

KAMU YARARINA ŞİRKET MÜMKÜN MÜ?¹

Sosyal bir amaç ve hedef için Anonim Şirket olarak örgütlenme

Ticaret her zaman sadece tacirin (gerçek kişi ya da tüzel kişi) kâr elde etmesi için değil bazen kamunun, bir başka deyişle toplumun çıkarları için de yapılır. Kâr elde edilecek kamuya ait bir alan veya bir hakkın varlığı halinde bu alan veya hakkı kullanacak ve bu alan veya hak ile ayrıcalıklı konumda kâr elde edecek kişinin belirlenmesi her zaman sorunlu olmuştur. Yapılan ihaleler, sözleşmeler bu ayrıcalıklı kârın sahibini belirlemede tüm toplumun tatminini sağlamaya yetmez. Ortada ayrıcalıklı bir nema varsa şaibenin olması da neredeyse kaçınılmaz hale gelmiştir. Şaibeden uzak durmak ve o işi yapmamak çözüm olmaz. Kamu organlarının eliyle o işi yapmak bazen mümkün de olmaz. Özellikle yapılacak iş bir “ticari iş” ise... Esasen bu ihtiyaç nedeniyle geçmişte başta belediyeler olmak üzere birçok kamu kurumu tarafından çeşitli alanlarda şirketler kurulmuş ve birçok “ayrıcalık” bu şirketlere tanınarak “ticari” faaliyetlerde bulunulmuş ve hatta halen bulunmaktadır: Bursa’da Burulaş, İstanbul’da Kültür A.Ş., Spor A.Ş., İzmir’de İzban vb. Geçmişteki bu yaygın uygulamalar bir süre sonra tercih edilmemeye başlanmış, mevcut şirketler kendilerine tanınmış ayrıcalıklarla “özelleştirilmiştir”: İstanbul’da İDO, İzmir’de Tansaş gibi... Hatta yurtdışına çıkan veya yurtdışından gelen araçlara gerekli sigorta, ehliyet gibi işlemleri “tekel” olarak yapmaya yetkilendirilen Turing gibi örnekler de mevcuttur.

Yukarıda verdiğimiz örneklerin hepsinin birer anonim şirket olduğunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulup aynı kanun uyarınca yönetildiğini unutmazsak kamunun sahip olduğu payların (hisselerin) el değiştirmesi ile bu şirketlere tanınan ayrıcalıkların da yeni pay sahiplerine ait olacağını görürüz. Kamunun denetlenmesi ile ilgili kuralların kamu iştiraki şirketlerin denetlenmesi ve yönetilmesi konusunda sorunlar çıkarması üzerine kamu kurumlarının ilkesel olarak şirket kurmasının önü kapatılmış, şirket kurulması Bakanlar Kurulu tarafından verilecek “özel izne” bağlanmıştır.

¹ Boğaziçi Üniversitesi Öğretim Görevlisi, TÜRSAB Hukuk Başdanışmanı, Ünsever Hukuk Kurucusu // F. İlker ÜNSEVER

Şirket, ortağı kim olursa olsun; ister belediye, ister meslek örgütü isterse vakıf, kâr amacı ile faaliyet gösteren ve Ticaret Kanunu hükümlerine göre yönetilen bir tüzel kişiliktir.

Şirket, yani ortaklık sermayelerin ve elbette sermaye sahiplerinin bir araya gelmesi için bulunmuş hukuki oluşumdur. Sermaye ve/veya sermaye sahiplerinin şirket yapısında bir araya gelmesinin yegâne sebebi kâr elde etmektir. Çünkü şirketler kâr amaçlı/odaklı yapılardır. Hukuk sistemi, kâr amacı dışında kamu kurumları yani idareyi oluşturan anayasal yapının dışında, gerçek ya da tüzel kişilerin bir araya gelerek yeni bir kişilik oluşturmaları ile ilgili başka yapılanma modellerine sahiptir: dernekler ve vakıflar... Burada akla gelebilecek olan kooperatifler de esasen ticari yani kâr amaçlı oldukları için şirket niteliğinde sayılırlar. Kooperatiflerin kâr anlayışı sermaye payından ziyade üyelik esasına göre ortaya çıkar ve maliyetleri azaltarak üyelerinin kârını artırırlar.

