



BANKALARDA BAĞIMSIZ DIŞ DENETİM (I) *INDEPENDENT EXTERNAL AUDIT IN TURKISH BANKING SYSTEM*

Prof. Dr. Ali İHSAN KARACAN

ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIMINDA TİCARET SİCİLİNE TESCİLE İLİŞKİN TÜRK TİCARET KANUNU

*ASSESSMENT OF THE PROVISIONS OF THE TURKISH
COMMERCIAL CODE REGARDING REGISTRATION IN
THE CONTEXT OF THE CONDITIONAL CAPITAL
INCREASE*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Fema İPEKEL KAYALI

MARKA HUKUKUNDA BİRLİKTE VAR OLMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLARA BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ: ORTAK MARKA TEKNİK ŞARTNAMESİ

*A SUGGESTION FOR A SOLUTION TO THE POSSIBLE
PROBLEMS OF CO-EXISTENCE IN TRADE MARK LAW:
TECHNICAL SPECIFICATIONS REGULATION FOR
CO-EXISTING TRADEMARKS*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Fatih AYDOĞAN
Arş. Gör./Res. Asst. Sergül BALSEVER

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN ELEKTRONİK İŞLEMLER

*ELECTRONIC TRANSACTIONS REGULATED BY THE
(TURKISH) COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Tayfun ERCAN

ANONİM ŞİRKETLERDE
GENEL KURULU
TOPLANTIYA ÇAĞRI
CALL FOR GENERAL
MEETING IN JOINT-STOCK
COMPANIES

Arş. Gör./Res. Asst. Murat BESEN



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

*This journal is a peer reviewed academical and occupational journal published
three times a year.*

Cilt: 4/Sayı: 2
Volume: 4/Issue: 2
Yıl/Year: 2019

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 4/Sayı: 2
Volume: 4/Issue: 2
Yıl/Year: 2019

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/*On Behalf of Istanbul Chamber of*
Commerce Publisher and Grant Holder
Şekib Avdagiç

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Av./Aal. Nurcan Turan
Responsible Manager:

Danışman ve Basıma Legal Yayıncılık A.Ş.
Hazırlayanın Adı/Name of the (Sertifika No./Certificate No. 27563)
General Counsel and Editing Tel.: 0 216 449 04 86
Company:

Basımcının Adı/Printed by: Pasifik Ofset Limited Şirketi
(Sertifika No/Certificate No.: 12027)
Tel: 0212 412 17 32

Basıldığı Yer/Place of Cihangir Mah. Güvercin Cad. Baha İş
Publication: Merkezi A Blok No:3/1 Z.Kat
Avcılar/İstanbul

Basım Tarihi/Publication Date: 2019

Yönetim Yeri/Place of Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Management: Tel: (212) 455 60 00

URL: www.ito.org.tr

Yayın Türü/Type of Publication: Bu dergi yılda üç sayı olarak yayımlanan yerel, süreli ve hakemli bir hukuk dergisidir./*This journal is a peer reviewed national law journal published three times a year.*

Basılı ISSN: 2146 - 6203
Online ISSN: 2687 - 1858

Dergiye yapılan atıflarda “REGESTA” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “REGESTA”

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/

All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (212) 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2019

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Ticaret Odası'nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Chamber of Commerce.

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (212) 455 60 00

İnternet adresi: www.ito.org.tr

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU **EDITORIAL and ADVISORY BOARD**

- Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*Doğuş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Okan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Doç. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Doç. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Emrah KULAKLI (*Medipol Üniversitesi*)

HAKEMLER/REFEREES

Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi*)
Dr. Zehra BADAĞ AYBARS (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.

Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three times a year.

2. Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a journal of law focusing on legal issues concerning law. Articles, case notes and comments, discussions of legislative development, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2, 5 cm; Alt: 2, 5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına, elektronik posta adreslerine ve “<https://orcid.org>” adresinden alınacak ORCID koda ilişkin bilgiler ve fotoğraflı özgeçmişi de editöre ulaştırılmalıdır.

Along with the paper, the following must be submitted to the editor: the name, and the title of the author (authors), his/her institutional affiliation; his/her street address, telephone number (s) where he/she could be easily reached; his/her e-mail address (addresses), and the information about ORCID code which would be obtained through the web address of <https://orcid.org> and CV (should be attached photo)

7. Dergi’ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words.*

8. Dergi’ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **key-words** in Turkish and English that reflect the content of the article.*

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde **kaynakça** American Psychological Association (APA) stilinde hazırlanmalıdır.

Bibliography should be prepared in American Psychological Association (APA) style in the articles that sent to the journal.

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself.*

11. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

12. Dergi'ye ait yeni sayı yayınlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** kopyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each Publisher issue of the Journal will be uploded as a **PDF** file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

13. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author (s) and to the reviewer (s).

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

15. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda

haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'na, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

16. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin görüşlerinin farklı olması durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

17. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

REGESTA adlı hukuk dergisi, yılda 3 sayı yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2011 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide, Ticaret Hukuku'na ilişkin akademik makalelerin yanı sıra, ticaret sicili uygulamalarını ortaya koyan çalışmalara yer verilmektedir.

Akademisyenlerin ve ticaret sicilini ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık ve tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyoruz.

Journal of REGESTA is a peer reviewed academic law journal published regularly three times a year, concentrating on issues of academic articles relating to Commercial Law and studies regarding trade registry process. It has been in publication since 2011.

We are persuaded that the academicians' and the specialists' especially the jurists' studies, including different views regarding open-ended and hesitated subjects relating to the trade registry directly or indirectly, will be filled the gap.

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, Legal Yayıncılık A.Ş. tarafından hakemli, uluslararası ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayımlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu Legal Yayıncılık A.Ş. olup, Kanununun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için legal@legal.com.tr veya abone@legal.com.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by Legal Yayıncılık A.Ş. is a peer reviewed, international, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, Legal Yayıncılık A.Ş. is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at legal@legal.com.tr or abone@legal.com.tr

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

“REGESTA”nın üç senelik aranın ardından çıkan ilk sayısına göstermiş olduğunuz ilgiye teşekkür ederiz.

Bu sayıda da, akademik değerlendirmelerle birlikte uygulamaya yol gösteren uzman görüşüne yer verilmiştir.

Akademik eserler arasında; Prof. Dr. Ali İhsan Karacan’ın “*Ban-kalarda Bağımsız Dış Denetim*” eserinin ilk bölümü ve Doç. Dr. Fena İpekel Kayalı’nın “*Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Ticaret Siciline Tescile İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi*” ve yine, Dr. Öğr. Üyesi Fatih Aydoğan ile Araştırma Görevlisi Sergül Balsever’in hazırladığı “*Marka Hukukunda Birlikte Var Olmada Ortaya Çıkan Sorunlara Bir Çözüm Önerisi: Ortak Marka Teknik Şartnamesi*” ile Dr. Öğr. Üyesi Tayfun Ercan’ın “*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Elektronik İşlemler*” başlıklı çalışmaları yer almaktadır. Ayrıca, Araştırma Görevlisi Murat Besen’in “*Anonim Şirketlerde Genel Kurulu Toplantıya Çağrı*” adlı uzman görüşünü bulabilirsiniz.

Faydalı olması dileğiyle, yeni sayılarda görüşmek üzere...

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 4/Sayı: 2

Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

Makaleler	145
Araştırma Makalesi	
Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (I) <i>Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN</i>	147
Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Ticaret Siciline Tescile İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI</i>	183
Marka Hukukunda Birlikte Var Olmada Ortaya Çıkan Sorunlara Bir Çözüm Önerisi: Ortak Marka Teknik Şartnamesi <i>Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN</i> <i>Arş. Gör. Sergül BALSEVER</i>	199
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Elektronik İşlemler <i>Dr. Öğr. Üyesi Tayfun ERCAN</i>	225
Uzman Görüşü	239
Anonim Şirketlerde Genel Kurulu Toplantıya Çağrı <i>Arş. Gör. Murat BESEN</i>	241

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 4/Issue: 2

Year: 2019

CONTENTS

Articles.....	145
Research Articles	
Independent External Audit in Turkish Banking System <i>Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN</i>	147
Assessment of the Provisions of the Turkish Commercial Code Regarding Registration in the Context of the Conditional Capital Increase <i>Assoc. Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI</i>	183
A Suggestion for a Solution to the Possible Problems of Co-Existence in Trade Mark Law: Technical Specifications Regulation for Co-Existing Trademarks <i>Dr. Lecturer Fatih AYDOĞAN</i> <i>Res. Asst. Sergül BALSEVER</i>	199
Electronic Transactions Regulated by the (Turkish) Commercial Code Numbered 6102 <i>Dr. Lecturer Tayfun ERCAN</i>	225
Expert Opinion.....	239
Call For General Meeting in Joint-Stock Companies <i>Res. Asst. Murat BESEN</i>	241

MAKALELER

ARTICLES

* Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (I)
Independent External Audit in Turkish Banking System
Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN

* Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Ticaret Siciline Tescile İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Assessment of the Provisions of the Turkish Commercial Code Regarding Registration in the Context of the Conditional Capital Increase
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

* Marka Hukukunda Birlikte Var Olmada Ortaya Çıkan Sorunlara Bir Çözüm Önerisi:
Ortak Marka Teknik Şartnamesi
A Suggestion for a Solution to the Possible Problems of Co-Existence in Trade Mark Law: Technical Specifications Regulation for Co-Existing Trademarks
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Fatih AYDOĞAN
Arş. Gör./Res. Asst. Sergül BALSEVER

* 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Elektronik İşlemler
Electronic Transactions Regulated by the (Turkish) Commercial Code Numbered 6102
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Tayfun ERCAN

- Araştırma Makalesi -

BANKALARDA BAĞIMSIZ DIŞ DENETİM (I)*

(INDEPENDENT EXTERNAL AUDIT IN TURKISH BANKING SYSTEM)

Prof. Dr. Ali İhsan KARACAN^{**}

ÖZ

Tarihsel olarak Türkiye’de şirketlerin finansal raporlarının bağımsız denetimi zorunluğu yakın tarihli bir olgudur. Diğer yandan bu konudaki zorunluluk çok yapıli olarak gelişmiş ve her sektörde ilgili düzenleyici ve denetleyici otoriteler sektöre has kendi dış denetim kurallarını belirlemişlerdir. Ancak 2011’de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun ile 660 Sayılı KHK yayınlanması ve KGK’nın kurulmasıyla birlikte bağımsız denetimin düzenlenmesinde ortak bir zemin oluşturulmuştur.

Bu çalışmada bankacılık sisteminin bağımsız dış denetimi incelenmiştir. Bankacılıkta bağımsız denetimi zorunlu kılan ilk düzenleme 1984 yılında çıkarılan 3098 sayılı Kanundur. Daha sonra çıkarılan bütün bankacılık düzenlemeleri bankalarda bağımsız denetimi zorunlu kılmıştır.

Bugün bankalarda bağımsız dış denetimi düzenleyen başlıca kurallar Türk Ticaret Kanunu, 660 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, ile Bankacılık Kanunu’nda ve bunlara dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemelerde yer almaktadır.

Bağımsız denetim denildiğinde banka finansal rapor ve tablolarının dış denetimi anlaşılmaktadır. Ancak son yıllarda bankaların bilgi sistemleri ve bankacılık süreçlerinin bağımsız dış denetimi de önem kazanan bir dış denetim konusu haline gelmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 05.07.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.08.2019 tarihinde birinci hakem; 04.09.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Makale, sayfa sayısı uzunluğu nedeniyle üç bölüm halinde yayınlanacaktır. Makalenin devamı gelecek sayılarda yayınlanacaktır.

** İstanbul Ticaret Üni. Öğretim Üyesi, ORCID ID: orcid.org/0000-002-4367-1088

Bu makaleye atif için; KARACAN, Ali İhsan, “Bankalarda Bağımsız Dış Denetim (I)”, REGESTA, Cilt: 4, Sayı: 2, 2019, 147-182.

Bağımsız denetimin düzenlenmesi denildiğinde şu ana konular öne çıkmaktadır: Bağımsız denetime tabi tutulması gereken finansal rapor ve tablolar; bağımsız denetimi yapacak kişi ve kuruluşların taşınması gereken nitelikler ve bu bunlara lisans verilmesi; bağımsız denetçinin görev, yetki ve sorumlulukları; bağımsız denetçinin seçilmesi; bağımsız denetimin gerçekleştirilmesi ve bağımsız denetim raporu ve görüşü; bağımsız denetim raporunun sunulması ve yayımlanması.

Kanımızca bankalarda yapılması gereken zorunlu bağımsız dış denetim düzenleyici ve denetlyici otorite BDDK tarafından seçilen ve yine denetim ücreti BDDK tarafından ödenen denetçilere yaptırılmalıdır.

Anahtar Kelimler: Bağımsız dış denetim, zorunlu dış denetim, bağımsız denetçi, bağımsız denetimin konusu, bağımsız denetimin kapsamı, bağımsız denetim raporu, bağımsız denetçi görüşü.

ABSTRACT

Compulsory external audit has a short history in Turkey. Compulsory external audit has developed in sectoral basis. Each supervisory authority in financial markets regulated the audit business independently. In 2011 Turkish Commercial Code brought the general rules on compulsory audit in companies law. After then KGK- Public Oversight Accounting and Auditing Standarts Authority established by Decree Law numbered 660 in November 2011.

We documented and analyzed the Independent external audit regulations and practices in banking industry. First compulsory audit regulation published in 1984. Turkish Commercial Code, Decree Law numbere 660 and, Banking Act numbered 5411 and, secondary administrative regulations regulated the audit business in banking.

Independent audit means the auditing of the financial report and statements of the banks. Independent audit of information systems and banking processes also gained importance lately.

The main subjects of the paper are finacial reports and statements has to be audited, licencing the auditors, qalifactions of auditors, selection of auditor by the bank, realization the independent audit, audit report, disclosing the audit report.

We propose that compulsory independent external audit should be performed by the appointed auditor by the BDDK, supervisory authority. BDDK also should pay the audit fees for compulsory audit.

Keywords: *Independent external audit, compulsory audit, independent auditor, subject of the independent audit, scope of the audit, audit report.*

When fraud and significant misstatements occur, what is the typical auditor response?

** We weren't there. Financial statements are responsibility of management.*

** We can't see. When executives collude even the best audit won't uncover the fraud.*

** We were duped. If we get bad information from management we can't be held responsible.*

** We can't afford to do more. More extensive testing to go beyond the "reasonable assurance" standard means more time and more money. Companies and investors won't pay for it.*

** We're not perfect. Look at all the things we catch and deter that you'll never know about.¹*

Muhasebenin düzenlemeye tabi tutulması günümüzde piyasaların düzenleme ve denetiminin araçları ve yöntemleri arasında yer almaktadır. Bağımsız denetim konusu ise muhasebe düzenlemelerinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Muhasebe düzenlemesi, şirketin dışındakilere verilen finansal raporların biçimi, içeriği ve hazırlanması konusunda raporları hazırlayanların veya organizasyonların ve raporların hazırlandığı kişilerin dışındaki organlar, kurumlar, kuruluşlar tarafından kısıtlamalar konulması olarak tanımlanmıştır.² Bu tanımlama çerçevesinde muhasebenin düzenlemesi değişik kurum ve organlar tarafından yapıl-

¹ *Francine, 2014*

² *Taylor-Turkey, 1986*, s.61, (zikreden *Dennis, 2016*); Denetimin ekonomik işlevi konusunda öncü bir çalışma için bkz. *Wallace, 1978*. Yazarın yeniden bir değerlendirilmesi için ise *Wallace, 2004*. Ayrıca *Benston, 1985*.

maktadır. Yasama organı, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamusal ya da özel, ulusal veya uluslararası standart koyucu kuruluşlar muhasebe düzenlemeleri yapmaktadırlar.

Finansal rapor ve tabloların bağımsız dış denetimi de yoğun, kapsamlı ve çoğunlukla da zorunlu ve zorlayıcı nitelikte muhasebe düzenlemelerinin yapıldığı bir alandır. Ancak bağımsız dış denetim kavramı ve uygulaması muhasebe düzenlemeleri tarafından zorunlu bir işlem olarak öngörülmesinden uzun zaman önce ortaya çıkmıştır. Bir şirketin finansal tablolarının ortaklık dışındaki bir kişi tarafından bağımsız denetiminin yapılması ilk kez 1866 yılında İngiltere’de Hudson Bay Company adlı şirketin finansal tablolarının denetimi ile gerçekleştirilmiştir.³

Günümüzde bankacılıkta bağımsız denetim denildiği zaman üç denetim türü bulunmaktadır.

- i) Finansal Rapor ve Tabloların Bağımsız Denetimi
- ii) Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi
- iii) Özel Denetim

Gerçekten de finansal rapor ve tabloların denetimi ile bilgi sistemlerinin ve süreçlerin denetimi farklı denetim süreçleri ile gerçekleştirilmelerinin yanısıra bu iki denetim tümüyle farklı biçimde yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşları tarafından yerine getirilmektedir.

Tarihsel olarak bakıldığında bağımsız denetim kavramı önce muhasebe denetimi olarak kuruluş tarafından hazırlanan bilanço ve zarar tablosu gibi temel finansal tabloların şirkete karşı bağımsız olan uzmanlar tarafından denetlenmesi olarak ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bugün bu tür denetim finansal denetim olarak da adlandırılmaktadır. Uygulamada günümüzde genelde bağımsız denetim denildiğinde ilk akla gelen “**finansal denetim**” olmaktadır. Hatta düzenlemeler ağırlıklı olarak denetim ve/veya bağımsız denetim terimini de bu şekilde ve bu anlamda kullanmaktadırlar. Ayrımı yapmak için de ikincisinin önüne “ba-

³ *Manavgat, 2014*, s. 45. Ülkemizde yasal olarak zorunluğun olmadığı dönemde Türkiye’de kurulu hangi şirket tarafından finansal tablolarının bağımsız dış denetiminin ilk kez yaptırılmış olduğuna ilişkin resmi bir veri ya da bilgi yoktur. Ancak bu şirketin ülkemizde faaliyette bulunan yabancı sermayeli bir şirket olma olasılığının yüksek olduğu kanısındayız.

ğimsız” kelimesi eklenmeyip “bilgi” terimi eklenerek “*bilgi denetimi*” denilmektedir.⁴

Ancak bu iki tip denetim arasındaki en önemli farklardan birisi kamuyu aydınlatma konusundadır. Finansal rapor ve tablolara ilişkin bağımsız denetim raporunun kamuya açıklanması bir zorunluk iken bilgi sistemleri ve bankacılık süreçlerine ilişkin olarak hazırlanan denetim raporu gizli bilgi olarak kabul edilmektedir.

Bu nedenle, bağımsız denetim terimini kullandığımızda bu ayrımı ve yaklaşımı benimseyeceğiz. Aşağıda şirketin/bankanın finansal rapor ve tablolarının bağımsız denetim yapma yetkisine haiz kuruluş/kişiler tarafından bağımsız denetim standartları çerçevesinde denetlenmesi ve bu denetim sonucunda rapor ve görüş oluşturulması sürecini ifade etmek üzere bağımsız denetim terimini kullanacağız. Bu nedenle çalışmamız ile doğrudan ilgisi ve tekdüzen muhasebe sistemi ile kamuya aydınlatmanın bir unsuru olarak önce aşağıda bu tür bağımsız denetim ele alınacaktır. Daha sonra bankalarda bilgi sistemi denetimi ile bankacılık süreçlerinin denetimini de ayrıca ve daha kısa olarak ve konuyu tamamlayıcı olarak ele alacağız. Ancak önce muhasebe skandalları ve finansal krizlerin dış denetim üzerindeki etkisi ile bazı uluslararası döküman tavsiye ve kurallarına değineceğiz.

1) Muhasebe Skandalları ve Finansal Krizlerin Bankalarda Bağımsız Denetim Üzerine Etkisi

Kriz dönemlerinde bilgilerin güvenilirliğini sağlayacak bir etken olarak denetime olan talep normal dönemlere kıyasla daha yüksektir. Kriz dönemlerinde finansal piyasalardaki belirsizlik normal büyüme dönemelerine kıyasla daha yüksektir ve bunun sonucu olarak da vekalet

⁴ Örneğin ikincil düzenlemenin bir madde başlığı şöyledir: “*Bilgi sistemleri ve bankacılık süreçleri denetimi ile bağımsız denetimin ilişkisi*”, Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik (RG 13/1/2010 – 27461), m.22

Aynı ikincil düzenleme tanımlar ile hükmünde “*finansal denetçi*” terimi ile “*denetçi*” terimlerini ayrı ayrı tanımlamıştır (m.4/g ve h). Bu düzenleme ile finansal denetçi olarak tanımlanan denetçi, tanımın yollama yapıldığı düzenleme olan “Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmelik” (RG2/4/2015-29314)’de ise “*bağımsız denetçi*” olarak terimlendirilmiştir (m.3/a). Bu durum da TTK, BnKn., SPKn., 660 sayılı KHK, ve ilgili düzenlemelerinde bir terim ve terminoloji birliği sağlama sorunu olarak görünmektedir.

sorunlarının ortaya çıkması olasılığı da artar. Firmalar açısından ekonomi istikrarsızlık ortamında iken iyi tahminler yapabilmek daha güçtür. Bu nedenle, finansal kriz dönemlerinde sadece hatalı kararlar alma riski daha yüksek değildir aynı zamanda istikrarsız bir ekonomide alınan yanlış kararların etkisi de daha büyük olur. İflas ve batma riski finansal kriz dönemlerinde normal ekonomik büyüme dönemlerine kıyasla daha yüksektir. Bunun sonucu olarak da finansal kriz dönemlerinde faaliyet gösteren şirketler için denetçilerin ve denetimin önemi artmaktadır.⁵

Bankaların finansal raporlamaları ile krizlerin nedenleri ve krizin etkilerinin ağırlaşması arasındaki ilişki konusunda yazında önemli tartışma vardır. Bu tartışma özellikle, banka finansal raporlarının hazırlanması sırasında uygulanan muhasebe ilkeleri ve raporlama standartlarının etkisi üzerinde yoğunlaşmıştır. Gerçek değer ile muhasebeleştirme (fair value accounting, current value accounting) ilkesi, sorunlu alacaklar için karşılık ayrılması, menkul kıymetleştirme ve türev ürünlerin muhasebeleştirilmesi bu tartışmanın odağında yer almıştır.⁶

Ancak krizlerin ve muhasebe skandallarının etkisi ile finansal tabloların bağımsız denetimi arasında da önemli bir etkileşim olmuştur. Özellikle başta ABD ve Avrupa’da olmak üzere 2002 ve 2008’de yaşanan skandallar ve krizler dış denetimin düzenlenmesi konusunda önemli dönüşümlere neden olmuştur. Bu nedenle finansal krizlerin dış denetimin düzenlenmesi ve uygulanmasında büyük bir etkiye sahip olduğunu söylemeliyiz. Bu etki mesleğe giriş, denetimin gerçekleştirilmesi, denetçilerin denetimi, şirketlerin risk kontrolü, denetim komitelerinin kurulması ve yetkilendirilmesi gibi konularda kuralların kapsamının genişletilmesi, sıkılaştırılması ve etkinleştirilmesi yönünde olmuştur.

Ülkemizde de bankalarda bağımsız dış denetim ile krizler arasındaki iki örnek duruma kısaca dikkati çekmek istiyoruz. Bu iki olayda düzenleyici ve denetleyici sistem bağımsız denetime çok farklı biçimlerde yaklaşmıştır.

⁵ *Janssen, 2012*, s.6

⁶ Bu konuda çok geniş bir yazın bulunmaktadır. Özellikle *Acharya-Ryan, 2016; Barth-Landsman, 2010; Bushman, 2016; Holm – Zaman, 2012; Huizinga-Leaven, 2012; Humphrey et.al. 2009; Persakis- Iatridis, 2015 ve 2016; Plantin et.al., 2008; Shadzad et.al., 2018; Sikka, 2009; Waymire-Basu, 2011*. Türkçe’de bir çalışma için bkz. *Can, 2017*

Bunlardan ilki 1994 Krizi sırasında yaşanmıştır. 512 sayılı KHK (RG 16/9/1993-21700) 3182 sayılı BnKn. m.54 değiştirilerek bankaların bilanço ve kar zarar hesaplarının bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesini öngörmüştü. Ancak 1994 yılı başında yaşanan kriz nedeniyle bu kuralda bir değişikliğe gidilmiştir. Bu kural değişikliği 538 sayılı KHK (RG 22/6/1994 – 21968 Mük.) ile kanuna eklenen geçici bir madde (g.m.7) ile gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikte, “bilançolar ile kâr ve zarar cetvellerinin bağımsız denetim kuruluşları ve denetçilerce onaylanacağına dair hüküm 1/1/1996 tarihinden itibaren uygulanır” denilerek bu hüküm geçici süreyle askıya alınmıştır. Böylece bankaların finansal tabloların denetlenmesi nedeniyle artacak şeffaflığın zorlayacağı müdahale baskısı ertelenmiş ve kriz ortamının değişmesi beklenmiştir.

İkincisi ise, 2000/2001 Krizi sırasında gerçekleşmiştir. Bankaların 2001 yıl sonu bilanço ve gelir tablolarının hazırlanması ve bağımsız denetiminin yapılması BDDK kontrolünde özel bir yöntemle gerçekleştirilmiştir.⁷

Muhasebe skandalları ile krizlerin denetim üzerinde bazı etkileri bulunmaktadır. Bu etkilerin bir kısmına ana hatlarıyla aşağıda değineceğiz.

a) Denetimin Düzenlenmesinin Kapsamlı ve Daha Sıkı Hale Getirilmesi

Yakın dönemlerde gerçekleştirilen ve denetim piyasasına ilişkin düzenlemelerin üç temel amacı vardır: (1) Denetimin kalitesini artırmak, (2) Denetim piyasasındaki yoğunlaşmayı azaltmak ve (3) Denetim firmaları arasında rekabeti artırmak.⁸

Şirket skandalları muhasebe denetimi konusundaki önemli dönüşümlerin nedenlerinden birisi olmuştur.⁹ ABD’de 2020’de yaşanan En-

⁷ Bankacılık Sektörü Yeniden Yapılandırma Programının Uygulama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (RG 1/2/2002 – 24658) ve bu Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (RG 12/6/2002 - 24783)

⁸ *Mohrman et.al., 2017*. Yazarlar 2002-2014 arasında ülkemizin de yer aldığı 29 ülkede denetim düzenlemelerinin etkisini araştırmışlardır. Çalışmaya göre, denetçi sorumluluğunu sınırlayan düzenlemelerin bu üç amacın hepsi ile pozitif ilişkisi vardır. Buna karşılık zorunlu rotasyon, denetim ücretinin açıklanması ve sınırlanmasının etkisi bu amaçlara zarar vericidir. Müşterek denetim ile denetçi ortağın rotasyonun etkisi belirsizdir.

⁹ Muhasebe skandalları konusunda bkz. *Ball, 2009; Hail, et.al. 2018; Jones, 2010*.

ron Skandalı muhasebe ile ilgili sistemin temelden sorgulanmasına yol açmıştır.¹⁰ Skandallar hem şirketler kesiminde hem de muhasebe denetim kesiminde önemli ölçüde güven erozyonuna neden olmuştur. Sarbanes-Oxley Act (SOX)¹¹ ile ABD’de denetim sisteminin kuralları yeniden yazılmış ve mesleğin öz-düzenleyici yapısı değiştirilmiş, denetim standartlarını belirlemek ve mesleki disiplin sağlamak amacıyla Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) kurulmuştur.¹²

Arupa Birliğinde ise 2006 yılında **Directive 2006/43/EC** çıkarılmıştır. Bu düzenleme SOX’un AB’deki muadil düzenlemesi olarak kabul edilmiştir.¹³ Diğer yandan uluslararası ölçekte denetimin yeknesaklığını ve kalitesini artırmak ve iyileştirmek amacıyla IAASB tarafından Uluslararası Denetim Standartları (IAA’s) hazırlanmaya başlanmıştır.

James O. Wilson,”*The Moral Sense* isimli çalışmasında toplumsal bir skandalın (public scandal) iki temel özellik taşıması gerektiğini söylemektedir: **olaylar olağan olmamalıdır (yani görelî olarak seyrek ortaya çıkmalıdır) ve şok yaratmalıdır (yani normlarımıza karşı olmalıdır)**. Toplum ve kamuoyu, seyrek olarak ortaya çıkan olgulara ve olaylara önem vermez; ve seyrek olarak ortaya çıkan ama ahlaki olarak kabul edilebilir olaylardan skandal doğmaz (**Wilson, 1993, s.2 ve Ball, 2008, s.5**)

¹⁰ Enron ve WorldCom 2000’nin başında yaşanan muhasebe skandallarının sembol isimleri olmuştur. ABD’inde AOL, Bristol-Myers Squibb, Cendant, Computer Associates (CA), Consecro, Dynegy, Federal Home Loan Mortgage Corporation (Freddie Mac), HealthSouth, Peregrine Systems, Qwest, Rite Aid, Sunbeam, Tyco, Waste Management, Xerox; Almanya’da ComROAD AG; Belçika’da Lernout & Hauspie Speech Products; Hollanda’da Royal Ahold; İtalya’da Parmalat benzeri uygulamalarla bu dönemde yaşanan skandalların önemli aktörleri olmuştur. İngiltere’de ise 1960’larda, 1980’lerde ve 1990’ların başında benzeri muhasebe skandalları yaşanmıştır. 1990’larda yaşanan skandalların sembol ismi ise Polly Peck idi.

¹¹ SOX, “Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002” olarak da isimlendirilmektedir. Bankalarda denetim açısından bu yasaya ilişkin olarak bkz. **AICPA, 2018**, pr. 1.99- 1.111, ss. 24-30

¹² Ülkemizde KGK ile benzer işlevlere sahip olan bu kurumla ilgili olarak internet sitesine başvurulabilir www.pcaob.org Kurumun yönetim kurulu 5 üyeden müteşekkil olup üyeler FED Başkanının görüşü alınarak SEC tarafından 5 yıl süreyle atanmaktadır.

¹³ **Directive 2006/43/EC** of The European Parliament and of The Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253.

Ayrıca **European Commission (2010), Green Paper - Audit Policy: Lessons from the Crisis**, COM (2010) 561 Final, Brussels, 13.10.2010 (Green Paper)

2008’de başlayan küresel finansal kriz batı dünyasında denetçilerin işlevlerinin yeniden sorgulanmasına neden olmuş denetim standartlarının düzenlenmesi konusunda ve özellikle finansal kurumlarda denetimin işlevinin ele alınmasında yeni bir ivme doğurmuştur. Bu çerçevede muhasebe denetim standartlarını ve mesleki uygulamaların uluslararası ölçekte birbirine yaklaştırılması çabaları hız kazanmıştır.

1990’lar ile 2002 arasındaki dönem denetimde, denetim riskinden ziyade ticari risk ya da iş riskinine dayalı yaklaşımın (business risk approach) karakterize ettiği bir dönem olmuştur. Bu dönemde denetim piyasasında artan rekabet nedeniyle denetçiler;

- Etkili bir denetimi (finansal tablolar hakkında uygun bir denetçi görüşü ile sonuçlanmasını ifade etmektedir) etkin bir biçimde (yani düşük maliyetle) gerçekleştirme ve gelirlerini, denetim-dışı hizmetler vererek artırma yollarını aramışlardır.

Denetimde ticari risk yaklaşımı bu amaçların ikisini de gerçekleştirme araçlarını sağlamıştır. Denetimin amacı, denetlenenin finansal tablolarının gerçeği dürüst bir biçimde yansıtıp yansıtmadığı hakkında görüşü ifade etmek olarak kalmıştır. Denetim riski yaklaşımı bunu finansal tablolar üzerine odaklanarak gerçekleştirmek ister iken ticari risk yaklaşımı bütün işletmeyi ve faaliyetlerini kapsayan bütünselci bir yaklaşım benimsemiştir. Bu nedenle de ticari risk yaklaşımı, eğer kontrol edilmeler ise müşterinin iş risklerinin (operasyonel, finansal, uyum ve diğerleri) çoğu kaçınılmaz olarak finansal tabloları etkileyecektir.

Buna karşılık 2002 ile başlayan ve halen süren dönemi karakterize eden denetimin düzenlenmesindeki artış ve düzenlemenin yoğunlaşması karakterize etmekte olup bu 1990 lardaki trendi değiştirmiştir.¹⁴

SOX’un temel ilkeleri AB’deki düzenlemeleri de etkilemiştir. Bu çerçevede temel ilkeler olarak;

- halka açık şirketlerin denetçilerinin düzenlenmesi ve gözetimi için bir otorite kurulması,

- denetçilerin denetledikleri müşterilerine verdikleri denetim-dışı hizmetleri kısıtlamak,

¹⁴ Jones et.al., 2014, s. 41 vd

- denetlenen müşterinin iç kontrol sistemlerinin etkinliği hakkında raporlama yapmak,
şeklinde ifade edilebilir.

Bu temel ilkelerden birincisini gerçekleştirmek amacıyla ABD’inde Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB) kurulmuştur. PACOB’in amacı;

- halka açık şirketlerin denetimini yapacak muhasebe firmalarını yetkilendirmek,
- denetim raporlarının hazırlanmasında uyulacak denetim, kalite kontrol, etik, bağımsızlık ve diğer konulardaki standartları koymak
- yetkilendirilmiş denetim firmaları ve onların personeli hakkında denetim ve inceleme yapmak, disiplin süreçleri uygulamak, uygun yaptırımlar uygulamak.

Benzeri ilkeler AB tarafından çıkarılan **Directive 2006/43/EC** ile de getirilmiştir. Düzenleme Üye Devletlerin, şirketlerin denetimi ile denetçilerin düzenlenmesi ve gözetimi için bir veya daha fazla yetkili otoriteler kurmalarını öngörmüştür. Yetkili otorite şu yetkilere de sahip olmalıdır:

- Denetçilerin ve denetim firmalarının yetkilendirilmesi,
- Eğitim, yetiştirme ve sürekli eğitim standartlarını karşılamak,
- Tabi olunacak profesyonel etik kuralları ile denetlenen müşteriden bağımsızlığı sağlayacak kuralları belirlemek,
- Denetimin AB Komisyonu tarafından kabul edilen uluslararası standartlara uyumlu bir biçimde yapılmasını sağlamak,
- Belirlenen minimum kalite güvencesini karşılayacak bir sistemin kurulmasını sağlamak ve bunun için kamusal bir gözetim sistemi kurmak,
- Denetim performansındaki yetersizlikleri ortaya çıkarmak, düzeltmek ve önlemek için etkili soruşturma ve yaptırım sistemini sağlamak.

Denetim düzenlemeleri, bağımsız denetim hizmetlerinin daha kaliteli hale gelmesini sağlayarak denetimden beklenen güvence işlevini artıracaktır. Denetimin düzenlenmesi, her şeyden önce bağımsız denetçilerin mesleğe girişlerinin, sorumlulukların, raporlama ile denetim standartlarının, izlenecek denetim süreçlerinin ve denetçilerin denetlemesinin belirlenmesi gibi konuların kurallara bağlanmasıdır. Daha kapsamlı,

daha sıkı ve katı, daha açık ve tutarlı kurallardan oluşan düzenlemeye dayalı bir sistemin denetimin etkisini, işlevini ve kalitesini artıracak beklenilebilir. Denetimin düzenlenmesinde uluslararası piyasaların küreselleşme ile bütünleşmesi, uluslararası yatırımcıların talepleri, uluslararası kurumların tavsiyeleri gibi nedenlerle ulusal denetim düzenlemeleri birbirine yaklaşmaktadır.

Dantas et.al. (2014), bankacılık kurumlarında denetimin düzenlenmesinin düzeyinin bir kıyaslamasını yapmak ve düzenlemenin derecesi ile ulusal bankacılık sistemlerinin özellikler arasındaki ilişkiyi değerlendirmek amacıyla 2002-2007 arasındaki 172 ülkeye ilişkin verileri analiz etmişlerdir. Ülkede bankaların kredi verme seviyesi yükseldikçe ve bankalar daha kârlı oldukça denetçilerin performansı konusunda konulan yükümlülükler artmıştır. Finansal sistemde devlet bankalarının ağırlıkta olduğu ülkeler ile bankaların faaliyetleri üzerinde daha sıkı kısıtlamaların olduğu ülkelerde daha az düzenleme vardır. Bankacılık sistemindeki yoğunlaşma derecesi ile denetim düzenlenmesinin seviyesi arasında bir ilişki bulunamamıştır. 2002’de denetimin düzenlenmesinin seviyesi düşük iken 2007 de yüksektir; denetim standartları zaman içinde, özellikle de krizlerle birlikte daha sıkı hale gelmiştir.

b) Denetim Piyasasında Yoğunlaşma

Denetim konusundaki en önemli konulardan birisi de zaman içerisinde denetim hizmeti veren kuruluşların piyasasında ortaya çıkan yoğunlaşmadır.¹⁵

Bu yoğunlaşmayı besleyen önemli nedenlerden birisi bu piyasada yaşanan birleşmelerdir. 1970’li ve 1980’li yıllarda Büyük 8 (Big 8) 2000’li yıllarda yerini Büyük 4’e (Big 4) burakmıştır (Ek:1).

Anglo-Amerikan kökenli muhasebe denetim kuruluşları tarafından domine edilen denetim piyasasındaki yoğunlaşma sadece ABD, İngiltere gibi ülkelerde değil diğer gelişmiş ülkeler ile yükselen ekonomilerde de ortaya çıkmıştır. Bu nedenle bugün ağırlıklı olarak halka açık şirketler ile finansal kuruluşların müşterisi oldukları denetim pazarı hemen tüm

¹⁵ Denetim piyasasındaki yoğunlaşma için bkz. *GAO - D’Agostino 2003a; GAO – Williams, 2008*. Ve ayrıca *Allen et.al., 2013; Ascher, 2008; Ballas- Fafaliou, 2008; Beattie et.al., 2003; Danos- Eichenseher, 1986, Gerakos-Syverson (2015); Harris, 2017; McKinnon, 2015; Moctezuma-Benau, 2017;*

dünyada bu dört büyük firmanın hakim olduğu ve onlar tarafından bölüşülen oligopolistik bir pazar olmuştur.

