, ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzaladığı şirket sözleşmesinde limited şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur.

35 Sicil işlemlerinde güvenli elektronik imza ile yapılabilen işlemler için bkz: Burcu Erbayraktar, Güvenli Elektronik İmza, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 217 vd.

36 **MADDE 13(5)** Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirler, Kanununun zorunlu tuttuğu bütün işlemleri elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile yapabilir, bu işlemlerin dayanağı olan belgeleri de aynı usulle elektronik ortamda düzenleyebilir. Bu Yönetmeliğin noter onayı şartını aradığı belgelerin, elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile imzalanması halinde ayrıca noter onayı aranmaz.

nik ortamda düzenlenebileceği Kanun'da ifade edilmiştir³⁷. Şirket temsilcileri de TSY 13/7 maddesi uyarınca kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla şirket namına imza atabilirler³⁸. Öğretide ilgili TTK ve TSY hükmü doğrultusunda noter onayı ile kuruluşun gerçekleşmesinin mümkün kılındığı ticaret şirketlerinin esas sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile imzalanarak çevrimiçi kuruluşun gerçekleştirilmesinin mümkün olabileceği fakat limited şirketlerde, şirket sözleşmesinin sadece ticaret sicili müdürlüğü personeli huzurunda imzalanacağına ilişkin düzenlemeler nedeniyle çevrimiçi kuruluşun mümkün olmadığı ifade edilmiştir³⁹. Bununla beraber uygulamada limited şirketler de dahil olmak üzere şirket esas sözleşmeleri MERSİS'te düzenlenebilmekte, kurucuların güvenli elektronik imzaları ile imzalanarak yine sistem üzerinden ilgili ticaret sicili müdürlüğüne gönderilebilmektedir⁴⁰.

Kanaatimizce TTK m. 1526/3 ve TSY m. 13/5'teki düzenlemeler limited şirketler de dahil olmak üzere şirket esas sözleşmesinin elektronik olarak imzalanmak suretiyle sicil müdürlüğüne gönderilmesine cevaz vermektedir. Dijitalleşme Yönergesi 13e maddesi gereğince kuruluşa dair ücretlerin de tamamen çevrimiçi ortamda yapılabilmesi gerekir. Hukukumuzda limited şirketlerin sermayesinin tamamının kuruluşta taahhüt edilmesi gerekirken kuruluşta sermayenin ¼'ünün ödenmesi zorunluluğu 2018 yılında yapılan Kanun değişikliği ile kaldırılmıştır⁴¹. Bununla beraber kuru-

37 (3) Ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilir. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilir. Zaman unsurunun belirlenmesi gereken ve yönetmelikle düzenlenen hâllerde güvenli elektronik imzaya eklenen zaman damgasının tarihi, diğer hâllerde merkezi veri tabanı sistemindeki tarih esas alınır.

38 TSY MADDE 13(7) Şirket adına imza yetkisini haiz kişilerin şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla şirketi temsil etmeleri durumunda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin adı ve soyadı ile birlikte temsil ettiği tüzel kişinin unvanının yazılması ve bu hususun tescil edilmesi zorunludur.

39 Arslan Kaya, "Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma", içinde Türk Hukukunun Avrupa Birliğine Hukuku Özel Hukuk – Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, editörler: Arslan Kaya ve diğerleri, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020, s. 38-39.

40 Ancak mevcut MERSİS sistemi yalnızca nakdi şirket kuruluşu sürecinin MERSİS'te tamamlanmasına olanak vermektedir. Aynı sermaye ile şirket kuruluşu sistem üzerinden tamamlanamamaktadır.

41 30356 sayılı ve 10 Mart 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan *Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile değişiklik yapılmıştır.

luşturulan ödenmesi gereken (vergi masrafları, Rekabet Kurulu masrafları, Ticaret Odası kayıt ücreti gibi) ücretlerin/giderlerin elektronik ortamda kuruluşta ödenmesinin an itibarıyla mümkün olmaması nedeniyle limited şirketlerin tamamen çevrimiçi kuruluşu mümkün olamamaktadır. Öğretide tescil başvurusuna dayanak belgelerin MERSİS üzerinden ilgili ticaret müdürlüğüne sunulmadığı için çevrimiçi kuruluşun mümkün olmadığı ifade edilmişse de⁴² halihazırda MERSİS üzerinden sicile evrak sunulması mümkündür. Fakat MERSİS sistemi üzerinden yapılacak çevrimiçi işlemlere ilişkin online ödeme imkanı olmadığından limited şirketlerin tamamen çevrimiçi kuruluşu mümkün değildir. Bu anlamda kanaatimizce Yönergeye uyum için yapılması gereken, kuruluş giderlerine ilişkin ödemenin çevrimiçi yapılmasını sağlayacak sistemin MERSİS'e entegre edilmesidir⁴³.

Doktrinde bazı müellifler, AB mevzuatına uyum sağlayabilmemiz için 6102 sayılı TTK'nın 575. ve 585. maddesine "imzaların noterce onaylandığı" ibaresinin getirilmesi gerekliliğini, noterce yapılacak işlemlerin elektronik imza ile yapılması halinde ayrıca noter onayı aranmayacağından hareketle savunmaktadırlar⁴⁴. Böylelikle bu görüşe göre şirket kuruluşunda noterin imza tasdiki yerine elektronik imza ile imzalanan şirket sözleşmesi aynı hukuki sonucu sağlayacak ve çevrimiçi şirket kuruluşu gerçekleşecektir. 6102 sayılı Kanun'da 2018 yılında 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikten önce limited şirket kuruluşu için iki alternatif söz konusuydu. Bunlar kurucular tarafından imzalanmış şirket sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanması ve kurucuların şirket sözleşmesini ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalamasıdır. 2018 yılında yapılan Kanun değişikliği ile yalnızca limited şirket kuruluşunda noter onayı seçeneği kaldırılmış ve şirket sözleşmesinin ticaret sicili müdürlüğünde yetkilendirilmiş personelin huzurunda imzalanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu yazarlara göre noter onayı aşamasının geri getirilmesiyle AB hukukuna uyum sağlanacak ve çevrimiçi kuruluş mümkün olacaktır.

