

client alert

ŞİRKETLER HUKUKU | AFRİKA

TEMMUZ 2014

TİCARET ŞİRKETLERİ VE EKONOMİK ÇIKAR GRUPLARI HAKKINDA REVİZE EDİLMİŞ YEKNESAK KANUN

editörden

François Krotoff
Ortak

Ticaret Şirketleri ve Ekonomik Çıkar Grupları¹ Hakkında Revize Edilmiş Yeknesak Kanun ("**Revize Yeknesak Kanun**") 30 Ocak 2014 tarihinde OHADA² Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmiştir. 17 Nisan 1997 tarihli Yeknesak Kanun'un yerine geçen Revize Yeknesak Kanun, 4 Şubat 2014 tarihli OHADA Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Revize Yeknesak Kanun, 5 Mayıs 2014 tarihinden itibaren OHADA Üye Ülkeleri'nden³ herhangi birinde kurulmuş olan şirketlere uygulanır. Revize Yeknesak Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulan şirketlerin, iki yıl içerisinde esas sözleşmelerini Revize Yeknesak Kanun hükümlerine uygun olarak güncellemesi gerekmektedir. Söz konusu şirketler hakkında, esas sözleşmeleri güncellenene kadar eski Kanun'un hükümleri uygulanmaya devam edecektir.

Revize Yeknesak Kanun ile getirilen değişiklikler üç ana konu üzerinde yoğunlaşmaktadır:

- Yeni bir kurumsal düzen: mevcut *Société Anonyme* ("**SA**"; Anonim Şirket)'in yanı sıra yeni şirket türü olarak *Société par Actions Simplifiée* ("**SAS**"; Basitleştirilmiş Anonim Şirket)'in getirilmesi, Revize Yeknesak Kanun ile meydana gelen şüphesiz ki en büyük değişikliklerden biridir.
- Yeni menkul kıymetler çeşitleri: imtiyazlı hisselerin oluşumu, çalışanlara bedelsiz hisse tahsis etme imkânı ve SAS'a karma menkul kıymetler düzenleyebilme imkânını tanıma, yenilik getirilen bir başka alandır.
- Daha açık hükümler: mevcut hükümler açıklığa kavuşturulmuş ve birtakım önemli değişiklikler yapılmıştır.

Yeknesak Kanun'un şirketlere ilişkin katı uygulaması devam etmektedir. Ancak, bu uygulamalar, bazı durumlarda uygulanan standartlarla aradaki tutarlılığı sağlamak adına hafifletilmiştir. Örneğin, daha önce Yeknesak Kanun hükümlerinin kamu düzeninden olduğunu ve bu sebeple emredici olduğunu (ikame ve ilave hükümler için açıkça izin verilen haller hariç olmak üzere) ifade eden 1997 tarihli Yeknesak Kanun'un 2. maddesi hafif bir değişikliğe uğramıştır. Revize Yeknesak Kanun'un yeni 2. maddesi, esas sözleşmenin, ikame ve ilave

¹ Ekonomik çıkar grupları, benzer ekonomik menfaatler etrafında toplanmış ve bu bağlamda ortak stratejiler geliştirerek çözüm önerileri sunan, birlikte hareket eden birden fazla üyenin meydana getirdiği, çoğunlukla tüzel kişiliği haiz olmayan gruplar olarak nitelendirilebilir.

² L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, 17 Ekim 1993 tarihinde, ülkelerin ticaret hukuku sistemleri ve iş hayatına ilişkin kurumlar arasında bütünsellik yaratmak amacıyla imzalanan bir antlaşma ile kurulmuş ve günümüzde 17 Orta ve Batı Afrika ülkesinin üye olduğu organizasyondur.

³ OHADA Üye Ülkeleri: Benin, Burkina Faso, Çad, Ekvator Ginesi, Fildişi Sahilleri, Gabon, Gine, Gine Bissau, Kamerun, Komorlar Birliği, Kongo Cumhuriyeti, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Mali, Nijer, Orta Afrika Cumhuriyeti, Senegal, Togo.

hükümler için açıkça yetkilendirildiği haller hariç olmak üzere, Revize Yeknesak Kanun'u ihlal edemeyeceği şartını getirmiştir. 1997 tarihli Yeknesak Kanun, SA için bir düzineden fazla olmayan istisna içermektedir.

