

BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

ORTAK AV. ŞENİZ ULUKÖKLÜ
sulukoklu@egemenoglu.av.tr

Yeni Türk Ticaret Kanunu, yürürlüğe girmeden hemen önce köklü değişikliklere uğraması, bazı hükümlerdeki belirsizlikler ve Kanun gerekçesinin yetersiz olması gibi sebeplerle yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden bu yana ağır eleştirilere konu oldu.

Ancak tüm eleştirilere rağmen Kanun'un ticaret hayatında profesyonellik, şeffaflık ve dünyadaki gelişmelere uyum çerçevesinde getirdiği olumlu yenilikleri de yadsımak olanaksız.

1 Temmuz 2012 tarihinden bu yana artık tek ortaklı anonim şirket kurmak, yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarını elektronik ortamda gerçekleştirebilmek, şirket ortağı olmayan yönetim kurulu üyeleri atayabilmek ve hatta tüzel kişileri doğrudan yönetim kurulu üyesi olarak atayabilmek mümkün kılındı.

SAMAN ORTAKLAR GERİDE KALDI

Uzun yıllardır uygulamada gördüğümüz "saman ortaklar" yeni Kanun ile birlikte geride kaldı. Eski TTK döneminde anonim şirket kuruluşunda hissedar sayısının 5'e tamamlanması; profesyonel bir yönetim

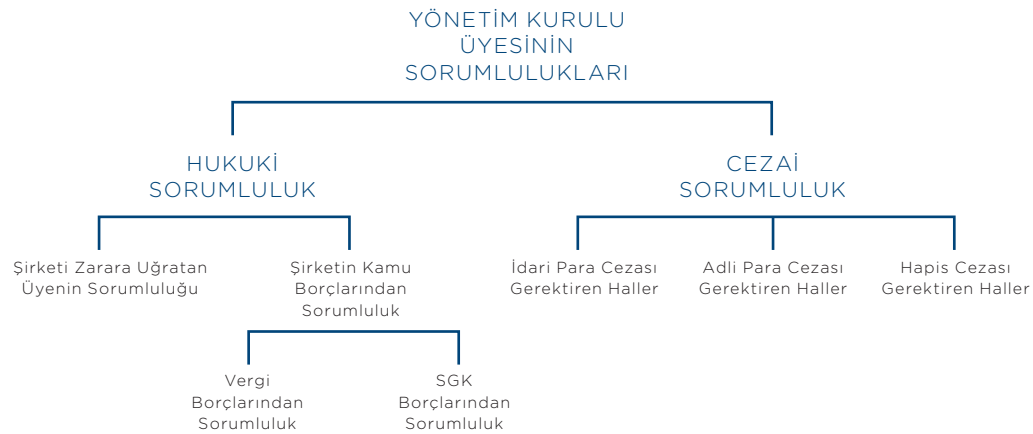
kurulu üyesi atanmak istendiğinde ise bu kişiye sembolik de olsa hisse verilmesi gerekirdi. Şirketin bizzat yönetim kurulu üyesi olması ise mümkün olmadığından, şirketi temsil eden gerçek kişi yönetim kurulunun tüm sorumluluklarını şahsen yüklenmek durumunda kalır, zaman zaman şirketler bu kişilerin arkasına saklanarak sorumluluktan kurtulma yoluna giderlerdi.

Ancak yeni Kanun ile artık bu uygulamaların hiçbirine gerek kalmadı. 1 Temmuz 2012'den sonra yönetim kurulunda şeffaflık ve profesyonellik esaslarına dayalı yeni bir dönem başladı.

BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİ KİMDİR?

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, şirkette pay sahibi bulunmamasına rağmen yönetim kurulu üyesi görevi bulunan gerçek ve tüzel kişiler (şirketler)dir.

Bu kişiler şirket ortağı olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin tüm haklarına sahip oldukları gibi, yönetim kurulu üyeliğinden gelen tüm yükümlülük ve riskleri de üstlenmektedir.



INDEPENDENT BOARD DIRECTORS

ŞENİZ ULUKÖKLÜ, PARTNER
sulukoklu@egemenoglu.av.tr

The new Turkish Commercial Code ("TCC") has been heavily criticized since the very date it took effect on July 1, 2012 due to the radical changes made on the draft text just before the said date as well as the uncertainty of some provisions and inadequate grounds of the Code.

