

İsviçre Sermaye Ortaklıkları ve Kooperatifler Hukukunun Geleceği Üzerine*

Peter Forstmoser** / Çev: Cumhur Boyacıoğlu***

I. Genel Görünüm

a. Bu makalede, sadece OR'de düzenlenmiş olan *sermaye ortaklıkları ve kooperatiflerin İsviçre'deki hukuki gelişimi* üzerinde duracağım¹. Dolayısıyla anonim ve limited ortaklıklar ile kooperatifler hukukunda önümüzdeki yıllarda ortaya çıkması olası gelişime değinmek (ve bunu yorumlamak) istiyorum. (Hisseli komandit ortaklığı, sınırlı öneminin yanı sıra², belirtilmesi gereken kayda değer bir şey bulunmadığı için bir kenara bırakıyorum.)

Bu üç tipin aynı anda incelenmesi iki nedenden kaynaklanmaktadır:

- İlk olarak bu üç hukuki tipten biri ile ilgili olarak uygulamada hatta kanuni esaslarda meydana gelen değişiklikler, diğerlerini doğrudan veya en azından dolaylı olarak etkilemektedir. Bu hususta son on yılda iyice belirginleşen bir örnek, *anonim ve limited ortaklıklar arasındaki karşılıklı bağımlılıktır*:

Bir tüp bebek olarak 1936'da ithal edilen limited ortaklık, 90'lı yılların başına

* Bu makalenin temeli Mayıs 2000 tarihinde verilen ve 2001 yılında gözden geçirilerek yayınlanan bir konferansa dayanmaktadır (*Zur Zukunft des schweizerischen Körperschaftsrechts in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht [Hrsg. Peter Gauch/Jörg Schmid], s. 453-472, Zürich 2001*). Türkçe metin için makaleye Prof. Dr. Forstmoser tarafından dipnotlar eklenmiş ve 2002 yılı Mayıs ayına kadar gerçekleşen gelişmeler işlenmiştir.

** Prof. Dr. iur., Zürih Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

*** Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu nedenle Medeni Kanunda düzenlenmiş bulunan ve hakkında - görülebildiği kadarıyla - bir reform projesi bulunmayan dernek üzerinde durulmayacaktır. Aynı şekilde Medeni Kanunda düzenlenen tüzel kişilerden vakıf da incelemenin kapsamı dışındadır. Şu an için İsviçre'de, varlıklı yurttaşların kamuya yararlı faaliyetlerini teşvik etmek amacıyla, vakıfların hukukten daha çekici hale getirilmesine yönelik bir girişim mevcuttur. Ancak bunun ne şekilde gerçekleştirileceği tartışmalıdır.

² İsviçre'deki komandit ortaklıkların sayısı 10'un altındadır.

kadar İsviçre'de tutunamadı. 1991 yılı sonunda İsviçre'de sadece 2.800 limited ortaklığa karşılık, büyük bir çoğunluğunun kanun koyucunun tasarımına göre limited ortaklık şekline bürünmüş olması gereken, 165.000 anonim ortaklık mevcuttu. (Limited ortaklıkların çoğunluğu, İsviçre'li danışmanlarının kendi ülkelelerinden [kural olarak Almanya] tanıdıkları yasal tipten vazgeçemedikleri yabancılar tarafından kurulmuş olsa gerektir.)

Aradan geçen zaman içinde manzara esaslı surette değişti: Anonim ortaklıkların sayısı son yıllarda sürekli olarak 170.000'in biraz üzerinde seyretti –yeni kurulanlarla tasfiye edilenler birbirini dengeledi³. Buna karşılık limited ortaklık esaslı bir çıkışa geçti: 2001 yılı sonunda 53.863 limited ortaklık mevcuttu ki, bu sayı 1991'dekinin neredeyse 20 katıdır. Bu şaşırtıcı değişimin nedenini kesinlikle -1936'dan beri değişmeyen- limited ortaklıklar hukukunda değil, 1992 ortasında yürürlüğe giren ve anonim ortaklıkların kuruluşuna ilişkin koşulları ağırlaştırarak, özellikle kuruluş sermayesini 50.000 CHF'den 100.000 CHF'ye yükseltmenin yanı sıra mevsuf kuruluş ve kapanış denetimi konularında gerekli kuralları artıran, anonim ortaklıklar hukukunda aramak gerekir. Bu, asgari esas sermayesi sadece 20.000 CHF olan, ayın nevinden sermaye ile kuruluşu daha kolay gerçekleştirilebilen (hileli kuruluşlar dahil!) ve bir denetim kurulunun bulunması zorunluluğu olmayan, daha mütevazî görünümdeki limited ortaklığa yönelmesi sonucunu doğurmuştur.

Dolayısıyla anonim ortaklıklar hukuku reformu -kimsenin öngörmediği bir şekilde- limited ortaklığı özendirici bir rol oynamıştır.

- Yalnızca anonim ortaklığın değil, OR'de yer alan tüzel kişiliğe sahip bütün ortaklık ve teşekküllerin göz önüne alınmasının gerekliliğini, son yıllarda gittikçe artan bir şekilde yerleşen ve bir çok menfaat açısından, seçilen yasal tipe dayanılarak değil, daha ziyade *ortaklık tarafından yürütülen faaliyetin iktisadi önemine bakılarak bir farklılaşma yaratmanın* yerinde olacağı şeklindeki kanaat de, haklı kılmaktadır.

Şüphesiz her ortaklık tipi açısından kanunda göz önüne alınması gereken bazı özellikler olabilir. Ancak alacaklıların veya önemli (piyasa) katılımcılarının çöküşüne karşı ekonominin korunmasının gerektiği hallerde, seçilen yasal tip değil, yürütülen iktisadi faaliyetin kapsam ve karmaşıklığı belirleyicidir. Yeni tarihli kanun tasarıları –özellikle de Hesaplar ve Denetim Kanunu Ön Tasarısı- bunları göz önünde bulundurmaktadır. Bu konuya tekrar döneceğim.

³ 2001 yılı sonu itibarıyla 173.127 anonim ortaklık mevcuttur ki, bu sayı diğer tüm ortaklık tiplerinin toplamının iki katı kadardır.

b. Öncelikle belirtmek gerekir ki, *ortaklıklar hukukuna ilişkin reform planları*, şu anda ön tasarı veya Federal Konsey tasarısı aşamasında bulunan, üç kanun projesinde ifadelerini bulmuştur:

- 29 Haziran 1998 tarihli Hesaplar Hakkındaki Düzenlemelerin Değiştirilmesine İlişkin Ön Tasarı (bu konuda bkz. aşağıya V.a.),

- 19 Aralık 2001⁴ tarihli Limited Ortaklıklar Hukukunun Reformu Hakkındaki Federal Konsey Tasarısı (bu konuda bkz. aşağıya III),

- 13 Haziran 2000 tarihli Birleşme, Bölünme, Nev'i Değiştirme ve Malvarlığı Devirleri Hakkında Federal Kanuna İlişkin Federal Konsey Tasarısı (bu konuda bkz. aşağıya V).

Öncelikle bu önerilerin hayata geçirilmesinin münferit ortaklık ve teşekküller üzerindeki etkilerine (II-IV) –yalnızca limited ortaklıklarla ilgili olarak çalışmalarını tamamlanmış bir proje mevcut olduğundan ağırlıklı olarak bu tip üzerinde durmak suretiyle- değineceğim. Bunun ardından yasal tipten bağımsız reform önerilerinden ve -nihai olarak da- şahıs ortaklıkları ile gerçek kişi işletmeleri hakkındaki özel önerilerin eksikliğinden bahsedeceğim (V). Sonuç kısmında da, İsviçre ortaklıklar hukuku reformlarının yönelmesi gerektiğini düşündüğüm hedeflere kısaca işaret etmek istiyorum (VI).