Denetçi sektöründe ABD’de de önemli bir yoğunlaşma vardır. Arthur Andersen firmasının Enron olayı sonrası kapanması ve sektördeki birleşmeler nedeniyle bugün uluslararası bir ağa sahip olan 4-Büyük Denetim Firması olarak nitelenen firmalar dünyada bağımsız dış denetim piyasasının hakimi konumdadırlar. PwC, Deloitte, Ernst&Young, KPMG olarak sıralanan ilk 4-Büyük firma, ABD halka açık şirketler kesimindeki payları yaklaşık % 40’tır. İkinci sırada yer alan 4-Büyük (yani 5-8) Firmanın payı ise % 10’dan düşüktür.¹⁶ Yakın tarihli bir başka çalışmaya göre ABD’de halka açık şirketler kesiminin firma sayısı itibariyle % 78’i 4 büyük firma tarafından denetlenmekte ve pazardaki gelirin % 99’u bu dört firmaya gitmektedir. Fortune 500 şirketlerinin % 99’u bu dört firma tarafından denetlenmektedir. Ancak, SOX’un uygulamaya girmesinin ardından ABD’de 2002-2006 arasında 4 Büyük firmanın orta-büyüklükteki şirket pazarındaki payları % 90’dan % 71’e gerilemiştir. Büyük IPO işleri hala 4 Büyük firmada olsa da orta büyüklükteki IPO işlemlerinde 4 büyükler içinde yer almayan firmaların payı 0’dan % 13’e çıkmıştır. Küçük IPO işlemlerinde ise 4 Büyük olmayan denetim firmalarının payı 2003’de % 18’den % 40’a çıkmıştır.¹⁷

Türkiye’de bankacılık sektöründe denetim pazarı 4 Büyük firma tarafından domine edilmektedir.

2017 sonu itibariyle 45 Mevduat ile kalkınma ve yatırım bankasının 43’ünün denetimi bu 4 Büyük Firmanın Türkiye ofisleri tarafından gerçekleştirilmiştir. Diğer denetim firmaları tarafından denetim yapılan bankalardan birisi kamu bankası (İller Bankası) diğer ise TMSF’ye devredilen ve aktif olmayan bir bankadır (Adabank). Denetlenen bankaların toplam aktifleri bakımından bakıldığında sektörün % 99’u bu 4 Büyük Firma tarafından denetlenmektedir. Denetim geliri açısından elimizde veri yoktur. Denetledikleri banka sayısı itibariyle KPMG önde olmakla birlikte denetledikleri bankaların pazar payı bakımından PWC daha önde görünmektedir.

¹⁶ *Grothe-Weirich, 2007. Ayrıca bkz. GAO - Williams (2008)*

¹⁷ *McKinnon, 2015*

Benzeri resim katılım bankaları için de söz konusudur. Kesimde yer alan 6 katılım bankası 4 Büyük Firma içinde yer alan 3 denetim firması tarafından denetlenmektedir.

Pazardaki bu yoğunlaşma uzunca bir süredir düzenleyici ve denetleyici kuruluşların da dikkatini çekmektedir. Avrupa Komisyonu tarafından 2010 yılında yayımlanan ve “*Green Paper*” olarak nitelenen “*Audit Policy: Lessons from the crisis*” başlıklı politika dokümanı pazardaki yoğunlaşma ve pazar yapısına dikkati çekmiştir.¹⁸

Dokümana göre, Avrupa ülkelerinin büyük kısmında denetim ücret ve gelirleri bakımından borsaya kayıtlı şirketlerin finansal raporlarının denetiminin % 90’ını aşan kısım 4 Büyük Firmaya gitmektedir.

Uluslararası pazarlarda iş yapma kapasiteleri olsa bile 4 büyüklerin dışındaki diğer firmaların denetim pazarının bu tepe en üst grubuna girebilmeleri çok güçtür. 4 Büyüklerin içerisinde yer almayan denetim firmaları, kapasitelerinin büyük şirketler tarafından kabul edilmemesinden zarar görmektedirler. Bazen, finansal kuruluşlar tarafından kredi vermenin bir koşulu olarak 4 Büyük Firma tarafından denetim sözleşmesel bir koşul olarak öngörülmektedir.

Borsaya kayıtlı büyük şirketlerin denetçisi olmak repütasyon onayı yaratmakta ve böylesi bir pozitif ilişki de pazarın dinamizminde yetersizliğe yol açmaktadır.

Pazarın bazı bölümlerinde aşırı bir yoğunlaşma ortaya çıkmakta olup bu da denetçisi hakkında karar almak isteyen firmaların yetersiz seçenekle karşılaşmasına neden olmaktadır.

Dokümana göre bu yoğunlaşma sistemik risk birikimine yol açmakta olup sistemik bir firmanın çöküşü bütün pazar üzerinde olumsuz etkide bulunacaktır. Komisyon bu durum nedeniyle bazı önlemlerin dikkate alınmasını önermiştir. Bu önlemler i) Müşterek denetim (joint audits/audit consortia), ii) denetçilerin zorunlu rotasyonu ve ihaleye çıkmak (mandatory rotation of auditors and re-tendering), iii) “Dört büyükler en iyisidir” şeklindeki yanlı durumu ele almak, iv) Beklenmedik Durum Planı (Contingency plan), v) Ortaya çıkmış olan denetim kuruluşlarının konsolidasyonun nedenlerini yeniden değerlendirmek.

¹⁸ Bu doküman hakkında değerlendirmeler için bkz. *FRC, 2010*; Denetim piyasasındaki yoğunlaşmaya dikkati çeken diğer dokümanlar için : *GAO, 2003*; *UK House of Lords, (2011)*, *Oxera Report (2006)*

McKinnon (2015) da pazardaki yoğunlaşmayı azaltmak için üç temel öneride bulunmaktadır. Bu önerilerden birisi zorunlu rotasyondur. Bir başka öneri de şirketlerin rekabet hukuku açısından bölünmeleri (divestiture) yönündedir. Üçüncüsü ise hukuksal sorumluluk reformudur.

Green Paper dökümanı ile öngörülmüş olan bazı politika seçenekleri AB düzenlemelerine zaten daha önce yansımış bulunmakta idi. Bunlardan birisi olan denetçi rotasyonu aynı zamanda denetçinin bağımsızlığının da bir unsuru olarak görüldüğü için 2006/43/EC ile bir kural olarak öngörülmüştü (Article 42/2). Bu düzenleme ile, bir denetçinin şirkete tayininde itibaren 7 yıllık bir süre ile hizmet verebilmesi bu sürenin sonunda ise en az 2 yıllık bir bekleme süresi olması kabul edilmişti. Regulation (EU) No 537/2014 ile de Rotasyon süres 10 yıla çıkarılmıştır (Art. 17/1).

Denetim pazarında yoğunlaşmaya karşı önerilen politika seçeneklerinden ikisine, müşterek denetim ve denetçi rotasyonu konularına kısaca değinmek istiyoruz.

i) Müşterek Denetim (Joint Audit/Audit Consortia)

AB'nin yoğunlaşmanın azaltılması yönündeki önerilerinden birisi müşterek denetim yapılmasının teşvikidir. Green Paper'de müşterek denetim bir yöntem olarak önerilmesine karşın 2014 yılında çıkan AB düzenlemesinde bunu bir yükümlülük olarak değil de kamu yararı olan şirketlerde iki denetçi kullanımı teşvik edilmesi gereken bir konu olarak yer almıştır.

AB'nin bu tavsiyesinin kaynağı Fransa'da zorunlu müşterek denetim kuralının uygulanması ve bu ülkede denetim piyasasının diğer ülkelere kıyasla açık bir biçimde daha az yoğunlaşmış olmasına dayanmaktadır. AB'nin düzenlemesi karar aşamasına kadar danışılma süreci içinde çok sayıda değişik çıkar grupları tarafından etkilenmiştir. Bu konudaki temel argüman müşterek denetimin maliyet ve yararlarının kıyaslanması yönünde olmuştur. Çalışmalar, Fransa'da yoğunlaşmanın düşük olmasına karşın müşterek denetimin, denetim maliyetlerini artırdığı buna karşılık da müşterek denetimin bilginin kalitesini yükseltmediği yönündedir. Müşterek denetim yükümlülüğü konusunda getirilen ilk düzenleme 1923 yılında yayımlanan Kanada Bankacılık Kanunu (The Bank Act of Canada) olmuş ve bankacılık yetkisi verilmiş bir bankayı iki denetim firmasının denetlemesi zorulu kılınmıştır. Alberta Eyaletinde 1991 yılında iki bölgesel bankanın batışı ile söz konusu kanun değiştirilmiş ve bu tür

denetimin maliyetinin çok yüksek ve elle tutulur bir yararı olmadığı gerekçesi ile yüküm kaldırılmıştır. Danimarka'da 2000 yılında çıkarılan bir yasayla getirilen müşterek denetim yükümü 2005 yılında kaldırılmıştır. Bu nedenle Green Paper yayımlandığında gelişmiş ülkelerden sadece Fransa'da müşterek denetim yükümü vardı.¹⁹

ii) Denetçinin Değiştirilmesi (Zorunlu Rotasyon)

Bir şirketin denetçisini değiştirmesi, değiştirme biçim ve zamanlaması finansal raporlarının kullanıcıları ile piyasalara ve hatta gözetim otoritelerine sinyal yollayan bir işlemdir. Bu sinyal bazen iyi bazen de kötü haber olarak algılanabilir. Ayrıca aynı sinyal alıcıya göre de farklı algılanabilecektir.

Zorunlu rotasyon²⁰ sisteminin temelinde iki düşünce yatmaktadır: (1) denetçi ile firma arasında uzun yıllar boyunca devam eden ve bu nedenle oluşmuş olan bağın kesilerek denetimin kalitesini artırmak, (2) firmaları 4-Büyükler dışındaki diğer firmalara yönlendirerek endüstri yoğunlaşmasını azaltmak.²¹

Denetçi, şirketin yönetimine bağlı bir nedenle ve şirket yönetiminin alacağı bir kararla değiştirilebilir. Bu, daha kaliteli bir iş yaptığına inanılan daha iyi hizmet vereceğine inanılan ve kredi değerliliği daha yüksek bir denetçiden (ve genel kanıyla 4-Büyük içinde yer alan bir firmadan) denetim hizmeti almak isteğine dayanabilir. Bir başka neden, alınan hizmet ve denetçi görüşünden kaynaklanan bir anlaşmazlık olabilir. Denetçinin kendisi de firmaya denetim hizmeti vermeyi sonlandırabilir. Denetçi değiştirilmesinin bir başka nedeni ise kamusal düzenlemelerdir. Düzenlemeler esas itibarıyla belirli rotasyon dönemlerinde denetçinin değiştirilmesini öngörmektedir. Bir şirketin denetimini yapan bağımsız denetçinin belirli zaman süresi geçince o şirketle olan ilişkisinin belirli bir süre ile kesilmesi (rotasyon) bağımsız denetim düzenlemelerinde ilke olarak benimsenen bir yaklaşımdır. Nihayet denetçinin değiği-

¹⁹ FRC'nin müşterek denetime karşı görüşü için bkz. *FRC, 2010, 1.8*; Müşterek denetim konusunda değişik test sonuçları vardır. Bu konuda bkz. *Bedard et.al., 2014; Deng et.al., 2014; Kermiche-Piot, 2018; Lesage et.al., 2017; Marnet et.al., 2016; Mohrman et.al., 2017; Quick-Schmidt, 2018.*

²⁰ Zorunlu rotasyon için bkz. *GAO – Williams, 2008; GAO- Franzel, 2003*

²¹ *McKinnon, 2015, s.561.*

rilmesinin nedenlerinden birisi ekonomik koşullarda meydana gelen değişimler olabilir.

Ülkemizde güncel düzenlemelerde bu değişimi öngören ve sürele- re bağlayan bir yaklaşım benimsenmiştir. 6102 sayılı TTK, on yıl içinde aynı şirket için toplam yedi yıl denetçi olarak seçilen denetçi üç yıl geç- medikçe denetçi olarak yeniden seçilemeyeceğini öngörmüştür. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu bu süreleri kı- saltmaya yetkilidir (TTK m.404/2). KGK, Bağımsız denetim ile ilgili ikincil düzenlemesinde TTK tarafından öngörülen; denetim kuru- luşlarının **son on yılda yedi yıl** denetim çalışması yürüttükleri işletmelere ilişkin denetimleri üç yıl geçmedikçe yapamayacaklarını öngörerek be- lirlenen süre kısıtlamalarını korumuştur. Yönetmelik ayrıca, denetim üst- lenen bağımsız denetçiler ile bunların yanında ve denetim kuruluşlarında çalışan denetçilerin ise son yedi yılda beş yıl denetim çalışması yürüttük- leri işletmelere ilişkin denetimleri üç yıl geçmedikçe yapamayacakları kuralını koymuştur. Geçen sürelerin hesabında aynı denetim ağı içinde bulunan kuruluşlar ile ilişkili denetim kuruluşları tarafından yapılan de- netimlerde geçen süreler topluca dikkate alınır. Çalıştığı denetim kuru- luşuna bakılmaksızın, denetçinin aynı denetlenen işletmede geçirdiği süreler birlikte dikkate alınır.²²

Ancak denetçi değiştirilmesi muhasebe yazınında önemli bir tar- tışma konusudur. Bazı yazarlar, eğer bir denetçi ile çok uzun süreler ça- lışılması halinde bunun denetçinin bağımsızlığı üzerinde bozucu etki yartacağını hatta bağımsızlığı ortadan kaldırdığını ileriye sürmüş- lerdir.²³ Buna karşılık başka çalışmalar tersi sonuçlara ulaşmış ve de- netim süresi uzadıkça müşteriye ilişkin bilginin artması nedeniyle denetçi- nin deneyiminin ve uzmanlığının iyileşeceği ve dolayısıyla denetçinin bağımsızlığı ile denetim kalitesinin de artacağı ileriye sürülmüştür.²⁴

Finansal kriz dönemlerinde denetçilerin değiştirilmesinin daha sık ortaya çıkmasının çeşitli nedenleri olabilir. Dava riski olasılığı daha yük- sek olduğu için normal ekonomik büyüme dönemlerine kıyasla finansal kriz dönemlerinde denetçi değiştirilmesi daha sık ortaya çıkmaktadır.²⁵

²² Bağımsız Denetim Yönetmeliği (26/12/2012-28509) m.26

²³ *Turner et.al., 2005; Carey-Simnet, 2006*

²⁴ *Ghosh- Moon, 2005*

²⁵ *Turner et.al., 2005*

Finansal kriz dönemlerinde normal dönemlere kıyasla iflas etme riski daha yüksek olduğundan, şirket yönetimlerinin finansal tablolar ile ilgili olarak denetçi tarafından verilen görüşlerden menuniyetsizlikleri artar. Bu nedenle de finansal kriz dönemlerinde firmaların denetçilerini değiştirme eğilimleri artar.²⁶ Diğer yandan, kriz dönemlerinde sahtekarlık, hilekarlık ve dolandırıcılık riski ile yasadışı eylemlere girişme olasılığı daha yüksek olduğu için eğer firmanın performansı baskı altında ise agresif kâr/gelir yönetimi talebi de artacaktır.²⁷ Bu da şirketin finansal raporlarında yaratıcı yöntemlerin kullanımını isteği ile birlikte denetçi değiştirme olasılığını artıracaktır.

Buna karşılık, kriz dönemine girildiğinde denetçi değiştirilmesi yoluna daha seyrek başvulacağı da ileriye sürülmektedir. Bu yaklaşımın temeli, denetçi değiştirmesinin piyasalara ve yatırımcılara sinyal vermesi olgusuna dayanmaktadır. Denetçi değişimi açıklaması firmanın pay senetleri fiyatı üzerinde negatif etkiler sahip olacağı gibi işlem hacminde önemli düşüşlere neden olur.²⁸ Denetçi değiştirilmesi halinde denetçinin yeni müşterisi ile ilişkisini kurmasının ve oluşturmasını yüksek maliyeti olması nedeniyle firma yönetimi denetçiyi değiştirmeyi düşünse bile bu maliyet nedeniyle mevcut denetçisi ile çalışmayı sürdürmeye karar verebilir.²⁹ Denetçi yeni iş ve şirketle ilgili olarak kurumsal bilgiye yaterince sahip olamamış ise denetim yetersizlikleri ve başarısızlığı daha yüksek olur. Bu da şirketin mevcut denetçisi ile çalışmayı sürdürmesi için bir neden olacaktır.³⁰

Jenssen (2012), ABD verilerini inceleyerek denetçi seçimini araştırmıştır. Normal dönemlerle kıyaslandığında finansal kriz döneminde firmaların mevcut 4-Büyük Denetim firmasını bir başka 4-Büyük Denetim firması ile değiştirme eğilimlerinin daha düşük olduğunu; ancak 4-Büyük- Olmayan Denetim firmasının bir başka 4-Büyük-Olmayan denetçi ile değiştirme eğilimlerinin yüksek olduğunu bulmuştur. Yine finansal kriz dönemlerinde yöneticilerin mevcut 4-Büyük Denetim Firmalarını 4-Büyük-Olmayan bir denetim firması ile değiştirmeleri olasılığını da düşük olduğu bulunmuştur. 4-Büyük Denetim firmaları müşterileri kendi

²⁶ *Roberts et.al., 1990*

²⁷ *Janssen, 2012, s.29*

²⁸ *Hagigi, et.al., 1993*

²⁹ *Jackson et.al.,2008*

³⁰ *Brody et.al., 2005,*

grupları içerisinde tutmaktadırlar. Sonuç olarak finansal kriz dönemlerinde 4-Büyük-Olmayan denetçilerin pazar payının azaldığını bulunmuştur.

Denetçi değişikliklerinin büyük kısmının yılın ilk çeyreğinde olduğu (%54); en az değişimin ise yılın son çeyreğinde olduğu bulunmuştur. **Jenssen (2012)**, 4-Büyük Firma arasındaki değişimleri de incelemiştir. Çalışma tarihi itibarıyla son 9 yılda (2003-2011) denetçi değişimi ile en fazla müşteri kaybeden PwC (625); en az kaybeden ise KPMG (259) olup 4-Büyük Firmanın müşteri sayısı azalmıştır. Müşteri kayıplarının en önemli nedeni ise müşteri iflaslarıdır.

c) Denetçi İle Düzenleyici/Denetleyici Otoritelerin İlişkisi

Muhasebe skandalları ve finansal krizlerin ardından denetim konusunda gerçekleştirilen düzenleme yapısı denetim kuruluşları ile düzenleyici ve denetleyici kuruluşların ilişkileri konusunda da yaklaşımların değişimine neden olmuştur.

Bankaların gözetim otoriteleri ile bağımsız dış denetçilerin sistemde farklı roller ve işlevleri bulunmaktadır.³¹ Ancak bankacılık sisteminin istikrarı kamu yararını ilgilendiren bir konudur. Hem bankacılık otoriteleri hem de dış denetçiler işlevleri farklı da olsa toplumun bankacılık sistemine duyacakları güvene katkıda bulunurlar.³²

Dünya Bankası tarafından yapılan bir araştırma, düzenleyici³³ otoritelerin denetçiler ile aralarındaki iki yönlü ilişkinin daha güçlü olmasının henüz dış denetim kalitesini hem de bankacılık denetim ve gözetimini iyileştireceğine inandıklarını göstermektedir.

Bu ikisinin arasındaki ilişkiler önemlidir ve bu konuda hem Basel Committee on Banking Supervision tarafından yapılan politika tavsiyelerinde hem de AB düzenlemelerinde gözetim otoriteleri ile bağımsız denetçilerin ilişkileri üzerinde durulmuştur. Bu ilişki birkaç yönden ele alınmıştır.

³¹ Bu konuda bkz. **BCSB, 2002**

³² **Magnus, 2016**

³³ **The World Bank, 2015**

i) Bilgi Değişimi veya Paylaşımı

Bankacılık gözetim otoriteleri münferit bankaların sağlamlığı ile ilgilenirken dış denetçiler bankalar tarafından hazırlanan finansal tablo ve raporların doğru hazırlanıp hazırlanmadığı, kabul edilmiş muhasebe standartları ile düzenleme hükümlerine göre tanzim edilip edilmedikleri ile ilgilenirler. Bu nedenle de çoğunlukla aynı konulara ancak farklılık bakış açısıyla bakarlar. Bu bakımdan bilgi paylaşımından iki taraf da yararlanabilir. Ancak bu geçmişte tek yönlü olmuş ve denetçiler belirli konuları gözetim otoritesine raporlamakla yükümlü olmuşlardır. **Mag-nus (2016)** gelecekte gözetim otoriteleri ile denetçilerin daha etkili bir diyalog geliştirmelerini önermiştir.

Önemli ve ciddi konuların gözetim otoritesi tarafından bilinmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Bu nedenle dış denetim kuruluşu tarafından bu tür olguların ve konuların derhal gözetim otoritesine bildirilmesi yükümünün üye devletler tarafından sağlanması **Directive 2006/48/EC** ile öngörülmüştü.³⁴ Buna göre;

- * özellikle kredi kurumlarının faaliyetleri ile ilgili kanunların, düzenlemelerin ve idari kuralların önemli şekilde ihlalini oluşturan,
- * kredi kurumunun faaliyetinin sürekliliğini etkileyecek,
- * hesaplara olumsuz görüş veya sınırlı görüş verilmesine neden olacak

olgular ile kararların hemen gözetim otoritesine bilfirilmesi gerekir (Art. 53/1). Bu yüküm nedeniyle iyi niyetle yapılacak bildirimler, bunu yapan kişilerin sırların açıklanması ve diğer sözleşme kurallarının ihlalini oluşturmayacaktır (Ar. 53/3).³⁵

ii) Etkili Bir Diyalog Geliştirilmesi

Basel Committee on Banking Supervision, finansal krizin dış denetimin kalitesinin artırılması gerektiğini gösterdiği ve bu nedenle de dış denetçiler ile düzenleyici ve denetleyici gözetim otoriteleri arasında bilgi

³⁴ **Directive 2006/48/EC** of The European Parliament and of The Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions. Bu konuda daha önce **Directive 2004/39/EC** of 21 April 2004 on Markets in Financial Instruments ile de benzeri yüküm öngörülmüştü (Art.55). **Directive 2006/73/EC** ile de bu yüküm yatırım kuruluşlarının denetçileri için söz konusudur (Art.20).

³⁵ Bu tür bildirim yükümü ile ilgili kural 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.33/2

alışverişi yapılmasını sağlayacak etkili bir işbirliği yapılmasını tavsiye etmiştir. Bu çerçevede gözetim otoritesi farklı türden işbirliği yapmalarını, örneğin denetçilerden standart denetim raporu ötesinde spesifik amaçları gerçekleştirmelerini talep edebileceklerdir.³⁶

AB, Green Paper raporunda, finansal krizden alınması gereken derslerden birisinin her iki tarafın yararına olacak olan bir diyalogun geliştirmesi gerektiğinin olduğu belirtilmiş ve iki yönlü düzenli bir bilgi paylaşımı sürecinin dizayn edilmesinin diyalogu geliştireceği ifade edilmiştir.³⁷ Bankalar ilgili olarak yayımlanan **Regulation (EU) No 537/2014** ile bankacılık gözetim otoriteleri ile denetçiler arasında Etkili Diyalog (Effective Dialog) oluşturulması istenilmektedir. Düzenlemeye göre, etkili bir diyalogu geliştirmek her iki taraf ait bir sorumluluk olup bu nedenle bilgi verilmesi bilgilerin/sırrın açıklanması ile ilgili yasal hükümler ve sözleşme kurallarının ihlaline neden olmayacaktır (Art. 12/2 ve 12/3).³⁸

Diğer yandan **EBA- European Banking Authority**, gözetim otoriteleri ile denetçiler arasındaki ilişki üzerine bir rehber taslağı yayımlamıştır.³⁹

Avrupa Parlamentosu için **Huizinga** tarafından hazırlanan bir çalışmada, Etkili Diyalogun üç ön koşulunun olduğu belirtilmiştir.⁴⁰ Bunlardan birisi gözetim otoritesinin zayıf bankalar için düzenleyici müsamahayı sona erdirmesidir. Böylece batmış bankaların kurtarılmayarak kapatılması (bail in) söz konusu olabilecektir.

İkinci koşul muhasebe yanlılıkları (accounting bias) konusudur. Çalışmalar sermaye rasyosunda, şu üç durumda yüksek gösterilme yönünde muhasebe yanlılığı içermesinin beklenebileceğini göstermektedir:

³⁶ **BCSB, 2008; BCSB, 2014**

³⁷ European Commission (2010), Green Paper - Audit Policy: Lessons from the Crisis, s.14-15

³⁸ **Commission Regulation (EU) No 537/2014** of The European Parliament and of The Council of 16 April 2014 on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities and repealing Commission Decision 2005/909/EC

³⁹ EBA- European Banking Authority (2015), Consultation Paper - Draft Guidelines on communication between competent authorities supervising credit institutions and statutory auditor(s) and audit firms(s) carrying out the statutory audits of credit institutions, EBA/CP/2015/17, 21 October 2015

⁴⁰ **Huizinga, 2016**

(i) makroekonomik koşulların bozulduğu durumlarda, (ii) gevşek düzenleyici ve denetleyici rejimlerde, (iii) zayıf bankalarda. Gözetim otoritesi denetçi firmaları muhasebe yanlışlıkları konusunda uyarmalı ve denetçinin bu konularda raporlama yapmasını isteyebilmelidir.

Üçüncüsü de gözetim otoritesi, bankaların finansal raporlarında yanlışlığı enazlamak için denetçinin uygun biçimde işbirliği yapmasını sağlayacak gözetim ve teftiş gücünü kullanabilmelidir. Bu nedenle, gözetim otoritesi ve denetçi arasındaki etkili diyalogun sistematik banka muhasebe yanlışlıklarını önlemenin bir yolu olarak kullanımı tercih edilir.

iii) Diğer İlişkiler

Avrupa Parlamentosu için AB’de gözetim otoriteleri ile dış denetçiler arasındaki ilişkileri araştıran bir çalışma yapan *Masciandaro* Üye Devletler arasında önemli uygulama farklılıkları olduğunu belirtmektedir.⁴¹

Buna göre, Üye Ülkelerin çoğunluğunda (24 ülkenin 15’inde; 2 ülkeye ilişkin veri yoktur) dış denetçinin ulusal gözetim otoritesi tarafından kabul edilmesi zorunludur. Bu kabul, bankaların finansal raporlarının sadece yatırımcılar ve piyasa katılımcıları için değil gözetim otoritelerinin kendisi için de önemli bir bilgi kaynağı olmasını sağlar.

Denetçilerin paylaştığı bilgi ve dökümanlar konusunda AB ülkelerinde uygulamalar farklıdır. Bütün ülkelerde gözetim otoritesi denetim raporunun bir kopyasını almaktadır. Ülkelerin yarısından biraz fazlasında (% 56) gözetim otoritesi denetçi tarafından banka yönetimine yazılan mektubun da bir kopyasını alırlar. Denetçinin bankanın denetim komitesine gönderdiği diğer bilgileri de alan ülke sayısı yarısından daha azdır (%46).

Gözetim otoritesi ile denetçi diyalogu düzenli bir bazda sadece 12 ülkede uygulanırken 13 ülkede istisnai olarak uygulanmakta ve 3 ülkede de bir diyalog bulunmamaktadır.

İlişkinin ve işbirliğinin en gelişmiş hali olan gözetim görevlerinin kısmi veya düzenli bir biçimde geçirilmesi çok nadir bir uygulamadır. 18 ülkede, gözetim otoriteleri dış denetçiler hiçbir gözetim görevini asla vermeyeceklerini söylerken 6 ülkede istisnai olarak gözetim ile ilgili

⁴¹ *Masciandaro, 2015*

görev verilmektedir. Düzenli gözetim görev ise sadece 2 ülkede verilmektedir.

Ancak, bankaların gözetiminde özel aktörlerin kamusal amaçlar uygulama işine girişmelerinin riskleri vardır. Denetim firmalarının bu tür bir işe girişmelerinin iki türlü faktörün değerlendirilmesini gerektirir: fırsat maliyetleri ve denetimin kalitesi.

Denetçilerin gözetim işine girmelerinin iki tür farklı fırsat maliyeti yarattığı söylenebilir. Bunlar parasal maliyetler ve repütasyon maaliyetleridir. Parasal maliyet belirli bir görevin gözetim otoritesi tarafından denetçiye verilmesi halinde ortaya çıkar. Repütasyon maliyeti ise, denetçilerin düzenlemeye tabi firmalarla psikolojik bakımdan yakın ilişkisi olan özel kuruluşlar oldukları düşüncesini yagınlaştırabilir.⁴²

d) Muhasebe Kurallarının Dayatımı

Bir başka önemli konu, banka finansal tablolarının önemli bir bilgi kaynağı olması nedeniyle muhasebe kurallarının doğru uygulanmasını ve muhasebe yanlış gösterimlerinin (accounting misstatements) düzeltilmesini sağlamak ile kimin görevli ve yetkili olduğudur.⁴³

Muhasebe kurallarının dayatımı konusu eskiden beri düzenlemelerin önem verdiği bir konu olsa da muhasebe skandalları ve finansal krizler muhasebe kurallarının dayatımı konusunun önemini artırmıştır. Bu konuda daha ayrıntılı kurallar getirilmiş ve bu konuda görevlendirilen kurum ve kuruluşların görev ve yetkiler daha açık ve ayrıntılı yazılmış ve yaptırım güçleri artırılmıştır.

Bankacılık gözetimi ve denetimi ile ilgili gözetim otoritesi kuşkusuz çoğunlukla muhasebe kurallarının dayatımı konusunda yetkili ve görevlidir. Bankacılıkta muhasebe kurallarının dayatımı konusu ihtiyati gözetim otoritesinin (prudential supervisor) görev alanı dışındadır. Ancak AB’de bu konuda merkez bankasını yetkili kılan az sayıda ülke vardır. Burada daha ziyade bankacılığı düzenleyici ve denetleyici otoriteler yetkilidirler. Ayrıca, sermaye piyasası araçları halk arzedilmiş olan şirketler için sermaye piyasalarını düzenleyen otoriteler de yetkilidir. Bazen de dayatım süreci tamamen ya da kısmen kamu tarafından tayin edilmiş özel kuruluşlara da verilmektedir.

⁴² Masciandaro, 2015

⁴³ Magnus, 2015, s. 4

Ülkemizde de bankaların muhasebe kurallarının dayatımında birincil görevli kurum BDDK'dur. (BnkKn m.33, 37, 38, 65, 82, 93, 95, 146, 156). Diğer yandan, SPKr.' da sermaye piyasası araçlarını ihraç eden şirketlerle ilgili olarak muhasebe kurallarının dayatımında görev ve yetkiye sahiptir (SPKn. m.14, 32, 88, 89, 103, 112, 128). Ayrıca 660 sayılı KHK uyarınca KGK, muhasebe standartları ve denetimi konusunda özel görevli organ olarak dayatım yetkilerine sahiptir (60 sayılı KHK m. 9, 12, 23, 25, 26, 27). 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu bankaya bilgi isteme yetkisi ile banka bilanço ve raporları konusunda görev ve yetki vermekle ve bunu yaptırıma bağlamakla birlikte (m.43, 68/III/b) bu yetkinin muhasebe kuarallarının dayatımı konusunda bir yetki olduğu kanımızca kuşkuludur.

e) Sorumluluk Kuralları

McKinnon (2015), hukuksal sorumluluk reformunu yoğunlaşmaya karşı bir önlem olarak önermektedir. Ancak sorumluluk kurallarının nasıl tanzim edildiği sadece yoğunlaşma değil denetimin kalitesi ve hukuk sisteminin kişilerin başkaların eylemleri nedeniyle karşılaşacakları zararın telafisi yollarının yanlış ve bozucu müşevviklere yol açmadan çözümlenmesi açısından da önemlidir. Diğer yandan piyasalarda güvenin tesisi açısından da sorumluluk kurallarının önemli bir etkisi vardır. Muhasebe skandalları sorumluluk kurallarının sıkılaştırılması konusunun tartışılmasını da beraberinde getirmiştir.

Denetçilerin, denetim ile ilgili görevlerini ve işlerini yerine getiren eylemlerinden, kusurlu hareketlerinden, görevlerinin ihlal ve ihmal etmelerinden dolayı ortaya çıkabilecek iki tür sorumluluğu bulunmaktadır. Bunlardan birisi bu eylem ve işlemlerin yaptırım hukuku tarafından suç olarak tanımlanması nedeniyle ortaya çıkabilecek ceza sorumluluğudur. İdari yaptırımlar ve önlemler de yaptırım hukununun bir parçasıdır. İkinci tür sorumluluk ise denetçinin eylem ve işlemleri nedeniyle denetlediği şirkete ve üçüncü kişilere karşı doğan ve özel hukuk ya da tazminat hukuku sorumluluğu diyebileceğimiz hukuksal sorumluluktur. Burada tartıştığımız bu ikinci tür sorumluluktur.

Denetçilerin sorumluluğu oldukça tartışmalı bir konu olagelmiştir. Aslında denetçilerin sorumluluğunun ele alınışı ülkenin içerisinde bulunduğu hukuk sistemi ailesi ile de yakından ilgilidir. *Shleifer-Vishny, (1997)* ile *La Porta e.al.(1998)*, ülkeleri hukuk aileleri ya da sistemleri bakımından sınıflandırmışlardır. Gelişmiş ülkeler ile arasında Türki-

ye'nin de yer aldığı gelişmekte olan ekonomiler ya common law ya da civil law hukuk ailesinde yer almaktadırlar. ABD, Avustralya, Birleşik Krallık, Kanada, Yeni Zelanda gibi anglo sakson kökenli ülkeler common law sistemi içerisinde yer alırken, Birleşik Krallık ve İrlanda hariç AB ülkeleri ile Japonya, Güney Kore gibi ülkeler civil law sisteminde yer almaktadır. Civil law ülkeleri de Fransız, Alman, İskandinav Hukuk çevresi olarak ayrılabilir. Tarihsel önemi olan bu ayırımı küreselleşme ile hukuksal düzenlemelerin birbirlerine yaklaşmasına rağmen etkisini hala sürdürmektedir. Bu çerçevede denetçinin sorumluluğuna ilişkin kuralları ele alırken hukuk sistemleri arasındaki bu farklılaşmaları da dikkate almak gerekir.

Denetçilerin sorumluluğunu da yöneldikleri kişiler bakımından ikiye ayırabiliriz.

Sorumluluğun yöneldiği birinci tür kişi denetçinin denetim sözleşmesi yaptığı şirket olup denetçi şirkete karşı sözleşmesel bir yüküm altındadır. İkinci grubu ise denetçinin özen borcu olduğu diğer kişiler oluşturmaktadır. Diğer kişiler grubuna şirketin pay sahipleri, şirketin alacaklıları, şirkete kredi açan kurumlar ve kararlarında denetim raporunu kullanan diğer kişiler girmektedir. Bu kişiler ile denetçi arasında sözleşmesel bir ilişki kurulması olağan bir durum değildir. Tarihsel olarak denetçinin sorumluluğu hukuksal olarak ele alınması bu iki grup açısından farklılaşma göstermiştir. Kuşkusuz denetçi ile denetlediği firma arasında bir sözleşme yapılarak denetim ile ilgili hususlar belirlenirken aynı zamanda denetçinin de şirkete karşı olan hukuksal sorumluluğu konusunda bir sözleşmesel düzenleme yapılabilir. Ancak denetçinin finansal tabloları denetlemesi ve onlar hakkında hazırladığı denetim raporu zaman içerisinde denetçi ve şirket arasında kalan bir döküman olma özelliğini kaybetmiş ve kamuoyuna gönüllü olarak veya zorunlu olarak açıklanmaya başlamıştır. Nitekim denetimin kendisinin nihai amacı da finansal tablolara olan güveni sağlamak olmuştur. Bu çerçevede halka arzedilen sermaye piyasası araçlarının halka arzında hazırlanan denetim raporları halka arz sürecinin önemli ve zorunlu bir parçasıdır. Denetlenmiş finansal tablolar şirkete kredi veren kuruluşlar açısından önemlidir. Şirket alacaklıları da denetim raporuna güvenerek şirketle olan iş ilişkilerini belirleyebilirler. Bu çerçevede şirketin denetim raporunu karar alma sürecinde kullanan ve ona dayanarak işlem yapan yatırımcılar, pay sahipleri, kreditorler, alacaklılar vd. çoğunlukla denetim firması ile sözleşmesel ilişkisi olmayan kişi ve kuruluşlardır. Buna karşılık düzenlenmiş bir ala-

nın ürettiği denetim raporuna dayanarak karar almakta ve yatırım yapmaktadırlar. Bu nedenle aralarında sözleşmesel bir ilişki olmasa bile denetçi hazırladığı raporunu kullanan kişilere karşı aslında bir özen borcu altındadır. Bağımsız dış denetim firmaları, “gatekeepers” olarak nitelenen finansal piyasalarda güveni ve gözetimi sağlayıcı kuruluşlar arasında yer almaktadırlar. Diğer yandan bu tür kuruluşların faaliyetleri önemli ölçüde düzenlemeye tabi tutulmuş olup kamusal ya da kamu yararı olan bir görev yapmaktadırlar. Bu nedenlerle piyasa katılımcıları ile denetim firmaları arasında güvene dayalı bir ilişki söz konusudur.⁴⁴

1970’li ve 1980’li yıllarda denetçilerin özen borcu olduğu düşünülen diğer kişilerin kapsamı sürekli genişletilmiş ve sonunda denetim görüşüne dayanan herhangi makul bir pay sahibinin denetçiye karşı hukuksal talepte bulunabileceği kabul edilir hale gelmiştir.⁴⁵

1990 yılında 7. Büyük Denetim firmasının (Lavanthol & Howart) iflasi o tarihe kadar ABD’inde karşılaşılmış olan en büyük profesyonel meslek şirketinin batışı idi. Bu batışın temel nedeni şirketin ağır sorumluluk yükü idi. Ancak 2001’de Enron’un çöküşünün ardından birbirini izleyen skandallar nedeniyle çıkarılan SOX ve diğer düzenlemelerle birlikte common law ülkeleri olan ABD, Avusturalya, Birleşik Krallık, Kanada, Yeni Zelanda’da denetçilerin doğrudan ve dolaylı olarak sorumluluklarını artıran düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁶

Buna karşılık SOX yayımlandıktan sonra AB ülkelerinde özellikle de Almanya ve Fransa bu yasadaki değişikliklerden Anglo Sakson ülkelere kıyasla çok etkilenmemişlerdir. Çünkü bu iki ülkede denetçinin sorumluluğu özellikle de denetçinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu muhasebe skandallarından önce getirilmiştir. Almanya ve Fransa üçüncü taraflara karşı denetçinin sorumluluğu konusunda yüksek standartlara sahiptiler ve bu konuda lider olarak kabul edilebilirler. Almanya ve Fransa’da denetçinin üçüncü taraflara olan sorumluluğu civil law yaklaşımına uygun bir biçimde haksız fiil ilkesine dayanırken ABD, Avustralya, Birleşik Krallık, Kanada, Yeni Zelanda gibi common law ülkelerinde denetçi-

⁴⁴ Denetçinin üçüncü kişilere karşı güven sorumluluğu için bkz. *Kocabıyık, 2018*, s. 209 vd.