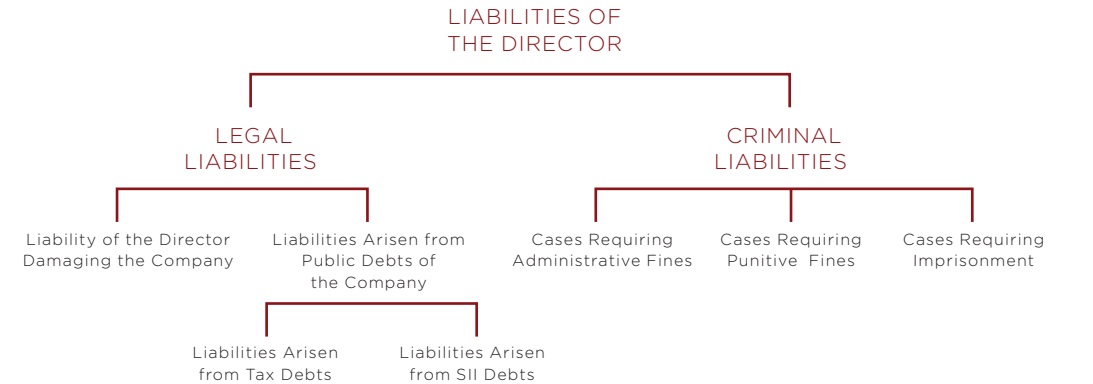
On the other hand, it is an undeniable fact that the Code has introduced a number of favorable novelties in terms of professionalized business life, the transparency and harmonization with the global developments.

Since July 1, 2012, it is possible to establish a one-man simplified joint stock company, convene the Board and General Assembly meetings via the electronic mean, assign non-partners as board members and even to assign legal persons directly as the members of the Board of Directors.

"STRAW PARTNERS" REMAIN IN THE PAST

The "straw partners" which was a common practice for many years now remain in the past with the introduction of the new Code. As per the former TCC, the number of partners had have to be completed to five at the foundation stage of a joint stock company and the professional board member be given a share of the company, even if symbolically. And as the company itself would not possibly be a board member, the real person who represented the company had have to assume entire liabilities of the Board of Directors so that the companies had used to decline their liabilities by hiding behind such real persons.

The new TCC, however, makes all those practices unnecessary. A new period based on transparency and professionalism of the boards has commenced as of July 1, 2012.



Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin üstlendiği yükümlülük ve riskleri hukuki ve cezai sorumluluklar olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür:

HUKUKİ SORUMLULUKTA “FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜL” ESASI

Eski TTK döneminde yönetim kurulu üyeleri yönünden müteselsil sorumluluk esası hakimdi ve örneğin bir sorumluluk davasının 5 yönetim kurulu üyesinden sadece birine yöneltilmesi ve zararın tamamının bu üyeden tahsil edilmesi mümkündür. Bu durumda yönetim kurulu üyesi zararın tamamını tazmin ettikten sonra diğer üyelere kusurları oranında rücu ederek neticede yine kendi kusuru kadar sorumlu olurdu.

Ancak yeni Kanun ile benimsenen farklılaştırılmış teselsül gereği, kusur oranları dava karara bağlanmadan tespit edilerek her bir üye yönünden zararın meydana gelmesindeki kusur oranı ve olayın koşullarına göre kendisine yükletilebilecek ölçüde tazminata hükmedilecektir.

Örneğin, bir zararın doğmasına sebep olacak yönetim kurulu kararında yönetim kurulu üyelerinden biri toplantıya katılmamış ya da olumsuz oy kullanmışsa, bu üye sorumlu olmayacak ve daha sonra geri alacak olsa dahi tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

BAĞIMSIZ ÜYENİN ŞİRKETİN KAMU BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

Yönetim kurulu üyeleri, şirkette pay sahibi olsun ya da olmasın, şirketin vergi borçlarından ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan borçlarından belirli esaslar çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Öncelikle vergi borçlarını ele alalım; yönetim kurulu üyelerinin şirketin vergi borçlarından sorumluluğu için öncelikle borcun tamamının ya da bir kısmının şirketten tahsil edilememiş olması gerekir. Şirkete karşı tüm takip yolları tüketilmeden, yönetim kurulu üyesinin şahsi sorumluluğuna başvurmak mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, vergi borcunun ortaya çıkmasında yönetim kurulu üyesinin bizzat kusurlu olması, başka bir deyişle vergi borcunun üyenin görevi döneminde

ortaya çıkmış olması; üyenin şirketi temsile yetkili olması ve imza yetkisi bulunması gerekmektedir.