42 Kaya, s. 42.

43 Her ne kadar kuruluş başvurusu MERSİS üzerinden yapılsa da uygulamada ticaret sicili müdürlüklerince fiziki dosya oluşturulması ve kurucular tarafından kuruluş belgeleri fiziki olarak getirilmedikçe tescil işleminin gerçekleştirilmemesi, dijitalleşme konusundaki pozitif düzenlemelerin uygulamaya yansıtılmadığını göstermektedir.

44 Kaya, s. 49 vd.

Kanaatimizce böylesi bir değişikliğe ihtiyaç yoktur. Zira son hükümlerden olan 1526. maddenin yalnızca noter onayı ile yapılan işlemler değil TTK'da öngörülen tüm işlemler için uygulanabilir olması hasebiyle 575. ve 585. maddelere de uygulanabilmesi mümkündür. Dolayısıyla ticaret sicili müdürlüğünde yapılacak işlemler de elektronik imza ile yapılabildiğinden MERSİS'te hazırlanan şirket sözleşmesinin tüm kurucular tarafından güvenli elektronik imzayla imzalanması suretiyle şirket kuruluşu mevzuatımız açısından mümkündür.

Amaçsal yorum açısından da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Noter seçeneğinin kaldırıldığı 2018 yılındaki değişiklik yapılırken amaç tıpkı Dijitalleşme Yönergesinin dibacesinde⁴⁵ ifade edildiği gibi şirket kuruluş işlemlerindeki maliyet, süre ve idari yüklerin azaltılmasıdır⁴⁶. Dolayısıyla TTK'da düzenlenen tüm işlemlerin elektronik imza ile yapılabileceğini hüküm altına alan TTK m. 1526/3'ün limited şirketlere özel hükümler olan 575. ve 585. maddeleri de kapsadığını kabul etmek gerekir. Yine de ilgili mevzuat hükümlerinde (TTK m. 575, 585, TSY m. 90) tereddüde yer vermeyecek şekilde Dijitalleşme Yönergesiyle uyumlu olarak somut düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Bu doğrultuda ilgili hükümlere tamamen çevrimiçi kuruluş alternatifinin getirilerek kuruluş sürecinin herhangi bir merciin huzuruna çıkılmaksızın tamamlanması imkanı sağlanmalıdır. Dijitalleşme Yönergesi üye devletler bakımından işlem güvenliğinin sağlanması ve sahteciliğin önlenilmesi için öngörülen elektronik tanımlama araçlarının işlevsel bir şekilde kullanılabilmesi ve bunların kamuya paylaşılması yükümlülüğünü ön görmektedir. Nitekim elektronik ortamda yapılan işlemlerde işlem ve bilgi

45 *"In order to facilitate the formation of companies and the registration of branches and to reduce the costs, time and administrative burdens associated with those processes, in particular by micro, small and medium-sized enterprises ('SMEs') as defined in Commission Recommendation 2003/361/EC (4), procedures should be put in place to enable the formation of companies and registration of branches to be completed fully online. This Directive should not oblige companies to use such procedures. Member States should, however, be able to decide to make some or all online procedures mandatory. The current costs and burdens associated with formation and registration procedures derive not only from administrative fees charged for forming a company or registering a branch, but also from other requirements which make the overall process longer to complete, in particular when the physical presence of the applicant is required. In addition, information on such procedures should be made available online and free of charge."* bkz: Dibase para. 8.

46 bkz: 7099 Sayılı Kanun'un genel gerekçe. Ayrıca bkz: Maksimovic Sekulic, s. 76.

güvenliğinin sağlanabilmesi için işlemi gerçekleştiren kişinin kimliğinin hukuken belirlenebilmesi, işlemin inkar edilememesi, işlemin yapıldığı anın tespit edilebilmesi elzemdir⁴⁷. Bu noktada eIDAS Tüzüğünde tanımlanan elektronik tanımlama araçlarından biri de nitelikli elektronik imzadır. Ülkemizde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda tanımlanan güvenli elektronik imza eIDAS'taki nitelikli elektronik imza tanımına uymakta ve ıslak imza ile eşdeğer kabul edilmektedir⁴⁸. Münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan güvenli elektronik imza kimlik tehisini tek başına sağlamakta yeterli ise de işlem güvenliğinin kuşkuyla mahal vermeyecek şekilde temin edilebilmesi için Alman kanun koyucusunun Dijitalleşme Yönergesine uyum kapsamında öngörmüş olduğu görüntülü iletişim seçeneğinin ticaret sicili müdürlükleri nezdinde de mümkün kılınması isabetli olacaktır.

Dijitalleşme Yönergesini ele aldığımız bölümde belirtildiği üzere üye devletlere kuruluşun herhangi bir aşamasında başvuruvarların fiziki varlığını istisnai olarak talep etme imkanı tanınmıştır. Bu haller iki istisnai duruma özgü olarak tanınmıştır. Bunlar başvuruvarunun gerçek kimliğinde şüpheye düşülmesi ile başvuruvarların fiil ehliyeti ve temsil yetkisinden şüpheye düşülmesi halleridir⁴⁹. Hukukumuzda göre limited şirketin kuruluş anı TTK 585. maddeye göre şirket sözleşmesinin ticaret sicili müdürlüğü huzurunda imzalanmasıdır. Mevzuatımızın çevrimiçi limited şirket kuruluşuna izin verdiğini tekrar etmekle birlikte şirket sözleşmesinin MERSİS'te elektronik imza ile imzalanarak kurulmasına ilişkin açık bir hüküm tesis edilmesi durumunda kuruluş anı da sistem üzerinden elektronik imzaların

47 Tayfun Ercan, "6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Elektronik İşlemler", REGESTA, 4/2 (2019), s.227.

