

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ÖZEL HUKUK DOKTORA TEZLERİ DİZİSİ



Dr. Öğr. Üyesi Emek TORAMAN ÇOLGAR

Şirkete Borçlanma Yasası

I-ii? 111vri•111 1111111 111?1111111
 1 1A1,,1111 1Jy1•2/



*Tuna'ya,
Anneme ve Babama*

ÖNSÖZ

Bu çalışma, 'Anonim Ortaklıkta Şirkete Borçlanma Yasağı' başlığı ile 7 Temmuz 2015 tarihinde İstanbul Üniversitesi'nde, Prof. Dr. Abuzer Kendigelen (Danışman), Prof. Dr. Mehmet Helvacı, Prof. Dr. Veliye Yanlı, Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson ve Doç. Dr. Ali Paslı'dan oluşan jüri önünde doktora tezi olarak savunulmuş ve oybirliğiyle başarılı bulunmuştur. Jüriyi oluşturan hocalarıma değerli katkıları için minnet ve şükranlarımı sunuyorum.

Çalışmanın konusunu oluşturan pay sahibi ile yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı hakkındaki TTK m. 358 ile 395/2 ve 3 hükümleri ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile benimsenmiş özgün düzenlemelerdir. Ancak, borçlanma yasağının ihdas sebebi olan şirket sermayesi ve malvarlığının korunması ve çoğunluk pay sahiplerinin malvarlıksal haklardan azınlık aleyhine yararlanmasının engellenmesi amacıyla birçok ülke hukukunda düzenlemelere rastlanmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde, borçlanma yasağının benimsenmesine temel oluşturan ilkelerin açıklanmasına ve bu yasak ile amaçlanan korumanın mukayeseli hukukta nasıl sağlandığının tespit edilmesine çalışılmıştır. Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına ayrılan ikinci bölümde ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağına ayrılan üçüncü bölümde öncelikle yasak ile amaçlanan koruma araştırılmış ve mevcut düzenlemeler ile bu korumanın sağlanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Yasağın kapsamı, kişi ve işlem açısından irdelenmiş ve bu bağlamda hükmün açıkça kapsamında yer almayan kişi ve işlemlere yasağın uygulanabilme ihtimali tartışılmış, nihayet yasağın ihlali halinde

uygulanacak müeyyideler araştırılmıştır. Pay sahibinin borçlanması belirli şartlarda yasaklanmış olması nedeniyle, çalışmanın ikinci bölümünde bu şartlara değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise, özellikle grup şirketleri için öngörülen istisnanın kapsamına ilişkin sorunlara yanıt aranmış ve yasağın ihlali halinde uygulanacak müeyyideler araştırılırken özellikle alacaklılar lehine takip imkını öngören düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Çalışma, ne yazık ki hazırlanmasından ancak dört sene sonra baskıya verilmiştir. Jüri üyelerinin tezin savunulmasından hemen sonra yayımlanması yönündeki telkinlerine rağmen yaşanan bu gecikme nedeniyle başta değerli hocam Prof. Dr. Abuzer Kendigelen olmak üzere, tüm değerli jüri üyesi hocalarımdan özür dilerim. Aradan geçen zamanda gerçekleşen mevzuat değişikliklerinin işlenmesi ve kaynakçada yer alan eserlerin güncellenmesiyle yetinilmiş ve içerikle ilgili sadece küçük bazı değişiklikler yapılmıştır.

Tez çalışmasının değerli hocam Prof. Dr. Abuzer Kendigelen'in danışmanlığında hazırlanması benim için çok büyük bir gurur kaynağıdır. Hocama tezin yazım aşamasında gösterdiği ilgi ve üzerimdeki emeği için teşekkür eder, şükranlarımı sunarım. Ayrıca yeterlik sınavının hemen öncesine kadar danışmanlığımı üstlenen, değerli zamanını ayırarak beni sınava hazırlayan, ancak erken emekliliği nedeniyle tezimi kendisi ile tamamlamamın mümkün olmadığı değerli hocam Prof. Dr. Ömer Teoman'a duyduğum sonsuz sevgi ve saygıyı tarif edebilmeme imkan yoktur. Değerli hocama en derin minnet ve şükranlarımı sunarım.

Tezin bir kısmı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalıştığım yıllarda yazılmıştır. Akademik kariyerim boyunca yakın destek ve ilgilerini benden esirgemeyen, bana her zaman yol gösteren, kendileri ile çalışma fırsatı bulduğum için kendimi çok şanslı saydığım, beniyetiştiren ve candan destekleyen değerli hocalarım Prof. Dr. Veliye Yanlı ve Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson'a şükranlarımı kelimelerle ifade edebilmem güçtür. Kabul ederlerse hocalarımdan her zaman asistanları olarak kalmak isterim. Dekanı olduğu fakültenin önce öğrencisi sonra araştırma görevlisi olmaktan gurur duyduğum kıymetli

hocam Prof. Dr. Turgut Tarhanh'ya, üniversitenin ilk yılından itibaren her türlü çalışmamda beni destekleyen örnek bilim insanı Prof. Dr. Yeşim Atamer'e, keyifle ve dostlukla birlikte çalıştığımız kürsü arkadaşım Araş. Gör. Kerem Çelikboya'ya ve yetişmemde emeği geçen tüm hocalarım ve çalışma arkadaşlarıma teşekkür etmek benim için zevkli bir görevdir.

Çalışma büyük ölçüde, Hamburg'daki Max Planck Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nde yapılan araştırmalara dayanmaktadır. Sağladığı burs imkanı ve verimli çalışma ortamı için Enstitü'ye, akademik ve kişisel olarak desteğini esirgemeyen Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt'a ve gösterdiği yakınlık için değerli eşi Sung Nguyen-Hopt'a minnettarım. Hamburg'da başlayan ve daim olacağını bildiğim dostlukları ve yol arkadaşlıkları için Dr. Cansu Kaya Kızılırmak ve Dr. Işık Önay'a teşekkür ederim. Hamburg'da bulunduğum sürece yüzlerce kilometre öteden sevgilerini hissettiren ve yokluğumda eşime destek olan sevgili kayınvalidem Sevil Çolgar'a ve kayınpederim Prof. Dr. Umur Çolgar'a teşekkür ederim.

Çalışma boyunca karşılaşılan borçlar hukuku meselelerinde benden desteğini esirgemeyen Prof. Dr. H. Murat Develioğlu'na hem yardımları hem de dostluğu için minnettarım. Ceza hukuku ile ilgili kısımlarda yardımcı olan Dr. Murat Önok'a, vergi hukuku ile ilgilisolararımı yanıtlayan Araş. Gör. Ezgi Arık Önal'a içtenlikle teşekkür etmek isterim. Fakat şüphesiz çalışmadaki tüm hatalar, şahsıma aittir.

Değerli hocam Prof. Dr. Bertil Emrah Oder'e hem tezin son aşamasında hissettirdiği inanç ve destek hem de Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yarattığı huzurlu ve verimli çalışma ortamı için şükranlarımı sunarım. Fakülte'deki çalışma arkadaşlarım Araş. Gör. Cem Veziroğlu'na ve Araş. Gör. Abdurrahman Kayıklık'a kitabı okuyarak benimle değerli görüşlerini paylaştıkları, Araş. Gör. Ayşegül Kula'ya ve öğrenci asistanlarım Helin Akbulut ile Irmak Su Aydın'la eserini yayına hazırlanma sürecindeki özverili yardımları için teşekkür etmek benim için bir zevktir.