SGK borçlarını değerlendirdiğimizde ise, yine ön şart olarak borcun şirketten kısmen veya tamamen tahsil edilememiş olması, yönetim kurulu üyesinin kusurlu olması ve imzaya yetkili olması koşullarının arandığını görüyoruz.

Hem vergi borçları, hem de SGK borçları yönünden önemle belirtmek isteriz ki, yukarıda açıkladığımız “farklılaştırılmış teselsül” esası, kamu borçları yönünden uygulanmamakta, her bir üyenin sorumluluğu kusura dayanan, şahsi, sınırsız ve müteselsil sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

SORUMLULUĞUN SONA ERMESİ

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu da, hissedar yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi, ibra ve/veya zamanaşımı ile sona erer.

Yönetim kurulunun ibrasına genel kurul karar verir. Genel kurulda ibra yönünde oy kullanmış olan hissedarlar ibra ettikleri yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin dava açma haklarını kaybederler. Diğer pay sahiplerinin dava hakları ise ibra tarihinden itibaren 6 ay geçmesiyle düşer.

Önemle hatırlatmak gerekir ki, yönetim kurulu üyelerinin şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren 4 yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla ortadan kaldırılamaz. Ayrıca, kuruluş ve sermaye artırımından doğan sorumluluklar bakımından, esas sermayenin %10'unu, halka açık şirketlerde ise %5'ini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz.

Sorumluluğun zamanaşımı ile sonlanması ise, dava açma hakkı bulunan kişinin zararı ve sorumluyu öğrenmesinden itibaren 2 (iki) yıl, her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten itibaren 5 (beş) yıldır. Ancak, fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.

WHO IS THE INDEPENDENT DIRECTOR (BOARD MEMBER)?

An independent director is a real or legal person assigned as a member of the Board of Directors without holding any shares of the company.

Those directors are not partners of the company but have all the rights of a board member and assume all liabilities and risks intrinsic to the board membership.

Liabilities and risks assumed by an independent director can be reviewed under two main headings namely the legal liabilities and the criminal liabilities.

“DIFFERENTIATED SUCCESSION” IN LEGAL LIABILITY

As per the former TCC, liabilities of the directors were several where, for example, a liability action would be litigated against one of the 5 directors and the entire damages would be collected from that director if the court ordered so. In such cases, the sentenced director would indemnify the damages and then recourse the other directors in proportion with their defaults and therefore would be held liable for his/her own default only.

However, pursuant to the differentiated succession rule introduced by the new Code, default rates shall be determined prior to conclusion of the case and each director shall be held responsible for his/her share of default which has caused the damage taking into consideration the conditions reigned in occurrence thereof.

For example, a director who has not attended the board meeting where the decision that has caused the damage was taken or voted against such decision shall not be held responsible for the damage or participate in the amount of indemnification even if to be reimbursed for such amount later on.

LIABILITY OF THE INDEPENDENT DIRECTOR FOR PUBLIC DEBTS

Directors shall be liable for the tax debts and the debts to the Social Security Institution (SSI) to a specific extent regardless of whether they are the shareholders of the company or not.

As to the tax debts, the company should be in default of paying a part of or the entire tax debt for the directors to be held liable therefor. The directors cannot be personally recoured for collection of the company's tax debts before all other remedies towards the company have been exhausted.

On the other hand, the director should personally be in default in accrual of the tax debt which means that the tax debt should have arisen during the office term of the director and the director should have been authorized to bind and sign on behalf of the company.

And as to the debts to SSI, the company should again be in default of paying a part of or the entire tax debt to SGK and the directors should be in default in accrual of the debt and authorized to bind and sign on behalf of the company.

It should be pointed out in terms of both the tax debts and the debts owed to SSI that the “differentiated succession” rule defined above is not applicable to the public debts where liability of each director should be considered as default-based, personal, unlimited and several.

EXPIRATION OF LIABILITY

Liabilities of an independent director expire upon discharge from liability and/or due to prescription, as is the case for the shareholding directors.

The Board of Directors is discharged from liability at the General Assembly. The shareholders who affirm discharging of the board from liability with their votes lose their right to sue the directors for any of their liabilities. Other shareholders' right of litigation expires after six months following the date of discharge at the General Assembly.