II. Anonim Ortaklık

1968/1991 anonim ortaklıklar hukuku reformu konusunda yalnızca krş. Anonim Ortaklıklar Hukukunun Tadili Hakkındaki 23 Şubat 1983 tarihli Federal Konsey Gerekçesi (BBl 1983 II 745 vd.), OLIVIER SCHALLER/DENIS WEBER: Travaux préparatoires du droit des sociétés anonymes (CEDIDAC, Lausanne 1993) tarafından derlenen metinler ve BRIGITTE TANNER AJP 1992 821 vd.'ndeki kapsamlı bibliyografya. Şu andaki reform tartışmaları hakkında krş. ALAIN HIRSCH/PETER NOBEL: Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 69 (1997) 126 vd., CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ: Die GmbH und die private AG, in: Meier-Schatz (III'ün altında verilen literatürde anılan eser) 111 vd. ve -pay senetlerinin asgari itibari değerinin düşürülmesi sorunu hakkında-

⁴ Krş. 19 Aralık 2001 tarihli Borçlar Kanununun Değiştirilmesine İlişkin Gerekçe (limited ortaklıklar hukukunda yapılacak değişiklikler ile anonim ortaklıklar, kooperatifler, ticaret sicili ve ticaret unvanına ilişkin uyumlaştırmalar) BBl 2002 I 3148 vd.. Federal Konsey kanun tasarılarının eki, anonim ortaklıklar ve kooperatifler hukuku ile ticaret sicili ve ticaret unvanına ilişkin değişiklik önerilerini de içermektedir.

SWX Swiss Exchange'in 5 Haziran 2000 tarihli Rappen (Üzerinden) Pay Senedi ve Parça Pay Senedine Geçilmesi konusundaki durum değerlendirmesi (piyasada mevcut değildir) ile *SCHIFFMANN MEISSER/KETTERER/BRAUCHLI ROHRER ST 2000 1135 vd.* ve *BÜCHI/STEINER SZW (72) 2000 177 vd.* tarafından yazılan makaleler. İtibari değeri olmayan paylara geçilmesi hakkında krş. *WALTER A. STOFFEL: Abschaffung des Nennkapitals im schweizerischen Aktienrecht? SJZ 97 (2001) 553 vd.*

a. Anonim ortaklıklarla ilgili değişiklik gerçekleştirildi. 1991 yılı sonunda anonim ortaklıklarla ilgili reform çalışmaları 23 yıllık bir uğraşmayı takiben sonuçlandırıldığında, alınan derin nefesi hepimiz hatırlıyoruz. Aynı şekilde o dönemde görev yapan Ulusal Konsey üyesi Uchtenhagen'in anonim ortaklıklar reformunun herkese bıkkınlık verdiğini söyleyerek iç geçişini de hatırlıyoruz (Sten. Bull. NR 1991 852). Bu nedenle İsviçre'de anonim ortaklıklar hukukunun yeniden gözden geçirilmesi -daha fazla yakınlaşma gereğiyle AB tarafından dışarıdan dikte edilmediği takdirde- önümüzdeki yıllarda tartışma konusu yapılmayacaktır - meğer ki itibari değeri olmayan pay senedi uygulamasına geçilmesi ciddi biçimde hızlansın (bu konuda bkz. aşağıya).

b. Anonim ortaklıklar hukukunda yapılan değişikliğin -reform çalışmalarındaki kesintiler ve on yıllarca süren bir faaliyetin doğal sonucu olarak, önemli eksiklikleri mevcuttur: 1968'de -reformun başlangıcı- tartışmaların merkezinde yer alan, gizli yedek akçeler gibi konular, 90'lı yılların başında önemini yitirmişti. Hukuki ve siyasi tartışmaların merkezine, ilk yıllarda gündemde olmayan ya da tamamen farklı bir gözle değerlendirilen bağlam gibi konular oturmuştu.

Ancak uygulama, eksiklikleri olan bu düzenleme ile şaşırtıcı biçimde iyi idare etti ve kanun yürürlüğe girdiği tarihte cevap bekleyen bazı sorular aradan geçen zaman içerisinde çözümlendi - bu arada giriştikleri yoğun hukuki mücadele sonucunda temel sorunlarla ilgili bir dizi yüksek yargı kararı verilmesine yol açan Schweizerische Bankgesellschaft ve BZ-Grubu'nun katkılarına da değinmek gerekir.

c. Bu nedenle şu anda hiç kimse esaslı bir anonim ortaklıklar hukuku reformuna taraftar olmasa da, bu yaklaşım bazı noktalarda iyileştirmeler ve düzeltmeler yapılmasına engel değildir. Bunlar kısmen piyasa şartlarının bir gereği olarak ortaya çıkmakta, kısmen de mevcut diğer kanun projelerinden kaynaklanmaktadır:

- İlk teklif, hemen herkes tarafından aşılmış olarak değerlendirilen, bir vatan koruyucu hüküm (Heimatschutzbestimmung) ile ilgilidir: OR 708'e göre bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun İsviçre'de ikamet eden ve İsviçre vatandaşlığını taşıyan kimselerden oluşması zorunludur. Niha-

yetinde sadece saman adamların yaratılmasına yol açan bu hüküm yürürlükten kaldırılmalıdır. Buna ilişkin olarak verilen bir değişiklik teklifi limited ortaklıklar hukuku reformu ile ilgili tasarıda yer almaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için aşağıya III). Tasarıda, bundan sonra anonim ortaklıklar için (de), İsviçre'de ikamet eden bir kişinin ortaklığı temsile yetkili kılınabileceğinin öngörülmesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir⁵.

- Limited ortaklıklar hukukunun reformu ile ilgili tasarıda⁶, anonim ortaklığın kuruluş koşullarına ilişkin bir değişiklik de öngörülmüştür: Gelecekte, ortaklığın kurulması için tek bir gerçek ya da tüzel kişi veya bir kolektif yahut komandit ortaklık yeterli sayılacaktır (Tasarı OR 625). Böylece İsviçre hukuku AB standardına uyum sağlayacak ve -daha da önemlisi- üç pay sahibi gerektiren, ancak bunlardan ikisinin inançlı olarak yer aldığı, kuruluşa ilişkin hükmün dolaşmasından sakınılabilecektir.

29 Kasım 1996 tarihli limited ortaklıklar reformu ön tasarısında mevcut olan bu yenilik, tartışma aşamasında görüş bildirenlerin tamamına yakını tarafından desteklenmiştir. Buna karşılık ön tasarıda öngörülen sonuçlara ilişkin iki hüküm genellikle kabul görmemektedir: Tek şahıs ortaklıklarının ticaret siciline tescili sırasında bu duruma özellikle işaret edilmesi ve tek pay sahibini, adı veya ticaret unvanı ve ikametgahı veya merkezini göstererek açıklama yükümlülüğü (Ön tasarı OR 641 b.6) ve tek pay sahibi ile ortaklığı arasındaki sözleşmelerin, piyasa şartlarına uygun olarak yürütülen cari işlemler dışında, yazılı olarak yapılmasını veya tutanak altına alınmasını düzenleyen hüküm (Ön tasarı OR 717 III). Gerçekten de bu kısıtlamalarla ilgili olarak hiçbir pratik ihtiyaç mevcut görünmemektedir. Bunun nedenini 21.12.1989 tarihli Tek Şahıs Ortaklıkları hakkındaki 12. AB Yönergesine uyumu teminat altına alma çabasında aramak gerekir⁷.

- Alman hukukuna paralel bir yaklaşımla limited ortaklıklar hukuku reformu ile ilgili 1996 tarihli ön tasarıda *öz kaynak yerine geçen ödünç* (eigenkapitalersatzende Darlehen) konusunda da bir düzenleme yapılması teklif edilmişti (Ön tasarı OR 697 i): Pay sahipleri veya onlara yakın olan kişilerin ortaklığa -iktisadi anlamda- öz kaynak niteliğinde ödünç vermeleri halinde, bu ödünçün, iade

⁵ OR 708, yerine herhangi bir düzenleme getirilmeksizin yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu nedenle, anonim ortaklığın temsilini düzenleyen OR 718 III yeniden düzenlenerek ve ortaklığı temsile yetkili kimselerden birinin İsviçre'de ikamet etmesi şartı aranmaktadır. Bu kimse bir yönetim kurulu üyesi veya bir müdür olabilir.

⁶ Krş. dn.4.

