

**YENİ TÜRK TİCARET KANUNU İLE
GETİRİLEN BİR YENİLİK:
“PAY SAHİPLERİNİN (ORTAKLARIN) ŞİRKETE
BORÇLANMA YASAĞI” (TTK. m. 358)**
A NEW REGULATION INTRODUCED BY THE NEW TURKISH
COMMERCIAL CODE: “PROHIBITION OF BORROWING TO
COMPANY OF SHAREHOLDERS (PARTNERS)” (TCC. Art. 358)

Ahmet TAMER*

Özet: 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile getirilen yeniliklerden biri de şirkete borçlanma yasağıdır. Bu yasak genel olarak, şirketin malvarlığını koruyarak, şirketin devamlılığını sağlamayı amaçlamaktadır. Şirkete borçlanma yasağı, öngördüğü temel yaklaşım bakımından, şirket (sermaye şirketi) denilen tüzelkişiliği haiz varlığı, onun ortaklarının ve yönetenlerinin kişiliğinden ayırmayı ve bu sayede profesyonel bir şirket işleyişini sağlamayı esas almaktadır. Bu kapsamda kanun koyucu söz konusu yasağı, pay sahipleri (ortaklar) ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından ayrı hükümlerde (m. 358 ve m. 395/2) düzenlemeyi tercih etmiştir. Kamuoyunda daha çok tartışılması dolayısıyla bu makalenin konusunu, pay sahiplerinin (ortakların) şirkete borçlanma yasağı (m. 358) oluşturmaktadır. Söz konusu hükümde pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri iki koşula bağlanmıştır. Şirkete borçlanma yasağı kapsamında “borçlanma” kavramı özel bir önemi haizdir. Şirkete borçlanma yasağı konusunda 6335 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, konunun çeşitli açılardan yeniden ele alınması ve düzenlenmesi yararlı olacaktır. Zira mevcut düzenlemeler, şirkete borçlanma yasağı getirilmesi ile ulaşılmak istenen amaçlara yeterince hizmet etmemektedir. Bu kapsamda özellikle pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri (pay sahibi olsun veya olmasın) arasında ayırım yapılarak, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır sonuçlar bağlanması uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Borçlanma, Şirkete Borçlanma Yasağı, Pay Sahibi

* Kalkınma Bakanlığı, Planlama Uzmanı (atamer@dpt. gov. tr).

Abstract: One of the new regulations introduced by the new Turkish Commercial Code No. 6102 is the prohibition of borrowing to company. This prohibition, in general, aims to provide the continuity of company by protecting the company's assets. Prohibition of borrowing to the company, basically is predicated on contradicting the company (stock corporation) which has a legal personality, from its shareholders' and managers' personality and thus ensures a professional management of the company. In this context the legislator has chosen to formulate this prohibition in separate articles with regard to the shareholders (partners) and board members who are not shareholders (art. 358 and art. 395/2). Prohibition of borrowing to company by shareholders' (partners) (art. 358) constitutes the subject of this study because of the so much discussion in the public. That provision envisages two conditions for borrowing of shareholders to company. Within the scope of the prohibition of borrowing to company the concept of "borrowing" has special significance. Although there are significant changes put into effect by the Law No. 6335 with regard to prohibition of borrowing, it would be useful to reconsider and propose new changes for the subject from several aspects. Since, the present form of the regulations fails to serve adequately the objectives to be achieved by the introduction of the prohibition of borrowing to company. In this context, it would be appropriate to envisage more severe legal sanctions for board members, in particular by the making distinction between shareholders and board members (whether or not shareholders).

Key Words: Borrowing, Prohibition of borrowing to company, Shareholders

1. Genel Olarak

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, ticari hayatı yakından ilgilendiren pek çok hüküm içermekte ve bu yönüyle toplumun tamamını ilgilendiren temel bir kanun niteliği taşımaktadır. Kanunun genel gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun böylesine temel bir kanunu değiştirirken, ticari iş ve işlemlerin daha hızlı gerçekleştirilmesi, ticari hayatın kolaylaştırılması ve bu alandaki esneklik ve şeffaflığın sağlanması gibi bazı temel amaçları gözettiği anlaşılmaktadır. Şüphesiz bu amaçlara ulaşıp ulaşılamayacağını uygulama ve zaman gösterecektir. Ancak görülen o ki, bu alandaki tartışmalar daha uzunca bir süre devam edecektir. Yeni kanunla, bir yandan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu hükümleri revize edilmekte ve uygulamacıların daha

kolay anlayabileceği bir dile çevrilmekte, diğer taraftan da günün koşullarının gerektirdiği birtakım yeni hükümlere yer verilmektedir. Bu yeni hükümler arasında şirketler hukuku ile ilgili olanlar önemli bir yer tutmakta ve özellikle şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci madde ile 395 inci maddenin ikinci fıkrası dikkat çekmektedir.

Kanunkoyucu, 6335 sayılı Kanun¹la yapılan değişikliklerden önce, şirkete borçlanma yasağını, “görev (yönetim kurulunda görev alıp alma)” noktasında ikiye ayırarak “pay sahipleri” ve “yönetim kurulu üyeleri” için ayrı ayrı maddelerde ele almaktaydı. Ancak bu düzenlemelerde öngörülen hükümler birarada değerlendirildiğinde, bunların şirkete borçlanma yasağı getirilmesindeki amaçlara tam olarak uygun düşmediği görülmüyordu. Zira pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci madde, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395 inci maddenin ikinci fıkrasından daha ağır bir sonuç içeriyordu. Gerçekten daha sonra da açıklanacağı üzere, 358 inci maddenin yaptırımı kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle söz konusu işlemin geçersizliği iken, 395 inci maddenin ikinci fıkrasının yaptırımı şirket borçları sebebiyle şirket alacaklılarının borçlanılan tutar kadar bu kişileri doğrudan takip edebilmeleri idi.

Hâlbuki şirkete borçlanma yasağı getirilmesindeki temel düşünce, şirketle yakından ilgili kişilerin şirketle yapacakları birtakım iş ve işlemlerle şirkete (özellikle şirketin ekonomik varlığına) zarar vermelelerinin önlenmesi ve dolayısıyla şirketin devamına (sürdürülebilirliğine) yönelebilecek risklerin baştan ortadan kaldırılmasıdır. Şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu üyeleri bakımından bu tür riskli işlemlerle şirkete zarar verilmesi ihtimalinin daha yüksek olduğu bir gerçektir. Başka bir ifadeyle şirkete borçlanma yasağı getirilmesi, şirketin yönetimi ve temsilinden sorumlu olan kişiler için hayatın olağan akışı içerisinde daha kabullenebilir (hak verilebilir) bir durumdur. Bu nedenle önceki düzenlemelerde, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağının pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına göre daha ağır (sıkı) kural ve yaptırımlara bağlanması gerekirken, tam tersi bir durum yer almaktaydı.