Gerek tezin yazım aşamasında gerekse öncesi ve sonrasında elbette en büyük destek ailemden geldi. Bu süreçte kendilerine ayırmam gereken zamandan çalmak durumunda kaldığım sevgili annem Sevgi Toraman,

haham M?sut Toraman ve ablam Eylem Yıldırım'a hi?ettirdikJeri son!.Ut sevgi, destek ve emekleri için ne kadar teşekkür etsem azdır. En büyük destekçim, şansım, bana daima moral ve neşe veren, yol gö teren sevgili eşim Av. Tuna Çolgar olmasaydı, burada olmazdım. Kendisine sabn v? sevgisi için teşekkür ederim.

Son o1arak kitabı özenle baskıya hazırlayan On İki Levha Yayıncılık'a ve özellikle Sayın Tansel Özgülgün ve Erol Öz'e teşekkürlerimi sunanın.

Sarıyer, 2019

İÇİNDİCİ

İÇİNDİCİ	1
1. SERMAYENİN KOJUNMASI	10
1.1. Kavram ve Terminoloji	10
1.2. Mukayeseli Hukukta Konunun Düzenlenişi	13
1.3. Kıta Avrupası Hukukta	14
1.3.1. 2017/JJ32 Sayılı Yönerge	14
1.3.1.1. (1) 2017/1132 Sayılı Yönerge'de Esas Sermaye Sistemi Gereği Öngörölmüş Hükümler	17
1.3.1.1. (2) 2017/1132 Sayılı Yönerge Uyarınca Pay Sahiplerine Dağıtım Yapılmasının Tabi Olduğu Şartlar: Bilanço Testi	19
1.3.2. Alman Hukuku	22

İÇİNDİCİ

BORÇLANMA YASASINA TEMEL OLUŞTURAN İLKELER

I. SERMAYENİN KOJUNMASI	10
A. Kavram ve Terminoloji	10
13. Mukayeseli Hukukta Konunun Düzenlenişi	13
J. Kıta Avrupası Hukukta	14
a. 2017/JJ32 Sayılı Yönerge	14
(1) 2017/1132 Sayılı Yönerge'de Esas Sermaye Sistemi Gereği Öngörölmüş Hükümler	17
(2) 2017/1132 Sayılı Yönerge Uyarınca Pay Sahiplerine Dağıtım Yapılmasının Tabi Olduğu Şartlar: Bilanço Testi	19
b. Alman Hukuku	22

(1) Limited Şirketler Kanunu'nda Sermayenin İadesi	
Yasağı	24
1a) Federal Mahkeme'nin " <i>November</i> " Kararı'na	
Kadar Hakim Görüş	26
1b) " <i>November</i> " Kararı Sonrası Durum ve Şirketler	
Topluluğunda Nakit Havuz Uygulaması	26
1e) MoMiG Düzenlemesi	30
1. Geri Ödemeye İlişkin Tam Değerli Talep	
Hakkı Kazanılması	32
11. Hakimiyet Sözleşmesi veya Karın Devri	
Sözleşmesi Bulunması	34
111. Pay Sahipleri Tarafından Şirkete Verilen	
Kredilerin Geri Ödenmesi.	36
1d) Limited Şirketler Kanunu'nda Sermayenin	
İadesi Yasağına Aykırılığın Müeyyidesi.....	36
(2) Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'nda	
Sermayenin İadesi Yasağı	39
c. İsviçre Hukuku.....	44
2. Anglo-Sakson Hukuku.....	50
a. Amerikan Hukuku.....	50
b. İngiliz Hukuku	56
3. Ara Değerlendirme	61
C. Sermayenin Korunması İlkesi Aleyhine ve Lehine Öne	
Sürülen Görüşler	66
1. Sermayenin Korunması İlkesi Aleyhine Öne Sürülen	
Görüşler	70
2. Sermayenin Korunması İlkesi Lehine Öne Sürülen	
Görüşler	75
3. Dağıtım Rejimi Hakkında Öne Sürülen Görüşler	76
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi	79
D. Türk Hukukunda Sermayeyi ve Malvarlığını Koruyan	
Hükümler	86

1. Sermayenin Eksiksiz Bir Şekilde Oluşturulmasını Amaçlayan J-lil kOmlcr.....	88
2. Sermayenin Ortaklık Sona Erinceye Kadar MuhafazaRınıAmaçlayan Hükümler ve Bağlı Malvarlığı....	91
a. J-1ii künlcr.....	91
b. J3nğlı Malvarlığı.....	93
(1) TTKm. S19/3 Hükümüne Göre Bağlı Malvarlığı	93
(2) TTK ın. 379 Hükümüne Göre Bağlı Malvarlığı	93
(3) TTK m. 376 Hükümüne Göre Bağlı Malvarlığı	96
(4) TTK ın. 480/3 Hükümüne Göre Bağlı Malvarlığı...	97
(5) TTK ın. 358 Hükümüne Göre Bağlı Malvarlığı	100
(6) Bağlı Malvarlığı Konusunda Ara Değerlendirme .	100
3. Malvarlığının Ortaklık Sona Erinceye Kadar İşletme Konusuna Tahsis EdilmesiniAmaçlayan Hükümler.....	101
il. EŞİT İŞLEM İLKESİ.....	103
A. Kavram.....	104
B. İlke11in Diizenlenişi.....	107
C. Eşit İşlem İlkesi ile Borçlanma Yasağının İlişkisi.....	109
D. İlkeye Aykırılığın Müeyyidesi	112

İKİNCİ BÖLÜM

PAY SAHİBİNİN ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

I. GENEL OLARAK	115
A. Değişiklikten Önceki TTKm. 358 HakkındaAçıklamalar .	117
1. Borçlanmanın Konusu.....	117
2. Yasağın İstisnası.....	119
a. Borcun Şirketin İşletme Konusuna Giren Bir İşlemden Doğmuş Olması.....	120
b. İşlemin Pay Sahibinin İşletmesi Gereği Yapılması	123

c. Borcun Emsalleriyle Aynı veya Benzer Şartlara Tabi Tutulması.....	124
B. 6335 Sayılı Kanunla Değişik TTK m. 358 Uyarınca Borçlanma Yasağı.....	126
il. BORÇLANMA YASAĞININ AMACI	126
111. BORÇLANMA YASAĞININ KAPSAMI	130
A. Kişi Açısından.....	130
1. Pay Sahibi	131
a. Şirketin Borçlanan Kişinin Pay Sahibi Olduğunu Bilmesinin Gerekli Olup Olmadığı	133
(1) Çıplak Pay ve Devri Sınırlandırılmamış Nama Yazılı Pay Senetleri Bakımından	136
(2) Borsaya Kote Olmuş ve Olmamış Bağlı Nama Yazılı Paylar Bakımından	137
(3) Hamiline Yazılı Pay Senetleri Bakımından	139
b. Müstakbel Pay Sahipleri Bakımından.....	140
c. Tek Pay Sahibi Bakımından.....	144
d. İntifa Hakkı Sahibi Bakımından	144
2. Pay Sahibinin İlişkili Olduğu Kişiler	147
3. Dolaylı Pay Sahibi	152
4. Şirketler Topluluğuna Dahil Şirketler.....	156
a. TTKm. 395/3'ün Tüm Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi.....	157
b. Pay Sahibi Yönetim Kurulu Üyesine Teminat Verilmesinin, TTK m. 358'e Tabi Olup Olmadığının Değerlendirilmesi.....	159
c. Sadece Pay Sahibi Olan Grup Şirketine Teminat Verilmesinin TTK m. 358'e Tabi Olup Olmadığının Değerlendirilmesi	160
d. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı ile Kısımlı Hakkı	162
5. Banka Anonim Şirket Hissedarı.....	166