⁷ Federal Konsey tasarısı (krş. dn.4), tek kişi ortaklığının (tek) pay sahibinin ticaret sicilinde gösterilmesine ilişkin yükümlülüğe yer vermemiştir. Tek pay sahibi ile ortaklık arasındaki sözleşmelerle ilgili olarak da özel bir kurala yer verilmemiştir. Buna karşılık, genel olarak anonim ortaklığın temsilcisi sıfatını taşıyan kimseyle bir sözleşme yapması halinde, bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması şartı aranmaktadır. Ancak burada da ortaklığın ediminin değerinin 1.000 CHF'yi geçmediği cari işlemler açısından bir istisna getirilmiştir.

edilmesi talep edilebilecek geri ödemeler ölçüsünde risk sermayesi olarak değerlendirilerek, geri ödemenin ortaklığın iflasının açılmasına kadar olan bir yıllık zaman dilimi içinde gerçekleşmiş olması durumunda, iadesinin istenebileceği öngörülmektedir. (Yürürlükteki hukuk açısından herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, bu durum tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, güven sorumluluğu, anonim ortaklıklar hukukundan doğan sorumluluk ve genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi başlıklar altında ele alınmaktadır. Bu konuda en son tarihli olarak krş. HOLD'un III'ün literatürü altında gösterilen çalışması).

Bu yenilik karşısında tartışma aşamasında ileri sürülen görüşler bölünmüştü: Vergi hukuku hükümleri ile olan uyum takdirle karşılanmaktaydı. Bununla birlikte, münferiden de olsa, mali durumun düzeltilmesinin güçleşeceğinden duyulan endişe dile getirilmekteydi. Sermaye kaybı bilançosu (Unterbilanz) kavramının alışılmışın dışındaki kullanımı eleştirilmekte ve bu kavramın kanun metninden herhangi bir yeni düzenleme getirilmeksizin çıkarılması şeklinde mantıklı bir teklif getirilmekteydi. Son olarak da sistematik açıdan öz sermaye yerine geçen ödünçün SchKG 219 hükmü içerisine alınmasının daha yerinde olabileceğine işaret ediliyordu. Tartışma aşamasında öne sürülen bu eleştiriler sonucunda, Federal Konsey tasarısında bu yeniliğe yer verilmemiştir⁸.

- Borsaya kote edilmiş ortaklıklardan, payların *itibari değerinin* bir İsviçre Frangı'na veya daha aşağıya *düşürülmesi* veya *itibari değerden tamamen vazgeçilmesi* talebi gelmiştir. Bunun nedeni uluslar arası bir kıyaslama yapıldığında, İsviçre ortaklıklarına ait kote edilmiş pay senetlerinin genellikle çok değerli olmaları, bunun da menkul kıymet alım-satımını güçleştirerek borsa tarafından değerlendirilmelerinde dezavantajlara yol açmasıdır. (SWX'in durum raporunda [krş. yuk. II'nin altında verilen literatür] belirtildiği gibi SWX'e kote edilmiş bir menkul kıymetin değeri, aynı borsada yer alan bir kuzey Amerika menkul kıymetinden ortalama 16 kat ve Dow Jones Sanayi Ortalamasında kayıtlı bir menkul kıymetten ortalama 13 kat daha pahalı idi).

Esasen bir pay senedi için asgari bir itibari değer tespitinin mantıklı bir nedeni olmamasına rağmen, kanun koyucu bunu öngörememiş ve 1983 tarihli Federal Konsey Gerekçesinde (Gerekçe [II'nin altında verilen kaynakça] 783), hiç kimsenin bir İsviçre Frangı ile bir anonim ortaklığa katılmakta menfaati olamayacağını belirtmiştir. Tabiatıyla sorunun gerekçede ifade edilen hususla bir ilgisi yoktur ve amaç bir pay senedinin itibari değerinin borsa endeksine uyarlanmasıdır.

Sonuçta Federal Konsey bu teklifi dikkate aldı: Birleşmelerle ilgili kanun ön tasarısına OR 622 IV'ün değiştirilmesi teklifi de eklendi ve itibari değer bir

⁸ Ayrıntılı bilgi için krş. Federal Konsey Gerekçesi (dn.4) 3158.

Rappen'a indirilmesi önerildi. Ve Parlamento bu öneriyi rekor bir sürede sonuca bağladı: İtibari değerle ilgili sorun, birleşmelerle ilgili kanundan ayrılarak, öncelikle ve bağımsız olarak görüşüldü. Herhangi bir muhalefetle de karşılaşılacağından, 2000 yılı sonbaharında Parlamento itibari değeri bir *Rappen*'a indiren değişikliği onayladı. Mayıs 2001'de yeni düzene geçildi ve bu fırsattan istifade eden halka açık ortaklıkların bir çoğu olağan genel kurul toplantılarında payların bölünmesine ilişkin karar aldı.

Bir *Rappen*'lık asgari değer biraz tuhaf görünebilir. Ancak bu değer makuldür. Çünkü itibari değer bir CHF olduğu durumda bile -borsanın gelecekteki seyri göz önüne alınmasa dahi, risk içermeyen birçok büyük İsviçre ortaklığının pay senetleri (blue chips) gerekenden (çok daha) fazla değerliydi. (Gerçekten de 2001 yılında gerçekleşen bölünmeden önce, birçok halka açık ortaklığın pay senedinin fiyatları -bu menkul kıymetler o zamanki asgari itibari değer olan 10 CHF üzerinden düzenlenmiş oldukları halde, 3.000 ve 6.000 CHF'nin üzerinde bulunuyordu.)

Daha tutarlı bir adım, kısa bir süre önce Almanya'da gerçekleştirildiği gibi, itibari değeri olmayan pay senetlerinin çıkarılması olurdu. Ancak bu, esaslı surette itibari değer prensibine dayanan İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda kapsamlı bir reform yapılmadan mümkün görünmemektedir. Pragmatist -ancak geçici- nitelikli olan ve bu nedenle problemsiz uygulamaya konulabilen itibari değer düşürülmesi, yerinde bir çözümdür. Uzun vadede ise -Amerikan örneğini ve Avrupa'daki eğilimi izleyerek- itibari değeri olmayan pay çıkarılabilmesi mantıklı olacaktır. Bu konudaki hazırlıklara başlandı: Federal Konsey 2001 yılı sonunda, 2002 yazı için gerçek *olmayan itibari değersiz payı* (unechte nennwertlose Aktie) düzenleyecek bir kanun tasarısını görüşmeye açmayı gündemine almıştır.

- Diğer bir reform teklifi de *organların* ve özellikle *denetim kurulunun sorumluluğu* ile ilgilidir. Federal Mahkemenin anlaşılması zor ve gelecekte nereye varacağı kestirilemeyen uygulaması, anonim ortaklıklarda sorumluluk ile ilgili olarak öteden beri mevcut olan adaletsizlik ve belirsizlikleri daha da artırmıştır.

İsviçre Yeddieminler Odası'nın, en azından denetim kurulunun sorumluluğu açısından daha makul bir sistem getirebilecek teklifi üzerinde durulmuştur. Sistematik olarak konu şu anda hazırlık aşamasında bulunan Hesaplar ve Denetim Hakkındaki Kanuna (krş. V.a.) ithal edilebilir ve bu kanunla birlikte ele alınarak yürürlüğe konulabilir. Böylece hareket halindeki bir trene atlanması gibi bir durum söz konusu olacaktır ki, İsviçre'de kanun yapma çalışmalarının yavaşlığı dikkate alındığında bu arzulanan bir yoldur. Federal Konseyin veya kanun

koyma sürecinin daha ilerdeki bir aşamasında Parlamentonun, bu fikirden yararlanıp yararlanmayacağı belli değildir⁹.

- Bunun dışında değiştirilmiş anonim ortaklıklar hukukunun ince ayarı (Feinschliff) şeklinde anlaşılması gereken bazı reform önerileri de mevcuttur. Bunlar, yönetim kurulu üyeliğinden ayrılan ortağın ayrılma keyfiyetini gecikmesiz (ve şu anda mevcut 30 günlük bekleme süresinin dolmasından önce)¹⁰ kendisinin bildirmesine olanak tanıyan hüküm (Ön tasarı OR 711 II) veya özel denetim halinde masrafların üstlenilmesini öngören düzenleme (Ön tasarı OR 697g) gibi ayrıntılardır¹¹. Her iki öneri de limited ortaklıklar reformu çerçevesinde sunulmuştur. Bunlardan ayrılma keyfiyetinin bekleme süresinin dolmasından önce bizzat bildirilmesine olanak tanıyan hüküm çoğunlukla desteklenmiştir. Buna karşılık özel denetim halinde masrafların üstlenilmesini öngören düzenlemeye ilişkin olarak, tartışma aşamasında herhangi bir yorum getirilmemiştir.