1 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 30/06/2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

İşte bu hususu gözönüne alan 6335 sayılı Kanun (m. 17), şirkete borçlanma yasağını, "görev" esasına yerine, "pay" esasını temel alarak düzenlemiştir. Bu çerçevede 395 inci maddenin ikinci fıkrası hükmünün kapsamı, bütün yönetim kurulu üyeleri yerine, yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları ile sınırlanmıştır. Dolayısıyla artık pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri de tıpkı yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahipleri gibi 358 inci maddeye tabi olacaktır. Şu halde hâlihazırda şirkete borçlanma yasağını düzenleyen maddelerden 358 inci madde "pay sahipleri (yönetim kurulu üyesi olsun veya olmasın)" bakımından şirkete borçlanma yasağını düzenlerken, 395 inci maddenin ikinci fıkrası ise "pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri" ve "pay sahibi olsun veya olmasın bütün yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları" için aynı konuyu ele almaktadır.

Ancak bu kez aşağıdaki noktalarda daha sıkıntılı bir durum ortaya çıkmaktadır:

- a) Bir defa, yönetim kurulu üyesi olsun veya olmasın bütün pay sahiplerinin aynı hükümlere (m. 358'e) tabi tutulması, yönetim kurulu üyeleri hakkında daha ağır hükümlerin getirilmesi gerektiği düşüncesi ile bağdaşmamaktadır.
- b) Ayrıca şirkete borçlanma yasağının müeyyideleri konusunda herhangi bir değişiklik yoktur. Önceden olduğu gibi mevcut halde de şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde, 358 inci madde bakımından kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle geçersizlik gündeme gelirken, 395 inci maddenin ikinci fıkrası şirkete borçlanan kişinin şirket borçları nedeniyle şirket alacaklıları tarafından doğrudan takibini öngörmektedir. Hal böyle olunca, yönetim kurulu üyelerini pay sahibi olan ve olmayan şeklinde ikiye ayırmak ve daha sonra da pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri

2 Burada sözü edilen yakınlar konusunda Türk Ticaret Kanununun 393 üncü maddesine atıf yapılmıştır. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan "eşi", "alt veya üst soyundan biri" ve "üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın husımları", bu madde kapsamında şirkete borçlanma yasağına tabidir. 6335 sayılı Kanundan önce yönetim kurulu üyelerinin "kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri" ve "en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri" de bu yasak kapsamında iken, 6335 sayılı Kanun bunları yasak kapsamından çıkarmıştır.

için daha ağır bir sonuç bağlamak kolay açıklanabilir bir durum değildir. Zira şirketin temsili ve yönetilmesi konusunda yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olup olmaması büyük bir önem taşımaz. Pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri yapacakları borçlanma işlemleriyle şirket malvarlığını ne kadar riske sokabileceklerse, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri de yapacakları borçlanma işlemleriyle şirketi o derece riske sokabilirler. Ayrıca normal şartlarda bir kimsenin pay sahibi olduğu şirkete manevi olarak daha bağlı olacağı, bu nedenle ortağı olan şirketin zarar görmesini istemeyeceği de bir gerçektir. Bu bakımdan, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerine nazaran, yapacakları borçlanma işlemleriyle şirketi riske sokma ihtimalinin daha fazla olduğu dahi savunulabilir.

- c) Bunun yanısıra yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine nazaran daha ağır sonuçlara tabi kılınması da yönetim kurulu üyeleri hakkında daha ağır hükümlerin getirilmesi gerektiği düşüncesine uygun düşmektedir.
- d) Öte yandan ne şirketin ortağı ne de şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu halde, yönetim kurulu üyelerine yakınlıkları sebebiyle bazı kişiler hakkında da şirkete borçlanma yasağının öngörülmesi anlaşılabilir bir durumdur. Hatta şirkete borçlanma yasağı altındaki yönetim kurulu üyelerinin, kanunun hükmünü dolanmak amacıyla, gerçekte kendileri borçlandığı halde kendilerine yakın kimseleri şirkete karşı borçlanmış gibi göstermeleri ihtimali karşısında, bu kişilere yakın bazı kişiler hakkında da şirkete borçlanma yasağının getirilmesi gerektiği dahi savunulabilir. Nitekim 395 inci maddenin ikinci fıkrasında, pay sahibi olsun veya olmasın (herhangi bir ayırım yapılmaksızın) bütün yönetim kurulu üyelerinin yakınları için şirkete borçlanma yasağı öngörülmüştür. Ancak pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri 358 inci maddeye tabi iken, bunların pay sahibi olmayan yakınlarının 395 inci maddenin ikinci fıkrasına tabi kılınması ilginçtir. Zira pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri, yaptırımını nispeten daha yumuşak olan 395 inci maddenin ikinci fıkrasını işletmek (bir bakıma kanunu dolanmak) için, şirkete borçlanma işlemlerini pay sahibi olmayan yakınları aracılığıyla yapabilir.

Pay sahipleri bakımından şirkete borçlanma yasağı her ne kadar anonim şirketleri düzenleyen hükümler arasında yer alsada dahi, kanundaki açık yollama (m. 644/1-b) sebebiyle, bu yasağın limited şirket ortakları bakımından da geçerli olacağı açıktır. Hatta önceden (kanunun ilk halinde) Türk Ticaret Kanunu'nun 644 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, yalnızca anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının (m. 358) limited şirketlerde de uygulanacağı belirtilmişken, daha sonra 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanmasına³ ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümlerinin de limited şirketler bakımından müdürlerinin yakınları için geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Böylece kanunkoyucu tarafından iki şirket türü arasındaki benzerlikler dikkate alınarak, şirkete borçlanma yasağı konusunda anonim ve limited şirketlerde aynı hukuki rejim benimsenmiştir.

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağı (m. 395/2) Kanun'da daha ayrıntılı düzenlenmekle birlikte, kamuoyunda pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı (m. 358) kadar tartışılmamaktadır. Zira 395 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü nispeten daha az sayıda kişiyi ilgilendirirken, 358 inci madde hükmü daha fazla kişiyi etkilemektedir. Özellikle 6335 sayılı Kanun'la 395 inci maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle hükmün kapsamının, yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları ile sınırlanması, 358 inci maddenin uygulama alanını, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerini de içerecek şekilde daha da genişletmiştir. Dolayısıyla pay sahipleri bakımından özellikle ortak sayısı fazla olan şirketler (örne-

3 Belirtmek gerekir ki, Türk Ticaret Kanununun 6335 sayılı Kanunla değişik 644 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, limited şirket müdürlerinin yakınlarının şirkete borçlanma yasağı ile ilgili olarak 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine atıf yapılırken, söz konusu kişilerin "şirkete borçlanma yasağı"ndan söz edileceği yerde "şirkete borçlanması"ndan söz edilmesi kanun yapma tekniği bakımından eleştirilebilir. Zira 395 inci maddenin ikinci fıkrasında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve yakınlarının "şirkete borçlanması" değil, "şirkete borçlanma yasağı" düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemede, olumlu bir durum (borçlanma) değil, olumsuz bir durum (borçlanma yasağı) hükme bağlanmaktadır.