Bu derecede katı bir tutum, hukuki işlemlerin kesinliğini garantiler niteliktedir. Yeknesak hukuk, iç hukuk kurallarının müdahalesinden etkilenmeyen kurallar bütünü olarak tanımlanır ve bu yüzden şirketler hukukuna dayanak oluşturan medeni hukuk ve ticaret hukuku kurallarından ayrı değerlendirilir. Bu itibarla, Yeknesak hukuk, harici yorum dayanağı olmayan, hâkimin takdir yetkisini kısıtlayan ve ekonomik paydaşlar için hukuki kesinlik sağlayan bir normatif hukuk kuralıdır.

Revize Yeknesak Kanun'a ilişkin olarak aşağıdakileri de eklemek gerekir:

- Revize Yeknesak Kanun, şirketlerin faaliyetleri hususunda hâkimlerin ve iç hukukun rolünü özellikle iki alanda güçlendirmektedir. Öncelikle, şirketlerin gerçekleştirdikleri işlemlerin geçersiz sayılmasına ilişkin olarak, Revize Yeknesak Kanun, bu konuda açık bir kanun hükmünün bulunması veya "genel olarak sözleşmelerin geçersizliğini düzenleyen hükümlerinin" uygulama alanı bulması veya "yetkili mahkeme tarafından emredici addedilen esas sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi" durumunda, söz konusu işlemlerin geçersiz kılınabileceğini öngörmektedir. İkinci olarak, Revize Yeknesak Kanun, hâkim tarafından hükmedilen geçici hukuki koruma önlemleri ve ihtiyati tedbirlere ilişkin, yönetim denetimine ek olarak, yetkili mahkemenin artık iki farklı önleme daha karar verebileceğini öngörmektedir. Şöyle ki, mahkeme, haklarını kötüye kullanan azınlık veya eşit hisselere sahip hissedarları temsil etmek ve "onlar adına oy kullanmak" üzere bir ad hoc (konuya özel) temsilci atanması ve şirketin olağan faaliyeti "imkânsız haldeyken" kurumsal meselelerin yönetimini geçici olarak sağlayan kayyım atanması konusunda yetkilendirmiştir. Bu hükümlerin mahkemeler tarafından ne şekilde uygulanacağı ilgi ile beklenmektedir.
- Buna karşılık, Revize Yeknesak Kanun, hissedarlar sözleşmesi gibi, esas sözleşmenin uygulanmadığı ve dolayısıyla ilgili ülkenin iç hukukunun uygulandığı sözleşmeleri, geçerliliğini kısıtlayarak, bu sözleşmelerin istisnasız olarak Revize Yeknesak Kanun hükümleri ile uyumlu olması gerektiğini öngörür. Ayrıca, Revize Yeknesak Kanun işbu sözleşmelerin uygulanabileceği meseleleri tahdidi olmadan sıralar: hissedarlar arasındaki ilişkiler, şirket organlarının oluşturulması, ticari işlerin yürütülmesi, sermayeye katılım, hisse senetlerinin devri.
- Bir SA'ya uygulanan hükümlerin katı doğasına karşı, bir SAS'a ilişkin hükümler önemli biçimde esnektir ve bu bakımdan, hukukçuların yaratıcılık göstermelerine imkân vermektedir. Ancak, şirketin esas sözleşme hükümlerinden birinin Revize Yeknesak Kanun tarafından onaylanan çerçeveyi aşması halinde, söz konusu hükmün ilgili ülkenin iç hukukunda sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin düzenlemeler uyarınca incelenmesi gerekecektir.

REVİZE YEKNESAK KANUN'DA SAS

Julien David, Ortak ve Simon Auguier, Avukat

SA'nın yanında, Revize Yeknesak Kanun yeni bir çeşit sermaye şirketi yaratmaktadır: *Société par Actions Simplifiée* / SAS. Revize Yeknesak Kanun'un 4-2 Kitap'ı sadece bu yeni hukuki yapıya adanmıştır ve SA hakkındaki Kitap 4'ün hemen ardından gelecek şekilde, Revize Yeknesak Kanun'un çeşitli ticaret şirketi biçimlerini barındıran II. Kısımına eklenmiştir.

SAS, 1994 yılında Fransız hukukuna giren ve sonradan 1999 yılında değiştirilen Fransız eşdeğeri ile birçok benzerlik taşır. OHADA SAS'ı genel olarak Fransız eşdeğerine başarı kazandıran aynı nitelik ve özelliklere sahip, sade, esnek, basitleştirilmiş yönetim biçimi olan, hissedarların kişiliğinin önem kazandığı (*intuitu personae*) bir yapıdır.