⁴⁵ Bu konuda *Huss, 1991; Samsonova et.al., 2010*.

⁴⁶ Bu konuda kıyaslamalı bir analiz için bkz. *Abdussamed, 2015; Baker-Quick, 1996; Bush e.al., 2007; Chung et.al., 2010; Houry, 2001; Pacini-Hillison-Sinason, 2000; Pacini-Martin-Hamilton, 2000; Pritchard-Puri, 2006; Ryan, 2005;*

lerin sorumluluğunu kabul eden kurallar büyük ölçüde sözleşmesel yüküme dayanmakta olup bu hukuklarda haksız fiile dayanan karar oluşturmak zor olmaktadır.⁴⁷

Tarihsel olarak bakıldığında sorumluluk konusunda reform denildiğinde çoğunlukla 4 Büyük denetim firmasının sorumluluk hukuku nedeniyle yapılacak taleplere ve tazminatlara bir üst sınır getirilmesi istekleri olarak ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk sorumluluğuna bir üst sınır getirilmesi, denetim firmalarına karşı yıkıcı hukuksal takiplerin riskini azaltacağı gibi riskin sigortalanmasına da olanak sağlayacağı ileriye sürülmüştür. Buna karşılık sorumluluğa bir üst sınır getirilmesinin denetim kalitesi üzerinde olumsuz etki yapacağı ve sınırın zarar gören tarafların zararlarının yeterince tazmin edilememesi riski yaratacağı ileriye sürülmüştür. Diğer yandan 4 Büyük Firma suç hukuku açısından da bütün firmayı sorumlu tutmak yerine sorumluluğun olayda sorumluluğu olan bireysel ortak ve denetçiler ile sınırlı tutulmasını önermişlerdir. Buna Enron olayı sonrasında Arthur Andersen'in Texas ofisindeki birkaç ortak ve denetçinin eylemlerinden bütün firmanın sorumlu tutulmasının orantısız bir yaptırıma dönüştüğü örnek olarak verilmektedir.⁴⁸

Gerçekten de 2008 Küresel Finansal Krizin ardından düzenleyici kurumlar (SEC, FDIC gibi) ve yatırımcılar tarafından muhasebe denetim firmalarına karşı büyük tutarlı çok sayıda sorumluluk davaları açılmıştır. Bunların arasında KPMG'ye karşı batan eşik altı kreditorü New Century için açılan 1 milyar USD'lik dava ile Lehman Brother nedeniyle Ernst & Young'a, Colonial Bank nedeniyle Deloitte ve PwC'ye; AIG nedeniyle PwC'ye; FanniMae için Deloitte & Touhe'a; Bearn Sterns için Deloitte'e karşı açılan davaları belirtilebiliriz.⁴⁹

1995 yılında The International Federation of Accountants-IFAC denetçilerin sorumluluğu konusunda 36 ülkede 47 organizasyonu kapsayan bir araştırma yapmış ve ankete katılanlar konunun uluslararası düzeyde ele alınması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁵⁰

⁴⁷ *Chung et.al., 2010, s. 75*

⁴⁸ *McKinnon, 2015, 564-565..* Denetçinin sorumluluğu konusunda iki ayrı uç görüşü temsil eden bir tartışma için bkz. *Coffee, 2002 ve Choi-Pritchard, 2003*. Sorumluluğun sınırlanması yöntemleri için bkz. *Ari, 2012, s.189 vd.*

⁴⁹ Denetçilere karşı açılan davalar için bkz. www.claimsjournal.com

⁵⁰ IFAC (1995), Auditors' Legal Liability in the Global Marketplace: A Case for Limitation, November

Hukuk sistemlerindeki farklılıklar ile uluslararası gelişmeleri etkilemeleri nedeniyle konuyu önce ABD hukuku ve AB Düzenlemeleri açısından kısaca hatırlatacağız. AB içinde de ayrıık özellikleri nedeniyle Almanya ve Fransa'ya denetçinin sorumluluğu hukuku açısından da değinmek isitiyoruz.

i) A.B.D.

ABD'de, denetçinin diğer kişilere karşı sorumlu olması kavramı 1933 ve 1934 tarihli Federal Menkul Kıymet yasalarına dayanmaktadır.⁵¹ Ancak, denetçinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu konusu Federal bir düzenleme konusu olmaktan ziyade bir eyalet hukuku konusu olmuştur. Her eyalette, denetçinin üçüncü taraflara olan sorumluluklarının değışik derecelerde düzenleyen eyalet menkul kıymetler yasaları bulunmaktadır.⁵² ABD'de eyaletler tarafından denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan özen borcundan (duty of care) kaynaklanan sorumluluklarında esas itibariyle dört temel standart geliştirilmiştir. Bu standartlar değışik eyaletlerde değışik biçimlerde uygulanmaktadır.⁵³

1) Privity Rule (İliş i Kuralı): Bu en kısıtlayıcı standart olup denetçi ve üçüncü taraf arasında üçüncü tarafın denetçiye karşı kusur ve ihmali yöneltebileceği sözleşmesel bir ilişki veya doğrudan bağlantı olmalıdır. Bu standart ilk kez 1919 yılında verilen mahkeme kararı (Lan-dell v. Lybrand, 107A 783) ile tesis edilmiştir.

2) Near-Privity Standard (İliş iye Yakınlık Standartı): Bu standart ilk kez 1931 yılında verilen bir kararla (Ultrameres Corp. v. Touche, Niven & Co.174 N.E. 441, NY, 1931) tesis edilmiş ve daha sonra 1985'de verilen bir kararla da (Credit Alliance v. Arthur Andersen & Co., 483, N.E. 2d110, NY, 1985) açık hale gelmiştir. Bu standarda göre, sözleşmesel bir ilişkisi olmayan üçüncü kişilere karşı denetim firmasının sorumlu tutulabilmesi için üç koşulun karşılanması gerekmektedir: (i) Denetçi finansal raporların özel bir amaçla kullanıldığını bilmelidir.(ii)

⁵¹ Securities Act of 1933, § 19(a), 15 U.S.C. §77s (a) ve Securities Exchange Act of 1934, §§ 4(a), 210, 15 U.S.C. 78d (a).

⁵² Abdussamed, 2015; Baker-Quick, 1996; Wegman, 2007

⁵³ Abdussamed, 2015, s. 158 vd. ; Anderson, 1968; Chung et.al., 2010; Orlinski, 1994

Taraf veya taraflar bu raporlara güvenebilecekleri niyetinde olmalıdırlar. (iii) Güvenen taraf ile denetçiyi bağlayan bir davranış olmalıdır.⁵⁴

3) The restatement rule: Bu standart ilk kez 1968 yılında uygulanmıştır (Rusch Factors v. Levin, 284 F.Supp. 85, D.R.I, 1968). Standart ile denetçinin yüküm borcu nedeniyle sorumlu olduğu kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Belirlenebilir ya da belirlenemeyen ancak bilgiye güvenecek kişiler de kapsam alınmıştır. Eğer denetçinin bilginin üçüncü kişiye de verileceğine olan inanmak için bir nedeni yoksa veya bilginin kullanımı denetçinin riskini önemli ölçüde artıracak biçimde değiştiriliyorsa denetçi bu gruplara karşı sorumlu değildir. Restatement ile near-privity standartları arasındaki fark restatement rule'un spesifik üçüncü tarafların kimliğinin denetçi tarafından bilinmesini gerektirmemesidir. Bunların sadece denetçi tarafından bilinen sınırlı bir grubun içinde yer almaları yeterlidir.⁵⁵

4) The reasonable foreseeability rule (Makul öngörülebilirlik Kuralı): Denetçinin üçüncü taraflara olan sorumluluğu 1983 yılında makul öngörülebilirlik kuralı ile genişletilmiştir (Rosenblum v. Adler, 461 A.2d 138, N.J., 1983). Bu standarta göre, denetçinin makul bir öngörüyle bilebileceği, denetlenmiş tabloları alacak ve onlara güvenecek olan herkese karşı yükümü vardır. Yüküm sadece uygun bir ticari amaçla şirketten alınmış olan denetlenmiş tablolardan kararı etkilenmiş kişilere karşı genişletilebilir. Ayrıca yüküm, firmanın finansal tablolarını denetlenmiş firmadan doğrudan alan kişilere karşı genişletilebilir.⁵⁶

Ancak ABD'de SOX'un ardından denetçinin sorumluluğunda önemli gelişmeler ortaya çıkmıştır. SOX, denetçinin özen borcu olduğu üçüncü tarafların kapsamını genişleterek veya özellikle belirterek denetçilerin üçüncü taraflara karşı olan sorumluluğunu artırmıştır. SOX, denetçi firmaların ek raporlar hazırlamalarını, finansal raporlara açıklama eklemelerini veya kendileri hakkında yeni raporlar hazırlamalarını öngörerek de denetçinin sorumluluğunu ayrıca artırmıştır. Üçüncü taraflar yatırım ve kredi verme kararlarını bu yeni bilgilere dayanarak alabileceklerinden daha önce olmayan bu bilgiler üçüncü taraflara olan sorumluluğun artmasına neden olur (SOX 102(b)(2)(E), 102 (b)(2)(H),

⁵⁴ Abdussamed, 2015, ss. 173-176 ; Chung et.al., 2010

⁵⁵ Abdussamed, 2015, ss. 181-189 ; Chung et.al., 2010

⁵⁶ Abdussamed, 2015, ss.177-181 ; Chung et.al., 2010

401(a)(j), 402, 407). Diğer yandan SOX kuralların ihlali halinde uygulanacak yaptırımları da artırmıştır (3(b)(1), 305(b)(8)(3)).⁵⁷

ii) Avrupa Birliği

AB'de denetçinin yasal sorumluluğuna ilişkin olan ilginin tarihi eskidir.

Bu konudaki ilk çalışma 1972 yılında hazırlanan 5. Şirketler Hukuku Direktifinin ilk tasarısı ile gündeme gelmiştir. Bu tasarı ya da taslak ilke olarak denetçinin şirkete, şirket ortaklarına ve üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumlu olması öngörülmekte ve üye devletlerin denetçinin hukukî sorumluluğunu düzenlemesi öngörülmekte idi. Ancak bu taslak ile çalışmalar sürüncemede kalmıştır. Komisyon 1983 yılında 5. Şirketler Hukuku Direktifi önerisi açıklanmıştır. Bu öneride artık denetçilerin sorumluluğu konusu yer almamıştır.

5. Şirketler Hukuku Direktifinin 1996 yılında hazırlanan orjinal teklifinde denetçinin üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumluluğu önerilmişti. Ancak değiştirilen Direktif önerisinde denetçinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunda doğrudan bir kural yer almamış ve denetçinin sadece denetim firmasına karşı olan sorumluluğu öngörülmüş idi. Direktif çalışmaları sırasında konunun Üye Ülkeler tarafından özel hukuk sorumluluğu içinde çözülmesi gerektiği düşünülmüştü. Denetçinin yasal sorumluluğu hazırlanan bir Green Paper ile de ele alınmıştır.⁵⁸

AB tarafından yayımlanan ve muhasebe düzenlemelerinde önemli bir modernleşmeyi içeren Directive 2006/43/EC denetçilerin sorumluluğunu konusunu düzenlemek yerine ileriye bırakmıştır (Art. 31).⁵⁹ AB

⁵⁷ Bu konuda *Chung et al., 2010; Wegman, 2007*

⁵⁸ European Commission (1996a). The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union. Green Paper.

Ayrıca Beijing, W., Maijoor, St., Meuwissen, R. and Van Witteloostuijn, A., The role, position and liability of the statutory auditor within the European Union, final report of the study, MARC, March 1996, Maastricht.

Green paper ile ilgili olarak *Doğan, 2018*, s.132-143.

⁵⁹ **Directive 2006/43/EC** of The European Parliament and of The Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253.

AB'de denetçininin sorumluluğu konusunda *Doğan, 2018*, ss. 129 vd.; *Flores, 2011; Samsonova-Taddei-Humphrey, 2015; Samsonova et al., 2010*

Komisyonu daha sonra denetçilerin sorumluluğu konusunda London Economics isimli bir danışmanlık kuruluşuna orjinal teklif metninde etki analizi içeren bir rapor hazırlatmıştır.⁶⁰ Bu rapora göre, büyük firmalar için denetim pazarındaki yüksek yoğunlaşmanın değişmesi pek olası değildir ve ister ticari isterse öz-sigorta (self-insurance) olsun sigorta koruması 4 Büyük Firmaların karşılaşacağı büyük sorumluluk davalarından kaynaklanacak risklerini karşılama da yetersiz kalcaktır. Bu nedenle de denetçilerin sorumluluklarının sınırlanması zorunludur.

Haziran 2008’de Avrupa Komisyonu Üye Devletlere, muhasebe denetim firmalarının hukuksal sorumluluklarına sınırlayıcı kararlar almaları ve her ülkenin kendisinin bağımsız olarak bir sınırlama yöntemi seçmesi ve tam bir beyaz sayfa (carte blanche) açmaları konusunda tavsiyede bulunmuştur.⁶¹ AB İç Pazar Komiyonu Başkanının sözleriyle ifade edilir ise yetersiz sigorta şemsiyesi ile sınırsız sorumluluğun kombinasyonu artık makul olmadığı için bu zorunlu idi.⁶²

Commission Recommendation (2008/473/EC) sorumluluğun sınırlanması konusunda bazı temel ilkeler tavsiye etmiştir.⁶³ Bunlar;

- (i) Denetim firmaların kasti ihlaller hariç profesyonel ya da mesleki görevlerini ihlal etmeleri halinde özel hukuk sorumluluğu sınırlanmalıdır.
- (ii) Sorumluluğun sınırlanması, denetlenmiş şirkete ve ulusal hukuka göre tazminat talebinde bulunabilecek üçüncü kişilere karşı olmalıdır.
- (iii) Özel hukuk sorumluluğunun sınırlanması, zarar gören tarafların adil bir biçimde tazmin edilmelerini önlenmemelidir.

2008/473/EC sayılı Tavsiye sorumluluğu sınırlama konusunda uygulanabilecek yöntemler konusunda tavsiyelerde bulunmuştur. Üye Devletler sorumluluğu sınırlamak için önlemler almalıydılar. Bu amaçla şu yöntemlerden bir veya daha fazlası kullanılabilir (5):

⁶⁰ EU: Economics London (Prof. Ralf Ewert ile birlikte), Study on the Economic Impact of Auditors’ Liability Regimes, (MARKT/2005/24/F) September 2006. Ayrıca bkz. **European Commission, (2008b)**. Impact assessment, accompanying document to the Commission recommendation Concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms. Brussels: European Commission. Bu rapor konusunda bkz. **Doğan, 2018**, s.137-139.

⁶¹ **Commission Recommendation (2008/473/EC)** of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms

⁶² European Commission, (2008a), Auditing: Commission issues recommendation on limiting audit firms’ liability. MEMO/08/366. Brussels: European Commission

⁶³ Bu tavsiye düzenlemesi için ayrıca bkz. **Doğan, 2018**, s. 139-141; **Philipsen, 2014**.

(1) Sorumluluk için maksimum bir sınır koymak veya bir miktarı belirlemek için bir formülün kullanımını sağlamak.

(2) Denetçinin talep eden bir kişinin karşılaştığı zarara fiili katkısının ötesinde sorumlu olmadığına ve bu sorumluluğunun diğer kusurlu kişilerle birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluk şeklinde olmadığına ilişkin bir ilkeler seti belirlemek.

(3) Denetlenen firma ile denetçinin sorumluluğu bir anlaşma ile sınırlamaları konusunda anlaşabilmelerini sağlamak.

Söz konusu yöntemlerden bir veya daha fazlasını seçmeden önce Üye Devletler seçtikleri yöntemlerin finansal piyasalar, yatırımcılar ile denetimin kalitesi, risklerin sigortalanabilirliği ve şirket üzerindeki etkilerini dikkate almalıdırlar (7)

Sorumluluğun bir anlaşma ile sınırlanması halinde ise Üye Devletler aşağıdaki koşulların karşılanmasını da sağlamalıdırlar (6):

(a) Anlaşma yargı denetimine tabidir.

(b) Sınırlama anlaşması Direktif 78/660/EC'de belirtilen (Art 50b) denetlenen şirketin yönetim, icra ve denetim (administrative, management, supervisory) organlarının üyeleri tarafından oybirliği ile (collectively) kabul edilmelidir. Bir grup denetimi halinde ise Directive 83/349/EEC'de belirtilen (Art. 36a) denetlenen şirketin pay sahipleri tarafından kabul edilmelidir.

(c) Sorumluluğun sınırlanması ve bundaki değişiklikler şirketin yayınlanan hesap notlarında açıklanmalıdır.

AB'nin bu tavsiyesinin yayımlanmasının hemen ardından 2008 Finansal Krizi çıkmış ve denetçilerin Krizde sorumluluğu yoğun bir tartışma konusu olmuştur. Ancak bu Tavsiye yayımlandığında 27 Üye ülke kendi iç hukuklarıyla uyumlu biçimde denetçilerin sorumluluğuna sınırlama getirmişti. Daha sonra diğer üye ülkelerin çoğunluğunda da bu Tavsiye çerçevesinde iç hukuk düzenlemelerini gerçekleştirmişlerdir.

iii) Almanya

Almanya'da denetçilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin tarihi 1930 yılına kadar gitmektedir.⁶⁴

⁶⁴ Türk Hukuku ile Alman Hukukunda denetçinin sorumluluk hukukunu kıyaslamalı olarak ele alan bir çalışma için bkz. *Doğan, 2018*. Almanya'da denetçi sorumluluğunun tarihsel gelişim için s.32-39.

Almanya’da yasa denetçilere güven yükümü yüklemekte olup denetçi profesyonel görevini bağımsız, güvenilir, dürüst ve kişisel olarak sorumluluğuna müdrük biçimde yerine getirilmelidir.⁶⁵

Denetçinin sorumluluğu, ticaret hukukunda şirket denetçileri için sözleşmesel sorumluluğun öngörüldüğü kural (HGB - Handelsgesetzbuch § 323) yanısıra haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. HGB § 323’e göre, denetçi ve yardımcıları ile denetim firmasının yasal temsilcilerine doğru genişletilebilmektedir. Denetçiye sorumluluk yöneltilmesi için görevlerini bilerek veya ihmal ile yerine getirmemiş olmalıdır. Denetçinin sözleşmesel sorumluluğu denetim başına 1 milyon EUR ve borsa kotundaki şirketler için 4 milyon EUR ile sınırlanmıştır.

Sözleşmesel sorumluluk 1985 yılında çıkarılan ve AB’nin 4.,7. ve 8. Direktiflerini Alman iç hukukuna aktaran Alman Bilanço Kanunu ile her bir denetim için 100 bin DM olan sınırı 500 bin DM’a çıkarmıştır.⁶⁶ Mayıs 1998’de yürürlüğe giren KonTraG⁶⁷ sorumluluk sınırını denetim başına 2 milyon DM ve borsada kayıtlı şirket için 8 milyon DM’a çıkarmıştı.

Alman mahkemeleri denetçilerin sorumluluğu konusunda üçüncü taraflarca yapılan talepler için iki yaklaşım geliştirmişlerdir.⁶⁸

(i) Üçüncü Taraf İçin Koruma Etkili Sözleşmesel İlişki Bunun uygulanabilmesi için üç koşul karşılanmalıdır. (1) Üçüncü taraf, pay sahibi ve kredi veren gibi, denetçinin çalışması ile yakından ilgili bir kişi olmalıdır. Bu kişiler kararlarının temel dayanaklarından birisi olarak denetim görüşüne dayanmalıdırlar. (2) Açık bir biçimde ifade edilemesine gerek olmasa bile sözleşmedeki tarafların arzusu üçüncü tarafları sözleşmeye dahil olarak görme olmalıdır. (3) Denetçi, üçüncü partilerin dahil edildiğinin, onların denetime güven duyduklarının ve bilgiyi karar almada kullanacaklarının ayırında olmasıdır.

(ii) Zimni Bilgi Sözleşmesi: Bilgiye uygulanacak zimni bir sözleşmede mahkemeler bir müşteriye bilgi sunan denetçinin müşterinin bilgiyi üçüncü tarafa onu etkilemek için vereceğinin ayırında olması

⁶⁵ WPO-Wirtschaftsprüferordnung § 43

⁶⁶ Bilanzrichtlinien-Gesetz

⁶⁷ Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich

⁶⁸ *Chung et.al.2010; De Poorter, 2008; Gietzman-Quick, 1998; Köhler et.al., 2008; Quick, 1996*

gerektiği; bu nedenle verilen bilginin doğru ve tam olmasından üçüncü taraf sorumlu olması gerektiğine karar vermektedirler.

iv) Fransa

Fransa’da düzenlemeler denetçilerin üçüncü taraflara kaşı sorumlu olduğunu açıkça düzenlemekte olup denetçinin sorumluluğu sözleşmesel bir ilişkiden ziyade haksız fiile dayandırılmıştır. Denetçi kamusal yarar misyonuna sahiptir ve bu misyon sözleşmelerde değil kanun ve düzenlemeler ile tanımlanmıştır. Şirketler Hukukuna göre⁶⁹, denetçi mesleki görevlerini kasten veya ihmal ederek ihlal etmesi halinde müşterisine ve üçüncü taraflara verdiği zararlardan sorumludur. Ancak denetçi ihlalleri bilmedikçe ve bunları saklamadıkça, müşterisinin yöneticilerinin yasaları ihlalinin sorumlu değildir. Denetçiler sadece kendi kusurlarından sorumludurlar ve kusurları yöneticilerin kusurları ile ikame edilemez. Bu nedenle Fransa’da denetçiler denetlenen şirkete, onun pay sahiplerine ve diğer üçüncü kişilere karşı hukuken sorumludurlar. Denetçinin sorumluluğu haksız fiile dayanmakta olup denetçinin kamu çıkarını kollama görevine sahip olması nedeniyle bu kural denetçinin sorumluluğunda geniş olarak yorumlanmaktadır. Sorumluluğun genel kuralı Medeni Kanununda yer almakta (Code Civile, art. 1382,1383) olup denetçinin profesyonel görevlerini ihlalinin hukuksal sorumluluğu genel sorumluluk hukunun özel bir halidir. Bu nedenle sorumluluk talebinde bulunmak için kusur, zarar ve bu ikisinin arasındaki nedensellik bağı kanıtlanmalıdır.⁷⁰

v) Türkiye

6762 sayılı eski TTK’unda bağımsız dış denetim düzenlenmemiş idi. Bağımsız dış denetim ve denetçilerle ilgili düzenlemeler 2011 yılında yayımlanan 6102 sayılı TTK ve 660 sayılı KHK ile düzenlenmiştir.⁷¹ Bu iki yeni düzenleme AB düzenlemelerine uyumlu olarak dış denetimi düzenlemişlerdir. Bu düzenlemelerin çıkarılmasında AB’ye uyum çabaları kadar ülkemizde yaşanan 2000 Krizi ile dünyada yaşanan 2008 Krizinin etkisi olduğunu söylemeliyiz.

⁶⁹ Loi sure les Societes Commercials no 66-537, article 234, section 1 ve 2

⁷⁰ *Baker-Quick, 1996; Chung et.al., 2010; Khoury, 2001*

⁷¹ Türk Hukukunda denetçilerin sorumluluğu konusunda bkz. *Ari, 2012; Kocabıyık, 2018; Doğan, 2018; Özkorkut, 2013; Topçuoğlu, 2012; Urkan, 2016*

6102 sayılı TTK, ilke olarak denetçilerin yıl sonu ve konsolide finansal rapor ve tablolarını denetleyen denetçilerin ve özel denetçilerin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına verdikleri zarar dolayısıyla sorumlu olduklarını; kusuru ise iddia edenin ispatlaması gerektiğini öngörmüştür (TTK m.554). Buradaki sorumluluk kanuni görevlerin yerine getirilmesi ile ilgilidir.

660 sayılı KHK de “Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler; denetledikleri finansal tablo, bilgi ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar.” diyerek TTK’na paralel bir düzenleme getirmiştir (m.24). Ancak burada bu sorumluluğun kime karşı olduğu açıkça söylenirse de burada TTK m.554’dekinden daha geniş bir sorumluluk hali söz konusu olduğu kanısındayız. Bu nedenle şirket, şirketin pay sahipleri, alacaklılar ve denetim raporuna dayanarak aldığı kararlardan ekonomik açıdan etkilenen başka herhangi bir kişi denetim raporu ile zararı arasındaki ilişkiyi kanıtlamak koşuluyla talepte bulunabilmelidir.

Diğer yandan Bankacılık Kanunu, bağımsız denetim kuruluşlarının BnkKn. uyarınca yaptıkları faaliyetler dolayısıyla üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu olduklarını öngörmüştür (BnkKn. m.33/1).

6362 sayılı SPKn. da bağımsız denetim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre; “Bağımsız denetim kuruluşları, görevlerinin kapsamıyla sınırlı olmak üzere, denetledikleri finansal tablo ve raporların mevzuata uygun olarak denetlenmemesi nedeniyle doğabilecek zararlardan raporu imzalayanlarla birlikte sorumludur. Bağımsız denetim kuruluşları ile derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları, faaliyetleri neticesinde düzenledikleri raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla neden oldukları zararlardan sorumludurlar.”(SPKn. m.63).⁷²

⁷² Denetçilerin sermaye piyasası hukuk bakımından sorumluluğu için bkz. **Urkan, 2016**. SPKn. kasıtlı olarak yanlış veya bağımsız denetim raporu düzenlemeyi ve düzenlettirmeyi “raporlarda usulsüzlük” suçu olarak tanımlamış ve ceza yaptırımına bağlamıştır (SPKn. m.112/2/ç)

TTK m. 554, 660 sayılı KHK m. 24; 6362 sayılı SPKn. m.63 ve 5411 sayılı BnkKn.' m.33'deki sorumluluk Türk Borçlar Kanunu m.49 vd.'ında düzenlenen haksız fiil sorumluluğudur.

Diğer yandan TTK denetçilerin görevleri nedeiyle öğrendikleri sırları saklamaları yükümü getirmiştir. Bu yüküm şirkete karşıdır (TTK m.404/1). Kanun bu sorumluluğu her bir denetim için bir üst sınır getirilmiştir. Sınır pay senetleri borsada işlem gören şirketler ile diğer şirketler için ayrı ayrı tespit edilmiştir (TTK m.404/2).⁷³ Bu sorumluluk rapor tarihinden itibaren 5 yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar. Ancak bu eylemin suç oluşturması halinde daha uzun bir zamanaşımı söz konusu ise tazminat için de bu süre uygulanır (TTK m.404/5).⁷⁴ Bu hüküm nedeniyle doğan tazmin yükümlülüğü sözleşme ile kaldırılamaz ve daraltılamaz (TTK m.404/4).

660 sayılı KHK (m.24), ve 5411 sayılı BnkKn. (m.36), bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler için verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla genel şartları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen sorumluluk sigortası yaptırma zorunluğu getirmiştir.

⁷³ Bu sınırlamanın sadece sır saklama konusundaki kuralın ihlali halinde mi uygulanacağı yoksa TTK m. 554'ün kapsamındaki sorumluluk hallerinde de mi uygulanacağı tartışmalıdır. *Arı (2012)*, TTK m.404 ve 554'ün gerçekçelerini de dikkate alarak bu sınırın sadece sır saklama yükümü halinde uygulanacağını ifade etmektedir (s. 212-214). Buna karşılık *Doğan (2018)*, Alman Hukukundaki sınırın kapsamı içinde klan sorumluluğunun sedec sırrın açıklanmasını değil denetim faaliyetleri ile ilgili her türlü sorumluluğu da kapsadığını belirterek TTK m.554'ü de kapsamaması gerektiğini ifade etmekte ve Kanunun yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir (s.150 vd.). Kanımızca da denetçilerin sorumluluklarının kapsamı konusunu TTK tarafından düzenlenme biçimi tartışmaya açık nitelikteir ve kurgusu iyi yapılmamıştır. Kaldığı denetçilerin sorumluluğu konusunda çoklu düzenleme (TTK, SPKn., BnkKn., 660 sayılı KHK) modelinin isabetli olmadığını düşünüyoruz. Konunun düzenlenme yeri denetimi düzenleyen özel düzenleme olan 660 sayılı KHK olmalıdır.

⁷⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu sırların açıklanmasını özel olarak düzenlemiş (m.73) ve bunu da suç olarak yaptırma bağlamıştır (m.159).

- Araştırma Makalesi -

**# ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIMINDA TİCARET
SİCİLİNE TESCİLE İLİŞKİN TÜRK TİCARET KANUNU
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ***

*(ASSESSMENT OF THE PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE
REGARDING REGISTRATION IN THE CONTEXT OF THE CONDITIONAL
CAPITAL INCREASE)*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI**

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca şarta bağlı sermaye artırımına başvuran halka kapalı anonim şirketlerin üç halde ticaret siciline tescil yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla, şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleştirilmesine olanak tanıyan genel kurul kararının tescili, şarta bağlı sermaye artırımını gerçekleştikten sonra yapılan tescil ve şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün sicilden silinmesidir.

Anahtar Kelimeler: şarta bağlı sermaye artırımı, ticaret sicili, tescil.

ABSTRACT

Pursuant to the Turkish Commercial Code No 6102, closed joint stock companies which resort to the conditional capital increase are subject to a registration obligation in three cases. These are the registration of the general meeting resolution, which enables the realization

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 26.08.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 10.09.2019 tarihinde birinci hakem; 30.09.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1736-1027

Bu makaleye atıf için; İPEKELİ KAYALI, Ferna , “Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Ticaret Siciline Tescile İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, REGESTA, Cilt: 4, Sayı: 2, 2019, 183-198.

of the conditional capital increase, the registration following the realisation of the conditional capital increase, and the deletion of the provision related to the conditional capital increase from the trade registry.

Keywords: *conditional capital increase, trade registry, registration.*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) uyarınca şarta bağlı sermaye artırımına¹ başvuran halka kapalı anonim şirketlerin üç halde tescil yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, şarta bağlı sermaye artırımına olanak tanıyan genel kurul kararının tescilidir². Bir diğeri “Ticaret siciline tescil” kenar başlıklı TTK’nın 471. maddesi olup, anılan maddeye göre “Yönetim kurulu, hesap döneminin kapanmasından itibaren en geç üç ay içinde, esas sözleşme değişikliğini ticaret siciline tescil ettirir; sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu beyannamesini sicile tevdi eder.”. Benzer şekilde Ticaret Sicili Yönetmeliği’nde³ (TSY) de şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleştirilmesine ve buna bağlı şirket sözleşmesinin değişikliğine ilişkin tescil başvurusunun, yönetim kurulu tarafından hesap döneminin kapanmasından itibaren en geç üç ay içinde yapılması gerektiği ifade edilmiştir (TSY m. 77/1)⁴.

¹ Şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin geniş açıklama için bkz. **Ünal Tekinalp**, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2015, §9, N. 9-87 vd.; **Erdoğan Moroğlu**, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*, 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 411 vd.; **Hasan Pulaşlı**, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Ankara 2017, §24, N. 47 vd.; **Abuzer Kendigelen**, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 371-377; **Levent Biçer**, *Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye*, İstanbul 2010; **Mustafa İsmail Kaya**, *Şartlı Sermaye Artırımı*, Ankara 2009; **Tahir Saraç**, *Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artımı*, Ankara 2009.

² TSY m. 75 hükmüne göre söz konusu tescil başvurusunda ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi gereken belgeler; şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının noter onaylı örneği ile şarta bağlı sermaye artırımına imkân sağlayan şirket sözleşmesi değişiklik metnidir.

³ RG 27.01.2013, S. 28541.

⁴ TSY m. 77/1’de aynı zamanda hangi belgelerin ticaret sicili müdürlüğüne tevdi edileceği de belirtilmektedir. Buna göre; a) Şirket sözleşmesi değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin

Sonuncusu ise, “Esas sözleşmeden çıkarma” başlıklı TTK’nın 472. maddesidir. Bu maddeye göre “*Değiştirme ve alım haklarının sona ermesi üzerine yönetim kurulu, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmü esas sözleşmeden çıkarır. Hükmü sicilde de silinir.*”. TSY’nin 77. maddesinde de, benzer şekilde, yönetim kurulu tarafından şarta bağlı sermaye artırımına imkan tanıyan hükmün şirket sözleşmesinden çıkarıldığına ilişkin olgunun tescil edilmesi gereğine işaret edilmiştir (TSY m. 77/2).

Yukarıdaki her üç düzenlemenin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) olmakla birlikte, TTK ile mehaz Kanun arasında birtakım farklar bulunmaktadır. Aşağıda TTK’da yer alan şarta bağlı sermaye artırımını çerçevesindeki tescil yükümlülükleri - İBK hükümleri de nazara alınarak - incelenmiştir.

I. Şarta Bağlı Sermaye Artırımının Gerçekleştirilmesine Olanak Sağlayan Genel Kurul Kararının Sicile Tescili

Yönetim kurulu, şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleştirilmesine olanak sağlayan genel kurul kararı ile esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımını düzenleyen hükümlerini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlüdür (TSY m. 75 ve 76). Bahse konu genel kurul kararı bir esas sözleşme değişikliği niteliindedir⁵.

Şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleştirilmesine olanak sağlayan (esas sözleşme değişikliğine ilişkin) genel kurul kararının sicile tescili kurucu etkiye sahiptir⁶. Gerçekten de *Biçer*’in haklı olarak işaret

veya uygun görüş yazısı; b) Şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleşmesi nedeniyle şirket sözleşmesinde yapılması gereken değişikliğe ilişkin yönetim kurulu kararının noter onaylı örneği; c) Gerçekleşen sermaye artırımına uyarlanmış şirket sözleşmesinin değişik metni, ç) Değiştirme ve alım haklarının sona erdiğinin de doğrulandığı sermaye artırımına ilişkin yönetim kurulu beyannamesi, d) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 39. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılacak ödemeye dair banka dekontu. Mehaz İsviçre hukukunda tescil için tevdi edilmesi gereken belgeler ise; yönetim kurulu kararı, uyarlanmış esas sözleşme ve işlem denetçisi raporudur [İsviçre Ticaret Sicili Yönetmeliği (Handelsregisterverordnung-HRegV), m. 52/1].

⁵ Bkz. TTK m. 463 gerekçesi.

⁶ Farklı görüş için bkz. **Kaya**, s. 120 (Yazar gerekçe belirtmeksizin söz konusu tescilin açıklayıcı nitelikte olduğunu ifade etmektedir).

ettiği üzere⁷, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün tescilinden önce tanınmış bulunan değiştirme ve alım haklarının batıl olduğunu belirten TTK m. 465/3 hükmü de bu sonucu desteklemektedir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, TTK m. 465/3’de yer alan düzenleme, şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan payların geçersiz olduğunu hüküm altına alan TTK m. 486/1 hükmü ile uyum halindedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, kuruluşta şirketin tescilinden önce ve sermaye artırımlarında artırım keyfiyetinin tescilinden önce çıkarılan payların akıbeti hakkındaki kuralı burada da benimsemiştir.

TTK’nın 465. maddesi tescilden bahsetmekle beraber ilandan söz etmemektedir. Öte yandan TTK’nın 463. maddesinin gerekçesinde, ilanın zorunlu olmadığı, çünkü ilanın üçüncü kişileri ve özellikle kredi verenlerden bazılarını, şirketin sermayesini artırdığı yanılığısına düşürebileceği ifade edilmiştir Benzer şekilde mehaz hükmün gerekçesinde de, şarta bağlı sermaye artırımına ticaret sicilinde değinilmesinin dahi, yetersiz bir şekilde bilgilendirilmiş olan alacaklılarda sermaye artırımının yapıldığı izlenimi yaratabileceği belirtilmiştir⁸. *Biçer*’e göre de henüz sermayenin artmadığı ve ancak üçüncü kişilerin davranışları sonucu artacağı düşünülecek olursa, sermaye artırımının yapıldığı izlenimi yaratacak bir bilginin ticaret sicilinden anlaşılması yanıltıcı olabilir⁹. Buna karşılık *Kaya*, şirketin şartlı sermaye artırımını kararı aldığı yatırımıcılara bildirilmesinde ve bu bağlamda şeffaflığın sağlanması amacıyla bu kararın ilan edilmesinde fayda bulunduğunu, çünkü yatırımcıların bu ilan sayesinde değiştirme ve alım hakkı veren borçlanma araçlarını satın alabilecekleri konusunda bilgilendirilmiş olacaklarını ifade etmektedir¹⁰. Kanaatimizce de özellikle yatırımcıların bir şirketin genel kurulda şarta bağlı sermaye artırımını kararı almak suretiyle değiştirme veya alım hakkı içeren tahviller veya benzeri borçlanma araçları ihraç ettiğini ve söz konusu borçlanma araçlarını satın alabileceklerini *ilan yoluyla* öğrenmeleri, söz konusu şirketin finansmanının daha süratli bir şekilde temin edilmesini sağlayacaktır. Öte yandan, yapılacak ilanda sermayenin şarta bağlı

⁷ *Biçer*, s. 109, dpn 413.