ğin halka açık şirketler) gözönüne alındığında, uygulanması oldukça zor olacak ve pek çok kişiyi etkileyecek olan böyle bir yasağın kamuoyunda ve bilim çevrelerinde daha yoğun şekilde tartışılmasını doğal karşılamak gerekir.

Hemen belirtelim ki, her ne kadar pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı daha ön planda tartışılrsa da bu konuyu kaleme alan bilimsel çalışmalara rastlamak pek mümkün değildir. Bu nedenle bu makalede, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci madde ve bu kapsamda özellikle “borçlanma” kavramı incelenecektir. Ancak konuyu açıklamaya başlamadan önce, şirkete borçlanma yasağı konusunda gelinen aşamanın daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, söz konusu müessesenin kanundaki ilk düzenleniş hali hakkında kısaca bilgi verilecektir.

2. 6335 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Önceki Düzenleme

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 358 inci maddesi, ilk halinde pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını şu şekilde düzenlemekteydi: “İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.”⁴. Görüldüğü üzere kanunkoyucu pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını kural şeklinde düzenlemekte ancak bu kurala iki tane istisna öngörmekteydi.

Bu istisnalardan ilki, iştirak taahhüdünden doğan borçlardı. Buna göre gerek şirketin kuruluşunda gerekse de sermayenin artırılması sırasında pay sahipleri (ortaklar) tarafından şirkete ödenmesi taahhüt edilen borçlar bu yasak kapsamına dâhil değildi. Böylece pay sahiplerinin şirkete ortak olmaktan kaynaklanan asli borçları, işin mahiyetine uygun ve zorunlu olarak, yasak kapsamı dışında bırakılmıştı.

4 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 395 inci maddesinin ikinci fıkrası ise ilk halinde yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını şu şekilde düzenlemekteydi: “Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi halde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.”.

İkinci istisna türü ise şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bir işlemde doğan ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulan⁵ borçlardı. Şirkete borçlanma yasağı konusunda "borçlanma" kavramı ile birlikte uygulamada en çok tartışılan husus bu istisna idi. Zira hükmün lafzı dikkate alındığında, bir borcun yasak kapsamının dışında kalabilmesi için, hem "şirketin işletme konusu ile ilgili olması" hem de "işlemi yapan ortağın ticari işletmesini ilgilendirmesi" gerekmektedir. Zira madde metninde kullanılan "ve" ibaresi, bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiğini göstermekteydi. Buna göre, şirketin işletme konusunun dışında bir işlemle yapılacak borçlanmalar, bu borç emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsa dahi yasak kapsamında olacaktı. Ayrıca bir gerçek kişi ortağın özel amaç taşıyan (ticari işletmesi ile ilgili olmayan) bir işlem ile şirkete karşı borçlanması halinde de bu borç emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsa dahi yasak kapsamında olacaktı. Örneğin mobilya imalatı yapan bir şirketin ortağı, bu şirketten piyasa fiyatı üzerinden mağazasında satılmak üzere değil, evinde kullanmak üzere mobilya alırsa, bu işlem de yasak kapsamında olacaktı. Hatta bir pay sahibinin ticari işletmesi yoksa bu istisnadan hiçbir şekilde faydalanması mümkün olmayacaktı.

Görüldüğü üzere bu ikinci tür istisnanın uygulanması bakımından, madde metninde şirkete borçlandırıcı işlemin, "şirketin işletme

5 Belirtmek gerekir ki, bu istisna bakımından, söz konusu borcun "emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulması" olmazsa olmaz (sine qua non) bir koşuldur. Dolayısıyla şirketle iş yapan ortak olmayan kişilere uygulanan şartların, şirketle iş yapan pay sahiplerine de uygulanması zorunlu idi. Ancak kanaatimizce burada mutlak bir eşitliği de aramamak gerekiyordu. Zira bir kimse şirkete ortak olurken genellikle malvarlığından bir kısmını şirkete devretmeyi üstlenmekte ve bazı riskler almaktadır. Tüm bu iş ve işlemler sırasında kişi ortağı olduğu şirketten istifade edeceği yönünde haklı bir beklenti içerisine girmektedir. Bu nedenle ortak olan bir kimsenin ortak olmayan bir kimseye göre ortağı olduğu şirketten makul ölçülerde daha fazla yararlanması (makul olmak şartıyla daha hafif şartlara tabi kılınması) doğal karşılanmalıydı. Nitekim 358 inci maddede borcun, sadece "aynı hükümlere" tabi tutulmasından değil, "benzer hükümlere" tabi tutulmasından da söz edilmesi de bu yorumumuzu güçlendirmektedir. Bu nedenle hükmün gerekçesinde belirtilenin aksine, makul ölçülerde kalmak (ve bu ölçüyü dar yorumlamak) şartıyla, pay sahiplerine diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınmasını, hükme (m. 358'e) aykırılık olarak değerlendirmemek gerekirdi. Bu kapsamda pay sahibine tanınacak yumuşak (hafif) şartların makul ölçülerde olup olmadığı hususunu somut olayın koşullarına göre takdir ve tespit etmek gerekirdi.

konusuna girmesi" yanında, ayrıca "*pay sahibinin ticari işletmesi gereği olarak yapılmış olması*" şeklinde bir anlamın verilmesi son derece isabet-siz olmuştu⁶. Zira burada bir kimsenin, herkesle eşit koşullar altında şirket faaliyetlerinden yararlanabilecekken, sırf "*bu şirkete ortak olması sebebiyle ortağı olduğu şirketten faydalanamaması*" gibi garip, adaletsiz ve hatta mantıksız (anlamsız) bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Dolayısıyla 358 inci maddenin yukarıda belirtildiği şekilde uygulanması, şirkete ortak olmayı "*teşvik edici*" değil, "*cezalandırıcı*" bir etkinin ortaya çıkmasına neden olacaktı. Hâlbuki hükmün gerekçesinde, borçlanma yasağına istisna getirilirken, bu yasağın katı bir şekilde uygulanmasından doğacak haksızlıklara engel olunmasının amaçlandığı belirtilmekteydi⁷. Bu nedenle hükmün amacı gözönüne alınarak, burada geçen "*ve*" ibaresinin "*veya*" olarak algılanması gündeme gelecekti. Buna göre, emsalleriyle (yani ortak olmayan kişilerle) aynı veya benzer şartlara tabi tutulmak şartıyla, "*şirketin işletme konusu ile ilgili olan*" veya "*işlemi yapan ortağın ticari işletmesini ilgilendiren*" bir işlemten kaynaklanan borçları yasak kapsamının dışında saymak gerekirdi.