SAS, Revize Yeknesak Kanun'un anonim şirkete ilişkin bazı hükümlerine tabi olmasına rağmen (örneğin kuruluş, tasfiye ve sermaye değişiklikleri), birçok yönden SA'dan ayrılır. Sermayenin miktarı ve oluşumu, yönetim çerçevesi ve hukuki temsilin düzenlenmesi ile işleyişi buna dâhildir. SAS'ın önemli özellikleri aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

- **Kuruluş**

Bir SAS gerçek veya tüzel kişiliği haiz bir veya birden fazla ortak tarafından kurulabilir (tek hissedar tarafından kurulabilen SA gibi). Sermayesinin miktarı (aynı zamanda hisselerinin nominal değeri) şirket esas sözleşmesinde serbestçe belirlenebilir ve SA'ya uygulanan asgari 10.000.000 FCFA sermaye tutarı şartına tabi değildir.

Aynı zamanda, herhangi bir şirketi SAS'a dönüştürmek için verilen kararların, söz konusu şirketin bütün ortakları tarafından oybirliğiyle alınması gerekmektedir.

Önemli bir nokta: SA'nın aksine, SAS halka arz edilemez.

- **Yönetim-Faaliyet**

Bir SAS'ın örgütlenmesi, yönetimi ve faaliyetine ilişkin kuralların çoğunluğu ortaklar tarafından esas sözleşmede serbestçe belirlenebilir. Üçten fazla hissedara sahip SA'ların aksine, bir SAS'ın yönetim kurulu bulunmamaktadır ve Şirketin temsili en geniş yetkilere sahip gerçek veya tüzel kişiliği haiz bir Başkan tarafından yürütülmektedir. Buna ilaveten, Şirket yönetimi Başkan ile aynı yetkilere sahip bir veya birden fazla genel müdür ya da genel müdür yardımcısı tarafından desteklenebilir.

Hissedarlar, esas sözleşmede yetki, görev ve sorumluluklarını belirterek, yönetim veya denetim organlarının kurulmasını öngörebilir (yönetim komitesi, yürütme komitesi veya konsey gibi). Ancak, bu organ isimlendirilirken, SA ile karıştırılmaması için "yönetim kurulu" ifadesinin kullanılmamasına dikkat edilmelidir.

- **Hisse devirleri / Esas sözleşme hükümleri**

Revize Yeknesak Kanun hisse ve (aşağıda detayları görüleceği üzere) yeni türden hisse ile menkul kıymetlerin devirleri için şartlar belirlemiştir. Revize Yeknesak Kanun, esas sözleşmede açıkça listelenen belirli durumların meydana gelmesi halinde (SAS'ın tüzel kişi ortağının kontrolünde değişiklik olması gibi) ortakların hisselerini satmak zorunda bırakılabildiği ortaklıktan çıkarılma maddelerinin geçerliliğini kabul etmektedir. Böyle bir düzenlemenin hazırlanması sırasında özel hassasiyet gösterilerek, hakkın kötüye kullanımını önlemek amacıyla, bir ortağın hisselerinin zorunlu satış hallerinin mümkün olduğu kadar belirgin biçimde tanımlanması ve sınırlandırılması gerekir.

Fransa'da ve Fransızca dilinin konuşulduğu Kıta Avrupası hukuku ülkelerinde başarılı sonuçlar vermiş olan bu şirket türünün OHADA hukukuna katılması son derece önemli bir gelişmedir. Şüphesiz ki, SAS yatırımcılar için hızla gelişmekte olan OHADA bölgesinde en çok tercih edilen araçlardan biri olacaktır.

YENİ HİSSE VE MENKUL KIYMETLER

Christophe Eck, Ortak

Revize Yeknesak Kanun, esneklik ve yaratıcılık sağlayan hukuki enstrümanların hayata geçirilmesini sağlayarak, Afrika kıtasının süregelen gelişimi için hayati önem taşıyan yatırımların ihtiyaçlarını karşılayacak kilit bir gelişme olarak görülmektedir.

İmtiyazlı hisseler, karma menkul kıymetler ile çalışanlara bedelsiz hisse tahsisi, Revize Yeknesak Kanun ile getirilen önemli değişiklikler arasındadır. Bu konular açısından, Revize Yeknesak Kanun'un Fransız hukukundan ilham aldığını söylemek doğru olacaktır.

- **İmtiyazlı hisseler**

SA veya SAS'ın kuruluşu sırasında veya kurumsal hayatı boyunca, oy hakkı veren veya oy hakkından yoksun, kalıcı veya geçici olarak belirli haklar sağlayan hisseler yaratılabilecektir. Bu esneklik, şirkete yapılan yatırımın şekillendirilmesinde birçok imkânın değerlendirilmesine izin verecektir.