⁸ *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 867. Ayrıca bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 52 N. 375.

⁹ *Biçer*, s. 120.

¹⁰ *Kaya*, s. 120, dpn 94. Aynı yönde bkz. *Böckli*, § 2 N. 223.

olarak artacağı hususuna açıkça yer verilmesi suretiyle yatırımcıların şirketin sermayesini arttırdığı yanlışlığına düşmeleri pekala önlenebilir. Kaldı ki tescil edilen hususların TTK veya TSY’de aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunması gerektiğinden (TTK m. 35/3), kanaatimizce bu yorum tarzı Kanunun genel gerekçesinde ifadesini bulan “aleniyetin artırılması” hedefi ile de uyum sağlayacaktır.

II. Gerçekleştirilen Şarta Bağlı Sermaye Artırımının Sicile Tescili

Şarta bağlı sermaye artırımında sermaye, değiştirme veya alım hakları kullanıldıkça arttığundan¹¹, yani zaman içinde değişkenlik gösterdiğinden, zaman zaman esas sözleşmenin yeni duruma uyarlanması gerekmektedir¹². Bir başka deyişle, bu artırım türünde sermaye, kullanılan değiştirme veya alım haklarıyla bir zaman dilimine yayılmış olarak damla damla arttığı için, artırım düzeyinin de belirli aralıklarla belirlenmesi gerekir¹³. Aksi takdirde sermaye artmış olmasına rağmen esas sözleşme gerçek (yeni) durumu yansıtmayacaktır. Yönetim kurulunca yapılacak bu uyarlama¹⁴ esas sözleşme değişikliği niteliğinde değildir. Bu bağlamda yönetim kurulu ticaret siciline tescil başvurusunda bulunmalı ve söz konusu başvurunun eksiksiz olduğuna dair bir beyannameyi¹⁵

¹¹ Görüldüğü üzere - esas sermaye artırımını ile kayıtlı sermaye artırımından farklı olarak - şarta bağlı sermaye artırımında yönetim kurulu, artırım yapılıp yapılmayacağına dair karar alınmasında herhangi bir aktif rol oynamamaktadır; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 52 N. 404. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda yönetim organı (*Vorstand*), sicile tescil başvurusunda, payların yalnızca şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin kararda belirtilen amacı gerçekleştirmek maksadıyla ihraç edildiğini beyan etmek zorundadır (APOK m. 201/3).

¹² Gerçekten de TTK m. 470 gerekçesinde de belirtildiği üzere, esasen burada yönetim kurulunun yaptığı, esas sözleşme hükmünü artan sermayeye uyarlamaktır. Bu uyarlama sermayenin arttırılması olmadığı gibi, esas sözleşme değişikliği de değildir. Çünkü, sermaye yıl içinde çeşitli tarihlerde hak kullanımlarıyla artmış ve esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin maddesi hak kullanımlarıyla değişmiştir. Yönetim kurulunun yaptığı, durumu gerçeğe getiren, gerçeği esas sözleşmeye yansıtan bir uyarlamadır.

¹³ **Tekinalp**, §9, N. 9-95.

¹⁴ Bu uyarlama, yönetim kurulunun belirleme niteliğinde bir kararıyla yapılır (TTK m. 470. gerekçesi).

¹⁵ 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce ticaret siciline tevdi edilen belgeler arasında - mehaz İBK m. 653f hükmüne benzer şekilde - bir işlem denetçisi raporu da

sicile tevdi etmelidir. Söz konusu beyannamede, yeni çıkarılan payların sayısı, itibarî değeri, türleri, belirli gruplara tanınan imtiyazlar veya hesap döneminin sonundaki sermayenin durumu belirlenir (TTK m. 470). Bu beyan, bilgiyi açık, eksiksiz, doğru ve dürüst bir şekilde verme ilkesine göre hazırlanır (TTK m. 457/1). Ticaret siciline tescil kurucu değil, açıklayıcı etkiyi haizdir¹⁶. Zira yukarıda da belirtildiği üzere artırım, tescil ile değil, değiştirme veya alım haklarının¹⁷ kullanılması ile hüküm ifade etmektedir. Sicil müdürünün tescil talebini reddetmesi halinde, bir başka deyişle TTK m. 463/2¹⁸ gereği kanunen (*ex lege*) gerçekleşen sermaye artırımının sicil müdürü tarafından (haksız) reddi halinde, şarta bağlı sermaye artırımını çerçevesinde ihraç edilen paylar geçerliliğini korur¹⁹, söz konusu paylar ancak mahkeme kararıyla geçersiz kılınabilir²⁰.

yer almaktaydı. *Tekinalp*, söz konusu hükmün yeniden kaleme alınması neticesinde yöneticileri sorumlu kılan bir boşluk doğduğunu ve hataların sorumluluğunun tamamen yönetim kuruluna yüklendiğini ifade etmektedir; **Tekinalp**, §9, N. 9-95.

¹⁶ **Philipp Schaller/Martin A. Kessler**, Art. 653h, in: *OFK - Orell Füssli Kommentar* (Ed. Jeannette K. Wibmer), 1. Aufl., Zürich 2016, N. 1; **Claude Lambert/Dieter Gericke**, Art. 653h, in: *OR Kommentar* (Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 3; **Christoph Heiz**, Art. 653h, in: *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Ed. Vito Roberto, Hans Rudolf Trüeb), 3. Aufl., Zürich 2016, N. 8; **Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel**, *Schweizerisches Aktienrecht*, Zürich 1996, § 52 N. 412; **Peter Böckli**, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich 2009, § 2 N. 248. Ayrıca bkz. TTK m. 471. gerekçesi. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Marc Hermanns**, AktG § 201, in: *Gesellschaftsrecht* (Hrsg. Martin Henssler/Lutz Strohn), 4. Aufl., München 2019, Rn. 1; **Oliver Rieckers**, AktG § 201, in: *Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Gerald Spindler/Eberhard Stilz), 4. Aufl., München 2019, Rn. 1; **Markus S. Rieder/Daniel Holzmann**, AktG § 201, in: *Aktiengesetz Kommentar* (Hrsg. Hans Christoph Grigoleit), 1. Aufl., München 2013, Rn 1; **Mehmet Bahtiyar**, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, İstanbul 1996, s. 32; **Biçer**, s. 126.

¹⁷ Bu haklar tahvil veya tahvil benzeri borçlanma araçları üzerinden bahsedilir. Tahvil benzeri borçlanma araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Koray Demir**, “Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Tahvil Benzeri Borçlanma Araçları Kavramı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 31, Sayı: 3, Eylül 2015, s. 59-74. Ayrıca bkz. **Biçer**, s. 179-185.

¹⁸ Bu madde uyarınca “Sermaye, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar”.

¹⁹ **Schaller/Kessler**, Art. 653h, N. 2; **Conradin Cramer**, Art. 653h, in: *ZK - Zürcher Kommentar* (Ed. Lukas Handschin), 2. Aufl., Zürich 2016, N. 8; **Heiz**, Art. 653h, N. 9;

Buna karşılık, alacaklıların korunması maksadıyla, sicile bir kez tescil edildikten sonra, kanuna aykırı bir şarta bağlı sermaye artırımını ne bir mahkeme kararı ne de bir kayıt değişikliği ile düzeltilebilir; söz konusu aykırılık yalnızca sermaye azaltımı yoluyla (ve dolayısıyla kanunda öngörülen daha zor koşulların yerine getirilmesi kaydıyla) düzeltilebilir; sicilin bir başka yolla düzeltilmesi mümkün değildir²¹. Görüldüğü üzere, artırımın kanuna aykırı olması halinde, sicile tescilin (geçici bir süre için) iyileştirici/onarıcı/düzeltilici etkisi²² de bulunmaktadır; sermaye azaltımı gerçekleştirilinceye kadar (kanuna aykırı) artırım varlığını sürdürecektir²³. Böylece şarta bağlı sermaye artırımının kanuna aykırılığı, bu süreçte ihraç edilen payları ve arttırılan miktarı tehlikeye düşürmeyecektir.

Şarta bağlı sermaye artırımında artırım bir defada değil, sürekli olarak gerçekleştiğinden, her bir artırımın tespiti ve sicile tescili mümkün değildir²⁴. Bu sebeple kanun koyucu, yönetim kurulunun, hesap döneminin kapanmasından itibaren en geç üç ay içinde²⁵, esas sözleşme değişikliğini sicile tescil ettirmesi gerektiğini hüküm altına almıştır (TTK m. 471)²⁶. TTK'da yer alan süre mehaz hüküm ile aynı olmakla

Peter R. Isler/Gaudenz G. Zindel, Art. 653h, in: *Basler Kommentar-Obligationenrecht* (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter), 3. Aufl., Basel 2008, N. 4. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Rieder/Holzmann**, AktG § 201, Rn. 8.

²⁰ **Schaller/Kessler**, Art. 653h, N. 2; **Heiz**, N 9; **Isler/Zindel**, Art. 653h, N. 4.

²¹ **Cramer**, Art. 653h, N. 9; **Heiz**, Art. 653h, N. 9; **Luca Dalla Torre**, *Präjudizienbuch OR- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, Art. 653h, 9. Aufl., Zürich 2016, N. 1; **Schaller/Kessler**, Art. 653h, N. 2; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 52 N. 195.

²² Sicile tescilin iyileştirici etkisi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Necla Akdağ Güney**, *Anonim Şirketlerde Kuruluş*, İstanbul 2014, s. 226 vd. Ayrıca bkz. **Mehmet Emin Bilge**, *Ticaret Sicili*, İstanbul 1999, s. 163-165.

²³ **Lambert/Gericke**, Art. 653h, N. 3; **Böckli**, § 2 N. 248.

²⁴ *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 797.

²⁵ Bu süre, sermaye taahhüdü yoluyla artırımın, genel kurul veya yönetim kurulu kararı tarihinden itibaren üç ay içinde tescil edilemediği takdirde, genel kurul veya yönetim kurulu kararı ve alınmışsa iznin geçersiz hâle geleceğini hüküm altına alan TTK'nın 456. maddesinin 3. fıkrasında yer alan süre ile uyum içindedir.

²⁶ Bu artırım türünün esnekliğini ortadan kaldırmamak amacıyla tescil bildirimiminin (öngörülen süre içerisinde) yılda bir defa yapılması yeterlidir; **Saraç**, s. 311.

birlikte (İBK m. 653h)²⁷, APOK'taki süre bir aydır. Gerçekten de APOK uyarınca yönetim kurulu hesap döneminin bitiminden itibaren bir ay içinde geçmiş hesap döneminde ihraç edilen pay senetlerini tescil edilmesi için ticaret siciline bildirmekle yükümlüdür (APOK m. 201/1).

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, TTK m. 456/3'te yer alan süreden farklı olarak, TTK m. 471'de yer alan süre yalnızca bir düzen hükmü olup, bu süreye uyulmaması şarta bağlı sermaye artırımını çerçevesinde ihraç edilen payların geçerliliğini etkilemez²⁸. Bunun sebebi, değiştirme veya alım haklarının kullanılması ile birlikte sermaye zaten artmış durumdadır. Bir başka deyişle, artırımın gerçekleşme düzeyi ve zamanı üçüncü kişinin davranışına bağlıdır. Şüphesiz tescil başvurusunun süresinde yapılmaması nedeniyle bir zararın meydana gelmesi halinde belirli koşullar altında yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulabilir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, bir hesap dönemi içinde değiştirme veya alım haklarının kullanılmaması nedeniyle yeni pay ihraç edilmez ise, yönetim kurulunun tescil yükümlülüğü ortadan kalkar. Bir başka deyişle “olumsuz tescil” (*Negativmeldung*) gerekli değildir²⁹.

Sicil müdürünün TTK m. 471 çerçevesinde yapacağı incelemenin niteliği tartışmalı olup, bu incelemenin maddi anlamda bir içerik incelemesi mi olduğu yoksa basit bir şekli inceleme mi olduğu İsviçre öğretisinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, ticaret sicili müdürü tescil başvurusunu sadece şeklen (yani başvurunun eksik olup ol-

²⁷ 2016 yılında, TTK m. 471'e denk gelen İBK m. 653h hükmünün kanundan çıkarılması önerilmiştir. Bu değişikliğe gerekçe olarak, anılan hükümde yer alan üç aylık sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olmadığı, aksine bu hükmün bir düzen hükmü olduğu, ticaret siciline başvuru ile bağlantılı düzen hükümlerinin münhasıran HRegV'de düzenlendiği ifade edilmiştir; bkz. *Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (vom 23 November 2016)*, s. 504.

²⁸ Schaller/Kessler, Art. 653h, N. 5; Lambert/Gericke, Art. 653h, N. 1; Cramer, Art. 653h, N. 1 ve 8; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 52 N. 412; Christoph Heiz, Art. 653h, N. 1; Isler/Zindel, 653h, N. 1. Ayrıca bkz. *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 875. Ticaret sicili müdürlüğü, süresinde yapılmamış (esas sözleşme değişikliğine ilişkin) tescil başvurularını da tescil etmekle yükümlü olup, süre bitimi gerekçesiyle beyanname ve kararların güncelleştirilmesini talep edemez; Cramer, Art. 653h, N. 1; Saraç, s. 311.

²⁹ Rieder/Holzmann, AktG § 201, Rn. 3; Rieckers, AktG § 201, Rn. 4.

madığı yönünden) incelemelidir³⁰. Bu görüş uyarınca, şarta bağlı sermaye artırımını çerçevesinde bağlı nama yazılı payların ihracı halinde esas sözleşmede (yeni) nama yazılı payların devirlerinin sınırlandırılmış bulunup bulunmadığı da [TTK m. 465/1-(f)]³¹ şekli incelemenin kapsamında yer almaktadır. Bir başka deyişle, bu görüşe göre, bağlı nama yazılı payların denetimi dahi maddi anlamda bir içerik incelemesi değil, aksine şekli bir incelemedir.

TTK'nın 471. madde gerekçesi ilanın şart olmadığını belirtmektedir. Oysa TTK uyarınca tescil edilen hususlar kural olarak ilan olunur (TTK m. 35/3). Kaldı ki mehaz hükmün gerekçesinde, söz konusu tescilin ilana tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir³². Kanaatimizce Türkiye Ticaret Sicili Gazetesindeki (TTSG) ilan, sermayenin şarta bağlı arttığı hususunu açıkça içermelidir.

III. Şarta Bağlı Sermaye Artırımına İlişkin Esas Sözleşme Hükümünün Sicilden Silinmesi

Değiştirme ve alım haklarının kullanılmasıyla genel kurul kararında öngörülen tutara ulaşılmış, başka bir deyişle, o tertibe ilişkin şarta bağlı sermaye artırımını gerçekleşince, yönetim kurulu, bu artırımın dayanağı olan hükmü esas sözleşmeden çıkarmakla yükümlüdür³³; bir başka deyişle, şarta bağlı sermaye miktarı genel kurul kararı ile belirlenen mik-

³⁰ **Heiz**, Art. 653h, N. 5; **Böckli**, N. 248; **Saraç**, s. 311 (*Saraç*, esas sözleşmenin uyumlaştırılmasının maddi anlamda bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olmadığını, dolayısıyla bunun tescili talebinin maddi bakımdan incelenmemesi, aksine sadece şeklen incelenmesi gerektiğine işaret etmektedir; **Saraç**, s. 311). Aksi görüş için bkz. **Isler/Zindel**, Art. 653h, N. 3; **Cramer**, Art. 653h, N. 6.

³¹ Ayrıca bkz. TSY m. 75/2-(e).

³² *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 875. Ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 52 N. 413.

³³ Bkz. TTK m. 472. gerekçesi. TSY m. 77/2'de şarta bağlı sermaye artırımına imkân tanıyan hükmün şirket sözleşmesinden çıkarıldığına ilişkin olgunun tescili için yapılacak başvuruda hangi belgelerin ticaret sicili müdürlüğüne verileceği de belirtilmektedir. Buna göre; a) Şarta bağlı sermaye artırımına imkân tanıyan hükmün şirket sözleşmesinden çıkarılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı; b) Şarta bağlı sermaye artırımına imkân tanıyan hükmün çıkarıldığı şirket sözleşmesinin yeni metni. Mehaz İsviçre hukukunda ise, tescil için tevdi edilmesi gereken belgeler; esas sözleşme hükmünün çıkarılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı, uyarlanmış esas sözleşme ve işlem denetçisi raporu şeklinde sayılmıştır (HRegV m. 53/2).

tarafına ulaştığında, şarta bağlı artırımın dayanağı olan hüküm esas sözleşmeden çıkarılmalıdır. Zira bu durumda şarta bağlı sermaye konusuz kalmış ve üstelik yanılıcı bir hal almış olur. Gerçekten de şarta bağlı sermaye artırımını tamamlanınca, ona ilişkin sözleşme maddesi tükendiği için esas sözleşmeden çıkarılır; yeni bir şarta bağlı sermaye artırımını için yeni bir esas sözleşme hükmünün kabulü gerekir³⁴. TTK m. 472 gerekçesinde de esas sözleşmede yer alan hükmün her şarta bağlı sermaye artırımına uygulanabilecek genel bir hüküm olmadığı, bir tertip artırımında dayanak olan esas sözleşme hükmünün o tertip artırım tamamlanınca işlevsiz ve konusuz hâle geldiği, bu sebeple esas sözleşmeden silinmesi gerektiği, yeni bir tertip artırım için genel kurulun esas sözleşme değişikliği yolu ile (ikinci tertibin dayanağı olacak) yeni bir esas sözleşme maddesi kabul etmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁵. Tüm değiştirme veya alım haklarının kullanılması veya söz konusu hakların bir başka gerekçeyle (örn. süre bitimi) sona ermesi halinde durum böyledir. Esas sözleşmedeki şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmün çıkarılması haksız ise, ilgililer çıkarma işleminin iptalini talep edebilmelidir³⁶.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmün çıkarılması esas sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde değildir³⁷. Gerçekten de burada yalnızca esas sözleşmenin düzeltilmesi söz konusudur³⁸. Bu sebeple esas sözleşmedeki dayanak hükmü esas sözleşmeden çıkarma yetkisi genel kurula değil, yönetim kuruluna aittir. Şüphesiz yönetim kurulu kararı sicile tescil edilmelidir.

TTK m. 472 hükmü, *tüm* değiştirme ve alım hakları sona erdikten sonra şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün

³⁴ Bkz. TTK m. 463. gerekçesi.

³⁵ Benzer bir gerekçe için bkz. *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 875. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 52 N. 414. Kayıtlı sermayeye ilişkin esas sözleşme hükümlerinin (genel kurulun süre uzatım kararı mahfuz kalmak kaydıyla) en geç beş yıldan sonra silinmesi gerekirken (TTK m. 460/1), şarta bağlı sermaye artırımında (varsa) yetki süresine ilişkin esas sözleşme hükmü esas sözleşmede kalabilir. Zira kanun koyucu şarta bağlı sermaye artırımını süre bakımından sınırlandırmamıştır. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 52 N. 414, dpn 150.

³⁶ **Lambert/Gericke**, Art. 653i, N. 1.

³⁷ Bkz. TTK m. 472 gerekçesi.

³⁸ *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 875.

çıkarılmasını öngörmektedir³⁹. Bir başka deyişle, yönetim kurulunun çıkarma yükümlülüğü yalnızca şarta bağlı sermayenin (usulüne uygun artırımlar yoluyla) *tamamen* tüketilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda, şarta bağlı sermaye miktarının sifıra uyarlanması yerine, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmün esas sözleşmeden çıkarılması gerekir⁴⁰. Buna karşılık esas sözleşmede değiştirme veya alım hakkı sahibi belirli gruplar belirlenmiş ise [TTK m. 465/1- (c)]⁴¹, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün kısmen çıkarılması gündeme gelebilir⁴². Gerçekten de örneğin rehinli tahviller (TMK m. 930) için ayrılan kısım kullanılmış ve fakat işçilerin katılımı için öngörülen kısım henüz kullanılmamışsa, şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün sadece bir kısmı çıkarılmalıdır⁴³.

İsviçre uygulamasında, esas sözleşmedeki dayanak hükmün çıkarılmasından ziyade, şarta bağlı sermayenin azami miktarı tamamen “tüketilmeden” *önce* yeniden arttırılmaktadır⁴⁴. Gerçekten de “çıkarma” işleminden önce genel kurul sermayenin şarta bağlı artırılmasına yeniden

³⁹ **Lambert/Gericke**, Art. 653i, N. 1. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, İBK'nın bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin Tasarı ile İBK m. 653i hükmü yeniden düzenlenmiştir. Gerçekten de Taslak İBK m. 653i hükmü, şarta bağlı sermayeye ilişkin esas sözleşme değişikliğinin (i) değiştirme veya alım haklarının sona ermesi, (ii) hiçbir değiştirme veya alım hakkı bahşedilmemesi, (iii) değiştirme veya alım hakkı sahiplerinin kendilerine bahşedilen hakları kullanmaktan yazılı olarak vazgeçmeleri sonucunda meydana gelmesi bakımından farklı bir düzenleme içermektedir. Yukarıda belirtilen sonuncu halde, değiştirme veya alım hakkı sahiplerinden yalnızca bir kısmı kendilerine bahşedilen hakları kullanmaktan (yazılı olarak) vazgeçerlerse, şarta bağlı sermayeye ilişkin esas sözleşme hükmü esas sözleşmeden çıkartılamaz; bilakis söz konusu hüküm mevcut duruma uyarlanır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, değiştirme veya alım haklarının kullanılmasından vazgeçilmesi ancak tazminat niteliğinde bir bedel ödenmesi suretiyle olur. Söz konusu tazminatın miktarı yıllık faaliyet raporunda yer almalıdır; **Peter R. Isler/Gaudenz G. Zindel**, “Kapitalerhöhungen - Neuerungen bei der ordentlichen und bedingten Kapitalerhöhung”, *GesKR* 2008, S. 18 (Sondernummer), s. 21. Ayrıca bkz. *Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts*, s. 1647, 1648 ve *Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (vom 23 November 2016)*, s. 504; **Kaya**, s. 138, dpn 212.

⁴⁰ **Lambert/Gericke**, Art. 653i, N. 1.

⁴¹ TTK m. 465/1- (c) hükmü uyarınca esas sözleşme, değiştirme veya alım hakkından yararlanabilecek grupları da içermelidir.

⁴² **Heiz**, Art. 653i, N. 3; **Schaller/Kessler**, Art. 653i, N. 1; **Böckli**, § 2 N. 249.

⁴³ **Heiz**, Art. 653i, N. 3.

⁴⁴ **Heiz**, Art. 653i, N. 2; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 52 N. 418.

olanak tanıyabilir, yani yeni bir şarta bağlı sermaye artırımını için yeni bir esas sözleşme hükmü kabul edebilir⁴⁵. Şüphesiz yeniden artırım için yetkili organ yönetim kurulu değil genel kurul olup, yeniden artırım kararı TTK m. 421/1 hükmünde yer alan nisap uyarınca alınmalıdır⁴⁶.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, şayet *tüm* değiştirme ve alım hakları kullanılmışsa ve böylece şarta bağlı sermaye *tamamen* tüketilmişse, çıkarma işlemi TTK m. 472 hükmü yerine TTK m. 470-471 hükümleri dairesinde gerçekleşir. Zira anılan halde şarta bağlı sermayenin esas sözleşmeden çıkarılması, TTK m. 470 uyarınca tabiri caizse otomatik olarak meydana gelmektedir; şarta bağlı sermaye miktarı sıfıra düştüğü halde şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmün tedbiren muhafaza edilmesi mümkün değildir⁴⁷.

Bu bağlamda akla gelen bir diğer soru, şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleştirilmemesi halinde⁴⁸ genel kurulun, alacağı yeni bir kararla, şarta bağlı sermaye artırımına olanak sağlayan kararını geri alıp alamayacağı ve şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükümleri esas sözleşmeden çıkartabilip çıkartamayacağıdır. İsviçre öğretisinde baskın görüş, bu soruya olumlu cevap vermektedir⁴⁹. Kanaatimizce de genel kurul, daha önce almış olduğu dayanak kararı yeni bir genel kurul kararı ile yürürlükten kaldırebilmelidir⁵⁰.

⁴⁵ Lambert/Gericke, Art. 653i, N. 1.

⁴⁶ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, TTK'dan farklı olarak, 2011 yılında İBK'da yapılan bir değişiklik ile İBK'nın "Önemli Kararlar" başlıklı 704. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde şarta bağlı sermaye artırımını için özel bir yetersayı öngörülmüştür.

⁴⁷ Cramer, Art. 653, N. 3.

⁴⁸ Örn. değiştirme veya alım hakkı veren borçlanma araçları ilgililer tarafından satın alınmış, söz konusu hakların kullanımı için *sözleşmesel* bir süre tespit edilmiş ve fakat bu süre zarfında söz konusu haklar hiç kimse tarafından kullanılmamış ya da esas sözleşmede şarta bağlı sermaye yaratılmasına imkan tanıyan bir dayanak hükmün varlığına rağmen değiştirme veya alım hakkı içeren borçlanma araçları ihraç edilmemiş veya ihraç edilmiş olsa bile hiç kimse bunları satın almamış.

⁴⁹ Schaller/Kessler, Art. 653i, N. 2; Heiz, Art. 653i, N. 4a, 4b; Böckli, § 2 N. 333a.

⁵⁰ Genel kurul kararlarının geri alınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 7. Baskı, İstanbul 2014, s. 348 vd..

Yönetim kurulu, esas sözleşmedeki şartta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmü sicilden terkin etmekle de yükümlü tutulmuştur⁵¹. Kanaatimizce, mehzaz İBK’da bulunmayan⁵² bu düzenleme, tescilin dayandığı olgu veya işlemin sona ermesi ya da ortadan kalkması halinde, o olgu veya işleme ait kaydın da silineceği yönündeki genel hüküm niteliğindeki TTK m. 31/2 hükmünün tekrarıdır⁵³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TSY düzenlemesi şartta bağlı sermaye artırımına olanak tanıyan esas sözleşme hükmünün çıkarılmasına ilişkin tescil edilen değişikliğin ilan edilmeyeceğini öngörmektedir (TSY m. 78/3). Oysa TTK’nın 472. madde gerekçesi, çıkarmanın tescil ve ilan olunacağını belirtmektedir. Öte yandan mehzaz hükmün gerekçesinde çıkarmanın ilana tabi olmadığı belirtilmektedir⁵⁴. Kanaatimizce TSY m. 78/3 ile TTK’nın 472. madde gerekçesi arasındaki bu çelişkinin TTK’nın 472. madde gerekçesi lehine yorumlanması ve çıkarmanın ilan edilmesi gerekmektedir. Bu yorum tarzı, tescil edilen hususların kural olarak ilan olunacağına dair genel hüküm (TTK m. 35/3) ile de uyum halindedir.

SONUÇ

Şarta bağlı sermaye artırımını benimseyen anonim şirketlerin üç halde ticaret siciline tescil yükümlülüğü bulunmaktadır. TTK’da söz konusu haller işaret edilmekle birlikte, tescilin etkisi, ilan ve tescil ile ilintili sair bazı hususlardaki eksikliklerin giderilmesi aleniyetin artırılması hedefinin sağlanması bakımından önem arz etmektedir.

⁵¹ Mehaz İsviçre hukukunda, şartta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün, değiştirme veya alım haklarının kullanılması veya sona ermesi sonucu çıkarıldığına dair bir ifadenin de sicile tescil edilmesi gerekmektedir [HRegV Art. 53/4-(b)].

⁵² *Biçer*, İBK m. 653i hükmü gereği esas sözleşmenin sermaye artırımı ile ilgili hükmünün sicilden de silindiğini (kanımızca sehven) ifade etmekle birlikte, söz konusu düzenleme anılan maddede yer almamaktadır; **Biçer**, s. 59.

⁵³ Bu düzenleme ile ilgili olarak *Kendigelen*, Türk hukukunda esas sözleşmenin tescili dışında, bir de esas sözleşmenin herhangi bir hükmünün sicile tescilini zorunlu kılan bir düzenleme veya bu yönde bir uygulama bulunmadığını dile getirmektedir; **Kendigelen**, s. 377.

⁵⁴ *Botchaft über die Revision des Aktienrechts (vom 23 Februar 1983)*, s. 875.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014.
- Altaş, Soner, “Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artımı”, Mali Çözüm, Sayı: 98-2010, s. 145-156.
- Bahtiyar, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, İstanbul 1996.
- Biçer, Levent, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, İstanbul 2010.
- Bilge, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul 1999.
- Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- Cramer, Conradin, Art. 653h, in: ZK - Zürcher Kommentar (Ed. Lukas Handschin), 2. Aufl., Zürich 2016.
- Dalla Torre, Luca, Art. 653h, in: Präjudizienbuch OR- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015) (Ed. Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli) 9. Aufl., Zürich 2016.
- Demir, Koray, “Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Tahvil Benzeri Borçlanma Araçları Kavramı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, Sayı: 3, Eylül 2015, s. 59-74.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996.
- Heiz, Christoph, Art. 653h, in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Ed. Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb), 3. Aufl., Zürich 2016.
- Hermanns, Marc, AktG § 201, in: Gesellschaftsrecht (Hrsg. Martin Henssler/Lutz Strohn), 4. Aufl., München 2019.
- Isler, Peter R./Zindel, Gaudenz G., “Kapitalerhöhungen - Neuerungen bei der ordentlichen und bedingten Kapitalerhöhung”, GesKR 2008, S. 18 (Sondernummer), s. 18-22.
- Kaya, Mustafa İsmail, Şartlı Sermaye Artırımı, Ankara 2009.
- Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016.
- Lambert, Claude/Gericke, Dieter, Art. 653h, in: OR Kommentar-Schweizerisches Obligationenrecht (Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. Aufl., Zürich 2016.

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul 2018.

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Baskı, İstanbul 2014.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2017.

Rieckers, Oliver, AktG § 201, in: Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg. Gerald Spindler/Eberhard Stolz), 4. Aufl., München 2019.

Rieder, Markus S./Holzmann, Daniel, AktG § 201, in: Aktiengesetz Kommentar (Hrsg. Hans Christoph Grigoleit), 1. Aufl., München 2013.

Saraç, Tahir, Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artımı, Ankara 2009.

Schaller, Philipp/Kessler, Martin A., Art. 653h, in: OFK - Orell Füssli Kommentar (Ed. Jeannette K. Wibmer), 1. Aufl., Zürich 2016.

Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2015.

Uzunhasanođlu, Defne, Şarta Bağlı Sermaye Artırımına İlişkin Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenlemeler, SPK Araştırma Raporu (08.12.2006).

- Araştırma Makalesi -

**MARKA HUKUKUNDA BİRLİKTE VAR OLMADA ORTAYA
ÇIKAN SORUNLARA BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ:
ORTAK MARKA TEKNİK ŞARTNAMESİ***

*(A SUGGESTION FOR A SOLUTION TO THE POSSIBLE PROBLEMS OF
CO-EXISTENCE IN TRADE MARK LAW: TECHNICAL SPECIFICATIONS
REGULATION FOR CO-EXISTING TRADEMARKS)*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Fatih AYDOĞAN^{*}
Arş. Gör./Res. Asst. Sergül BALSEVER^{***}**

ÖZ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinde; aynı/ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretlerin, aynı/benzer mal/hizmetler bakımından bir başkası adına marka olarak tesciline, Avrupa Birliği marka mevzuatına da paralel şekilde, izin verilmiştir. Bu husus SMK ile marka hukukumuzda getirilen en önemli yeniliklerden olmakla birlikte, pek çok sorunu ve muhtemel uyuşmazlığı da bünyesinde barındırmaktadır.

Birlikte var olma kapsamında aynı marka kendi adına tescilli olan birden fazla marka sahibinin; marka hakkından doğan haklarını, birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı hangi şartlarda ve nasıl kullanacakları hususunda belirsizlikler bulunmaktadır. Bu belirsizliklerin giderilmesi bakımından, ortak markanın düzenleniş şekli incelendiğinde; ortak marka sahibi birlik üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen, ortak marka teknik şartnamesinin, TPMK'ya sunulmasının zorunlu olduğu görülmekte-

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 25.09.2019 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 15.10.2019 tarihinde birinci hakem; 17.10.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2103-9110

*** Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-0888-4608

Bu makaleye atıf için; AYDOĞAN, Fatih, BALSEVER, Sergül, "Marka Hukukunda Birlikte Var Olmada Ortaya Çıkan Sorunlara Bir Çözüm Önerisi: Ortak Marka Teknik Şartnamesi", REGESTA, Cilt: 4, Sayı: 2, 2019, 199-224.

dir. Bu örnekten yola çıkarak, birlikte var olan markalar arasındaki ilişkiyi düzenleyecek bir “birlikte var olma teknik şartnamesi”nin muhtemel sorunlara çözüm olup olamayacağı meselesi çalışmamızda ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Birlikte var olma, muvafakatname istisnası, ortak marka teknik şartnamesi, birlikte var olma teknik şartnamesi

ABSTRACT

In accordance with article 5 of Industrial Property Law (IPL) numbered 6769, identical or similar marks can be registered as a trademark on behalf of someone else in the identical or similar goods or services, in line with European Union trademark legislation. This issue is one of the most important innovations that has been introduced to our trademark law with the IPL. However it also presents several problems and possible conflicts.

Within the scope of coexistence, there are uncertainties about under which conditions and how the registered trademark owners will exercise their rights arising from the trademark right against each other or third parties. When the collective mark legislation is examined as a similar concept -in order to eliminate these uncertainties-, we see that it is obligatory to submit the collective mark technical specifications to Turkish Patent and Trademark Office. The collective mark technical specifications regulate the relationships between union members who is the owner of collective mark. In this work we discuss whether a “technical specification of coexistence” that regulates the relationship between co-existing brands can be a solution for possible problems.

Keywords: *Trademark coexistence, letter of consent, the collective mark technical specifications, the technical specification of coexistence.*

GİRİŞ

Birlikte var olma kurumu (*Trademark coexistence*), markanın tekliği ilkesinin önemli bir istisnası olarak, 2017 tarihinde yürürlüğe giren

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ¹ ile hukukumuza girmiştir. “Mutlak ret nedenleri” kenar başlıklı SMK md. 5/3 hükmünde düzenlenen birlikte var olma, önceki marka sahibinin noter onaylı açık muvafakati (*letter of consent*) karşısında, aynı veya benzer mal veya hizmetlerde markanın mükerrer tesciline imkân tanıyan bir durumdur. SMK’da, önceki marka sahibinin vereceği muvafakatnameye ilişkin hükümlerin yönetmelikle belirleneceğinin belirtilmesi dışında, birlikte var olmaya dair başkaca bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda 24 Nisan 2017 tarihinde yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’te (SMKY)² ise, birlikte var olmaya dair sadece md. 10 hükmünde; muvafakatnamenin içeriği, niteliği ve şekli gibi teknik hususlar düzenlenmiştir. Özetle, birlikte var olmaya imkân tanıyan kanun koyucu, henüz çıkması muhtemel sorunlara ışık tutacak bir çözüme gerek SMK gerek SMKY kapsamında yer vermemiştir.

Birlikte var olma kapsamında, tescilli birden fazla markadan her birinin, bir markaya sağlanan hukuki korumadan eşit şekilde faydalanaacağı şüphesizdir. Fakat Türk Patent ve Marka Kurumu’na (TPMK) sunulan muvafakatnameye bağlı olarak birlikte var olan markalardan doğan hakların, bu iki marka sahipleri arasında veya üçüncü kişilere karşı hangi şartlar altında ve nasıl kullanılacağı hususlarında belirsizlikler bulunmaktadır.

Bu belirsizliklerin nasıl giderilebileceğine ilişkin olarak benzer kurumlardaki durumlara bakılması uygun olacaktır. Bu kapsamda birlikte var olma haline benzer olan ortak markanın düzenleniş şekli incelendiğinde, ortak marka sahibi birlik üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen ortak marka teknik şartnamesinin TPMK’ya sunulmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Bu örnekten yola çıkarak, birlikte var olan markalar arasındaki ilişkiyi düzenleyecek bir “birlikte var olma teknik şartnamesi”nin ortaya çıkması muhtemel sorunlara çözüm olup olmayacağı tartışılmalıdır.

Çalışmamızda, ilk olarak, SMK md. 5/3 hükmüyle getirilen birlikte var olma imkanının ne olduğunu özetleyecek, daha sonra birlikte var olma halinde ortaya çıkması muhtemel sorunları ortaya koymaya çalışacağız. Son bölümde ise muhtemel sorunlara bir çözüm önerisi olarak ortak marka teknik şartnamesinin uygulanabilirliğini, ortak marka kavramıyla beraber tartışacağız.

¹ RG. 10.01.2017 T. 29944 s.

² RG. 27.04.2017 T. 30047 s.

