

İsviçre Anonim Şirketler Hukuku 2020 Tarihli “Büyük Revizyonu”nun Değerlendirilmesi ve Türk Anonim Şirketler Hukuku Açısından İncelenmesi

An Evaluation of the 2020 “Major Revision” of Swiss Corporate Law and Its Analysis from the Perspective of Turkish Company Law

Hasan PULAŞLI 

ÖZ

İsviçre anonim şirketler hukukundaki “büyük revizyon” süreci, 2005 yılında hazırlanan bir “Öntasarı” (*Vorentwurf*) ile başlamış ve 15 yıl sonra, 19 Haziran 2020’de parlamentoda kabul edilerek tamamlanmıştır. Bu süreçte, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin mali haklarına ilişkin olarak Thomas Minder’in öncülüğünde başlatılan “Soyguna Karşı Halk İnisiyatifi” (*Volksinitiative gegen die Abzockerei*) kapsamında yapılan halk oylaması sonucunda, 3 Mart 2013’te İsviçre Federal Anayasası’nın (*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*) 95. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik öngören “Minder İnisiyatifi” teklifi kabul edilmiştir. Bu nedenle, başlangıçtaki Ön-Tasarı süreç içerisinde farklı evrelere dönüşmekle birlikte, hukuki açıdan olumlu bir şekilde sonuçlanmıştır. Bu çalışmada, söz konusu “büyük revizyon”un geçmişi ve son “yasalaşmış şekli”, Gerekeç’deki (*Botschaft*) açıklamalar ve İsviçre öğretisindeki görüşler ışığında değerlendirilmiştir. Ayrıca, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki anonim şirketlere ilişkin hükümlerin, Türk anonim şirket hukukunun temel kaynaklarından biri olması nedeniyle, gerekli görüldüğü ölçüde ve de *lege ferenda* ilkeleri doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu açısından da incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Büyük Revizyonu, Abzockerei, Lex Minder, Pay Sermayesi, Sermaye Bandı, Sadakatli Paylar, Kadın Kotası.

* Prof. Dr., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hpulasli@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-1618-1291.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hasan PULAŞLI

E-posta/E-mail: hpulasli@hotmail.com

Geliş Tarihi/Received: 08.04.2025

Kabul Tarihi/Accepted: 29.06.2025

How to cite this article/Atıf için: Hasan Pulaşlı, ‘İsviçre Anonim Şirketler Hukuku 2020 Tarihli “Büyük Revizyonu”nun Değerlendirilmesi ve Türk Anonim Şirketler Hukuku Açısından İncelenmesi’ (2025) 31 (1) Prof. Dr. Havva Güzin Üçışık’a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 348-390. DOI: 10.33433/maruhad.1670677.

ABSTRACT

The “major revision” process in Swiss corporate law began with a “Preliminary Draft” (*Vorentwurf*) prepared in 2005 and was completed 15 years later when it was adopted by the parliament on June 19, 2020. During this process, the proposal known as the “Minder Initiative,” which aimed to regulate the financial rights of board members and executives of publicly traded companies, was initiated under the leadership of Thomas Minder as part of the “Popular Initiative Against Rip-offs” (*Volksinitiative gegen die Abzockerei*). As a result of a public vote held on March 3, 2013, the proposal amending Article 95(3) of the Swiss Federal Constitution (*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*) was accepted. Therefore, although the initial Preliminary Draft evolved into different stages throughout the process, it ultimately resulted in a legally positive outcome. This study evaluates the background and final “legislated version” of the “major revision” in light of the explanations in the Official Message (*Botschaft*) and opinions in Swiss legal doctrine. Additionally, since the provisions of the Swiss Code of Obligations on joint-stock companies serve as a fundamental source for Turkish corporate law, the study also examines the matter from the perspective of the Turkish Commercial Code where necessary and in accordance with *de lege ferenda* principles.

Keywords: Joint Stock Company, Major Revision, Abzockerei, Lex Minder, Share Capital, Capital Band, Loyalty Shares, Women’s Quota.

I. GİRİŞ

1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda anonim şirketlere ilişkin küçük değişikliklerden sonra en kapsamlı ve önemli değişiklik 1991 tarihli revizyondur. Ancak, teknolojik ve ekonomik alanlardaki hızlı gelişmeler yeni birtakım değişikliklerin yapılmasını gerektirmesi üzerine, 1991 değişikliğin üzerinde henüz 10 yıl geçmeden anonim şirketler hukukunda tekrar yeni bir revizyona start verilerek, bir Taslak hazırlamakla ilgili bir hukuk komisyonu teşkil edildi. 2.12.2005 tarihinde ek raporla birlikte ilk Öntasarı (*Vorentwurf*) hazırlandı¹ ve kamuoyunda tartışmaya açıldı ve Federal Konsey Öntasarıyı 21 Aralık 2007 tarihinde Parlamento’ya sundu. Ancak, Şubat 2008’de Schaffhausen Kanton Konseyi’nin (*Ständerat*)² bağımsız üyesi *Thomas Minder*’in³ öncülüğünde oluşturulan “*Volksinitiative gegen Abzockerei*” (*Soyguna karşı halk inisiyatifi*) girişimine, *Forstmoser/Küchler*’ in deyimiyile⁴, Federal Konsey ve Parlamento telaşlı ve kafasız (akılsız) bir aksiyonla tepki göstererek, Aralık 2008’de *Thomas Minder*’in önerisine karşı anayasal düzeyde dolaylı bir karşı öneri hazırladı ve yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin değişikliği kabul etti. Ancak, kantonlar konseyleri ve komisyonları ile *Thomas Minder* arasında bir çerçeve anlaması üzerinde uzlaşma sağlanamadı

1 “*Vorentwurf «zur Revision des Aktien – und Rechnungslegungsrechts» mit Begleitbericht*”.

2 İsviçre Konfederasyon Parlamentosu (*Bundesrat*), Ulusal Meclis (*Nationalrat*) ve Kantonlar Meclisi’nden (*Ständerat*) oluşmakta ve kanunlar her iki meclisin çoğunluk kararıyla yasalasmaktadır. *Ständerat*, İsviçre kantonlarının eski adı olan Stand’tan gelen ve İsviçre Parlamentosunda yer alan küçük bir konsey veya meclistir.

3 Schaffhausen Kantonu bağımsız temsilcisi olan T. Minder, 22.Ekim 2023’de yapılan seçimde “İsviçre Halk Partisi” (*Schweizerische Volkspartei*) adayı Simon Stocker’e karşı seçimi kaybetti. Ancak bu sonucun sürpriz olmadığı, çünkü Schaffhausen şimdiye kadar mevcut hiçbir temsilcisini tekrar seçmediği belirtilmektedir (*Das Ergebnis überrascht: Noch nie hat die Schaffhauser Stimmbewölkerung einen bisherigen Ständerat abgewählt.*). <<https://www.srf.ch/news/schweiz/wahlen-2023/wahlen-2023-schaffhausen/staenderat-kanton-schaffhausen>> accessed 25.11. 2024.

4 Peter Forstmoser, and Marcel Küchler, ‘Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts’ 2020 I ZSR 393, 394 “*Bundesrat und Parlament reagierten mit hektischem, gelegentlich kopflosem Aktionismus*).

ve yalnızca Federal Konsey'in önerisi değil, aynı zamanda *anayasal düzeyde, halka açık şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerinin aşırı olarak algılanan mali hakları kamuoyunda tartışmaların odağı halinde geldi*. Sonuçta 3.3.2013'de yapılan halk oylamasında⁵ Thomas Minder'in "*Volksinitiative gegen Abzockerei*" (*Soyguna karşı halk inisiyatifinin*) İsviçre Federal Anayasası'nın (*Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*) 95. Maddesi, 3. fıkrasına ilişkin teklifi %67.9 çoğunlukla kabul edildi. Bunun üzerine Parlamento, anonim şirketler yasa teklifine, *Minder* inisiyatifinin gerekliliklerinin yasaya entegre edilmesi amacıyla Haziran 2013'de Federal Konsey'e geri gönderdi. Parlamento, İsviçre Anayasası'nın m. 95/3 hükmünü, 1.1.2014'den itibaren geçerli olmak üzere "*Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften*" (*Borsaya kote anonim şirketlerde aşırı ücretlere karşı düzenlemeyi*)⁶ kabul edip, Federal Resmi Gazete'de (*Bundesblatt*) yayımladı. Bu nedenle, "*Anonim Şirketlere İlişkin Büyük Revizyon*" büyük gecikmeyle ancak 19.6.2020'de gerçekleşebildi⁷. *Bu geçici yasal düzenlemenin* hükümleri, 1.1.2023'den itibaren yürürlüğe giren İsvBK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinde yer aldı.

İsviçreli ünlü ticaret hukukçu Prof. Dr. Peter Forstmoser, İsviçre Parlamentosunda 19.6.2020'de kabul edilip⁸, birkaç maddesi hariç, genel olarak 1.1.2023 tarihinden itibaren yürürlüğe giren "*Anonim*

5 Halk oylama kampanyasında inisiyatif komitesine yaklaşık 200.000 CHF, buna karşın, muhaliflere, İsviçre ekonomik çatı kuruluşu (*economiesuisse*) başta olmak üzere tüm ekonomi girişicilerinin katkılarıyla 8 milyon Frank (CHF) tahsis edilmişti. Ayrıca, muhalefet cephesinde başta Forstmoser ve Böckli olmak üzere hemen hemen tüm ünlü ticaret hukuku profesörleri ve ekonomi yazarları Thomas Minder inisiyatifinin teklifi aleyhine makaleler ve TV programlarına çıktılar. Ancak kadere bakın ki, referandumdan iki hafta önce ünlü ilaç şirketi Novartis AŞ'nin YK başkanı Daniel Vasella'nın rekabet yasağı karşılığında yıllık 12 milyon CHF olmak üzere altı yıl karşılığında toplam 72 milyon CHF aldığı ortaya çıktı ve haber gazetelerde yayımlandı (In: *Cash*. 17. Februar 2013). Böylece, T. Minder teklifi İsviçre'de şimdiye kadar yapılan referandumunda en çok üçüncü oy alan teklif oldu.

6 Referandum sonrasında İsviçre Federal Anayasası'nın m. 95, fık. 3 hükmü aşağıdaki şekilde değiştirildi:

"3 Ulusal ekonomiyi, özel mülkiyeti ve pay sahiplerini korumak ve sürdürülebilir işletmesel girişim anlamında yasa, yurt içinde veya yurt dışında işlem gören İsviçre anonim şirketlerini aşağıdaki ilkelere göre düzenler:

a. Genel Kurul her yıl yönetim kurulu, icra kurulu üyelerini ve danışmanlara ödenen tüm ücretlerin (nakdi ve aynı menfaatlerin değerini) toplam tutarını hakkında karar verir Her yıl yönetim kurulu başkanı ve ayrı ayrı yönetim kurulu ile ücret komitesi üyelerini ve bağımsız oy temsilcisini seçer. Emeklilik fonları sigortalı üyelerinin çıkarları doğrultusunda oy kullanır ve nasıl oy verdiklerini açıklarlar. Pay sahipleri elektronik ortamda iletişim araçlarıyla oy kullanabilirler. Organ ve tevdi temsilcisinin oy kullanması yasaktır.

b. Yönetim organlarının üyelerine herhangi bir şekilde ayrılma veya başka bir ad altında tazminat ödeneme ve önceden avans verilemez; şirket alım ve satımları için herhangi bir prim verilemez ve gruptaki başka bir şirketten herhangi bir ek danışmanlık veya iş sözleşmesi yapılamaz. Şirketin yönetimi bir tüzel kişiye devredilemez.

c. Esas sözleşme, organ üyelerine ödenecek en yüksek kredilerin, borçları ve emeklilik prim tutarlarını belirler ve başarı ve katılım planlarını, grup dışındaki görev sürelerini ve yönetim üyelerinin iş sözleşmelerinin süresini düzenler.

d. *adan ç'ye kadar bentlerde belirtilen hükümlerin ihlali, üç yıla kadar hapis ve altı yıla kadar yıllık ücret ve diğer yıllık mali tazminat tutarı (Jahresvergütung) kadar adli para cezası ile cezalandırılır*".

7 İsviçre anonim şirketlerine ilişkin "büyük revizyonu"nun süreci hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Forstmoser and Marcel Küchler, 'Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingelaufen!' (Jusletter 10 Februar 2020), <https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2020/1010/schweizerischeaktie_0417b4599b.html__ONCE&login=false>1 ff. Aynı şekilde, Forstmoser and Küchler, 'Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts' (n 4) 394 ve 2016 tarihli Botschaft.

8 İsviçre'de bir kanunun yasalması için hem Ulusal Konsey'de hem de Kantonlar Konseyi'nde çoğunlukla kabul edilmesi gerekmektedir. Bu revizyon Ulusal Konsey'deki oylamada 143 üye lehte, 51 aleyhte oy kullandı, 4 üye ise çekimser kaldı.

“Şirketler Büyük Revizyon” una ilişkin (tespit edebildiğimiz kadarıyla) toplam beş makaleden üçünü⁹ tek başına diğer ikisini de *Marcel Küchler* ile birlikte yayımladı¹⁰. Bu makalelerin en kapsamlısı, 2016 tarihli Tasarısının kesinleşmesi ve kabulünden 4 ay önce yayımlanmış olan “*Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!*”¹¹ (İsviçre Anonim Şirketler Hukuku Reformu: *Son Tura Girildi*) diğeri ise Tasarının parlamentoda kabul edilmesinden sonra bizzat kaleme aldığı “*Aktienrechtsreform 2020: “Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung”* adlı makaledir¹². Yazar, İsviçre Parlamentosunda 19 Haziran 2020’de kabul edilen oldukça kapsamlı anonim şirketler hukuku “büyük revizyon”un iniş ve çıkışlara maruz kaldığını ve birden çok çökme tehlikesi geçirdiğini, ancak çetin ve zorlu çalışmaların ardından yasalastığını vurguladıktan sonra, bunun “*grosse Reform*” olmasının nedenlerini, “*anonim şirketler hukukunun tamamının madde madde özenle gözden geçirildiğini ve gerektiğinde düzeltilmelerin ve eklenmelerin yapıldığını, hatta yürürlükten kaldırılması gereken hükümlerin de kaldırıldığını*”¹³ ifade etmekte¹⁴ ve özetle bu reformda: “1. Bu reformda ulaşılan hedefler”, “2. Neler kaçırıldı”, “3. Haklı sebeplerle nelerden vazgeçildi”, “4. Gelecekte bizleri neler beklemekte” şeklinde dört başlık altında incelemektedir. Öncelikle belirtelim, İsviçre hukukundaki anonim şirketin önemi ve konumu bakımından bu büyük reformun, İsviçre ekonomi hukukunun gelişmesinde çok önemli bir hedefe erişildiği ve anonim şirketin İsviçre’de her tür boyuttaki işletme faaliyetleri için hâlâ en önemli yasal şekil olduğu¹⁵ ve bunun tek kişilik

Kantonlar Konseyi’nde (*Ständerat*) ise 37 lehte, 4 aleyhte 4 çekimser oy ile kabul edildi.

- 9 Peter Forstmoser, ‘Abschluss einer umfassenden Reform des schweizerischen Aktienrechts’ (2020) 1 Board Dynamics 1 ff; Peter Forstmoser, ‘Schweizer Aktienrecht 2020, Abschluss einer umfassenden Reform des Aktienrechts in der Schweiz’ (2020) 4 BOARD 156, 156 vd.; Peter Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung”’ (2021) Juni, Expert Focus 320, 320 ff.
- 10 Forstmoser and Küchler, ‘Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!’ (n 7) 1 ff; aynı şekilde, Forstmoser and Küchler, ‘Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts’ (n 4) 393 ff., Hans Caspar von der Crone and Giovanni Dazio, ‘Das Kapitalband im neuen Aktienrecht’ (2020) 5 SZW/RSDA 505, 505 ff. Ayrıca, yeni değişikliklerden sadece belirli kısımlara ilişkin değerlendirmelerle ilgili olarak; Hans Caspar von der Crone and Bruno Mahler, ‘Salärgovernance und neues Aktienrecht’ (2021) 5 SZW/RSDA 541, 541 vd.; Hans Caspar von der Crone and Magda Aref, ‘Die Abschaffung der Sachübertnahmeverordnungen im neuen Aktienrecht’ (2021) 3 SZW/RSDA 253, 253 vd.; aynı şekilde bu revizyon bağlamında diğer bir çalışma da, Christoph B. Bühler, ‘Neuorientierung des «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» auf den Wandel der Zeit’ (2023) 5 SZW/RSDA 548, 548 vd.; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (5. Aufl., Schulthess Verlag 2022). Yazar, Parlamentonun anonim şirketler hukukunun temellerine dokunmamış olsada, 150’den fazla maddede düzeltmelerin, değişikliklerin yapıldığını ve yeni hükümlerin eklendiği ve bazı maddelerin kaldırıldığını belirtmektedir (Vorwort zur 5. Auflage, IX).
- 11 Forstmoser and Küchler, ‘Schweizer Aktienrecht 2020, Abschluss einer umfassenden Reform des schweizerischen Aktienrechts’ (n 7) 1 ff.
- 12 Forstmoser and Küchler, ‘Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!’ (n 7) 1 ff.
- 13 Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung”’ (n 9) 321 ff.
- 14 İbid 322 ff.
- 15 İsviçre anonim şirket sayısı, 1.1.2021 tarihi itibarıyla İsviçre’de ticaret siciline kayıtlı 224.544 AŞ’de 260.000 YK üyesi bulunmaktadır, Roland Müller, Lorenz Lipp and Adrian Arti, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I: Kapitel 1–10 Band II: Kapitel 11 Muster und Checklisten* (5. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Schulthess 2021), V.

şirketten, çok uluslu konzernele ve Start-up'lara¹⁶ kadar tüm girişimciler tarafından benimsendiği vurgulanmaktadır¹⁷.

II. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE YENİLİKLER

A. ANONİM ŞİRKETİN TANIMINDA DEĞİŞİKLİK

Anonim şirkete ilişkin büyük revizyonda ilk olarak anonim şirketin tanımındaki gereksiz tekrarlar ve hukuki açıdan etkili olmayan atıflardan arındırıldı. Bu bağlamda 23. Kasım 2016 tarihli *Botschaft*'ta (Gerekçe'de), anonim şirketin 620. maddedeki hukuki tanımında, bir yandan gereksiz şeyleri içermekte; örneğin şirketin unvanına yapılan atıf gibi, diğer yandan, önemli yapısal unsurlardan açıkça bahsedilmemesi nedeniyle tatmin edici olmadığı belirtilmekte ve İsvBK m. 620 hükmünün 1. fıkranın 1. cümlesi, *gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra tüzel kişiliği olmayan kolektif ve komandit ortaklıkların, hukuki toplulukların, özellikle miras topluluğu ve adi ortaklığın bir anonim şirketi kurabileceğini* şeklinde değiştirildi. Ancak, daha önce bu mümkün değildi, çünkü yasada açıkça tüzel kişiliği olmayan toplulukların ortak olmaları hariç tutulmuştu¹⁸. Bununla birlikte, yasal toplulukların kuruluştan hemen sonra mantıksal olarak mevcut bir anonim şirketin paylarını hukuki bir işlemle devralarak pay sahibi olabilme imkanı vardı¹⁹. Bu nedenle, ilk adımda, yani kuruluş aşamasında hukuki topluluklara pay sahibi olma izninin verilmemesinin hiçbir nedeni yoktur²⁰.

Botschaft'ta devamla, anonim şirketin temel yapısı, esas sözleşmede belirtilen "sermayeye dayalı" belirli bir pay sermayesine sahip bir sermaye şirkettir. Ön Tasarıdan farklı olarak, "pay sermayesi esas sözleşmede belirlenmiş" ibaresine yapılan yollamaya açıkça yer verilmediği gibi, pay sahiplerinin esas sözleşmedeki yükümlüğüne de, zaten 626. maddenin 1. fıkrası, N 3'den yer aldığından, yeni tanımda yer verilmemiştir. 626. maddenin 2. fıkrasında da, Ön Tasarının aksine, en az bir paya sahip

16 *Start-up* yenilikçi bir fikir ile ortaya çıkan ve genel olarak teknoloji temelli bir girişimcilik modelidir. Geleneksel iktisadi amaç güden şirketlerden farklı olarak *Startup*'larda öncelikli hedef kâr elde etmek değil, fayda sağlamaktır. Bu nedenle, başlangıç noktasından gelişim aşamasına kadar fon ve yatırımcı destekleriyle kâr elde etmeksizin bir çabaya girişilir. Dolayısıyla, *Start-up*'lar başarısız olma riskleri yüksek (nitekim %29 başarısız olmuştur), ancak başarılı olduğunda ciddi boyutta büyüyebilir ve büyük etki yaratma potansiyeli yüksek şirketlere dönüşme olasılığı olan girişimlerdir <<https://www.vepara.com.tr/start-up-nedir-nasil-kurulur>> Erişim Tarihi 29.11.2024. Dünyadaki önemli *Start-up* örnekleri; Tiktok'un ana şirketi *ByteDance*, Mars'ı kolonileştirmek gibi bir vizyonu olan *SpaceX*, Lisanslı spor ürünleri üreten *Fanatics*, Video oyunu yapım şirketi olan *Epic Games*, *Google*, *Netflix*, *Uber* vs; Türkiye'deki örnekleri, *Trendyol*, *Yemeksepeti*, *Getir*, *Iyzico*, *BTCTürk* ve *Paribu* vs. sayılabilir.

17 Forstmoser and Küchler, 'Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts' (n 4) 393.

18 *Botschaft* 2016, Art. 620, 479.

19 Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz and Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, (Bern 1996), § 45 N 3 ff.yapılan atıf. Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da adi ortaklığa hak ehliyeti (*Rechtsfähigkeit*) tanınmanın yolu açılmış oldu.