48 910/2014 sayılı AB tüzüğünde basit, geliş ve nitelikli olmak üzere üç farklı kategoride elektronik imza türü bulunmaktadır. Ülkemizde 5070 sayılı Kanun'da yalnızca nitelikli elektronik imza düzenlenmiştir. Bu imza, Tüzükte de öngörülen en yüksek güvenlikli imza kategorisine girmekte ve ıslak imza ile aynı statüye tabi tutulmaktadır. Bkz. eIDAS Madde 25/2. Ayrıca bkz: Merve Melis Şimşek ve diğerleri, "Elektronik İmza Seviyeleri", Bilgi Yönetimi, 2/2 (2019), s.140.

49 Özdin, s. 740. Yönergede somutlaştırılmayan "şüpheye düşülmesi hallerinin" geniş yorumlanması, bir yandan işlem güvenliğine yönelik koruyucu etkiyi artıracak, öte yandan geniş yorum kriterinin, resmi mercilere çok fazla takdir yetkisi bırakmasının Yönergenin amacına uygun düşmeyeceği dilemması doktrinde ifade edilmiştir. Mrázová/ Cukerová, 341.

tamamlanması anı olacaktır. Bu durumda ise örneğin şirket kurucularının fiil ehliyetini haiz olup olmadıkları işlem anı itibarıyla denetlenemeyeceğinden işlem güvenliği riske girebilecektir. Nitekim Yönerge fiil ehliyeti hususunda şüpheye düşülmesi halinde huzura çağırma istisnasını düzenleme imkanı tanımıştır ancak bundan önce zaten üye devletlerin işlem güvenliğini sağlamak için kimlik doğrulama ve tanımlama konusunda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü mevcuttur. Üye devletlerden Almanya Yönergenin tanıdığı istisnalardan faydalanan hukuki düzenlemeleri iç hukukuna aktarmanın yanı sıra kimlik tespitinin yapılabilmesi amacıyla görünlü iletişim sistemini çevrimiçi kuruluş prosedürünün bir parçası haline getirmiştir⁵⁰. Görünlü iletişim sisteminin MERSİS'e de sağlanması durumunda, güvenli elektronik imza yanında eş zamanlı bir doğrulama adımı daha getirilmiş olacak, böylece sicil personeli ile kurucular aynı anda elektronik ortamda hazır bulunarak kurucuların kimlikleri ile fiil ehliyetleri ve temsil yetkilerinin tespiti eş zamanlı olarak sağlanabilecektir.

TTK'ya göre limited şirket kuruluşunda şirketi temsile yetkili olanların imza beyannamelerinin de kuruluş belgeleriyle birlikte ticaret siciline teslim edilmesi gerekir. 2021 yılında TTK m.40/2'de yapılan değişiklikle birlikte bu kimselerin kamu kurum veya kuruluşlarından temin edilebilecek imza kaydının mevcut olması halinde bu kurumların veri tabanından imzaların MERSİS'e aktarılması sağlanacak ve ayrıca imza beyannamesi verilmesi aranmayacaktır. Yapılan bu düzenleme Dijitalleşme Yönergesinde belirtilen *once-only* ilkesine⁵¹ de uygun düşmektedir⁵². Bununla beraber şirketi temsil yetkili kişinin herhangi bir kamu kurum ya da kuruluşundan imza kaydının temin edilememesi durumunda kişinin fiziki imza beyannamesi yalnızca

50 Almanya, Yönergenin tanıdığı muafiyetlerden azami derecede faydalanarak ulusal hukukuna mümkün mertebe sadık kalmıştır. Galeote Muñoz, s. 291.

51 Dibace, para. 28. Bu ilke, herhangi bir resmi otoritenin Birlik vatandaşlarından daha önce almış olduğu bir belgenin bir başka resmi otorite tarafından tekrar vatandaşın istenmemesini, resmi kurumlar arası veri akışının sağlanarak maliyet ve idari yüklerin azaltılmasını amaçlar. bkz: de Luca, s. 150; Maksimovic Sekulic, s. 72.

52 Ülkemizde ilk kez 14 Mart 2016 tarihinden itibaren çipli kimlik uygulamasına geçilmiştir ve bu kapsamda yeni Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı verilen vatandaşlardan imzaları alınarak nüfus ve vatandaşlık işleri genel müdürlüğü veri tabanında kaydedilmektedir. Ülkemiz kamu kurumlarının sunduğu hizmetler ve veri tabanları birbiriyle entegre durumda çalışmaktadır ve ihtiyaç duyulan verilerin bir diğer kurum veri tabanından temin edilmesi mümkündür.

ticaret sicili müdürlüğünde düzenlenebilecektir⁵³. Bu hükmün şirket kuruluşu için bir makam huzurunda bulunmayı gerektirmesinden bahisle Dijitalleşme Yönergesine uyumsuzluk yarattığını savunmak güçtür. Zira Kanun ve tebliğ hükümleri mümkün mertebe imza kaydının elektronik ortamda diğer kurumlardan getirilmesine olanak sağlamaktadır. Fakat kişinin herhangi bir kamu kurumunda hiç imza kaydının bulunmaması istisnai bir durum olduğundan artık bu noktada işlem güvenliği için imza kaydının kamu otoritele-
rince alınması bir gereklilik oluşturmaktadır.

Fakat burada da ihtiyari olarak dijitalleşmeye tam uyum maksadıyla bir düzenleme yapılabilir: Yukarıda kimlik doğrulama için önermiş olduğumuz görüntülü iletişim yoluyla MERSİS sistemi üzerinden şirketi temsil eden yetkili kişinin imza kaydının elektronik ortama çizdiği işaretin aktarılması yoluyla sağlanmasına yönelik mevzuat düzenlemesi yapılarak Yönergenin 13b/3 maddesi uyarınca kamuya duyurulması gerekir.