I. BİRLİKTE VAR OLMA

A. Birlikte Var Olmanın Düzenleniş Şekli

Türk marka hukukunda, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretlerin, aynı veya benzer mal veya hizmetler³ bakımından marka olarak mükerrer tesciline, yani işaret üzerinde ikinci bir marka hak sahipliği oluşturulmasına kural olarak izin verilmemektedir (SMK md. 5/1/ç). Bu durum gerek TPMK gerek yargı makamlarınca re'sen mutlak tescil engeli olarak değerlendirilmektedir.

2917/1001 sayılı Yeni Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün md. 60/3 ile 2015/2436 sayılı Yeni Avrupa Birliği Marka Direktifinin md. 5/5 hükümlerinde yer alan düzenlemenin iç hukukumuzda aktarılması suretiyle, söz konusu mutlak tescil engeline yine aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla bir muvafakatname istisnası getirilerek tescilli markaların birlikte var olmasına imkân tanınmıştır.

SMK md. 5/3 hükmü uyarınca “*Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Enstitüye sunulması halinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.*” Bu muvafakatname istisnasıyla; aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bir işaretin, aynı veya benzer mal veya hizmetler için iki farklı marka sahibi adına tescili artık mümkündür. Yani önceki marka sahibi, TPMK nezdinde muvafakat beyanında bulunarak, kendi markasının piyasada başkası tarafından kullanılmasına hukuki zemin oluşturmaktadır. Böylece önceki marka sahibi, muvafakat verdiği kişiye karşı marka hakkının sağlamış olduğu tüm dava haklarından peşinen vazgeçmektedir⁴.

B. Birlikte Var Olmanın Getirilme Amacı

SMK md. 5/3 hükmünün gerekçesine bakıldığında; *söz konusu hükmle birbirleriyle ekonomik veya diğer yönlerden bağlı olanlar başta olmak üzere, başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunmasının amaçlandığı* ifade edilmiştir.

³ Marka hukukunda aynı veya benzer mal ve hizmet kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paslı Ali, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul, 2018.

⁴ Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, 4. Bs., İstanbul, 2018, s. 148 ve 307.

Gerçekten kanun koyucu, birden fazla marka sahibinin, aynı/ayırt edilemeyecek derecede benzer bir işaret üzerinde aynı/benzer mal/hizmet piyasasında birlikte var olmaya dair yazılı beyanda bulunması durumunda taraf iradelerine üstünlük tanımakta ve artık kamu adına resen hareket ederek mükerrer tescili reddetmeyi haklı görmemektedir⁵. Bunun yanı sıra mutlak tescil engellerinin toplumun çıkarlarıyla yakından ilgili olduğu ve marka sahibi tarafından verilecek bir muvafakatname ile bu engelin aşılmasının işin doğasına aykırı olduğu tespitinde bulunulduktan sonra; SMK md. 5/1/ç tescil engelinin aslında bir mutlak ret nedeni değil doğrudan nisbi ret nedeni olduğu, nitekim söz konusu hükmün mehzaz 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi'nde nisbi ret nedenleri (*relative grounds for refusal or invalidity*) arasında düzenlendiği öğretide savunulmuştur⁶.

C. Birlikte Var Olmanın Uygulama Alanı

Birlikte var olmaya muvafakatin hangi hallerde uygulanacağını sınırları SMK'da açık bir şekilde çizilmemiştir. Bu yönüyle hüküm öğretilde eleştirilmekte, özellikle tüketicilerin mal/hizmetin kaynağını ve kalitesini belirlemede yanılgıya düşmelerini önlemek için, Paris Konvansiyonu 5.C.3 hükmünde yer aldığı gibi istisnai hallerde muvafakatin kabul edilebileceği ve bu hususta TPMK'ya denetleme yetkisinin verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁷. Benzer şekilde söz konusu hükmün hangi zaruri ihtiyacı korumak için konulduğunun madde metninden ya da gerekçesinden anlaşılamadığı; hükmün gerekçesi bağlamında akla gelen en

⁵ Yasaman Hamdi, "Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ankara, 2017, s. 135; Ünsal Önder Erol, "Muvafakatname İstisnası-Sınai Mülkiyet Kanunu ile Marka Alanında Getirilen Bir Yenilik", 2017. <https://iprgezgini.org/2017/02/12/muvafakatname-istisnasi-sinai-mulkiyet-kanunu-ile-marka-alaninda-getirilen-bir-yenilik/> (Erişim tarihi: 10.07.2019)

⁶ Arkan Sabih, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3 Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler", Batider, 2017, C. 33, S. 3, s. 10. Benzer şekilde, önceki aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer marka engelinin muvafakatname yoluyla aşılabilmesinin; SMK md. 5/1/ç hükmünün gerçekte nispi ret konusu olduğunu gösterdiği (yönünde bkz. Güneş İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara, 2018, s. 66.) ve mutlak ret sebebi olarak düzenlenen bu hükmün ardında kamu menfaatinin yattığı iddiası ile bağdaşmadığı (yönünde bkz. Memişoğlu Sami Özgür, Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, 2019, s. 519.) dile getirilmiştir.

⁷ Arkan, SMK Md. 5.3, s. 10-11.

makul ihtiyacın ise, bir babanın ve kardeşlerin kullandıkları, tanınmışlık düzeyindeki bir markanın aile fertlerince muvafakat bağlamında kullanılabilmesine imkân sağlamak olduğu belirtilmiştir⁸.

Her ne kadar *de lege feranda*, birlikte var olmaya muvafakat imkanının sadece birbiriyle ekonomik veya diğer yönlerden ilintili olan kişiler için ve TPMK denetimine tabi olarak tanınacağı görüşü savunmaya değer olsa da; *de lege lata* bu görüş kabul edilemez niteliktedir. Gerek madde lafzında bu yöndeki yorumu mümkün kılacak sınırlayıcı bir ifadenin yer almayışı ve gerekse gerekçede aynen yer alan "...*başta olmak üzere*.." ifadesinin tadadı anlamı karşısında, birlikte var olma hali yalnızca birbirine ekonomik veya diğer yönlerden bağlı olan kişilere hasredilemez⁹. Diğer bir deyişle tüketicilerin mal veya hizmetin kökeni ve kalitesi hakkında yanılması pahasına da olsa, mer'i marka mevzuatımızda, birlikte var olmaya muvafakat, birbirinden tamamen bağımsız iki marka sahibinin mevcudiyetine de imkân sağlamaktadır¹⁰. Bu noktada ortaya çıkması muhtemel sorunları tartışan çalışmaların önemini vurgulamak gerekir.

⁸ Tekinalp Ünal (Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin), Sınai Mülkiyet Kanunu, İstanbul, 2017, s. XX; Tekinalp Ünal, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ankara, 2017, s. 18.

⁹ Aynı yönde bkz. Dural Ali, "Sınai Mülkiyet Kanunu 5/3 Düzenlemesi (*Coexistence*)", Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Bir Yıllık Uygulaması, İstanbul Barosu Sempozyumu, 27.04.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=28cctJiXXM> (Erişim tarihi: 11.07.2019);

¹⁰ Muvafakatname uygulamasının SMK md. 5 mutlak ret sebepleri hükmünde düzenlenmesine rağmen, "Çoğun içinde az da vardır" prensibi gereği, ayniyete ilişkin verilebilen birlikte var olma muvafakatinin benzer marka başvurusuna ilişkin de verilmesi, yani içeriği itibariyle SMK md. 6/1 düzenlemesi kapsamındaki nispi ret nedenlerine de uygulanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır. Güneş, s. 68. Buna mukabil muvafakatname istisnasının, mutlak tescil engelleri maddesi kapsamında düzenlenmiş olması ve istisnaların prensip olarak dar yorumlanması gerektiği gerekçeleriyle, nispi tescil engellerinden SMK md. 6/1 hükmündeki "karıştırılma ihtimali olan benzer markalar" için uygulanamayacağı; bu hususta ancak ihtiyari birlikte var olma anlaşmalarının yapılabileceği yönündeki görüş hakkında bkz. Gün Buket, Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilim Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 81-82.

D. Muvafakatnamenin Şekli ve İçeriği

SMK md. 5/3 hükmü uyarınca verilecek olan muvafakatnamenin noter onaylı olması gerekmekte ve muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar SMKY md. 10 hükmünde düzenlenmektedir.

SMKY md. 10 hükmü gereğince TPMK tarafından geçerli kabul edilen imzalı formatta ve noter onaylı olarak düzenlenecek muvafakatnamede;

(a) Muvafakat verilen başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri,

(b) Muvafakat formunun başvuru aşamasında sunulması halinde muvafakata konu marka örneği; karara itiraz aşamasında sunulması halinde muvafakata konu başvuru numarası,

(c) Muvafakat veren başvuru veya marka sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri ile muvafakata konu önceki tarihli başvuru veya markalara ait başvuru veya tescil numaraları,

(ç) Muvafakat verilen mal veya hizmetler ile bunların sınıf numaraları,

(d) Muvafakat formu başvuru veya marka sahibi adına vekil tarafından imzalanmış ise muvafakat yetkisini içeren noter onaylı vekâletname veya söz konusu vekaletnamenin noter onaylı örneğinin,

bulunması gerekmektedir. Eğer muvafakatname bu unsurları içermezse, başvuru sahibine iki aylık süre verilir ve eksiklikler süresi içinde giderilmezse talep yapılmamış sayılır (SMKY md. 10/2).

Muvafakatname, başvuru formu ile birlikte veya karara itiraz halinde itiraz hakkında karar verilene kadar TPMK'ya sunulabilir. Muvafakat talebi olmasına rağmen, muvafakat formunun Kuruma sunulması halinde herhangi bir eksiklik bildiriminde bulunulmaz ve talep yapılmamış sayılır (SMKY md. 10/3).

Muvafakat konusu marka ile ilgili sicile kayıtlı inhisari lisans sahiplerinin bulunması halinde, inhisari lisans sahiplerinin de yazılı izinlerinin Kuruma sunulması gerekir (SMKY md. 10/4).

Muvafakat, kayıtsız ve şartsız olmalıdır ve muvafakatname Kuruma sunulduktan sonra artık geri alınamaz. (SMKY md. 10/5)

Her marka başvurusu için ayrı bir muvafakat formu sunulması zorunludur (SMKY md. 10/son).

Görüldüğü üzere muvafakatnameye ilişkin usul ve esasları düzenleyen SMKY, temel olarak muvafakatnamenin şekline ilişkin hükümler

ihliva etmektedir. Aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bir marka üzerinde hak sahibi olan birbirinden bağımsız iki kişi arasındaki hukuki ilişkiyi, statüyü, hakları ve borçları düzenleyen hükümler marka mevzuatımızda mevcut değildir. Bir kez verilmiş muvafakatin artık geri alınamayacağına dair açık düzenleme de dikkate alındığında, önceki marka sahibi ile sonraki marka sahibi arasında son derece önemli sonuçları olan bir işlem söz konusudur ve ortaya çıkması muhtemel ihtilafları çözümede gerek SMK gerekse SMKY hükümlerinin yetersiz kaldığı şüphesizdir.

II. BİRLİKTE VAR OLMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A. Birlikte Var Olmanın Markanın Fonksiyonlarına Etkisi

Markanın (i) kaynak/köken gösterme, (ii) ayırt etme, (iii) reklam ile (iv) garanti/kalite fonksiyonu şeklinde adlandırılan çeşitli fonksiyonları vardır. Kaynak gösterme, markanın kullanıldığı mal veya hizmetin kaynağını yani hangi işletme tarafından üretildiğini veya sunulduğunu gösteren geleneksel anlamda en eski fonksiyonudur¹¹. Örneğin gazlı içecekler alanında tescilli A markasının kaynak gösterme işlevi, bu markanın kullanıldığı tüm içeceklerin tek bir işletme tarafından üretildiğini tüketiciler nezdinde ifade eder. Fakat zamanla markanın fonksiyonları değişiklik göstermiş ve gelişen üretim modelleriyle birlikte markanın lisans sözleşmeleri veya benzeri yollarla kullanımı sonucu kaynak gösterme işlevi giderek önemini yitirmiştir¹². Gerçekten de artık örneğin B marka bir ayakkabı almak isteyen bir tüketici bu ürünün lisans yoluyla

¹¹ Davis Jennifer, Intellectual Property Law, 4. Bs., Oxford, 2012, s. 200; Arkan Sabih, Marka Hukuku, C. I, Ankara, 1997, s. 38; Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2012, §22 N. 58, s. 378; Yasaman/Yusufoğlu (Yasaman Hamdi/Altay Sıtkı Anlam/Ayoğlu Tolga/Yusufoğlu Fülürya/Yüksel Sinan), Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi, C. 1, İstanbul, 2004, s. 18; Kaya Arslan, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s. 59; Çolak, s. 16.

¹² Davis, 201; Arkan, Marka Hukuku, s. 38; Tekinalp, §22 N. 58, s. 378; Kaya, s. 59; Çolak, s. 16-17. Avrupa Birliği Marka Mevzuatında ve Alman doktrininde markanın köken gösterme işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uzunallı Sevilay, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, 2008, s. 70-76.

hangi ülkede üretildiğiyle çoğu zaman ilgilenmiyor, sadece alacağı ürünün B olmasını önemsiyor¹³.

Markanın tanımından da hareketle, bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme fonksiyonu günümüzde hala önemini koruyan en temel ve asli fonksiyondur¹⁴.

Ticari ve sosyal hayattaki gelişmelere paralel olarak tarihsel süreç içerisinde markanın temel fonksiyonlarına, ekonomik fonksiyon olarak da nitelendirilen reklam ve garanti/kalite fonksiyonları eklenmiştir. Reklam fonksiyonu, markanın kullanıldığı ürün veya hizmetin tüketicilere tanıtılmasını ifade eder; bizatihi marka sahibi bu tanınırlığı artırmak ve tercih edilebilmek için de reklam yapar¹⁵. Garanti/kalite fonksiyonu ise, markanın üzerinde bulunduğu ürün veya hizmetin her zaman aynı kalitede arz edilmesi ve bu yönde tüketicilere bir güven telkin edilmesidir¹⁶.

Hukuk düzenimiz, markanın kaynak gösterme ve ayırt etme fonksiyonlarını koruma altına almıştır; fakat reklam ve garanti/kalite fonksiyonlarını doğrudan koruma kapsamına almamıştır¹⁷. Şöyle ki, marka olabilecek işaretlerin düzenlendiği SMK md. 4 hükmünün “...bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması...” ifadesinde ve mutlak ile nispi ret nedenlerin düzenlendiği SMK md. 6/1 ile SMK md. 7 hükümlerinde, markanın ayırt etme fonksiyonunu açıkça görmek mümkündür. Buna mukabil marka sahibine, aynı marka adı altında üreti-

¹³ Bununla birlikte, özellikle belirli grupların bünyesindeki tanınmış markalar bakımından kaynak göstermenin önemi azalmamakta, aksine tüketiciler nezdinde markanın tercih sebebi olmasında rol oynamaktadır. Örneğin VW marka otomobillerin ya da Siemens marka beyaz eşyaların Alman üretimlerinin diğer ülkelerdeki imal edilen ürünlere kıyasla tercih edildiği bir gerçektir. Dirikhan Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, İstanbul, 2003, s. 13; Kaya, s. 59 ve dn. 101.

¹⁴ Arkan, Marka Hukuku, s. 38; Tekinalp, §22 N. 57, s. 378; Yasaman/Yusufoğlu, s. 18-19; Kaya, s. 60; Çolak, s. 17.

¹⁵ Arkan, Marka Hukuku, s. 39; Tekinalp, §22 N. 59, s. 378; Yasaman/Yusufoğlu, s. 20; Kaya, s. 61; Çolak, s. 17.

¹⁶ Davis, 201; Arkan, Marka Hukuku, s. 38; Tekinalp, §22 N. 59, s. 378; Yasaman/Yusufoğlu, s. 19; Kaya, s. 61; Çolak, s. 18.

¹⁷ Marka KHK bakımından aynı yönde bkz. Arkan, Marka Hukuku, s. 38-39; Kaya, s. 60 ve 62.

len mal veya sunulan hizmetlerin kalitesinin bozulmamasını sağlama yükümü mevzuatımızda getirilmemiştir¹⁸.

SMK ile hukukumuzda giren muvafakatname yoluyla birlikte var olma durumunun, markanın bu dört fonksiyonuna olan etkisini incelemekte fayda bulunmaktadır. Önceki tescilli marka sahibi ile onun muvafakati sonucu birlikte var olan sonraki tescilli marka sahibi pekala birbirinden bağımsız şekilde aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir markayla üretim yapabilecektir. Piyasada bu şekilde birbirinden bağımsız olarak aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bir markayla üretim yapan üreticilerin bulunması, tüketiciler nezdinde kafa karışıklığına bir anlamda iltibasa sebep olacaktır. TPMK'ya sadece SMKY md. 10 hükmünde zikredilen kalemleri içeren bir muvafakatname beyanında bulunarak kolayca birlikte var olan birbirinden bağımsız iki marka sahibinin, üretmiş olduğu mal veya sunmuş olduğu hizmetlerde aynı kalitenin tutturulması çok zor bir ihtimal olacaktır. Bu sebeple markanın kaynak gösterme, ayırt etme, reklam ve garanti fonksiyonlarının zedeleneceği şüphesizdir¹⁹.

Mer'i düzenlemeler bakımından şu an için sadece -yukarıda arz ettiğimiz- şekli unsurları içeren bir muvafakatname, TPMK nezdinde mükerrer tescili mümkün kılmaktadır. Taraflar muhakkak ki borçlar hukuku anlamında kendilerini bağlayacak bir sözleşme akdedebilir ve bu söz-

¹⁸ İstisnaen garanti markalarında, marka sahibinin kontrolü çerçevesinde, markanın kullanıldığı mal veya hizmetin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etme fonksiyonu açıkça öngörülmüştür (SMK md. 31/1). Hatta kişinin kendi kendini kontrol etmesi ihtimalinde yaşanabilecek güçlükleri bertaraf etmek için garanti markasının, -diğer marka türlerinden farklı olarak- marka sahibi veya bu kişiye iktisaden bağlı bir işletme tarafından kullanılması yasaklanmıştır (SMK md. 31/2). Bunun yanı sıra garanti fonksiyonu, marka hakkının tükenmesi prensibinin istisnasını teşkil eden kötüleştirmeye engel olma hakkında dolaylı olarak görülmektedir. Marka korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra marka tescilinden doğan haklar tükenir. Buna rağmen marka sahibine tanınan bu ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkı, garanti fonksiyonunu dolaylı olarak korumaktadır. Arkan, Marka Hukuku, s. 39; Yasaman/Yusufoğlu, s. 19; Kaya, s. 62; Çolak, s. 18.

¹⁹ Markanın paylı mülkiyete konu olması halinde ortaya çıkabilecek sorunlar noktasında benzer tespitler ve çözüm önerisi için ayrıca bkz. Kervankıran Emrullah, "Markanın Müşterek Paylı Mülkiyete Konu Olması ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017, s. 403-404.

leşmede birlikte var olmaya konu markanın kullanım usullerini, markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin standartlarını ve bunların denetim süreçlerini düzenleyebilirler. Oysa son bölümde etraflıca inceleyeceğimiz üzere, nasıl ki ortak ve garanti markalarında bir teknik şartnamenin de hazırlanması ve tescili zorunlu ise, buna benzer bir teknik şartnamenin SMK md. 5/3 anlamındaki muvafakatname ile birlikte düzenlenmesi ve tescili, markanın fonksiyonlarının zedelenmesini engellemek için elzemdir.

B. Markanın Pazarlama ve Reklam Faaliyetlerine Konu Olması

Yukarıda da değinildiği üzere markanın reklam fonksiyonu sayesinde, markaların kullanıldığı ürün veya hizmetlerin tüketicilere tanıtılması sağlanır ve böylece işletmeler daha fazla mal veya hizmet satma imkânı elde ederler. Diğer bir deyişle markanın piyasada tanınırlık düzeyinin yükselmesine paralel olarak işletmenin müşteri çevresi genişler. Marka ne kadar çok reklam ve pazarlama faaliyetlerine konu edilirse, o oranda tüketicilerin ilgisini çeker ve işletmenin satış rakamları yükselir. Bu nedenle işletmelerin gider kalemleri arasında, markaya yapılan reklam ve tanıtım harcamaları önemli bir yer işgal eder. Bu harcamalar işletmenin markaya yaptığı bir yatırımdır ve korunması gerekir²⁰.

Muvafakatname yoluyla birlikte var olma halinde, markanın pazarlama ve reklam faaliyetlerine konu edilmesi halinde önceki ve sonraki marka sahipleri arasındaki ilişkinin ne olacağı; daha açık bir ifadeyle markaya yapılan reklam ve tanıtım masrafına hangi tarafın ne oranda katılacağı, bu masrafa katılmayan veya daha az katılan marka sahibinin haksız bir kazanım elde edeceği netleştirilmesi gereken hususlardandır. SMK md. 5/3 hükmü uyarınca birlikte var olan iki tescilli markanın pazarlama ve reklam faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi noktasında, söz konusu hükmün ve ilgili Yönetmeliğin yetersiz kaldığı ve ilerleyen süreç içerisinde ciddi uyuşmazlıkların gündeme geleceği şüphesizdir.

C. Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması

1. Devir Sözleşmesi

Markanın devri, SMK'nın "Ortak ve Diğer Hükümler" başlıklı beşinci kitabında diğer sınai mülkiyet hakları ile birlikte düzenlenmiştir.

²⁰ Arkan, Marka Hukuku, s. 39; Kaya, s. 61; Çolak, s. 17.

SMK md. 148 hükmü uyarınca, marka hakkı *devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir*. Markanın konu olabileceği hukuki işlemler bu maddede sayılanlarla sınırlı değildir; sözleşme serbestisi çerçevesinde örneğin marka üzerinde intifa hakkı tesis edilebilir veya marka bir şirkete sermaye olarak konulabilir²¹.

Marka hakkının konu edildiği borçlandırıcı veya tasarrufi işlemlerde kural olarak ayrılık/bağımsızlık ilkesi geçerlidir. Ayrılık/bağımsızlık ilkesi, işletmeden ayrı bir malvarlığı değeri teşkil eden markanın, kaynağından yani ilk sahibinden ayrılarak başka bir işletmenin malvarlığı değeri kapsamına girmesidir²². Nitekim bu husus, SMK md. 148/2 “*Birinci fıkrada belirtilen hukuki işlemler işletmeden bağımsız olarak gerçekleştirilebilir...*” hükmüyle de mevzuatımızda teyit edilmektedir.

SMK md. 148/6 hükmü uyarınca markanın devri, *tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için söz konusu olabilir*. Birinci hale tam devir, ikinci hale ise kısmi devir denir. Birden fazla mal veya hizmet sınıfında tescilli olan bir marka söz konusu ise, sahibi tarafından yalnızca bir kısım mal veya hizmetler bakımından kısmen devredilebilir²³.

Muvafakatname yoluyla birlikte var olma halinde, markanın devir işlemine veyahut diğer hukuki işlemlere konu edilmesinde ortaya çıkabilecek sorunların incelenmesi gerekir. Aynı/benzer mal/hizmet sınıfında tescilli bir marka üzerinde birden fazla tescilli hak sahibi bulunmaktadır ve bunlardan biri marka üzerindeki hakkını üçüncü bir kişiye devretmek veya diğer hukuki işlemlere konu etmek istediğinde, diğer marka sahibinin rızasını alması gerekecek midir? Ya da satış arzusu taşıyan marka sahibinin, diğerine bu hususta herhangi bir bildirimde bulunma yükümlülüğü var mıdır?

Birlikte var olma durumu bir kere tesis edildikten sonra -yani aynı işaret üzerinde ikinci bağımsız bir marka hak sahipliğinin varlığına muvafakat verildikten sonra- marka sahiplerinin, marka üzerinde birbirinden tamamen bağımsız olarak tasarruf yetkisini haiz olduğu kabul edil-

²¹ Arkan, Marka Hukuku, s. 175; Tekinalp, §28 N. 1, s. 462; Kaya, s. 207; Çolak, s. 697.

²² Arkan, Marka Hukuku, s. 176; Tekinalp, §28 N. 2, s. 462; Kaya, s. 207-208; Çolak, s. 697.

²³ Arkan, Marka Hukuku, s. 176; Tekinalp, §28 N. 3, s. 463; Kaya, s. 207-208; Çolak, s. 698.

miş demektir. Dolayısıyla birlikte markaya sahip olanlardan herhangi biri, diğerinin onayını almadan markayı serbestçe devredebilecektir. Bu durum iki markanın ayrı ayrı var olabilmemesinin de aynı zamanda bir sonucudur.

Bu noktada SMKY md. 10/4'te yer alan “(m)uvafakat konusu marka ile ilgili sicile kayıtlı inhisari lisans sahiplerinin bulunması halinde, inhisari lisans sahiplerinin de yazılı izinlerinin Kurum’a sunulması gerekir” düzenlemesi ise vardığımız bu sonucu değiştiremez. Zira kanun koyucu bu hükümde birlikte var olmaya ilk defa muvafakat verilirken inhisari lisans sahibinin onayının alınması gerektiğini düzenlemektedir ve bu onay birlikte var olma durumunun oluşup oluşmayacağına ilişkindir. Diğer bir deyişle, markanın hak sahiplerinden biri tarafından devir sözleşmesine konu edilmesi ile SMKY md. 10/4 hükmünün düzenlemiş olduğu marka üzerinde muvafakatname suretiyle ikinci bir marka hak sahipliği tesisi durumu farklılık arz etmektedir. Netice itibarıyla muvafakatname suretiyle birlikte var olma durumu bir kere oluştuktan sonra, o marka üzerindeki hak sahiplerinin bağımsız tasarruf yetkilerinin varlığı kabul edilmelidir²⁴.

2. Lisans Sözleşmesi

Markanın sahibinin malvarlığı içinde kalmasına rağmen, kullanım hakkının devredilmesi sonucunu doğuran lisans sözleşmeleri, SMK md. 24 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Diğer bir deyişle markanın kullanım hakkı -markanın devrinde olduğu gibi- kısmi veya tam lisans sözleşmesi yoluyla devredilebilir²⁵.

²⁴ Benzer şekilde, muvafakat veren tarafın, muvafakat sonucu tescil edilen bir markaya ilişkin devir, lisans gibi sonraki tasarruflara müdahale edemeyeceği yönünde bkz. Akın Elif Betül, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Marka Tescil Süreçlerine İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ankara, 2017, s. 184.

²⁵ Lisans sözleşmelerini pek çok yönden ayırma tabi tutmak mümkündür. Lisans sözleşmeleri, inhisari veya inhisari olmayan lisans şeklinde olabilir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde, lisans veren markanın kullanım hakkını kendi uhdesinde de tutmaktadır. Yani inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendisi kullanabilir veya üçüncü kişilere başka lisans da verebilir. Aksi kararlaştırılmamış ise inhisari olmayan lisans prensiptir. İnhisari lisans sözleşmelerinde ise, lisans

Bir marka için lisans verme yetkisi, münhasıran marka sahibine aittir; fakat marka sahibi birden fazla ise bu yetkinin marka sahipleri arasında paylaşımı hukuken önem arz etmektedir. Şayet marka sahipleri arasında bu yetkinin nasıl kullanılacağına dair özel bir sözleşme mevcut değilse, marka lisans sözleşmesinin, tüm marka sahipleri tarafından ya da yetki verdikleri bir kişi tarafından imzalanması gerektiği; tek bir marka sahibinin imzaladığı lisans sözleşmesinin geçerli olmadığı, sadece o sözleşmenin tarafları arasında şahsi borç ilişkisi doğurması gerektiği öğretide ve yargı makamlarınca ileri sürülmüştür²⁶.

Dolayısıyla SMK md. 5/3 uyarınca birlikte var olma halinde, marka sahiplerinden biri tarafından markanın kullanım hakkının lisans sözleşmesine konu edilmesi arzu edildiğinde, diğer marka sahibinin de lisans sözleşmesinde imzasını arama mecburiyeti, bu noktada tartışmaya açıktır. Zira gerek yukarıda ifade edilen görüşte gerekse dipnotta aktarılan Yargıtay 11. HD kararında bahis konusu birden fazla marka sahipleri, SMK md. 5/3 hükmündeki gibi birbirinden tamamen bağımsız nitelik arz etmemekte, aksine marka hakkı üzerinde ortak malik sıfatıyla birbirlerine hukuken bir bağlılık içerisindedirler. Bu nedenle yukarıda ifade edilen, diğer marka sahiplerinin de lisans sözleşmesinde imzasını arama mecburiyeti, kanaatimizce SMK md. 5/3 hükmü kapsamında savunulabilir nitelikte değildir. Her bir malik kendi uhdesinde bulunan markanın kullanım hakkı üzerinde, diğerinin izin veya icazetini almak zorunda olmaksızın serbestçe tasarruf edebilmelidir. Bu noktada tereddütleri olan ve muvafakat vereceği kişinin tasarruf yetkisini kısıtlamak veya kontrol

veren başkasına lisans veremez ve hatta açıkça saklı tutmadıkça bizzat markayı kendisi de kullanamaz. (SMK md. 24/2)

²⁶ Çolak, s. 726. Nitekim Yargıtay 11. HD. de bu hususta “Mahkemece, ... üç kişinin ortak malik olduğu davacı markalarından 205262 sayılı “Sabuncakis1874” ibareli marka için Sabaş Çiçekçilik A.Ş. ile davalı arasında lisans sözleşmesi imzalanmışsa da diğer marka sahiplerinin verdiği bir lisansın olmadığı, davacıların markaları hakkında marka sahipleri arasında düzenlenen Teknik Yönetmeliğe göre markanın hak sahiplerinden biri tarafından lisans sözleşmesine konu edilemeyeceğinin kararlaştırıldığı, dolayısıyla tek ortak tarafından verilen lisansın geçerli olmadığı, davalı şirketin davacılara ait “Sabuncakis” markasını hukuka aykırı bir şekilde kullanmış olmalarından dolayı davalının eyleminin davacıların marka hakkına tecavüz oluşturduğu sonucuna varıldığı, ...davacıların ... taleplerin reddine” ilişkin kararıyla aynı yönde sonuca varmıştır. (Y. 11. HD.’nin 04.03.2013 T. ve 2012/4251 E., 2013/3932 K. sayılı kararı)

etmek isteyen ilk marka sahibi, kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile markanın lisans sözleşmesine hangi şartlar altında konu edilebileceğini düzenleyebilir. Esasen mükerrer tescile izin verilirken, ortak marka teknik şartnamesinde olduğu gibi,-tabiri caizse- birlikte var olma teknik şartnamesinin düzenlenmesi ve bu sayede daha baştan bu hususun taraflar arasında açıklığa kavuşturulması muhtemel uyuşmazlıkları önlemek bakımından gereklidir.

D. Marka Hakkının Kullanımında ve İhlalinde Tarafların Yüklülükleri

1. Hükümsüzlük ve İptal Davaları Bakımından

Marka hakkını sona erdiren hallerden olan hükümsüzlük ve iptal davaları, sırasıyla SMK md. 25 ve md. 26 hükümlerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir²⁷. Sonradan ortaya çıkan sebeplerden dolayı markanın iptali, başlangıçtan beri var olan sebeplerden ötürü ise markanın hükümsüzlüğü gündeme gelecektir²⁸. SMK md. 27 hükmünde de hükümsüzlük ve iptalin sonuçları düzenlenmiştir.

SMK'nın hükümsüzlük ve iptal sebepleri bakımından yapmış olduğu ayrımın en önemli sonucu yargılama alanında görülmektedir. Zira SMK md. 192/1/a hükmü uyarınca, bu Kanunun 26. maddesi, yani iptal halleri ve iptal talebi, yayımı tarihinden itibaren yedi (7) yıl sonra yürürlüğe girecektir. SMK'nın geçici 4. maddesine göre ise 26 ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır. Dolayısıyla markanın hükümsüzlük yargılamasına, mülga KHK döneminde de olduğu gibi mahkemeler aracılığıyla devam edilmesine karşın; markanın iptali talepleri, SMK'nın yürürlük tarihini olan 10 Ocak 2017'den itibaren yedi (7) yıl geçtikten sonra, yani 10 Ocak 2014 tarihinden sonra, TPMK tarafından yapılacak olan idari incelemeye binaen bir idari kararla sonuçlandırılacaktır; bu tarihe kadar yetki mahkemelerdedir. İptal isteminin TPMK tarafından reddedilmesi veyahut kabul edilmesi halinde, ancak bu karara

²⁷ 556 sayılı mülga KHK döneminde hükümsüzlük ve iptal ayrımına dikkat edilmeksizin düzenleme yapılmış idi. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün de hükümsüzlük ve iptal yönünde bir ayrımı benimsemesine rağmen, mülga KHK'da bunun gözetilmemiş olması hatalı bulunmuştur. Çolak, s. 933.

²⁸ Kaya Arslan, Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz, 2007, s. 240; Çolak, s. 933.

karşı Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde iptal davası açılacaktır²⁹. Markanın iptali talepleri, 10 Ocak 2014 tarihine kadarki geçiş sürecinde ise mahkemelerce görülemeye devam edilecektir.

SMK ile getirilen markanın hükümsüzlüğü ve iptali davalarına ilişkin genel sistem kısaca özetlendikten sonra, asıl birlikte var olma halinde ne gibi sorunların ortaya çıkacağı incelenmelidir. Gerek hükümsüzlük gerek ise iptal davasının (2024'ten sonra TPMK nezdinde yapılacak iptal başvurusunun), muvafakatname suretiyle birlikte var olan birden fazla marka sahibinden en az biri tarafından açılması yeterli kabul edilecek midir veyahut tüm marka sahiplerinin birlikte mi hareket etmesi gerekecektir? Yine bahis konusu davaları ikame etmekten imtina eden marka sahibi karşısında, davaları açıp takip ederek masrafa ve zahmete katlanan diğer marka sahibinin durumu ne olacaktır? Bu soruların, mevcut düzenlemeler ışığında cevabını vermek henüz mümkün değilse de, dile getirilmesi önem arz etmektedir.

2. Tecavüz Davaları Bakımından

Marka hakkına tecavüz halinde, tecavüzün tespiti davası, tecavüzün durdurulması ve önlenmesi (men) davası, tecavüzün kaldırılması (ref) davası ve tazminat davaları açılabilir. SMK md. 29 hükmü bağlamında üçüncü kişi tarafından marka hakkına tecavüz edildiğinde, muvafakatname suretiyle birlikte var olan birden fazla marka sahibi arasındaki ilişkinin nasıl tesis edileceği belirsizdir. Marka sahiplerinden birinin tecavüz davası açması ve masraf yapmasına karşın diğer marka sahibi hareketsiz kalabilir mi ya da dava açarak tazminat elde eden marka sahibi bu meblağı diğer marka sahibiyle paylaşmak zorunda mı? Veyahut bizzat marka sahiplerinden biri marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller işlediğinde, diğer marka sahibi ona karşı dava ikame edebilecek midir? Şimdilik bu soruların cevabını meri hukuk düzenimiz bağlamında vermek mümkün değilse de, bunlara dikkat çekmek önem arz etmektedir.

²⁹ Çolak, s. 1010-1011.

III. BİRLİKTE VAR OLMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİSİ: ORTAK MARKA TEKNİK ŞARTNAMESİ

A. Ortak Marka Kavramı

Marka, sahiplerine göre ferdi marka ve ortak marka olmak üzere ikiye ayrılır. Bir markanın sağladığı haklar sadece bir gerçek kişi veya bir tüzel kişiye aitse, buna ferdi marka denir³⁰. Kolektif marka veya müşterek marka isimleriyle de anılan ortak marka ise, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir birlik tarafından kullanılan işarettir (SMK md. 31/3). Ortak markada, ferdi markadan farklı olarak, belli bir işletmenin mal ya da hizmetlerinin diğerlerinden ayırt edilmesi değil, bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen kişilerin oluşturduğu birliğe dahil işletmelerce üretilen mal ve hizmetlerin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesi esastır. Diğer bir deyişle ortak markada, belli bir birliğe üye olmayı gösterme fonksiyonu ön plandadır³¹. Dolayısıyla ortak markanın ayırt etme fonksiyonu, ferdi markaya nazaran daha zayıf ve az yoğunluktadır³².

Ortak markanın sahibi, sözleşme çerçevesinde bir araya gelen işletmelerin oluşturduğu birlik değil, birliğe dahil kişilerdir³³. Zaten söz konusu birlik, marka sahibi olabilseydi, ortak markayı ferdi markadan ayrı bir şekilde düzenleme ihtiyacı hasıl olmayacaktı. Ortak markanın sahibi olan, birliğe üye her bir işletme, markanın tümü üzerinde, diğer marka sahipleriyle sınırlı fakat diğer marka sahiplerinden de bağımsız olarak hak sahibidir³⁴. Nitekim hukukumuzda da, *ortak markanın tescili ve ortak marka hakkından vazgeçilmesi işlemlerinin, birliğe dâhil işlet-*

³⁰ Arkan, Marka Hukuku, s. 44; Tekinalp, §22 N. 40, s. 371; Yasaman/Yusufoğlu, s. 22; Kaya, s. 54; Karahan Sami, “Ortak Marka”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, C. I, s. 1097; Çolak, s. 19.

³¹ Arkan, Marka Hukuku, s. 45.

³² Karahan, s. 1110.

³³ Arkan, Marka Hukuku, s. 45; Tekinalp, §22 N. 45, s. 372; Kaya, s. 55; Karahan, s. 1104-1105; Arkan Sabih, “Grup Markaları”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara, 2010, C. I, s. 275.

³⁴ Tekinalp, §22 N. 45, s. 372; Karahan, s. 1103; Çolak, s. 20. Karahan, buna ek olarak, ortak marka sahibi birlik üyeleri arasındaki ilişkinin, marka hukukuna has nevi şahsına münhasır bir hak sahipliği ilişkisi olduğunu belirtir.

melerin tümünün birlikte hareket emesiyle gerçekleşeceği düzenlenmiştir (SMK md. 32/3/son cümle).