20 Bu konuda bkz, Lukas Glanzmann, 'Die grosse Aktienrechtsrevision' in Peter V. Kunz, Oliver Arter and Florian S Jörg (eds) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV* (Bern 2009) 213 f. yapılan atıf.

olan kişinin paysahibi olduğu ve paysahibinin pay bedelini ödemekle yükümlü olduğu ibaresine yer verilmediği belirtilmektedir²¹.

İsviçre kanun koyucusu böylece, anonim şirketin yeni tanımında, eski İsvBK 620. maddesindeki mükerrerlikleri ortadan kaldırıp, tamamen güncellendi.

*Kenar başlık A. Kavram*²²

Yeni İsvBK m. 620

“1 Anonim şirket, bir veya daha fazla kişinin veya ticaret şirketlerinin katıldığı sermaye şirkettir. Borçlarından sadece şirket malvarlığı sorumludur.

2 Paysahipleri, sadece esas sözleşmede taahhüt edilen edimlerinden sorumludur.

*3 Paysahibi, şirkete en az bir pay ile katılan kişidir*²³.

Açıklama. Anonim şirketin bu yeni tanımı dikkate alındığında, yukarıda da anıldığı gibi, 1991 tarihli 620. madde metninde yer alan, “*bir unvana sahip olan ve sermayenin belirli, paylara bölünmüş olması*” ibaresine yer verilmedi. Ancak, bazı maddelerdeki mükerrerliklerin kaldırıldığı ifade edilse de, kanun koyucunun anonim şirketin bu yeni tanımında yer alan İsvBK 620. maddenin 2. fıkrasındaki, “*Paysahipleri, yalnızca esas sözleşmede taahhüt ettikleri edimle sorumludur*” hükmünün, mevcut İsvBK m. 680/1’de de “*paysahibi, esas sözleşme ile, payın çıkarılmasında taahhüt ettiği miktardan fazlasını ödemekle yükümlü tutulamaz*” hükmünde zaten yer aldığından, İsvBK m. 620 hükmünün yeni tanımında tekrar etmekten vazgeçmediği belirtilmektedir²⁴. Ayrıca, anonim şirketin yeni tanımında, 1991 tarihli m. 620/3’de yer alan, “*anonim şirketin ekonomik amaçlardan başka diğer amaçlar için de kurulabileceği*” düzenlemesine de yer verilmedi ve bunun yerine yeni 3. fıkrada, “*paysahibi, şirkete en az bir pay ile katılan kişidir*” ibaresine yer verildi.

İsviçre anonim şirketler hukukunda, TTK m. 340 anlamında emredici nitelikte bir hüküm yer almadığından, bir anonim şirketin sıkı şekilde paysahiplerine yönelik olması istenilmesinde –yasal olarak öngörülen şirkete giriş sınırlamasına ilişkin bağlam hariç– eğer tip olarak limited şirket tercih edilmiyorsa, gelecekte bunun paysahipleri sözleşmeleri vasıtasıyla yapılabileceği ve gerekirse

21 *Botschaft 2016*, 480.

22 İsvBK’deki madde başlıkları, ilgili her maddenin sol kenarında yer almaktadır. Ancak, maddenin sol kenarında yazılmasını teknik olarak yazamadığımdan, zorunlu olarak maddenin üstünde yazılmıştır. TTK’da ise, madde başlıkları gerçekte “*maddelerin üstünde*” yer almasına rağmen, hatalı olarak hem eTTK m. 1474 hem de 6102 s. TTK m. 1534/1’de, “*kenar başlıklar*” olarak anılmaktadır. Bu nedenle, TTK’deki bu hatalı “*kenar başlıklar*” ifadesinin, İsvBK’da olduğu gibi, ya her maddenin sol kenarına yazılması ya da “m. 1534’deki “*kenar başlık*” ifadesi, gerçeğe uygun olarak “*üst başlıkları metne dahil olan...*” şekilde değiştirilmelidir.

23 Forstmoser and Kuchler, “tüm açıklık ve esnekliğe rağmen, anonim şirketin tamamen bir sermaye şirketi karakterinin korunduğunu ve bunun, paysahiplerinin kişilerin kişiliğine, becerilerine ve ilgi alanlarına odaklanmanın merkezi önemi haiz limited şirketten tam tersi olduğunu” belirtmektedirler, ‘Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts’ (n 4) 398.

24 Forstmoser and Kuchler, ‘Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!’ (n 7) 4. Aynı şekilde, Forstmoser and Kuchler, ‘Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts’ (n 4) 402 Ayrıca, yeni İsvBK m. 620 madde metninin tamamı için bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (5. baskı, Ankara 2024) § 30, N. 91b vd.

paysahiplerinin kendi şirketiyle (kira sözleşmesi, tedarik sözleşmesi vb.) sözleşmeye dayalı ilişkiler ağı (*Netzwerk*) kurularak gerçekleştirilebileceği ileri sürülmektedir²⁵. Hemen belirtelim, anılan hususların esas sözleşmede yer alması söz konusu değildir.

Türk hukuku açısından değerlendirme. İsviçre öğretisindeki yukarıda anılan bu görüş dikkate alındığında, Türk hukukunda hiçbir tarihsel izi ve gelişimi olmayan, öğretide çoğunlukla benimsenmeyen ve anonim şirketler hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesini ve paysahipleri sözleşmesini ortadan kaldırarak anonim şirkete çelik korsa girdirildiği ileri sürülen, Alman Şirketler Kanunu (AktG) § 23/5 hükmünün²⁶ sadece 1. cümlesinin ithal edilip, 2. cümlesinin göz ardı edildiği TTK m.340 hükmünün özellikle kapalı tip AŞ için yararlı olup olmadığının tekrar gözden geçirilmesi gerektiği sorusu ticaret hukukçularının aklını sıkı şekilde meşgul etmektedir²⁷.

B. YABANCI PARA BİRİMLERİNİN SERMAYE OLARAK KONULABİLME İMKÂNI

Ticari defterlerin tutulması ve muhasebe hukuku kuralları, 2013'den beri yabancı para veya kesin bir terimle "ticari faaliyetler için kullanılması gerekli olan para birimine" izin verilmekte ve ticaret sicili otoriteleri de 1991'den beri serbestçe konvertibl yabancı para birimi ile esas sermaye borcunun ödenmesini kabul etmekteydi. Bu uygulamalar, 19.6.2020 tarihli büyük revizyonda, artık sermaye payının da yabancı para birimi ile taahhüt ve ödenmesinin kabul edilmesini kolaylaştırmış oldu. Ancak şeffaflık ve alacaklıların korunması bakımından yabancı para biriminin seçiminde bazı şartlar ve sınırlamalar öngörüldü.

1.1.2023'den geçerli olmak üzere anonim şirkette nakit pay sermayesinin (*Aktienkapital*)²⁸ yeni İsvBK m. 621/2'de serbest konvertibl yabancı para birimlerinin de sermaye payı olarak konulabileceği 19.6.2020 tarihli reformda kabul edildi. Böylece, genel kurulun, sermaye para birimini, hesap dönemi başlangıcından geçerli olmak üzere değiştirebileceği ve yönetim kurulunun da, esas sözleşmeyi yeni duruma uyarlayacağı hükme bağlandı (İsvBK m. 621/3). Ancak, esas sözleşmede sermayenin bir yabancı para cinsinden öngörülmesi tamamen serbest olmayıp, bunun için üç şartın mevcut

25 Forstmoser and Kuchler, 'Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts' (n 4) 399.

26 Uwe Hüffer and Jens Koch, *Aktiengesetz* 11. Aufl (2014). § 23, N. "Emredici hükümler ilkesi, payın ticari hayatta pazarlanabilir niteliğinin standartlaştırılıp, bir ürün haline getirilerek tedavül edilebilirliğinin temelini oluşturur".

27 Alman hukukunda bile, AktG § 23/5 hükmünün tarihi gelişimi İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*) 1901-1928 yılları arasındaki kararlarına dayanmasına rağmen öğretide çoğunlukla kabul edilmemekte ve bu mevcut bir ilkenin kanuna aktarılmayıp, hukuksal araçsallık bir yaklaşımla (*legal instrumentalism*) devlet eliyle ilke yaratılması denilmektedir, Bkz. Ernst Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri* (İstanbul Üniversitesi 1948), "Kaideden hukuk çıkarılamaz, olan hukuktan kaide çıkar. Bütün hukuki müesseseler... devlet kanunlarından arı olarak cemiyetin toplumsal hayatından doğmuştur". Bkz. Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi) (On İki Levha İstanbul 2021) 344 vd. ve dn. 47. AktG § 23/5 ilkesi, hukukun diğer kurum ve kuralları gibi etkili olamayan, "esas sözleşme katılığı" veya Türk hukukunda genel kabul gören "emredici hükümler" (*Satzungsstrenge*) ilkesi, Alman hukukunda bile, "uluslararası alanda değersiz bir Tektas'a benzetilmektedir (Holger Fleischer, 'Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts' (2004) CCIV 3/4 Archiv für die civilistische Praxis 502, 517. (Bu atf, Veziroğlu (n 27) 348'den naklen).

28 İsviçre'de anonim şirketteki "esas sermaye" (*Grund Kapital*) kavramı, 1991'de "pay sermayesi" (*Aktienkapital*) olarak değiştirildi. Bu nedenle, biz de bu mevcut yasal ifadeye uygun olarak, "pay sermayesi" (*Aktienkapital*) kavramı kullanmayı tercih ettik.

olması aranmaktadır. (1) Yabancı para biriminin şirketin ticari faaliyeti için gerekli olmalı, (2) Yabancı para cinsinden sermayenin kuruluş tarihinde en az 100.000 CHF tutarı karşılığında olmalı ve (3) Muhasebe ve defter tutuma işlemlerinin aynı para birimi üzerinden yapılmalıdır (İsvBK m. 621/2)²⁹. *Botschaft*'ta, Bilanço hukukuyla bağlantılı olarak, yabancı bir para biriminin sermaye olarak seçiminin nesnel olarak temellendirildiği ve bu yabancı para birinin İsviçre Frank'ına (CHF) ye serbestçe değiştirilebilmesinin de tam olarak güvence altına alındığı vurgulanmaktadır³⁰.

Anonim şirketin esas sermayesinin yabancı para cinsinden öngörülmesi halinde, şirketlerin, sermayeyle ilgili tüm hususların, örneğin, muhasebenin tutulması, finansal bilançoların hazırlanması (İsvBK m. 621/2), yedek akçeleri oluşturulması (İsvBK m. 671 ff.), temettü dağıtımı (m. 698/2, N. 4) ve borca batıklık tehdidinin değerlendirilmesinin (m. 725b), seçilen döviz cinsinden tespit etmesi gerekmektedir. Ancak bu durumun, anonim şirketler hukuku ile muhasebe hukuku arasında (İsvBK m. 957a/4 ve m. 958d/3) henüz tam olarak bir tutarlılığın sağlanamadığı belirtilmekte, buna karşın, doğrudan ve dolaylı vergilerin İsviçre Frangı (CHF) olarak alınmaya devam edeceği ifade edilmektedir³¹.

Öte yandan, nakdi kuruluşta sermaye olarak İsviçre Frangı (CHF) konulması taahhüt edilmişse, her payın itibari değerinin %20'sinin tescilden önce ödenmesi gerekir (İsvBK m. 632/1). Ancak, nakdi olarak bir yabancı para biriminin taahhüt edilmesi halinde, kuruluşta ödenmesi gereken pay sermayesi tutarının, en az 50.000 CHF tutarı karşılığında olması zorunludur (İsvBK m. 632/2).

İsvBK m. 621/2'de, esas sözleşmede, pay sermayesinin yabancı para birimiyle öngörülmesi halinde, yabancı para biriminin CHF'ye dönüştürme anının hangi tarih olması gerektiği hususu tartışılmalıydı. Ön tasarıda, ticaret siciline tescil anı öngörülme hükmünün yerine, en az 100.000 CHF'nin kuruluş anındaki (*Zeitpunkt der Errichtung*) değerine eş değerde olmasına yer verilmişti³², çünkü ön tasarıdaki bu hüküm, şirketin kuruluş anı ile sicile tescili arasında geçen zamanda kur dalgalanmasının kurucuların aleyhine olması ikna edici değildi. Ayrıca ön Tasarıdaki versiyonda, eş değer detaylı incelemesi ticaret sicili müdürlüğünün sorumluluğunda olacaktı. Ancak 2016 tarihli Tasarıda, eş değeri durumunun tespitinde, şirketin kuruluş tarihi esas alınmaktaydı. Bu aynı zamanda kurucuların, kuruluş işlemi sırasında yaptıkları sermaye katkılarına ilişkin yasal yasal gerekliliklerin karşılandığını belirlemeleri gerektiğini belirten 629. maddenin 2. fıkrasının N. 3'deki, "*kuruluş sözleşmesinin imzalandığı tarihte yapılan taahhütlerinin yasal ve kanuni gerekliliklerin karşılanmış olmalıdır*" ifadesine karşılık gelmekte ve hesaplama ile ilgili yabancı para birinin İsviçre Frangına dönüşüm oranı mutlaka şirketin kurulduğu tarihteki güncel günlük döviz kuru olacaktır.³³

Türk hukuku açısından değerlendirme. Yukarıda da açıklandığı üzere, İsviçre anonim şirketler hukukunda pay sermayesinin konvertibl yabancı bir para birimiyle öngörülmeden önceleri, ticari defterlerin tutulması ve muhasebe hukuku kuralları ve 2013'den beri yabancı para veya kesin bir

29 Botschaft 2016, 2.1.1., 481 (2007 tarihli Botschaft, s. 1698'e atıf yapılmaktadır).

30 Botschaft 2016, 2.1.1., 481.

31 Botschaft 2016, 2.1.1., 480 ve 1.4.1.1.

32 Bkz. Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, 7.

33 Botschaft 2016, s. 481.

terimle "ticari faaliyetler için kullanılması gerekli olan para birimine" izin verilmekte ve ticaret sicili otoriteleri de 1991'den beri serbestçe konvertibl yabancı para birimi ile esas sermaye borcunun ödenmesini kabul edilmekteydi. Buna benzer bir tarihi bir iz TTK'da mevcut olmadığı gibi, mevcut yasal düzenlemelerde defterlerin tutulması ve diğer gerekli kayıtların Türkçe tutulması (TTK m. 65/1), yılsonu finansal tablolar Türkçe ve Türk Lirası ile düzenleneceği (TTK m. 70/1) ve 10.04.1926 tarihli 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanımı Hakkında Kanun'un 2. maddesinde ise "Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir" denilmektedir³⁴. Bütün bu düzenlemeler dikkate alındığında, İsvBK m. 620 hükmüne benzer bir düzenlemeye anonim şirketlerde yer verilmesinin mümkün olmadığını ve ayrıca, Türk ekonomisi açısından da böyle bir düzenlemeye de gereksinim olmadığını düşünüyorum.

C. BİR PAYIN ASGARİ İTİBARI DEĞERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Türk hukuku açısından pek anlam ifade etmeyen bir değişiklik de, yeni İsvBK m. 622/4'de payın itibari değerinin, esas sözleşmede "sıfırdan büyük" (*grosser als null*) olabileceğidir. Eski düzenlemede 1 CHF'nin yüzde biri olan bir (1) Rappen idi. Bu durumda bir payın en az itibari değeri, 1 Rappen'in yüzde biri kadar, yani sıfırdan büyük olacak şekilde 1 Rappen'in %1'ine kadar tespit edilebilecektir. Öğretide, bu değişiklikle, esas (sabit) sermaye sisteminden vazgeçmek zorunda kalmadan, payın itibari değerinin arzu edildi şekilde bölünebilmesine yasal olarak izin verildiği belirtilmektedir³⁵. Zorunlu olmamakla birlikte, anonim şirketler payın itibari değerini "sıfırdan büyük" olacak şekilde, örneğin "%90 Cent" gibi, tespit etmeleri durumunda, kuşkusuz İsviçre anonim şirketler hukukunda bir "pay enflasyonu" ortaya çıkarmasına neden olacağı açıktır. Örneğin asgari sermayesi 100.000 CHF (İsvBK m. 621/1 veya 100.000 CHF karşılığı konvertibl bir yabancı biri (İsvBK m. 621/2) bir anonim şirkette payın itibari değeri 1 Rappen olarak (İsvBK m. 621/1) tespit edilmiş olsa bile, toplam pay adedi 10 milyon olur; eğer itibari değer 1 Rappen'in yüzde biri dikkate alınarak sıfırdan büyük şekilde, örneğin bir Rappen'in yüzde doksan (%90) Cent olarak tespit edilmiş olsa, 900 milyon adet pay eder. Sermayesi 10 milyon veya daha fazla olan AŞ'de ise bu rakam telaffuzu zor rakamlara ulaşacağı açıktır. Benzeri durum TTK için de geçerlidir, sermayesi 250.000 TL olan bir AŞ'de bir payın itibari değeri Kanunda öngörüldüğü şekilde 1 kuruş olarak tespit edilmiş olsa, toplam pay adedi 25 milyon olur. Payın itibari değerinin asgari tutarda öngörülmesi, pay sahibinin oy gücüne hiçbir etkisi olmaz, sadece satın alma gücü olmayan para birimi gibi, sıfırı bol pay sayısı söz konusu olur.

34 Bir istisna, 15.6.1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'dur. Bu Kanun'un 9/1 hükmüne göre, Serbest bölgelerdeki faaliyetlerle ilgili her türlü ödemeler dövizle yapılır. Cumhurbaşkanı ödemelerin Türk Lirası olarak yapılmasına da karar verebileceği öngörülmektedir.

35 1996'da 1 payın itibari değeri 100 CHF; 1991'de 100 CHF'den 10 CHF'ye ve 2001'de 10 CHF'den 1 Rappen'a indirildi. Payın itibari değerindeki bu değişiklikler hep kanun değişikliğiyle yapılmaktaydı. Yeni durumda artık kanun değişikliğine gerek kalmayacağı, ancak bunun, ileride itibari değeri olmayan paylara bağlı esnek bir sonucu olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Forstmoser and Kuchler, 'Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!' (n 7) 6; Hans Caspar von der Crone and Luca Angstmann, 'Kernfragen der Aktienrechtsrevision' (2017) 1 SZW/RSDA 3, 4.

D. ESAS SÖZLEŞMEDE YER ALAN ZORUNLU UNSURLARDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Öncelikle, esas sözleşmede yer alan zorunlu unsurların düzenlendiği İsvBK'nın 626. maddesinin yeni kenar başlığı, "esas sözleşmenin yasal zorunlu unsurları" şeklinde değiştirildi. Aynı maddenin 2. fıkrasında da, esas sözleşmede nakdi edimin sadece İsviçre Frangı (CHF) yanı sıra diğer yabancı para birimlerinin de taahhüt edilebileceğine uygun olarak, "pay sermayesinin tutarı ve para birimi ile buna ilişkin yapılan katkıların tutarı" şeklinde değiştirildi. Aynı şekilde, anılan maddenin 3. fıkrası, "Genel kurul, sermayenin para birimini, hesap dönemi başlangıcından geçerli olmak üzere değiştirebilir. Bu halde yönetim kurulu, esas sözleşmeyi yeni duruma uyarlar, 2. fıkradaki şartların yerine getirildiğini ve uygulanan döviz kuru dönüştürme oranını tespit eder. Genel kurul ve yönetim kurulunun kararları resmi şekilde onaylanması gerekir".

E. AYIN SERMAYE KONULMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER (YENİ İSVBK M. 634)

Kuruluştaki ayın değerlerin sermaye olarak konulması, sözleşmenin yazılı olması veya resmi şekilde onaylanmış ayın sermaye sözleşmesiyle yapılmış olmasına bağlı tutulmuştu (1991 tarihli İsvBK m. 634/1). Ancak uygulamada bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin net olmadığı ve buna uymamanın çok ciddi sonuçlara yol açacağı ve Federal Mahkemenin BGE 83 II 284 sayılı kararında, ayın sermaye konulmasına ilişkin kurallarına aykırılığın anonim şirketin kuruluşunun geçersiz (batıl) olmasına sebep olacağına hükmedilmişti³⁶. Yüksek Mahkeme bu kararında, daha önceki (yayımlanmamış) BGE 59 II 446 sayılı karardaki, "ayın sermayenin geçerli olabilmesi için, anonim şirketin ticaret siciline tescil edilmesinden sonra bir satış sözleşmesinin yapılmasının gerektiği şartına bağlı olduğunu" ve bunun da açıkça İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 81/2 hükmündeki, "şirketin, pay sahibinin veya üçüncü kişinin ayın sermayesini devralıp almadığını veya doğrudan kuruluştan ya da sermaye artırımından sonra devralıp almadığını incelemesi gerekir" ifadesine dayandığı belirterek, bu şartın gerçekleşmemesi halinde, ayın sermaye konulmasının geçersiz olduğunu, bunun da şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımının geçersizliğine neden olacağını belirtmiştir (E.4).

İsviçre kanun koyucu, açıklanan bu nedenlerden dolayı, yeni İsvBK m. 634 hükmünde, ayın sermayenin (amaçlanan) devralma gerekliliğinden vazgeçerek, eskiden üç fıkradan oluşan 634. madde, 1.1.2023'den itibaren geçerli olmak üzere 8 fıkra halinde düzenlendi.

Yeni İsvBK m. 634

1 Ayın sermaye katılımının karşılık olarak kabul edilebilmesi, aşağıdaki şartların yerine getirilmesine bağlıdır:

1 Ayların aktif olarak muhasebeleştirilmesi mümkün olmalıdır.

³⁶ Bkz *Botschaft 2016*, 433 ff. (dn. 3), ve Forstmoser and Küchler, 'Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!' (n 7) 6. Yazarlar, yeni düzenlemenin anlamlı olduğunu, çünkü ayın sermayenin devralınıp alınmadığına ilişkin gerekliliğin karşılanıp karşılanmadığının genellikle açık olmadığını ve buna aykırı davranışın da şirketin geçersizliğine sebep olacağı nedeniyle mantıklı olduğunu belirtmektedir.