Ülkemizde ilk kez 14 Mart 2016 tarihinden itibaren çipli kimlik uygulamasına geçilmiştir ve bu kapsamda yeni Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı verilen vatandaşlardan imzaları alınarak nüfus ve vatandaşlık işleri genel müdürlüğü veri tabanında kaydedilmektedir. Ülkemiz kamu kurumlarının sunduğu hizmetler ve veri tabanları birbiriyle entegre durumda çalışmaktadır ve ihtiyaç duyulan verilerin bir diğer kurumun veri tabanından temin edilmesi mümkündür. Dolayısıyla Tebliğ'in 12/2 maddesi kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarında tutulan imza verilerinin elektronik ortamda temini, Ticaret Bakanlığı ile ilgili kurum arasındaki protokolle sağlanacağından yeni kimlik kartına sahip temsile yetkili kişilerin imzalarının elektronik ortamda temini sağlanacaktır. Yeni kimlik kartına sahip olmayanlar için de yine 12. madde uyarınca ilgili kişinin imzasının diğer resmi kurumlardan temin edilmesi, temin edilememesi halinde ise m. 12/5 uyarınca imza beyannamesinin ticaret sicili müdürlüğünde fiziki olarak düzenlemesi gerekecektir. Kanaatimizce bu istisnai durumun limited şirket kuruluşunun tamamen çevrimiçi ortamda gerçekleşmesine engel oluşturduğunu söylemek doğru olmayacaktır.

53 TEBLİĞ m.12(5) Limited şirketlerin kuruluşunun tescilinde imza kaydının elektronik ortamda temin edilemediği hallerde, fiziki imza beyannamesi yalnızca müdürlükte düzenlenir.

Yine Dijitalleşme Yönergesine tam anlamıyla uyum sağlanabilmesi ve işlem güvenliğinin tesis edilebilmesi için çevrimiçi kuruluşa engel olacak TTK dışındaki prosedürlerin de çevrimiçi olarak gerçekleştirilebilmesi gerekir. Her ne kadar Dijitalleşme Yönergesi, üye devletlerin şirketler hukuku dışındaki mevzuatını etkilemeyeceğini hükme bağlamışsa da üye devletlerden Almanya, şirketin temsilci vasıtasıyla kurulacak olması durumunda temsil belgesinin de taraflar noter huzurunda bulunmaksızın çevrimiçi olarak verilebilmesi için noterlik mevzuatında (BeurkG) değişiklik yapmış ve görüntülü iletişim yoluyla temsil belgesi verilmesi imkanı getirmiştir⁵⁴. Bu neviden bir düzenleme örneğin temsil yetkisinin verilmesi hususunda yetkili mercinin noter olması nedeniyle Noterlik Kanunu'nda da öngörülebilir⁵⁵.

Yönergenin 13h maddesi uyarınca üye devletler, standart kuruluş prosedürünün sağlanması için şirket kuruluş şablonlarını kullanıcıların erişimine sunmakla mükelleftir. Mevzuatımızda şirket sözleşmesinin MERSİS'te hazırlanacağına ilişkin Tebliğ'in 4. maddesi uyarınca MERSİS sistemine girildiğinde kurucuların doldurması gereken alanlar TTK'nın 576. maddesinde limited şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu hususlara ve 577. maddedeki sözleşmeye yazılması şartıyla bağlayıcılık kazanacak ihtiyari hususlara göre tasarlandığı görülmektedir. Kurucuların bu alanları doldurmasıyla şirket sözleşmesi vücuda gelmektedir. MERSİS'in sağladığı bu fonksiyonun Yönergedeki şablonla aynı işlevi taşıması nedeniyle bu konuda sistemin AB'de en çok kişi tarafından kullanılan dillerden biri ile hizmet sağlanabilmesi halinde Yönergeye uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

54 Özdin, s. 733; Galeote Muñoz, s. 291.

55 2016 yılından itibaren e-noter olarak da adlandırılan noterler birliği sistemi üzerinde ihtarname, ihbarname, çeviri, tespit işlemleri noter huzuruna gitmeksizin başlatılabilmekte ve tamamlanabilmektedir. Kanaatimizce bu işlemlerin kapsamına görüntülü iletişim yoluyla temsil belgesi verilmesi de eklenebilir. <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/UzaktanHiz.aspx#:~:text=Vatanda%C5%9Flar%C4%B1m%C4%B1z%20E%2DBa%C5%9Fvuru%20portali%20%C3%BCzerinden,i%C5%9Flem%20belgesi%20elektronik%20olarak%20imzalayabilmektedir>.

Sonuç

Dijitalleşme Yönergesi, limited şirketlerin tamamen çevrimiçi ortamda kurulabilmesini mecburi kılmaktadır. Bu noktada üye devletler söz konusu mevzuata uyum için iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmakla mükelleftir. Ülkemiz de AB müktesebatına uyum taahhüdü gereğince ilgili düzenlemeleri iç hukukuna aktarma yükümlülüğüne tabidir. Nitekim 2022 ve 2023 yılları ilerleme raporlarında da ülkemize limited şirketlerin kuruluşunun tamamen çevrimiçi ortamda tamamlanamamasına yönelik eleştiriler yöneltmiştir.

Yukarıda yaptığımız değerlendirmelerde Ticaret Kanunumuzun limited şirketlerin çevrimiçi kuruluşuna cevaz verdiği, genel hatlarıyla 2019/1151 Direktifine uyumlu olduğu sonucuna ulaşılmış bulunmaktayız. Bununla birlikte limited şirketlerin kuruluşuna dair birincil ve ikincil mevzuat hükümlerinin uygulamada herhangi bir kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta ve çevrimiçi kuruluş alternatifini temin edecek şekilde düzenlenmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Mevzuatta yukarıda bahsettiğimiz küçük değişikliklerin yapılması gerekliliğinin yanı sıra uygulamada kuruluş aşamasındaki ödeme işlemlerinin de çevrimiçi ortamda tamamlanması Direktif kapsamında bir zorunluluk teşkil etmektedir. Bu kapsamda gerekli idari ve teknik düzenlemelerin de getirilmesi halinde limited şirket tamamen çevrimiçi ortamda kurulabilmesinin önündeki fiili engel de aşılmış olacağından Dijitalleşme Yönergesine tam manasıyla uyum sağlanmış olacaktır.