Revize Yeknesak Kanun, şimdiye kadar sadece hissedarlar sözleşmelerinde yer alan hükümlerin esas sözleşme hükümlerine eklenmesine izin verilmesiyle bu sözleşmelerin hukuki güvenilirliğini pekiştirecektir.

Hissedarlar arasında belirli hakların ve ihtiyaçların tanınmış olması son derece önemlidir. Bu durum, şirketlere, belirli ortaklara çift oy hakkı diğerlerine imtiyazlı temettü hakkı veren hisseler çıkarma, hisse oranına bağlı olmayan kâr payı belirleme, kümülatif kâr payı, yönetim ve denetim organlarında özel temsil hakkı vererek, sermayelerini farklı türden hissedarlara açma şansı vermektedir.

- **Karma menkul kıymetler**

Revize Yeknesak Kanun, sermaye şirketlerinin pay hakkı veya kambiyo senedi edinme imkânı sağlayan menkul kıymetler ihraç edebileceğini öngörmektedir.

Fransız hukukuna benzer olarak ve aynı derecede başarıya sahip olacağını şimdiden öngörerek belirtmek gerekir ki, Revize Yeknesak Kanun, SA ve SAS'a hisse senedine dönüştürülebilir tahvil, sermayeye katılım hakkı veren tahvil, yeni veya mevcut hisseye dönüştürülebilir veya itfa edilebilen menkul kıymetler düzenleme imkânını tanımaktadır. Bu menkul kıymetlerin daha yaygın hale gelmesi finansmanların şekillendirilmesinde oldukça yararlı olacaktır.

Artık girişimciler, yapılandırılmış finansman ve özel fonlara dayanarak (mezzanine finansmanlar, ikinci derecede teminatsız borçlanmalar vs.) iflas, erken geri ödeme, sermayeye katılım ve benzeri durumlarda karma menkul kıymetler ve hisseler arasında hiyerarşi ve öncelik sıralaması oluşturabileceklerdir.

- **Bedelsiz hisse tahsisi**

SA ve SAS'lar, varolan veya çıkarılacak olan hisselerini çalışanların tümüne veya belirli kategorilerdekilerine bedelsiz olarak teklif edebileceklerdir. İmtiyazlı hisse ve karma menkul kıymetler ile ilgili yeniliklere ek olarak, bu imkân da bazı üst düzey yöneticilere karşı sadakat teşviki oluşturulmasına yardım edecektir.

Revize Yeknesak Kanun tarafından yürürlüğe giren bu rejim Fransa'dakine benzerdir.

Bedelsiz hisse tahsisinin, regüle piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde ve sermayelerinde yatırım fonu içeren şirketlerde başarılı bir uygulamaya yol açması beklenmektedir.

SERMAYE ŞİRKETLERİ REJİMİNE İLİŞKİN GETİRİLEN AÇIKLAMALAR VE YENİLİKLER

François Krotoff, Ortak

Revize Yeknesak Kanun hukukçuların uygulamada SA rejimi ile ilgili karşılaştıkları bazı belirsizliklere veya zorluklara son veren birtakım değişiklikler ve yeni düzenlemeler içermektedir.

Bu konuda yapılan en önemli değişiklikler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- **Aynı sermaye artırımı:** Aynı sermaye artırımının değeri bir denetçi tarafından belirlenmelidir. Revize Yeknesak Kanun, genel kurulun daha yüksek bir değere karar vermesi halinde, hissedarların kararlaştırılan değer üzerinden üçüncü kişilere karşı beş yıl süreyle müteselsil olarak sorumlu olacağını öngörmektedir. Her ne kadar sonraki fıkra, söz konusu sorumluluğa ilişkin güvencenin aynı sermaye değerlemesinin yapıldığı zamandaki değer üzerinden sağlanacağını ifade etse de, bu hükmün uygulaması sırasında bazı sorunların ortaya çıkmasına neden olması muhtemeldir.