2 Ayınların şirketin malvarlığına devredilebilmesi mümkün olmalıdır.

3 Ayın değerlerin ticaret siciline tescil edilmesinden sonra şirket malik olarak derhal bunların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmeli veya bir taşınmaz ise, kayıtsız şartsız tapuya tescilini talep edilebilmelidir.

4 Ayınların üçüncü kişiye devredilerek kullanılması mümkün olmalıdır.

2 Ayın sermaye konulması yazılı olarak yapılmalıdır. Ayın konusunun devrinin resmi şekilde yapılması öngörülmüşse, sözleşme resmi şekilde onaylanmalıdır.

3 Ayın sermayenin konusu taşınmazlar farklı kantonlarda olsa bile, tek bir resmi senet yeterlidir. Senetler, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki noter tarafından düzenlenmelidir.

4 Esas sözleşmede, ayının konusu, değeri ve sermaye koyanın adı ve karşılığında verilen paylar ile şirket tarafından sağlanan olası diğer edimlerin belirtilmesi gerekir. Genel kurul sözleşmedeki bu hükümleri on yıldan sonra kaldırabilir³⁷.

Türk hukuku açısından değerlendirme. TTK m. 127'de, Kanunda aksine hüküm olmadıkça ve m. 307/2, 342/1 ve 581/1 fıkra hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek değerler tek tek sayılmıştır ve sermaye olarak konular taşınmazın "tapuya şerh" edilmesi, taşınmazların "güvenilir kişiye tevdi edilmesi" ve fikri mülkiyet hakları ve diğer değerlerin, varsa, "özel sicillerine kayıt" yapılması (m. 128/1; söz konusu sözleşmelerin resmi şekil aranmaksızın geçerli olacağı (m. 128/3) ve mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere bildirimlerin, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılacağı ve şirketin tek taraflı istemde bulunma hakkının saklı olduğu (m. 128/6) öngörülmüş olmakla, ortaya çıkması muhtemel sorunlar daha baştan hukuki güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla, TTK m. 127 ve 128'deki düzenlemeler, yukarıda anılan İsvBK m. 634 hükmüne nazaran daha pratik, etkin ve aynı zamanda da hukuki açıdan daha güvenli olduğu kanaatindeyim³⁸.

F. PAYSAHİBİNİN ŞİRKETTEN OLAN MUACCEL ALACAĞININ SERMAYE BORCUYLA TAKASI

Yeni İsvBK m. 634a/1'de, sermaye borcunun bir alacağın takas edilmesiyle ifa edilebileceği; 2. fıkrada, alacağın aktif olarak karşılığı olmasa bile yine karşılık olarak kabul edileceği ve 3. fıkrada da, takas edilen alacağın karşılığında pay sahibine verilen payların esas sözleşmede belirtilmesi ve son olarak genel kurul tarafından bu hükümlerin 10 yıldan sonra kaldırabileceği öngörüldü³⁹.

37 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. von der Crone and Aref (n 10) 253 ff.

38 Bkz. Pulaşlı, Şerh (n 24) § 30, N. 91o.

39 Bu konuda bkz. Peter Forstmoser and Hans Ueli Vogt, 'Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten, Gesellschaft?' (2003) 144 ZSR, 531-567. von der Crone and Angstmann (n 35) 5; Botschaft 2016'ta, (Art. 432a, s. 492-493), İsvBK m. 634a'da, mevcut hukukta yalnızca eksik düzenlenmiş olan ve uygulamada yapılan takas yoluyla sermaye borcunun ifa edilmesini kodifike ettiği; sermaye borcunun sonradan ifa edilmesini düzenleyen mevcut m. 634a, m. 634b'ye taşındığını ve 634a. maddenin içeriğinin de mevcut uygulamaya dayandığını, ancak bazı tartışmalı sorulara açıklık getirildiği belirtmektedir İkinci fıkrada ise,

Türk hukuku açısından değerlendirme. Öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilmekle birlikte, TTK'da, ortağın şirketten mal veya hizmete dayanan bir alacağının veya ileride yapılacak sermaye artırımına ilişkin sermaye borcunun ifası amacıyla şirkete yaptığı ön ödemenin (avans), sermaye taahhüdü (borcu) ile takas edilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır⁴⁰. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, ortağın şirketten olacağı alacağı ya şirkete verdiği mal veya hizmete ya da ileride yapılacak muhtemel sermaye artırımında kendisinin sermaye borcunun ifa edilmesi amacıyla şirkete verdiği belirli miktarda paraya dayanmaktadır. Ancak, son yıllarda yapılan sermaye artırımlarında dikkati çeken takas olayı, genellikle yönetim kurulunda yer alan hakim ortakların bedelli sermaye artırımından önce şirkete “sermaye avansı” olarak verdikleri paranın, gerçekleşen sermaye artırımında yeni pay alma hakkının kullanılmasıyla oluşan sermaye taahhüdü ile takas edilmesine dayanmakta ve takas konusu olan paranın, ortağın şirkete nasıl ve hangi yolla ödendiği de sorusu da açık kalmaktadır. Dolayısıyla, böyle kuşku ve aynı zamanda belirsiz ödeme durumlarından kaçınmanın tek yolu, TTK'da detaylı pozitif bir düzenlemeye yer verilmesidir. Bu, özellikle hakim pay sahibi veya pay sahiplerinin yönetim kurulunda yer alması halinde, bunların şirketten olan alacağının niteliği, kaynağı ve özellikle bu alacağın şirkete “sermaye avansı” niteliğinde nakit olarak verilmesi halinde, bu paranın şirkete ödeme şeklinin, Vergi Usul Kanunu'ndaki “banka veya finansal kurumlar vasıtasıyla”⁴¹ yapılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin son derece yararlı olacağı düşüncesindeyim⁴². Aksi halde, şirketin yönetiminde yer alan hakim pay sahiplerine, sermaye taahhüdünün gerçekte ödememe, fiktif olarak ödeme fırsatı verilmiş olacağı düşüncesindeyim.

özellikle şirketin mali bünyesinin düzeltilmesi amacıyla yapılan sermaye artırımında, takas yoluyla yapılan ödemenin kabul edilebilirliği konusundaki tartışmalı soru ele almakta; şirketin borcuyla takas edilecek alacağın mutlaka şirketin aktifleriyle karşılanmasının zorunlu olmadığı ve böylece, tam kapsamda olmayan değerlerin de takas edilmesine izin verilmektedir. Önemli olan, tam değerde olmamasına rağmen, takas sonucunda şirketin yükümlülüklerinde azalmaya yol açmasıdır. Gerçi bu durumda yeni likit akışı olmamasına rağmen şirketin borcunun aynı oranda azalmasıdır. Böylece, şirketin borcunun öz sermayeye dönüştürülmesiyle, şirketin ekonomik durumu düzeltilmektedir. Yönetim Kurulu'nun özellikle (borca batıklığın düzenlendiği) İsvBK m. 725 vd. hükümlerine ilişkin yükümlülüğünde herhangi bir kısıtlama yoktur. Ancak, *kuruluşta değeri olmayan alacakların takasına elbette izin verilmemektedir. Takas hakkında İsvMK m. 7 ile bağlantılı olarak İsvBK m. 120 vd. uygulanır. Bir istisna, ihtilaflı alacaklar için söz konusudur: Genel olarak tartışmalı alacaklar takas edilebilse de, kuruluşta alacakların sermaye borcunun ödemesinde takası mümkün değildir, çünkü şirket (henüz tüzel kişilik kazanmadığından) katılım sermayesi üzerinde tasarruf yetkisi yoktur (İsvBK 959/2 m. 634 ile bağlantılı olarak) (aynı şekilde, Forstmoser, Meier-Hayoz and Nobel, “burada önemli bir özellik, kuruluş anında sermaye borcunun takas edilerek ödenmesinde, takas borçlusunun, yani AŞ'nin henüz tüzel kişilik kazanmamış olmasıdır (n 19) § 15, N.31, dn. 22).*

40 Bu konuda Bkz. Hasan Pulaşlı, 'Anonim Şirketlerin Sermaye Artırımında Pay Sahibinin Şirketteki Muaccel Alacağını Sermaye Borcuyla Takas Sorunu' (2023) XXXIX (4) Batider 1 vd.

41 “575 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği” (RG 30.11.2024/32738) ile, *tahsilat ve ödemelerin banka ve finans kurumları aracılığıyla yapılması zorunlu olunan tevsik sınırı, 7.000 TL'den 30.000 TL'ye yükseltilmiştir.* Aynı şekilde, 459 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu (VUK) Tebliğine göre, tevsik zorunluluğu kapsamında olanların, kendi aralarında ve tevsik zorunluluğu kapsamında olmayanlarla yapacakları 7.000 TL'yi aşan tutardaki her türlü tahsilat ve ödemelerin aracı finansal kurumlar (Banka, Ödeme ve Elektronik Para Kuruluşları, PTT A.Ş) kanalıyla yapılması ve bu tahsilat ile ödemelerin söz konusu kurumlarca düzenlenen belgeler ile tevsik edilmesi zorunludur.

42 Pratikte sıkça karşılaşılan durum, yönetim kurulunda yer alan hakim pay sahiplerinin şirketten olan alacaklarını sermaye borcuyla takas ederken, ödemenin bir banka veya finansal kurumlar vasıtasıyla yapılmasını kanıtlayan belgeyle dayanmadığından, gerçek olarak ödemenin nasıl ve hangi şekilde yapıldığı sorusu ve ortağın sermaye borcunun fiilen ödemediği sorusu da açık kalmaktadır.

G. BAKİYE SERMAYE BORCUNUN, PAWSAHİBİNİN ŞİRKETTEN OLAN ALACAĞIYLA TAKAS EDİLEREK ÖDENMESİ

1.1.2023 tarihinden itibaren geçerli olan İsvBK m. 634b/1 hükmünde, yönetim kurulunun tamamı ödenmemiş bakiye sermaye borçlarının sonradan ödenmesine karar verebileceği, 2. fıkrada da, pay sahiplerinin bakiye sermaye borçlarının nakitle, bir alacağın takasıyla, ayın değerle veya *serbestçe tasarruf edilebilen yedeklerin özsermayeye dönüştürülmesiyle* gerçekleşebileceği düzenlenmektedir⁴³. Burada dikkate değer değişiklik, ortakların bakiye sermaye borcunun sonradan ödenme imkanı olarak, GK'un YK'nu yetkilendirmesi kaydıyla, serbest yedeklerin öz sermayeye dönüştürülmesi yoluyla da gerçekleştirilebilmesidir. 2016 tarihli *Botschaft*'ta, bu yeni hükümde sermaye borcunun ifasının serbest yedeklerden karşılanmasının yasada açıkça belirtilmesiyle, uygulama için hukuki güvenlik sağlandı. belirtilmektedir.

Türk hukuku açısından değerlendirme. Kuruluşta veya bedelli sermaye artırımında, taahhüt edilen payların tamamının ödenmediği hallerinde, bakiye sermayenin hangi araçlarla ödeneceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bu nedenle, bu kanun boşluğunun, İsvBK m. 634b hükmünde öngörüldüğü şekilde düzenlenebileceği kanısındayım. Bu durumda, uygulamada sadece bedelli sermaye artırımında ortağın şirketten olan alacağının sermaye borcuyla takasının aynı sıra, sermaye borcunun tamamının ödenmediği kuruluşta veya kuruluşta sonra yapılan bedelli sermaye artırımlarında ortakların bakiye sermaye borçlarının da serbestçe tasarruf edilebilen yedeklerin öz sermayeye dönüştürülerek ödenebileceği düzenlenebilir. Dikkat edilecek olursa bu son durum, şirketin sermaye artırımını iç kaynaklardan yapması halinde tüm pay sahiplerine payları oranında bedelsiz pay vermesine benzemekte ise de, ancak bu, bedeli tamamen ödenmemiş sermayenin, ortakların yapacağı ödemeye değil, aksine genel kurulun yönetim kuruluna verdiği yetki ile yönetim kurulu kararıyla serbestçe tasarruf edilebilen yedeklerden karşılanmaktadır. Doğal olarak bu durumda, her pay sahibinin sermayeye katılım oranı eşitse, hepsinin bakiye sermaye borcu aynı eşitlikte, sermayeye dönüştürülen serbest yedeklerden karşılanır; katılım payları eşit değilse, her pay sahibinin bakiye sermaye borcu katılım oranında serbest yedeklerden karşılanır.

H. ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİĞİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Yeni İsvBK m. 647 hükmü, 1.1.2023'den geçerli olmak üzere, "*genel kurul veya yönetim kurulunun esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararları resmi şekilde (noterlikçe) onaylanıp ticaret siciline tescil edilmesi zorunludur*" şeklinde değiştirildi. Aslında Öntasarıda İsvBK m. 647 hükmü iki fıkradan oluşmakta ve 2. fıkrada da, "*basit şekildeki esas sözleşme değişikliği durumunda, resmi tasdikten vazgeçilebileceği*" öngörülmekteydi. Ancak, bu 2. fıkra düzenlemesi, kanundaki diğer birçok hükümle çeliştiğinden, kanuna alınmaktan vazgeçilmiştir. 2016 tarihli *Botschaft*'ta anılan 2. fıkranın Kanuna alınmasından vazgeçilme nedenleri aşağıdaki ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Ancak, bu açıklamaların

43 *Botschaft 2016*'ta, serbestçe tasarruf edilebilen yedek akçelerin sermayeye dönüştürülmesi durumunda, genel kurulun, yönetim kuruluna tasarruf edilebilen yedeklerin sermayeye dönüştürme hususunda yetki vermiş olması gerekir. Böylece, serbestçe kullanılabilen yedeklerin sermayeye dönüştürülmesinin açıkça belirtilmesiyle, pratikte hukuki güvenlik sağlanmış olduğu belirtilmektedir (Art. 434b, 494).

özet vermeden önce, TTK sisteminde, basit veya asgari içerikle ilgili esas sözleşme değişikliği yer almamakta, sadece konulara göre genel kurul kararlarının toplantı ve karar nisapları yer almaktadır (TTK m. 42). Dolayısıyla, her esas sözleşme değişikliğinin geçerli olabilmesi için, (esas sözleşmede yer alan adres değişikliği hariç)⁴⁴ değişikliğin ticaret siciline tescil ve ilanı zorunludur. Tescil, kurucu, ilan ise açıklayıcı niteliktedir.

İsvBK m. 647 hükmünün 2. fıkrasının kaldırılma nedenleri Botschaft'ta şöyle açıklanmaktadır:

“İsvBK 625. maddenin yürürlükten kaldırılması nedeniyle, kenar başlık şekli olarak uyarlanması gerekir. İsvBK m. 647 hükmüne göre, genel kurulun (GK) veya yönetim kurulunun (YK) esas sözleşme değişikliklerine ilişkin her kararı resmî şekilde noter huzurunda yapılmalı ve ticaret siciline tescil ettirilmelidir.

Tasarıda İsvBK 647. maddeye bir ikinci fıkra eklenmişti. Buna göre, basit esas sözleşme değişikliklerinde, resmi noter onayından vazgeçilebilir.

Basit değişikliklere ilişkin durumlar, şirket esas sözleşmesinin hem değişiklikten önce hem de sonra yalnızca İsvBK m. 626/1'e göre yasal olarak esas sözleşmenin zorunlu olan asgari içeriyle sınırlı olmasıdır. Yani, esas sözleşme sadece asgari yasal zorunlulukları içeriyorsa ve tüm esas sermaye tamamen ve İsviçre Frangı cinsinden ödenmişse (bkz. İsvBK m. 629/4), bu durumda asgari esas sözleşme içeriği var sayılır. Ancak, İsvBK m. 647'nin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre, sermaye azaltımı söz konusu olduğunda, basit değişikliğin mevcut olmadığı açıkça belirtilmiştir. Alacaklıların korunması amacıyla, sermayenin azaltılması durumunda mutlaka noterlikçe resmî onay yapılması zorunludur.

Asgari esas sözleşmeler değişikliği mevcut değilse, yani şirket esas sözleşmesi yasada öngörülen asgari içeriği aşırıyorsa, sadece zorunlu içeriğe ilişkin değişiklikler yapılsa bile (örneğin sadece şirket merkezinin değişmesi gibi), her türlü esas sözleşme değişikliğinin mutlaka noterlikçe resmî olarak onaylanması gerekmektedir. Burada esas olan, tüm esas sözleşmenin içeriğidir; bu ister tam bir değişiklik olsun isterse kısmi bir değişiklik olsun fark etmemektedir.

Kapsamlı esas sözleşmeden asgari esas sözleşmeye geçişte de, noter huzurunda yapılması ve resmî şekilde onaylamayı gerektirir. Bu değişiklik, şirket açısından her zaman belirli sonuçlar doğurur (örneğin, şirketin organizasyon yapısıyla ilgili olarak). Bu nedenle, resmi belgeyi düzenleyen noter tarafından hukuki bilgilendirme yapılması anlamlıdır. Ayrıca, asgari içeriğin ötesine geçen bazı esas sözleşme hükümlerinin, örneğin aynı sermaye hükümleri gibi, esas sözleşmeden ancak belirli bir sürenin geçmesinden sonra esas sözleşmeden çıkarılabileceği dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, asgari esas sözleşmeye geçiş dikkatle incelenmelidir. Ters durumda, yani asgari esas sözleşmeden kapsamlı esas sözleşmeye geçişte de noter onayı gerektiği açıktır. Zira bu durumda şirket, basit yapıdan çıkmış ve daha sıkı şekil şartlarına uymak zorunda olur.

44 “Adresin esas sözleşmede yer alması zorunlu değildir.” (Yargıtay 11. HD E.2013/18727 K.2014/7406, 15.04.2014). Kararda, esas sözleşmede şirket adresine yer verilmesinin gerekli olmadığına hükmedilmiştir. Adres esas sözleşmede yer alsa bile, değiştirilmesi genel kurul kararı ile değil, yönetim kurulu kararıyla gerçekleştirilmekte ve ticaret sicili müdürlüğüne bildirim ve tescili yeterlidir. Pulaşlı, *Şerh* (n 24) § 30 N.47.

Esas sözleşme asgari yasal hükümleri içerse dahi, bir esas sözleşme değişikliği kararı (örneğin, amaç değişikliği gibi) isteğe bağlı olarak noter huzurunda resen yapılabilir. Bu durum, bir sonraki esas sözleşme değişikliğinde uyulması gereken şekil şartlarını etkilemez.

Anılan maddenin 2. fıkrasının birinci cümlesine göre, basit esas sözleşme içeriğinin mevcut olduğu hallerde de değişiklik kararının yazılı olması gerekir. İsvBK m. 702/2'de toplantı tutanağının içeriğine ilişkin düzenlemeler ve İsvBK m. 702/3'de, tutanağın, genel kurulun başkanı ve tutanak yazmanı tarafından imzalanması gerekir; ayrıca kararın şekline ilişkin diğer şekil şartları toplantı türüne göre belirlenir; örneğin davetsiz genel kurul toplantısında alınan GK kararlarında tüm pay sahiplerinin imzası gerekir (bkz. İsvBK m. 701/3).

Tasarının konseptine göre, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından yapılacak tüm esas sözleşme değişiklikleri için şekil şartı tek bir maddede, yani madde 647'de düzenlenmiştir. Bu nedenle, esas sözleşme değişiklikleriyle ilgili şekil şartlarına dair spesifik düzenlemeler tasarıdan çıkarılmıştır. Esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline tescil edilme zorunluluğu, sermaye değişikliğiyle ilgili olanlar da dahil olmak üzere, tüm esas sözleşme değişiklikleri için m 647'den kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, spesifik normlardaki ilgili hükümler (örneğin, İsvBK m. 652h/1) Tasarıdan çıkarılmıştır. Ayrıca, ticaret siciline sunulacak belgeler, sicil kayıtlarının içeriği, ticaret siciline bildirim için öngörülen süreler gibi konularda ticaret siciline özgü düzenlemelerden arındırılarak, anonim şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin sadeleştirilmesine özen gösterilmiştir⁴⁵.

I. GENEL KURULUN SERMAYE ARTIRIM KARARININ TİCARET SİCİLİNE TESCİLİNE İLİŞKİN SÜREDE DEĞİŞİKLİK

Genel kurulun esas sermaye artırımı kararının alındığı tarihten itibaren yönetim kurulu tarafından 3 ay içinde ticaret siciline tescil ettirilmesine ilişkin süre, 6 ay olarak değiştirildi (İsvBK m. 650/3). Önemle belirtelim, 1991 tarihli İsvBK m. 650'deki "tescilin icra edilmesi ifadenin aksine", yeni düzenlemede açıkça 6 aylık süre içinde yönetim kurulunun *tescil istemini ticaret sicili memurluğuna bildirimde bulunması (beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet)* yeterli olduğu öngörüldü (İsvBK m. 650/3, cüm. 2) ve 6 aylık süre geçtikten sonra söz konusu genel kurul kararının geçersiz olacağı belirtildi (İsvBK m. 650/son cüm.).

2016 tarihli *Botschaft*'ta, uygulamadaki 3 aylık sürenin çok kısa olduğuna işaret edilerek, bunun 6 ay olarak değiştirildiği ve genel kurulun sermaye artırımı kararının 6 aylık sürenin geçmesiyle başlangıçtan itibaren (*ex nunc*) geçersiz olacağı ve bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu; 6 aylık süreden sonra yapılacak tescil bildiriminin ticaret sicili memurluğu tarafından reddedilmesi gerektiği ve *6 aylık süreyi genel kurulun sermaye artırımı kararı çerçevesinde kısaltabileceği, ancak uzatamayacağı belirtilmektedir*⁴⁶.

45 *Botschaft* 2016, 2.1.4, 495.