Kaynakça

- Akdağ Güney, Necla. Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, 2010.
- De Luca, Nicola. European Company Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Erbayraktar, Burcu. Güvenli Elektronik İmza. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Ercan, Tayfun. “6012 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Elektronik İşlemler”. REGESTA. 4/2 (2019): 225-238.
- Galeote Munoz, Maria del Pilar . “Corporate digitalization in the European context: going one step further.” *Advocatus*. (2023): 283-298.
- İleri, Çisel / Selen Akses/Gökhan Kilit/Sema Gençay Çapanoğlu/ Yeliz Şahin/İlge Kıvılcım/Büşra Çatır/Ahmet Ceran/Deniz Servantie/Mehmet Poyrazlı. Açılan Müzakere Fasıllarında Ne Durumdayız?. İstanbul: İktisadi Kalkınma Vakfı, 2016.
- Jakupak, Tina / Zeljka Breges. “Digitalization: Balance and Protection- State of the Art.” *Intereulaweast*, (2020): 195-227.
- Jurić, Dionis / Antonija Zubović. “Online Formation of Limited Liability Companies”. *Economics and Business of the Post COVID-19 World*. (2023): 77 – 91.
- Kaya, Arslan. “Ticaret Sicili ve Sermaye Şirketlerinde Kamuyu Aydınlatma” içinde Türk Hukukunun Avrupa Birliğine Hukuku Özel Hukuk – Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler. Editörler: Arslan Kaya, Baki İlkey Engin, Ali Pahlı, Şehriban İpek Aşıkoglu, Elif Oğuz Şenesen. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020.
- Kindler Peter / Lan Lieder. European Corporate Law: Article-by-Article Commentary. Nomos/Hart, 2021.
- Maksimovic Sekulic, Nina. “The Significance of Directive 2019/1151 in the Digitalization of European Union Company Law”. *LAW - Theory and Practice*, (2023): 68-80.
- Mrázová, Žofia / Dominika Cukerová. “How the Digitalisation Has Changed the Slovak Company Law: Implementation of the Directive 2019/1151 (Digitalisation Directive) and What Next?” *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*. 2023: 334-360.
- Galeote Muñoz, Maria del Pilar . “Corporate Digitalization in The European Context: going one step further.” *Advocatus*. (2023): 283-298.
- Özdin, Funda. “2019/1151 sayılı AB Dijitalleşme Yönergesi ve Alman Hukuku (DİRUG) Uyarınca Online Şirket Kuruluşu, Sicile Online İbraz ve Sicil Kayıtlarının Online İlanı”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 80/3 (2022): 721-752.
- Sevim, Kadir. “Kamu Kurumları ve Sivil Toplum Kuruluşlarının Soruna Yaklaşımı”, içinde AB Müktesebatı Uyum Süreci İlerleme Raporlarında Yer Alan 6. Fasıla İlişkin (Şirketler Hukuku) Sonuçların Değerlendirilmesi Çalıştayı Kitabı. Editörler: Şükrü Yıldız, Gülşah Bostancı Bozbayındır, Zehra Badak, Dursun Saat, Betül Bozkır, Emine Göğüş, Hüseyin Yağızhan Kol. İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2023.
- Şimşek, Merve Melis/Tuğba Özcan/Tamer Ergun/VuralÇelik. “Elektronik İmza Seviyeleri”. *Bilgi Yönetimi*. 2/2 (2019): 136-144.

Tartışmalar

1. Tebliğ Sonu

Şafak Narbay

Değerli arkadaşımız Dr. Öğr. Üyesi Dursun Saat'e hem derli toplu sunumu için hem de vakti son derece nitelikli kullandığı için teşekkür ediyorum. İki nokta üzerinde, ticaret siciline ilişkin düzenlemelerin dijitalleşmesi üzerine yoğunlaştırdı sunumunu. Burada 2019/1151 sayılı Direktiften çok daha önce 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nun dijitalleşme konusunda ve 2019'a kadar geçen süreç içerisinde birincil ve ikincil mevzuatlar açısından oldukça önemli mesafeler kat ettiğini, direktifte görünüşe güven ilkesi çerçevesi içerisinde bizim direktiften ayrıldığımızı, ama naçizane kanaatim esasen güncel bir husus söz konusu değil, bu faslın kapatılması noktasında yine esaslı bir değişiklik olarak görmediğim bir husus bu. Çünkü biz bu direktifin çok daha öncesinde dijitalleşme konusunda son derece önemli adımlar atmışız, elektronik e-devlet ile MERSİS'i entegre etmişiz. Bugün üzerimize bir şirket açılmış mı açılmamış mı bunların hepsini de kontrol edebilecek durumdayız. Bunu da ifade edeyim. Tabi esas sözleşme ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin veriler de zaman içerisinde sisteme dahil edilecektir. Buna yönelik çalışmaların da yapıldığını düşünüyorum. En azından bizim de içerisinde olduğumuz bir çalışma var, bu nihayete erecektir diye düşünüyorum.

2. Tebliğ Sonu

Şafak Narbay

Değerli arkadaşımıza da teşekkür ediyoruz. Burada da birkaç cümle ifade etmek gerekirse, aslında yine temel konularda üzerimize düşenleri yapmışız, fakat birtakım eksikliklerin tamamlanması gerekiyor, özellikle bu

online kuruluşta ödeme sisteminin MERSİS'e entegrasyonunun sağlanması gibi. Hakeza işlem güvenliğinin sağlanması konusunda alınması gerekli tedbirler gibi. Yine temsil belgesi konusunda elektronik sistemin e-noter üzerinden entegre edilmesi gibi birtakım işlemlerle biz bu dijitalleşme sürecindeki eksikliklerimizi tamamlamış olacağız. Her iki arkadaşımıza da tekrar teşekkür ediyoruz. Süreyi biraz aştığımızın farkındayım, son oturum olması hasebiyle bir de genç arkadaşlarımızın da sözünü bölmeyelim istedik. Bu konuya ilişkin soru var ise alıp oturumu tamamlayacağız. Buyrun.