B. İşlem Açısından	169
1. Borcun Konusu	171
a. Para Ödücü.....	174
(1) Ödücün Azami Tutarı	174
(2) Borcun Geri Ödenme Süresi.....	178
(3) Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirme	181
b. Kredilendirme Amacı Taşıyan Diğer Sözleşmeler	186
(1) Genel Olarak.....	186
(2) Pay Sahibi Lehine Teminat Verilmesi ve Pay Sahibinin Borçlarının Devralınması	191
2. Finansal Yardım Yasağı ile Konunun Bağlantısı.	195
a. Genel Olarak Finansal Yardım Yasağı	196
b. Finansal Yardım Yasağının Borçlanma Yasağı ile Bağlantısı	200
3. Şirketin Kendi Hisselerini İktisap Etmesi ile Konunun Bağlantısı	205
4. Kuruluştan Sonra Devralma (Kanuna Karşı Hile) Meselesi ile Konunun Bağlantısı	209
IV. BORÇLANMA YASAĞININ ŞARTLARI	212
A. Pay Sahibinin Muaccel Sermaye Borcunu İfa Etmemesi.....	214
1. Nakdi Sermayenin Muacceliyetinin Belirlenmesi.....	216
2. Nakit Dışı (Ayni) Sermayenin Muacceliyetinin Belirlenmesi	221
B. Serbest Yedek Akçeler ile Karın Zararları Karşılayamaması.	226
1. Serbest Yedek Akçe	227
2. Şirket Karı ve Zararı Kavramları.....	230
3. Finansal Durumun Tespitinde Esas Alınacak Bilanço.....	234
4. Hükümdeki Finansal Koşulun Zamanlaması	236
5. Finansal Durumun Tespitinde Uygulanacak Muhasebe Standartları.....	238
C. Borçlanma İşleminin Piyasa Koşullarında Yapılması ve Yasağın Sermayenin İadesi Yasağı ile İlişkisi.	240

XIV

1. Genel Olarak Sermayenin İadesi Yasağı	241
2. Sermayenin İadesi Yasağının Koruma Kapsamı.....	243
3. Şirket Sermayesinin İade Edilme Yolları	247
4. Piyasa Koşullarına Uygun Olma Şartı.....	250
V. BORÇLANMA YASAĞININ İHLALİNİN SONUÇLARI.....••.....	256
A. Genel Olarak.....•••••.....	256
B. Borçlanma Yasağı ile Sermayeyi Koruyan Diğer Hükümlerin Uygulama Alanlarının Tespit Edilmesi.....	259
C. Yönetim Kurulu Kararının Butlanının İleri Sürülmesi.....	262
D. Genel Kurul Kararının Butlanının İleri Sürülmesi•••••.....	264
E. İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülmesi ve İşlem Güvenliği.....	269
1. Ödünç Sözleşmesinde İade Borcu	273
2. Teminat Sözleşmesinde İade Borcu	276
F. Pay Sahibinin Hukuki Sorumluluğu	277
1. Borçlarını Ödeyebilen Bir Şirkette Pay Sahibinin Sorumluluğu.....	279
2. Şirketin İflas Etmesi Halinde Pay Sahibinin Sorumluluğu.....	283
a. Pay Sahibinin Haksız Fiil Sorumluluğu.....	283
b. Şirketin İflasına Sebep Olan Eylemlerden Dolayı Sorumluluk.....	284
c. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması.....	288
3. Görüşümüz	292
G. Yönetim Kurulu Üyesine Karşı Sorumluluk Davası Açılması	293
H. Adli Para Cezası.	297
İ. Diğer Kanunlarda Konunun Düzenlenişi.....	301
1. Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Dağıtımı.....	301
2. İlgili Diğer Kanunlar.....	306
VI. BORÇLANMA YASAĞININ YÜRÜRLÜĞÜ MESELESİ.....	307

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PAY SAHİBİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU**ÜYESİ İLE YAKINLARININ ŞİRKETE****BORÇLANMA YASAĞI**

I. GENEL OLARAK	309
II. YASAĞIN AMACI	311
ili. YASAĞIN KAPSAMI	319
A. Kişi Açısından	319
1. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi.....	320
2. Yönetim Kurulu Üyesinin PaySahibi Olmayan Yakınları ve Diğer İlişkili Kişiler	322
B. İşlem Açısından	326
1. Yasak Kapsamındaki Kişilere Ödünç Verilmesi.....	326
a. Mukayeseli Hukukta.....	326
(1) KıtaAvrupası Hukuku.....	327
(2) Anglo-Sakson Hukuku	329
2a) İngiliz Hukuku	329
i. Yöneticilerle Yapılan İşlemler	330
ii. Şirketin Yöneticilere Ödünç Vermesi ...	335
2b) Amerikan Hukuku.....	337
i. Yöneticilerle Yapılan İşlemler	337
ii. Şirketin Yöneticilere Ödünç Vermesi	341
b. Türk Hukukunda	342
2. Yasak Kapsamındaki Kişiler Lehine Teminat Verilmesi, Bu Kişilerin Borçlarının Üstlenilmesi.....	344
IV. YASAĞIN İSTİSNALARI	348
A. Şirketler Topluluğunda.....	348
1. Şirketler Topluluğunun Özel Düzenlemeleri	349
2. Şirketler Topluluğu İçin TTK m.395/3'te Saklı Tutulan İşlemler.....	354

J. Hükümde Açıkça Sayılınayan Diğer Teminat İşlemleri ve Özellikle Nakit Havuzu Uygulaması.....	357
R. Bankacılık Mevzuatında	363
V. BORÇLANMA YASAĞININ İHLALİNİN SONUÇLARI.....	368
A. Şirket Alacaklılarının Doğrudan Takip Yetkisi	369
B. İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülmesi.	374
1. Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler	374
2. Temsilcinin Kendisiyle İşlem Yapma Yasağı.....	378
3. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması	380
4. Ara Değerlendirme.....	381
C. Adli Para Cezası.....	382
VI. YASAĞIN LİMİTED ŞİRKETLERE UYGULANMASI	383
VII. BORÇLANMA YASAĞININ YÜRÜRLÜĞÜ MESELESİ.....	384
SONUÇ	385
KAYNAKÇA	397

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
a.e.	Aynı eser
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz (Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu)
Art.	Artikel
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BankK	Bankacılık Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Alman Resmi Gazetesi)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları)
Bkz.	Bakınız

c.	ümle
	Cilt
A	Companies Act (Şirketler Kanunu)
Çev.	Çeviren
DGCL	Delaware General Corporation Law (Delaware Genel Şirketler Kanunu)
dn.	Dipnot
E.	Esas
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Arnortization
EBLR	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECGI	European Corporate Governance Institute
Ed.	Editör
eTK	6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu
FS	Festschrift
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles (Genel Kabul Edilmiş Muhasebe Standartları)
Gerekçe	Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Alınan Limited Şirketler Kanunu)
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	Herausgeber