46 *Botschaft* 2016, 2.1.5, 497. "In der Praxis erweist sich diese Frist häufig als zu kurz. Absatz 3 sieht deshalb neu eine Frist von sechs Monaten vor. Bei der Frist handelt es sich um eine Verwirklichungsfrist. Nach Ablauf der Frist verliert der

2016 tarihli *Botschaft*'ta, Mevcut kanunda, olağan sermaye artırımını gerçekleştirmek amacıyla ticaret siciline tescil için yönetim Kuruluna tanınan üç aylık sürenin (İsvBK m 650, fık.1), uygulamada çok kısa olduğunun ortaya çıkması nedeniyle, anılan maddenin 3. fıkrasında bu sürenin 6 aya çıkarıldığı belirtilmektedir⁴⁷. Ancak, öğretilerde 3 aylık sürenin kısa olmasına ilişkin nedenlerin neler olduğu açıklanmamaktadır. Kanımca bu esas sermaye artırımına ilişkin prosedürlerden kaynaklandığı söylenebilir, çünkü genel kurulun sermaye artırımını kararından sonra öncelikle yönetim kurulunun bir sermaye artırım raporu hazırlaması (İsvBK m. 652e) ve bu raporun işlem denetçisinin⁴⁸ raporunda, sermaye artırımının tam ve doğru olduğunun tespit edilmesi, ayrıca yönetim kurulunca yasa da öngörülen hususların YK'nun esas sözleşme değişikliği ve buna ilişkin tespitleri içeren bir belge hazırlaması ve bunun resmi şekilde (noterlikçe) onaylanması ve resmi belgede ekinde de, değişik esas sözleşme metninin, YK'nun esas sermaye değişikliği raporunun ve işlem denetçisinin inceleme ve teyit raporları ile aynı sermaye sözleşmelerinin ve mevcut ayın devralmaya ilişkin sözleşmelerin yer alması gerekmektedir (İsvBK m. 652g). Bütün bu işlemler tamamlandıktan sonra YK, pay sahiplerine tespit edeceği belirli süre içerisinde yeni pay alma haklarını kullanılması için bildirimde bulunulması gerekecektir. TTK m. 461/3'de olduğu gibi, İsvBK'da, yeni pay alma hakkının kullanılmasına ilişkin belirli süre yer almamakta, ancak öğretilerde genel olarak bu süreyi (üst sınırının ne kadar olduğu açıklanmaksızın) belirleme yetkisinin yönetim kurulunda olduğu belirtilmekte⁴⁹, ancak Zindel bu sürenin en az 12 gün olmasını önermektedir⁵⁰.

Belirtmek gerekir ki, şirket için önemli olan esas sözleşme değişikliği ve sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının prosedürün uzun olması nedeniyle 6 ay gibi uzun bir süre ticaret siciline tescil edilememesi, sermaye artırım kararının geçerliliğinin “askıda” olacağına, bunun şirketin menfaatine olduğu söylenemez. Türk hukuku açısından bakıldığında, (yukarıda anılan YK raporu, işlem denetçisi rapor ve esas sözleşme değişikliğine ilişkin yasa da öngörülen hususların YK'nun nihai raporu yer almadığından) teknik olarak genel kurulun esas sözleşme değişikliği, esas ve kayıtlı sermaye artırımını⁵¹ kararlarının noterde onaylanması ve bu dokümanların hepsi GK toplantı sonrası

Erhöhungsbeschluss der GV seine Wirkung und er fällt ex tunc dahin. Anmeldungen, die nach Fristablauf eingereicht werden, müssen vom Handelsregisteramt abgewiesen werden. Die GV kann diese Frist im Rahmen ihres Erhöhungsbeschlusses verkürzen, nicht aber verlängern”.

47 Botschaft 2016, 2.1.5, 497 (Das heutige Recht räumt dem VR zur Durchführung der ordentlichen Kapitalerhöhung eine Frist von drei Monaten ein (Art. 650 Abs. 1 OR). In der Praxis erweist sich diese Frist häufig als zu kurz. Absatz 3 sieht deshalb neu eine Frist von sechs Monaten vor.)

48 İşlem denetçisinin düzenlediği TTK m. 458 hükmü, 30.06.2012 tarih ve 6728 s. Kanun m. 43 ile (RG.30.6.2012 29796) yürürlükten kaldırıldı.

49 Bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz and Nobel (n 19) § 40, N. 265, Peter R. Isler and Gaudenz Zindel, *Basler Kommentar* (4. Aufl.) Art. 452b, N. 7a.

50 Gaudenz Zindel, *Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft*, Diss. (Schulthess, Zürich 1984) 281.

51 TTK açısından değerlendirildiğinde, sermaye artırım kararı alındıktan sonra, yönetim kurulu pay sahiplerine yeni pay alma haklarını (*Bezugsrechte*) kullanmaları için en az 15 günden az olmamak üzere süre vermesi (TTK m. 461/3) ve bazı pay sahiplerinin kendilerinin veya şirketin mali bünyesinin zayıf olması nedeniyle yeni pay alma haklarını kullanmalarını durumunda elde kalan yeni payların mevcut pay sahipleri veya üçüncü kişiler tarafından almasında halinde, sermaye artırımındaki nihai sermaye tutarının kesinleşmesinin 3 aylık süre için bir sorun olacağı kanısında değilim. Ayrıca, Böckli, borsaya işlem gören anonim şirketlerde genel kurulun yönetim kurulunu, yeni pay alma hakkının kullanılmamasıyla elde kalan payların piyasa değerinden piyasaya arz edilmesi; payların borsada işlem görmemesi halinde, yeni pay alma haklarını kullanmış olan pay sahiplerinin sermayeye katılım oranında söz konusu

zaten yazılı olarak yönetim kurulunun elinde olduğundan, ticaret siciline tescil edilmesinin uzun zaman alacağı söz konusu olmaz.

Türk Hukuku açısından değerlendirme. TTK'da genel kurulun esas sermayenin azaltılması kararının hangi süre içinde ticaret siciline tescil edileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Genel olarak sermaye artırımının düzenlendiği m. 456/3'de, "*artırım, genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilmediği takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararının ve alınmışsa izin geçersiz hale geleceği ve 345 inci maddenin ikinci fıkrası uygulanacağı* öngörülmektedir. Ayrıca, sermayenin artırılması kararının tesciline, aşağıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, 455 inci maddenin uygulanacağı öngörülmekte, ancak atıf yapılan m. 455/1 hükmünde de, herhangi bir süre belirtilmeksizin, *esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından, şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edileceği belirtilmektedir.* Genel kurulun gerek esas sözleşmeyi gerekse esas sermayeyi artırım kararının üçüncü kişilere karşı geçerli olabilmesi, ticaret siciline tescil edilmesiyle gerçekleşir (TTK m. 455/1 son cüm.) Dolayısıyla, tescil kurucu niteliktedir. Bu nedenle, *TTK m. 456/3'deki sermayenin artırıma ilişkin kararının üç ay içinde tescil edilmesi hükmünün, sermayenin azaltımına ilişkin genel kurul kararına uygulanmasının yararlı olacağı kanaatindeyim.*

İ. PAY SERMAYESİ VE KAYITLI SERMAYE TEMELİNİN ESNEKLEŞTİRİLMESİ

Daha önce ancak genel kurul kararıyla değiştirilebilen esas sermaye konsepti, 1991 yılında kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilmesiyle gevşetildi. O tarihten bu yana genel kurullar, belirli ölçüde sermaye artırma yetkisini yönetim kuruluna devrederek, sermaye değişikliğinin kısa süre içinde gerçekleşmesini sağladı. 19.6.2020 tarihli revizyonda, kayıtlı sermaye artırımının düzenlendiği İsvBK m. 651 vd 651a hükümleri kaldırıldı. İsvBK m. onun yerine 650 hükmünde "*I. Esas sermaye artırımı ve azaltılması*", *I. Esas sermaye artırımı, 1. Genel kurul kararı*" kenar başlığı altında düzenlendi. Ayrıca, anonim şirketlere, kolaylık sağlamak amacıyla, sermaye artırımını ve azaltımını içeren "sermaye bandı" (*Kapitalband*) sistemi ihdas edildi (İsvBK m. 653s vd.⁵²). Bu durumda, esas sözleşmede, "sermaye artırımını ve azaltımı" hükmünü içermemesi halinde, anonim şirket söz konusu işlemleri İsvBK m. 650 vd. ve 653j-653/r hükümlerine göre yapacaktır. Ancak, esas sözleşmede yönetim kurulu sermaye artırımını ve azaltılması hususunda yetkilendirilmişse, yönetim kurulu, ticaret siciline tescil edilmiş pay sermayesinin %50 oranında sermayeyi artırabilecek veya aynı oranda azaltabilecektir.

Hemen belirletelim, sermaye temelini şekillendirilmesinin gerçekleştirildiği esneklik (*Flexibilisierung*) kavramının kapsamı geniştir; şöyle ki, esas sözleşme⁵³, yönetim kurulunun belirli bir bant aralığında

payları almaları hakkında özellikle yetkilendirebileceğini belirtmektedir, (n 10) 295 ve dn. 58'de anılan literatür (*Die Generalversammlung kann den Verwaltungsrat insbesondere ermächtigen, die nicht bezogenen Aktien zum Marktwert am Markt zu platzieren oder, wenn die Aktien nicht kotiert sind, sie proportional jenen Aktionären zuzuteilen, die vom Bezugsrecht Gebrauch gemacht haben*).

52 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. von der Crone and Dazio (n 10) 505 vd.; Böckli (n 10) 251, N. 172 ve dn. 625.

53 Yasada bu yetkinin esas sözleşmede öngörülebileceği belirtilmekte (İsvBK m. 653s/1), ancak daha sonra genel kurulun İsvBK m. 704/1, N. 5 de, temsil edilen oyların en üçte ikisi ve sermayenin salt çoğunluğunun bir arada olan kararıyla esas sözleşmede öngörülerek gerçekleştirilebilir. Bkz. von der Crone and Dazio (n 10) 507. Buna karşın, Forstmoser,

pay sermayesini değiştirme (artırma ve azaltma) konusunda yetkilendirmişse, *yönetim kurulu takdir yetkisi çerçevesinde, şirketin finansal gereksinimine göre bunun zamanını, kapsamını ve şartlarını pay veya kayıtlı sermayeyi attırma veya azaltma yaparak esas sözleşmeyi değiştirebilecektir*. Şimdiye kadar en çok iki yıl olan bu yetki süresi beş yıl olarak öngörüldü (İsvBK m. 656s). Yönetim kurulu pay sermayesini %50 oranında artırabilecek veya aynı kapsamda azaltabilecektir. Örneğin sermayesi 4 milyon CHF olan bir anonim şirkette yönetim kurulu beş yıl süre ile yetkilendirildiğinde, bu süre içinde sermayeyi %50 oranına, yani 6 milyon CHF'ye kadar artırabilir ve aynı zamanda 2 milyon CHF tutarına kadar da azaltabilir. Sermaye artırımı ve azaltımı bir defa da olabileceği gibi, mevcut sermayenin %50'sini aşmamak şartıyla birkaç kez de olabilir. Böylece, genel kurul bu hareket alanı aralığını hem zamansal hem de kapsam olarak istediği gibi daha dar şekilde belirleyebilecektir. Yönetim kuruluna verilen bu yetkinin kapsamını daraltılabileceği gibi, yalnızca sermayenin bir kez artırımı veya azaltımı için olabileceğine karar verilebilir. Ayrıca, genel kurul yönetim kuruluna verdiği bu yetkiyi herhangi bir zamanda (kendisinin daha önce aldığı sermayeyi değiştirme kararını) iptal de edebilir⁵⁴.

Sermaye artırımı olağan veya şarta bağlı olabilir. Sermaye, yeniden yapılandırma amacıyla veya başka nedenlerle (örneğin payların iptal edilmesi veya itibari değerinin azaltılması yoluyla) azaltılabilir. Sermayenin azaltımı ve artırımının eşzamanlı şekilde olabilir (*Harmonika*) Genel Kurul'un esas sözleşmeye böyle bir hüküm koyma kararını, daha önce kayıtlı sermaye artırımında olduğu gibi, İsvBK m. 704/1, N. 5'de öngörülen nitelikli çoğunlukla alabilir⁵⁵.

Forstmoser/Küchler, bu reformda öngörülen sermaye bandı ile Amerikan sermaye konseptinin uyarlanabilirliğine ulaşılamazsa da, kayda değer önemli bir esneklik kazandırılmış olmasını memnuniyetle karşılandığını, çünkü alacaklıların korunmasına hizmet eden sınırlı sayıdaki esas sermaye dogması, eleştirisel incelemeye pek az dayanabildiğini belirtmektedirler⁵⁶.

- Sermaye olarak yabancı para birinin konulmasının kabul edilmesi,
- Borsaya kote şirketlerde katılma intifa senetlerinin (*Partizipationsscheine*)⁵⁷, ticaret sicilinde kayıtlı pay sermayesinin en fazla on katı (İsvBK m. 656b/1), kapalı anonim şirketlerde ise ticaret

'Aktienrechtsreform 2020: "Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung' (n 9) 321, "Innerhalb einer von der Generalversammlung bestimmten Bandbreite wird er somit in eigener Kompetenz die Höhe des Grundkapitals – einmal oder auch mehrmals – ändern". Aynı şekilde, Forstmoser and Küchler esas sözleşmede yer almasını anmaksızın, söz konusu yetkinin daima genel kurulun elinde olduğunu ileri sürmektedirler, 'Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts' (n 4) 404. (*Immer aber liegt es in der Hand der Generalversammlung, die entsprechen den Kompetenzen einzuräumen*).

54 Forstmoser and Küchler, 'Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!' (n 7) 5.

55 Botschaft 2016, s. 2.1.9, 513.

56 Forstmoser and Küchler 'Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!' (n 7) 6.

57 İsviçre hukukunda, pay sermayesi kapsamına dahil olmakla birlikte oy hakkı olmayan ve sadece bilanço veya tasfiye kârından belirli pay alma hakkını haiz kıymetli evraktır. Sermaye piyasası hukukunda ise, Kurulun Pay tebliği, VI-128.1 RG. 22.06.2013/28685 m. 4/1-k bendi uyarınca, katılma intifa senedi (KİS): Ortaklıklar tarafından nakit karşılığı satılmak üzere ihraç edilen, *net kardan pay alma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı tanıyan pay benzeri menkul kıymetleri*" ifade eder. SPK ve TTK sisteminde, KİS'lerin, İsvBK'daki gibi, ticaret sicilinde tecil edilmiş esas veya kayıtlı sermayenin kaç katı çıkarılabileceğine ilişkin bir

siciline kayıtlı pay sermayesinin en fazla iki katı kadar olabilir (İsvBK m. 656b/1, cüm.2)⁵⁸. Bu hükmü eleştiren *Forstmoser/Küchler*, sermaye tabanının bu kadar esnekleştirilmesinin kendinize bunun anlamlı olup olmadığı ve pratikte buna ihtiyaç olup olmadığı sorusunu sorulmasının haklı olduğu belirtmektedir⁵⁹.

- Genel kurul ve yönetim kurulu toplantıları ve kararlarının alınması, elektronik iletişim araçların kullanılmasının kabul edilmesiyle, belirli bir toplantı yerine bağlı olmaksızın (*ohne Tagungsort*) gerçekleştirilebilir.

J. YENİ PAY ALMA HAKKININ (BEZUGSRECHT) SINIRLANDIRILMASI VEYA KALDIRILMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

İsvBK m. 652b hükmünün 2. ve 4. fıkralarının 1.1.2023'den itibaren geçerli olmak üzere değiştirildi. **Yeni hükmünün tamamı** şöyledir:

1 Her paysahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut sermayeye katılım oranında talep etme hakkını haizdir.

*2 Genel kurulun sermayeyi artırımına ilişkin kararı, **paysahiplerinin yeni pay alma haklarını (Bezugsrechte)**⁶⁰, sadece önemli sebeplerle sınırlandırabilir veya kaldırabilir. Önemli sebepler olarak,*

hüküm yoktur.

58 Yeni İsvBK m. 656b/1 "Katılma intifa sermayesi, borsada kayıtlı katılma intifa senetlerinden oluşan kısmı, ticaret siciline kayıtlı sermayenin on katını geçemez. Katılma intifa sermayesinin geri kalan kısmı, ticaret siciline kayıtlı sermayenin iki katını geçemez (*Der Anteil des Partizipationskapitals, der sich aus Partizipationsscheinen zusammensetzt, die an einer Börse kotiert sind, darf das Zehnfache des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen. Der übrige Teil des Partizipationskapitals darf das Doppelte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals nicht übersteigen*). Türk hukukunda ise, katılma intifa senetlerinin düzenlendiği (SPK) Kurul'un VII.128.1 sayılı Pay Tebliğinin, Dokuzuncu Bölüm, m. 36/3'de, "Ortaklıkların ihraç edebilecekleri KİS'lerin toplam ihraç tutarı, ödenmiş ya da çıkarılmış sermayenin yüzde ellisini geçemez. İhraç limitinin belirlenmesinde, daha önce ihraç edilmiş KİS'lerin ihraç tutarı bir indirim kalemi olarak dikkate alınır. KİS ihracı nedeniyle ortaklığa sağlanan fon, öz kaynaklar altında ayrı bir hesapta gösterilir". KİS'lere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Işık Özer, 'Katılma İntifa Senedi Sahipleri Özel Kurulu' Ocak (2015) 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 369-399. Ancak, tespit edebildiğimiz kadarıyla, pratikte KİS'in ihracına rastlayamadık.

59 Forstmoser and Küchler 'Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts' (n 4) 401.

60 TTK m. 461 hükmünün üst başlığında ve 2. 4. ve 5. fıkralarda; m 466/3'de ve m. 591'in üst başlığı ile 2. ve 3. fıkralarında hatalı olarak kullanılan "rüçhan hakkı" kelimelerinin, "yeni pay alma hakkı" (Bezugsrecht) olarak anlaşılması gerekir. Çünkü rüçhan hakkı, TTK m. 478/de de açıkça belirtildiği gibi, "*imtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır*". Dolayısıyla, rüçhan hakkı ya ilk sözleşme ile veya genel kurul kararıyla esas sözleşme değişikliği yapılarak bir paya tanınan üstün ve öncelik hakkıdır (TTK m. 421/3-b). Dolayısıyla, temelde birbirinden tamamen farklı olan yeni pay alma hakkı ile rüçhan hakkı, 60 yılı aşkın süreden beri Türk hukukunda maalesef yanlış olarak "eş anlamlı" kullanılmaktadır. TTK m. 461'in gerekçesindeki, "...*Yeni pay almada paysahibinin önceliğini vurgulamak amacıyla, kenar başlıkta, uygulamamızda yaygınlık kazanmış bulunan "rüçhan" hakkı kelimesine de yer verilmiştir*" cümlesinde ilk hata, "*kenar başlık*" sözcüğü olup, bunun TTK m. 1534/1'dekinin aksine, yasada kullanıma geçmesine uygun olarak "üst başlık" olması gerekir. İkinci olarak, bu gerekçedeki "uygulamamızda yaygınlık kazanmış bulunan "*rüçhan*" hakkı kelimesine de yer verilmiştir" ifadesi de gereceği yansıtılmaktadır, çünkü bir imtiyaz (Vorzugsrecht) ve aynı zamanda bir "öncelik hakkı" (Vorrecht) olan rüçhan hakkı, bedelli sermaye artırımında, hak sahibinin mevcut paysahiplerinden önce yeni çıkarılan payları, esas sözleşmede öngörülen oranda alma hakkıdır. Buna karşın, yeni pay alma hakkında (Bezugsrecht) hiçbir paysahibi diğerine nazaran öncelik hakkını haiz olmayıp, her biri payı oranında yeni ihraç edilen payları almasıdır. Rüçhan hakkı, esas sözleşmeden, yeni pay alma hakkı ise, kanundan doğmaktadır. Bu nedenle, "yeni pay alma hakkı" ile "rüçhan

özellikle işletmenin, iştiraklerin tamamının veya bir kısmının devralınması ya da çalışanların şirkete katılmaları kabul edilir.

3 Şirket, yeni pay alma hakkı tanıdığı pahasahiplerinin bu haklarını kullanmalarını, nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile sınırlandırılmış olduğunu ileri sürerek engelleyemez.

4 Yeni pay alma hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasıyla ya da payların ihraç bedelinin tespit edilmesiyle, hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde, yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz.

2016 tarihli Botschaft'ta, m. 652/4'ün 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan («yeni pay alma hakkının sınırlandırılması veya kaldırılmasıyla hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmaz veya kayba uğratılmaz») ibaresinin çıkarılıp, yeni 4. fıkraya kaydırıldığı belirtilmekte ve yeni 4. fıkrada, sadece yeni pay alma hakkının kaldırılmasıyla değil, aynı zamanda payın ihraç bedelinin tespitiyle de hiç kimse haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmayacağı veya kayba uğratılmayacağı açıkça vurgulandığı ve bununla, pahasahiplerinin mülkiyet hakkının korunduğu ve sermaye artırımına katılmayan veya katılmak istemeyen pay sahiplerinin sermaye artırımı nedeniyle paylarının gerçek değerinin sulandırılmasının engellendiği belirtilmektedir⁶¹.

K. ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIMINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

Yeni İsvBK m. 653

1 Genel kurul, pahasahiplerine, tahvil veya benzeri borçlanma araçlarının alacaklılarına, şirketin çalışanlarına, yönetim kurulu üyelerine veya şirketler topluluğuna dahil başka bir şirketin yönetim kurulu üyelerine ya da üçüncü kişilere, yeni payları edinmek hakkı vererek, şarta bağlı sermaye artırımına karar verebilir (Değiştirme – veya opsiyon hakları).

2 Değiştirme veya opsiyon haklarının kullanılması ve katılım payı yükümlüğünün ifa edilmesi veya takas yoluyla ödenmesi halinde, sermaye herhangi başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden artmış olur.

3 Şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükümler, değiştirme ve iktisap etme yükümlülüklerinin yer aldığı halde de uygulanır.

4 8 Kasım 1934 tarihli Bankacılık Kanunundaki değişebilir sermaye hakkındaki hükümler saklıdır.