- Nihayet esaslı bir diğer öneri de, OR'in anonim ortaklıklarla ilgili 26. kısmının küçük yahut kapalı veya özel anonim ortaklıkla, yani kişisel yönü ağır basan anonim ortaklıkların göz önüne alındığı bir bölüm eklenmesi suretiyle, tamamlanmasını öngörmektedir. Bu özel anonim ortaklığın limited ortaklık yerine -bu yönde HIRSCH/NOBEL (II.'nin altında verilen literatür)- veya bunun yanında -bu yönde MEIER-SCHATZ (II.'nin altında verilen literatür)- yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu konuya aşağıda, limited ortaklıklarla ilgili reform önerileri bağlamında, tekrar geleceğim (krş. III.g.aa).

III. Limited Ortaklık

Belgeler: PETER BÖCKLI/PETER FORSTMOSER/JEAN-MARC RAPP: Reform des GmbH-Rechts, Expertenentwurf vom 29. November 1996 (Zürich 1997), bu çalışma Fransızca olarak da: Révision du droit de la Sàrl. Projet et rapport explicatif du 29 novembre 1996 (Lausanne 1997 = Publications CEDIDAC 34) başlığı altında yayınlanmıştır; Expertenbericht und Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Vernehmlassungsunterlage (April 1999); Zusammenstellung der

⁹ Bu fikirden Mayıs 2002'ye kadar yararlanılmadığı görülmektedir. 19 Aralık 2001 tarihli gerekçede de (dn. 4) sorumluluğa ilişkin düzenlemenin gözden geçirilmesine ilişkin herhangi bir teklif yoktur.

¹⁰ 19 Aralık 2001 tarihli Federal Konsey Tasarısında (dn. 4) yeni bir 938 b maddesi ile bir tüzel kişinin organından ayrılan kimselerin, ticaret sicilinden isimlerinin terkinine ilişkin beyan gecikmesiz kendilerinin yapabileceği öngörülmektedir.

¹¹ 19 Aralık 2001 tarihli Federal Konsey Tasarısında (dn. 4) bu öneriye yer verilmemektedir.

Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Reform des Rechts der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Bern, 5. Juli 2000); Bundesrätliche Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 I 3148 vd.

Seçilmiş Literatür: FRÉDÉRIC ROCHAT/PHIDIAS FERRARI: Les projets de Sàrl révisée et de SA privée (Lausanne 1998 = Editions CEDIDAC 37, PETER BÖCKLI, PETER FORSTMOSER, PETER NOBEL, MORITZ OTTIKER, FRANCO DEL PERO, JEAN-MARC RAPP, KARL BEBSAMEN ve JACQUES-ANDRÉ REYMOND'un katkılarıyla); CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hrsg.): Die GmbH und ihre Reform - Perspektiven aus der Praxis (Zürich 2000, PETER FORSTMOSER, LUKAS HANDSCHIN, CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, JÜRIG M. SCHWARZ ve HERBERT WOHLMANN'ın katkılarıyla); MICHAEL HOLD: Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht (Diss. St. Gallen 2000 = St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 60); DOMINIK OBERHOLZER: Die Einmann-GmbH im europäischen, deutschen, englischen, und schweizerischen Recht (Diss. Fribourg 2000); JÜRIG SCHNEIDER: Le capital social initial de la société à responsabilité limitée (Diss. Neuchâtel 2000 = Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht 197); ROLAND RUEDIN: Prêt d'un associé remplaçant du capital propre dans la société à responsabilité limitée de lege ferenda, SJZ 96 (2000) 521 vd. Yukarıda II'nin literatüründe anılan HIRSCH/NOBEL ve MEIER-SCHATZ ile de krş.

a. 1936'dan bu yana değiştirilmemiş olan limited ortaklıklar hukukunda anonim ortaklıklar hukuku reformunu takiben bir reform yapılması düşüncesi, bu iki ortaklık tipinin yasal düzenlenişlerini tekrar dengelemek amacıyla gündeme gelmiştir.

Bu konunun gündeme gelmesinin bir diğer nedenini de, - giriste de belirttiğim gibi - limited ortaklığın son yıllarda olağanüstü artan öneminde aramak gerekir. Bugün limited ortaklık en yaygın ikinci yasal tip olarak, anonim ortaklığın açık farkla gerisinde olmakla birlikte sayıları 13.200'e varan üçüncü sıradaki kooperatiflerin açık farkla önündedir.

b. Ocak 1993'te Federal Adalet ve Emniyet Bakanlığı tarafından ortaklıklar hukuku alanındaki değişiklik ihtiyaçlarını belirlemekle görevlendirilmiş olan Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht, öncelikli olarak İsviçre ortaklıklar hukukunun AB yönergelerine ana hatlarıyla uyumlu hale getirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, ikinci sırada limited ortaklıklar hukukunda bir reform yapılması

konusunda da bir ihtiyaca değinmiştir. Federal Adalet Dairesi bu teklife dayanarak 1995 sonbaharında, limited ortaklıklar hukukunun tadili konusunda hazırlıklar yapmak üzere, Prof.Dr. Peter Böckli (Basel), Prof.Dr. Peter Forstmoser (Zürich) ve Prof.Dr. Jean-Marc Rapp (Lozan)'dan oluşan bir çalışma grubu oluşturmuştur. 1996 yılı sonunda çalışma grubu hazırlanan ilk tasarımı detaylı bir gerekçe ile sunmuş, bu çalışma aynı zamanda kitap olarak da yayınlanmıştır (krş. III'ün altında anılan belgeler). Çalışma grubu bunun ardından -genelde alınan olumlu tepkilere dayanarak- Nisan 1999'da tartışma aşamasına geçilen nihai bir ön tasarı hazırlamıştır. Ekim 1999 sonunda tamamlanan tartışma aşaması (bunların sonuçları hakkında krş. yuk. III'ün altında belgelerde anılan derleme) sonucunda, 2002 Nisan ayında, 19 Aralık 2001 tarihli Borçlar Kanununun Değiştirilmesi Hakkında Gerekçe (krş. dn.4) Parlamentoya takdim edilmiştir.

c. Ön tasarımın yanı sıra, Federal Konsey tasarısının temelinde de prensip itibarıyla üç ana hedef yatmaktadır:

- kazanç elde etmeyi amaçlayan bir iktisadi faaliyetin düzenlenmesi hususunda, olabildiğince *anonim ortaklıklar hukukuna yakınlaşma*,
- ancak aynı zamanda *limited ortaklığın* kişi ortaklıklarına ait öğeler taşıyan bir sermaye ortaklığı olarak *kendine özgü niteliğinin korunması*,
- ve üçüncü olarak *İsviçre'ye özgü niteliklerin azaltılması ve Avrupa'daki eğilimlerin daha fazla dikkate alınması*.

Bu hedeflerle ilgili olarak şunlar söylenebilir:

d. Esas sermayesi belirli, borçlarından dolayı, en azından kural olarak, sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olan bir tüzel kişilik olarak limited ortaklık, *anonim ortaklık ile yakın benzerlikler taşımaktadır*. Bu nedenle malvarlığının korunması, hesaplar ve ortakların sermaye koyma borçları ile ilgili olarak, İsviçre hukukunda her iki sermaye ortaklığı açısından da önemli ölçüde benzer düzenlemeler öngörülmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Bu niyet aşağıdaki reform önerilerine yansımaktadır:

- Anonim ortaklıklar hukuku reformu çerçevesinde asgari esas sermaye miktarı 50.000 CHF'den 100.000 CHF'ye yükseltilmiştir. Limited ortaklıklara ilişkin ön tasarı da *asgari esas sermayenin* aynı oranda, yani 20.000 CHF'den 40.000 CHF'ye yükseltilmesini öngörmekteydi. Ancak tartışma aşamasında getirilen eleştirilere paralel olarak Federal Konsey tasarısında bu artışa yer verilmemiştir. Buna karşılık tasarıda, başlangıçta ödenmesi gereken asgari sermaye miktarı iki

katına çıkarılması suretiyle, esas sermayenin kuruluş esnasında tam olarak ödenmesi öngörülmektedir¹².

- Gelecekte anonim ortaklık esas sermayesi açısından öngörüldüğü gibi limited ortaklık esas sermayesi için de *kanuni üst sınır kaldırılmalıdır*. (Yürürlükteki düzenlemeye göre limited ortaklığın esas sermayesi, gereksiz bir şekilde, en fazla 2 milyon CHF ile sınırlanmıştır.)