Öte yandan yeni Türk Ticaret Kanunu ile *ultra vires* prensibi ortadan kalktığından, bir ortağın, emsalleriyle (yani ortak olmayan kişilerle) aynı veya benzer şartlara tabi tutulmak şartıyla, şirketin işletme konusunun dışındaki işlemler bakımından da şirkete borçlanabilmesi gerekirdi. Aksi halde yukarıda olduğu gibi bir kimsenin, herkesle eşit koşullar altında şirket faaliyetlerinden yararlanabilecekken, sırf bu şirkete ortak olması sebebiyle ortağı olduğu şirketten faydalanamaması gibi adaletsiz bir sonuç ortaya çıkacaktı. Bu nedenle hükümde geçen "*şirketin işletme konusu*" ibaresini, "*şirketin yapacağı her türlü işlem*" şeklinde geniş olarak yorumlamak uygun olacaktı.

6 **KENDİGELEN, Abuzer:** Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 208.

7 Ne var ki gerekçede önce hükmün temel amacı bu şekilde açıklandıktan sonra, "*... işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye (tamamen güven esasına dayalı olarak, kesin satış tarihinden önce mal gönderilmesi yöntemi) veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır.*" denilmek suretiyle, az evvel sözü edilen amaca aykırı biçimde (bu amacı tam sağlamayacak şekilde) dar bir düzenleme yapılmıştı. Zira bu ifade, kanun koyucunun gerçek kişi ortağın özel amaç taşıyan (ticari işletmesi ile ilgili olmayan) bir işlem ile şirkete karşı borçlanması hususunu, bu borç emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsa dahi yasak kapsamına almak istediği (dolayısıyla bu adaletsiz durumu kabul ettiği) şeklinde sakıncalı olarak da yorumlanabilirdi.

3. Mevcut (6335 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikten Sonraki Düzenleme

Söz konusu 358 inci maddenin yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe girecek olması halinde, yukarıda belirtilen şekilde uygulamada yaşanabilecek birtakım sorunların önüne geçmek amacıyla, 6335 sayılı Kanun'la pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı yeniden ele alınmıştır. Buna göre, hâlihazırda yürürlükte olan yasal düzenleme (m. 358) şu hükmü içermektedir: "*Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.*".

Görüldüğü üzere kanunkoyucu, konuyu düzenleme tarzı itibarıyla önceki düzenlemeden farklı bir esas kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle kanunda yapılan değişiklikle pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, "*önce konuya ilişkin kuralı ortaya koyma daha sonra ise bu kuralın istisnalarını belirtme*" şeklinde değil, "*şarta bağlı şekilde*" düzenlenmiştir. Şu halde pay sahipleri aşağıdaki şartlar gerçekleşmedikçe şirkete borçlanamayacaktır.

- a) Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmesi (ödenmesi)
- b) Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması

Yeni düzenlemede dikkat çeken başka bir husus ise daha önce de değinildiği üzere, 395 inci maddenin ikinci fıkrasının kapsamının yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarına hasredilmesi⁸ sebebiyle, 358 inci maddenin pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri için de uygulanacak olmasıdır.

8 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 6335 sayılı Kanunla değişik (hâlihazırda yürürlükte olan) 395 inci maddesinin ikinci fıkrası şu hükmü içermektedir: "*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını deoralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.*".

4. Borçlanma Kavramı ve Yasağın Kapsamı

Yukarıda açıklandığı üzere kanunkoyucu 358 inci maddede pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarını yasaklamaktadır. Bu nedenle söz konusu hükümde geçen “borçlanma” tabirinin açıklığa kavuşturulması büyük önem taşımaktadır. Borçlanma kavramı, kelime anlamı itibarıyla, “karşılığını sonra vermek şartıyla birinden para veya bir şey alma” anlamına gelmektedir⁹. Dolayısıyla borçlanma, kişiyi belirli bir süre sonunda yerine getirilmesi gereken bir “ifa yükümlülüğü” altına sokmaktadır. Bu yönüyle aslında borçlanma, bir tür “taahhüt” manasına gelmektedir.

Kanunkoyucu, hukuki dayanağı kanunda gösterilen menfaatler (ücret, kâr payı, avans, faiz, kira, sermayenin azaltılması gibi) –ki bunlara meşru ödeme araçları diyebiliriz- dışında, şirket kasasından pay sahiplerine herhangi bir menfaat sağlanmasının önüne geçmeyi (engellemeyi) amaçlamıştır. Buna göre pay sahipleri, ortağı oldukları şirketle, kendilerini şirkete karşı ifa yükümü (borç, taahhüt) altına sokan herhangi bir işlem yapamayacaklardır. Örneğin pay sahipleri, şirketten para çekemeyecek veya şirkete karşı kendilerini borç altına sokacak bir sözleşme (örneğin satım sözleşmesi) de yapamayacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki her türlü “taahhüt” niteliğindeki işlem, 358 inci madde anlamında “borçlanma” kavramının kapsamına girmez. Zira borçlanma kavramı özünde, sonradan (belirli bir süre sonunda) iade edilmek üzere, bir menfaatin kişinin hukuki tasarruf alanından çıkarılarak başka bir kişinin hukuki tasarruf alanına dahil edilmesini gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle borçlanma niteliğindeki taahhütler bakımından, söz konusu değer şirketin malvarlığından çıkarılması zorunludur. Nitekim hükmün gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun bu yasağı öngörürken şirketin malvarlığı değerlerini korumayı amaçladığı görülmektedir. Bu bakımdan şirketin hukuki tasarruf alanından çıkmayan menfaatler yönünden bu yasağın uygulanması mümkün değildir. Örneğin bir pay sahibinin ortağı olduğu şirketin bir taşınmazını kiralaması 358 inci madde kapsamında yasak değildir. Zira her ne kadar kira sözleşmesinde de kiracı (pay sahibi) belirli bir borç (kira sözleşmesi sonunda taşınmazın kiralayanın zilyetliğine terki taahhüdü) altına girse bile, kiralayanın (şirketin) kira konusu taşınmaz üzerindeki hukuki tasarruf yetkisi sona ermemektedir. Kira sözleşme-

9 Türk Dil Kurumu Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.4fc77e0ebc9557.08132451 (Erişim Tarihi: 31/05/2012)

si, kira konusunun mülkiyetini değil, yalnızca zilyetliğini devretmeyi esas alan bir sözleşmedir. Diğer bir ifadeyle kira sözleşmesi ile birlikte kiralayan, belli bir süre için kira konusunun mülkiyetini (mülkiyet hakkını) değil, sadece zilyetliğini (fiili elde bulundurma hakkını) kaybetmektedir. Şu halde 358 inci maddedeki borçlanma yasağının uygulanabilmesi için, ortada şirketin malvarlığını etkileyen bir taahhüt bulunmalıdır. Bu nitelikteki bir taahhüt bulunduktan sonra ise bu taahhüdün türü, amacı, kapsamı önemli değildir.