2016 tarihli Botschaft'ta, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin mevcut düzenlemenin temel olarak korunduğunu, ancak seçili bazı hususlarda uyarılma ve vurgulayıcı açıklamalar yapıldığı ve daha önceki şarta bağlı sermaye artırımındaki uygulamada pahasahiplerinin opsiyonunun olmadığı, yeni m. 653'de artık pahasahiplerinin ve YK üyelerinin de şarta sermaye artırımında muhatap olabileceğine

hakkı'nın eş anlamlı olduğuna ilişkin hatalı algı yerine, bunların iki farklı hukuki kavramı olduğu olgusuna uygun olarak TTK'da gerekli değişikliğin artık gecikmeden düzeltilmesi gerekir. Bu konuda bkz. Hasan Pulaşlı, 'Anonim Şirketlerde Yeni Pay Alma, Rüşhan ve Kâr Payı Hakkına İlişkin Önemli Sorunlar' (2023) XXXIX (2) Batider 237, 237 vd.; aynı şekilde, Pulaşlı, Şerh (n 24) § 42 N. 105a vd. § 53 N. 11a – 24, § 73 N.26 vd.

61 Botschaft 2016, Art. 652b, 498.

yer verildiği belirtilmektedir. Ayrıca, opsiyonlar, YK üyelerinin mali haklarının bir parçası olarak da genişletildiği; Tasarıda, mevcut liberal uygulamaya uygun olarak ("özellikle") denilmeksizin, sınırlı olmayacak şekilde sayılmış olan haller, Tasarının istişare sürecinde (*Vernehmlassung*) münferit olarak da arzu edilmişti⁶². Ancak, şarta bağlı sermaye artırımının icrasında her halükârda şirket ortaklarının yeni pay alma hakkı (*Bezugsrecht*) veya öneriye muhatap olma hakkının (*Vorwegzeichnungsrecht*), sadece yeni İsvBK m. 653c hükmündeki şartlarda sınırlandırılabilceği veya alınabileceği belirtilmiştir⁶³.

Yeni İsvBK m. 653a

Şarta olarak artırılan sermayenin toplam itibari değeri, ticaret siciline kayıtlı pay sermayenin yarısını aşamaz⁶⁴.

Yapılan ödeme, en az, nominal değere eşit olmalıdır.

Kenar başlık: Payscalelerinin korunması

Yeni İsvBK m. 653c

Payscalelerine, şartlı sermaye artırımında opsiyon hakkı tanınması halinde, olağan sermaye artırımındaki yeni pay alma hakkına ilişkin hükümler uygulanır.

Şarta bağlı sermaye artırımında, değiştirme ve opsiyon hakları içeren tahvil veya benzeri borçlanma araçları ihraç edildiğinde, bunlar önce, mevcut sermayeye katılım oranında payscalelerine önerilir.

*Önerilmeye muhatap olma hakkı (*Vorwegzeichnungsrecht*), aşağıdaki hallerde sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir;*

1 Haklı bir sebebin varsa veya

2 Şirketin paylarının borsada işlem görmesi ve tahvil veya benzeri borçlanma araçlarının uygun şartlarda ihraç edilmesi⁶⁵.

62 Bkz. Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, 10'a" yapılan atf.

63 Botschaft 2016, 502.

64 Botschaft 2016, "Madde 653'deki değişiklik, maddi anlamda önemli bir değişiklik olmadığı, sadece maddenin yeni metninde, mevcut uygulamadaki anahtar tarih ilkesine açıklık getirmekte ve bu konuda *ticaret siciline kaydedilmiş pay sermayesinin belirleyici olduğu vurgulanmıştır*. Bu durumda, daha sonraki sermaye değişikliklerinin sınırlama üzerinde hiçbir etkisi yoktur ve henüz ticaret siciline tescil edilmemiş, bekleyen sermaye artırımını veya azaltımını da dikkate alınmamaktadır, 502.

65 Yeni İsvBK'nın 653c maddesindeki değişikliğe ilişkin olarak Botschaft 2016'da, paylar borsada işlem gören şirketlerde, mevcut payscalelerinin değiştirme veya opsiyon haklarını içeren tahvil veya borçlanma senetlerini uygun veya aynı koşullarda borsadan satın alma olanağına sahip olmaları durumunda, artık haklı bir sebebin varlığına gerek olmaksızın öneriye muhatap olma hakları sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Bu durumda payscalelerinin, anılan borçlanma senetlerini piyasadan satın alarak çıkarlarını koruyabileceği belirtilmektedir, 503.

4. Yeni pay alma hakkı (Bezugsrecht)⁶⁶ veya önerilmeye muhatap olma hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması neticesinde hiç kimse haklı görülmeyecek bir menfaat temin edemez veya kayba uğratılamaz.

L. BAĞLAM HALİNDE ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

İsvBK m. 659

1 Şirket, kendi hisselerini ancak iktisap değeri tutarında serbestçe tasarruf edilebilir özkaynağa sahip olması halinde iktisap edebilir.

2 İktisap edilecek payların miktarı, ticaret siciline kayıtlı pay sermayenin yüzde 10'u ile sınırlıdır.

3 İktisap, devredilebilirliğe ilişkin bir sınırlama veya bir fesih davası ile bağlantılı ise, üst sınır yüzde 20'dir. Yüzde 10'un üzerinde edinilen paylar iki yıl içinde satılmalı veya sermaye azaltımı yoluyla itfa edilmelidir.

İsvBK m. 659a

1 Bir şirket kendi paylarını iktisap ederse, bu paylara ilişkin oy hakkı ve buna bağlı haklar donar.

2. Şirketin kendi paylarını devretmesi ve bunları geri alması veya geri vermesi kararlaştırılması hallerinde de, oy hakkı ve paya bağlı haklar da, donar.

3. Oy hakkı donan paylara ilişkin oy hakkı kullanılırsa, genel kurula yetkisiz katılım hakkındaki düzenlemeler (madde 691) uygulanır.

4. Şirket, kendi payları için bilançoda, iktisap değerine uygun bir tutarı özkaynakların pasif kalemi olarak göstermesi gerekir (madde 959a fıkra 2, No. 3).

İsvBK m. 659b

Bir şirket bir veya daha fazla şirketi kontrol ediyorsa (madde 963), bu şirketlerin paylarının kontrol ettiği şirketler tarafından iktisabında, kendi paylarının iktisabında geçerli olan şartlar, sınırlamalar ve sonuçlar uygun düştüğü şekilde uygulanır.

Kontrol eden şirket, birinci fıkra uyarınca payların satın alma değerine denk bir tutarı, yasal kâr yedeği olarak ayrı bir şekilde göstermekle yükümlüdür.

Açıklama. Şirketin kendi paylarını ivazlı iktisap etmesine ilişkin yeni düzenlemelerde, madde metin metinleri yeniden düzenlenmiş ve daha önemlisi, bu payların iktisabındaki %10 ile olan sınırlama, şirketin haklı sebeplerle feshi davasında %20'ye çıkarılmış olup, %10'u aşan kısmın iki yıl içinde

66 TTK m. 466/3'de "şarta bağlı sermaye artırımı için gerekli olan "rüçhan hakkı" sözcüğünün "yeni pay alma hakkı" olarak anlaşılması gerekir, çünkü rüçhan hakkı, imtiyaz hakkını haiz olarak yeni ihraç edilen payları almada öncelik hakkına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda dn. 60'daki açıklamalar.

ya elden çıkarılması ya da sermaye azaltılmasıyla yok edilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, öncelikle çıkar çatışmalarını önlemeye ve şirketin kendi payları aracılığıyla aşırı kontrol veya etkili kullanmasına engel olmaya sağlama hizmet etmektedir.

İsvBK m. 659b, fık.2 hükmüne ilişkin olarak 2016 tarihli Gerekeçde, Öntasarımdaki 2. fıkrasının istişare döneminde eleştirilmiş ve mevcut anonim şirketler yasasının sağladığı temettü yasağı, yedek akçe oluşturulması yoluyla yeterli görüldüğü, ayrıca uygulamanın pratikliği de kısmen sorgulandığına işaret edilerek, bu eleştiriye, uygulamada halihazırda kullanılan kâr yedeği oluşturma sisteminin benimsenmesiyle cevap verildiği ve bu nedenle 2. fıkrada, kontrol eden şirketin iktisap ettiği kendi paylarının maliyetine karşılık gelen bir tutarı ayrı bir yasal kâr yedeği olarak göstermesinin öngörüldüğü belirtilmektedir.

Türk hukuku açısından değerlendirme. Şirketin kendi paylarının iktisabına ilişkin %10 sınırının, şirketin haklı sebeplerle feshi davasında %20'ye çıkarılması ve bunun %10 kısmının da iki içinde elden çıkarılması veya sermaye azaltımı yoluyla ifta edilmesi yerinde olacağı kanaatindeyim.

M. YEDEK AKÇELERE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe giren anonim şirketlere ilişkin düzenlemede, İsvBK m. 671, 672, 673, 674 ve 675 ve ayrıca ara dönemde kâr payı avansı dağıtımına da izin verildi (yeni İsvBK m. 675a)⁶⁷. İlk olarak, eski İsvBK m. 671 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan yedek akçelerdeki kavramsal ve içeriksel önemli değişiklikler şöyledir. 1991 tarihli İsvBK'daki "genel yedek akçe'nin yerini yeni düzenlemede, *kanuni yedek akçe*, *kanuni sermaye yedeği* ve *kanuni geçmiş yıl kârlarından oluşur* şeklinde değiştirildi. Böylece, şirketler hukuku, 2013 yılında yürürlüğe giren muhasebe kanunu revizyonu ile uyumlu hale getirilmiş oldu. Ayrıca, özellikle, agio ve hissedarlar tarafından yapılan diğer sermaye katkıları, yasal sermaye yedeklerine tahsis edildi; yasal geçmiş yıl kârlarının her biri, kanunda öngörülen üst sınıra ulaşana kadar yıllık karın %5'i ile beslenmeye devam edileceği belirtildi. Nihayet, "süper temettü" ödemesinde yedeklerden yapılan ve "ikinci tahsis" olarak anılan düzenlemeye yeni şirketler hukuku revizyonunda yer verilmedi. Yeni hükümler şöyledir:

Yeni İsvBK m. 671

1 Kanuni yedek akçelere aşağıdakiler ayrılır:

1 İtibari değeri aşan pay ihracından elde edilen gelirler ve ihraç maliyetlerini aşan gelirler;

2 İsvBK m. 681/2 kapsamında iskat sebebiyle iptal edilen paylar için daha düşük bir gelir elde edilmediği takdirde, pahasahiplerinin bu paylar için yapmış olduğu ödemeler (m. 681 fık. 2);

3 Katılım senetleri sahipleri tarafından yapılan ödemeler ve diğer ek ödemeler.

⁶⁷ Bkz. Pulaşlı, *Şerh* (n 24) § 73 N. 118, N. 54a vd.

2 Kanuni ve kâr yedek akçeler ile olası zararlar düşüldükten sonra kalan kısmın ticaret siciline tescil edilmiş pay sermayenin yarısını aşması halinde, kanuni sermaye yedek akçeler pay sahiplerine geri ödenebilir.

3 Başlıca amacı başka şirketlere yatırım yapmak olan (holding şirketler) şirketler, kanuni sermaye ve kâr yedeklerinin ticaret siciline tescil edilmiş sermayenin yüzde yirmisini aşması halinde, pay sahiplerine kanuni yedek akçeyi geri ödeyebilirler.

4 2. ve 3. fıkralara göre değer limitlerinin hesaplanmasında, şirketler topluluğunda kendi payları için ayrılan kanuni kâr yedek akçeler (m. 659b) ve yeniden değerlemeden elde edilen kanuni yedek akçeler (m. 725c) dikkate alınmazlar.

Yeni İsvBK m. 672

1 Yıllık kârın yüzde beşi kanuni kâr yedek akçeye ayrılır. Gelecek yıla devredilmiş bir zarar varsa, yedek akçeler ayrılmadan önce bunun giderilmesi gerekir.

2 Kanuni kâr yedek akçeleri, kanuni sermaye yedek akçeleri ile birlikte ticaret siciline tescil edilmiş sermayenin yarısına ulaşıncaya kadar ayrılır. Holding şirketler, kanuni kâr yedeklerini, kanuni sermaye yedek akçeleriyle birlikte ticaret siciline tescil edilmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar ayırmak zorundadır.

Kanuni kâr yedek akçelerinin belirlenmesi ve kullanılmasında, 671. maddenin 2, 3 ve 4. fıkraları uygulanır.

Yeni İsvBK m. 673

Genel Kurul, esas sözleşmede veya alacağı bir kararla isteğe bağlı kâr yedeklerinin oluşturulmasını öngörebilir.

2 İsteğe bağlı dağıtılmamış kâr yedekleri, ancak, tüm hissedarların çıkarları göz önüne alındığında, şirketin devamlı gelişimi ve refahı için haklı olduğu takdirde oluşturulabilir.

3 İsteğe bağlı dağıtılmamış kâr yedeklerinin kullanılmasına genel kurul karar verir. Zararların mahsup edilmesine ilişkin hükümler saklıdır.

Yeni İsvBK m. 674

1 Zararlar,

1. dağıtılmamış kârlar;

2. isteğe bağlı dağıtılmamış kâr yedek akçeleri;

3. kanuni dağıtılmamış kâr yedek akçeleri;

4. Kanuni sermaye yedek akçeleri kullanılmak suretiyle kapatılır.

2 *Kalan zararlar kanuni kâr yedek akçelerinden veya kanuni sermaye yedek akçelerinden mahsup edilmek yerine, kalan zararlar kısmen veya tamamen yeni finansal tablolara aktarılabilir.*

N. HAKSIZ ALINAN KÂR PAYI VE DİĞER KAZANÇ PAYLARININ İADESİ

Yeni İsvBK m. 678

1 *Paysahipleri, yönetim Kurulu üyeleri, yönetimle görevli kişiler ve komite üyeleri ile bunların yakını olan kişiler, haksız olarak aldıkları kâr paylarını, ikramiyeyi, diğer kazanç paylarını, ücretleri, hazırlık devresi faizini, kanuni yedeklerle kâr payı yedeklerini veya diğer edimleri iade etmekle yükümlüdür.*

2. *Şirket, bu kişilerden malvarlığı devralır veya bunlarla bir hukuki işlem yaparsa, edim ile karşı edim arasında açık bir orantısızlık bulunması halinde, bu kişiler iade ile yükümlüdürler.*

3. *64. madde hükmü uygulanır.*

4. *İadeyi talep hakkı paysahipleri ve şirkete aittir. Ancak paysahipleri, edimin şirkete ödenmesini isteyebilirler.*

5. *Genel kurul, iade dava açılmasına karar verebilir; yönetim kurulunu veya davayı takiple bir temsilciyi (kayyim) görevlendirir.*

6. *Şirketin iflasında İsvBK m. 757 hükmü uygulanır.*

1991 tarihli reformda yönetim kurulu üyeleri ve paysahiplerinin haksız yere ve kötü niyetle aldıkları kâr payı, ikramiye ve hazırlık dönemi faizlerinin iade yükümü genişletilmiş olsa da kapsamı yine de dar tutulmuştu. Yeni İsvBK m. 678 hükmünde, iadenin konusuna artık haksız yere alınan ücretlerin yanı sıra her türlü edimler ve hukuki işlemler dahil edildi.

Zamanaşımı süresinde değişiklik, Haksız alınan kâr paylarının iadesi davasının açılmasına ilişkin 5 yıl olan zamanaşımı süresi, yeni İsvBK m. 678a/1 uyarınca, şirketin veya paysahiplerinin durumu öğrendiği tarihten itibaren 3 yıl ve herhalde iade hakkına ilişkin talebinin ortaya çıkmasından itibaren 10 yıl sonra olacak şekilde değiştirilmiştir⁶⁸.

O. BORSAYA KOTE EDİLMİŞ NAMA YAZILI PAYLARIN REDDİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİK

İsvBK m. 685d, fık.2

2 *Ayrıca Şirket, talep etmesine rağmen, devralanın payları kendi ad ve hesabına aldığını, paylara ilişkin geri alım veya iade hakkında bir anlaşmanın bulunmadığını ve paylarla ilgili ekonomik riski*

68 Botschaft 2016'ta, İsvBK m. 760 kapsamında, birleştirme ve basitleştirme amacıyla, zaman aşımı sürelerinin sürekli olarak gözden geçirilmesiyle, m. 678a ve 919/1'de aynen 3 yıllık zamanaşımı süresinin öngörüldüğü belirtilmektedir (Art. 760/1, 605).

üstlendiğini açıkça beyan etmezse, payların pay defterine kayıt edilme istemini reddedebilir. Ancak, başvurunun, devralanın bankası tarafından yapıldığı gerekçesiyle kaydı reddedemez⁶⁹.

Ö. AZINLIK PAYSAHİBİNİN GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRMA VEYA GÜNDEME MADDE KONULMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Azınlık pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırma veya gündeme madde konulmasını istemelerinin şartları ve eşik değerler 1.1.2023'den itibaren geçerli olmak üzere değiştirilmiştir.

Yeni İsvBK m. 699b

1 Pay sahipleri, birlikte aşağıdaki yatırımlardan en az birine sahip olmak koşuluyla gündeme madde konulmasını talep edebilirler:

- 1. Payları borsada işlem gören şirketlerde: Sermayenin veya oyların yüzde 0,5'i;*
- 2. Diğer şirketlerde: Sermayenin veya oyların yüzde 5'i.*

2 Aynı şartlar altında pay sahipleri, müzakere edilecek konulara ilişkin önerilerinin genel kurul gündemine konulmasını isteyebilirler.

3 Pay sahipleri, gündem veya önerileriyle birlikte kısa bir gerekçe sunarak, bunların genel kurulun toplantı çağrısına eklenmesini isteyebilirler.

4 Yönetim Kurulunun bu istemi yerine getirmemesi halinde, başvuru sahipleri, mahkemeden, önerileri ve bunların gerekçelerini açıklayarak, genel kurulun toplantı çağrısına eklenmesine karar verilmesini talep edebilirler.

5 Her pay sahibi, Genel kurulda müzakere edilecek konular kapsamında öneri sunabilir.

Türk hukuku açısından değerlendirme. 6102 sayılı TTK m. 411'de gerek genel kurulun toplantıya çağrılması gerekse gündeme madde konulmasına ilişkin eşik değerler yüksektir. Bu nedenle, yeni İsvBK m. 699b hükmünde öngörülen yeni 0,5 ve %5 eşik değerlerin TTK m. 411 hükmünde öngörülmesinin yararlı olacağı kanaatindeyim.

⁶⁹ Bu değişikliğe ilişkin Botschaft 2016'da, "Madde 685d, fık. 2 cümle 2'de artık şirketin, devralanın yerli veya yabancı bankasının başvurusu onun adına yapması nedeniyle, şirketin, devralanı pay defterine pay sahibi olarak kaydolma istemini reddedemeyeceğini ve bu nedenle devralanın, pay sahibi olarak reddedilme riskiyle karşı karşıya kalmadan, banka hizmetlerinden yararlanabileceğinin belirtildiği ifade edilmekte ve devamla, bu hususta Menkul kıymetin ödünç verilmesi veya benzeri hukuki işlemler yoluyla edinilen payların oy hakkını kullanmasına ilişkin genel bir yasak getirilmediği ve şirketlere, pay sahiplerine hissedarlara eşit işlem yapma ilkesi uyarınca, "menkul kıymetlerin kiralanması işlemi" «Leihgeschäft» kapsamında edinilen paylarda oy hakkının kullanılmasını hangi ölçüde engellemek istediklerine karar verme imkanı sağlandığını ve bu husustaki bir istisnanın, şirketin edindiği kendi paylarını, "menkul kıymetlerin kiralanması işlemi" kapsamında devretmesine ilişkin olduğunu ve bu payların oy haklarının zorunlu olarak donduğu belirtilmektedir.(bkz. Madde 659a, fık. 2).

P. ANONİM ŞİRKETİN BORCA BATIKLIK DURUMUNDA DEĞİŞİKLİLER

Şirketin ödeme yetersizliği tehdidi, sermaye kaybı ve borca batık olma durumları, İsvBk m. 725, 725a, 725b, 725c hükümlerinde ayrı ayrı ve kapsamlı olarak yeniden düzenlendi⁷⁰.

Kenar başlık: Ödeme yetersizliği tehdidi

Yeni İsvBK m. 725

1. Yönetim Kurulu şirketin ödeme yeterliliğini gözetir.

2. Yönetim kurulu, şirketin ödeme yetersizliği tehdidi karşısında bulunması halinde, ödeme gücünü iyileştirecek gerekli önlemleri alır. Gerekiyorsa şirketin finansal durumunun iyileştirilmesine ilişkin diğer tedbirleri de alır veya yetkisine giren konularda genel kurula teklifte bulunur. Gerektiğinde konkordato mühleti için başvuruda bulunur.

3. Yönetim kurulu bu durumda derhal hareket eder.

Kenar başlık: Sermaye kaybı

Yeni İsvBK m. 725a

1 Son yıllık bilançoya göre, aktifler hariç şirketin borç ve yükümlülüklerinin toplamı, sermayenin yarısını ve ortaklara geri ödenmeyen kanuni yedek akçeleri ile geçmiş yıl kârlarının karşılanmadığının anlaşılması halinde, yönetim kurulu sermaye kaybını ortadan kaldıracak gerekli önlemleri alır. Gerekiyorsa şirketin finansal durumunun iyileştirilmesine ilişkin için diğer tedbirler alır veya yetkisine giren konularda genel kurula teklifte bulunur.

2 Şirketin denetçisi yoksa, son yıllık bilançonun genel kurul tarafından onaylanmadan önce yetkili bir denetçi tarafından sınırlı denetime tabi tutulması gerekir. Yönetim kurulu bu durumda bir denetçi atar.

3 Yönetim kurulunun konkordato için mahkemeye başvuruda bulunması halinde ikinci fıkradaki denetim yükümlülüğü söz konusu olmaz.