Kâr amacı gütmeyen (hukuken güdemeyen) dernek ve vakıflar, amaçları doğrultusundaki işler yapabilmek için elbette paraya ihtiyaç duyarlar. Dernek veya vakıfların mali kaynak ihtiyacı her zaman aidat ve bağış ile giderilemez. Dernek ve vakıflar ihtiyaç duydukları mali kaynakları elde etmek için gelir getiren işler de yaparlar. Bu işlerin bazıları ticari işler olmak durumunda olur. Ticari işlerden gelir elde etmek demek kâr elde etmek demektir. Dernek ve vakıflar ticaret yapamazlar ancak kuracakları iktisadi işletmeler veya şirketler aracılığı ile kâr amaçlı faaliyetlerin içinde yer alabilirler. Dernek ya da vakıf kurucu ortağı olduğu veya iştirak ettiği şirketin faaliyetlerinde ortaya çıkan kârın (payı oranında) sahibi olur. Bir başka deyişle dernek ya da vakıf şirket aracılığı ile ticaret yapmış olurlar. Ancak burada esas olanın şirketin denetimi ve yönetiminin, hatta kârını dağıtmasının Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olacağıdır.

İster kamu kurumlarının doğrudan ortak olduğu şirketler olsun isterse dernek ve/veya vakıfların hakim ortak olduğu şirketler olsun bu yapılara kamuya ait veya kamu yetki ve denetimindeki hakların aktarılması kamuoyunda tepki ile karşılanmaz. Hatta destek dahi bulur. Örneğin İstanbul'un kongre merkezlerinden en önemlisinin işletme hakkı böyle bir şirkete aittir. Ancak kuruluşundaki ortak yapısı payların el değiştirmesi nedeniyle bazı ortakların elinde yoğunlaşmıştır. Ancak hakim ortakların kamu kurumları olması, payları toplayan kişilere önemli hak/ayrıcılık sağlayacak olası gelişmeleri önlemektedir.

Bazen de “ayrıcılık” kâr elde etmekten çok riski paylaşmak şeklinde kendini gösterir: yeni bir yatırım, riskli bir ticari deneme amacıyla şirketler kurulur. Bu şirketlerin ayrıcalıklı kâr elde etme garantisi olmaz ama ortada “yapılması gereken”, kamu yararı görülen “ticari yatırım” mevcuttur. Örneğin bir yörenin tanıtımı veya bir meslek mensupları için eğitim programları düzenlemek gibi işler risk sermayesine ihtiyaç duyar. Bu durumda kamu kurumları ya da dernek ve vakıflar yerine o yörenin yatırımcıları veya o

mesleğin mensupları risk sermayesini kendi aralarında toplarlar. Yapılan iş için kamu kurumlarının, kamu kurumu niteliğindeki başka yapıların veya dernek/vakıfların hakim ortak olduğu şirketler dışında bir yöreyi, bir mesleği; bir kişi veya kurumun değil de her ortağın eşit haklara sahip olduğu geniş katımlı şirket modelleri oluşturulur. Bu şirket modellerinin temeli anonim şirkettir. Yapılacak işten menfaat sağlayacak kişiler şirket ortağı olurlar, sermaye paylarını öderler ve oluşturulan yönetim bu kaynaklarla herkesin, sadece ortakların değil, o yöre veya meslek erbabı herkesin fayda sağlayacağı işi yapmaya koyulur. Bu işten oluşturulan şirketin kâr sağlaması temel amaç veya hedef değildir. Oluşturulan anonim şirket sanki bir kooperatif gibi davranır. Bu özelliği nedeniyle bu şirket başta kamu olmak üzere, yöre sakinleri tarafından da desteklenir, bu şirkete bazı ayrıcalıklar sağlanır. Örneğin yöreye ait coğrafi alan adı, yöre ismini taşıyan ürünlerin markaları bu şirket tarafından alınır, kamuya ait alanlarda işletmecilik hakkı tanınır, devlet özelleştirmesi kapsamındaki limanlar vb. işletmeler bu şirketlere verilir. Büyük bir sermaye sahibinin tek başına bu gibi bir hakkı elde etmesi ve rekabeti bozacak güce sahip olması yerine o alanda faaliyet gösterenlerin mevcut rekabetçi ortamı korumak adına veya herkese yarayacak bir yatırımı gerçekleştirmek için sermayelerini bir araya getirmeleri son derece önemli bir davranış biçimidir.

Özel (ayrıcalıklı) ticari alanlarda haksız rekabeti önlemek, hizmet kalitesini ve makul kâr seviyesini korumak, yöreyi, mesleği kısaca toplumu temsil etmek gibi nedenlerle Sosyal-Toplumsal Faydayı esas alan şirketlere ihtiyaç duyulur.