Mülga 551 sayılı MarkaKHK'da olduğu gibi SMK'da da söz konusu grubun tüzel kişiliği haiz olup olamayacağı hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç da yoktur, zira marka tüzel kişiliği haiz olan bir grup adına tescil edilebildiği noktada zaten ortak markadan değil, ferdi markadan söz edilecektir³⁵. Örneğin birer kooperatifler birliği olarak tüzel kişiliği haiz olan Marmarabirlik, Trakyabirlik veya Fiskobirlik'e ait olan markalar ortak marka değil, ferdi marka niteliğindedirler³⁶.

Ortak marka ile "marka ortaklığı" kavramı birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Marka ortaklığı, bir markanın, TMK md. 688 vd. hükümleri çerçevesinde paylı mülkiyet³⁷ veya TMK md. 701 vd. hükümleri çerçevesinde elbirliği mülkiyeti ilişkisi çerçevesinde birden fazla kişi adına tescil edilmesidir. Marka ortaklığı, birden fazla kişinin marka üzerinde birlikte mülkiyet hakkı sağlamak niyetiyle başvuruda bulunarak markayı tescil ettirmesinden veya bir markanın miras yoluyla birden fazla mirasçıya intikalinden kaynaklanabilir³⁸. Oysa ortak markaya birlikte mülkiyet hükümleri uygulanamaz.

Ortak marka ile "holding/grup markası" da birbirinden ayırt edilmelidir. Holding/grup markaları birden fazla kişi adına tescilli olmayıp, bizzat holding şirketi adına tescillidir; dolayısıyla holding markaları birer ferdi marka niteliğindedir³⁹. Nitekim Yargıtay 11. HD, mülga MarkaKHK döneminde vermiş olduğu "KINDER" kararında, Ferrero grubuna dahil şirketlerden birisinin, grup adına tescilli bir markayı tescil ettirmesini, Türk Marka Hukukunda geçerli olan marka tescilinde öncelik ve teklik ilkesinin, tescilli bir markanın varlığı halinde, aynı veya

³⁵ Nitekim tüzel kişiliği bulunmayan kişi birlikleri de -örneğin adi şirket- marka sahibi olamaz; adi şirket aracılığıyla işletilen işletmenin mal ve hizmetleri üzerindeki ferdi markaya, adi şirket ortakları iştirak halinde maliktirler.

³⁶ Karahan, s. 1101 ve 1102.

³⁷ Markanın paylı mülkiyete konu edilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan Sabih, "Marka Müşterek Mülkiyete Konu Olabilir Mi?", Prof. Dr. Ramazan Aslan'a Armağan, Ankara, 2015, s. 175 vd.; Kervankıran, s. 393 vd.

³⁸ Çolak, s. 19.

³⁹ Arkan, Marka Hukuku, s. 46; Tekinalp, §22 N. 44, s. 372; Yasaman/Yusufoğlu, s. 22-23; Arkan, Grup Markaları, s. 275; Karahan, s. 1104; Çolak, s. 20.

benzer olan işaretin bir başkası adına da “mükerrer tesciline” izin vermediği gerekçesiyle kabul etmemiştir⁴⁰.

Ortak markanın sahibi olan birlik üyeleri arasında herhangi bir bağıllığın veyahut bağımsızlığın bulunması şart değildir⁴¹. Ortak marka, birbiriyle bağlantılı olan kişilerin bir araya gelmesi suretiyle tesis edilebileceği gibi⁴², birbirinden tamamen bağımsız işletmelerce de meydana getirilebilir⁴³.

Ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi mümkün olup, sicile kayıt hâlinde geçerlilik kazanır (SMK md. 148/7).

B.Ortak Marka Teknik Şartnamesi

Ortak markanın tescilinde, markanın kullanımına ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnamenin başvuruyla birlikte sunulması zorunludur (SMK md. 32/1). Ortak markayı, ferdi markadan ayıran en önemli özellik, tescil başvurusunda bulunurken işte bu teknik şartnamenin de hazırlanarak TPMK'ya sunulmasıdır. Gerçekten de ortak marka teknik şartnamesine dayalı olmaksızın birden fazla kişi adına tescil işlemi yapılırsa, bu marka, ortak marka statüsünü haiz olmaz. Ortak marka teknik şartnamesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir (SMK md. 32/8).

⁴⁰ “...şirketlerin aynı gruba dahil olmalarına karşın ayrı tüzel kişiliğe sahip olmaları ve 556 sayılı KHK'nin 55. maddesine göre ortak marka tescilinin de söz konusu olmaması nedenleriyle dinlenilmesi mümkün değildir...” Y. 11. HD'nin 18.01.2007 T. ve 2006/3703 E., 2007/6881 K. sayılı kararı (corpus.com.tr). Kararın değerlendirmesi hakkında ayrıca bkz. Arkan, Grup Markaları, s. 276-277.

⁴¹ Karahan, s. 1105,

⁴² Ülkemizde örneğin “TARİŞ” markası, Tariş İncir Tarım Satış Kooperatif Birliği, Tariş Üzüm Satış Kooperatif Birliği, Tariş Pamuk Tarım Satış Kooperatif Birliği ve Tariş Zeytin ve Zeytinyağı Kooperatif Birliği adına tescilli olan bir ortak markadır. Bu örnekte ortak marka sahibi birlik üyeleri arasında bağlantı bulunmaktadır. Karahan, s. 1105 ve dn. 30.

⁴³ Diğer bir ortak marka örneği “TTL” ise, aralarında hiçbir bağlantı bulunmayan Tütün Sanayi ve Dış Ticaret AŞ., Türkiye Tütünleri AŞ., Türel Tütün Gıda ve Zırai Ürünler Sanayi ve Ticaret AŞ. Ve Şart Tütün Sanayi ve Ticaret AŞ. adına TPE(=TPMK) nezdinde tescillidir. Karahan, s. 1105 ve dn. 31.

1. Ortak Marka Teknik Şartnamesinin İçeriği

Ortak marka teknik şartnamesinin içeriği hususunda SMK md. 32 ve SMKY md. 8 hükümlerinde bazı düzenlemeler öngörülmektedir. Bu bağlamda ilk olarak; ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ile bu işletmelerin oluşturduğu topluluğa üyelik şartları, markanın kullanım şartları ve varsa müeyyideleri ortak marka teknik şartnamesinde saptanır (SMK md. 32/3).

Ayrıca ilgili Yönetmelikte de ortak marka teknik şartnamesinin; başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgilerinin, başvuruya ilişkin denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağı ve başvuruya ilişkin tek bir yazışma adresinin, marka örneğinin, markanın hangi mal veya hizmetlerde ne şekilde kullanılacağı, markanın kullanım şartlarının, markayı kullanmaya yetkili olan işletmelerin, bu işletmelerin oluşturduğu topluluğa üyelik şartlarının, varsa teknik şartnameye aykırı kullanma halinde uygulanacak yaptırımların belirtilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür (SMKY md. 8/9).

Teknik şartnamede yapılacak değişiklikler, Kurum tarafından onaylanmadıkça uygulanamaz (SMK md. 32/5).

2. Ortak Marka Teknik Şartnamesinin İçeriğinde Aykırılık Bulunması

Teknik şartname, SMK md. 32/2 ve 32/3 fıkralarında belirtilen şartları içermediği ya da kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olduğu takdirde, teknik şartnamede gerekli değişikliklerin yapılması veya eksikliklerin giderilmesi, TPMK tarafından marka sahibine bildirilir. Marka sahibinin bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde gerekli değişiklikleri yapmaması ve eksiklikleri gidermemesi hâlinde ortak markanın tescil talebi reddedilir (SMK md. 32/6 ve SMKY md. 8/10).

Ortak markayı kullanmaya yetkili olan gruba dâhil işletmeler tek başına dava açmaya yetkilidir (SMK md. 32/4).

3. Teknik Şartnameye Aykırı Kullanım Halinde Markanın İptali Yaptırımı

SMK md. 26/1/ç hükmü uyarınca, bu Kanunun 32. maddesine aykırı kullanım halinde marka sahibi, markanın iptalini isteyebilir. Buna paralel olarak SMK md. 32/7 bendinde *marka sahibinin, garanti marka-*

sı veya ortak markanın devamlılık arz eder biçimde teknik şartnameye aykırı olarak kullanılmasını engellemek için gerekli önlemleri almaması sebebiyle ilgili kişilerin, Cumhuriyet savcısının veya ilgili kamu kurum ve kuruluşunun başvurusu üzerine tanınan süre içinde söz konusu aykırı kullanımın düzeltilmemesi halinde, markanın iptaline karar verileceği düzenlenmiştir⁴⁴.

Burada kullanıma bağlı bir iptal hali söz konudur ve aykırı kullanım ortak marka sahipleri tarafından gerçekleştirilmektedir. İptalin söz konusu olabilmesi için, ortak marka sahiplerinden birinin ortak marka teknik şartnamesine aykırı kullanımının yanı sıra, diğer marka sahiplerinin bu ihlale karşı kayıtsız kalması ve verilecek süre içinde bu aykırılığın düzeltilmemiş olması gerekir⁴⁵.

Teknik şartnameye aykırı kullanımın, madde metninde de vurgulandığı üzere devamlılık arz etmesi gerekir⁴⁶. Ayrıca bu duruma ortak marka sahibinin muttali olması gerekir ki, aykırı kullanımı engellemek için gerekli önlemleri almamış olma şartı gerçekleşsin. Dolayısıyla marka sahibinin bilgisi dışında kalan teknik şartnameye aykırı kullanımın varlığında SMK md. 32/7 hükmü uygulanmayacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere⁴⁷ iptal talepleri, SMK'nın yürürlüğe girdiği 10 Ocak 2017 tarihinden itibaren yedi (7) yıl sonra, yani 10 Ocak 2024 tarihinden itibaren artık mahkemelerce değil, TPMK tarafından incelenecek ve bir idari kararla sonuca bağlanacaktır (SMK md. 192/1/a). İptal isteminin TPMK tarafından reddedilmesi veyahut kabul edilmesi halinde, ancak bu karara karşı Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde iptal davası açılabilecektir⁴⁸. Sonuç olarak, teknik şartnameye aykırı kullanım, markanın iptal sebepleri arasında

⁴⁴ Aynı hususu düzenleyen MarkaKHK md. 42/f ve md. 59 hükümlerinin gereksiz olduğu, ortak markanın kullanılmasına ilişkin teknik şartnamenin tamamen sözleşmesel nitelikte ve kamuyu ilgilendirmeyen bir iç ilişki tesis ettiği mülga MarkaKHK döneminde ileri sürülmüştür. Yasaman/Yüksel, s. 1004.

⁴⁵ Karahan, s. 1118-1119; Çolak, s. 1010.

⁴⁶ Öğretide, mülga MarkaKHK döneminde, MarkaKHK md. 14 (SMK md. 9) hükmünde olduğu gibi somutlaştırılmış bir süreye -örneğin beş yıldan aşağı olmamak üzere- yer verilmesi, tereddütleri giderme açısından daha yerinde olacağı savunulmuştur. Karahan, s. 1120.

⁴⁷ Yukarıda bkz. II.D.1. Hükümsüzlük ve İptal Davaları Bakımından

⁴⁸ Çolak, s. 1010-1011.

düzenlenmiş olduğundan; teknik şartnameye aykırılığın denetimi 2024 tarihine kadar mahkemeler tarafından, 2024 tarihinden sonra ise TPMK tarafından idari incelemeyele gerçekleştirilecektir.

C. Teknik Şartnamenin Muvafakatname Suretiyle Birlikte Var Olma Haline Uygulanabilirliği

Birlikte var olmaya muvafakat hususunun ne olduğunu ve bu halde ortaya çıkacak muhtemel sorunları yukarıda etraflıca inceledik. Kanun koyucu SMK uyarınca muvafakat yoluyla mümkün kıldığı mükerrer tescile izin verirken, uygulamada sıklıkla gündeme gelebilecek ve yargı makamlarını meşgul edecek meseleleri çözüme kavuşturacak bir mekanizmaya/belgeye yer vermeyi ihmal etmiştir. Bu sorunlara şu an için meri hukuk bakımından, bir çözüm ileri sürmek her ne kadar hukuken mümkün değilse de kanaatimizce ortak marka teknik şartnamesine ilişkin düzenlemeler bu noktada yol gösterici niteliktedir.

Elbette taraflar, aralarında bir sözleşme imzalamak suretiyle üretilen mal veya sunulan hizmetin standartlarını belirleyebilir ve çıkması muhtemel sorunları öngörerek bunu karşılıklı mutabakatla önceden düzenleyebilir. Sözleşmeye aykırılık halinde, diğer taraf ancak tazminat talep edebilecektir. Bu anlaşma -muvafakatnameye paralel düzenlense de- ihlalinin, TPMK nezdinde bir etkisi olmayacaktır; taraflar anlaşmaya aykırılık gerekçesiyle markanın iptalini Kurum'dan talep edemeyecektir⁴⁹.

Bu bağlamda SMK ve SMKY metinlerinde yapılacak ivedi bir değişiklikle, birlikte var olmaya muvafakat belgesine ek olarak “birlikte var olma teknik şartnamesi” nin tescil başvurusunda bulunurken TPMK'ya sunulması ve bu şartnamenin çıkması muhtemel sorunları çözmeye yönelik asgari içeriğinin belirlenmesi, *taraf menfaatlerine uygun olacağı gibi tüketicilerin korunmasını da sağlayacaktır*. SMK md. 32/7 ve md. 26/1/ç hükümleri uyarınca ortak marka teknik şartnamesine aykırı kullanım halinde, belli koşullar çerçevesinde TPMK'den markanın iptali talebinde bulunmak mümkün olduğu gibi, benzer şekilde “birlikte var olma teknik şartnamesi”ne aykırılık halinde de Kurumun yetkisi dahilinde marka hukuku bağlamında gerekli yaptırımlar düzenlen-

⁴⁹ Akın, s. 184.

melidir. Bu yönde bir pozitif düzenleme tesis edilirken ise, ortak marka teknik şartnamesine ilişkin hükümler gözden ırak edilmemelidir.

Nasıl ki kanun koyucu ortak markanın tescili esnasında ortak marka sahibi birlik üyeleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir teknik şartname metninin Kuruma sunulmasını zorunlu kıldı ise, benzer şekilde birlikte var olmaya muvafakat halinde de birden fazla marka sahipleri arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen bir teknik şartnameyi zorunlu hale getirmelidir. Başvuru formuna eklenecek belgelerin düzenlendiği Yönetmelik md. 6 hükmünün, “c” bendinde bulunan birlikte var olmaya ilişkin noter onaylı muvafakatnameye ek olarak, “b” bendinde ortak marka için yapılan başvurularda aranan ortak marka teknik şartnamesi gibi, markayı birlikte kullanacak olan kişiler arasındaki ilişkiyi düzenleyen “birlikte var olma teknik şartnamesi” ibaresi eklenmelidir.

Zira yukarıda da arz edildiği üzere, gerek muvafakatname suretiyle birlikte var olma halinde gerekse ortak markada, birden fazla tescilli marka sahibi bahis konusudur ve bu marka sahiplerinin her biri bir marka hakkının sağlamış olduğu tüm hak ve yetkileri bağımsız bir şekilde fakat diğer marka sahipleriyle de sınırlı olarak kullanabilmektedir. Her iki kuruma da TMK md. 688 vd hükümlerdeki paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyet hükümlerinin uygulanması mümkün değildir ve burada bir adi ortaklık ilişkisinin varlığı da savunulamaz. Birlikte var olma ile ortak marka arasındaki bu yakın benzerlik, muvafakatname suretiyle birlikte var olma halinde de, bir teknik şartnamenin varlığını kanaatimizce zorunlu kılmaktadır.

SONUÇ

SMK md. 5 hükmünde; aynı/ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretlerin, aynı/benzer mal/hizmetler bakımından bir başkası adına marka olarak tesciline, Avrupa Birliği marka mevzuatına da paralel şekilde, bir muvafakatname istisnası getirilmiştir. Bu husus SMK ile marka hukukumuza getirilen en önemli yeniliklerden olmakla birlikte, pek çok sorunu ve muhtemel uyuşmazlığı da bünyesinde barındırmaktadır.

Muvafakatname suretiyle birlikte var olmada; aynı/ayırt edilemeyecek derecede benzer bir işaret üzerinde, aynı mal ya da hizmetler için birbirinden bağımsız birden fazla kişiye tescil tescil imkânı tanınmaktadır. Bu durum çeşitli tereddütlerin ifade edilmesine sebep olmuş ve bu imkânın dar yorumlanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de aynı işaretin aynı mal/hizmet sınıfında birbirinden bağımsız iki kişi tarafından

tescil edilmesini ve kullanılmasını engelleyecek bir düzenleme mevcut değildir. Birlikte var olma nedeniyle tüketiciler nezdinde marka tercihi bakımından iltibas durumları oluşabilecek, istenilen kaliteye sahip markalı ürün yerine diğer işletmenin aynı markalı ürünü tercih edilebilecektir. Bu kapsamda markanın; kaynak/köken gösterme, ayırt etme, reklam ile garanti/kalite fonksiyonlarının “birlikte var olma” halinde zedeleneceği açıktır.

Öte yandan markanın pazarlama ve reklam faaliyetlerine konu edilmesi halinde, muvafakatname suretiyle birlikte var olan önceki ve sonraki marka sahipleri arasındaki ilişkinin ne olacağı; daha açık bir ifadeyle markaya yapılan reklam ve tanıtım masrafına hangi tarafın ne oranda katılacağı, bu masrafa katılmayan veya daha az katılan marka sahibinin haksız bir kazanç elde edeceği hususları ortaya çıkması muhtemel diğer bir sorundur.

Birlikte sahip olunan markanın, marka sahiplerinden biri tarafından devir sözleşmesine veyahut lisans sözleşmesine konu edilmesi halinde, diğer marka sahibinin onayının gerekli olup olmadığı ve diğer marka sahibine bildirimde bulunma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususları üzerinde de durulmalıdır. Yine hükümsüzlük ve iptal davaları ile tecavüz davaları bakımından, marka sahiplerinden biri davanın açılması masraf ve zahmetine katlanırken diğerinin hareketsiz kalması veyahut tecavüz nedeniyle tazminat elde edildiğinde bunu bütün marka sahipleri arasında paylaşırmanın zorunlu olup olmadığı hususları, birlikte var olma halinde gündeme gelecek meselelerdendir.

Bu sorunları en baştan bertaraf etmek için -ortak marka teknik şartnamesinin TPMK’ye sunulmasının zorunlu olması gibi- “birlikte var olma teknik şartnamesi”nin, muvafakatname yanında aranması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede Yönetmelik md. 6/c’de düzenlenen noter onaylı muvafakatnameye ilave olarak, Yön. md. 6/b’de düzenlenen ortak marka teknik şartnamesinde olduğu gibi, markayı birlikte kullanacak olan kişiler arasındaki ilişkiyi düzenleyen “birlikte var olma teknik şartnamesinin” başvuru formuna eklenmesinin aranması uygun olacaktır. Ayrıca birlikte var olma teknik şartnamesinin asgari içeriğinin de çalışmamızda ele aldığımız muhtemel hukuki sorunlar bağlamında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akın Elif Betül, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Marka Tescil Süreçlerine İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 175 vd.

Arkan Sabih, Marka Hukuku, Ankara, 1997, C. I. (Anılış: Marka Hukuku)

Arkan Sabih, “Grup Markaları”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara, 2010, C. I, s. 275 vd. (Anılış: Grup Markaları)

Arkan Sabih, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3 Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler”, Batider, 2017, C. 33, S. 3, s. 5 vd. (Anılış: SMK Md. 5.3)

Arkan Sabih, “Marka Müşterek Mülkiyete Konu Olabilir Mi?”, Prof. Dr. Ramazan Aslan’a Armağan, Ankara, 2015, s. 175 vd.

Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 4. Bs., İstanbul, 2018.

Davis Jennifer, Intellectual Property Law, Oxford University Press, 4. Bs., Oxford, 2012.

Dirikkan Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, İstanbul, 2003.

Dural Ali, “Sınai Mülkiyet Kanunu 5/3 Düzenlemesi (Coexistence)”, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Bir Yıllık Uygulaması, İstanbul Barosu Sempozyumu, 27.04.2018. (Erişim tarihi: 11.07.2019) <https://www.youtube.com/watch?v=28cctjJiXXM>

Gün Buket, Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Güneş İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Karahan Sami “Ortak Marka”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, C. I, s. 1100 vd.

Kaya Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2006.

Kaya Arslan, Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz, 2007, s. 238 vd.

Kervankıran Emrullah: “Markanın Müşterek Paylı Mülkiyete Konu Olması ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 393 vd.

Memişoğlu S. Özgür, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Paslı Ali, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin: *Sınai Mülkiyet Kanunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Tekinalp Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 5. Bs., İstanbul, 2012.

Tekinalp Ünal, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 5 vd.

Uzunallı Sevilay, *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2008.

Ünsal Önder Erol, “Muvafakatname İstisnası-Sınai Mülkiyet Kanunu ile Marka Alanında Getirilen Bir Yenilik”, 2017. (Erişim tarihi: 10.07.2019)

<https://iprgyzini.org/2017/02/12/muvafakatname-istisnasi-sinai-mulkiyet-kanunu-ile-marka-alaninda-getirilen-bir-yenilik/>

Yasaman Hamdi/

Altay Sıtkı Anlam/

Ayoğlu Tolga/

Yusufoğlu Fülürya/

Yüksel Sinan, *Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi*, C. 1-2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.

Yasaman Hamdi, “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 125 vd.

- Araştırma Makalesi -

№ 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN
ELEKTRONİK İŞLEMLER*

(ELECTRONIC TRANSACTIONS REGULATED BY THE (TURKISH) COMMERCIAL
CODE NUMBERED 6102)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Tayfun ERCAN^{**}

ÖZ

Küreselleşme ile birlikte elektronik işlemler hayatımızın vazgeçilmez bir paçası haline gelmiştir. Bu durum elektronik işlemlerin yasal bir düzenleme altına alınması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu elektronik işlemlerle ilgili doğan boşluğu doldurmak için birtakım yasal düzenlemeler getirmiştir. Bu çalışmada esas itibarıyla 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun elektronik işlemler konusunda getirdiği düzenlemeler incelenmiştir. Bu kapsamda, önemli düzenlemeler ortaya konmuştur. Elektronik işlemlere ilişkin tüm bu yenilikler sistematik olarak yorumlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Elektronik İşlemler, Sermaye Şirketleri.

ABSTRACT

With globalization, electronic transactions have become an indispensable. This has revealed the need for a legal regulation of electronic transactions. Thus emerged the universal need for a legal framework to regulate the electronic transactions. This piece of work covers the novel

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 28.02.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 05.09.2019 tarihinde birinci hakem; 10.09.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: av.tayfunercan@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6207-668X

Bu makaleye atıf için; ERCAN, Tayfun, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Elektronik İşlemler”, REGESTA, Cilt: 4, Sayı: 2, 2019, 225-238.

provisions introduced by the (Turkish) Commercial Code numbered 6102 that addresses such a gap, and outlines the milestones thereof. All the new regulations have been reviewed systematically.

Keywords: *European Union, Electronic Transactions, Capital Companies.*

I. GİRİŞ

Avrupa Birliği, 2010 hedefi kapsamında “Dijital Şirket” konsepti yaratmayı hedeflemektedir. Bu bağlamda temel olarak elektronik fatura, elektronik arşivleme, elektronik ihale, elektronik imza, sayısal muhasebe sistemleri, elektronik ticaret sicili, kayıtlı elektronik posta, elektronik kurumsal yönetim konularında ortak düzenlemeler getirilmektedir. Küreselleşme ve Avrupa Birliği üyelik süreci ile birlikte elektronik işlemler hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir¹. Bu durum elektronik işlemlerin yasal bir düzenleme altına alınması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu elektronik işlemlerle ilgili doğan boşluğu doldurmak ve Avrupa Birliği’ne uyum sağlamak için birtakım yasal düzenlemeler getirmiştir. Kanun’da elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleriyle ilgili düzenlemeler aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir:

- İnternet Sitesi Kurma Mecburiyeti
- Beyanlar, Belgeler ve Senetlerin Elektronik Ortamda Düzenlenebilmesi ve İşlem Görmesi
- Güvenli Elektronik İmza
- Elektronik Ortamda Yönetim Kurulu ve Genel Kurul
- Ticaret Sicil Kayıtlarının Elektronik Ortamda Tutulması Ve İşlemlerin Elektronik Ortamda Yapılabilmesi
- Defter ve Belgelerin Elektronik Ortamda Tutulması Ve Saklanması
- Elektronik Ortamlar, Alanlar, Adlar ve İşaretler Gibi Değerlerin Sermaye Olarak Konulabilmesi.

¹ 2000/31/EC Elektronik Ticaret Yönergesinin kapsamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Fırat Keskin, “Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye’deki Gelişmeler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s. 63 vd.

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda elektronik işlemlerle ilgili hükümler hazırlanırken ticaret hukukunun kazanımlarının himaye edilmesi, Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlanması, Türkiye'de geçerli olan düzenleme ve gelişmelere entegrasyon sağlanması, teknolojik süreçlerin tanımlanması ve hukuki neticelerinin düzenlenmesi ilkeleri gözetilmiştir².

Elektronik ortamda yapılan işlemler bakımından bilgi güvenliğinin sağlanması temel koşuldur. Elektronik işlemler bakımından işlem ve bilgi güvenliğinin sağlanması, işlemi gerçekleştiren kişinin kimliğinin hukuki belirlenmesi ve işlemi yaptığını inkar edememesi, işlemin ne zaman yapıldığının belirlenebilmesi, işlem gerçekleştirildikten sonra işlemle ilgili kayıtların değiştirilememesi ya da yapılan değişikliklerin tespit edilmesi, işlem sonucunun taraflar arasında güvenli bir şekilde transferinin sağlanması, işlem kayıtlarının güvenli şekilde arşivlenmesi, işlem sonuçlarının denetlenebilmesi, ihtiyaç duyulan durumlarda işlem bilgilerinin gizliliğinin sağlanması gerekir.

II. İNTERNET SİTESİ KURMA MECBURİYETİ

6102 sayılı Ticaret Kanunu en üst düzeyde şeffaflığın sağlanmasını amaçlamaktadır. Kanun'un 397'nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. İnternet sitesinde yayımlanacak içeriklerin, bu Kanunda belli bir süre belirtilmiş ise bu süre içinde, belirtilmemiş ise içeriğin dayandığı işlemin veya olgunun gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilana bağlandığı durumlarda ise tescil veya ilanın yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde, şirketin kuruluşundan internet sitesi açılıncaya kadar geçen sürede yayımlanması gereken içeriklerin de bu sitenin açıldığı tarihte siteye konulması gerekir. Şahıs şirketleri ve adi ortaklıklar bakımından internet sitesi kurma zorunluluğu öngörülmemiştir.

² Leyla Keser Berber, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Yer Alan Bilişimle İlgili Hükümler Işığında Dijital Şirket", İstanbul, 2011, s. 19.

Herkesin erişimine açık olacak şekilde kurulan internet sitesinde aşağıda belirtilen asgarî hususların yayımlanması gerekir³:

- Şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar.
- Pay sahipleri ile ortakların menfaatlerini koruyabilmeleri ve haklarını bilinçli kullanabilmeleri için görmelerinin ve bilmelerinin yararlı olduğu belgeler, bilgiler, açıklamalar.
- Yönetim ve müdürler kurulu tarafından alınan; rüçhan, değiştirme, alım, önerilme, değişim oranı, ayrılma karşılığı gibi haklara ilişkin kararlar; bunlarla ilgili bedellerin nasıl belirlendiğini gösteren hesapların dökümü.
- Değerleme raporları, kurucular beyanı, payların halka arz edilmesine dair taahhütler, bunlara ait teminatlar ve garantiler; iflasın ertelenmesine veya benzeri konulara ilişkin karar metinleri; şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hakkındaki genel kurul ve yönetim kurulu kararları, bu işlemlerle ilgili açıklamalar, bilgiler, belgeler.
- Ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi, tür değiştirmesi hâlinde, ortakların ve menfaat sahiplerinin incelemesine sunulan bilgiler, tablolar, belgeler; sermaye artırımı, azaltılması dâhil, esas sözleşme değişikliklerine ait belgeler, kararlar; imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu kararları, menkul kıymet çıkarılması gibi işlemler dolayısıyla hazırlanan raporlar.
- Genel kurullara ait olanlar dâhil her türlü çağrılara ait belgeler, raporlar, yönetim kurulu açıklamaları.
- Şeffaflık ilkesi ve bilgi toplumu açısından açıklanması zorunlu bilgiler.
- Bilgi alma kapsamında sorulan sorular, bunlara verilen cevaplar, diğer kanunlarda pay sahiplerinin veya ortakların aydınlatılması için öngörülen hususlar.
- Finansal tablolar, kanunen açıklanması gerekli ara tablolar, özel amaçlarla çıkarılan bilançolar ve diğer finansal tablolar, pay ve menfaat sahipleri bakımından bilinmesi gerekli finansal raporlamalar, bunların dipnotları ve ekleri.

³ Mete Özgür Falcıoğlu, “Sermaye Şirketlerinin İnternet Sitesi Kurma Zorunluluğu”, Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 657.

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

- Denetçi, özel denetçi, işlem denetçisi raporları.
- Yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri, pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin bilgiler.

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 1524'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan ve internet sitesinde yayımlanması asgari unsurlar tahdidini değıildir. Bunlar haricinde bilgi toplumu ve şeffaflık kapsamına dahil olabilecek her şey internet sitesine konulabilir. İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılan bölümü herkesin erişimine açık olmalıdır. Erişim hakkının kullanılması herhangi bir sebeple sınırlandırılmaz ve herhangi bir şarta bağlanamaz. Erişimin mümkün olmaması durumunda herkesin engelin kaldırılması davasını açabilir.

İnternet sitesinin bu düzenlemenin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde "yönlendirilmiş mesaj" ibaresi konulmalıdır. Bu ibareyi taşıyan mesaj ancak kanun ve yönetmeliğe uyularak değıştirilebilir. İnternet sitesinin özgülenen kısmında yer alan bir mesajın yönlendirildiğı karine olarak kabul edilecektir. Yönlendirilmiş mesaj kavramı Avrupa Topluluğı'nun e-ticareti düzenleyen yönergesinden alınmıştır. Yönlendirilmiş mesaj ile kastedilen üçüncüye kişiye yönlendirilen mesajdır. Kural olarak bu mesaj yönlendirildiğı andan itibaren şirketin tasarrufundan çıkmış sayılacaktır. Yönlendirilmiş mesajların basılı şekilleri 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 82'nci maddesine göre saklanacaktır.

İnternet sitesinde yer alan bilgiler metin haline getirilip şirket yönetimi tarafından tarih ve saati belirtilerek noter tarafından onaylanan bir deftere sıra numarası altında yazılmalı ve yapıştirılmalıdır. Sitede yayımlanan bilgilerde daha sonra değışiklik yapıldığı takdirde değışikliğe ilişkin olarak işlemler tekrarlanacaktır.

Kanun ve ikincil mevzuat ya da idari düzenlemelerde daha uzun bir süre belirtilmedikçe şirketin internet sitesinde yayımlanan içerik üzerinde bulunan tarihten itibaren en az altı ay süreyle internet sitesinde kalmalıdır. Aksi takdirde konulmamış sayılacaktır. Finansal tabloların internet sitesinde kalma süresi beş yıldır.

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun öngördüğü bu yükümlülüklere uyulmaması ilgili kararların iptal edilmesine sebep olacak ve kanuna aykırılığın tüm sonuçları doğacaktır. Kusuru bulunan yöneticiler ve yönetim kurulu üyeleri bu yükümlülüklerin ihlalinden sorumludur. Örneğin internet sitesinde yayımlanmayan genel kurul kararı iptal edilecek ve kusuru bulunan yönetim kurulu üyeleri ortaya çıkan zararı tazmin yükümlülüğü altına girecektir. İnternet sitesi açma zorunluluğunun ihlal edilmesi ve Kanun'da öngörülen bilgi ve belgelerin usulüne uygun şekilde yayımlanmaması çok ağır yaptırımlara bağlanmıştır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 562'nci maddesinin 12'nci maddesine göre; internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim organı üyeleri, yüz günden üçyüz güne kadar adli para cezasıyla ve aynı madde uyarınca internet sitesine konulması gereken içeriği usulüne uygun bir şekilde koymayan bu fıkra da sayılan failer yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

III. BEYANLAR, BELGELER VE SENETLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA DÜZENLENEBİLMESİ VE İŞLEM GÖRMESİ

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 1525'inci maddesinde beyanlar, belgeler ve senetlerin elektronik ortamda düzenlenebileceği öngörülmüştür. Taraflar açıkça anlaştığı takdirde ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilecek, yollanabilecek, itiraza uğrayabilecek ve kabul edilmişse hüküm ifade edecektir⁴. Ancak bu düzenleme bakımından bir istisna öngörülmüştür. Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılmak zorundadır.

6102 sayılı Ticaret Kanunu yapılacak işlem ve bildirimlerin en yüksek seviyede güvenilirliğini temin etmek için kayıtlı elektronik posta sisteminin kurulmasını kabul etmiştir. Kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarına, kayıtlı posta adresine sahip gerçek kişilere, işletmelere ve şirketlere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilme-

⁴ Ayşe Ece Delipınar, "Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 77.

lerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan bir “Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” le düzenlenmektedir.

IV. GÜVENLİ ELEKTRONİK İMZA

Elektronik imza “5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu”nda düzenlenmiştir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile elektronik imzanın hukuki niteliği, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetleri ve elektronik imza ile ilgili diğer konular düzenlenmektedir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, elektronik imzayı “münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza” olarak tanımlamaktadır. Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracaktır. Esasen bu düzenleme ile elektronik imzanın ticari hayatta da kullanılmasının önü açılmıştır⁵. 6102 sayılı Ticaret Kanunu, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu’na paralel şekilde elektronik imzaya ilişkin düzenlemeler öngörmüştür.

6102 Ticaret Kanunu’nun 1526’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasına göre ticaret şirketleri ile gerçek ve tüzel kişi diğer tacirlere ilişkin olarak, bu Kanunun zorunlu tuttuğu bütün işlemler elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile de yapılabilecektir. Bu işlemlerin dayanağı olan belgeler de aynı usulle elektronik ortamda düzenlenebilecektir. Zaman unsurunun belirlenmesi gereken hâllerde güvenli elektronik imzaya eklenen zaman damgasının tarihi, diğer hâllerde merkezî veri tabanı sistemindeki tarih esas alınacaktır. Bu düzenleme kapsamında konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilecektir. Ayrıca düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilecek, oluşturulabilecek, gön-

⁵ Alaaddin Kahraman, “Elektronik İmza Uygulaması”, Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Sayı:3, Cilt:10, Mart 2005, s.16-17; Veysi Seviğ, “Kıymetli Evrak Hukuku Açısından Elektronik İmza”, **Dünya Gazetesi**, 06.05.2005.

derilebilecektir. Ancak elektronik imzanın kullanılması bakımından bir sınırlama öngörülmüştür. Buna göre poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetlerin güvenli elektronik imza ile düzenlenmesi mümkün değildir. Bu senetlerle ilgili kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılması mümkün değildir.

6102 sayılı Ticaret Kanunu kapsamında şirket adına imza yetkisine sahip kişiler şirket namına kendi adlarına üretilen güvenli elektronik imzayla imza atabilecektir. Böyle bir durumda, kullanılacak nitelikli elektronik sertifikalarda sertifika sahibi alanı içerisine, sertifika sahibinin ismiyle birlikte temsil ettiği tüzel kişinin de ismi yazılmalıdır. Elektronik imza ile ilgili bu durum tescil ve ilan edilecektir.

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 18'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile 94'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar veya ihtarlar ile cari hesap bakiyesinin belirlenmesi ile ilgili bildirimler güvenli elektronik imza ile yapılabilir. Ayrıca bu Kanun'un 1159'uncu maddesinde taşıtana elektronik mektupla bildirimde bulunulabileceği hüküm altına alınmıştır.

V. ELEKTRONİK ORTAMDA YÖNETİM KURULU VE GENEL KURUL

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 1527'nci maddesinde elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre şirket sözleşmesinde ya da esas sözleşmede öngörülmüş olması kaydıyla sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabilecektir. Bazı üyelerin fiziken mevcut buldukları bir toplantıya bir kısım üyeler elektronik ortamda katılabilecektir. Bu gibi durumlarda kanunda ya da şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülen toplantı ile karar nisaplarına ilişkin hükümler aynen geçerli olacaktır. Kollektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde, şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede kararlaştırılması halinde ortaklar kurulu ve genel kurul elektronik ortamda yapılabilecektir. Bu durumda elektronik ortamda ortaklar kuruluna ve genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy verme, fizikî katılımın, öneride bulunmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir internet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda

istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması gerekir⁶. Kollektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde esas sözleşme ya da şirket sözleşmesi gereği şirket yönetimi, bu yolla oy kullanmanın bütün şartlarını gerçekleştirmek ve ortağa gerekli bütün araçları sağlamak zorundadır.

Anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme fiziki katılma ile aynı mahiyette olup fizikî katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır⁷. Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelikle, elektronik ortamda genel kurul yapılmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte genel kurula elektronik ortamda katılma ve oy vermeye ilişkin esas sözleşme hükümleri yer almaktadır. Anonim şirketler yönetmeliğe aktarılan ve bu konuyu düzenleyen hükümlerde değişiklik yapamazlar. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte, genel kurullara elektronik ortamda katılma ve oy kullanma sisteminin uygulanması pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde zorunlu hâle gelmiştir. Pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketler bakımından öngörülen bu değişiklik yönetsel anlamda yaşanan güç boşluğunu gidermeye yöneliktir. Pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin en büyük sorunlarından birisi de yönetsel alanda yaşanan güç boşluğudur. Halktan olan pay sahipleri genel kurullara çoğunlukla katılmamaktadır. Elektronik ortamda genel kurul yapılmasına imkan tanıyarak bu soruna çözüm bulunmaya çalışılmıştır. 6102 sayılı Ticaret Kanunu elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri bakımından bir yükümlülük getirmiştir. Buna göre elektronik ortamı kullanmak isteyen ortaklar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri elektronik posta adreslerini şirkete bildirecektir.