4 Yönetim kurulu, denetim kurulu veya denetçi durumun gereklerine göre derhal hareket eder.

Kenar Bahk: Borca batıklık

Yeni İsvBK m. 725b

1 Şirketin yükümlülüklerinin aktiflerle karşılanmadığına ilişkin makul bir endişe varsa, yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden derhal bir ara bilanço hazırlar. İşletmenin devamlılığı varsayımının kabulünde ve devamlılık değerleriyle düzenlenen

⁷⁰ Bu konuda bkz. Peter R. Isler and Evelyn Schilter-Heuberger, 'Die Verrechnungslieberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung' in: Kommunikation, *Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag* (Stämpfli Bern 2011) 876, 889. Ayrıca, Böckli (n 10) 1295, N. 713 ff. Ayrıca, borca batıklığın düzenlendiği İsvBK m. 725, 725b, 725b ve 725c hükümleri ve buna ilişkin gerekçe için bkz. Pulaşlı, *Şerh* (n 24) § 73, N. 118 vd.

ara bilanço borca batık değilse, muhtemel satış fiyatları üzerinden ara bilanço düzenlenmesinden vazgeçilebilir. İşletmenin devamlılığının kabul edilmemesi durumunda, muhtemel satış değeri üzerinden hazırlanmış ara bilanço yeterlidir.

2 Yönetim Kurulu, ara bilançoju denetim kuruluna, bunun yokluğunda atadığı bir denetçiye incelettirir.

3 Her iki ara bilançoja göre şirketin borca batık olması halinde, yönetim kurulu durumu mahkemeye bildirir. Mahkeme, şirketin iflasına veya 11 Nisan 1889 tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanununun 173a maddesine göre iflas yargılamasının başlatılmasına karar verir.

4 Mahkemenin iflas kararının ilanı aşağıdaki hallerde;⁷¹

1. Şirket alacaklıları, borca batıklık kapsamındaki diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki son sıraya konulmasını ve alacaklarının ertelenmesini kabul etmişlerse⁷² ve alacaklıların son sıraya gitmeleri, borca batıklık süresince borç miktarını ve buna ilişkin işleyecek faizleri kapsıyorsa; veya

2. borca batıklık durumu makul bir süre içinde, ancak en geç denetlenmiş ara bilanço çıkarılmasından itibaren 90 gün içinde giderilebileceğine ve ek olarak alacaklıların alacaklarının tehlikeye atılmadığına ilişkin haklı bir beklenti olduğu sürece uygulanmaz.

5. Şirketin denetçisi yoksa, mahkemeye bildirim yükümlülüğünden sınırlı denetimle görevli denetçi sorumludur.

6. Bu durumda, yönetim kurulu ve denetçiler veya yetkili denetçi derhal hareket ederler.

Yeni İsvBK m. 725c

1 725a maddedeki sermaye kaybının veya 725b maddedeki borca batıklık durumunun ortadan kaldırılması için, gerçek değerinden edinme tutarını aşan taşınmazlar veya üretim maliyetini aşan katılmalar en yüksek değere kadar yeniden değerlendirilebilir. Yeniden değerlendirme tutarı kanuni kâr yedek akçeleri altında yeniden değerlendirme karşılığı olarak ayrıca gösterilir.

2 Yeniden değerlemeye izin verilmesi, sadece denetçiler veya bunun yokluğunda yetkili bir denetçi tarafından yasal hükümlere uyulduğunun yazılı olarak doğrulanması halinde mümkündür.

71 Madde 725b, fık. 4 hükmü, Federal Mahkemenin (BGE 116 II 533 E. 5.a, 540 f.; BGE 132 III 564 E. 5.1, 572 f.; Urteil 4C.366/2000 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2001, E. 4b, BGER4A_91/20I I vom 9.6.2011 und 4A_277/20I0 vom 2.9.2010) yerleşik hale gelmiş kararlarına karşı yasaya konulmuştur. Yüksek Mahkemenin yeni düzenlemeyle artık etkisiz olan görüşü şöyleydi: "Bir veya birden fazla şirket alacaklısı, diğer tüm şirket alacaklılarının son sırasına konulmasını talep etse bile, yönetim kurulunun şirketin iflasının mahkemeye bildirimde bulunması gerekir, aksi halde yönetim kurulunun kusuru nedeniyle hukuki sorumluluğu söz konusu olur, çünkü 1991 tarihli İsvBK m. 725, fık. 3 hükmü, şirketin borca batık olması halinde, yönetim kuruluna kayıtsız şartsız mahkemeye bildirimde bulunmasını öngörmektedir" (Örneğin, BGE 116 II 533, s.54 E. 5a "Dabei wird zu beachten sein, dass die Auslegung von Art. 725 Abs. 3 OR, welcher die vorbealtlose und unbedingte Pflicht der Verwaltung vorsieht, bei Überschuldung der Aktiengesellschaft den Richter zu benachrichtigen) (BGE 116 II 533, s.54 E. 5a).

72 725b/4 hükmünde belirtilen hukuki etkinin doğabilmesi için, alacaklıların, tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulma açıklamasının, kayıtsız şartsız ve aynı zamanda aşırı borçlanma süresinin devamı boyunca olduğunu ilişkin olması gerekir, Böckli (n 10) 1765 N. 217 (Damit die in Art. 725b Abs. 4 umschriebene Rechtswirkung des Rangrücktritts eintritt, muss zusammengefasst der Gläubiger bedingungslos und gleichzeitig für die Dauer der Überschuldung erklären).

3 Yeniden değerlendirme yedek akçelerinin çözülmesi, ancak değer düzeltilmesi yapılarak veya paylara ya da katılma intifa senedine dönüştürülerek veya yeniden değerlendirilen aktiflerin satılması suretiyle mümkündür.

Yukarıda anılan İsvBK m. 725, 725a, 725b ve 725c hükümlerine ilişkin değişiklikte, öncelikle her maddenin kenar başlıklarını kapsayacak şekilde, m. 725 hükmünün kenar başlığında toplu olarak yer verildi ve buna ilişkin madde içerikleri de değiştirildi. Bu düzenlemeye göre, Madde 725'in kenar başlığı, "(şirketin) ödeme yeteneğinin tehlikeye düşmesi", m. 725a'nın "sermaye kaybı", m. 725b'nin "borca batıklık", ve m. 725c'nin "taşınmazların ve iştiraklerin yeniden değerlendirilmesi" şeklinde olup, her maddenin içeriği de kenar başlıklara uygun olarak yeniden düzenlendi. 2016 tarihli *Botschaft*'ta, yukarıda anılan maddelere ilişkin çok uzun açıklamalar yer almaktadır. Burada, sadece önemli gördüğümüz m. 725 hükmüne ilişkin özet bir açıklama ile yetineceğiz. *Botschaft*'ta, İsvBK m. 725 hükmünün, şirketin ödeme yeteneğinin tehlikeye düşmesiyle ilgili olduğu ve bu durumun sermaye kaybı ve borca batıklığına ilişkin hükümlerin önüne geçtiği; finansal planlamanın yönetim kurulunun devredilemez ve alınamaz görevi olduğundan (İsvBK m. 716a/1, N.3), yeni 725. maddede, yönetim kurulunun, şirketin ödeme gücünün tehlikeye düşmesini önlemek amacıyla inisiyatif alması yönündeki yükümlülüğünün açık şekilde ortaya konulduğu belirtilmekte ve İsvBK m. 725/1'deki, *ödeme yeteneğinin kaybedilmesinin anlamı, vadesi gelmiş borç ve yükümlülüklerinin, şirketin ne mevcut malvarlığıyla ödeyebilmesi ne de gerektiğinde krediyle karşılayabilmesidir*. Vadesi gelmiş bir borcun bir defaya mahsus ödenmemesi, ödeme yeteneğinin kaybı anlamına gelmez. Bununla birlikte, ödeme güçsüzlüğü veya yetersizliği, özellikle ister bireysel olayların sonucu olsun isterse şirketin yapısal değişikliği nedeniyle önümüzdeki altı ay içinde yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğine ilişkin haklı şüphelerin varlığında söz konusu olur ve şirketin yasal olarak denetime tabi olması halinde (İsvBK m. 727), bu süre altı ay değil, on iki aydır... Anılan maddenin 1-3 fıkraları, yönetim kurulunun, şirketin ödeme yeteneğinin gözetimine ilişkin hukuki sonuçlarında veya bunu tetikleyen hareket yükümlülüğü hakkında önemli yenilikler barındırmakta ve yönetim kurulunun bu hususta öncelikle bir likidite planı hazırlaması gerekir. Ancak, İsvBK m. 725 vd. hükümlerinde, İsviçre İİK (İsvİİK) m. 293'deki konkordato mühletine ilişkin (*Nachlassstundung*) likidite planından farklı olarak, altı veya on iki aylık somut bir mühlet süresi belirlenmesi söz konusu olur ve bu amaçla hazırlanmış olan likidite planı, aynı zamanda İsvİİK m. 293 uyarınca, konkordato mühleti için de kullanılabilir. Borca durumda olan şirketin yönetim kurulunun mahkemeye bildirimde bulunmamasına ilişkin şart, alacaklıların, tüm alacaklılardan sonraki son sıraya konulma taleplerinin borca batıklık süresince hem alacağı hem de alacağın faizlerini de kapsamı gerekmektedir (m. 725b/4, N.1). Alacaklıların tüm alacaklıların sonraki son sıraya konulma taleplerine ilişkin nitelikli çifte şartın varlığı, borca batık şirketin yönetim kuruluna, m. 725b'de öngörülen 90 günlük süreyle sınırlı olmaksızın, durumu yeniden değerlendirmek ve yeni bir yapılanma planı yapması ve bunu kendi inisiyatifinde icra etmesi hususunda hareket etme alanı sağlar Dolayısıyla, alacaklıların son sıraya konulma talebi, şirketin mali durumu iyileştirmez ve özsermayenin yerine geçemez; sadece iflas veya konkordato mahkemesine bilgilendirilme yükümlülüğünü erteler; ancak, sıkça söyleneceği de, özsermayenin yerini

tutmaz. Şirketin “özsermaye seviyesi sıfır” noktasına yeniden ulaşır ve bu seviyenin üzerine çıkarsa, başka bir anlaşma yoksa, borç ve biriken faizler tutarında bir nakit çıkışı gerçekleşmiş olur⁷³.

TTK açısından değerlendirme. İsvBK m. 725 vd. hükümlerinin TTK m. 376 hükmünün yeniden düzenlenmesinde dikkate alınmasının yerinde olacağını düşünüyorum.

R. ŞİRKETİN ZARARINDA PAYSAHİPLERİNİN AÇACAĞI DAVAYA İLİŞKİN YENİ DÜZENLEME

Şirketin zararı halinde, yani dolaylı zararda pay sahiplerinin YK üyelerine karşı açacağı hukuki sorumluluk davasının düzenlendiği İsvBK m. 756 (TTK m. 555) hükmüne (kanunda zaten mevcut olmasına rağmen) 2. fıkra eklendi.

Yeni İsvBK m. 756, fıkra hükmü

“Şirketin dava açmasına genel kurul karar verebilir ve davayı yürütmesi için yönetim kurulunu veya bir dava temsilcisini (kayyım) görevlendirebilir.”

Gereğçede (*Botschaft*'ta), bu maddeye yeni fıkranın eklenme amacının, pay sahiplerinin dava masrafları riskini bizzat üstlenmek zorunda kalmadan, tazminatın şirkete ödenmesine ilişkin sorumluluk davası açmalarını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Öğretide, bu yeni fıkranın eklenmesine ilişkin 2016 tarihli *Botschaft*'taki açıklamaların ikna edici olduğu kabul edilmekle birlikte, bu davayı açmaya ilişkin yasal imkânın eski kanunda da (İsvBK m. 693/3, N. 4), zaten mevcut olduğunda, eklenen bu hükmün sadece yeni bir açıklama teşkil ettiği belirtilmektedir⁷⁴. Ancak öğretide, şirketin zararı halinde bir pay sahibinin İsvBK m. 756/1 (TTK m. 555/1) uyarınca YK üyelerine karşı açtığı sorumluluk davasında genel kurulun izninin gerektiği hiçbir şekilde belirtilmediği gibi, hiçbir Federal Mahkeme kararında da GK'un onayının gerektiği talep edilmemiştir.

Türk hukuku açısından değerlendirme. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik hale gelmiş olan içtihatlarında, eTTK m. 341 hükmünün 6102 sayılı TTK'ya alınmamasına ve genel kurulun iznine ilişkin açık bir hüküm kanunda yer almamasına rağmen, hiçbir ilgisi olmayan TTK m. 408/1 ve 479/3-c bendine dayanarak, şirketin zararı halinde pay sahibinin TTK m. 555/1 uyarınca AŞ YK

⁷³ Bkz. Böckli (n 10) 1700-1701 N.7.

⁷⁴ Peter Forstmoser and Marcel Küchler, 'Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktionärsklagen' in Rolf Sethe and Peter R. Isler (eds.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X Verantwortlichkeitsprozesse Tagungsband 2020* (EIZ Publishing 2020) 165, 167 ff. (189-190). Yazarlar, “Kanun pay sahiplerine veya her pay sahibine bir dava hakkı tanıdıysa, yetki devri (delegasyon) olasılığı gereksizdir, *örneğin ... şirketin zararı nedeniyle açılan sorumluluk davasında olduğu gibi* (İsvBK m. 756 (TTK m. 555/1). Çünkü pay sahibi bu halde davayı, kanuna ve bizzat kendi hakkına dayanarak açmaktadır” (*Die Möglichkeit einer Delegation ist dann unnötig, wenn das Gesetz den Aktionären bzw. jedem einzelnen Aktionär ein Klagerecht einräumt, wie etwa bei der Klage wegen unbefugter Teilnahme an einer Generalversammlung (Art. 691 Abs. 3 OR) oder bei der Verantwortlichkeitsklage mit Bezug auf den Gesellschaftsschaden (Art. 756 OR). Denn dann kann der Aktionär schon von Gesetzes wegen und aus eigenem Recht klagen*). Aynı yönde, *Sethe/ Fahrländer*, *Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht*, s. 228, von der Crone and Angstmann, (n 35)18 ff.

üyelerine karşı açtığı tazminat davasında genel kurulun onayının gerekli olduğuna hükmetmiştir⁷⁵. Oysa TTK m. 555 gerekçesinde, "eTTK' nın 341. maddesindeki "GK'nın izni" 6102 sayılı Kanuna alınmamıştır, çünkü şirketin ihmali veya daha da önemlisi, sorumluların şirkette hâkim pay sahibi konumunda olmaları sebebiyle sorumluluk davasını açmamları mümkün olabildiği gibi⁷⁶, bununla ilgili GK'daki oylamada da davanın açılmasına karşı da muhalefet ederek⁷⁷, "onay" verilmesini engelleyebileceği düşünülerek, sorumluluk davası açma hakkı pay sahiplerine de tanınmıştır. Böylece, dava açabilme yetkisi yönünden pay sahipleri ile şirketle aynı düzeyde kabul edilmiştir" şeklinde çok açık olarak belirtilmiştir. Ayrıca, TTK m. 408 ve 479/3-c bendi hükümlerinin aynısı mehz İsvBK m. 698 ve 693/3-, N. 4'de yer almasına rağmen, Yüksek Mahkeme ve öğretide bir pay sahibinin şirketin zararı halinde İsvBK m. 756/1 (TTK m. 555/1) uyarınca YK üyelerine karşı açtığı tazminat davasında genel kurulun iznine gerek olduğu belirtilmemektedir, çünkü bu dava "actio pro socio" (ortak davası) niteliğinde olup, bunun için genel kurulun iznine gerek yoktur⁷⁸. Bu hususta Yargıtay'ın genel kurulun izni olmadığı nedeniyle bozduğu kaç davada, sonradan GK'un toplantıya çağrılıp sorumluluk davası için izin alınıp alınmadığını ve davaya devam edilip edilmediğini gerçekten merak ediyorum.

Öneri. Yargıtay 11.HD'nin anılan yerleşik kararı karşısında çözüm yasal düzenlemedir. Şöyle ki, İsviçre hukukunda Federal Mahkeme, ilk önce "BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 4.3 ve daha sonra "Urteil des BGer 4A_277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3" kararında, şirketin borca batık olması nedeniyle şirketin iflasıyla birlikte organ üyelerine karşı sorumluluk davası açılması durumunda, şirket alacaklılarının alacaklarını diğer tüm alacaklıların sırasının sonuna konulma isteminin yönetim kurulunca kabul edilmesi halinde de, son sıradaki alacakların da şirketin gerçek borcu olarak "şirketin borcunun hesabında dikkate alınmasını ve organ üyelere karşı İsvBK m. 757 (TTK m. 557) uyarınca sorumluluk davası açılmasını kabul etmişti. Bu karar öğretide çok eleştirilmişti⁷⁹. Bunun üzerine İsviçre kanun koyucusu, hem şirketin iflasını önlemek hem de özen yükümüne uygun davranan YK üyelerini tazminat davasından korumak amacıyla, 2016 tarihli Tasarıya, şirket alacaklılarının tüm alacaklıların son sırasına konulmasının (Rangrücktritte), şirketin zararının hesaplanmasında dikkate alınmamasına ilişkin hükmü İsvBK m. 727/4, N.1'e eklendi⁸⁰ ve

75 Bkz. 11. HD 2020/1944 E. 2021/2150 K., 8.3.2021; 6. HD 2021/2939 E. 2022/2929 K., 30.5.2022; 11. HD 2016/1271 E. 2016/8111 K., 13.10.2016; 11. HD 2016/12185 E. 2017/6141 K., 14.11. 2017;11. HD 2016/ 5455 E. 2017/ 534 K., 26.01. 2017. Özel Dairenin aynı yöndeki kararı limited şirketlerde dolaylı zararlar (şirketin zararı) nedeniyle pay sahibinin müdürüne karşı açtığı sorumluluk davasında da uygulanacaktır. Bu kararları için bkz. Pulaşlı, Şerh (n 24) § 60 N. 85o-86.

76 Bkz. TTK m. 555 Gerekçesi.

77 Genel kurulda sorumluluk davası açılmasıyla ilgili oylamada hâkim pay sahiplerinin oy kullanma hakkına sahiptirler, ancak TTK m. 489, fık. 3-c bendi uyarınca, oy hakkında imtiyaz varsa, imtiyazlar etkisiz olmaktadır.

78 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, Şerh (n 24) § 60 N. 74 vd.

79 Bkz. hepsi için Rico A. Camponovo and Andreas C. Baumgartner, 'Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall' (2011) 12 Der Schweizer Treuhänder (ST) 1036, 1036 ff. Yazarlar, alacaklıların son sıraya konulma isteminin geçerli olması nedeniyle yönetim kurulunun özen yükümüne uygun davrandığı nedeniyle, sorumluluk davasına muhatap olmaması gerektiğini belirtmişlerdir,1036 ff.

80 2016 tarihli Botschaft'ta "Federal Mahkemenin bu kararının gerçekte alacaklıların son sıraya konulmasını (Rangrücktritt) ve şirketin mali yapısının düzeltilmesini zorlaştırdığını ve bunun başarısız olması ve iflasın açılması halinde, sorumluluk talebine bağlı olarak tazminatın hesaplanmasına tabi alacaklar da dahil edileceğinden, bu durumun ne son sıraya konulan alacaklılar ne de haklarında sorumluluk davası organ üyeler için nesnel olarak haklı olduğunu; bu nedenle İsvBK m. 757, 4. fıkrada, diğer tüm alacaklıların son sırasına konulmuş olan şirket alacaklılarının alacaklarının şirketin

bu hüküm 19.6.2020'de parlamentoda 1.1.2023'den itibaren yürürlüğe girmek üzere kabul edildi⁸¹. Böylece, Federal Mahkeme'nin anılan yerleşik içtihadı, yasal düzenlemeyle etkisini yitirmiş oldu. Buradan şuraya gelmek istiyorum, Genel olarak Türk hukukunda Yargıtay'ın yerleşik hale gelmiş içtihatlarından dönme olasılığı pek yoktur; ender olarak dönülse bile uzun bir zaman sonra gerçekleşmektedir. Bu durumda amaca uygun en iyi yöntem, konunun mehz kanun ve öğretilerdeki yeni bilimsel görüşler dikkate alınıp, yasal olarak düzenlenmesidir. Dolayısıyla, Yargıtay 11. HD'nin TTK m. 555/1 uyarınca pahasibi tarafından tazminatın şirkete ödenmesine ilişkin YK üyelerine karşı açtığı sorumluluk davasında genel kurulun iznine gerek olmadığına 555 maddeye, 2. fıkra olarak, “*Bir pahasibinin açtığı bu davada şirketin iznine gerek yoktur*” ibaresinin eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyim⁸². Kaldı ki, diğer bir “*actio pro socio*” davası da TTK m. 512/1'de düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre, haksız yere ve kötü niyetle kâr payı alan pahasipleri ve kazanç payı alan yönetim kurulu üyeleri aleyhine pahasibi tarafından açılan iade davasında genel kurulun onayı söz konusu olmamaktadır. Genel kurulun iznine gerek yoktur. Aynı şekilde, bir pahasibinin İsvBK m. 678/1 uyarınca açtığı iade davasında yine genel kurulun izninin gerekli olmadığı diğer bir “*actio pro socio*” niteliğindeki dava söz konusudur (İsvBK m. 678/1 ve TTK m. 512/1). 1991 tarihli İsvBK m. 678 hükmünde, pahasibinin açtığı iade davasında şirket genel kurulunun izni aranmadığı gibi, 1.1.2023'den itibaren geçerli olan yeni İsvBK m. 678/1'de, bu davada sadece “*haksız olarak alınma*” söz konusu olup, ayrıca “*kötü niyete*” yer verilmemiştir. Aynı maddenin 4. fıkrasında, *haksız alınan kâr ve kazanç vs. iade talebinin şirkete ve pahasiplerine ait olduğu ve pahasibinin açtığı davada, iadenin şirkete verilmesi gerektiği* ve 5. fıkrada da şirketin iade davasını açılmasına karar verebileceği ve (duruma göre)⁸³ yönetim kurulunu veya bir dava temsilcisini yetkilendireceği belirtilmekte, ancak pahasibinin açtığı iade davasında, genel kurulun izninin gerekli olduğu dair ne madde gerekçesinde (*Botschaft*'ta) ne de öğreti de bir görüş yer almaktadır. Öte yandan, yönetim kurulu üyeleri genel kurulda çoğunluk kararıyla ibra edilse bile, kararda muhalif oy kullanmış olan pahasiplerinin YK üyelerini dava edebilmesine yasa izin vermektedir (TTK m. 558/2, son cüm.). Buna karşın, şirketin izni olmadan şirkete zarara uğratan YK üyeleri ve yöneticilerin aleyhine dava açılmaması görüşünün, kanunun her pahasibine tanıdığı “*actio pro socio*” davasını, genel kurulun iznine tabi tutmasının hiçbir haklı ve yasal dayanağı olmadığı gibi, şirketin yönetiminde yer alan veya seçiminde etkili olan hakim pahasiplerini korumaktan başka da hiçbir anlamı yoktur.

zararının hesaplanmasına dahil edilmemesi açıkça öngörüldüğü belirtilmiştir, 601.