- *Esas sermaye paylarının asgari itibari değerinin* 1.000 CHF'den 100 CHF'ye düşürülmesi öngörülmektedir. (Bu rakamın daha da düşürülmesi mümkündür, ancak limited ortaklıklar açısından buna ihtiyaç olmasa gerekir. Şartlar -yukarıda işaret edildiği gibi- 10 CHF'lik asgari itibari değer 2001 yılına kadar arandığı ve çok yüksek bir meblağı ifade ettiği [halka açık] anonim ortaklıklardan farklıdır.) Bir ortak gelecekte birden fazla sermaye payını da elde tutabilecektir. Bu da, örneğin miras halinde olduğu gibi, ortaklık mevkiinin bölünmesini kolaylaştıracaktır.

- Limited ortaklığın *kuruluş süreci* her yönüyle anonim ortaklığa benzetilmek suretiyle özellikle mevzuat kuruluşa ilişkin hükümler ağırlaştırılmaktadır¹³.

- *Sermaye artırımına* ilişkin kurallar konusunda, önemli ölçüde anonim ortaklıklarda olağan sermaye artırımını ile ilgili düzenlemelere gönderme yapılmaktadır (Tasarı OR 781 III).

- *Bildirici (basit) sermaye azaltılması ve iflasın ertelenmesi* ile ilgili düzenlemelerle ilgili olarak önemli ölçüde anonim ortaklıklar hukukuna yollama yapılmaktadır (Tasarı OR 782 IV, 820 I).

- Benzer şekilde hesaplar, yedek akçelerin oluşturulması ve kullanılması ile yıl sonu hesaplarının ve mevcutsa konzerne hesaplarının açıklanması konusundaki hükümler de anonim ortaklıklar hukukuna yapılan göndermelerle düzenlenmektedir (Tasarı OR 801).

- Ön tasarıda tüm limited ortaklıklar için denetim kuruluna sahip olma zorunluluğu aranarak, limited ve anonim ortaklıklar hukuku arasındaki özdeşlik *denetim organı* açısından da hedeflenmişti. (Buna karşılık yürürlükteki düzenleme

¹² Şu anda yürürlükte olan düzenleme açısından sermaye paylarının kuruluşta % 50 oranında, yani 10.000 CHF tutarında ödenmesi veya karşılanması yeterlidir.

¹³ Federal Konsey tasarısı aynı sermaye konulması, aynı sermayenin devralınması ve kuruculara sağlanan menfaatler konusunda, kurucular tarafından bir kuruluş raporu düzenlenmesini ve bunun bir denetçi tarafından tasdik edilmesini öngören anonim ortaklıklara ilişkin düzenlemeye yollama yapmıştır (Tasarı OR 777c II).

açısından, ortaklara kapsamlı inceleme hakları verildiği takdirde, özel bir denetim organının varlığı ihtiyaridir.) Ancak Federal Konsey bu kadar ileri gitmek istememektedir: Küçük işletmelerin durumu da göz önüne alınarak, denetim kurulu zorunluluğunun yalnızca belirli şartların varlığı halinde aranması öngörülmektedir (Tasarı OR 818).

- Şu an geçerli olan düzenlemedeki *her bir ortağın* ödenmemiş esas sermaye karşılığının tamamı üzerinden tali nitelikteki *kişisel sorumluluğu*, esas sermayenin tamamının ödenmesi zorunluluğu getirilmesi nedeniyle, geçerliliğini yitirmektedir. Bu nedenle, gelecekte her ortak –anonim ortaklık pay sahibi gibi- yalnızca kendi sermaye koyma borcunu yerine getirmekle yükümlü olacaktır¹⁴.

- *Kar payı ve yeni pay alma hakkı*, anonim ortaklıklar hukukunda yapılan değişiklikler ve kısmen de buraya yapılan yollamalar esas alınarak düzenlenmektedir.

- Ortaklar genel kurulunda *karar alınması* kolaylaştırılırken, sermayeye katılım oranına verilen ağırlık artırılmaktadır.

- *İntifa senetlerine* açıkça izin verilmekte ve bunlar anonim ortaklıklar hukukuna yapılan bir atıfla düzenlenmektedir.

- *Kendi esas sermaye paylarını edinme*, anonim ortaklıklar hukukundaki düzene yaklaştırılmaktadır.

e. Yürürlükteki düzenleme açısından limited ortaklıklar, sermaye ve şahıs ortaklıklarına özgü öğeler içeren ara bir tür olarak tasarlanmıştır.

Federal Konsey tasarısında da bu yaklaşım sürdürülmelidir. Ön tasarı, ağırlık merkezlerini kaydırırken, -yukarıda da işaret edildiği gibi- sermaye ortaklıklarına özgü öğeleri ve bu şekilde anonim ortaklıkla olan yakınlığı vurgulamakta, ancak limited ortaklığın kendisine has yapısını da korumaktadır. Gelecekte de limited ortaklık kendisine özgü bir profile sahip, kişisel öğeler taşıyan bir sermaye ortaklığı olarak kalmaya devam etmeli ve küçük veya özel bir anonim ortaklık olmamalıdır. Anonim ortaklıkla olan yapısal farklılıklar -özellikle ortakların konumu, organlar ve bunların yetkilerinin belirlenmesi noktalarında- bilinçli olarak korunmalı hatta daha da güçlendirilmelidir.

Limited ortaklık kanununun salt sermaye ağırlıklı bir ortaklık olarak kabul ettiği anonim ortaklıktan ayrılırken, aşağıdaki kişisel ağırlıklı öğeleri taşımalıdır:

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için krş. Federal Konsey Gerekçesi (dn.4) 3158 vd..

- Anonim ortaklıklarda açıkça yasaklanmış olan (OR 680 I) ortakların *yan edim* ve *açık kapama yükümlülüklerinin*, ana sözleşmelerle öngörülmesi olanağı mevcuttur. Bu şekilde -ve aşağıda belirtilecek olan bir dizi diğer özellik yardımıyla- kişisel ağırlıklı öğeler içeren anonim ortaklıklarda karşılaşıldığı gibi, karmaşık ve bazen de tereddütlere neden olabilen ana sözleşmeler ile ortaklar sözleşmelerinin (Gesellschafterbindungsvertrag) yan yana varlıklarını sürdürmeleri gereksizleşmektedir.

- Kanunda ortakların *sadakat yükümlülüğü* muhafaza edilmekte ve bunun bir sonucu olarak da *rekabet yasağına* bağlanmaktadır.

- Limited ortaklıklarda, ortakların ortaklığa yönelik *bilgi alma* haklarının kapsamı, ortaklığın denetim kurulu bulunmaması halinde, anonim ortaklıklardakinden daha da genişlemektedir. Bu ileri düzeydeki ortaklık içi şeffaflık, limited ortaklıklarda ortakların -pay sahiplerinden farklı olarak- kanun hükmü gereği ortaklıklarına karşı sadakat borcu altında olmalarından kaynaklanmaktadır. Burada da ortağın elde edilen bilgileri ortaklık aleyhine kullanabileceğine dair bir tehlikenin varlığı halinde, bir sınırlama mevcuttur.

- Limited ortaklık ortakları arasında, pay sahiplerinden farklı olarak, *anonimlik* söz konusu değildir; her ortak diğer ortakların kimliği hakkında bilgi sahibi olabilir.

- Anonim ortaklıklarda kanun hükmü gereği payın serbestçe devri ilkesi geçerli olduğundan, esas sözleşmelerle devir ancak sınırlı ölçüde ağırlaştırılabilirken, limited ortaklıklardaki yaklaşım tam aksi yöndedir: *Ortaklık payının devri* kanunla *ağır şartlara bağlanmıştır* ve esas sözleşme ile bu şartlar daha da ağırlaştırılarak bir devir *yasağı* öngörülebilir.

- Limited ortaklıklar hukukunda ortakların *çıkma* ve *çıkarılmaları* olanağı bulunmaktadır.

- Esas sözleşme ile limited *ortaklık payının* *iktisabına* (yeni pay alma, ön alım ve alım haklarına) ilişkin her türlü düzenleme öngörülebilir.

- Limited ortaklıklarda gelecekte de *özden organ ilkesi* kural olacaktır, yani her ortağın -ortaklar genel kurulu kararı ile seçilmiş olmaları gerekmeksizin- ortaklık işlerini yürütme hak ve yükümlülüğü vardır. Buna karşılık anonim ortaklıklar hukukunda özden organ ilkesi geçerli değildir: Pay sahipliği sıfatı ortaklığı yönetme fonksiyonunu kendiliğinden içermez; pay sahibi yönetim kurulu üyesi olarak seçildiği takdirde ortaklık organı olur.