I.	Issue
IFRS	International Financial Reporting Standards (Uluslararası Finansal Raporlama Standartları)
İK	İcra ve İflas Kanunu
İ.Ü.	İstanbul Üniversitesi
K.	Karar
Kanun	Türk Ticaret Kanunu
Karş.	Karşılaştırınız
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Kunılma Yönetmeliği	Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	Madde
MBCA	Model Business Corporation Act (Model Ticaret Şirketleri Kanunu)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen (Limited Şirketler Hukuku Reformu ve Kötüye Kullanmalara Karşı Mücadele Kanunu)
N.	Numara
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaft
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
PCG	Principles of Corporate Governance
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SOA	Sarbanes Oxley Act (Sarbanes Oxley Kanunu)

TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TİTRK	Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMS	Türk Muhasebe Standartları
TMSK	Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu
ITK	Türk Ticaret Kanunu
UFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
Vol.	Volume
VUK	Vergi Usul Kanunu
Yarg.	Yargıtay
Yonerge	14Haziran 2017 tarih ve 2017/1132 sayılı AB Yönergesi
Yürürlük Kanunu	Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Zivilrecht

GİRİŞ

Çalışmanın konusunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde anonim ortaklıkta pay sahibinin ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı oluşturmaktadır. Sermayenin (malvarlığı) korunması ilkesi gereği öngörülmüş bu yasak, pay sahipleri için TTK m. 358'de, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri içinse TTK m. 395'te düzenlenmiştir¹. TTK'nın 358. maddesinin gerekçesinde, hükmün ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar hayli genişlemiş bulunan kötü ve sakat bir uygulamayı önlemek amacıyla ihdas edildiği belirtilmiştir. Gerekçe'nin ifadesi uyarınca hüküm ile *"pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi"* amaçlanmaktadır. Gerçekten de, özellikle geri ödenme saiki olmaksızın şirketten borç alınması, şirket kasasının adeta pay sahibinin şahsi malvarlığı gibi kullanılması ve örtülü işlemlerle şirket malvarlığının aktarılması günümüz gerçeğidir. Anılan kötü uygulamalar, şirket ile ilişkili kişiler arasında gerçekleşen işlemler hakkında kural konulması zorunluluğunu doğurmuştur. Zira yönetim kurulu üyesi ile yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395 de, aynı amaca hizmetle, ancak farklı istisnalar ve müeyyideler öngörmek suretiyle TTK m. 358'i tamamlamaktadır.

13 Ocak 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek yasalaşan TTK'nın yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 olarak belir-

¹ Yönetim kurulu üyesinin paysahibi sıfatını taşıması durumunda TTK m.358 uygulanacalchr. Bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 1.

lenmişti. Kanun'un yürürlüğe girmesine çok kısa bir süre kala bazı yazarları tarafından yeni Kanun'un tacirler ve ticaret hayatı için büyük tehlikeler arz ettiği yönünde yapılan eleştiriler yoğunlaşmış ve özellikle ticaret ve sanayi odaları ile bunların üst kuruluşları tarafından Kanun'un bazı hükümlerinin değiştirilmesi talep edilmiştir³. Yapılan bu çalışmalar neticesinde 6335sayılı Kanun• ile TTKve Kanun'un yürürlüğüne ilişkin 6103sayılı Kanun'un⁵ toplam 48 maddesinde değişiklik yapılmış ve bu değişikliklerin etkisi yaklaşık 100 maddeye yansımıştır. Böylece geniş katılımlı komisyonun on bir yıllık emeği neticesinde olgunlaşan Kanun, altı yedi ay gibi kısa sürede alevlendirilen eleştiriler sebebiyle⁶ değişikliğe uğramış ve bu değişiklikler Kanun'un bazı "*taşıyıcı kolonlarının*"⁷ yıkılmasına sebep olmuştur⁸.

² Elbette ticaret hayatı için büyük önemi haiz Kanun'un tamamının ilgili tüm çevrelerce oybirliği ile benimsenmesi mümkün değildir. Zira Kanun Tasarısı'nun kamuoyu ile paylaşılmasının ardından Kanun'un olgunlaşarak kabul edilebilmesi amacıyla birçok değerli akademik çalışma yapılmıştır. Tasarı'ya ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. MoROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler.

Bununla birlikte Kanun'un yürürlüğe girmesine çok kısa bir süre kala yoğunlaşan eleştiriler daha ziyade hukukçu olmayan akademisyenler tarafından yapılmıştır. Bu eleştirilerin bir kısmı için bkz. Şücrü KızıLOT, "Mızrak Çuvala Sığmadı Tepkiler Ytizünden Yeni TTK Değiştirildi", 18.06.2012, Hürriyet Gazetesi ve özellikle anılan yazarın borçlanma yasağı hakkındaki köşe yazısı, "Hapse Ginneyen Şirket Ortağı ve Vatandaş Kalmayacaktı" 19.06.2012, Hürriyet Gazetesi, İsmail KÖK.BULUT, "Ortakların Şirkete Borçlanma Yasağı" 05.12.2011, Bugün Gazetesi.

³ Süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 10, 16; POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), I, N. 512d.

⁴ Türk Ticaret Kanunu ileTürk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda DeğişiklikYapılmasına Dair Kanun, 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı RG.

⁵ Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 14.01.2011 tarih ve 27846 sayılı RG.

⁶ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 46.

⁷ Bu ifade, TTK Komisyonu başkanı Prof. Dr. Ünal Tekinalp tarafından kullanılmaktadır. Bkz. TEKİNALP, Yeni Yaklaşımlar, s. 18. Yazar, yeni Ticaret Kanunu'nun taşıyıcı kolonlarmu şeffaflık, nesnel adalet, sorumluluk bilinci, hesap verilebilirlik ve kurumsal yönetim prensiplerinin oluşturduğunu belirtmektedir.

⁸ Genel olarak yapılan değişikliklere yönelik görüşler hakkında bkz. ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 46-50; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 18; KENDİGELEN, Değişiklikler, s. 1-8. 6335_sayılı Kanun ile değişik TTK m. 358'e yöneltilen eleştiriler için bkz. KENDİGELEN, İlkTespitler, s. 244-246; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 493; PULAŞLI, Şerh I,s. 747-749; BORA, s. 61, 62.

Ticaret hayatı için büyük önemi haiz, akademisyen, yüksek yargı mensubu, avukat, sanayi ve ticaret oda temsilcilerinin katkıları ile on bir yılda hazırlanan Kanun'da alelacele yapılan değişikliğin sebeplerinin kamuoyu ile paylaşılması, bu gerekçelerin ayrıntılı bir şekilde açıklanması tereddütleri gidermek açısından faydalı olurdu. Ancak ne yazık ki, Hükümet'in iki paragraftan oluşan değişiklik tasarısının genel gerekçesi, bu işlevi yerine getirmekten acizdir:

"Türkiye Büyük Millet Meclisince 13/1/2011 tarihinde kabul edilen ve 14/2/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yayımı tarihinden itibaren kamuoyunda tartışılmış ve anılan Kanunda yer alan bazı düzenlemelerin değiştirilmeden yürürlüğe girmesi halinde ticari hayatın olumsuz etkilenebileceği ve uygulamada sorunların yaşanabileceği değerlendirilmiştir.

*Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların asgariye indirilebilmesi için gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda gerekse de 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda değişiklik yapılmasını teminen bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır."*⁹

Çalışmanın konusunu oluşturan borçlanma yasağını düzenleyen hükümler de bu kapsamda değişikliğe uğramıştır. Çalışmada, Komisyon tarafından benimsenen ilk metin ile yürürlüğe giren hükümlerin karşılaştırması yapılarak konu açıklanmaya çalışılmıştır.

Pay sahibinin ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanması uygulamada sıkça görülen ve çoğu zaman şirket malvarlığının kötüye kullanılmasına neden olan bir uygulamadır. Bu uygulamayı yasaklayan hükümler Kanun'da yalnızca ana ilkeleriyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin kapsamı, istisnaların sınırı ve yasağa aykırılığın sonuçlarının, akademik bir çalışmada incelenmesine ihtiyaç vardır. Söz konusu ihtiyaç nedeniyle tezin konusu, anonim ortaklıkta şirkete borçlanma yasağı olarak seçilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde pay sahibinin şirkete borçlanması kural olarak yasaklanmış ve bu yasağa belirli şartlarda istisna tanınmıştı. Ne var ki, yapılan değişiklik neticesinde adeta borçlanma serbest, yasak istisna olmuştur. Bu nedenle,

⁹ Bkz. Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/630), Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 3, s. 4.

her ne kadar TTK m. 358 hükmü ile pay sahibinin şirkete borçlanmasının yasaklanmadığı, borçlanabilme şartlarının belirlendiği ileri sürülebilirse de eserin başlığı TTK m. 358 ve m. 395'in kenar başlıklarına paralel şekilde "Şirkete Borçlanma Yasağı" olarak tercih edilmiştir.

Pay sahibi ile paysahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanabilmelerinin usul ve şartlarını düzenleyen TTK hükümleri, Türk hukukuna özgü ve yenidir. Ancak belirtmek gerekir ki, hükümlerin ihdas amacı olan, şirket malvarlığının çoğunluk pay sahipleri ile yöneticiler tarafından sömürülmesinin engellenmesi ve bu sayede küçük pay sahipleri, alacaklılar, şirketin kendisi ve dahası kamunun korunması düşüncesinden hareketle birçok ülke hukukunda borçlanma yasağına benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeler hakkında mukayeseli hukuk bölümünde özet bir açıklama yapıldıktan sonra ayrıntılı bilgi, TTK hükümleri açıklanırken karşılaştırma yapılarak verilmiştir.

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, borçlanma yasağına temel olan ilkeler açıklanmıştır. Bu kapsamda özellikle sermayenin korunması ilkesinin tartışılması konumuz açısından önemi haizdir. Zira, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramamış TTK m. 395'in gerekçesinde bu ilke açıkça zikredilmiş ve yasağın bir açıdan sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi uyarınca benimsendiği ifade edilmiştir. Bu nedenle çalışmada sermayenin korunması ilkesi ile bu ilkenin benimsenmesine sebep olan esas sermaye sistemi hakkında bilgi verilmesi tercih edilmiştir. Her ne kadar anılan hükmün gerekçesinde, sermayenin korunması ile malvarlığının korunması kavramları eş anlamlı kullanılmış olsa da, ilke ile korunan değerin tespit edilmesi ve bu tespit neticesinde terminolojik bir tercih yapılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, Türk hukukunda sermayenin ve malvarlığının korunması amacıyla ihdas edilen hükümler araştırılmış ve söz konusu hükümler ile koruma altına alınan değer sorgulanmıştır.

Son yıllarda özellikle Anglo-Sakson ülke yazarlarınca esas sermaye sistemi ve sermayenin korunması ilkesinin verimliliği tartışılmaktadır. Bu nedenle, sermayenin korunması ilkesi gereği benimsendiği kabul edilen borçlanma yasağı hakkındaki hükümlerin yerindeliği konusunda bir tespitte bulunulabilmesi amacıyla esas sermaye sistemine yöneltilmiş eleştirilerin Türk hukuku açısından kabul edilebilirliği araştırılmıştır.

Sermayenin korunması ilkesi hakkında yapılan açıklamaların ardından, eşit işlem ilkesi hakkında kısaca bilgi verilmiş ve eşit işlem ilkesi ile borçlanma yasağının ilişkisi irdelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde kabul edilen borçlanma yasağı hakkında kısaca bilgi verilmiştir. Ardından borçlanma yasağı ile amaçlanan koruma araştırılmıştır. Yasağın kapsamı, kişi ve borç açısından irdelenmiş ve bu bağlamda hükmün açıkça kapsamında yer almayan kişi ve işlemlere yasağın uygulanabilme ihtimali tartışılmıştır. Ardından TTK m. 358'de belirtilen yasağın şartları hakkında bilgi verilmiş ve hükümde açıkça zikredilmeyen ilave şartların gerekliliği sorgulanmış ve son olarak, yasağın ihlali halinde uygulanacak müeyyideler tespit edilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümdeki benzer çaba pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile bu üyenin yakınlarının şirkete borçlanma yasağının açıklandığı üçüncü bölümde gösterilmiştir. Bu bağlamda, öncelikle yasağın amaçladığı koruma açıklanmış ve mevcut hüküm ile bu amaca ulaşılabilme ihtimali sorgulanmıştır. Ardından yasağın kişi ve işlem açısından kapsamı araştırılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 358 hükmü için yapılan açıklamaların önemli bir bölümü TTK m. 395 için de geçerli olduğundan, varılan sonuçların tekrar edilmesi yerine, ilgili bölümlere gönderme yapılması tercih edilmiştir. Bu amaçla üçüncü bölümde özellikle TTK m. 395'in yanıtsız bıraktığı sorulara cevap aranmıştır. Gerçekten de, grup şirketleri için tanınan istisnanın kapsamı ve şirketler topluluğu hükümleri ile borçlanma yasağının öncelik sırasının belirlenmesine ihtiyaç vardır. Sorgulanması gereken bir diğer husus, hükme aykırılık halinde alacaklılar lehine tanınan imkanın nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Bu kapsamda, söz konusu düzenlemenin borçlanma yasağının ihlalinin yegane sonucu olup olmadığı; bu imkan yanında işlemin geçersizliğinin ileri sürülüp sürülemeyeceği ve nihayet düzenlemenin İcra ve İflas Kanunu hükümleri ile birlikte nasıl yorumlanması gerektiği açıklanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLANMA YASAĞINA TEMEL OLUŞTURAN İLKELER

Pay sahibi ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanmasının yasaklanması, şirket sermayesi ve bu sermayeyi aşan malvarlığının korunması ihtiyacının bir sonucudur. Nitekim, TTK m. 395'in gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmiş ve hükmün sermayenin/malvarlığının korunması ilkesinin bir gereği olduğu vurgulanmıştır. Bu kapsamda, sermayenin/ malvarlığının korunması ilkesinin açıklanması ve bu ilce ile korunan değer belirlenmesi konumuz açısından büyük önemi haizdir. Zira, bu tespitin yapılmasıyla borçlanma yasağının düzenlendiği hükümler ile ilke uyarınca benimsenen diğer kurallar arasındaki ilişki belirlenebilecektir.