81 2016 tarihli *Botschaft*'ta, alacaklıların, şirketin tüm alacaklıların son sırasına konulması (*Rangrücktritte*), gerçekte mali durumunun düzeltilmesi önlemi olmamakla birlikte, genellikle borca batık durumundaki şirketin borçlarının yeniden yapılandırılmasına yönelik önemli bir ilk adım olduğu belirtilmektedir (2.1.35, Art.757 (s. 600). İsvBK m. 757/4, N. 1 hükmüne ilişkin Böckli, “Federal Mahkemenin anılan kararının yasal olarak düzeltilmesini haklı olduğunu, ancak bu yeni 4. fıkranın yanlış olduğu, çünkü yönetim organını özen yükümüne aykırı davranmadığından, zararın hesaplanmasında son sıraya konulmuş alacakların hariç tutulmasına gerek yoktur – eğer YK yasaya uygun olarak verilmiş olan son sıraya konulmuş alacaklara güvenerek – aşırı borçlu olan şirketin işlerini geçici olarak yürütmeye devam ediyorsa, herhangi bir özen yükümünü ihlal etmiş olmaz. Dolayısıyla, özen yükümünün ihlali olmadan da sorumluluk da söz konusu olmaz”, (n 10) 2361 N. 239. *Yazar devamla*, son sıraya konulan alacakların organ üyelerini sorumluluktan kurtarmasının, sadece İsvBK m. 725b, fık.4 kapsamında iflası engellemesi durumunda etkili olacağını ve Federal Mahkemenin de İsvBK m. 747/4, N.1 yeni hükmünü bu şekilde anlamasını ümit ettiğini belirtmektedir, (n 10) 2362 N.241.

82 Bkz. Pulaşlı, *Şerh* (n 24) § 73 N. 38 ve dn. 20'deki ayrıntılı açıklamalar.

83 Genel kurulun, iade davasını, haksız olarak kazanç payı vs. alan yönetim kurulu üyelerine karşı açılmasına karar vermesi halinde, davayı yürütmekle ilgili bir “*dava temsilcisi*ni” (*Prozessführung*) görevlendirir.

S. DİĞER ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

19.6.2020 tarihli revizyonunda anılmaya değer diğer değişikliklere örnek olarak kısaca şöyledir:

Esas sözleşmedeki zorunlu unsurlara ilişkin değişiklik. Yeni İsvBK m. 626/1, N. 7'de, anonim şirketlerin esas sözleşmesinde zorunlu unsur olarak şirketin pay sahiplerine yapacağı bildirim şeklini yer verdi⁸⁴.

Tahkime ilişkin değişiklik. Şirketi, şirketin organlarını, organ üyelerini ve pay sahipleri için bağlayıcı olan tahkim İsvBK m. 697'nde 3 fıkra halinde düzenlendi⁸⁵.

Anonim şirket YK üyelerinin ibrasında olumsuz oy kullanmış olan pay sahiplerinin dava hakkı süresine ilişkin değişiklik. Yeni İsvBK m. 758/2'de, genel kurulda YK üyeleri ve yöneticilerin ibra oylamasında muhalif oy kullanmış olan pay sahiplerinin sorumluluk davası açma süresi 6 aydan 12 aya çıkarıldı.

TTK açısından. İsvBK m. 697 vd. yeni hükümlerin TTK'da da öngörülüp öngörülmesi tartışılabilir. Pay sahiplerine bireysel hak olarak tanınmış olan bilgi alma ve inceleme yetkinin kullanılmasını zorlaştırarak azınlık pay hakkına dönüştürülmesinin yerinde olmayacağı kanısındayım, çünkü şirkete yatırım yapmış pay sahibinin yılda bir kez olsa da yönetim kuruluna şirketin bazı iş ve işlemleri hakkında soru yöneltmesinin esirgenmesinin kayda değer bir faydası olacağını düşünmüyorum. Dolayısıyla, TTK m. 438 vd. hükümlerinin muhafaza edilmesi gerekirse de, başlangıçta çok tartışılan, TTK m. 440/1'deki özel denetçi atanmasına ilişkin mahkeme kararının kesin olmasının tekrar düşünülmesi ve gerekirse temyiz yolunun açılmasının kabul edilmesi yerinde olacağını düşünüyorum.

Çağrısız genel kurula ilişkin değişiklik. 1.1.2023'den itibaren geçerli olan İsvBK m. 701'e (TTK m. 416) 3. fıkra eklendi. Buna göre, "Genel kurul, hiçbir pay sahibi veya temsilcisi sözlü görüşme talep etmedikçe, yürürlükteki çağrıya ilişkin hükümlere uyulmaksızın toplanabilir ve kararlar, kağıtta yazılı olarak veya elektronik ortamda alınabilir". **TTK açısından.** Benzeri düzenlemenin TTK m. 3. fıkra olarak eklenmesinin yerinde olacağını düşünüyorum.

YK'nun devredilemez yetkilerinde değişiklik. Yönetim kurulunun devredilmez ve alınamaz görev ve yetkileri arasına, *konkordato isteminde bulunmanın mahkemeye bildirim* de eklendi (**Yeni İsvBK m. 716a/1 N.7**). **TTK açısından.** Aynı ibarenin TTK m. 1-g bendine "borca batıklık ve *konkordato isteminde bulunma durumunda mahkemeye bildirimde bulunulması*" şeklinde eklenmesi yerinde olur.

Yönetim yetkisinin devrinde değişiklik. Yönetim kurulunun yönetim görev ve yetkisinin devrine ilişkin 1991 tarihli **İsvBK m. 716b/1, cüm.1'deki**, "esas sözleşmeye konulacak bir hükümle" ibaresi, "esas sözleşmede aksine hüküm yoksa" şeklinde değiştirildi (Yeni İsvBK m. 716b/1). Böylece, **İsvBK m. 718/1'deki** temsil yetkisinin devriyle paralellik kazandırılmış oldu⁸⁶.

84 Bkz. Pulaşlı, Şerh (n 24) Şerh § 73 N.85.

85 Bkz. ibid § 73 N.103.

86 Madde. 716b/1'deki bu yeni düzenleme, Türk öğretisinde, temsil yetkisinin devrinin ancak yönetim yetkisinin devriyle

TTK açısından değerlendirme. TTK m. 367/1 hükmündeki, “Yönetim kurulu, *esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle*” yerine, 2020 tarihli İsvBK m. 716b/1 hükmüne uygun olarak, “...*esas sözleşmede aksi öngörülmemişse*” şeklinde değiştirilmesi yerinde olacağını kanısındayım, çünkü anonim şirketin yönetim ve temsile yetkili organı yönetim kuruludur, Dolayısıyla, TTK m. 370/1’de olduğu gibi, “*esas sözleşmede aksi öngörülmemişse*”, YK, temsil yetkisini üyelerden birine veya birkaçına müdür olarak üçüncü kişiye devredebilmektedir. Bu durumda YK, yönetim ve temsil yetkisinden birini veya ikisini de kanunda öngörüldüğü şekilde devredebilecektir. Böyle bir düzenleme, öğretide yönetim görevi ve yetkisi devredilmeksizin temsil yetkisinin devredilemeyeceğini (kanımca hatalı olarak) iddia edenlerin⁸⁷ görüşünün de yerinde olmadığını pekiştirecektir. Çünkü TTK’daki 367/1’deki mevcut düzenlemeye dikkate alındığında, esas sözleşmede yönetim görevinin devredilmesine ilişkin bir hüküm yoksa, YK, temsil yetkisini de devredemeyecektir, ancak bu ratio legise aykırıdır.

Halka açık şirketlerde YK üyelerinin görev süresinde değişiklik. Yeni İsvBK m. 710/1 hükmü, “*payları borsada işlem gören şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin görev süresi en geç bir sonraki olağan genel kurul toplantısının sonuçlanmasıyla sona erer. Üyeler bireysel olarak seçilir*” şeklinde değiştirildi.

Başkan seçiminde değişiklik. Halka açık şirketlerde GK, yönetim kurulu üyelerinden birini başkan olarak seçer. Başkanın görev süresi, *en geç bir sonraki olağan genel kurul toplantısının sonuçlanmasıyla sona erer* (yeni İsvBK m. 712/1).

TTK açısından değerlendirme. TTK m. 512 hükmü, İsvBK’nın 1936 tarihli versiyonundan alınma olup, 2011 tarihli değişiklikte yeniden düzenlenmesi gözden kaçırılmıştır. Bu nedenle, İsvBK m. 678 ve zamanaşımın düzenlendiği m. 678a/1 hükmünün aynen TTK’ya alınması yerinde olacağını düşünüyorum.

İbrada menfi oy kullanılmasında dava açılmasına ilişkin zamanaşımı. İflas dışında İsvBK m. 758/2 (TTK m. 558/2) kapsamında YK üyelerinin ibrasında olumsuz oy kullanmış olan pay sahiplerinin sorumluluk davası açmaya ilişkin 6 aylık süre 12 ay olarak değiştirildi. Botschaft’ta, hak düşürücü nitelikteki 6 aylık sürenin uygulamada çok kısa olduğunun ortaya çıktığını, bu nedenle, karmaşık konularda pay sahiplerinin davasını kanıtlamak için gerekli dokümanları temin etmesi ve bilgili toplamasının imkansız olduğu belirtilmektedir⁸⁸

mümkün olacağına ilişkin hatalı görüşün (bkz. Ünal Tekinalp, *Yeni Anonim ve Limited Şirketler Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları* (2. bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2011) N.12-69) anlaşılmasına da yardımcı olacağı kanısındayım, çünkü yazarın görüşü esas alınır, esas sözleşmede “*yönetim yetkisinin devrine ilişkin pozitif bir hüküm olmaması*” halinde, temsil yetkisinin devredilmesi mümkün değildir. Oysa YK’nun temsil yetkisini devretmesi, esas sözleşmeden değil, kanundan doğmaktadır (TTK m. 370/2). Dolayısıyla, “*yönetim yetkisinin devrine ilişkin esas sözleşmede aksi öngörülmemişse*”, temsil yetkisi de, yönetim yetkisi devredilmeden de devredilebilecektir. Hemen belirtelim bu durumda da, *temsil ettiğimiz görüşe göre, yönetim yetkisi devredilmeden de temsil yetkisinin devri mümkün olup, murahhas üye veya müdür, temsil yetkisini TTK m. 371/1 kapsamında, şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü iş ve hukuki işlemleri şirket adına yapabilir*. Bu konuda bkz. İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 137 III 503, 511 ve 11. HD 2016/5382 E. 2017/3443 K., 06.06.2017, temsil yetkisinin devri için ne esas sözleşmede bir hükme ne de iç yönergenin varlığına gerek vardır. Pulaşlı, *Şerh* (n 24) § 36 N. 199, özellikle N.199b,199c ve 199ç.

87 Bkz. dn. 73.

88 Botschaft 2016, Art. 758, fık.2, 601.

Bu açıklamalardan sonra, 2020 tarihli İsviçre AŞ'ye ilişkin büyük revizyonun ünlü ticaret hukukçusu *Forstmoser*'in değerlendirmesine tahsis etmek istiyorum. Bununla bitlikte, yazarın açıklamalarına ek olarak hem 2016 tarihli *Botschaft*'taki açıklamalara hem de diğer yazarların görüşüne de yer verilecektir. *Yazarın* dört başlık altındaki görüşleri aşağıda şöyledir.

III. NELER BAŞARILDI?

A. GENEL OLARAK ULAŞILAN HEDEFLER

Forstmoser, Tasarının yasalaşmasından sonra kaleme aldığı özlü bir makalesinde, anonim şirketlere ilişkin büyük reformda "1. Bu reformda ulaşılan hedefler", "2. Neler kaçırıldı?", "3. Haklı sebeplerle nelerden vazgeçildi?", "4. Gelecekte bizleri neler bekliyor?" (*1. Was hat man in dieser Reform erreicht*), *2. Was verpasst*, *3 Worauf hat man mit gutem Grund verzichtet?* *4. Was wird uns in absehbarer Zukunft erwarten?*) başlıkları altında aşağıdaki kısa tespitleri yapmaktadır⁸⁹.

Olağan, olağanüstü, aynı zamanda çağrısız genel kurul ve yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılmasının gerçekleştirildi,

Böylece genel kurul sadece – gündemde belirtilen yabancı – toplantı yerlerinde değil, aynı zamanda tamamen sanal ortamda da yapılabilecektir,

Aynı durum yönetim kurulu için de geçerli olup, bir YK üyesinin fiziki şekilde toplantı yapılmasını istememesi halinde, yönetim kurulu kararlarının elektronik ortamda yapılabilecektir.

B. BASİTLEŞTİRME VE BİLDİRİME İLİŞKİN KOLAYLAR

Sermaye azaltılmasında şirket alacaklılarına çağrı, temerrüde düşen pay sahiplerine ödeme ve fesih talebi sadece bir kez yapılacaktır (bkz. Yeni İsvBK m. Art. 653k/1, m. 682/1 ve m. 745/2), çünkü üç kez yapılan çağrı nedeniyle ticaret sicilindeki elektronik ortamdaki kayıt devam etmektedir (bkz. *Botschaft* 2016, s. 506).

Farklı Kantonlarda bulunan birden çok taşınmazın aynı sermaye olarak konulmasında sadece bir resmi belgenin yeterli olabilecektir (FusG m. 70'den esinlenen çözüm).

Genel kurulun esas sermaye artırımı kararının ticaret siciline tescil edilme süresi üç aydan altıya çıkarıldı (Bkz. yeni İsvBK m. 650/3)⁹⁰.

89 Forstmoser, 'Aktienrechtsreform 2020: "Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung' (n 9) 320 ff.

90 Yeni İsvBK m. 650/3: "Die Kapitalerhöhung muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Beschluss der Generalversammlung beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet werden; sonst fällt der Beschluss dahin".

C. TARTIŞMALI KONULARIN AÇIKLIĞA KAVUŞTURULMASI VE HATALI MAHKEME KARARLARININ DÜZELTİLMESİ

Forstmoser, büyük revizyonun, bir dizi tartışmalı konuların açıklığa kavuşturulması ve öğretilerdeki çoğunluğun yanlış olduğunu düşündüğü mahkeme kararlarının da düzeltilmesi için bir fırsat olduğuna ilişkin aşağıdaki örnekleri vermektedir:

Kâr payı avansı, cari hesap döneminde hazırlanmış ara dönem finansal tablolara göre dağıtılabılır (yeni İsvBK m. 675a/1),

Esas sözleşmede öngörülen tahkim kaydının, şirketi, organ üyelerini ve pay sahipleri için hukuken bağlayıcı olduğu (yeni İsvBK m. 697n).

Şirketin mali durumunun iyileştirilmesine ilişkin kesin bir düzenleme imkanının mevcut olması halinde, borca batıklığın mahkemeye bildiriminden kaçınılması (yeni İsvBK m. 725b/4, N.2)⁹¹,

Alacaklılar sırasında son sıraya konulma kavramının tam olarak yapılması (yeni İsvBK m. 725b/4, N.1, m. 757/4). Bu – her şeyden önce – mevcut Yüksek Mahkeme kararlarının aksine, şirket organlarının, şirket alacaklılarının alacağının tüm alacaklıların sonraki sıraya konulmasına ilişkin kararları nedeniyle sorumluluk davasına maruz kalmamasını sağlamaktadır.

Sermaye borcunun ifasında şirkete karşı bir alacağın takasın edilmesine, bu alacağın, şirketin borca batık olması nedeniyle aktifleriyle karşılanmamasında bile izin verilmektedir. Böylece, mali bünyesinin düzeltilmesi için borç/sermaye takası önemli bir araç olması sağlanmaktadır.

Uygulamada “*Harmonika*” olarak anılan ve sermayenin azaltımıyla birlikte en azından aynı oranda sermayenin artırılmasında, sermayenin azaltılmasında alacaklıların korunması hükümlerinin uygulanmasına izin verilmesidir.

Serbest şekilde konvertibl yabancı para birimlerinin nakit olarak ödenmesine ilişkin ticaret sicili uygulamasının yasalaşması ve nihayet (amaçlanan) aynı devralmalarla ilgili olarak belirsizliklerin kaldırılması, yani bu özellikli unsurun kaldırılması.

IV. NELER KAÇIRILDI

Forstmoser, anılan çalışmasında, İsviçre yasama organının, anonim şirketler hukukunun tamamen yeniden yapılanmasından vazgeçmesine ilişkin örtülü kararı memnuniyetle karşılanmakla birlikte, aşağıda anılan birkaç değişikliğin gözden kaçırıldığı ileri sürmektedir⁹².

91 Yeni İsvBK m. 725b/4. “Die Benachrichtigung des Gerichts kann unterbleiben: N. 2. “solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüssen, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden”.

92 Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung’ (n 9) 321 ff.

Yazarın bakış açısına göre⁹³, her şeyden önce *sorumluluk hukukunun* bir gözden geçirmeyi hak ettiği söylenebilir. Gerçi bireysel bazı iyileştirmeler vardır, örneğin alacaklıları sırasının en sonuna konulmaya (*Rangrücktritt*)⁹⁴ ilişkin yeni düzenleme veya şirkete ödeme yapılmasına ilişkin davanın reddedilmesi durumunda, dava masraflarının şirketin takdirine göre tahsis edilme olasılığı gibi⁹⁵. Ancak, zayıf noktalar hala vardır. Bunlar:

- Bu hususta öncelikle tesadüfi nitelikteki davalar anılmalıdır: İflas durumu olmadığına, ağır kusur halinde bile pratik olarak sorumluluk davası açılmayacaktır. İflasta ise, görevlerini özenle yerine getirmeye çalışmış yönetim kurulu üyelerine karşı bile rutin bir davranış sergilenmektedir.
- Yirmi yıldan fazla süre devam eden ulusal hava şirketi *Swissair* davalarında görüldüğü gibi, aşırı uzun süren dava süreçleri de – tahkime gidilmemesi halinde – tatmin edici değildir.
- Her şeyden önce, denetçiler için orantısız derecede yüksek bir sorumluluk riski söz konusudur. Mer'i Kanuna göre denetçiler de yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler gibi aynı sıkı sorumluluk hükümlerine tabi olup, tüm ilgililer müteselsilen sorumlu olduklarından, bu durum denetçiler için çok ağır olmaktadır. Çünkü denetçilerde varlık ve sigorta kapsamında olduğu varsayılıyor ve onların hataları sıklıkla belgeleniyor. Bu yüzden, onlar (denetçiler) zararların asıl sorumlusu olmasalar da, en önemli hedef sorumluluk davaları olmalıdır.
- Federal Konsey 2007'de, farklılaştırılmış orantılı sorumlulukla değiştirilmek üzere, müteselsil sorumlulukta (denetçi sorumluluğunu) etkisizleştirmeye ilişkin sunduğu öneri Parlamentoda gerekçesiz reddedildi.
- Federal konsey 2016 tarihli Tasarıda yer alan basit kuruluşa, sona ermede, fesihte ve tasfiyede –resmi onaylı belge yerine sadece yazılı belge – basit yargılama usulü önerisi tatmin edici bulunmadı ve Federal Konseyin hukuk komisyonunda geliştirilmiş yeni düzenleme hazırladı. Ancak bu çalışma da Kanton Konseyi (*Ständerat*) tarafından reddedildi. Böylece bu konu aynen eski halinde kalmış oldu.
- Federal Konseyin, tüzel kişiliği olmayan hukuki topluluğun kuruluş şirketi olarak kabul edilmesi önerisi de Parlamentoda reddedildi⁹⁶. Dolayısıyla, tüzel kişiliği olmayan hukuki topluluklar kuruluşa doğrudan katılamayacaklar, ancak kuruluştan sonra doğrudan pay iktisap ederek pay sahibi olabilecektir.
- Yazarın bakış açısında talihsiz olan diğer bir durum: Borsada işlem gören anonim şirketlerde genel kurul kavramının taşralı bir topluluk olarak kalmasıdır⁹⁷

93 *Yazar*, anılan bu listenin, her zaman öznel (subjektif) olduğunu söylemeye gerek olmadığı vurgulamaktadır, ibid 322 ff.

94 Yeni İsvBK m. 725b/4, m. 757/4.

95 Yeni İsvBK m. 725b/4, m. 757/4.

96 Botschaft 2016, 479.

97 Forstmoser, 'Aktienrechtsreform 2020: "Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung' (n 9) 322.

Paysahiplerinin bizzat kendi görüşlerini, iradelerini oluşturmak için bir araya geldikleri bir toplantı olan genel kurul konsepti, yönetilebilir sayıda pay sahibinin bulunduğu anonim şirketler için uygun olabilir, ancak gerçekte bu kuşku olabilir. Halka açık şirketlerde bu düşünce tamamen bir kurgudan ibarettir, çünkü toplantıdan birkaç gün önceden verilen talimatlara bağlı olarak oy kullanacak temsilci, normal olarak oyların çoğunluğuna sahiptir. Dolayısıyla, görüş alışverişinde bulunmak ve paysahiplerinin karar alma süresine ciddi şekilde destek olmak istenildiğinde, bu sürecin genel kurul öncesine alınması gerekirdi. Federal konseyin bu amaçla hazırladığı 2014 tarihli Öntasarıda, payları borsada işlem gören anonim şirketler için elektronik ortamda genel kurul toplantısından önce «*gündem konularının görüşülmesi ve öneriler*» adı altında bir teklif sunmuş,⁹⁸ ancak bu yenilik Tasarının tartışılma safhasında, yüksek idari maliyet ve yönetim kuruluna aşırı yük getireceği endişesiyle reddedilerek 2016 tarihli Tasarıya alınmadı ve Parlamentoda tekrar gündeme getirilmedi.