Ahmet Murat Hatabay

Son oturum olması hasebiyle tüm güne teşmil edilebilecek bir teşekkürde bulunayım ben de. Konu çok derinlikli olmasına rağmen eskilerin tabiriyle efradını cami agharını mani sunumlar dinledik tüm gün boyunca çok teşekkür ediyorum. Ticaret Bakanlığı'ndan Ahmet Murat Hatabay ben. Uluslararası anlaşmalar boyutuyla ilgileniyoruz biz. Biliyoruz ki Avrupa Birliği sürekli bir mevzuat bombardımanı bizi karşı karşıya bırakıyor. Sürekli burada sunumlarda üye devletler vurgusu, aslında bizim katılım süreciyle ilgili de değil, burada Avrupa Birliğinin kendisinin yapmaya çalıştığı bir dijital duvar örme söz konusu. Ticaretimizin takriben %40'ına tekabül eden bir hacme karşı biz kayıtsız kalamıyoruz ve kamu perspektifinde sizlerin bizi aydınlatmasıyla birlikte geliştirmeye çalışıyoruz. Burada GDPR uyumu başka bir boyutu yani biz şirketlerin kurumsal kimliklerinin uyumunu yapmayla bunu sınırlı tutamıyoruz. Bunları birbirlerinin mütemmim cüzleri gibi ele almamız gerekiyor. Belki müteakip çalışmalarda hocalarımız bizleri aydınlatmaya devam eder diye bunu arz etmek istiyorum. Örneğin Emine hocamızın bahsettiği eIDAS düzenlemesi, e-imzaların karşılıklı tanınmasına ilişkin henüz daha bitmeden Kasım ayında yürürlüğe girmese bile burada mutabakatın sağlandığı deklare edildi. Biz bununla ilgili Bakanlık olarak da karşılıklı tanımaya ilişkin bir çalışma yürütüyoruz halihazırda. Buradaki temel sıkıntımız “interoperability” dediğimiz burada Avrupa Birliği üye devletlerin sadece kendi sistemlerine benzer sistemlerin geliştirilmiş olması değil, aynı zamanda bu iki sistemin birbirini tanıyarak güvenli bir şekilde çalışabilmesi ile ilgili bir problem var. Bunu aşma noktasında nasıl bir hukuki uyum sağlanabilir? Belki hocamız buna dair sorumu cevaplarsa sevinirim.

Şafak Narbay

Yanlış anlamadıysak Avrupa Birliği'nin kendi içerisinde sağlamış olduğu sisteme Türkiye'nin entegrasyonu anlamında mı?

Ahmet Murat Atabay

Tabii yani bizim burada kurduğumuz sistemlerin benzer sistemler olması tek başına kâfi gelmiyor, bunun aynı zamanda karşılıklı olarak çalışabiliyor olmasını bekliyor Avrupa Birliği.

Şafak Narbay

Üye olmamız gerekiyor. Bizi önce üye yapacaklar, biz bu çerçevede içerisinde sürecin bir parçası haline geleceğiz, benim şahsi kanaatim. Arkadaşlara da söz vereceğim. Yani biz kendi içimizde de hocalarımızla mütalaa ettiğimiz zaman süreçte biz hem üye değiliz hem de birçok yükümlülüğü yerine getiriyoruz ve yerine getirirken yeni olan daha kendileri için uygulanması süreci başlatılmamış olan düzenlemeleri de yapma yükümlülüğü altında bırakıyoruz. Bizim zorluğumuz burası. Yani biz sistemin bir parçası haline gelmiş olsak orada, biz e-devleti yapmışız, e-noter sistemini yapmışız, MERSİS, MERNİS bunları gerçekleştirmişiz. Bu noktada entegrasyon hususunda bir sorun yaşayacağımızı düşünmüyorum ama bunun için bizim o sistemin bir parçası olmamız gerektiği kanaatindeyim. Arkadaşlarıma da söz vereyim bu anlamda ne söyleyecekler, buyursunlar.

Dursun Saat

Ben de Şafak Hocamın söylediklerine birebir katılmaktayım. Bir örnek üzerinden ilerleyecek olursak Avrupa Birliği ilerleme raporunda bizim şirketlerimizin finansal tablolarının yayınlanmadığı gerekçesiyle bizi eleştirmekte oysa ki 2019 tarihli bu az önce anlatmış olduğum Dijitalleşme Direktifinde 2013 tarihli kendi direktiflerine bir atıf yapılıyor. Deniyor ki oradaki şirketlerin finansal tablolarının yayınlanması zorunludur deniliyor. Şimdi oraya baktığımız zaman küçük ve mikro ölçekli şirketlerin finansal tablolarının yayınlanmasının istisna tutulduğunu görmekteyiz. Oysa bakın bize yapmış olduğu eleştiride hiçbir istisna hükmü tanımadan tüm şirketlerin finansal tablolarının yayınlanmadığı gerekçesiyle bizi eleştirmekte. Dolayısıyla Şafak Hocamın da dediği gibi önce bizi üye olarak kabul etmesi lazım.

Bizim MERSİS sistemimiz az önce ifade ettim yaklaşık %99 oranında bir uyum söz konusu. Sadece mesela limited şirketlerin kuruluşu bakımından ödeme kısmında, onun da Maliye Bakanlığı ile bir entegrasyon sağlanması durumunda çok basit bir şekilde giderilebilecek boyutta olduğunu düşünüyorum. Siz katkı sunmak ister misiniz?