Nitekim bu yasağın uygulanması bakımından, borçlanma konusunun nakit veya ayın (para dışında herhangi bir şey) olması önemli değildir. Başka bir ifadeyle 358 inci madde bakımından, -borçlanma konusunun çoğu zaman belli bir meblağın ödenmesi olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte- borçlanma konusunun türü herhangi bir önem taşımamaktadır. Pay sahibi, para dışında belirli bir mal veya hizmeti yerine getirmeyi üstlense dahi bu işlem de yasak kapsamındadır. Örneğin pay sahibinin şirketin malvarlığından temin ettiği bir menfaat karşılığında, bir malı piyasadan alıp şirkete vermeyi üstlenmesi (mal borçlanması) veya şirkete ücret almaksızın belirli bir süre çalışmayı taahhüt etmesi (hizmet borçlanması) 358 inci madde kapsamında yasaktır.

Aynı şekilde borçlanma işlemine dayanak teşkil eden menfaatin türü de önemli değildir. Pay sahibi şirketten para (nakit) şeklinde menfaat sağlayabileceği gibi, paradan başka bir menfaat (örneğin mal) de sağlayabilir. Bu nedenle pay sahibi şirketten ne tür bir menfaat sağlamış olursa olsun yine de söz konusu borçlanma yasak kapsamına girecektir. Bu noktada pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları için farklı bir durumun olduğunu belirtmek gerekir. Zira 395 inci maddenin ikinci fıkrasında şirkete yalnızca "nakit" borçlanılamayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu hükmün mefhum-u muhalifinden (karşıt anlamından), pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete konusu nakit olmayan değerler bakımından (örneğin mal) şirkete karşı borçlanabilecekleri anlamı çıkmaktadır. Şüphesiz bu durum, pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından eşitlik prensibine aykırı olduğu gibi, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır şekilde şirkete borçlanma yasağı öngörülmesi fikriyle de ters düşmektedir.

Bunun yanı sıra ortağın pay durumu ve borçlanılan tutar (ekonomik değer) da önemli değildir. Buna göre şirketin en büyük ortağının ortağı

olduğu şirkete 1. 000. 000 (bir milyon) TL. tutarında borçlanması yasak olduğu gibi, şirketin en küçük ortağının ortağı olduğu şirkete 1 (bir) TL. tutarında borçlanması da bu yasak kapsamındadır. Ayrıca şirkete karşı kendisini borçlu kılan işlemde ortağın kişisel bir yarar sağlayıp sağlamaması (menfaat elde edip etmemesi) da önemli değildir. Şirkete borçlanma işlemini gerçekleştiren pay sahibinin kendisi bu işlem sebebiyle herhangi bir menfaat elde etmemiş olsa dahi yine de yasak gündeme gelecektir. Dolayısıyla 358 inci madde kapsamında pay sahipleri, ortağı oldukları şirketle üçüncü kişi lehine bir sözleşme de yapamayacaktır.

Öte yandan 358 inci maddenin gerekçesinde, şirketlere verdikleri zararların artması sebebiyle, pay sahiplerinin *“birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmaları”*, *“kişisel harcamalarını şirket kasasından yapmaları”* ve *“şirketten para çekmeleri”* gibi ticari hayatta yaygın olan birtakım uygulamaların engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir¹⁰. Böylece burada kanun koyucu, - yukarıda çeşitli vesilelerle izah edildiği üzere- ortakların şirketin malvarlığından (nakit değerden veya şirketle ilgili başka bir maddi unsurdan) yararlanmak suretiyle, şirket malvarlığının azalması (şirketin içinin boşaltılması) riskini ortadan kaldırmak istemiştir. Başka bir ifadeyle 358 inci maddede yasaklanan husus, ortakların borçlanmalar yoluyla şirket kaynaklarından yararlanmasıdır (menfaat teminidir). Dolayısıyla şirket malvarlıklarının ortaklar tarafından amacı dışında kullanılmasını engellemek ve böylece şirket malvarlığını bu tür fiil ve risklerden korumak m. 358'in temel amacıdır.

Bu nedenle şirket malvarlığının azalması riskinin doğmayacağı işlemler bakımından, pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanabilmeleri gerekir. Başka bir ifadeyle şirket malvarlığının azalması konusunda risk oluşturmeyen borçlanma mahiyetindeki işlemler bakımından 358 inci madde uygulanmaz. Dolayısıyla pay sahibine tek taraflı olarak borç yükleyen sözleşmeler bakımından herhangi bir yasak söz konusu değildir. Örneğin pay sahipleri bir malı şirkete bağışlayacağı konusunda borç altına girebilmelidir. Çünkü böyle bir durumda (pay sahibi ile şirket arasında bağışlama sözleşmesi yapılması halinde), her ne kadar pay sahibi şirkete karşı bir taahhüt altına girse dahi, kanunun gerekçesinde belirtilen risklerin oluşması mümkün değildir, bilakis şirketin lehine bir durum söz konusudur.

10 Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Erişim Tarihi: 01/06/2012).

Aynı şekilde borcun nakli durumlarında da yasağın uygulanması gerekir. Zira bu yasağın getiriliş amacı, şirkete borçlandırıcı işlemi ilk olarak pay sahiplerinin başlatmasının engellenmek istenmesidir. Söz konusu borçlandırıcı işlemi pay sahibi dışındaki bir kimsenin başlatmış olması artık 358 inci madde hükmünü devre dışı (etkisiz) bırakacaktır. Bu nedenle şirket ortağı olmayan bir kimse, normal şartlarda şirketle borç ilişkisine girdikten sonra şirkete olan borcunu, -şirketin rızasını alarak- şirket ortağı olan bir kimseye (pay sahiplerinden birine) devrederse, bu işlemin borçlanma yasağının kapsamı dışında olması gerekir. Zira burada ortak bakımından borcun devrinde, ilk olarak borçlandırıcı işlemin kaynağı, "*borcu devralan şirketin ortağı*" değil, "*borcu devreden şirket ortağı olmayan kişi*" dir. Bununla birlikte şirket, pay sahibi bir kimsenin başkasına olan borcunu üstlenemez (devralamaz). Zira böyle bir durumda, pay sahibinden alacaklı olan kimseye şirketin borcu ödemesiyle birlikte, bu kez pay sahibinin şirkete borçlu hale gelmesi gündeme gelecektir. Nitekim şirketin borçlanma yasağına tabi kişilerin borçlarını devralamayacağı hususu, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları bakımından 395 inci maddenin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir.

Bu noktada, borcun devralınması dışında, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları bakımından 395 inci maddenin ikinci fıkrasında yasak olduğu belirtilen diğer işlemlerin, 358 inci madde kapsamında yasak olup olmadığı hususu tartışılabilir. Gerçekten 395 inci maddenin ikinci fıkrasında şirketin, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, ayrıca sorumluluk yüklenemeyeceği de hükme bağlanmıştır. Burada belirtilen işlemlerin, şirkete borçlanma yasağı öngörülmesindeki amaçlar düşünüldüğünde şirket kasası bakımından ciddi bir risk oluşturacağı, bu nedenle açıkça söz edilmese dahi bu işlemlerin 358 inci madde kapsamında da yasak olması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce her ne kadar burada sözü edilen işlemler şirkete borçlanma yasağı öngörülmesindeki amaçlarla yakından ilgili görünse dahi salt bu nedenle yasağın kapsamı genişletilemez. Zira hukuk sistemimiz içerisinde hukuki işlem serbestisi vardır. Dolayısıyla yasaklama istisnai (özel) bir durumdur. İstisnalar ise dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle kanunkoyucunun öngörmediği bir sonucu, hükmün kapsamını genişletecek şekilde geniş yorum yaparak

ortaya koymak uygun değildir. Kaldı ki kanun koyucu eğer isteseydi 395 inci maddenin ikinci fıkrasında sözünü ettiği işlemleri 358 inci madde kapsamında da aynen belirtebilirdi. Bu nedenle kefalet, garanti ve teminat verilmesi ile sorumluluk yüklenmesi gibi işlemleri, her durumda 358 inci madde kapsamında bir “borçlanma” olarak yorumlamak ve yasak kabul etmek doğru değildir.