- Limited ortaklıklarda münferit ortaklara ortaklık sözleşmesi ile ortaklar genel kurulu kararlarına karşı *veto hakkı* verilebilir -esas sermayeye katılım oranından

bağımsız olarak münferit bir ortağın bu hakka sahip olması, anonim ortaklıklarda düşünülmemeyecek bir ayrıcalıktır.

- Limited ortaklıklar hukukunda ortaklar genel kurulu ve yönetim arasındaki yetki paylaşımı anonim ortaklıklar hukukuna kıyasla daha esneklerdir. Özellikle ortaklığın yönetimine ilişkin önemli kararları alma yetkisini ortaklar genel kurulunda saklı tutmak mümkünken, anonim ortaklıklarda bu yetki OR 716a dolayısıyla devredilemez ve dokunulamaz surette yönetim kurulundadır.

- Limited ortaklıklarda *katılma intifa senedinin* oydan yoksun pay ve dolayısıyla saf bir sermayeye katılım aracı olarak kullanılmasına gelecekte de izin verilmemelidir.

- Son olarak ön tasarıda *özel denetim* kurumuna yer verilmesinden de kaçınılmıştır çünkü her ortak ortaklığa olan yakınlığı dolayısıyla, söz konusu denetimleri kendisi yapabilecek durumdadır.

f. Nihayet limited ortaklıklar reformunun üçüncü bir amacı, artan oranda *AB hukukuna yakınlaşma sağlamak ve İsviçre'ye has bazı özellikleri ortadan kaldırmaktır*.

Bilindiği gibi İsviçre, yıllardır yaptığı reformlarla hukuk düzenini AB hukuku ile uyumlaştırmaya çalışmaktadır. Avrupa hukukuna kendiliğinden uyum sağlama şeklinde adlandırılan bu sürecin -sınırlı sayıdaki ve pek de önemli olmayan alanlardaki birkaç istisna bir yana bırakıldığında- limited ortaklıklar hukuku alanında da gerçekleşmesi ve gelecekte limited ortaklıklar hukukunun Avrupa ile uyumlu hale gelmesi gerekmektedir. Tek kişi ortaklıkları hakkındaki yönergeye uygun olarak, bir kişi tarafından limited ortaklık kurulması mümkün olmalıdır.

Reform, aynı zamanda, 1936'da yürürlüğe giren İsviçre limited ortaklıklar hukukunun uygulamada yerleşmemiş, kendisine has özelliklerinin yürürlükten kaldırılması için bir fırsat olarak kabul edilmelidir. Bu konudaki anahtar sözcükler özellikle: tamamı ödenmemiş esas sermaye paylarına yönelik bütün ortakların tali sorumluluğu (krş. yuk. III.d.) ve esas sermaye bakımından mevcut olan üst sınırdır (krş. yuk. III.d.).

g. 1996 yılının sonunda sunulan ön tasarı, öğretisi ve menfaat grupları tarafından *genellikle olumlu karşılanmıştır*. Yalnızca limited ortaklıklar hukukunun şu anda esaslı olarak değiştirilmesine gerek olup olmadığı hususunda bazı tereddütler uyanmıştır. Çeşitli ayrıntılar eleştirilse de, tasarı esas itibarıyla yararlı bir tartışma platformu olarak değerlendirilmiştir¹⁵.

¹⁵ Kanunlaşma süreci konusunda krş. Federal Konsey Gerekçesi (dn.4) 3152 vd..

Ön tasarı temelde birbirine zıt iki bakış açısıyla sorgulanmıştır:

- Bir yandan limited ortaklıkların ile anonim ortaklıklara yakınlığı vurgulanarak, özel anonim ortaklığa ilişkin bir düzenleme lehine, bir tip olarak limited ortaklıktan feragat edilmesi önerilmiştir (krş. aşağı. aa).

- Öte yandan anonim ortaklıklar hukukuna olan yakınlaşma eleştirilerek, mevcut düzenlemede yapılması öngörülen ve limited ortaklıklar hukuku ile anonim ortaklıklar hukuku arasındaki benzerlikleri artırmaya yönelik değişikliklerden kaçınılması önerilmiştir (krş. aşağı. bb).

Mevcut bu yaklaşımlarla ilgili olarak şunlar söylenebilir:

aa) Öğretide *HIRSCH/NOBEL* (bkz. II.'nin bibliyografyası) tarafından, limited ortaklığın küçük bir anonim ortaklıktan başka bir şey olmadığı ve bu nedenle kanunda anonim ortaklıklarla ilgili kısma bir ekleme yapılarak özel anonim ortaklık, küçük anonim ortaklık lehine bir genişlemeye gidilmesinin daha doğru olacağı savunulmaktadır. Bunun dışında limited ortaklıklar hukukunun muhafaza edilip edilmeyeceği sorunu cevapsız bırakılmıştır. Ancak bu yaklaşıma göre limited ortaklıklar bir reforma tabi tutulmamalıdır, ki bu da limited ortaklık modelinin sonu anlamına gelecektir.

Kanımcı bu yaklaşım anonim ve limited ortaklıklar arasındaki *nitelik farklarını* gözden kaçırmaktadır: Limited ortaklık hiçbir şekilde küçük olmak zorunda değildir, aynı zamanda (esas sermayenin üst sınırına ilişkin kaydın kaldırılmasına ilişkin öneri hayata geçirilirse [bu hususta yuk. III.d]), büyük işletmeler tarafından kullanılabilir bir yasal tip olarak da hizmet görebilir. Ayrıca kişi ağırlıklı ve sermaye ağırlıklı organizasyon şekilleri arasında kişisel öğelere daha baskın yer veren karma bir tür niteliğindeki yapısıyla, anonim ortaklıktan ayrılmaktadır. Bunun dışında özel ibaresi limited ortaklığı ifade etmek için yeterli değildir, zira İsviçre'deki anonim ortaklıkların bir çoğu da, limited ortaklığın bugün olduğu ve gelecekte de olacağı gibi, özel -yani tipik olarak az sayıda ortak etrafında şekillenmiş- niteliktedir.

Şayet gelecekte limited ortaklığın İsviçre hukukunda mevcut ortaklık tipleri arasından çıkarılması ve özel anonim ortaklık ile yer değiştirmesi arzulanıyorsa, bu durum halen mevcut 50.000'den fazla limited ortaklığa karşı çıkarılmış gereksiz bir zorluk olacaktır. Buna karşılık yürürlükteki hukuk düzeni altında mevcut limited ortaklıklar örnek olarak korunursa, bu taktirde eskimiş ve birçok eksiklikleri bulunan bir yasal tip sürdürülmüş olur.

Şu anda Federal Konsey, limited ortaklığın anonim ortaklıktan farklı ve kişi

ağırlıklı bir sermaye ortaklığı olduğu hususunu tereddütsüz bir şekilde kabul etmektedir¹⁶.

bb) Öte yandan öğretilerde ve siyasi çevrelerde, ön tasarının *limited ortaklığı belirli noktalarda anonim ortaklığa yakınlaştıran* ve bu şekilde limited ortaklığa ilişkin formaliteleri artıran yaklaşımına karşı muhalefet edilmiştir. Bu eleştiri, formalitelerin ağırlaştırılmasına ilişkin öneriler nedeniyle, yeni işletme kurulmasının önemli ölçüde güçleşmesinden duyulan endişeden kaynaklanmaktadır. Özellikle sermaye temelinin sağlamaştırılmasını ve garanti altına alınmasını hedefleyen şu yeniliklere karşı çıkmıştır:

- Asgari esas sermaye miktarının iki katına çıkarılması,
- esas sermaye paylarının kuruluşta tamamen ödenmesi yükümlülüğü,
- mevşuf kuruluşla ilgili olarak anonim ortaklıklar hukukuna yapılan yollama,
- ve nihayet hesap denetimi zorunluluğu.

Federal Konsey bu eleştirilerden bir kısmını dikkate almıştır:

- Federal Konsey'in önerisine göre asgari esas sermaye gelecekte de 20.000 CHF olarak kalmalıdır.
- Ayrıca küçük ortaklıklar için hesap denetimi zorunluluğundan kaçınılmaktadır.