⁶ Abdulkadir Bulut, “Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı”, Ankara, s.76.

⁷ Mete Özgür Falcıoğlu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Ankara, 2016, s.50.

VI. TİCARET SİCİL KAYITLARININ ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI VE İŞLEMLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILABİLMESİ

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 24'üncü maddesine göre, Ticaret Bakanlığı tarafından il merkezindeki ticaret ve sanayi odaları ile ticaret odalarında faaliyet gösterecek şekilde ticaret sicili müdürlükleri kurulabileceği öngörülmüştür⁸. Ayrıca, Bakanlığın il merkezleri dışındaki odalarda ticaret sicili müdürlükleri kurabileceği gibi müdürlüklere bağlı şubeler de kurabileceği düzenlenmiştir. Ticaret sicilinin, Bakanlığın gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulacağı belirtilmiştir. Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esasların Kanununun 26'ncı maddesine göre çıkarılacak yönetmelikte gösterileceği, bu kayıtların tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen merkezi ortak veri tabanının, Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle ticaret sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasının önü açılmıştır. Ticaret sicili kayıt işlemlerinin elektronik ortamda yapılması için toplanması ve işlenmesi gerekli olan kişisel verilerin, kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuata uygun bir şekilde korunacağı düzenleme altına alınmıştır.

VII. DEFTER VE BELGELERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI VE SAKLANMASI

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun tacirler bakımından öngördüğü önemli ve ciddi yükümlülüklerden biri de defter tutma yükümlülüğüdür. Buna göre tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilen her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamak zorundadır. Tacirler bakımından öngörülen bu yükümlülük bakımından bir

⁸ Bkz. Fatih Bilgili./Ertan Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, 9. Basım, Dora Yayınevi, Bursa 2013, s. 155 vd.; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19. Bası, Ankara 2014, s. 247 vd.; Mustafa Çeker, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Hukuku, 8. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2014, s. 107 vd.

kolaylık öngörülmüştür⁹. Tacirler defterleri ve gerekli diğer kayıtları, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde ya da veri taşıyıcıları aracılığıyla tutabilecektir. Ancak muhasebenin bu tutuluş biçimleri ve bu konuda uygulanan yöntemler Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmalıdır. Defter ve gerekli diğer kayıtlar elektronik ortamda tutulacaksa bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması gerekir. Elektronik ortamda tutulan kayıtlar Türkçe tutulmalıdır.

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 82'nci maddesine göre, her tacir;

- Ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini,

- Alınan ticari mektupları,

- Gönderilen ticari mektupların suretlerini,

- Kanun'un 64 üncü maddenin birinci fıkrasına göre yapılan kayıtların dayandığı belgeleri,

sınıflandırılmış bir şekilde saklamakla yükümlüdür.

Açılış ve ara bilançolar, finansal tablolar ve topluluk finansal tablolar hariç olmak üzere, yukarıda sayılan belgeler, Türkiye Muhasebe Standartlarına da uygun olmak kaydıyla, görüntü veya veri taşıyıcılarda saklanabilir. Ancak aşağıdaki şartların sağlanması gerekir:

- Okunur hâle getirildiklerinde, alınmış bulunan ticari mektuplar ve defter dayanaklarıyla görsel ve diğer belgelerle içerik olarak örtüşmesi,

- Saklama süresi boyunca kayıtlara her an ulaşılabilsin ve uygun bir süre içinde kayıtlar okunabilir hâle getirilebilmesi.

Elektronik ortama alınıyor ise, bilgiler; bilgisayar yerine basılı olarak da saklanabilir. Belgelerin saklanma süresi on yıldır. Saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide

⁹ Akif Akarca/Mehmet Şafak, "Elektronik Defter Tutulması Ve Belge Düzenlenmesi Zorunluluğu", <http://www.dunya.com/elektronik-defter-tutulmasi-ve-belge-duzenlenmesi-zorunlulugu-150891yy.htm>(20/12/2018).

finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluştuğu takvim yılının bitişiyle başlamaktadır.

Saklanması zorunlu olan belgeleri yalnızca görüntü ya da başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kimse bu belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmaz zorundadır. Bu belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçlara ilişkin giderler tacire aittir. Görüntü ya da başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla saklanan belgelere ihtiyaç duyulduğu takdirde tacir bu belgeleri bastırmalı ve yardımcı araçlara gerek olmaksızın okunabilen kopyalarını ibraz etmelidir. 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun yanı sıra Vergi Usul Kanunu'nda da defterlerin elektronik ortamda tutulmasıyla ilgili yasal düzenlemeler bulunmaktadır.

VIII. ELEKTRONİK ORTAMLAR, ALANLAR, ADLAR VE İŞARETLER GİBİ DEĞERLERİN SERMAYE OLARAK KONULABİLMESİ

6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun 127'nci maddesinde ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek unsurlar sayılmıştır. Buna göre kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınır ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konabilir. Elektronik işlemlerin ve elektronik ticaretin arttığı bir dönemde haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler oldukça önem taşımaktadır¹⁰. Özellikle elektronik ticaretin yapıldığı elektronik ortamlar ve alanlar bünyesinde ticari iş potansiyelini de barındırmaktadır. Bu bağlamda Ticaret Kanunu ile getirilen bu düzenleme oldukça yerindedir.

¹⁰ Habibe Dönmez, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması, Seçkin Yayıncılık, 2016.

SONUÇ

Şirketler bakımından getirilen elektronik işlemler başlangıçta bir külfetmiş gibi algılansa da esasen Kanun'un ruhunu oluşturan şeffaflık ve saydamlık ilkelerinin etkin bir şekilde uygulanması amacına yöneliktir. Böylelikle, azlık durumunda bulunan ortaklar, şirketten alacaklı olanlar ile kamuoyu şirketle ilgili açık bilgilere erişebilecektir.

Dünya uygulamasına bakıldığında, özellikle Fransa ve Belçika başta olmak üzere Avrupa Birliği ülkelerinde elektronik işlemlerin sıklıkla uygulandığı görülmektedir.

Ayrıca, şirketler hukukunda elektronik işlemlerin yaygınlaştırılması özellikle denetim raporlarına, bilanço gibi şirketlere ait finansal verilere erişime imkan tanıdığından ticaretin gelişmesine de katkı sağlayacaktır. Zira, şirketler, iş yapacakları firmalarla ilgili risklerini en aza indirmiş olacaktır.

Elektronik kurulların kullanılmasıyla çok uluslu şirketlerde yönetime katılım noktasında kolaylık sağlanacaktır. Türkiye'de bulunmayan bir pay sahibi ya da yönetim kurulu üyesi şirketin genel kuruluna ya da yönetim kuruluna elektronik ortamda katılabilecek ve şirketin yönetiminde etkin bir rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

Abdulkadir Bulut, "Anonim Şirket Elektronik Genel Kurul Uygulamasında Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı", Ankara, 2014.

Akif Akarca/Mehmet Şafak, "Elektronik Defter Tutulması Ve Belge Düzenlenmesi Zorunluluğu", <http://www.dunya.com/elektronik-defter-tutulmasi-ve-belge-duzenlenmesizorunlulugu-150891yy.htm>(20/12/2018).

Alaaddin Kahraman, "Elektronik İmza Uygulaması", Yerel Yönetim ve Denetim Dergisi, Sayı:3, Cilt:10, Mart 2005.

Ayşe Ece Delipınar, "Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, 9. Basım, Dora Yayınevi, Bursa 2013.

Fırat Keskin, "Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

Habibe Dönmez, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Konulması, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Leyla Keser Berber, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Yer Alan Bilgi ile İlgili Hükümler Işığında Dijital Şirket”, İstanbul, 2011

Mete Özgür Falcıoğlu, “Sermaye Şirketlerinin İnternet Sitesi Kurma Zorunluluğu”, Belgin Erdoğmuş’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2011.

Mete Özgür Falcıoğlu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat Kapsamında Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Ankara, 2016.

Mustafa Çeker, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Ticaret Hukuku, 8. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2014.

Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19. Bası, Ankara 2014.

Veysi Seviğ, “Kıymetli Evrak Hukuku Açısından Elektronik İmza”, Dünya Gazetesi, 06.05.2005.

UZMAN GÖRÜŞÜ

EXPERT OPINION

* Anonim Şirketlerde Genel Kurulu Toplantıya Çağrı
Call For General Meeting in Joint-Stock Companies
Arş. Gör./Res. Asst. Murat BESEN

ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞRI

(CALL FOR GENERAL MEETING IN JOINT-STOCK COMPANIES)

Arş. Gör./Res. Asst. Murat BESEN*

1. Anonim Şirketlerde Genel Kurul

Anonim şirketlerde bulunması gereken zorunlu organlar genel kurul ve yönetim kuruludur¹. Genel kurul, ortakların veya temsilcilerinin usulüne uygun yapılan çağrı üzerine belirli bir gündemi görüşüp karara bağladığı, bilgi edindiği ve ortaklık işlerine ilişkin bazı hakları kullandığı karar ve irade organıdır². Genel kurul tarafından verilen kararlar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu(TTK)³ m. 423 uyarınca toplantıya katılın katılmasın tüm ortakları ve ortaklığı bağlamaktadır.

Kural olarak genel kurul şirketi temsil etmediği ve dış ilişkilere yansıyan kararlar alamadığı için iç ilişkide görev yapan yasal bir organ niteliğini haizdir⁴. *Arslanlı*⁵, istisnaen organların seçiminde organ sıfatı

* Mersin Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.

¹ **Mehmet Bahtiyar/Esra Hamamcıoğlu**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014, s. 1.; **Ali Osman Özdilek**, Anonim Şirketlerde Genel Kurullara Elektronik Ortamda Katılım, Ankara 2017, s. 15.; **Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı**, Şirketler Hukuku, Bursa 2012, s. 173.

² **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 352.; **Güzin Üçışık/Aydın Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.1, Ankara 2013, s. 217. ; **Selen Serder Yılmaz**, Anonim Şirkette Pay Sahibi ve Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı, Ed. Erol Ulusoy, *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, 2. Baskı, Ankara 2016, 369- 405, s. 369.; **Hayri Domaniç**, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, ,s. 571. ; **Oğuz İmregün**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974, s. 82 ve 83.; **Ümit Yayla**, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklık Genel Kurulları- Elektronik Genel Kurullar, İstanbul 2013, s. 59.; **Mehmet Bahtiyar**, Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2017, s. 147.; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 1.; TTK m. 407 gerekçesi.

³ R.G., T. 14.2.2011, S. 27846.

⁴ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 1.; **Yayla**, s. 60.; TTK m. 407 gerekçesi.; **Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 475.; **Üçışık/Çelik**, s. 218.; **Özdilek**, s. 16.

re'sen genel kurur kararı ile oluştuğundan, genel kurulun burada şirketi temsilen hareket ettiğinin kabulünün gerekli olacağını belirtmiştir. Buna binaen *Pulaşlı*⁶, organların seçimiyle organ sıfatının doğrudan kazanılmasının yapılan işlemin dışı dönük olmasıyla ilgili olmadığını, bu işlemin kendi hukuki karakterinden ve yapısından kaynaklandığını, anonim şirketin temsil organının TTK m. 365 bağlamında yönetim kurulu olduğunu, genel kurulun istisnaen de olsa şirketi temsil yetkisinin bulunmadığını, hatta yasada yönetim zaafının olduğu hallerde dahi sınırlı yetkilerle de olsa şirketi temsili için, TTK m. 445 uyarınca, açılan genel kurul kararlarının iptali davasında, şirketin organsız kalması halinde, mahkemece atanan kayyım veya tasfiye halinde atanan tasfiye memurlarının şirketi temsil edeceği öngörülmesine rağmen genel kurulun şirketi temsil edeceğinin hiçbir yerde belirtilmediğini ve bu nedenle de genel kurulun organ tayin etmesinin yasadan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması olduğu ve niteliği itibariyle içe dönük bir işlem olduğunu ileri sürmüştür.

Genel kurul kararları yönetim kurulu tarafından uygulanmak suretiyle dış ilişkilerde etkili olur⁷. Bu da genel kurulun kararlarından dolayı sorumlu olmayacağı sonucunu doğurur⁸. Sorumluluk, genel kurul kararlarını icra eden yönetim kuruluna aittir⁹. İstisnaen mümkün olmakla birlikte genel kurulun; yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi, azledilmesi, ortaklık kârının dağıtılması gibi bazı kararları doğrudan dış ilişkiye etkili olduğu için bu kararların ayrıca yönetim kurulu tarafından icra edilmesine gerek yoktur¹⁰. Ancak hemen belirtmek gerekirse bu gibi hususların kanun veya esas sözleşmede öngörülmüş olması gerekmektedir¹¹.

⁵ **Halil Arslanlı**, Anonim Şirketler II- III, İstanbul 1960, s. 2.

⁶ **Hasan Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, 2. Baskı, Ankara 2014, s.710 ve 711.

⁷ **Üçışık/Çelik**, s. 218.; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 1.; **Agah Kürşat Karauz**, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Aralık 2013, 77-100, s. 78.; **Arslanlı**, s. 2.

⁸ **Karauz**, s. 78.

⁹ **Karauz**, s. 78.; **İlhan Yiğit**, Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 2005, s. 4.; **Üçışık/Çelik**, s. 218.

¹⁰ **Erdoğan Moroğlu**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul 2017, s.10.; **Üçışık/Çelik**, s. 218.; **Yiğit**, s. 4.

¹¹ **Moroğlu**, s. 10.

Genel kurul bir üst organ değildir¹². Zira genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki ilişki eşitlik esasına dayanmakta, organların yapılanma ve işlevleriyle ilgili yetki ve görev paylaşımı bulunmaktadır.¹³ Şöyle ki anonim şirketlerde kural olarak her organa tek başına kullanabileceği yetkiler tanınmış ve bu yetkiler çerçevesinde her organ eşit kılınmıştır¹⁴.

Genel kurul sürekli faaliyet gösteren bir organ değil aksine arızı bir organ niteliğini haizdir¹⁵. Şöyle ki yılda en az bir defa olağan veya gerektiğinde olağanüstü toplanmaktadır¹⁶.

2. Genel Kurul Toplantı Türleri

Anonim şirketlerde genel kurul toplantıları, yapılış zamanı bakımından olağan ve olağanüstü, fiziken bir araya gelinip gelinmemesi bakımından ise fiziki ve elektronik katılımı yapılan genel kurul toplantıları olmak üzere çeşitli şekillerde tasnif edilebilir¹⁷.

2.1 Olağan ve Olağanüstü Genel Kurul Toplantısı Ayrımı

Olağan genel kurul ile olağanüstü genel kurul ayrımına TTK m. 409 ile Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik(GKY)¹⁸ m. 5'te yer verilmiştir¹⁹.

¹² **Oruç Hami Şener**, Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 459.; **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 475.; **Pulaşlı**, s. 352.; **Yayla**, s. 59.; Aksi görüş için Bkz. **İmregün**, s. 83.; **Arslanlı**, s. 3 ve 4.

¹³ **Şener**, s. 459.; **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 475.; **Pulaşlı**, s. 352.; **İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 395 ve 396.

¹⁴ **Şener**, s. 459. Yönetim kurulunun ve genel kurulun devredilmez görev ve yetkileri için Bkz. TTK m. 375 ve 408.

¹⁵ **İmregün**, s. 82.; **Üçışık/Çelik**, s. 217.; **Pulaşlı**, s. 352.; **Soner Altaş**, Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi, 4. Baskı, Ankara 2017 ,s. 23.; **Yiğit**, s. 9.

¹⁶ **Şener**, s. 459.; **Pulaşlı**, s. 352.; **Üçışık/Çelik**, s. 217.

¹⁷ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 11.; **Bahtiyar**, s. 153 ve 154.; **Şener**, s. 460 ve 461.; **Ayşe Odman Boztosun**, Anonim Şirkette Genel Kurul Toplantılarına Çağrıda Usul-süzlük, Terazi Hukuk Dergisi, C.2, S. 7, Mart 2007, 43-52, s. 43.

¹⁸ **R.G.**, T. 28.11.2012., S. 28481.

¹⁹ “Bu toplantılar arasındaki fark bir tanesinin her yıl belli bir süre içerisinde zorunlu olarak toplanması gerekirken, diğeri ise ancak gerektirici sebep çıkması halinde toplanmasından kaynaklanır”., **Üçışık/Çelik**, s. 218.; “ İkisi arasında zaman noktasın-

Genel kurul her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde ve yılda en az bir defa olmak suretiyle toplanır(TTK m. 409, GKY m. 7/1. a)²⁰. Buna olağan genel kurul toplantısı adı verilmektedir²¹. Hesap dönemi takvim yılı olan şirketlerde toplantılar yılın ilk üç ayı (31 Aralık'tan itibaren en geç Mart ayı sonuna kadar) içerisinde, özel hesap dönemi olan şirketlerde ise, hesap döneminin bittiği günü izleyen ilk üç ay içerisinde yapılmaktadır(TTK m. 409, GKY m. 7/1. a)²². Genel kurulun üç aylık sürenin bitiminden sonra toplanması, o kurulda alınan kararların geçerliliğini etkilemez²³. Ancak TTK m. 553 vd. uyarınca sorumluluğa yol açabilir²⁴. Önemle belirtmek gerekirse hesap dönemlerinin birbirinden bağımsız olduğu hususu da unutulmamalıdır²⁵. Bu nedenle önceki yıl olağan genel kurul toplantısı yapılmamış olsa bile sonraki yılın olağan genel kurul toplantısı yapılabilir²⁶.

Olağan genel kurul toplantılarının gündemini organların seçimi, finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık raporu, kârın kullanım şekli, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranının belirlenmesi, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin hususlar oluşturmaktadır(TTK m. 409, GKY m. 5/1. a).

Olağanüstü genel kurul toplantısı ise şirket için gerektiğinde toplanan, gündemini toplantı yapılmasını gerektiren zorunlu ve ivedi hususların oluşturduğu genel kurul toplantıları olarak tanımlanabilir(TTK m. 409/2, GKY m. 7/1. b)²⁷. Başka bir anlatımla olağanüstü genel kurul

dan yapılan ayırım, olağan genel kurul toplantılarının hesap döneminin sonundan itibaren ilk üç ay içerisinde toplanacağı belirtilmişken, olağanüstü genel kurul toplantılarının yapılması için bir zaman öngörülmemesidir... Hatta her iki toplantının aynı gün içinde ve aynı yerde yapılması da mümkündür.”., Yiğit, s. 12.

²⁰ **Pulaşlı**, s. 354.; **Şener**, s. 461 ve 462.; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 477.; **Üçışık/Çelik**, s. 218 ve 219.

²¹ **Pulaşlı**, s. 354.

²² **Bahtiyar**, s. 153.

²³ **Yayla**, s. 66.; **Yiğit**, s. 11.

²⁴ **Bahtiyar**, s. 153.; **Üçışık/Çelik**, s. 220.

²⁵ **Şener**, s. 462.

²⁶ **Şener**, s. 462.

²⁷ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 11.; **Üçışık/Çelik**, s. 219.; **Şener**, s. 462.; **Yayla**, s. 67.; **Ufuk Ünlü**, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantılarına Hakim Olan Kurallar ve

toplantıları; olağan genel kurul toplantısı dışında kalan, mutad dışı toplantılardır²⁸. Bu toplantılar ihtiyaca göre yılda birkaç defa yapılabilir veya ihtiyaç yoksa yıllarca yapılmayabilir²⁹. İsbetli olarak olağanüstü toplantıların gündemi kanunda önceden belirtilmemiştir³⁰. Zira olağanüstü toplantının gündemini, toplantı yapılmasını gerektiren konular oluşturacaktır³¹.

Genel kurul toplantısı ister olağan isterse olağanüstü yapılsın bu kurullarda alınan kararlar arasında etki ve geçerlilik bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır³².

2.2. Elektronik Katılımla ve Fiziki Katılımla Yapılan Genel Kurul Ayrımı

Son yıllarda hayatımızın her alanına giren ve günlük yaşantımızda büyük kolaylıklar sağlayan internet, şirketler hukukuna da önemli katkılar sağlamıştır³³. Çağımız gerekleri göz önüne alındığında genel kurul toplantılarına sadece fiziki ortamda katılma, pay sahiplerine yol ve konaklama masrafları, zaman kaybı, sağlık problemleri gibi külfetler yüklemektedir³⁴. Genel kurula katılma sonucu elde edilen fayda, toplantıya katılma sonucu yüklenen maliyetten düşük olduğu takdirde, pay sahipleri genel kurul toplantılarına katılım konusunda isteksiz olacak ve hatta toplantılara katılmayacaklardır³⁵. Bu durumda şirketin karar organı olan genel kurulun sağlıklı bir şekilde çalışması engellenerek bir güç boşluğu

İzlenmesi Gereken Yol Haritası, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S. 101, Ocak 2015, 155-161, s. 155.

²⁸ **Tuğrul Ansay**, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982, 170.; **Zafer Saka**, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004, s. 64.

²⁹ **Bahtiyar**, s. 153.

³⁰ **Ansay**, s. 170.; **Şener**, s. 462.

³¹ **Şener**, s. 462.; **Ansay**, s. 170.

³² **Yayla**, s. 68.; **Ansay**, s. 170.; **Şener**, s. 462.; **Üçışık/Çelik**, s. 218.

³³ **Mustafa İsmail Kaya**, Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Toplantılarının İnternet Aracılığıyla Yapılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, Ankara 2003, 211- 228, s. 211.

³⁴ **Mehmet Emin Bilge**, Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Haziran 2000, 219- 236, s. 220.; **Özdilek**, s. 19.; **Kaya**, s. 212.

³⁵ **Yayla**, s. 21.; **Kaya**, s. 212.

meydana gelecektir³⁶. Nitekim bu boşluğu önlemek ve pay sahiplerine genel kurul toplantılarına masrafsız bir şekilde katılma imkânı sağlamak, elektronik iletişim araçlarıyla ve özellikle internet teknolojisiyle mümkün olmaktadır³⁷.

İşte şirket ortaklarının genel kurullara katılımlarının artırılması amacıyla ortaya çıkan elektronik genel kurullar, fiziki olarak yapılan bir toplantıya dileyen pay sahipleri veya temsilcilerinin elektronik yöntemle katıldığı *karma genel kurul* veya fiziki ortamda toplanan bir genel kurul olmaksızın sadece sanal ortamda bir araya gelerek pay sahipleri veya temsilcilerinin gerçekleştirdiği *sanal kurullar* olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar³⁸. Genel kurula elektronik ortamda katılmayı düzenleyen TTK m. 1527 hükmü fiziki genel kurul yapılması imkânını muhafaza ederek, fiziken toplanan genel kurula eş zamanlı olarak elektronik ortamda katılım imkânı sağlayan karma sistemi benimsemiştir³⁹. Başka bir anlatımla TTK bağlamında tüm pay sahiplerinin tamamen elektronik yoldan katılımıyla yani fiziken bir araya gelmeden genel kurul toplantısı yapılması durumu mümkün değildir⁴⁰. Yanlış anlaşılmalara sebebiyet verilmemesi açısından belirtilmelidir ki fiziki genel kurul ve elektronik

³⁶ **Özdilek**, s. 19 ve 20.; **Yayla**, s. 21.; “...pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına gerekli ilgiyi göstermedikleri, bu nedenle genel kurul toplantılarına katılımın çok az olduğu ve bir güç boşluğunun doğduğu açıktır.”., **Mehmet Emin Bilge**, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Temsilci Aracılığıyla Oy Vermede İnternetin Kullanımı, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S. 1-2, Haziran 2003, 341-376, s. 341.

³⁷ **Kaya**, s. 212.; **Yayla**, s. 21.; **Özdilek**, s. 20.; Anonim ortaklık genel kurullarına internet aracılığıyla katılmanın faydaları ve sakıncaları için Bkz. **Bilge**, Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı, s. 221 vd.

³⁸ **Yayla**, s. 42.

³⁹ **Yayla**, s. 42.

⁴⁰ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 14 ve 15. ; “152 f.2 ve f. 5’te toplantıya elektronik ortamda katılmadan söz edilmiş, toplantıların tamamen elektronik ortamda yapılması imkanına yer verilmemiştir... Tasarı gerekçesinde de genel kurul yönünden böyle bir ayırım yapılmamasından hareketle, hükmü, sözüne bağlı biçimde ve tamamen elektronik ortamda bir toplantıya izin verilmediği yönünde yorumlamak gerektiği kanısındayız.”., **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 13 ve 14.; Aksi görüş için Bkz. **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 524.

genel kurul diye bir ayırım yapılmaması gerekir⁴¹. Zira genel kurul tektir ancak kurula katılım elektronik veya fizikidir⁴².

TTK m. 1527/5 “Anonim şirketlerde genel kurullara elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme, fiziki katılmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurur.” demek suretiyle anonim şirket pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına fiziki katılımın yanında online olarak da katılabilmelerine imkan vermiştir⁴³. TTK m. 1527/5’in uygulama usul ve esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan “Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik⁴⁴” ve “Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ⁴⁵” düzenlenmiştir⁴⁶.

3. Genel Kurulun Toplantıya Çağrılması

3.1. Genel Olarak

Anonim ortaklığın iradesini temsil eden hukuken geçerli bir genel kurul kararından söz bahsedilebilmesi için, ilke olarak kararın alınacağı toplantının ve dolayısıyla toplantı için yapılacak çağrının, kanun ve esas sözleşmede belirtilen hükümler çerçevesinde yapılması gerekmektedir⁴⁷. Ancak bu durumun istisnasını ileride inceleyeceğimiz TTK m. 416 uyarınca çağrısız genel kurul oluşturmaktadır⁴⁸.

Genel kurul toplantı çağrısı, kanun veya esas sözleşmeyle görevli ve yetkili olanlar tarafından tüm pay sahiplerine ve/veya temsilcilerine yöneltilen ve genel kurul toplantısına çağrı ile toplantının yerini, zamanını, gündemini ve katılma koşullarını belirten, ilan veya mektup şeklin-

⁴¹ **Yayla**, s. 42.

⁴² **Yayla**, s. 42.; “Genel kurul, pay sahiplerinin muayyen bir zamanda belli bir yerde fiilen fiziki olarak veya elektronik ortamda toplanıp, pay sahipliği haklarını kullandıkları yer anlamına gelmektedir.”., **Pulaşlı**, s. 363.

⁴³ **Altaş**, s. 125.; **Şener**, s. 460.

⁴⁴ **RG.**, T. 28.8.2012., S. 28395

⁴⁵ **RG.**, T. 29.09.2012, S. 28396.

⁴⁶ **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 524.; **Şener**, s. 460 ve 461.; **Özdilek**, s. 30 ve 31., **Üçışık/Çelik**, s. 222.; Anonim şirketlerde elektronik genel kurul hakkında detaylı bilgi için Bkz. **Yayla.**, **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 11 vd., **Üçışık/Çelik**, s. 222 vd.

⁴⁷ **Moroğlu**, s. 79., **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 37.

⁴⁸ **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 37.; **Moroğlu**, s. 79.

de bir bildirimdir⁴⁹. Çağrı, genel kurulu uyarıcı ve hazırlayıcı bir süreçtir⁵⁰. Çağrı süreci, pay sahiplerine yapılan çağrıyla başlayıp genel kurul toplantısının açılmasıyla tamamlanan bir evredir⁵¹. Bir çağrının mevcudiyeti için çağrının bütün pay sahiplerine yapılması, görevli ve yetkili olanlar tarafından yapılması, olağan dikkati ve özeni gösteren her pay sahibinin belli bir yerde ve zamanda genel kurulun toplanacağını tahmin edebileceği nitelikte olması gerekmektedir⁵².

3.2. Çağrıya Yetkili Olanlar

Ticaret Kanunumuz anonim şirket genel kurulunu toplantıya çağırma yetkili olanları; yönetim kurulu, görevleriyle ilgili konularda tasfiye memurları, belirli şartlar dahilinde her bir pay sahibi ve azınlık olarak belirtmiştir⁵³. Her ne kadar genel kurulu çağrıya yetkili olanlar arasında yönetim görevini üstlenen kayyımlar ve iflas idaresi sayılmamış ise de şüphesiz bunlar da çağrıya yetkilidirler⁵⁴.

Ortaklık esas sözleşmesiyle yetkilendirilen kişilerin genel kurulu toplantıya çağırıp çağıramayacağı tartışmalıdır. Şener⁵⁵, TTK m. 339/2.h uyarınca genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacaklarının ortaklık sözleşmesinde yer alabileceğinin belirtildiğini, bu düzenleme ile çağrı yapabilecek kişilerin de esas sözleşmeyle özellikle belirli ortaklara tanınabileceğini belirtmektedir. Bahtiyar⁵⁶, kayyımlar ve iflas idaresi ile birlikte TTK’ da sayılanların dışında başka kişi ya da kişilere esas sözleşmeye konulacak bir hükümle genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanınamayacağını, TTK m. 339/2. h’de yer alan ifadenin toplantıya çağırma yetkilileri değil de toplantıya çağrı usulünü kapsar nitelikte bir ifade olduğunu belirtmekte ve ayrıca TTK m. 577’de limited şirketler için genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin özel hak tanıyan düzenlemeler getirilebileceğini ancak aynı açıklığın anonim şirketlere ilişkin TTK m.

⁴⁹ Moroğlu, s. 79.

⁵⁰ Saka, s. 65.

⁵¹ Saka, s. 65.

⁵² Moroğlu, s. 80.

⁵³ Bahtiyar, s. 161.

⁵⁴ Bahtiyar, s. 161.

⁵⁵ Şener, s. 466.

⁵⁶ Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 37 ve 38.

339’da bulunmadığını ve TTK m. 340’ın da bu görüşü destekler nitelikte olduğundan bahisle esas sözleşme ile başka kişilere çağrı konusunda yetki verilemeyeceğini ileri sürmektedir. *Üçışık*⁵⁷, genel kurulu toplantıya davete yetkili olan kişilerin kanunda sayıca sınırlı olarak gösterildiğini, sözleşmeye konulacak bir hükümle kanunda sınırlı olarak sayılanlardan başka kişilere genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanınmasının mümkün olmadığını ancak anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin istifası, ölümü veya ehliyetsizliği gibi nedenlerden dolayı organsız kalması ve yönetim kurulu yerine şirketin idaresinin mahkeme tarafından bir kayyuma tevdi edilmesi durumunda, kayyumun genel kurulu toplantıya çağırabileceğini vurgulamaktadır. *Moroğlu*⁵⁸, TTK m. 367 ve 370 uyarınca bazı kimselere esas sözleşmede öngörülmüş olması şartı ile genel kurul veya yönetim kurulu kararı ile şirketin idare ve/veya temsil yetkilerinin bırakılması veya belli kimselerin belli bir iş ile görevlendirilebilmelerinin mümkün olduğundan bahisle kendilerine yetkiler bırakılmış kimselere esas sözleşme ile genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin verilmesinin kabul edilebileceğini ancak esas sözleşme ile verilen çağrı yetkisinin kanunen çağrıya yetkili ve görevli olanların genel kurulu toplantıya çağırma yetkilerini kaldıramayacağını veya sınırlayamayacağını ileri sürmüştür. *Tekinalp*⁵⁹ ise genel kurulu çağrıya yetkili olan kişilerin Ticaret Kanununda “*numerus clausus*” olarak gösterildiğini söylemektedir.

3.2.1. Yönetim Kurulu

İster olağan olsun isterse olağanüstü olsun genel kurulu toplantıya davet etme yetkisi esas itibarıyla yönetim kuruluna aittir⁶⁰. Yönetim kurulu görev süresi dolmuş olsa bile genel kurulu toplantıya çağırabilir (TTK m. 410)⁶¹. Böylece yönetim kurulunun süresi dolsa dahi genel kurulun toplantıya çağrılıp çağrılmayacağı konusunda ortaya çıkabilecek aksaklıklar çözüme kavuşmuştur⁶².

⁵⁷ *Üçışık/Çelik*, s. 238.

⁵⁸ *Moroğlu*, s. 95.

⁵⁹ *Ünal Tekinalp*, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 304.

⁶⁰ *Bahtiyar*, s. 161.; *Bilgili/Demirkapı*, s. 183.; *Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)*, s. 482.; *Şener*, s. 462.; *Yayla*, s. 79.; *Moroğlu*, s. 86.

⁶¹ *Bilgili/Demirkapı*, s. 183.; *Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)*, s. 482.

⁶² *Moroğlu*, s. 87.; *Şener*, s. 463.

Yönetim kurulu tek kişiden oluşuyorsa, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bu kişiye aittir⁶³. Ancak yönetim kurulunun birden fazla kişiden oluşması durumunda genel kurulu toplantıya çağırma için yönetim kurulunun TTK m. 390 bağlamında yani üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanarak, toplantıda hazır bulunanların çoğunluğu ile karar alması gerekmektedir⁶⁴. Zira genel kurulda alınan kararların geçerliliği için yönetim kurulunun genel kurulu davet konusunda almış olduğu kararın da hukuken geçerli olması gerekir⁶⁵. Yönetim kurulunun genel kurulu çağrı için göndermiş olduğu mektuplarda veya yapılan ilanlarda çağrıya yetkili kişilerin ismen belirtilmesi gerekli olmayıp sadece “yönetim kurulu” yazılması çağrının geçerliliği için yeterlidir⁶⁶. Ancak yetkisiz kişiler tarafından “yönetim kurulu” adı kullanılarak yapılmış çağrılar pek tabii geçersiz olup bu nedenle doğan zararlardan bu kişiler sorumludurlar⁶⁷. Limited şirketlerde olduğu gibi⁶⁸ anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanının genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bulunmamaktadır⁶⁹.

Yönetim kurulunun genel kurulu çağrı yetkisini düzenleyen TTK m. 410, görev süresi sona eren yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırabileceğini düzenlemiş ancak azledilen veya seçim kararının kesin bir hükümle geçersizliği tespit edilmiş olan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırıp çağıramayacağı meselesini düzenlememiştir. Süresi dolan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasını düzenleyen TTK m. 410 istisnai bir hüküm olduğu için dar yorumlanmalıdır⁷⁰. Dolayısıyla azledilen veya kesin bir hükümle geçersizliği tespit edilmiş yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırması hususu mümkün değildir⁷¹. Zira böyle bir yönetim kurulu tarafından yapı-

⁶³ **Moroğlu**, s. 90.

⁶⁴ **Şener**, s. 463.; **Moroğlu**, s. 90.

⁶⁵ **Şener**, s. 463.; **Moroğlu**, s. 90.

⁶⁶ **Moroğlu**, s. 90 ve 91.

⁶⁷ **Moroğlu**, s. 91.

⁶⁸ Bkz. TTK m. 624.

⁶⁹ **Şener**, s. 463.; **Yayla**, s. 80.

⁷⁰ **Şener**, s. 463.

⁷¹ **Yayla**, s. 80.; **Şener**, s. 464.

lan çağrı ve çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararlar yoklukla maluldür⁷².

Unutulmamalıdır ki zamanı gelmesine rağmen olağan genel kurul davetinde bulunmayan veya ihtiyaç hasıl olmuşken olağanüstü toplantı çağrısı yapmayan yönetim kurulu, bundan dolayı TTK m. 553 bağlamında sorumlu olur⁷³.

3.2.2. Pay Sahipleri

Anonim şirketlerde çeşitli sebeplerle, özellikle gruplar arasındaki uyumsuzluk ve çekişme dolayısıyla yönetim kurulunun toplanamaması, üye eksikliğinden veya bazı azınlık haklarının kötüye kullanılması dolayısıyla toplantı nisabının gerçekleşmemesi, toptan istifa yahut kaza gibi nedenlerle yönetim kurulunun mevcut olmaması gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir⁷⁴. İşte bu gibi sebeplerden yola çıkarak TTK m. 410/2 yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemeye başvurarak tek bir pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağırabileceğini düzenlemiştir⁷⁵.

⁷² **Moroğlu**, s. 87.; “Seçimine dair genel kurul kararının iptali için açılan dava devam eden yönetim kurulu tarafından yapılan çağrılar kural olarak geçerlidir. Çünkü iptal edilebilir kararlar mahkemece kesin hükümle iptal edilinceye kadar geçerlidirler. Ancak açılmış olan iptal davası olumlu sonuçlanır ve yönetim kurulunun seçimine dair karar kesin hükümle iptal edilirse, bu hüküm iyiniyetli üçüncü şahıslar bakımından, yetkisiz bir kişi tarafından yapılmış bir çağrı olarak yok sayılması gerekip gerekmediği sorulabilir. Her ne kadar kesinleşmiş iptal hükmünün geçmişe etkili olması yönünden yok sayılması gerekse de, hukuk güvenliği bakımından bu çağrının ve bu çağrı üzerine toplanan genel kurulun almış olduğu kararın geçerli sayılması doğru olacaktır.”, **Moroğlu**, s. 89.; “...genel kurul kararı ile idare heyetince seçilen kişilerin, bu kararın iptaline değin iş başında kalabileceklerinin kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak da mahkemece iptal kararı verilmezden önce idare heyetinin genel kurul toplantısı için yaptığı davetin ve dolayısıyla genel kurulda alınan kararın geçerli olması lazım gelir.” Y. 11. HD., T. 06.7.1978, E. 78/3158, K. 78/3661., **Moroğlu**, s. 89.

⁷³ **Bahtiyar**, s. 161.; **Şener**, s. 463.

⁷⁴ Bkz. TTK m. 410 gerekçe.