Emine Gögüş

Ben de Dursun Hocamın cevabına küçük bir ekleme yapacağım. Zaten mevcut Dijitalleşme Yönergesi çevrimiçi kuruluş prosedürlerini yalnızca üye devlet vatandaşları için, üye devletlerdeki işletmeler için tanıyor. Dolayısıyla zaten biz AB'ye üye olmadan bu sicillerarası bağlantı sistemine dahil olmamız söz konusu değil. Geçen hafta sağ olsunlar Kadir Beyler ile bir toplantı yapmıştık, orada da bu konuyu konuştuk. Yani bu halihazırda üye olmadığımız için gündemimize alacağımız bir şey değil ama tabii ki üyelik gerçekleştikten sonra bu diğer bahsettiğiniz uyumun mesela GDPR vesair hem teknik altyapısının hem de mevzuat altyapısının sağlanması gerekiyor. Ama şu an herhalde üye olmadığımız için gündemimize almıyoruz. Teşekkürler.

Dursun Saat

Kendileri bile tam uyum sağlayamamış durumda, şu an üye devletlerin kendisi bile.

Şükrü Yıldız

Avrupa Birliğinin kurduğu sistemde imzalar var. Mesela bizde de var. İçişleri Bakanlığında hepimizin imzası var eğer dijital kimlik kartımız varsa. Oradan çekiyorlar alıyorlar. Bir Avrupalı Türkiye'de şirket kurmak istiyor. Frankfurt'tan Ankara'da limited şirket kurmak istiyor. Biz bu dijitalleşmeyi sağlasak bile, kendi içimizde tamamen dijital ortamda bir limited şirket kurma imkanını getirmiş olsak bile, şu anda Frankfurt'tan bağlanıp Türkiye'de Ankara'da limited şirketi kuramaz çünkü bize açtıkları bir altyapı yok. Yani onların imzasını biz çekemeyiz, entegre değil. Onların kurduğu sistemle bizim kurduğumuz sistemin örtüşmesi lazım. Onu sağlarsa tamam, ama o sağlanmadığı zaman evet dijital bir şirket kurabiliyoruz ama kendi içimizde. Yani bir Alman, bir Fransız, bir Hollandalı gelip de burada

şirket kuramayacak. Ya da bir Türk gidip Almanya'da Berlin'de şirket kuramayacak. Yani bunun için entegrasyon lazım, açıyorlar mı bize, açmıyorlar ama bizim sistemimiz var, sistem hazır, açtıkları anda tamam diyeceğiz. Şu anda yok. Aslında kanunda değişiklik yapacağız, yönetmelikte de değişiklik yapacağız. Esasında yönetmelik dijital imza konusunda çok güzel düzenlemeler getirmiş Ticaret Sicil Yönetmeliği 13.maddede. Ama 90. maddede problem var. Yani bunları değiştirmemiz lazım, sorun yok gibi gözüküyor, ama biraz gayret gösterirsek hallolur diye düşünüyoruz.

Şafak Narbay

Çok teşekkür ediyoruz. Kadir Beye söz verelim Ticaret Bakanlığından.

Kadir Sevim

Hocam çok teşekkür ediyorum. Dijitalleşme bizim çok üzerinde durduğumuz, önem verdiğimiz bir konu. Sadece şirket kuruluşu değil, şirketlere sunduğumuz tüm hizmetleri dijital ortama taşımaya çalışıyoruz. Bu anlamda kuruluş dışında yaptığımız başka işlemler de var, örneğin Ticaret Sicili Müdürlüklerinin verdiği tüm belgeleri biz elektronik ortamda verebiliyoruz artık şirketlerimize, ilgili kişilere. Ödemeleri elektronik ortamda alıyoruz. Orada bir harç söz konusu, o harcı MERSİS'ten tahsil edebiliyoruz. Kuruluş noktasında ödemeleri online almakta bir eksikliğimiz var ama onda da çalışıyoruz, çalışmalarımız devam ediyor. Bu sene içerisinde hedefimiz onu da online olarak tahsil edebilmek. Kurularda harç yok, devlet harçtan muaf tutmuş şirket kuruluşlarını. Yapılması gereken başka ödemeler var, ticaret odasına, ticaret sicil gazetesine yayın ücreti olabiliyor, bu ücretlerin de tahsili için çalışıyoruz. Tüm odalarımızda kısa süre içerisinde bu sistemi devreye alacağız. Şirket kuruluşunu tamamen elektronik ortama taşımayı hedefliyoruz kısa süre içerisinde. Bunun dışında yine biz defterleri elektronik ortamda tutmaya yönelik çalışıyoruz. TTK 64. maddede Bakanlığımıza verilmiş bir yetki var. Muhasebe defterleri dışında kalan diğer ticari defterler, yönetim kurulu karar defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri, bakanlığımızın bunları elektronik ortamda tutmayı zorunlu kılabileceği düzenlenmiş. Bu konuda bizim de bir mevzuat çalışmamız var, bir elektronik sistem üzerinde çalışıyoruz aslında, yani bu sene sonunda hedefimiz bu defterleri elektronik ortamda tutma imkanını sağlamak

tacirlerimize, şirketlerimize. Bunun dışında ben uyumlu olduğumuzu düşünüyorum büyük ölçüde bu alandaki gerekliliklere. Bizim hedefimiz Avrupa Birliği ne yapmış, biz ona uyum sağlayalım değil aslında. Biz iyi olan nedir bunu bulmaya çalışıyoruz her zaman Bakanlık olarak. Zaten aklın yolu bir yani Avrupa Birliği bunu düşünmüşse biz de düşünüyoruz, bir yerde örtüşmüş oluyoruz yaptığımız çalışmalarla. Bu görüntülü görüşme ile şirket kuruluşu Almanya'da herhalde kabul edilmiş, uygulanıyor. Orada esasındaki temel olay o imzanın o kişiye ait olup olmadığını tespit etmek. Şirket sözleşmesini imzalayan kişi gerçekten o mu bunu anlamaya çalışıyoruz gerek noterde tespit yaptırarak gerek ticaret sicil müdürlüğü huzurunda ya da elektronik imzayla. Hani görüntülü görüşme ile bunu nasıl sağlayabiliriz biraz tereddüt oluştu bende. Çünkü imza önemli, o imzayı atması ve o imzanın onun tarafından atıldığını tespit etmemiz ve o belgenin ticaret sicil müdürlüğüne bir şekilde gelmesi. Online görüşme bu yapıya çok uygun değil gibi düşünüyorum ben. Teşekkür ederim Hocam.