Diğer noktalarda Federal Konsey ön tasarıda yer alan önerileri desteklemiştir:

- Bundan böyle esas sermaye paylarının kuruluşta tam olarak ödenmeleri zorunludur,
- mevşuf kuruluşta tasdikli kuruluş raporu aranması şartının anonim ortaklıklar hukukundan ithali yoluyla, hileli kuruluşlarla daha etkin şekilde mücadele edilmelidir,
- ve en azından daha büyük çaptaki ortaklıklar açısından denetim organı zorunlu olarak öngörülmalıdır.

h. Reform çalışmalarının devamı ile ilgili olarak şunlar söylenebilir: 2002 Nisan ayı sonunda Federal Konsey'e ait gerekçe ve kanun tasarısı yayınlanmıştır. Parlamentonun her iki kanadı da bu tasarımı 2002 sonbaharında veya -daha kuvvetli olasılıkla- 2003 ve 2004 yıllarında görüşerek, değişikliklerin 2005 yılında yürürlüğe girmesini sağlayabileceklerdir. Özellikle Federal Konsey tasarısının yöneltile eleştirileri değerlendirdiği göz önünde bulundurulduğunda, esaslı bir yön değişikliği beklenmemelidir.

¹⁶ Krş. Federal Konsey Gerekçesi (dn.4) 3154 vd..

IV. Kooperatif

Bu konuda krş. Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht, Schlussbericht (24. September 1993), 59 vd.

a. Uzun yıllar önce ivedi olarak sınıflandırılmış ve groupe de réflexion'un yukarıda anılan 1993 tarihli raporunda da reform ihtiyacına değinilmiş olmasına rağmen (s.59 vd.), kooperatifler hukukunda halihazırda herhangi bir reform girişi bulunmamaktadır.

b. Kanımca yürürlükteki kooperatifler hukukunun iki yaklaşımı ile ilgili olarak düzeltmeler yapılması gerekir:

- Yürürlükteki düzenleme biraz *teorik* bir nitelik taşımaktadır. Zira kanun koyucu anonim ortaklık ve kooperatif arasındaki farklılıkları, bu gün için gereğinden fazla bir kuvvetle vurgulamıştır. Böylece -Federal Konsey Raporörü'nün 1934 yılındaki ifadesiyle- ateşten bir kılıçla ve çok büyük bir şevkle kooperatif cennetinden, gerçek anlamda kooperatif aidiyeti tartışmasız olmayan her şeyin kovulmasına (Sten. Bull. NR 1934 752) çalışılmıştır. Bunun sonucunda bu tipten yararlanılabilmesi noktasında, hiçbir koruma ihtiyacının meşru gösteremeyeceği gereksiz sınırlar ortaya çıkmıştır. (Tipe bağlılık bu kadar güçlü olmasına rağmen, kooperatifin son reformda tasarlanan gerçek anlamda kendine yardım teşekkülleri arasında tutulmasının -belki de iyi bir rastlantı sonucu- başarılmasına, ayrı bir konudur.)

- Yürürlükteki düzenleme *anonim ortaklık ve kooperatifin ortak yönlerini* de her iki ortaklık da öncelikle iktisadi amaç izler ve çok sayıda ortak için uygundur- çok sınırlı ölçüde dikkate almaktadır. Kanunda her iki ortaklık tipi arasında, makul bir temele dayanmayan farklılıklar bulunmaktadır.

Böylece bu tipe mahsus reform ihtiyacı saptanmıştır:

c. Öncelikle kooperatifler hukukunun çeşitli noktalarda *daha esnek düzenlenmesi* gerekmektedir. Örneğin, asgari kurucu sayısını yedi olarak belirleyen, oy hakkını zorunlu olarak mutlak eşitliğe bağlı tutan ve aynı şekilde kooperatif payları senede bağlanmış ise, net hasıllardan bunlara düşecek kısmın özel teminata bağlanmamış uzun vadeli borçlanmalar için o yerde uygulanan faiz oranını aşamayacağını (OR 859 III) emreden hükümler gereksiz ölçüde katıdır. Bunlar kooperatiften yararlanılabilmesi için hiçbir koruma ihtiyacının meşru kılmadığı ve ortadan kaldırılması gereken sınırlardır.

d. Bunun dışında anonim ortaklıklar ve kooperatifler arasında, mantıklı olmayan bazı farklılıklar da vardır:

- Örneğin kooperatiflerde *kuruluş hükümleri* daha basittir; özellikle kuruluş senedinin resmi olarak düzenlenmesi gerekmemektedir. Ancak bu uygulamada sıkıntılara neden olmaktadır. Zira kooperatifin kuruluşu aşamasında bir uzman olarak noterin görüşlerine başvurulması, en azından anonim ortaklığın kuruluşunda olduğu kadar gereklidir.

- Hesaplar ve denetim alanlarında olduğu gibi, kanun koyucunun *anonim ortaklıklara kıyasla* kooperatiflerde *daha hafif kurallarla düzenlediği* konular da mevcuttur.

Anonim ortaklıklar hukuku reformunun farklılıkları artırmış olması, kooperatifler hukukunun gözden geçirilmesini daha da gerekli kılmaktadır.

V. Yasal Tiplerden Bağımsız Reform Önerileri

Belgeler: Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (November 1997); Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Fusionsgesetzentwurf (Bern 1999); Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensabtretung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 vd. – Vorentwurf zur Revision des Rechnungslegungsrechts (29. Juni 1998).

Literatür: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ (Hrsg.): Fusionsgesetz, Sonderband 135 bis zur ZBJV (Bern 1999, CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, ANTON K. SCHNYDER, FRANK VISCHER, BEAT WALKER ve ROLF H. WEBER'in katkılarıyla); CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ: Das neue Fusionsgesetz (Zürich 2000). – Muhasebe hukuku ile ilgili olarak, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht (Hrsg. PETER GAUCH / JÖRG SCHMID) (Zürich 2001)'de yayınlanan GIORGIO BEHR ve JEAN NICOLAS DRUEY'nin makaleleri ile GIORGIO BEHR, WERNER F. EBKE ve HANDSCHIN/KIND'in ZSR 119 (2000) 1 vd.'nda, GIORGIO BEHR, MARKUS NEUHAUS, ANGELO DIGERONIMO ve PETER GURTNER'in ASA 69 (2000) 3 vd.'nda yayınlanan çalışmalarına bkz.

Son olarak, OR'de yer alan tüzel kişiliğe sahip bütün ortaklık tiplerini aynı ölçüde ilgilendiren ve bunun yanı sıra tüzel kişiliği olmayan kişi ortaklıkları ve gerçek kişi işletmeleri açısından da önem taşıyan reform eğilimlerine sadece konu başlıklarıyla değinilecektir.

a. Hesaplar, denetim ve nihayet denetçilerin sorumluluğu (krş. yuk. II.c.) tüm ortaklık tipleri için yeknesak bir şekilde özel bir kanunla düzenlenmelidir.

Ön tasarının temelinde yürürlükteki İsviçre muhasebe hukukundan açık bir sapma anlamına gelen iki fikir yer almaktadır:

- Yürürlükteki düzenlemeden ayrılarak, hesaplar ile ilgili kurallar yasal tip esas alınarak değil, iktisadi öneme göre farklılaştırılmalıdır¹⁷: İktisadi önemi fazla olan ortaklıklar, hesaplar ve denetimle ilgili olarak daha sıkı kurallara tabi tutulurken, küçük işletmeler açısından -yasal tiplerinden bağımsız olarak- hafifletmeler söz konusu olmalıdır.

- Böylece hesaplar açısından bir hedef değişikliği öngörülmektedir: Yürürlükteki muhasebe hukuku kuralları neredeyse sadece *alacaklıların korunmasına* odaklanmıştır. Buna bağlı olarak örtülü yedek akçe ayrılmasına önemli ölçüde müsamaha gösterilmektedir: Aktiflerin olduğundan düşük olarak değerlendirilmesi kanunla teşvik edilmiştir. Zira bu alacaklıların menfaatinedir. Ancak aktiflerin olduğundan yüksek olarak değerlendirilmesi yasaklanmıştır. Zira bu ortaklığın iktisadi durumunun olduğundan çok daha iyi gösterilmesi anlamına gelmektedir. Buna karşılık yapılması öngörülen hukuki düzenleme açısından ortaklık hesaplarına ilişkin kurallar, gerçek iktisadi durumu –ne çok olumlu ne de çok olumsuz- göstermeyi hedeflerken, ağırlıklı olarak ortaklara ve genelde de yatırımcılara odaklanmalıdır. Bu nedenle -modern eğilimler ve uluslar arası bilanço kuralları ile uyumlu şekilde- doğru ve adil görüş ya da gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmaya (true and fair view ya da fair representation) ilkesi hayata geçirilmelidir.