⁷⁵ **Özge Karaege**, Anonim Şirketlerde Tek Pay Sahibinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 4, 71- 127, s. 88.; **Bahtiyar**, s. 162.;

Pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırma hakkını kullanırken, mahkemede çağrı hakkının varlığını yani yönetim kurulunun 410/2 bağlamında toplanamadığını kanıtlamalıdır⁷⁶. Mahkemenin verdiği karar kesindir(TTK m. 410/2). Bu kararın dosya üzerinden mi yoksa duruşmalı olarak mı verilmesi gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmamakta, bu durum somut olayın özellikleri temel alınarak mahkemenin takdirindedir⁷⁷.

TTK m. 410/2'deki düzenleme genellikle şirkette birden fazla yönetim kurulu üyesinin bulunması halinde söz konusu olur⁷⁸. Çünkü yönetim kurulunun sürekli olarak toplanamaması veya toplantı yetersayısına ulaşma imkânının bulunmaması birden fazla yönetim kurulu üyesinin varlığını gerektirir⁷⁹. Ek olarak TTK m. 410/2 hükmü TTK m. 530 ile de bağlantılıdır⁸⁰. Şöyle ki, TTK m. 530 uyarınca anonim şirkette yönetim kurulunun bulunmaması bir fesih isteme sebebidir⁸¹. Oysa böyle bir durumda pay sahipleri şirketin feshini istemek yerine veya feshi engellemek amacıyla TTK m. 410/2 uyarınca genel kurulu toplantıya çağırarak, söz konusu organ eksikliğinin giderilmesini sağlayabilirler⁸².

3.2.3. Azınlık

Kapalı anonim şirketlerde sermayenin en az onda birine, halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birine sahip pay sahipleri azınlık olarak nitelendirilmektedir⁸³. Azınlık pay sahipleri de genel kurulu belirli şartlar altında toplantıya çağırabilir. İşte bu başlık altında azınlık pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağırmasını ve çağrı için gerekli olan şartları inceleyeceğiz.

Azınlığın genel kurulu toplantıya çağırması TTK m. 411 ve 412'de düzenlenmiştir. TTK m. 411 uyarınca "*Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim*

⁷⁶ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), s. 486.

⁷⁷ Bkz. TTK m. 410 gerekçe.; Karaege, s. 89.

⁷⁸ Şener, s. 465.

⁷⁹ Şener, s. 465.

⁸⁰ Şener, s. 465.; Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Karaege, s. 91 vd.

⁸¹ Şener, s. 465.

⁸² Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 43.; Moroğlu, s. 91.; Şener, s. 465.

⁸³ Şener, s. 468.

kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler” denilmek suretiyle azınlığın genel kurulu toplantıya çağırabileceği hususu açıkça ifade edilmiştir. Kanun gereği onda bir oranında sermayeye sahip ortaklara tanınan bu hakkın, TTK m. 411/1’in devamında esas sözleşmede belirtmek suretiyle daha az oranda paya sahip olanlara da tanınabileceği de vurgulanmıştır⁸⁴. Ancak bu oranın arttırılması veya başka şartlar eklenerek TTK m. 411 ve 412’de tanınan hakkın kullanılmasının zorlaştırılması söz konusu olamaz⁸⁵.

Azınlık hakkının kullanılması için gerekli pay oranına tek bir ortak sahip olabileceği gibi, birden fazla ortak da bir araya gelerek bu oranı oluşturabilir⁸⁶. Birden fazla ortağın bir araya gelerek azınlık olarak nitelendirilmesi durumunda, genel kurulu toplantıya çağırabilmeleri için birlikte hareket etmeleri de gerekmektedir⁸⁷. Zira ortakların birbirlerinden habersiz ve bağımsız olarak ayrı ayrı genel kurulu toplantıya çağırabilmeleri söz konusu değildir⁸⁸. TTK m. 411’de belirtilen yüzde on oranı asgari bir sınır olup, daha fazla oranı oluşturmuş kişi/kişiler şüphesiz genel kurulu toplantıya çağırma hakkını kullanabilirler⁸⁹.

TTK m. 411/1 uyarınca azınlık genel kurulu toplantıya çağırma istiyorsa, çağrı talebini ileteceği yönetim kuruluna, talebin gerektirici sebepleriyle gündemi de belirterek yazılı bir başvuruda bulunması gerekmektedir. Ancak bu durum aynı maddenin 3. fıkrası ile GK.Y. m. 9/3 ile çelişmektedir⁹⁰. Zira 411/3’te “Çağrı ve gündeme madde konulması istemi noter aracılığıyla yapılır.” ve GK.Y. m. 9/3’te “...azlık pay sahipleri, yönetim kurulundan, gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek,

⁸⁴ Bahtiyar, s. 163.; Şener, s. 468.

⁸⁵ Şener, s. 468.

⁸⁶ Yılmaz, s. 380.

⁸⁷ Şener, s. 469.

⁸⁸ Şener, s. 468 ve 469.; “... belirtilen ayıdaki azınlığa tanınan çağrı hakkının ön koşulu, bu ortakların birlikte hareket etmeleridir. Ortakların birbirinden habersiz ya da bağlantısız olarak ayrı ayrı istemde bulunmaları halinde yasada öngörülen bu zorunlu koşulun gerçekleştiğinden söz edilemez.”, Y. 11. HD., T. 27,11,1975, E. 1975/5112, K. 1975/6865., Şener, s. 469.

⁸⁹ Şener, s. 469.

⁹⁰ Şener, s. 470.

genel kurulun toplantıya çağrılmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri hususların gündeme konulmasını yazılı olarak noter aracılığıyla isteyebilirler.” hükümleri yer almaktadır. İşte bu düzenlemeler karşısında azınlığın sadece yazılı talepte bulunması yeterli olmayıp ayrıca bu talebin yönetim kuruluna noter aracılığıyla yapılması gerekmektedir⁹¹. Genel kurulun toplantıya çağırılması hususunda azınlık tarafından bildirilen gerektirici nedenlerin, gerçekten gerektirici olup olmadığını yönetim kurulu takdir edecektir⁹².

Yönetim kurulu azınlığın talebini kabul ettiği takdirde, genel kurulu en geç kırkbeş gün içinde toplamalıdır (TTK m. 411/4)⁹³. Bu kırkbeş günlük sürenin başlangıcı, yönetim kurulunun karar alma anıdır⁹⁴. Yönetim kurulu kırkbeş günlük sürede toplantı yapılmasını sağlamazsa, toplantıya çağrı; istemde bulunan azınlık ortaklarca yapılır (TTK m. 411/4)⁹⁵. Çağrının istemde bulunan azınlık tarafından yapılması için

⁹¹ Şener, s. 470.; Bkz. TTK m. 411 gerekçe.; Uygulamada çağrı için yönetim kuruluna başvurulup başvurulmadığı ve başvuru tarihinin mahkemenin izni yönünden sorun doğurmakta olduğu, çünkü mahkemenin azınlığa çağrı izni verebilmesi için yönetim kuruluna başvuru yolunun tüketilmiş olması gerektiği belirtilerek noter aracılığıyla davet yapma zorunluluğunun sebebi TTK m. 411 hükmünün gerekçesinde açıklanmıştır., Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 44.

⁹² Mustafa Erdem Can, Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri, Ed. Erol Ulusoy, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara 2014, 75- 96, s.87.; Şener, s. 470.; Üçışık/Çelik, s. 241.; “Azınlık tarafından yapılan başvurunun yönetim kurulu yerine şirket tüzel kişiliğine karşı veya yönetim kurulu üyelerinden birine karşı yapılmış olması, talebin geçersiz sayılmasını ve reddedilmesini gerektirmez. Zira herbir yönetim kurulu üyesinin ortaklığı pasif olarak temsil yetkisi mevcuttur.”., Üçışık/Çelik, s. 241.

⁹³ Şener, s. 470.

⁹⁴ Bkz. TTK m. 411 gerekçe.; Şener, s. 470.

⁹⁵ “Bu olasılıkta genel kurulun toplantıya çağrılması bakımından, azınlığın elinde gerekli bilgi ve belgeler yer almayacaktır. Dolayısıyla azınlığa genel kurulu çağırarak şeklinde tanınan bu hakkın uygulamada işlerlik kazanması oldukça güçtür. Bu sebeple en doğrusu azınlığın mahkemeden TTK m. 412’de olduğu gibi kayyım atanmasını sağlaması ve söz konusu kayyım tarafından genel kurulun toplantıya çağrılması gerekirdi.”., Şener, s. 470.; “Birbirini izleyen TTK m. 411 ve 412, iki farklı olasılığı düzenlemektedir. TTK m. 411 uyarınca azınlığın talebi uygun görülmesine rağmen kırkbeş günlük süre zarfında gerçekleşecek toplantı için çağrı yapılmaması durumunda, istem sahibi azınlığın çağrı yapacağı öngörülmüş ancak azınlığın bu çağrısını nasıl kullanacağı belirtilmemiştir. Buna karşılık TTK m. 412’de azınlığın isteminin yönetim kurulunca reddi veya yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmemesi du-

kırkbeş günlük sürenin beklenilmesi zorunlu olmayıp, kırkbeş gün içerisinde toplantının yapılamayacağı kesin olarak anlaşılması durumunda da yine çağrı azınlık tarafından yapılabilir⁹⁶.

Genel kurul zaten toplanacaksa, azınlığa genel kurulu toplantıya çağırarak yerine sadece genel kurul gündemine madde eklenmesini talep etme alternatif bir hak olarak tanınmıştır(TTK m. 411)⁹⁷. Yine azınlık bu talebini de noter aracılığıyla yapılmalı ve talep de gündeme eklenerek genel kurulda görüşülmesi istenilen konular mutlaka belirtilmelidir⁹⁸. Azınlığın gündeme madde koyma istemi, yönetim kurulunun genel kurulu çağrı ilamının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayınlanmasına ilişkin ilan ücretinin yatırılması tarihinden önce yönetim kuruluna ulaşmış olmalıdır(TTK m. 411/2). İstem belirtilen bu tarihten önce yönetim kuruluna ulaşmazsa, yönetim kurulu azınlığın bu talebini değerlendirmek zorunda değildir⁹⁹. Ancak bu düzenleme öğretide; ilanların yapılması için gerekli olan masrafların azınlığın çağrısı ve gündemi öğrenmesinden önce yatırılmış olacağı, bu durumun yönetim kurulunun talebi reddedebilmesi için haklı bir neden oluşturacağı, bu sebeple de azınlığın gündeme madde eklenmesini isteme hakkının neredeyse etkisiz kalacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir¹⁰⁰. Gündeme madde konulması istemi bir süreye bağlanmışken, toplantıya çağrı talebi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. *Moroğlu*¹⁰¹ bu konuda, en geç yeni bir genel kurulun top-

rumunda mahkemece atanacak kayyımın çağrı ile yetkilendirilmesi hüküm altına alınmıştır. Maddelerin düzenlenme tarzı ve özellikle iki maddenin üst kenar başlığının aynı olması da dikkate alınarak, TTK m. 411'in şartları gerçekleştiği takdirde, TTK m. 412'de olduğu gibi mahkemeye başvurarak kayyım atanmasının istenmesi ve kayyım aracılığıyla toplantı çağrısı yapılması gerekmektedir.”, **Bahtiyar**, s. 164.; Aynı doğrultuda Bkz. **Bahtiyar/Hamamcioğlu**, s. 45 ve 46., **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 485.; “...genel kurul toplantısı için doğrudan çağrıda bulunmak hakkı azınlık pay sahiplerine geçtiğinde, bu pay sahipleri kırk beş günlük süre ile bağlı değildir. Azınlığın bu hakkı kullanması için kanunda bir süre belirlenmemiş olması eksiklidir. Bu yetkinin süresiz olarak kullanılması mümkün değildir; azınlığa bunun için somut olayın koşullarına göre bir süre verilmesi yerinde olacaktır.”, **Yılmaz**, s. 391 ve 392.

⁹⁶ **Yılmaz**, s. 391.; **Can**, s. 89.

⁹⁷ **Şener**, s. 470.

⁹⁸ **Şener**, s. 471.

⁹⁹ **Şener**, s. 471.; **Yılmaz**, s. 385 ve 386.

¹⁰⁰ **Bahtiyar/Hamamcioğlu**, s. 45.

¹⁰¹ **Moroğlu**, s. 93.

lantıya çağrısının yönetim kurulu tarafından kararlaştırılmasına kadar bu başvurunun yapılabileceğini söylemektedir.

Yönetim kurulunun azınlığın TTK m. 411 uyarınca talebine cevap vermemesi olasılığı düşünülerek TTK m. 412’de özel bir düzenleme getirilmiştir¹⁰². Söz konusu bu düzenlemeye göre; azınlık pay sahiplerinin genel kurulu çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin şirket genel merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurusu üzerine genel kurulun toplantıya çağrılmasına mahkeme karar verebilir¹⁰³. Mahkeme azınlığın başvurusu üzerine toplantıyı gerek görürse, gündemi düzenlemek ve kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar. Ayrıca mahkeme kararında, kayyımın görevleri ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkilerini de gösterir. Zorunluluk olmadığı sürece mahkeme dosya üzerinden inceleme yapar ve verdiği karar da kesindir (TTK m. 412). Genel kurulu toplantıya çağırma veya gündeme madde eklenmesi için açılan davanın hukuki niteliği tartışmalıdır¹⁰⁴. Unutulmamalıdır ki genel kurulu toplantıya çağırma hususunda azınlığa yetki verilmesi, azınlığın öncelikle yönetim kuruluna toplantı başvurusu yapmış ve reddedilmiş veya süresinde yanıt alınma-

¹⁰² Şener, s. 472.

¹⁰³ Kanun koyucu yönetim kurulunun azınlığın talebi üzerine cevap vermektan kaçınarak talebi sürüncemede bırakmasının önüne geçmiş ve yedi iş günlük süre öngörmüştür., Üçışık/Çelik, s. 242.

¹⁰⁴ Yılmaz, s. 398.; “...çekişmeli yargıya dahil bir eda davası niteliğindedir.”., Moroğlu, s. 92.; Aynı doğrultuda “ ... dava, dava dilekçesinde yazılı maddelerin genel kurul gündemine ilavesine izin istemiyle.... açılmış bulunan eda davası niteliğindedir. Her ne kadar dairemizin yerleşik inançlarına göre, istem, duruşma açılmaksızın evrak üzerinde yapılan inceleme ile karar bağlanabilir ise de, açılan dava nizalı kazaya dahil bir eda davası niteliğinde olduğundan, mahkemece, en azından davalı şirkete tebligat yapılmak veya şirket temsilcisi de dinlendikten sonra istemle ilgili bir karar vermek gerekir...”., Y.11.HD., T. 08,04,2002, E. 10909, K. 3214., Moroğlu, s. 92.; “Pay sahiplerinin bu başvurusunda anonim şirketin hasım olarak gösterilmesi gerekir.”., Murat Fatih Ülkü, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Toplantıya Çağrılması, Ed. Abuzer Kendigelen, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2001, 575- 598 s. 581.

mış olması ön koşuluna bağlıdır¹⁰⁵. Bu husus mahkemece re'sen göz önünde bulundurulacaktır¹⁰⁶.

3.2.4. Tasfiye Memurları

Ticaret kanunumuz 410. maddesinde, şirketin tasfiye halinde olması durumunda tasfiye memurlarına, kendi görevleriyle ilgili konularda genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi tanımıştır¹⁰⁷. Ancak tasfiye memurlarının genel kurulu çağrı yetkisi, bunların görev alanları ile sınırlandırılmış olup görevleriyle ilgili olmayan konular için genel kurulu toplantıya çağırılmaları söz konusu değildir¹⁰⁸. Şöyle ki, tasfiye halinde de genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi yönetim kurulundur¹⁰⁹.

3.2.5. İflas İdaresi

Şirketin iflas yoluyla tasfiye halinde bulunması durumunda, iflas halindeki şirketin yasal temsilcisi İcra ve İflas Kanunu m. 226 (İİK)¹¹⁰ bağlamında iflas idaresi olduğu için, iflas idaresi genel kurulu toplantıya çağırabilir¹¹¹.

3.2.6. Kayyım

Ticaret kanunu dışında, genel hükümler uyarınca şirkete kayyım atanması söz konusu olabilir. Şirkette yönetim organının eksikliği durumunda mahkemece Türk Medeni Kanunu(TMK)¹¹² m. 427/4 uyarınca

¹⁰⁵ **Moroğlu**, s. 92.; “...dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre, şirket azınlığının genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hususunda yetki verilmesi talebinde bulunabilmesi için sırasıyla ve öncelikle... yönetim kuruluna... başvuruda bulunulması gerekir.” Y. 11. HD., T. 01,06,2009, E. 5463, K. 6666., **Moroğlu**, s. 92.

¹⁰⁶ **Moroğlu**, s. 92.

¹⁰⁷ **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 486.; **Altaş**, s. 35.

¹⁰⁸ **Altaş**, s. 35.; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 47.

¹⁰⁹ Bkz. TTK m. 410 gerekçe.; TTK m. 410 düzenlemesi, TTK'nın 535/2 “Tasfiye işlerinin gereklerinden olan hususlar hakkında karar vermek üzere genel kurul tasfiye memurları tarafından toplantıya çağırılır.” karşısında gereksiz bir tekrar olmuştur., **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 47.

¹¹⁰ **R.G.**, T. 19.06.1932, S. 2128.

¹¹¹ **Bahtiyar**, s. 164.; **Şener**, s. 464.; **Bahtiyar/Hamamcıoğlu**, s. 47.

¹¹² **R.G.**, T. 08.12.2001, S. 24607.

yönetim kurulu yerine kayyım atanması halinde, genel kurulu toplantıya kayyım da çağırabilir¹¹³.

*Pulaşlı*¹¹⁴, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin istifası, ölümü, veya ehliyetsizliği gibi nedenlerden dolayı organsız kalmış olması halinde azınlığın talebiyle kayyım atanabileceğini ve kayyımın genel kurulu toplantıya çağırabileceğini söylemekle birlikte TTK m. 410 uyarınca süresi dolmuş olsa bile yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırabileceğini, bunun için mahkemenin kayyım atamasına gerek olmadığını, aynı şekilde TTK m. 410/2 halinin mevcut olması durumunda da genel kurulu toplantıya kayyımın değil, mahkemenin izniyle tek bir pay sahibinin çağırabileceğini ifade etmektedir.

4. Çağrı Usulü

Genel kurul toplantılarına tüm pay sahiplerinin katılımını sağlamak ve onların pay sahipliği haklarını etkin bir şekilde kullanma imkânı sağlayabilmek için, pay sahiplerinin genel kurul toplantılarından önceden haberdar edilmesi ve gündemdeki konuların bildirilmesi gerekmektedir¹¹⁵. TTK m. 416 istisna olmak kaydıyla genel kurullarda alınan kararların sıhhati, genel kurulun kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak davet edilmesine bağlıdır¹¹⁶. Genel kurul toplantıları için yapılacak çağrının şekli TTK m. 414 ve GKY m. 10'da düzenlenmiştir.

TTK m. 414 düzenlemesi uyarınca genel kurul toplantıya, hem esas sözleşmede gösterilen usulde, hem internet sitesi açmakla yükümlü olan şirketlerin internet sitesinde ve her halde Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinden yayınlanan bir ilanla çağrılır¹¹⁷. Bu ilanlar seçimlik olmayıp hepsinin yapılması zorunludur¹¹⁸. Ayrıca toplantıya elektronik ortamda katılma sistemini uygulayan şirketlerde çağrı, elektronik genel kurul sisteminde de yapılır(GKY m. 10/1)¹¹⁹. Çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önceden yapı-

¹¹³ Bahtiyar, s. 164.; Şener, s. 464.; Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 47.

¹¹⁴ Pulaşlı, s. 368.

¹¹⁵ Bahtiyar, s. 164.; Şener, s. 464.; Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 48.; Pulaşlı, s. 368.

¹¹⁶ Şener, s. 474.

¹¹⁷ Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 48.; Şener, s. 474.

¹¹⁸ Şener, s. 474.

¹¹⁹ Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 48.

lır(TTK m. 414, GKY m. 10/2). İlan birkaç tane gazete yapılmışsa, iki haftalık süre en son ilan yapılan tarihten itibaren hesaplanacaktır¹²⁰.

TTK m. 414/1'in devamında ilana ek olarak pay defterinde yazılı pay sahipleri ile önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adresini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazetelerin, iadeli taahhütlü mektupla bildirileceği ifade edilmiştir¹²¹. Pay sahipliğini ispatlayıcı belgeden kasıt ise özellikle noterden veya bankalardan alınan ve ortak sıfatına ilişkin belgelerdir¹²². Kanunda pay sahiplerine gönderilecek mektuplar için herhangi bir süre öngörülmemiştir¹²³. Öğretide TTK m. 414/1'in kıyasen uygulanmasını yani mektupların pay sahiplerine toplantı zamanından en az iki hafta önce ulaşması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁴. Pay sahibinin basit bir mektupla ya da e- mail veya telefon ile geçerli bir şekilde genel kurula davet edilmesi söz konusu değildir¹²⁵. Pay sahibinin genel kurula davet edilmesiyle ilgili ihtilaf halinde, pay sahibini iadeli taahhütlü mektupla genel kurula davet edildiğinin şirket tarafından ispatlanması gerekir¹²⁶.

TTK m. 414 pay sahiplerine yapılacak ilan ve mektupların içeriğine ilişkin bir düzenleme yapmamış olmasına rağmen GKY m. 11'de ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır¹²⁷. Buna göre; ilan ve mektuplarda; toplantı günü ve saati, toplantı yeri, gündem, gündemde esas sözleşme değişikliği var ise değişen maddenin/maddelerin eski ve yeni şekilleri, çağrının kimin tarafından yapıldığı, ilk toplantının herhangi bir nedenle ertelenmesi üzerine genel kurul yeniden toplantıya çağrılıyor ise, erteleme sebebi ile yapılacak toplantıda yeterli olan toplantı nisabı, olağan toplantı ilanlarında; finansal tabloların, konsolide finansal tabloların,

¹²⁰ Şener, s. 475.

¹²¹ Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 48.; "Pay defterinde yazılı pay sahiplerinden kasıt; çıplak pay, nama yazılı pay senedi ve ilmühaber sahipleridir. Önceden ortaklığa pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayan belge vererek adreslerini bildiren pay sahipleri ise hamiline yazılı pay senedi sahipleridir."., Şener, s. 475.

¹²² Şener, s. 476.

¹²³ Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 48.; Şener, s. 476.

¹²⁴ Çamoğlu(Poroy/Tekinalp), s. 480.; Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 48.; Şener, s. 476.

¹²⁵ Şener, s. 474.

¹²⁶ Şener, s. 475.

¹²⁷ Şener, s. 474.; Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 50.

yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun, denetleme raporunun ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisinin şirket merkez ve şube adresleri belirtilmek suretiyle anılan adreslerde pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulduğu, Kanunun 428 inci maddesinde tanımlanan temsilcilerin kimlikleri ve bunlara ulaşılabilecek iletişim bilgileri yer alır.

Bahsi geçen bu usullere uyulmaması durumunda, çağrının usule uygun yapılmadığı gerekçesiyle TTK m. 446 uyarınca genel kurul toplantısı ve alınan kararların iptali mahkemeden talep edilebilir¹²⁸.

Genel kurul toplantıları, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanır (TTK m. 409/3).

4.1. Çağrısız Genel Kurul (TTK m. 416)

Çağrısız genel kurul TTK m. 416’ da düzenlenmiştir. Buna göre *“Bütün pay sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler.”*

Çağrısız genel kurulun toplanabilmesi için, pay sahiplerine herhangi bir çağrıda bulunulmasına veya TTK m. 414’deki çağrı prosedürüne uyulmasına gerek yoktur¹²⁹. Ek olarak çağrısız genel kurul, çağrının yetkisiz kişilerce yapılması halinde de uygulama alanı bulacaktır¹³⁰. Zira TTK m. 414’teki *“çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın”* ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır¹³¹.

TTK m. 413 uyarınca gündemde bulunmayan konular genel kurulda tartışılmaz ve karar bağlanamaz. Buna gündeme bağlılık ilkesi denilmektedir¹³². İşte çağrısız genel kurul, gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir. Şöyle ki TTK m. 416’nın devamında çağrısız genel kurulda gündeme oy birliğiyle madde eklenebileceği, bunun

¹²⁸ **Pulaşlı**, s. 369.

¹²⁹ **Pulaşlı**, s. 370.; **Şener**, s. 480.

¹³⁰ **Şener**, s. 480.

¹³¹ **Şener**, s. 480.

¹³² **Pulaşlı**, s. 371.

aksine yapılan esas sözleşme hükümlerinin geçerli olmadığı ifade edilmiştir¹³³.

Çağrısız bir genel kurulda toplantı nisabı var olduğu sürece karar alınabilir¹³⁴. Ancak bir ya da birkaç pay sahibinin toplantıyı terk etmesiyle o andan itibaren genel kurulun karar alma yeteneği de ortadan kalkar¹³⁵. Dolayısıyla çağrısız genel kurulun karar alabilmesi için gerekli olan toplantı nisabı, sadece toplantının açılışında değil, tüm toplantı boyunca aranmaktadır¹³⁶. Ancak toplantı için gerekli olan nisap ile karar için gerekli olan nisap birbirine karıştırılmamalıdır. Zira toplantı için yüzde yüz katılım şartı aranırken, karar için TTK m. 418 ve 421 hükümlerine riayet edilecektir¹³⁷.

Ayrıca pay sahiplerinden birinin toplantıya katılmadığı halde yerine sahte imza atılarak, toplantıya katılmış gibi gösterilmesi veya toplantıya katılmayıp beni kurulda var sayınız demiş olması durumlarında da pek tabii TTK m. 416 hükmünden yararlanılmasına engel teşkil edecektir¹³⁸. Zira çağrısız genel kuruldan söz edebilmek için bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin toplantıda hazır bulunmaları gerekmektedir¹³⁹. TTK m. 416 maddesinde geçen “*itiraz*” da herhangi bir şekle bağlı değildir¹⁴⁰. Yazılı veya sözlü olabileceği gibi toplantının terk edilmesi örneğinde olduğu gibi zımnen de yapılabilir¹⁴¹. Hemen belirtmekte gerekirse, söz konusu itirazın toplantı gündemine ilişkin olması, genel kurulun karar alma yeteneğine zeval vermez¹⁴². Çünkü itiraz karar yeter sayısıyla ilgili olup, toplantı yapılmasına ilişkin değildir¹⁴³. Başka bir ifadeyle bu şekildeki bir itiraz genel kurulu veto etmez¹⁴⁴.

¹³³ Şener, s. 480.; Pulaşlı, s. 370.; Bkz. TTK m.416 gerekçe.

¹³⁴ Pulaşlı, s. 370.; Moroğlu, s. 118.

¹³⁵ Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 52.; Bahtiyar, s. 167.; Bkz. TTK m.416 gerekçe.; Moroğlu, s. 118.

¹³⁶ Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 52.; Bahtiyar, s. 167.; Bkz. TTK m.416 gerekçe.

¹³⁷ Pulaşlı, s. 370.; Bkz. TTK m.416 gerekçe.

¹³⁸ Şener, s. 480.; Moroğlu, s. 118.

¹³⁹ Şener, s. 480.; Bahtiyar/Hamamcioğlu, s. 51.

¹⁴⁰ Şener, s. 480.

¹⁴¹ Şener, s. 480.

¹⁴² Pulaşlı, s. 370.

¹⁴³ Pulaşlı, s. 370.

¹⁴⁴ Şener, s. 480.

4.2. Tek Kişilik Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Çağrısının Şekli

Tüm payların tek bir kişide olduğu anonim şirketlerde kural olarak TTK m. 416'da düzenlenen çağrısız genel kurulda olduğu gibi genel kurulun çağrılı yapılması gerekmemektedir¹⁴⁵. Ancak bazı paylar üzerinde intifa hakkı tanınmış ya da rehin hakkı kurulmuş ise, genel kurula tek pay sahibinin dışında intifa hakkı sahibi veya rehin hakkı sahibi de katılacağı için çağrı yapılması gerekecektir¹⁴⁶. Ancak paylar rehin verilip, rehin alacaklısına genel kurulda oy hakkı tanınmamışsa ya da bir paya intifa hakkı tanınmış olmasına rağmen paydan kaynaklanan oy hakkının pay sahibi tarafından kullanılacağı kararlaştırılmışsa yine genel kurulu çağrıya gerek yoktur¹⁴⁷.

4.3. Çağrı Şekline Uyulmamasının Yaptırımı

TTK m. 340 uyarınca anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak kanun buna açıkça izin verilirse sapılabilir. Genel kurulu çağrıyı düzenleyen hükümler nitelikleri gereği emredicidir. Bu sebeple kanun izin verdiği ölçüde bu hükümler dışına çıkılabilir. Genel kurulu çağrıya ilişkin usullere uyulmaksızın TTK m. 416 gereğince genel kurulun toplanabileceğini ve karar alabileceğini yukarıda inceledik. Şimdi burada çağrı şekline uyulmadan yapılan ve TTK m. 416 gereği çağrısız genel kurul hükümlerini de sağlamayan genel kurulun ve kararlarının akıbetini inceleyeceğiz.

TTK m. 446/b uyarınca toplantı çağrısının usulüne uygun yapılmaması, genel kurul kararının iptali sebebidir¹⁴⁸. Başka bir ifadeyle TTK m. 414'te düzenlenen çağrı merasimine aykırılığın yaptırımını iptal edilebilirliktir¹⁴⁹. Çağrının usulüne uygun yapılmadığını ileri süren pay sahipleri, bu aykırılığın genel kurul kararının alınmasını etkili olduğunu ispat ederek, karar tarihinden itibaren üç ay içinde karar aleyhine şirket genel merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler(TTK m. 445 ve 446).

¹⁴⁵ Pulaşlı, Şerh, s. 754.; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 53.

¹⁴⁶ Pulaşlı, Şerh, s. 754.; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 53.

¹⁴⁷ Pulaşlı, Şerh, s. 754.; Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s. 53.

¹⁴⁸ Yayla, s. 96.

¹⁴⁹ Moroğlu, s. 112.; Şener, s. 538.

Çağrı usulüne aykırılık, çağrının yok sayılmasına yol açacak düzeyde ağır ise ya da kanunların çağrıya ilişkin mutlak emredici hükümlerine aykırılık teşkil ediyorsa; bu durumda alınan genel kurul kararı yoklukla sakattır.¹⁵⁰ Örneğin hiç çağrı yapılmadan bir toplantı yapılırsa, çağrı yapılmadığı halde yapılmış gibi gösterilip karar alınır, çağrı yetkisiz bir organ veya kişiler tarafından yapılırsa, hangi ortaklıkla ilgili olduğu, yeri ve zamanı açıkça belirtilmeyen bir çağrı üzerine toplanana genel kurullarda alınan kararlar, bakanlık temsilcisinin bulunmasının zorunlu olup da bulunmadığı toplantılarda alınan kararlar, toplantı veya karar yetersayısına uyulmaksızın alınan kararlar da yoklukla maluldür.¹⁵¹ Yokluk, hukuki yararı bulunan herkes tarafından herhangi bir süreye tabi olmaksızın ileri sürülebilir.¹⁵²

SONUÇ

Anonim şirketler, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından yalnız malvarlıklarıyla sorumlu bulunan şirket türüdür. Aynı zamanda anonim şirketler tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirkettir. Dolayısıyla eylem ve işlemlerini başka bir deyimle, iradesini organları vasıtasıyla açıklamaktadır. İşte şirket iradesi anonim şirketlerde genel

¹⁵⁰ **Moroğlu**, s. 111 ve 286.; **Bahtiyar**, s. 198.; “Bir genel kurul kararının yokluğuna, münferit genel kurul kararlarının yokluğuna veya butlanına neden olan haller sınırlıdır ve yorum yoluyla genişletilmeye uygun değildir. Çağrıda usulsüzlük bu haller arasında sayılamaz... Anonim şirketlerde genel kurul varlığı zorunlu bir organdır. Bu zorunlu organın yokluğu pamuk ipliğine bağlanamaz. Dolayısıyla bir genel kurulun yokluğu ancak çok istisnai hallerde kabul edilebilir. Münferit pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması endişesi, mevcut bir genel kurulun ve buna bağlı olarak da o genel kurulda alınan kararların yokluğunun ileri sürülmesini haklı göstermez. Dolayısıyla bir genel kurulun yokluğu ancak genel kurulu genel kurul yapan gerçek toplantı yetersayısının sağlanamaması veya komiserin toplantıda hazır bulunmaması hallerinde söz konusu olur. Mevcut bir genel kurulda alınan kararlar ancak bu kararların herhangi bir duyurulmamış gündeme dayanarak alınması, komiser tarafından imzalanmış bir toplantı zaptı bulunmaması veya gerçek karar yetersayısının sağlanamaması durumunda yoklukla maluldür. ”., **Ayşe Odman Boztosun**, Anonim Şirkette Genel Kurulun Çağrı Şekline Uyulmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.1, İstanbul 2007, 365- 408. s. 407.

¹⁵¹ **İsmail Kırca/Feyzan Hayal Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, C.2, Ankara 2016, s. 9 ve 10. **Bahtiyar**, s. 198.; **Moroğlu**, s. 11 ve 112.; **Çamoğlu(Poroy/Tekinalp)**, s. 527.

¹⁵² **Moroğlu**, s. 286.

kurulda oluşmaktadır. Genel kurul, ortakların pay sahipliğinden kaynaklanan haklarını kullanarak şirket yönetimine etki ettikleri organdır. Bu organ sürekli faaliyet gösteren bir organ değildir. Genel kurul olağan olarak yılda en az bir defa, ihtiyaç hasıl olduğunda ise olağanüstü olarak her zaman toplanabilme özelliğine sahiptir.

Genel kurul, pay sahiplerinin fiziken bir araya gelerek toplanabileceği gibi, fiziken yapılan toplantıya elektronik ortamda katılma suretiyle de gerçekleşebilmektedir. Genel kurula fiziken katılma ile elektronik ortamda katılma arasında herhangi bir fark olmayıp, elektronik ortamda katılma fiziki ortamda katılmanın bütün hukuki sonuçlarını doğurmaktadır. Genel kurulu toplantıya çağırmaya esas itibariyle etkili organ yönetim kuruludur. Ancak TTK' da yönetim kurulunun yanında; belirli şartların vukuu bulmasıyla her bir pay sahibi, azınlık, görevleriyle ilgili konularda tasfiye memurları da yetkili kılınmışlardır. Her ne kadar TTK' da sayılmasa da yönetim görevini üstlenen iflas idaresinin ve kayımlar da şüphesiz genel kurulu toplantıya çağırabilirler.

Genel kurul toplantısı ve bu toplantıda alınan kararların sıhhati için TTK m. 410 ve devamında düzenlenen genel kurulu çağrı prosedürlerine uyulması gerekmektedir. Ancak TTK m. 416'daki şartların varlığında, genel kurulun çağrı prosedürlerine uymadan toplanması da mümkündür.

KAYNAKÇA

ALTAŞ, Soner; Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi, 4. Baskı, Ankara 2017.

ANSAY, Tuğrul; Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982, 170.

ARSLANLI, Halil; Anonim Şirketler II- III, İstanbul 1960.

BAHTİYAR, Mehmet/HAMAMCIOĞLU, Esra; Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014.

BAHTİYAR, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2017

BİLGE, Mehmet Emin; Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Temsilci Aracılığıyla Oy Vermede İnternetin Kullanımı, Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S. 1-2, Haziran 2003, 341- 376.

BİLGE, Mehmet Emin; Pay Sahiplerinin Anonim Ortaklık Genel Kurullarına İnternet Aracılığıyla Katılımı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVII, Haziran 2000, 219- 236.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; Şirketler Hukuku, Bursa 2012.

BOZTOSUN ODMAN, Ayşe; Anonim Şirkette Genel Kurul Toplantılarına Çağrıda Usulsüzlük, Terazi Hukuk Dergisi, C.2, S. 7, Mart 2007, 43-52.

BOZTOSUN ODMAN, Ayşe, Anonim Şirkette Genel Kurulun Çağrı Şekline Uyulmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul 2007, 365- 408.

CAN, Mustafa Erdem; Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri, Ed. Erol Ulusoy, Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara 2014.

DOMANİÇ, Hayri; Anonim Şirketler, İstanbul 1978.

HUYSAL, Ayşegül Sezgin; Genel Kurul, Ed. Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Konya 2013, 520- 564.

İMREGÜN, Oğuz; Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1974.

KARAEĞE, Özge, Anonim Şirketlerde Tek Pay Sahibinin Genel Kurulu Toplantıya Çağrı Yetkisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 4, 71- 127.

KARAUZ, Agah Kürşat; Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Aralık 2013, 77-100.

KAYA, Mustafa İsmail; Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Toplantılarının İnternet Aracılığıyla Yapılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, Ankara 2003, 211- 228.

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar; Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar; Anonim Şirketler Hukuku, C. 2, Ankara 2016.

MOROĞLU, Erdoğan; Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul 2017.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.

PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016.

PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, 2. Baskı, Ankara 2014. (Şerh)

SAKA, Zafer; Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul 2004, s. 64.

ŞENER, Oruç Hami; Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.

TEKİNALP, Ünal; Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015.

ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın; Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.1, Ankara 2013.

ÜLKÜ, Murat Fatih; Anonim Ortaklıklarda Genel Kurulun Toplantıya Çağrılması, Ed. Abuzer Kendigelen, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2001, 575- 598.

ÜNLÜ, Ufuk; Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantılarına Hakim Olan Kurallar ve İzlenmesi Gereken Yol Haritası, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S. 101, Ocak 2015, 155-161.

YAYLA, Ümit; Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Anonim Ortaklık Genel Kurulları- Elektronik Genel Kurullar, İstanbul 2013.

YILMAZ SERDER, Selen; Anonim Şirkette Pay Sahibi ve Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Hakkı, Ed. Erol Ulusoy, Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Baskı, Ankara 2016, 369- 405.



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1892 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

ISSN 2146 - 6203