Anonim şirket Kanun'da, borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu bulunan şirket olarak tanımlanmıştır (TTK m. 329). Sorumluluğun bir anlamını oluşturan "malvarlığı ile sorumluluk" ifadesi, borçlunun malvarlığının borcunun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının borçlunun malvarlığına başvurarak alacağını cebri icra yolu ile tahsil etmesi imkanını anlatır¹. Bu açıdan anonim şirket, bütün malvarlığı ile sorumludur. Anonim şirketin malvarlığı ise tüm aktif ve pasiflerinden meydana gelir.

Bir işletmenin belirli bir dönemde sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların edinilme kaynaklarının gösterildiği mali tablo¹ olan bilançoda ifade edilen aktif ve pasif kavramları ise farklı anlam taşımaktadır. Buna göre, bilançonun pasif tarafı kaynaklardan, aktif tarafı ise varlıklardan oluşmaktadır.

¹ OCuZMAN/ÖZ, C. I, s. 16.

² KuMKALB, s. 41.

Bir diğer ifadeyle bilanço, şirketin hangi kaynakları kullanarak hangi varlıklara sahip olduğunu göstermek amacıyla düzenlenen bir finansal tablodur. Bilançonun pasif tarafında özkaynaklar ile ortaklığın kısa ve uzun vadeli borçları, aktif tarafında ise duran ve dönen malvarlığı yer alır³. Görüldüğü üzere esas sermaye, pay sahipleri tarafından taahhüt edilen ve para ile gösterilen belirli bir miktarı ifade eder ve şirket bilançosunun pasif kısmında yer alan kalemlerden sadece birini oluşturur. Esas sermaye şirket ana sözleşmesinde belirtilen bir nominal değerden ibaret iken⁴, şirket malvarlığı gerçek ve dinamik bir varlığı ifade eder. Bu nedenle, anonim ortaklığın sorumluluğunun sermayesi ile sınırlı olduğunu söylemek doğru olmaz. Kurulduğundan itibaren kar etmiş, gayrimenkul, hammadde satın almış, yedek akçe ayırmış bir şirketin malvarlığı esas sermayesini geçebilir. İşte böyle bir şirketin alacaklılarına karşı sorumluluğu, esas sermayesi ile değil, sayılan tüm değerlerin toplamıyla sınırlıdır. Öte yandan, sürekli zarar eden bir şirkette, aktifler esas sermayenin altına inmiş olabilir ve ortaklık alacaklıları ancak bu değere müracaat edebilirler.

TTKm. 329'da anonim ortaklığın borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu bulunduğu hükme bağlandıktan sonra, hükmün ikinci fıkrasında pay sahiplerinin sorumlulukları düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, pay sahipleri taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve yalnızca şirkete karşı⁶ sorumludur. Böylece kanun koyucu, şirket malvarlığının alacaklılarının güvencesini oluşturduğunu kabul etmiş ve ortaklık borçlarından dolayı pay sahiplerinin kişisel sorumluluklarının bulunmadığını açıkça hükme bağlanmıştır. Öte yandan kanun koyucu, pay sahiplerinin bu "sınırlı sorumluluk imtiyazına" karşı şirket alacaklılarının korunması amacıyla, şirket sermayesi ve malvarlığını koruyucu hükümler ihdas etmiştir. İşte bu amaçla, esas

³ KUMKALE, s.45; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), 2010, N. 432. TMS'ye göre hazırlanan bilançoda yer alması gerekli kalemler için bkz. TEKİNALP, IFRS/TMS-TFRS, s. 44-46.

⁴ LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 2.

⁵ OLGEN, s.20; ARICI, s.11, 12; SEVİ, s.41, 42.

⁶ 6762 sayılı Kanun'da açık bir şekilde öngörülmemiş bulunan, sorumluluğun sadece şirkete karşı olduğu hususu TTK'da vurgulanmıştır. Gerekçe'de bu temel ilkenin vurgulanmasında hem teori hem de uygulama açısından zorunluluk bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. Gerekçe. 329. Öğretide bu gerekçe eleştirilmiş ve eTKm.140/1 (TTKm. 128/2) nede⁵ ile söz konusu açıklamaya gerek olmadığı belirtilmiştir. Bkz. KENDİĞELEN, İlk Tespitler, s. 218.

sermaye sistemi benimsenmiş ve bu sermayenin pay sahiplerine iade edilmesini engellemek amacıyla bir dizi kural sevk edilmiştir. Anılan hükümler nedeniyle, "sermayenin korunması ilkesi" anonim ortaklığın merkez ilkeleri arasında kabul edilmiştir.

Sermayenin korunması ilkesi ile bazı durumlarda sermayenin yanı sıra birtakım yedeklerin de pay sahiplerine dağıtılması engellenmiştir. Bu ilke ile koruma altına alınan değerin (*Sperrziffer/Sperrquote*), bir diğer ifadeyle "bağlı malvarlığının"⁷ tespit edilmesi, hükümlerin açıklanması ve değerlendirilebilmesi için gereklidir. Bu amaçla, öncelikle mukayeseli hukukta şirket sermayesinin korunması amacıyla benimsenen sistem kısaca incelendikten sonra, Türk hukukunda koruma altına alınan değer tespit edilmiştir. Zira, borçlanma yasağı hakkında öngörülen kuralların, söz konusu korunan değere uygun olup olmadığı, ancak bu tespit yapıldıktan sonra değerlendirilebilecektir.

Kanun koyucu sermayenin korunmasına yönelik hükümler ile birlikte sermayeyi aşan malvarlığının korunması için de hükümler sevk etmiştir. Sermayenin korunması ilkesinin yanı sıra çalışmada borçlanma yasağını ilgilendiren bu hükümlerden de bahsedilmiştir.

Ayrıca, şirket malvarlığının hakim ortaklar tarafından kötüye kullanılması, malvarlıksal haklardan yararlanmada pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratacağından, çalışma konusu eşit işlem ilkesi ile de yakından ilgilidir. Gerçekten de, şirket malvarlığının bazı pay sahiplerine verilen uzun vadeli, piyasa koşullarına aykırı krediler ya da teminatlar ile sömürülmesi, diğer pay sahiplerinin malvarlıksal haklarına zarar verecektir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, bu çalışmada eşit işlem ilkesi pay sahiplerini şirkete borçlanma yasağı ile sınırlı olarak açıklanmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu ilkenin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı ile bir bağlantısı bulunmadığı için çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle sermayenin korunması ilkesi ana hatları ile açıklandıktan sonra, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı ile eşit işlem ilkesinin ilişkisi belirlenmeye çalışılmıştır.

⁷ Kavram için bkz. AYDıN, Kendi Payını Edinme, s. 12.

I. SERMAYENİN KORUNMASI İLKESİ

A. Kavram ve Terminoloji

Sermayenin korunması ilkesi (*capital maintenance/Kapitalerhaltung*), Kıta Avrupası hukuk geleneğine mensup ülkeler ile Avrupa Birliği üyesi olması sebebiyle' İngiliz hukukunda kabul edilen esas sermaye sistemi (*legal capital*) ile öngörülen kuralların bir sonucudur.