Ne yazık ki bu şekilde belirlenen hedefler güçlü bir dirençle karşılaşmıştır. Üç şeyden çekinilmektedir:

- kuralların ağırlaştırılması nedeniyle masrafların artması,
- küçük pay sahipleri ve kamuoyuna yönelik olarak gerekli ölçüyü aşan bir şeffaflık,
- ve nihayet, vergi bilançosu esasen ticari bilançodan yola çıkılarak düzenlendiğinden, vergisel dezavantajlar.

Bu kanun tasarısının daha ileri aşamalara mı taşınacağı yoksa -üzücü olacak ve İsviçre'yi uluslar arası gelişmelerden uzaklaştıracak bir şekilde- terk mi edileceği, şu an için bilinmemektedir.

¹⁷ Yürürlükteki düzenleme, örneğin defter tutma yükümlülüğü açısından, kooperatiflere anonim ortaklıklara kıyasla daha geniş bir özgürlük vermektedir. Ancak bu ciroları milyarlarla ifade edilen tüketim kooperatiflerinin, küçük bir tek kişi anonim ortaklığına kıyasla daha hafif kurallara tabi olmaları sonucunu da beraberinde getirmektedir.

b. *Tip değiştirmenin yanı sıra birleşme ve bölünme* de, bir Birleşmeler Hakkında Kanunla (Fusionsgesetz) (bu kanunun Yapısal Değişiklikler Hakkında Kanun olarak adlandırılması daha yerinde olurdu) bugünkü yasal düzenlemeye kıyasla, çok büyük ölçüde kolaylaştırılmaktadır. Birleşmeler Hakkında Kanuna ilişkin ön tasarı 1997 tarihinde sunulmuştu. Tartışma aşaması Mayıs 1998'de tamamlandı ve Federal Konsey tasarısı Haziran 2000'de yayınlandı. Tasarı 2001 yılında Parlamento komisyonlarının bir kanadında görüşülerek, neredeyse hiçbir değişiklik yapılmaksızın kabul edildi. Komisyonun diğer kanadının, 2002 yılı içinde projeyi ele alacağı düşünülmektedir. İsviçre'nin 2004 yılında liberal bir yapısal değişiklikler hakkında kanuna kavuşması muhtemeldir.

Uygulamanın uzun zamandır daha ileride olduğunu ve -kamu hukuku ve özel hukuk işletmeleri arasındakiler de dahil olmak üzere- her türlü birleşme, bölünme veya tip değişikliğine olanak tanıdığını belirtmek gerekir. Bundan sonraki aşama, önceki yıllarda bulunan pragmatik çözümlerin sağlam bir yasal temele aktarılması olacaktır.

c. Federal Konseyin Ticaret Sicili Tüzüğünde yaptığı değişiklikle, Federal Ticaret Sicil Dairesinin talimatları 1 Ocak 1998'de yürürlüğe girerek, daha 1997 yılı sonunda, ticaret unvanına ilişkin hükümlerde bir serbestleşme olacağını ve önümüzdeki yıllarda bir *ticaret unvanı reformunun* gündeme geleceğinin işaretini vermiştir. Bu yönde, limited ortaklıklar hukukunda gerçekleştirilecek değişiklik vesilesiyle, bir başlangıç yapılabilecektir: Federal Konsey tarafından bu reform çerçevesinde ticaret unvanına ilişkin hükümlerin de, en azından kısmen gözden geçirilmesi ve -yabancı ülkelere paralel şekilde- *hukuki nev'i göstermek* şartıyla, anonim ortaklık, limited ortaklık ve kooperatiflerin ticaret unvanlarını serbestçe seçebilmeleri teklif edilmiştir. Bu yaklaşım daha sonraki bir aşamada kolektif ve komandit ortaklıklar açısından da izlenebilir.

d. Şu an için *kişi ortaklıkları ve gerçek kişi işletmeleri ile ilgili olarak özel bir değişiklik teklifinde bulunulmadığı* da bu söylenenlere eklenebilir. Bununla birlikte yukarıda belirtilen yasal tiplerden bağımsız projeler -en azından hesaplara ilişkin yeni kurallar örneğinde olduğu gibi kısmen de olsa- iktisadi faaliyet gösteren bütün organizasyon tipleri açısından önem taşımaktadır.

Limited ortaklıklar reformu çerçevesinde kolektif ve komandit ortaklıklar hukuku alanına da esaslı bir müdahalede bulunulabilirdi: Bilindiği gibi İsviçre hukukunda kolektif ortaklık ortaklarının ve komandit ortaklıklarda da komandite ortakların sadece gerçek kişilerden oluşturulmasına izin verilmiştir. İsviçre hukukuna has bu özellik, Almanya'da çok tutulan Limited Ortaklık & Ortakları Paylı Komandit Ortaklık (GmbH & Co. KG) yani sınırsız sorumlu ortağı bir limited ortaklık olan komandit ortaklığın oluşturulmasına olanak tanımamaktadır.

Limited ortaklıklar hukuku reformu çalışma grubu (bu konuda bkz. yuk. III.b.), bu tip bir oluşuma olanak tanımayan İsviçre hukukuna has söz konusu özelliğin bertaraf edilmesi hususunda bir teklif getirmekten bilinçli olarak kaçınmıştır. Bunun yerine yeni bir tip -sınırlı sorumlu kişi ortaklığı- yaratılması teklif edilmiştir. Ancak Federal Konsey bu teklife itibar etmemiştir. Bu nedenle limited ortaklıklar hukuku reformunun geçirdiği kanunlaştırma süreci içerisinde (ki tartışma aşamasında da bu yol önerilmiştir), kolektif ortaklık ortaklarının ve komandite ortakların gerçek kişi olmaları gerektiğine ilişkin koşul ortadan kaldırılarak, kişi ortaklıkları bünyesinde de -Limited Ortaklık & Ortakları Paylı Komandit Ortaklık vasıtasıyla- girişimcilerin kişisel riskinin sınırlandırılması ihtiyacı karşılanabilecektir.

19 Aralık 2001 tarihli Federal Konsey tasarısında da¹⁸ - gerçekleştirilmesi son derece kolay olan - bu talep açıkça reddedilmiştir¹⁹. Ancak bu konuda son nokta henüz konulmamıştır.

VI. Sonuç

Kanımcı ortaklıklar hukuku alanında gündemde olan ve gündeme gelecek reformlar iki hedefe yönelmelidir:

- Seçilmiş olan yasal tipten bağımsız şekilde, *iktisadi olarak eşit durumda olanlara eşit muamele edilmelidir*. Bu noktada, yürürlükteki düzenlemeye egemen olan ve seçilen yasal tipe bağlı olarak öngörülen farklılaşmadan bir sapma olacaktır.

- Ancak aynı zamanda, çeşitli ortaklıklar arasında mevcut *farklı yapı ve hedeflerin* de göz önünde tutulmasına devam edilmelidir. Dolayısıyla burada söz konusu olan, tüzel kişiliği bulunan çeşitli ortaklık tiplerinin tasfiye edilerek, mevcut yasal tiplerin yeknesak bir tüzel kişilikli ortaklık çatısı altında (Einheits-Corporation) toplanması değildir. Anonim ortaklık, limited ortaklık ve kooperatiften her birinin kendine has bir kimliği mevcuttur ve buna bağlı olarak da farklı şekilde düzenlenmelidirler:

- anonim ortaklık bir sermaye ortaklığı olarak,
 - kooperatif bir şahıs birliği olarak,
 - ve nihayet limited ortaklık sermaye ve kişi öğelerinin iç içe geçtiği, (1934'te Federal Konsey raportörünün kullandığı ifade ile) hukuki bir melez olarak.
- Gelecekte de bu şekilde kalmaya devam etmelidir.

¹⁸ Krş. dn. 4.

¹⁹ Krş. Federal Konsey Gerekçesi (dn.4) 3167 vd..

Bilgi Toplumunda Hukuk

Bxa
2364

1

ÜNAL TEKİNALP'E ARMAĞAN

Cilt I

Ticaret Hukuku

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen

Doç. Dr. Arslan Kaya

Yard. Doç. Dr. Gül Okutan Nilsson



İstanbul 2003

Beta

31.000 9029 1