“Sosyal – Toplumsal fayda” için de anonim şirkete ihtiyaç duyulabilir.

Buraya kadar anlatılmaya çalışılan durumlar ve ihtiyaçlar göz önüne alındığında “Sosyal – Toplumsal fayda” için de anonim şirkete ihtiyaç duyulabilir, anonim şirket modelinden yararlanılabilir. Hatta günümüzde birçok alanda yöreler, meslekler bu tip yapıları oluşturmak zorundadır. Burada önemli olan ticaret hukuku prensiplerine göre kurulacak anonim şirketin kuruluşundaki hedef, amaç ve yapının korunması nasıl sağlanacağı hususudur.

Herkesin desteğini alan, bir çok kişinin ortak olduğu bir yapı daha sonradan bir büyük yatırımcının hakim ortak olduğu bir yapıya dönüşürse kamu tarafından sağlanan ayrıcalık/destek ne olacaktır? Ya da kalabalık ortak yapısının ticari davranması gereken şirketin yönetimi konusunda fikir birliğine varması, çabuk karar alıp uygulaması nasıl sağlanacaktır?

Yukarıda yer alan sorulara verilecek yanıtlar son derece önemlidir. Riskin geniş katılımla üstlenildiği bir şirket “düze çıktığında” bir büyük yatırımcının “hisse toplaması” zor olmadığı gibi, hisse sahiplerinin (ortakların) sayısının çok hisselerin bölünmüş olması nedeniyle %30 gibi bir ağırlığın etkisinin %51 gibi olacağı da bir gerçektir. Bir başka ihtimal de kendi şahsi yatırım ve çıkarları için bu “anonim” şirketin yönetiminde çıkar

çatışmalarının hakim olması ve bu çatışmalar sonucunda şirketin kilitlenmesi ve/veya fiilen hareketsiz hale gelmesi, iflasıdır. İşte bu yüzden yukarıdaki sorulara dönecek olursak, doğru bir şirket esas sözleşmesi ile olumsuz ihtimallerin önemli ölçüde önlenmesinin mümkün olacağını söyleyebiliriz.

Sosyal / Toplumsal Fayda Odaklı Anonim Şirket Yapısı Nasıl Olmalıdır?

Yukarıda açıklanan nedenler ve bakış açısıyla hukuki yapısı anonim şirket olan ancak işleyişi kooperatif mantığına oturan bir örgütlenme modelinden söz etmiştik. Tariş, Marmara Birlik gibi büyük kooperatifler öyle büyümüşlerdir ki banka sahibi bile olmuşlardır: Tariş Bank gibi... Yani kooperatif şeklindeki örgütlenme dahi yetmemekte ayrıca şirketleşmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Burada anonim şirket ile kooperatif arasındaki en önemli farklardan bazılarını değinmek yararlı olacaktır.

- Anonim şirket her paya bir oy hakkı esasına dayalı olup bir kişi bedelini ödediği kadar paya sahip olabilir.
- Kooperatif yapısı ise her üye bir oy hakkı esasına göre oluşur.
- Kooperatifte üyeler eşittir. Anonim şirkette eşit olmayabilir.
- Kooperatifte üyelikten çıkmak, çıkarmak oldukça zordur. Anonim şirkette ise payların devri son derece kolaydır (özel bir yapı kurulmadığı takdirde).
- Kooperatifte çoğunluğun dediği olur, anonim şirkette payların çoğunu elinde bulunduranın...
- Kooperatifte üye sadece katılım payı ve aidatı ile risk alır, anonim şirkette sermaye tutarı risk altındadır.

Çok temel olarak değindiğimiz bu farklar göz önüne alındığında kooperatif mantığının bir anonim şirkette işleyebilmesi için, payların çoğunluğunun tek elde toplanmasının önlenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu durumda şirket esas sözleşmesinde:

- Pay devirleri işlemlerinin işleyişi,
- Sermaye artışı kararları ve sermaye artışı yoluyla pay sahipliğindeki dengelerin değişmesinin önlenmesi,
- Pay-oy ilişkisinin korunması (ayrıcalıklı pay oluşumunun engellenmesi)

gerekli ve yeterli olacaktır. Aksi takdirde geçmişte turist rehberlerinin bir araya gelerek kurdukları şirket büyür holding haline gelir ancak bir bakarsınız tek bir ortak her şeye hakim olmuştur. Ancak bu ihtimalleri yok edecek düzenlemeler sadece şirketin kuruluşu sırasında oluşan ortaklar (pay sahipleri) arası dengelerin devamını sağlamaya yetecektir. Bu düzenlemelerle denge korunur ancak şirketin devamı ve yönetimin sağlıklı ve etkin

sürdürülmesi sağlanamayabilir. Hatta biraz iddialı bir ifade ile söylersek bu yapıdaki şirket kesinlikle ya borçlanma ya da kârın oluşması aşamalarında kilitlenecektir.