Diğer taraftan borçlanma kavramını sermaye taahhüdünden de ayrı görmek gerekir. Zira her ne kadar sermaye taahhüdü de özünde bir borçlanma olsa dahi, bu borçlanma şirket malvarlığının azalması riski doğuran bir nitelik taşımaz. Bu nedenle sermayenin artırılması sırasında pay sahipleri (ortaklar) tarafından şirkete ödenmesi taahhüt edilen borçlar da bu yasak kapsamında değildir.

Kanaatimizce şirket malvarlığının azalması riskinin doğmayacağı işlemler konusunda dikkatli olmak ve bu tür işlemleri dar yorumlamak gerekir. Zira şirket malvarlığının azalması riskini ortaya çıkaran işlemlerin önüne geçilmesi, şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükümlerin varoluş sebebidir. Bu sebebi zayıflatacak veya ortadan kaldıracak şekilde hükmün yumuşatılması kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla pay sahibinin piyasada geçerli faiz oranından (örneğin %15) çok daha yüksek bir faiz oranı (örneğin %25) ile şirketten borç para çekmesi halinde dahi şirkete borçlanma yasağının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Zira her ne kadar böyle bir işlemde şirketin malvarlığının zarar görmeyeceği, bilakis şirketin bu işlemden büyük menfaat (%10 faiz) elde edeceği savunulabilirse de şirkete karşı borçlanan pay sahibinin gerçekten bu borcunu vadesinde gereği gibi şirkete ödeyip ödemeyeceği belli değildir. Sonuçta şirket daha sonra bu işlemden menfaat elde edecek olsa dahi, söz konusu borç ödenene kadar şirket kasasında bir azalma meydana gelecektir.

Ayrıca dikkat edilecek olursa, borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci maddede, pay sahiplerinin yalnızca “*şirkete borçlanmaları*”ndan söz edildiği görülecektir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden (karşıt anlamından), pay sahiplerinin “*şirketten alacaklı*” olduğu durumlarda bu yasağın gündeme gelmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Buna göre pay sahipleri, ortağı oldukları şirkete borçlanamayacakları halde, şirketten alacaklı olabileceklerdir. Örneğin şirket pay sahibine bağışta bulunabilecektir. Şu halde, borçlanma yasağının getirilmesi konusunda 358 inci maddenin gerekçesinde sözü edilen risklerin (sakıncaların), pay

sahiplerinin şirketten alacaklı olduğu bazı durumlarda da ortaya çıkabileceğini kabul etmek gerekir. Örneğin şirket piyasadan %10 faizle kredi alabilecekken (borçlanabilecekken), pay sahibinden daha yüksek bir oranda (mesela %15) borç alabilir. Böylece pay sahibi yine şirket kasasını kullanmış ve menfaat (%5 faiz) elde etmiş olur. Hatta bu şekilde şirketten alacaklı olunabilmesi, şirkete borçlanmaları yasak olan pay sahiplerinin, kanunu dolanmak için birtakım muvazaalı işlemlere girişmesine dahi neden olabilir. Örneğin pay sahibi, gerçekte şirketten para çektiği halde, bu işlemi, sanki şirket bu meblağı kendisine bağışlamış gibi gösterebilir. Görüldüğü üzere 358 inci maddenin mevcut hali (kapsamı) ile gerekçede belirtilen sakıncaların tamamen ortadan kaldırılması pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle hükmün kapsamının ortakların şirketten alacaklı olma halini de kapsayacak biçimde genişletilmesi uygun olacaktır.

Öte yandan 358 inci maddede bu yasağın yalnızca "*pay sahipleri*" bakımından düzenlendiği görülmektedir. Buradan, çeşitli ilişkiler çerçevesinde (akrabalık vs.) şirketle temas halinde olduğu halde ne pay sahibi ne de yönetim kurulu üyesi olan kimselerin şirkete borçlanmalarının bu yasak kapsamında olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin yönetim kurulu üyesi olmayan ancak hâkim durumda bulunan bir ortağın eşi şirkete borçlanabilecektir. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere 358 inci maddenin gerekçesinde belirtilen riskler (sakıncalar) bu kez, yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahibi ile yakın ilişkide bulunan kişilerin şirkete borçlanmaları halinde ortaya çıkacaktır. Hatta bu durum, şirkete borçlanmaları yasak olan yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin, kanunu dolanmak için birtakım muvazaalı işlemlere girişmesine (örneğin gerçekte kendisi borçlandığı halde eşini şirkete borçlanıyor olarak göstermesi) bile neden olabilir. Bu nedenle 358 inci maddenin kapsamının, 395 inci maddenin ikinci fıkrasına paralel olacak şekilde, pay sahibinin "*eşini*", "*alt veya üst soyundan birini*" ve "*üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarını*" da kapsayacak biçimde genişletilmesi düşünülebilir ancak bu konuda dikkatli olmak gerekir. Zira daha önce de değinildiği üzere yönetim kurulu şirketin yönetim ve temsil organı (m. 365) olup, yönetim kurulu üyelerinin kendilerine menfaat sağlayacak şekilde şirketin malvarlığını tehlikeye düşüren iş ve işlemleri yapma riski, pay sahiplerine göre çok daha yüksektir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağının, pay sahiplerinin şirkete borçlanma ya-

sağından daha kapsamlı olması son derece doğal hatta gereklidir. Bu durum özellikle ortak sayısı fazla olan şirketler (halka açık şirketler) bakımından daha belirgindir. Bu nedenle 358 inci madde kapsamının “ölçülü” bir şekilde genişletilmesi daha uygun olacaktır.