It should be noted here that the liabilities of the directors arisen from the foundation of the company and capital increase cannot be removed by way of compromise and release unless 4 years elapse after the registration date of the company. Furthermore, removal of liabilities arisen from the foundation of the company and capital increase by way of compromise and release cannot be approved at the General Assembly if 10% of the shareholders representing

YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN CEZAI SORUMLULUĞU

Cezai sorumluluk bakımından ikili bir ayırım yapılması mümkündür: idari para cezası gerektiren haller ve adli para cezası gerektiren haller.

Bilindiği üzere, idari para cezaları yalnızca nakdi bir yaptırım olmakla beraber, adli para cezasının ödenmemesinin karşılığı hapis cezasıdır. Hem idari hem adli para cezası, genel olarak yönetim kurulu üyesinin görevini gereği gibi özenli yerine getirmemesi neticesinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Şirket defterlerinin uzman incelemesi halinde faaliyetler, finansal durumlar, işletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişimi izlenebilir ve anlaşılabilir şekilde tutulmaması idari para cezası gerektiren haller arasındayken, denetime yetkili kişiler tarafından talep edilen belgeleri vermemek ya da eksik vermek, yönetim kurulu üyesinin adli para cezası ile karşılaşması ve hatta bu cezanın tamamının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Yönetim kurulu üyesinin bazı işlem ve eylemleri ise hapis cezasını gerektirmektedir. Bu haller; sır saklama yükümlülüğünün ihlali, gerçeğe aykırı belge düzenlemek ve ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapmak, Sermaye hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunmak ve bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vaadiyle halka çağrıda bulunularak para toplamaktır.

Bir yandan şirket yönetme ve temsil etmenin getirdiği itibar ve diğer yandan sonu hapis cezasına dahi varabilecek kadar büyük bir sorumluluk: Yönetim kurulu üyeliği, prestijli olduğu kadar hem hukuki hem de cezai sorumluluk doğurma riski bulunan, büyük bir özenle yerine getirilmesi şart görevlerdendir.

YÖNETİM KURULU YENİDEN YAPILANDIRILDI

Yönetim kurulu üyelerinin artık yalnızca hissedarlar arasından seçilmiyor olması ticaret hukukumuzda devrim niteliğinde bir gelişmedir ve Kanun'un uygulamaya göre şekillenmesinin belki de en güzel örneklerindedir.

Yeni Kanunumuzdaki bu düzenleme, yönetim kurulu üyelerine göstermelik hisse devirlerini ve dolayısıyla işlem kalabalığını ortadan kaldıracak gibi, şirketleri profesyonel yönetim anlayışını benimsemeye itecek ve ülkemizde kurumsallaşmadaki gelişmenin de önünü açacaktır.

the registered capital and 5% of the shareholders of a publicly-held company use dissenting votes.

The prescription period for liability is 2 (two) years following a shareholder granted the right of action becomes aware of the damage and the director liable therefor, and 5 (five) years in any case following the act that led to the damage is performed. However, if the act requires a punishment and therefore is subject to a longer period of prescription as per the TCC, the same period of prescription applies to relevant action for damages.

CRIMINAL LIABILITY OF THE DIRECTORS

To this end, a dual separation can be made in terms of criminal liability: cases requiring an administrative fine and cases requiring a punitive fine.

As is known, an administrative fine is only a sanction payable in cash whereas a punitive fine results in imprisonment if not paid. A combination of an administrative fine and a punitive fine is usually applied when a director fails in performing his/her duties with due care. For example, activities, financial status, origins and progression of transactions found to be unrecorded in a traceable and comprehensible manner as reported by an independent auditor require an administrative fine whereas any failure in delivering the document requested by the government agencies may result in imposing a punitive fine which may be converted to imprisonment of the director if not paid in full.

Some transactions or acts of a director including violation of confidentiality, forgery of official documents, intentional falsification of commercial ledgers, misstatement of capital transactions when founding a corporation and collection monies from the public by giving promises for increasing the corporate capital require imprisonment.

Board membership is a prestigious position requiring utmost care when managing and representing a company as well as assumption of great liabilities which may result in both administrative and punitive fines and even imprisonment.

RESTRUCTURED BOARD OF DIRECTORS

Assignment of non-partners as directors of a company is a revolutionary development in the Turkish commercial law and maybe one of the best examples of shaping the law in the course of practice.

This regulation in our new Commercial Code shall eliminate pious transfers of shares to directors and therefore the backlog of transactions and push the companies to adopt the professional management concept and pave the way for improvement of institutionalization in Turkey.