Mukayeseli hukukta sermayenin korunması, sermayenin eksiksiz bir şekilde şirkete getirilmesinin temin edilmesi ve getirilen sermayenin pay sahiplerine açık ya da gizli şekilde geri ödenmesinin engellenmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁹. Sermayenin korunması ilkesi uyarınca, "sınırlı sorumluluk imtiyazına"¹⁰ sahip olan paysahipleri tarafından şirkete getirilen sermaye, şirketin ticari faaliyetlerinde kullanılmalı vesermayenin azaltılması ile tasfiye hali saklı kalmak şartıyla, alacaklılar için gerekli önlemler alınmaksızın hissedarlara geri ödenmemelidir".Dikkat edildiği üzere, kural olarak sermayenin korunması ile şirket sermayesinin herhangi bir şekilde yitirilmesinin değil, "pay sahiplerine" yapılan kazandırmalar neticesinde azalmasının engellenmesi amaçlanmaktadır¹². Kar payının dağıtım hakkındaki sınırlamalar, şirketin kendi hisselerini iktisap etmesinin şartları, sermayenin azaltılması hakkındaki hükümler, sermayenin pay sahiplerine iadesini engellemek amacıyla öngörülmüştür. Ayrıca, finansal yardım yasağının da konu ile ilgili olduğu kabul edilmektedir¹³.

⁸ Bu çalışmanın tamamlandığı tarihte Birleşik Krallık halen Avrupa Birliği üye devleti statüsünü korumaktadır.

⁹ ARMOUR, Creditor Protection, s. 365; RICKFORD GRUBU, s. 928, 937; NOACK/B. imRSKENS, Modernising the GmbH, s. 113. Benzer bir tanım Türk öğretisinde de lı.'Ulanılmıştır.Bkz. SEvi, s. 72, 409.

¹⁰ Bu imtiyazın, küçük tasarrufların anonim ortaklık çatısı altında birleştirilerek büyük sermaye birikimlerini oluşturabilme düşüncesi sonucunda kabul edildiği yönünde bkı. AYDIN, Kendi Payını Edinme, s.6.

¹¹ RICKFORD GRUBU, s. 928; MACEY/ENRIQUES, s. 1173, 1174, aynı yönde, BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1079.

¹² AJ N.'EPPF.N, GmbHG, § 30, N. 1; HOMMELHOFF, § 30, N. 6; HUECK/FASTRICH, § 30,

¹³ fu CKPOJin GıtuBu, s. 937-945, 954; benzer şekilde bkz.. CAHN/OONALD, s.220.

Gerçekten de, esas sermaye sistemi gereği benimsenen kuralların ortak amacı sermayenin şirkete eksiksiz tahsis edilmesi ve bu sermayenin pay sahiplerine usulsüz şekilde geri kazandırılmasının önlenmesidir. Anılan terminolojik tercih, aynı zamanda bu ilkenin dar yorumlanmasının bir sonucudur. Diğer bir söyleyişle, sermayenin korunması ifadesi, sermayeyi aşan malvarlığının korunması anlamında kullanılmamaktadır. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, mukayeseli hukukta da serbest malvarlığıru koruyucu birçok hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hükümler, sermayenin korunması başlığı altında değil, yönetim kurulunun sorumluluğu ile özen borcu gibi bölümler kapsamında açıklanmaktadır".

Çoğunlukla "dağıtım" (*distribution*) olarak adlandırılan bu geri kazandırmaların en tipik örneği kar payı şeklindedir. Ancak, kar payı yanında dağıtımın, şirketin kendi hissesini (senedini) devralması ya da şirket malvarlığının pay sahibine devri şeklinde de gerçekleşebileceğikabul edilmektedir¹⁵. Yapılan dağıtımın şekli ne olursa olsun, dağıtım neticesinde şirket sermayesi azalacağından, bu işlemler alacaklılar için risk teşkil etmektedir. Bu nedenle, esas sermaye sistemi ile getirilen koruma, şirketin borçlarını ödeyememe riskini azalttığından, konu özellikle şirket alacaklılarının menfaati açısından değerlendirilmektedir¹⁶.

İlke, Türk hukukunda, "sermayenin korunması" ya da "malvarlığının korunması" şeklinde anılmaktadır. Ancak ilkenin "sermayenin korunması" ya da "malvarlığının korunması" şeklinde ifade edilmesi sadece terminolojik bir tercih değildir; anılan ilkenin dar ya da geniş yorumlanmasının bir sonucudur. Sermayenin korunması ilkesi dar yorumlandığında korunan, sadece taahhüt edilmiş ve/veya ödenmiş sermaye rakamıdır. Ancak, geniş yorumlandığında, şirketin tüm malvarlığı koruma kapsamında sayılacaktır.

1. Bkz. Üçüncü Bölüm, II.Aksi yönde bkz.SEvî,s.74.Yazar, sermayenin korunması kavramı ile malvarlığının korunması kavramları arasında farklılık bulunmadığını belirtmektedir.

15 RICKFORD GRUBU, s. 922, 923.

16 Department of Trade and Industry, Company Law Review Steering Group, Company Formation and Capital Maintenance (DTI, Capital Maintenance), s. 22; ARMOUR, Creditor Protection, s.355; ENGERT, Legal Capital,s.649; RICKFORD GRUBU,s.923.Ancak Rickford Grubu, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde belirtildiği üzere, sermayeyi koruyarı hükümleri maliyetli ve alacaklı koruması amacına hizmet etmekten uzakbulmaktadır.Bkz. Birinci Bölüm, I, C, 1.

Türk öğretisi, sözti geçen ilkeyi geniş yorumlama eğilimindedir. Bu ilke, ilk kez Poroy tarafından "malvarlığının korunması ilkesi" olarak adlandırılmış ve bu terminolojik tercih birçok yazar tarafından benimsenmiştir¹⁷. Sınırlı sorumluluk ilkesi gereği anonim ortaklığın tüm malvarlığının, alacaklıların güvencesini oluşturması bu görüşün temelini oluşturmaktadır¹⁹. Poroy, ilkenin sermayenin korunması ilkesi olarak anılmasını da eleştirmektedir. Yazara göre, koruma asgari olarak sermaye kalemi ile sınırlıdır ancak, malvarlığının esas sermayeye uygun olarak teşekkülü de korumanın kapsamında yer almaktadır²⁰.

Karşı görüşteki yazarlar ise, ilkeyi dar yorumlamaktadır. Söz konusu görüşe göre, anonim ortaklıkların malvarlıkları ile sınırlı sorumlu olmalarının sonucu olarak, kanun koyucu asgari olarak esas sermaye ile şirket malvarlığının eşit olmasını amaçlamaktadır²¹. Buna göre, esas sermayenin kuruluşta esas sözleşmede belirtilen miktarda ödenmesi ve kuruluştan sonra da aynı miktarda tutulması gerekli ve yeterlidir²². İleri sürülen bu görüşün kabul edilmesi halinde ilkenin, "sermayenin korunması ilkesi" olarak adlandırılması gereklidir.

Kanun koyucu ise, terminolojik tercihini "sermayeden" yana kullanmıştır. Kanun'un batıl yönetim kurulu kararlarının düzenlendiği 391. maddesi ile batıl genel kurul kararlarının düzenlendiği 447. maddesinde, "sermayenin

¹⁷ PoROY (TEKİNALP/ÇAMOİ:LU), 2010, N. 467.

¹⁸ TEKİL, s. 51, 52; YANLI, 111el Kişilik Perdesi, s. 82; PASLI, Kurumsal Yönetim, s. 217; DRĞİRMENCİ, s. 3; YücE, s. 63; SEVİ, s. 74; Hızırn, s. 227, 228; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 121 vd.; GOREL, s. 103-105; PULAŞLI, Şerh I, s. 717, 718.