Bir şirketin sadece “demokratik” bir yapı ile yönetilmesi başarı için yeterli değildir. Anonim şirketin, karar alma mekanizmalarının; genel kurul, yönetim kurulunun etkin, hızlı ve denetlenebilir şekilde çalışıyor olması gerekir. Özellikle şirketin borçlanabilmesi, yükümlülük altına girmesi gibi önemli konularda hızlı olması ticari başarı için şarttır.

Şirket, kendi ortaklarına rakip olacak alanlara girmemeli, kuruluş amacının dışına çıkmamalıdır. Ama kuruluş amacına ulaşma konusunda da hızlı ve kararlı adımlar atacak yönetime sahip olmalıdır. Bu nedenle şirketin yönetim modelinin de esas sözleşmede dikkatle düzenlenmesi gerekir. Bu hedefler için de şirket esas sözleşmesinde:

- Şirket organlarının oluşumu,
- Yönetim kurulunun işleyişi,
- İstişari kurul/komitelerin varlığı ve rolü,
- Vakıf/dernek gibi kurumların pay sahibi olup yönetimde rol almaları,
- Şirketin karar alma veya uygulamada kilitlenmesi halinde uygulanacak hükümler,
- Özel olarak hesaplanmış toplantı ve karar nisapları

düzenlenmelidir. Bu düzenlemeleri koruyacak esas sözleşme değişikliği için aranacak “ağırlaştırılmış karar nisabı” da ayrıca unutulmamalıdır.

Kamu adına faydalı işler yapacağı iddiasında olan ve bu nedenle kamudan ayrıcalık talep eden bir şirketin kuruluşundaki amaç, hedef ve esasları korumanın ve bu korumayla birlikte işlerliğini sürdürebilmenin en doğru ve kolay yolu şirketin hakim ortağının bir dernek veya vakıf veyahut meslek örgütü olmasıdır. Böylece şirketin yönetimi bir veya birkaç şahsın elinde olmayacak ve şahısların şahsi çıkarlarına göre şekillenmeyecektir. Örneğin şirket sermayesinin %51 inin kamu kurumu niteliğinde meslek örgütü veya kamu yararına kurulmuş dernek/vakfa ait olması durumunda kalan %49 sermaye yatımcılara açılıp şirkete kaynak yaratılacağı gibi sermaye katkısı yapanlara şirket ortağı olarak avantajlar da sağlanıp adil bir çözüm üretilebilir. Anonim şirketler ile ilgili Ticaret Kanunu hükümlerinin verdiği olanaklar doğrultusunda esasen şirketin azınlık hissesine sahip ortağa ayrıcalıklı (imtiyazlı) haklar; oy hakkı, yönetime katılmada özel hak, kâr payında özel hak gibi verilebilir. Bir vakıf/dernek veya kamu kurumu/kuruluşu azınlık hisse sahibi

olsa da yönetimde ağırlık sahibi olabilir. Böylece diğer hissedar sayısı arttırılıp toplanacak sermaye ve elde edilecek kara daha çok kişinin katılması sağlanabilir. Hatta “oydan yoksun paylar” oluşturulup sermaye ve kara katılım ne kadar artarsa artsın, bu paylar el değiştirirse değiştirsın şirket yönetimi konusunda belirlenen esaslar değişmez halde tutulabilir.

Bütün bu anlatılanlar karşısında “*ya dernek/vakıf ya da kurum temsilcileri şaibeli işler yaparsa?*” diyebilirsiniz! Burada önemli olan ortakların ve o dernek/vakıf üyelerinin haklarının peşinde olma, gerektiğinde hesap sorma bilincine sahip olmalarıdır. Bu bilince sahip değilseniz ne yaparsanız yapın, hukuki düzenlemelere ne yazarsanız yazın hesap sorulmadığını görecek yöneticiler “şeytana uyabilir”! Unutmamalı ki hukuk, akla, mantığa ve vicdana uygun çözümleri barındırır, önemli olan bu çözümleri talep etmek ve ulaşmak için çaba harcamaktır. Bu çaba bazen mücadeleyi de gerektirir. Hak, armağan ya da ltuf değildir, peşinden koşmak ve vazgememekle elde edilir.