Yazar kişisel olarak, çıkar çatışmalarına ilişkin düzenlemenin biraz zayıf kalmasından ve Federal Konseyin anılan teklifinin aksine, iç yönetmelikteki düzenleme şartlarının aynı kalmasından üzüntü duyduğu belirtmektedir⁹⁹.

Ayrıca yazara göre, sadece geçici bir karar olmasına rağmen, “*sadakatli paylar*”ın parlamentoda reddedilmesi nedeniyle yasalasmaması üzücü olmuştur¹⁰⁰.

V. (HAKLI OLARAK EN ÇOK) NELER KORUNDU

Forstmoser, İsviçre Kanun koyucu riskli deneylere girişmediğini ve daha çok anonim şirketler hukukunun temel konularına dokunmadığını aşağıdaki örneklerle açıklamaktadır:

Anonim şirketler İsviçre’de –sayısal¹⁰¹ ve özellikle ekonomik açıdan en önemli-, *her şeyi yapan kız*¹⁰² anlamında, çok çeşitli ihtiyaçlara ve hedeflere uygun ve uyarlanabilen hukuki form olarak kaldı¹⁰³.

98 Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Würde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung’ (n 9) 322 dn 41. Vor Entwurf 2014 Art. 701g, *karş. Aynı şekilde* Erläuternder Bericht des Bundesrats vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) 126 f., sodann etwa Hans-Ueli Vogt, *Aktionärsdemokratie* (Dike, Zürich 2012) 136 ff.

99 Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Würde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung’ (n 9) 322. *Karş. Art. 717a und 716B Abs. 3 nOR. 44.*

100 Sadakatli paylar için bkz. Christoph Burckhardt, ‘Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision’ in Matthias P. A. Müller, Lucas Forrer and Floris Zuur (eds.) *Das Aktienrecht im Wandel* (Dike, Zürich/St. Gallen 2020) 367 ff. Ayrıca Hasan Pulaşlı, ‘Halka Açık Anonim Şirketler Hukukunda Önemli Gelişmeler’ (Haziran 2021) 27 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 414, 414.

101 İsviçre’de 2020 yılında ticaret siciline kayıtlı 221.000 anonim şirket; 207.000 limited şirket ve 20.000 adet de diğer tipte şirketler bulunmaktadır. (Forstmoser, ‘Schweizer Aktienrecht 2020, Abschluss einer umfassenden Reform des Aktienrechts in der Schweiz’ (n 9) 156; Roland Müller, Lorenz Lipp and Adrian Plüss ise, 1.1.2021 tarihi itibarıyla İsviçre’de ticaret siciline kayıtlı 224.544 AŞ’de 260.000 YK üyesi bulunmaktadır, *Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Band I: Kapitel 1–10 Band II: Kapitel 11 Muster und Checklisten*, (5. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Schulthess 2021) V.

102 “*Das Mädchen alles*” deyimini, Almanca da, bir kişinin (kızın) bir işletmenin müşteri hizmetlerinin yanı sıra, hesap alma ve temizlik gibi her konudaki işlerini tek başına yapması anlamında kullanılmaktadır.

103 Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Würde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung’ (n 9) 322 dn 45. “Hatta 620’nci maddenin 3’üncü fıkrası, yerine bir hüküm konulmaksızın silindiğinde; bu fıkrada anonim

Ayrıca, limited şirket ile karşılaştırıldığında, daha yüksek bir giriş eşiği ve daha büyük bir farklılaştırma da meydana gelmedi: Şöyle ki, kuruluşta gerekli olan finansal gereksinim, limited şirketlerdeki asgari gereksinimlerdeki farklılığa nazaran aynen değişmeden kaldı.

Anonim şirketin *saf sermaye şirketi* karakteri aynen devam etmektedir¹⁰⁴. Limited şirketteki gibi özden yönetim organı seçmek tipi istenmemekle birlikte, sıkı şekilde ortaklara dayalı bir şirket tipi isteniyorsa, bu (bağlam hükümleri hariç) sözleşmeler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gerekir¹⁰⁵.

Sonuçta, her Organın belirli yetki ve görevlerinin alınamaz ve devredilemez temeline dayalı organlar arasında geçerli olan eşitlik ilkesi (*Paritätsprinzip*) korunmakla birlikte, bu bağlamda göz ardı edilemeyen hususun, 2013 tarihli referandumda kabul edilen halka açık şirketlerde *Lex Minder* teklifinin yasaya entegre edilmesiyle, yönetim kurulunun bazı yetkilerinin genel kurula kaydırılmış olduğunun artık bir realite olmasıdır¹⁰⁶.

VI. DEĞERLENDİRME VE İLERİYE BAKIŞ

Forstmoser bu makalesinde, "ön sonuç" olarak şu tespitleri yapmaktadır: Anonim şirketler hukuku reformundan devrim niteliğinde yenilikler ve yeni ufuklara geçiş bekleyenler, beklentilerinin karşılığını bulamayacaklar. Bununla birlikte, bu, anonim şirketler hukukunun tamamının madde madde özenle gözden geçirildiği ve gerektiğinde düzeltildiği, eklenmelerin yapıldığı hatta yürürlükten kaldırılması gereken hükümlerin de kaldırıldığı *büyük bir reformdur*.

Anonim şirketlere ilişkin bu revizyon, uzun bir yasama süreci içerisinde özenle geliştirilen, çeşitli düzeltme ve eklemeleri beraberinde getirecek *kapsamlı bir model güncellemesidir*. Bundan daha fazlası beklenemez ve arzu da edilemezdi, çünkü mevcut Yasa temelde korunmuştur.

Bu, anonim şirketin her türden işletmeler için kolaylıkla kullanılan, uyarlanabilen, pay sahibi dostu geleceğe de uygun bir hukuki kabuk tip olduğunu göstermektedir¹⁰⁷.

şirketin ekonomik amaçlar dışında da kurulabileceği, ancak bunun teknik anlamda ekonomik amacı içerdiğinin kural olduğu belirtilmiştir.

104 Yazar göre, bu hususta 2007 tarihli Tasarıdaki "ilk günah" (*Sündefall*), limited şirketteki İsvBK m. 811/1'deki, "müdürlerin bazı kararlarının genel kurulun onayına sunulmasına ilişkin hükmünün" benzerinin anonim şirketlerde, "yönetim kurulunun bazı kararlarının genel kurulun onayına sunulur" şeklindeki teklifi. Forstmoser, 'Aktienrechtsreform 2020: "Was Würde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung' (n 9) 323 dn. 47, "Ein Sündenfall war in dieser Hinsicht die im Entwurf von 2007 vorgesehene Möglichkeit, analog zum Recht der GmbH (Art. 811 Abs. 1 OR) statutarisch für bestimmte Beschlüsse des Verwaltungsrats einen Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung einzuführen (karş. Botschaft vom 21. Dezember 2007 BBl 2008 1589 ff.) 1611 ve 1686 ff. Ancak, bu teklif, parlamentodaki görüşmelerde kabul edilmemiştir. Bu konuda bkz. Botschaft 2016, 456.

105 Katılanlar arasında bağlayıcı olan pay sahipleri sözleşmesi, pay sahipleri ile şirket arasındaki sözleşmeler gerektiğinde sebeke ağı gibidir (ibid 322 dn. 48.)

106 Yazar, yetki kaydırılmasına ilişkin olarak, *Lex Minder* Teklifinin 3.3.2013 tarihli halk oylamasında kabul edilmesiyle, Parlamentonun bu düzenlemeyi, İsviçre Federal Anayasası'nın 95. madde hükmü olarak 1.1.2014'den itibaren geçerli olmak üzere "Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften" (*Borsaya kote anonim şirketlerde aşırı ücretlere karşı Tüzük ("VegüV")*) kabul edilmesini ve aynı şekilde bunun 19.6.2020'de kabul edilen revizyonda, İsvBK'ya entegre edilmiş olmasını *realite* olduğunu vurgulamaktadır (ibid 322 dn 49.)

107 ibid 322

Bu açıklamalardan sonra yazar, “reformdan sonra reformdan öncedir” (*Nach der Reform ist vor der Reform*) başlığı altında, şu tespitleri yapmaktadır¹⁰⁸:

- Ancak yanılmamak gerekir ki: 2020 reform paketi yasanın geliştirilmesinde az çok kalıcı bir sonuca ulaşamadı, ancak daha çok İsviçre ekonomi hukukunda sürekli değişen merkezi bir alanda geçici bir duraklama sağlamıştır.
- Geleceğe ilişkin değişiklikler (veya en azından bunlarla ilgili tartışmalar) hakkındaki konular aşağıdaki şekilde listelenmiştir:
- Parlamento, sadakatli paylarla ilgili uzun vadeli pawnsahipleri için esas sözleşmede öngörülebiyecek prim hakkında Federal Konseyi daha geniş incelemeler yapma konusunda görevlendirdi¹⁰⁹.
- Oy hakkı temsilcilerinin hizmetleri hakkında Konsey’lere sunulan teklif ikna edici olmadığından haklı olarak reddedildi. Bununla birlikte, Kantonlar Konseyi (*Ständerat*) 2019 tarihli kış döneminde Federal Konsey’e bununla ilgili bir kanun teklifi sundu¹¹⁰.
- Federal Konsey daha sonra, İsviçre Federal Mahkemesinin kurumsal kabuk şirketleri ticaretinin¹¹¹ yasaklanması hakkındaki kararlarının kodifike edilmesi hususunda teklif sundu¹¹².

108 Hatırlatmak gerekir ki, kanunu bir kişi (yasama organı) yapar, ancak onlarca, belki yüzlerce kişi değerlendirip eleştirir; eleştiriler de subjektif nitelikli büyük bir fikri faaliyet olarak, yasaların, toplumun ve çağın gereksinimlerine uyarlanmasını sağlar.

109 ibid 322 dn 50. “Postulat RK-S vom 16. Oktober 2018 «Auswirkungen von ‘Loyalitätsaktien’». Zu Loyalitätsaktien s. etwa Burckhardt (n 100) 367 ff. Ayrıca, bkz. Pulaşlı, *Şerh* (n 24) § 39, N. 148b vd.

110 Forstmoser, ‘Aktienrechtsreform 2020: “Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung’ (n 9) 322 dn 51, “Motion Minder vom 23. September 2019 «Stimmrechtsberater und börsenkotierte Aktiengesellschaften. Interessenkonflikte offenlegen und vermeiden».

111 Kurumsal Kabuk şirketi (*Mantelgesellschaft oder Vorratsgesellschaft*), kuruluşu tamamlanmış ancak herhangi bir ticari faaliyete başlamamış ve bu nedenle şu anda sadece kabuk veya kılıf olarak varlığını sürdüren bir ortaklıktır. Kabuk şirketler, genellikle anonim veya limited şirket tipinde satılacak şirket ifade etmektedir. Bkz. Florian, S. Jörg, ‘Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel’ in Peter V. Kunz, Florian S. Jörg and Oliver Arter (eds.) *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX* (Stämpfli, 2014) 17, 20 vd. Ayrıca, Forstmoser, Meier-Hayoz and Nobel’e göre (n 19) § 56 N. 163 “Kurumsal kabuk şirketi, fiilen sona ermiş ve tamamen tasfiye edilmiş, dolayısıyla fiili varlığını kaybetmiş ancak henüz ticaret sicilinden silinmemiş, dolayısıyla maddi içeriği eksik olup sadece içi boş çekirdek kalmış şirkettir” (*Mantelgesellschaft, wenn diese tatsächlich aufgelöst und vollständig liquidiert worden ist und damit ihre faktische Existenz verloren hat, im Handelsregister aber noch nicht gelöscht wurde. Entsprechend fehle der materielle Gehalt und sei nur noch das leere Gehäuse vorhanden*). BGE 67 I 36,37; 64 II 361, 362, “Mantelgesellschaft als eine “wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgegeben, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft” (Kabuk şirket, ekonomik olarak tamamen tasfiye edilmiş ve katılımcıları tarafından vazgeçilmiş, ancak yasal olarak (tüzel kişiliği) henüz sona ermemiş şirkettir). Kabuk şirketin satın alma fiyatı üç kalemden oluşur: (1) satıcı için hizmet ücreti, (2) devir masrafları, (3) ödenmiş sermayedir. İlk iki ögenin maliyeti genellikle 1.500 € ile 3.500 € arasında olup, sermaye ise (AŞ veya LtdŞ) yasal şekline göre değişmektedir. İsviçre de ise, 2.900 CHF’den başlamakta ve genel olarak Avrupa ülkelerinde internetten açıkça ve yoğun şekilde satılmaktadır. Bu konuda Google’da sadece “Mantel – veya Vorratsgesellschaft” yazıp arama yapılabilir.

112 Botschaft vom 26. Juni 2019 zum BG über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (BBl 2019 5193 ff.). Ancak Federal Konsey, İsviçre mahkemelerinin “özerk uygulama” kapsamında AB hukukunu yorumlarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) içtihadına sıkı sıkıya bağlı olmadığını, ancak ikili anlaşmaları ve “dinamik olarak kabul edilen” AB hukukunu yorumlarken prensipte böyle olduklarını teyit etti. Stellungnahme des Bundesrates vom 24.02.2021

- 1 Şubat 2021'den itibaren anonim şirketlerin paylarını artık "kaydi değer" olarak ihraç etme olanağını elde etti¹¹³.
- Henüz belirlenmiş olmakla birlikte, yakın gelecekte beklenen değişiklikleri şöyle sıralamaktadır
- Avrupa Birliği (AB) Hukukunun İsviçre hukukuna "özerk uygulanması" (*Autonomer Nachvollzug*)¹¹⁴ kapsamında, birçok yabancı ve özellikle uluslararası genel kabul gören standartların kabul edilmesi¹¹⁵,
- Cinsiyet kurallarının, yani şirketlerin yönetim kurullarında kadınların yer almasına ilişkin düzenlemelerin mevcut yasal durum karşısında mümkün değil, ancak ileride daha katı düzenlemeler yapılması muhtemeldir¹¹⁶.
- Aynı şekilde, şirket organlarının sorumluluğunun – özellikle denetçilerin sorumluluğunun – yeniden düzenlenmesine yönelik girişimler olabilir.

Son olarak *yazar*, henüz bugün fark edilmeyen veya tartışılmayan suiistimallerin, kötüye kullanılmaların ileride daha fazla yenilikleri de tetikleyebileceğini belirtmektedir¹¹⁷

KAYNAKÇA

Böckli P, Schweizer Aktienrecht (5. Auflage, Schulthess Zürich 2022).

Burckhardt C, 'Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision' in Müller M P A, Forrer L and Zuur F (eds) Das Aktienrecht im Wandel (Zürich/St. Gallen 2020).

Bühler CB, 'Neuausrichtung des «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» auf den Wandel der Zeit' (2023) 5 SZW / RSDA.

Forstmoser P, 'Abschluss einer umfassenden Reform des schweizerischen Aktienrechts' (2020) 1 Board Dynamics 3-10.

113 Art. 622 Abs. 1 OR gemäss BG vom 25. September 2020 zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (AS 2021 33 ff.).

114 İsviçre, Mayıs 1992'de Brüksel'de "Avrupa Topluluğuna" katılmak için EU-giriş müzakerelerine başlanması için resmi talepte bulundu, ancak. 6. Aralık 1992'de yapılan referandumda bu talep reddedildi ve 15.Aralık 1992'de Federal Konsey, AG'ye giriş müzakerelerinin başlamamasına karar vererek, önceki istemini geri çekti. Ancak, İsviçre'nin AB'nin kenarında kalma durumunun dezavantajlarını telafi etmek ve aynı zamanda İsviçre hukuk sisteminin tutarlı bir şekilde Avrupa ile uyumlu olmasının sağlanması hakkında "özerk uygulama" (*autonomer Nachvollzug*) sistemini kabul etti. Böylece İsviçre, AB hukukunu dinamik olarak iç hukuka uygulama olanağıyla, "İsviçre hukukunun Avrupalılaştırılması" (*Europäisierung des schweizerischen Rechts*) sağlanmıştır, bkz. Matthias Oesch, 'Die Europäisierung des schweizerischen Rechts' <https://www.wti.org/media/filer_public/21/36/21360c82-b19d-4676-a800-d6648a09dc06/oesch_europaesierung.pdf> accessed 28.10.2024 ve Matthias Oesch, *Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug*, (October 2020).

115 Bu eğilimin tipik örneği, Federal Konsey'e hammadde sektöründe şeffaflığa ilişkin düzenlemelerin, sadece «uluslararası karara bağlanmış olaylar» çerçevesinde genişletme yetkisinin verildiği yeni İsvBK m. 964f hükmüdür.

116 AŞ yönetim kurullarında kadın kotası hakkında bkz. Ayrıca Pulaşlı, 'Halka Açık Şirketler Hukukunda Önemli Gelişmeler' (n 100) 432 vd. "İsviçre hukukunda, 19.6.2020 tarihli büyük revizyonda cinsiyet eşitliği, 1.1.2021'den itibaren geçerli olmak üzere halka açık şirketlerin yönetim kurullarında her cinsiyetin %30; icra kademesinde ise %20'şer oranda temsil edilmesi hükümleri yasalastı (İsvBK m.734f).

117 Forstmoser, Aktienrechtsreform 2020: "Was Wurde Erreicht ? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung" (n 9) 323.

- Forstmoser P, 'Schweizer Aktienrecht 2020, Abschluss einer umfassenden Reform des Aktienrechts in der Schweiz' (2020) 4 BOARD 156-160.
- Forstmoser P, 'Aktienrechtsreform 2020: "Was Wurde Erreicht? Und Was Hat Man Verpasst? Eine Auslegeordnung' (2021) Juni Expert Focus 320-323.
- Forstmoser P and K uchler M, 'Verantwortlichkeitsrisiken des Verwaltungsrates bei der Abwehr von Aktion arsklagen' Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X Verantwortlichkeitsprozesse Tagungsband (2020).
- Forstmoser P and K uchler M, 'Schweizerische Aktienrechtsreform: Die Schlussrunde ist eingeläutet!' (Jusletter 10 Februar 2020), <https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2020/1010/schweizerischeaktie_0417b4599b.html_ONCE&login=false>.
- Forstmoser P and K uchler M, 'Die Reform 2020 des schweizerischen Aktienrechts' (2020) I ZSR 393-427.
- Forstmoser P and Ueli Vogt H, 'Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer  berschuldeten, Gesellschaft?' (2003) 144 ZSR 531-567.
- Forstmoser P, Meier-Hayoz A and Nobel P, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996).
- von der Crone HC and Angstmann L, 'Kernfragen der Aktienrechtsrevision' (2017) 1 SZW/RSDA 3-24.
- von der Crone, HC and Mahler B, 'Sal rgovernance und neues Aktienrecht' (2021) 5 SZW/RSDA 541-555.
- von der Crone HC and Aref M, 'Die Abschaffung der Sach ubernahmenvorschriften im neuen Aktienrecht' (2021) 3 SZW/RSDA 253-264.
- von der Crone HC and Dazio L, 'Das Kapitalband im neuen Aktienrecht' (2020) 5 SZW /RSDA 505-518.
- Glanzmann L, 'Die große Aktienrechtsrevision' in Kunz P V, Arter O and J rg F S (eds), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV (Bern 2009).
- Fleischer H, 'Der Einfluss der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts' (2004) CCIV 3/4 Archiv f ur die civilistische Praxis 502-543.
- Florian S, 'Gründerhaftung: Vorratsgr ndung und Mantelhandel' in Kunz P V, Arter O and J rg F S (eds), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX (Stämpfli 2014).
- Hirsch EE, Ticaret Hukuku Dersleri ( stanbul 1948).
- H uffer U and Koch J, Aktiengesetz (11. Auflage, München 2014).
- Isler, PR and Schilter-Heuberger E, 'Die Verrechnungsliberierung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung' in Kommunikation, Festschrift f ur Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, (Bern 2011) 876-902.
- Müller R, Lipp L and Plüss A, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch f ur Theorie und Praxis, Band I: Kapitel 1-10 Band II: Kapitel 11 Muster und Checklisten (5. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Schulthess 2021).
- Pulaşlı H, 'Halka Açık Anonim Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki önemli Gelişmeler' (2021) 27 (1) Marmara  niversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 414-439.
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (5. baskı, Adalet Yayınevi 2024).
- Pulaşlı H, 'Anonim Şirketlerin Sermaye Artırımında Payscaleinin Şirketteki Muaccel Alacağını Sermaye Borcuyla Takas Sorunu' XXXIX (4) Batider 725-757.
- Pulaşlı H, 'Anonim Şirketlerde Yeni Pay Alma, R  an ve Kâr Payı Hakkına İlişkin  nemli Sorunlar' (2023) XXXIX (2) Batider 239-274.
- Camponovo RA and Baumgartner AC, 'Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserh hende Wirkung von Rangr cktrittserkl rungen im Verantwortlichkeitsfall' (2011) 12 Der Schweizer Treuhänder (ST) 1036-1040.

- Oesch M, Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug (October 2020).
- Oesch M, 'Die Europäisierung des schweizerischen Rechts' WTI, <https://www.wti.org/media/filer_public/21/36/21360c82-b19d-4676-a800-d6648a09dc06/oesch_europaesierung.pdf> accessed 28.10.2024
- Veziroğlu C, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları (İstanbul 2021).
- Zindel G, Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1984).
- Zindel G and Isler PR, Basler Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (4. Auflage, Basel – Genf – München 2012).