Şafak Narbay

Biz teşekkür ediyoruz. Tabii sistemin kendi içerisinde kontrol edildiği bir bütün olarak bakmak lazım. Yoksa sadece görüntüyle ilgili değil ama yine arkadaşlarımıza durumu kısaca izah etmeleri açısından söz vermek istiyorum. Buyrun.

Betül Bozkır

Üye devletlerden Almanya'da bu sistemin kullanıldığını görüyoruz. Onlarda şirketin kuruluşu dediğiniz gibi imza onayına dayalı, noter yetkili mercii kontrol ve denetim mekanizması olarak. İşlemi yaparken de aslında okuduğum kadarıyla şöyle bir sistem takip ediyorlar, elektronik ortamda noter ile birlikte başvuru aynı anda hazır bulunuyorlar ve bir yandan da yine elektronik ortamda tutanak şeklinde belge hazırlanıyor. Noter de aynı anda elektronik imza ile imzaladıklarına da bir yandan şahitlik ediyor sistem üzerinden, bu şekilde güvenli elektronik imza ile imzalanarak kuruluyor. Benim okumalarım bu şekildeydi Almanya örneği üzerinden. Uyum kapsamında Almanya en muhafazakar ülkelerden birisi, olabildiğince kendi düzenlemelerini koruyup sadece Yönergenin aradığı şartları yerine getirmeyi amaçlıyor ama işlem güvenliğine de çok önem verdiği için video

görüntülü bir bilişim sistemi kullanmayı tercih etmiş. Biz bu noktada öneri olarak getirdik. İşlem güvenliği açısından, risklerin önlenmesi açısından daha faydalı olacağını düşünüyoruz.

Şükrü Yıldız

Dijitalleşme yönergesinde bir istisna daha var, bu da güvenlik kaygısı. Eğer güvenlik kaygısı duyarsa üye devletler, hayır biz dijital kurmaya müsaade etmiyoruz gel sicil müdürünün huzurunda ya da noterin huzurunda imzayı at diyebiliyor. Yani iki tane istisna getirmiş. Birincisi aynı sermaye getiriyorsa, ikincisi kimlikte şüphe duyuyorsa ya da hile veya dolandırıcılığa ilişkin şüphe varsa, kusura bakma gel imzayı bizim huzurumuzda at diyebiliyor. Yani burada elektronik imza noter kadar önemli bizde, noter belgesi gibi değerli, o etkiyi haiz ama görmüyoruz yani sadece imzaya bakıyoruz, kimin attığını kimin şifreyi girdiğini bilmiyoruz. Yani öbür türlü en azından görüntüyü de görüyor, tabi bunu noter yapıyor, biz masrafi en aza indirmek için sicil müdürüne ya da yardımcısına ya da yetkilendirilmiş kimseye huzurunda imza atılma yetkisi vermişiz, olabilir mi, düşünülebilir.

Kadir Sevim

Dünya Bankasının bir çalışması vardı, iş ortamı raporu yayınlıyordu Dünya Bankası. Orada belli alanlar vardı, ülkeleri o alanda inceleyip sıralamaya tabi tutuyordu, bir tanesi de şirket kuruluşuydu. Hani standart bir prosedür var, belli özellikleri var, bir şirket o ülkede kaç günde ne kadar sermaye ile kurulur buna göre bir sıralama yapıyordu. Biz burada ilerleyelim diye yıllarca uğraştık, düzenlemeler yaptık. Aslında Ticaret Kanunumuzda şirket kuruluşu bakımından yapılan düzenlemelerin arka planı buydu, gerekçesi temelde buydu. Orada benim hatırladığım kadarıyla Almanya çok muhafazakar bir yapıya sahipti. Almanya'da bir vatandaş gelip şirket kuruluşunu kendi tetikleyemiyordu. Noterden veya bu konuda yetkili bir avukat aracılığıyla vs. yapabiliyordu. Gidip de noterde görüntülü görüşme ile bunu yapması esasen bir zorluk bence kişileri için. Bizim hedefimiz kişinin oturduğu yerden, evinden şirket kurabilmesi. MERSİS'in biz şimdi mobil versiyonunu da yaptık, telefonlarımıza indirip oradan da sorgulama yapabiliyoruz, işlemleri tetikleyebiliyoruz. Hani biz Almanya'yı örnek almaktan ziyade kendi sistemimize en uygun yapıyı çalışıp onu getirebiliriz diye değerlendiriyorum.

Şafak Narbay

Bu yaptıklarımızı tabii çok iyi de anlatabiliyor olmamız lazım. Bizim yaptıklarımızın gerçekten önemli ve nitelikli işler olduğu konusunda hiç tereddüdümüz yok, bunları muhataplarımıza da iyi bir şekilde izah edeceğiz.

Efendim bizi bu saate kadar sabırla dinlediğiniz için siz değerli katılımcılara bir kez daha teşekkür ediyoruz. Sempozyumumuzu burada tamamlıyoruz.



İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI
IBN HALDUN UNIVERSITY PRESS

دار نشر جامعة ابن خلدون



İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI
IBN HALDUN UNIVERSITY PRESS

دار نشر جامعة ابن خلدون



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

TÜBİTAK 3005 PROJESİ
PROJE NO: 123K011 - 2023