5. Şirkete Borçlanabilmenin Şartları

Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesini bazı şartlara bağlamıştır. Bu şartlardan birisi borçlanmak isteyen pay sahibine yönelik iken (sübjektif koşul), diğeri şirketin durumuna ilişkindir (objektif koşul). Bu şartları kısaca açıklamadan önce belirtmek gerekir ki, şirkete borçlanma işleminin yasak kapsamında olmaması bakımından, aşağıda zikredilen şartların her ikisinin de aynı somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Zira 358 inci maddede kullanılan “ve” ibaresi, iki koşulun olmazsa olmaz bir nitelik taşıdığını göstermektedir. Şu halde sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlar ifa edilmesine rağmen, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde değilse pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Aynı şekilde şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğu halde, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlar ifa edilmemişse yine pay sahipleri şirkete borçlanamaz.

a) Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmesi (ödenmesi)

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri için ilk şart, bu kişilerin sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmalarıdır. Kanunkoyucu sermaye taahhüdüne ilişkin borçları, pay sahiplerinin şirkete olan sadakatlerinin olmazsa olmazı olarak kabul etmiş ve bu asli yükümlülük yerine getirilmedikçe şirkete karşı borçlanamayacaklarını öngörmüştür. Böylece kanunkoyucu şirkete borçlanmak isteyen ortağın ahde vefa ilkesi çerçevesinde iyiniyetini ve samimiyetini ortaya koymasını isteyerek, şirket malvarlığını hem olumlu yönden hem de olumsuz yönden korumuştur. Bu kapsamda, borçlanmak isteyen ortağın sermaye taahhüdünü yerine getirerek şirket malvarlığının artmasının sağlanması olumlu koruma, söz konusu ortağın taahhütlerini yerine getirip getirmeme konusunda bir fikir vermesi ve böylece şirket malvarlığı yönünden borçlanma işleminden kaynaklanan riski azaltması ise olumsuz koruma şeklinde yorumlanabilir.

Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, sermaye taahhüdüne ilişkin bütün borçların değil, yalnızca vadesi gelmiş (muaccel) borçların ifa edilmesi yükümlülüğünün öngörülmüş olmasıdır. Dolayısıyla şirkete borçlanabilmek için henüz vadesi gelmemiş (müeccel) sermaye taahhütlerinin ifa edilmesi gerekmez. Hangi sermaye taahhüdünün vadesinin gelip gelmediği, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihe göre belirlenmelidir. Örneğin bir pay sahibi şirkete karşı borçlanma sonucunu doğuracak işlemi (mesela sözleşme) 20/11/2012 tarihinde yapıyorsa, bu tarihe kadar (bu tarih dâhil) vadesi gelmiş sermaye taahhütlerinin tamamını yerine getirmiş olmalıdır.

Kanunkoyucunun sermaye taahhüdünün ifa yükümlülüğü bakımından bu şekilde (vadesi gelmiş ve gelmemiş şeklinde) bir ayırım yapmış olması, birtakım suiistimallerin ortaya çıkmasına sebep olarak şirkete borçlanma yasağı getirilmesinde öngörülen amaçlarla ters düşebilir. Şöyle ki, şirkete borçlanmak isteyen veya gelecekte borçlanabileceği hususunu düşünen bir ortak, sermaye taahhüdünde bulunurken bunların vadelerini çeşitlendirebilir. Hatta sermaye taahhüdünün az bir kısmını yakın bir tarihe çekerken büyük kısmını çok ileri bir tarihe erteleyebilir. Böylece şirkete borçlanmak istediğinde, o zaman kadar vadesi gelmiş çok küçük sermaye taahhütlerini yerine getirmek suretiyle, şirketten çok daha fazlasını borçlanabilir. Örneğin bir pay sahibi, şirkete toplamda 100. 000 TL. tutarında sermaye taahhüdünde bulunmuş ancak buna ilişkin 10. 000 TL. tutarındaki borcunu bir ay sonra, geriye kalan kısmını (90. 000 TL.) ise üç yıl sonra ödeyeceğini taahhüt etmiş olsun. Böyle bir durumda pay sahibi bir aylık sürenin sonunda 10. 000 TL. gibi cüz'i bir tutarı ödeyerek üç yıl içerisinde çok yüksek miktarlarda (mesela 250. 000 TL.) şirkete borçlanabilir. Zira 358 inci maddede, şirkete borçlanılacak tutarın ancak vadesi gelmiş (ve dolayısıyla ifa edilen) sermaye taahhüdünün miktarı ile sınırlı olduğuna ilişkin bir kayıt yoktur. Dolayısıyla bu gibi suiistimler gündeme geldiğinde 358 inci madde ile önlenmek istenen şirket malvarlığının azalması riski ortaya çıkabilir. Bu nedenle yapılacak bir kanun değişikliği ile şirkete borçlanılacak tutarın, ifa edilen sermaye taahhüdünün miktarıyla veya bu miktarın belli bir katını (örneğin üç katını) aşmayacak şekilde sınırlanması uygun olacaktır. Ayrıca mevcut durumda taahhüt edilen sermaye tutarı ile şirkete borçlanılabilecek azami tutar arasında herhangi bir ilişkinin kurulmadığı düşünülürdüğünde, bu şekilde bir sınırlamanın getirilmesi, pay sahipleri arasında külfet ve nimet dengesi

bakımından da adaletli olacaktır. Böylece bir pay sahibi ne kadar fazla sermaye taahhüdünde bulunmuşsa o kadar şirkete borçlanabilecektir.

Bu noktada kanunda geçen “*ifa etme*” tabirine de açıklık getirmek gerekir. İfa etme, kelime anlamı itibarıyla bir borcun veya yükümlülüğün ödenmesi veya yerine getirilmesi demektir. Bu yönüyle ifa işlemi, ifa eden bakımından borcu veya yükümlülüğü sona erdiren bir mahiyet taşır. Bu nedenle sermaye taahhüdünü ortadan kaldırmayan işlemler ifa olarak değerlendirilemez. Örneğin bir ortak vadesi gelmiş sermaye taahhüdü borcunu yerine getirmek amacıyla şirkete altı ay süreli bir bono vermişse, böyle bir işlem “*ifa*” olarak nitelenemeyeceğinden, bu ortakın şirkete borçlanması düşünülemez. Bu ortak altı ay sonra bonosunu ödediği takdirde vadesi gelmiş sermaye taahhüdünü ifa etmiş sayılacak ve şirkete borçlanabilecektir. Aynı durum poliçe verilmesi halinde de geçerlidir. Ancak çekte durum başkadır. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 795 inci maddesi gereğince çekte vade olmaz, çek görüldüğünde ödenir. Dolayısıyla çek, para gibi işlem görür. Bu nedenle çek verilmesi, “*ifa*” olarak değerlendirilebilir ve şirkete borçlanılabilir. Bununla birlikte çekin karşılıksız çıkması (ödenmemesi) halinde, hile (aldatma) sebebiyle söz konusu borçlanma işleminin geçersizliği gündeme gelir.

b) Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmelerinin ikinci şartı, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Kanunkoyucu pay sahiplerinin borçlanma işlemleri sebebiyle şirketin malvarlığının olumsuz yönde etkileneceğini gözönüne alarak, mali durumu zayıf olan şirketlerin bu tür işlemlere maruz bırakılmasını önlemek istemiştir. Bu çerçevede şirketin kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması koşulu aranmış ancak bu kâra, serbest yedek akçelerin de eklenmesi öngörülmüştür. Buna göre şirketin faaliyetleri sonucunda elde ettiği kâr ile serbest yedek akçelerinin toplamı, şirketin geçmiş yıl zararlarına eşit veya daha fazla olmalıdır, aksi halde pay sahipleri şirkete karşı borçlanamaz.

Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olup olmadığı, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihe göre belirlenmelidir. Dolayısıyla burada kastedilen geçmiş yıl zararları, yalnızca bir önceki seneye veya belli

bir döneme ilişkin zararlar değil, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihteki şirket bilançosunda gözüken zararlardır. Aynı şekilde şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı hesaplanırken, bir önceki seneye veya belli bir döneme ilişkin rakamlar değil, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihteki şirket bilançosunda gözüken rakamlar esas alınır.

6. Yasağın Yaptırımını

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanunkoyucu şirkete borçlanma yasağı getirmek suretiyle, bir taraftan şirketlerin mali açıdan ayakta kalmasını sağlamayı bir taraftan da şirket alacaklılarının korunmasını amaçlamıştır. Ayrıca bu konuya verilen önemin bir göstergesi olarak, bu yasağın caydırıcı olması hususu da gözetilmiş ve bu çerçevede söz konusu yasağa uymayanlar hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür (m. 562/5-b ve m. 562/5-c). Buna göre 358 inci maddeye aykırı olarak şirkete borçlanan pay sahipleri, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır.

Görüldüğü üzere pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı konusunda cezai yaptırım öngörülmüştür. Buna karşılık bu yasağa uyulmaması halinde hukuki yaptırımın ne olduğu konusunda 358 inci madde hükmünde herhangi bir açıklama yoktur. Dolayısıyla burada genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Buna göre pay sahiplerinin şirkete borçlanması halinde buna ilişkin işlem, kanunun emredici hükmüne aykırılık sebebiyle butlanla (kesin hükümsüzlükle) geçersiz sayılacaktır¹¹. Hâlbuki pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395 inci maddenin ikinci fıkrasında, bu yasağa uyulmaması halinde şirket alacaklılarının, şirkete borçlanılan tutar için söz konusu borçlanma işlemini gerçekleştiren kimseleri doğrudan (şirkete müracaat etmeksizin) takip edebilecekleri düzenlenmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, pay sahipleri için geçerli olan hukuki yaptırımın, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim

11 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27/1: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları için geçerli olan hukuki yaptırımdan daha ağır olduğu açıktır. Zira pay sahiplerinin karşı karşıya olduğu geçersizlik yaptırımı, söz konusu işlemi en başından itibaren hukuken etkisiz kılmaktadır. Buna karşın her ne kadar pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları şirket alacaklılarına karşı doğrudan sorumlu hale gelse de söz konusu borçlandırıcı işlem geçerliliğini korumaktadır. Pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri arasında şirkete borçlanma yasağının hukuki yaptırımı bakımından sözü edilen bu fark, daha önce de açıklandığı gibi aslında hakkaniyete uymayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle caydırıcılığı sağlamak açısından, yönetim kurulu üyeleri için daha ağır sonuçlar bağlanması uygun olacaktır.

Bu konuda son olarak, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının yürürlüğe girdiği tarihte, söz konusu yasak kapsamına girecek şekilde şirkete borçlu olan pay sahiplerinin durumunun ne olacağını da açıklamak gerekir. Bu konu 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 24 üncü maddesinde düzenlenmekteydi. Söz konusu hükmün birinci fıkrası, 358 inci maddeye aykırı şekilde şirkete borçlu olan pay sahiplerinin, söz konusu borçlarını, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde tamamen ödemek¹² (tasfiye etmek) zorunda olduklarını hükme bağlamaktaydı. Ayrıca söz konusu hükmün devamında, bu üç yıllık süre içerisinde şirkete olan borçlarını tamamen ödemeyen kişiler hakkında yukarıda sözü edilen cezai yaptırımın uygulanacağı (m. 24/2), bunun yanısıra şirketin alacaklılarının da söz konusu alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini doğrudan takip edebilecekleri (m. 24/3) öngörülmekteydi. Ancak 6335 sayılı Kanun (m. 47) ile yapılan değişiklikle, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 24 üncü maddesi kaldırıldı. Dolayısıyla şirkete borçlanma yasağı yürürlüğe girmeden önce şirkete karşı yapılan borçlanma işlemleri normal seyri içerisinde geçerliliğini koruyacaktır.

12 Kanun koyucu söz konusu borçların, "borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi", "borç için kambiyo senedi verilmesi", "ödeme planı yapılması" veya "benzeri yollara başvurulması" şeklinde değil, "nakdî ödeme" şeklinde yapılmasını zorunlu kılmıştır.

7. Sonuç

Şirkete borçlanma yasağını getiren hükümler temelde, şirket kasası ile şirketi oluşturan pay sahiplerinin şahsi kasalarının birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasını konu edinmekte ve böylece profesyonel şekilde işleyen bir şirket modeli kurmak istemektedir. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, şirket kasasının pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri tarafından kendi şahsi kasaları gibi kullanılmasını önlemek amacıyla, "borç" adı altında dahi şirket malvarlığına el uzatılmasını engellemek istemiştir¹³. Ayrıca şirkete borçlanma yasağının şirkette yolsuzlukların önlenmesi bakımından hayati öneme sahip olduğu ileri sürülmektedir¹⁴. Ancak ülkemizde özellikle aile şirketi niteliğindeki şirket yapılarının çoğunlukta olması ve geçmişten günümüze insanımızın sözü edilen kurala aykırı düşen yerleşik uygulamaları, bu hükümlerin ve özellikle de pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 358 inci maddenin, uygulamada büyük tartışmalara ve sıkıntılara yol açacağı şeklinde bir izlenim oluşturmaktadır. Bu yönüyle şirkete borçlanma yasağının, hâlihazırda toplumun önünde (ilerisinde) bir müessese olduğu söylenebilir.

Yine de bu şekilde bir yasağın uygulanmasının, şirketlerin kendilerine çeki düzen vermesine, hesaplarının kaydını daha düzgün tutmasına, hesap verebilirliği ve şeffaflığı sağlamasına kısaca daha profesyonel bir şirket yönetimine ve işleyişine hizmet edeceği düşünülebilir. Bununla birlikte şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümlerin (m. 358 ve m. 395/2) yukarıda yapılan açıklamalar ışığında yeniden ele alınması önemli görülmektedir. Bu çerçevede özellikle kanunun ilk halinde olduğu gibi, konunun "yönetim kurulu üyeleri (pay sahibi olsun veya olmasın)" ve "pay sahipleri" şeklinde ayrılarak, şirkete borçlanma yasağının, pay sahiplerine nazaran yönetim kurulu üyeleri (pay sahibi olsun veya olmasın) için daha ağır düzenlemelere tabi kılınması uygun olacaktır.

13 ODMAN BOZTOSUN, N. Ayrış: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi", http://icongfesr2011.tolgaerdogan.net/documents/national_presentations/UL01.pdf (Erişim Tarihi: 18/06/2012), s. 4.

14 ODMAN BOZTOSUN, s. 4.