- **Yönetim Kurulu'nun Oluşumu:** Yönetim Kurulu'nun en fazla %33'ünün hissedar olmayan kişilerden olabileceğine ilişkin kural yürürlükten kaldırılmıştır. Aksi şirketin esas sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça, Yönetim Kurulu üyeleri şirkette hisse sahibi olmak zorunda değildir. Bu değişiklik, şirketlerin yönetimini oldukça rahatlatacaktır. Aynı zamanda 1997 tarihli Yeknesak Kanun'un 494. maddesinin son cümlesinin kapsamı hakkındaki tartışmalara da son verecektir. Bazı yazarlara göre, bu hüküm iki hissedarlı şirketlerde Yönetim Kurulu oluşturulmasını yasaklıyordu. Neyse ki artık böyle bir tartışma ortadan kaldırılmıştır.
- **Hisselerin devri hakkındaki sınırlayıcı maddeler:** Revize Yeknesak Kanun, mevcut onay hakkının yanı sıra, hissedarlara tüm hisse devirlerinde önalım hakkı tanımaktadır. Bu yenilik, doktrin ve uygulamacı hukukçular tarafından yaygın olarak kabul gören çözümü doğrular niteliktedir. Revize Yeknesak Kanun aynı zamanda on yıl ile sınırlı olmak kaydıyla devri sınırlayıcı maddelerin geçerliliğini ve bu yöndeki hükümlere olan meşru ve önemli ihtiyacın varlığını kabul etmektedir. Ayrıca, Revize Yeknesak Kanun, esas sözleşmenin yukarıda bahsedilen maddelerinden birine (onay, önalım, devir sınırlamaları vb.) aykırı olarak gerçekleştirilen SAS hisse devrinin geçersiz sayılacağını vurgulamaktadır. Şüphesiz ki, bu düzenleme sermaye şirketi bünyesinde iş ortaklığı oluşturan yatırımcıları ve hukukçuları rahatlatacak ve hukukun öngörülebilirliğini ve güvenliğini kuvvetlendirecektir.
- **Dikkat çeken diğer hususlar:**
 - Genel müdür yardımcısının (bir yönetim kurulu ve Başkan'ın bulunduğu şirketlerde), genel müdürün (bir yönetim kurulu, Başkan ve genel müdürün bulunduğu şirketlerde) veya genel yöneticinin (*administrateur général*) haklı sebep olmaksızın işten çıkarılması, oluşan zararın tazmin edilmesi sonucunu doğurabilecektir.
 - İlişkili kişilere yönelik sözleşmelerin kapsamı artık şirket sermayesinin en az %10'u oranında hisseye sahip bir hissedarla imzalanan sözleşmeleri, böyle bir hissedarın dolaylı yoldan menfaat sahibi olduğu sözleşmeleri ve sermayesinin %10'undan fazlası bir hissedara ait olan tüzel kişilerle imzalanan sözleşmeleri dâhil etmek üzere genişletilmiştir.
 - Borsada işlem gören veya merkezi kayıt kuruluşuna tevdi edilenler dışında, tüm hisselerin nama yazılı olması gerekmektedir. Hisselere ilişkin asgari nominal değer gerekliliği artık kaldırılmıştır.
 - Yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarına katılımın, belirli şartlar altında, video konferans veya katılanların yetkili olduklarının belirlenmesini sağlayan diğer haberleşme yolları ile yapılmasına olanak tanınmaktadır.

Bu yazımızın içeriği hakkında daha detaylı bilgi veya açıklama edinmek istemeniz halinde, Gide Loyrette Nouel'in İstanbul ofisi ile iletişime geçebilirsiniz.

İLETİŞİM

MATTHIEU ROY

roy@gide.com

ARPAT ŞENOC AK

senocak@gide.com

Güncel hukuki bilgilere web sitemizin News & Insights bölümünden de ulaşabilirsiniz: gide.com

Bu bülten Gide Loyrette Nouel ("**Avukatlık Bürosu**") tarafından hazırlanan ücretsiz ve periyodik elektronik bir duyuru olup Gide'in müvekkili ve iş ortakları için yayımlanmaktadır. Bülten sadece adresine gönderilenlerin kişisel kullanımı içindir ve ele alınan konu hakkında sadece genel nitelikli hukuki bilgi vermeyi amaçlamaktadır. Bülten, hukuki görüş sunmamaktadır ve bu şekilde yorumlanmamalıdır. Gönderilen kişi, kendisine sunulan bilgilerin kullanımından münhasıran sorumludur ve Avukatlık Bürosu söz konusu kullanımdan doğacak doğrudan veya dolaylı hiçbir zarardan sorumlu tutulamaz. İletişim birimimizin işleme tabi tuttuğu kişisel verileriniz ile ilgili olarak, her zaman erişim, düzeltilme veya silinme talebinde bulunabilirsiniz. (privacy@gide.com).