¹⁹ TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s. 1689, 1690; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 121, 123; YücE, s. 64; SEVİ, s. 409. Kıta Avrupası şirketler hukukunda ilkenin, alacaklıların korunması amacıyla benimsendiği yönünde bk.z. TEKİNALP, IFRS/TMS-TFRS, s. 58.

²⁰ POROY (TEKİNALP/ÇUFOĞLU), 2010, N. 467.

²¹ S.İWİ, s. 40, 53; aynı yönde BORA, s. 27.

²² ÜLGEN, s. 20; KAYAR, s. 28; AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 8; Bahtiyar, s. 113. Doğan, sermayenin iadesi yasağı hakkında yazdığı makalesinde, hissedarların ödedikleri sermaye payının alacaklıların tek güvencesini oluşturduğunu ve bu sebeple korunması gerektiğini ifade etmiş ve sermayeyi koruyan hükümlere örnekler vermiştir. Bk1. İlioĞA... "<, Sermayenin İadesi s. 48. Aynı yöndeki terminolojik tercih için bkz. AxnA.t, Gt.;yy GüMOŞ, Taşınırlar, s. 11.

korunması hükümlerine" aykırı kararların batıl olacağı hükme bağlanmıştır. Gerek Genel Gerekçe'de (Genel Gerekçe N. 57) gerek madde gerekçe-lerinde bu tercihe vurgu yapılmıştır. Hatta, batıl yönetim kurulu kararlarını düzenleyen TTK m. 391'in gerekçesinde, sermayenin korunması ilkesinin, malvarlığının korunması ilkesinden ayrılması gerektiğinin altı çizilmiştir.

Çalışmada, ileri sürülen iki görüşten hangisinden yana tavır almak gerektiğinin tespit edilebilmesi için öncelikle, TTK'da sermayeyi/ malvarlığını koruyan hükümlerin tespit edilmesi amaçlanmıştır²³. Bu bağlamda hükümler, "sermayenin eksiksiz bir şekilde şirkete tahsisini amaçlayan hükümler", "sermayenin ortaklık sona erinceye kadar muhafazasını amaçlayan hükümler" ve son olarak "malvarlığının ortaklık sona erinceye kadar işletme konusuna tahsis edilmesini amaçlayan hükümler" şeklinde tasnif edilmiştir. Yapılan araştırma sonucu, incelenen hükümlerin büyük bir çoğunluğunun "sermayeyi" koruduğu tespit edildiğinden²⁵, bu çalışmada ilkenin, "sermayenin korunması ilkesi" olarak anılması tercih edilmiştir. Ancak, Türk hukukuna geçmeden önce mukayeseli hukukta konunun nasıl düzenlendiği ele alınmıştır.

B. Mukayeseli Hukukta Konunun Düzenlenişi

Pay sahibi ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı, çoğunluk pay sahibi ile yöneticilerin şirket malvarlığını sömürmesi riskine karşı öngörülmüştür. Türk hukukuna özgü olan bu yasağın amaçladığı koruma, mukayeseli hukukta sermayenin korunması (*capital maintenance/Kapitalerhaltung*) ile yöneticiler ve hakim pay sahiplerinin sorumluluğu hakkında öngörülen hükümler çerçevesinde sağlanmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere sermayenin korunması ilkesi, sermayenin eksiksiz bir şekilde oluşturulmasını ve bu sermayenin pay sahiplerine iade edilmesinin engellenmesini amaçlayan kurallar bütününden oluşmaktadır. Ancak, çalışmanın konusunu oluşturan borçlanma yasağı, sermayenin eksiksiz şekilde oluşturulmasından ziyade, sermayenin yapılan dağıtımlar

²³ Birinci Bölüm, I, D.

¹⁴ Benzer bir tasnif Kayar tarafından yapılmış ve hükümler, "Esas sermayenin kuruluşta korunması" "Esas sermayenin kuruluşta sonra korunması" ve "Malvarlığının korunması ilkesi" başlıkları altında incelenmiştir. Bkz. KAYAR, s. 27-32.

²⁵ Birinci Bölüm, I, D, 2.

neticesinde pay sahiplerine iade edilmesi konusu ile bağlantılıdır. Bu nedenle, esas sermaye sistemi gereği kabul edilen ve sermayeyi/ malvarlığını koruyan tüm hükümlerin açıklanması çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu bağlamda, esas sermaye sisteminin mukayeseli hukukta düzenlenişi hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesini engelleyen hükümler derinlemesine tartışılmıştır.

Mukayeseli hukukta konunun düzenlenişi iki temel başlık altında incelenmiştir. Öncelikle, Kıta Avrupası Hukuku başlığı altında, ilk kez 1976 yılında kabul edilmiş olan İkinci Yönerge⁶ sebebiyle üye ülkelerin anonim şirketlerinin tabi olduğu kurallara kısaca değinilmiş ve özellikle yürürlükteki 2017/1132 sayılı Yönerge²¹ uyarınca dağıtım (*distribution*) rejimi hakkında bilgi verilmiştir. Ayrıca, Alman ve İsviçre hukukunda sermayenin iadesi yasası hakkında²¹ benimsenen kurallar açıklanmıştır. İkinci bölüm ise, Anglo-Sakson hukuk geleneğine mensup ülkelere İngiltere ve Amerikan hukuku düzenlemelerine ayrılmıştır. İngiltere'nin 2017/ 1132 sayılı Yönerge ile bağlı olması nedeniyle, İngiliz anonim şirketlerine dair düzenlemeler Kıta Avrupası hukukuna paraleldir. Buna karşılık, anonim şirketler ile limited şirketlere uygulanan kurallar büyük farklılık göstermektedir²⁹. Bu nedenle, ikinci bölümde esas sermayesistemi benimsemeyen ülkelerde sermayenin hangi hukuki araçlarla korunduğu sorusuna yanıt aranmıştır.

1. Kıta Avrupası Hukuku

a. 2017/1132 Sayılı Yönerge

Avrupa Birliği şirketler hukukunun temel düzenlemelerinden biri olan İkinci Yönerge'ye ilişkin ilk taslak, Avrupa Topluluğu'nun 24.04.1970 tarihli Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıştır³⁰. Ancak, hazırlanan taslağa İngil-

²⁶ 13 Aralık 1976 tarih ve 77/91/AET sayılı Yönerge.

²¹ 14 Haziran 2017 tarih ve 2017/ 1132 sayılı Yönerge.

^u Alman hukukunda söz konusu yasası düzenleyen hükmün kenar başlığı "sermayenin korunmasıdır (Kapitalerhaltung). Ancak, bununla, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi engellenmesi amaçlandığından ortak bir terminoloji benimsenmiştir.

²⁹ GRUNDMANN/GLASOW, s. 244,245.

³⁰ ABJ. 24-4.1970, C. 48, s.8 vd.

tere, İrlanda ve Danimarka tarafından yöneltilen eleştiriler sebebiyle İkinci Yönerge'nin kabul edilmesi 1976 yılına kadar mümkün olmamıştır. Anılan yönerge, anonim şirketlerin kamuyu aydınlatma yükümlülükleri hakkında kurallar öngörmesi sebebiyle Birinci Ortaklıklar Yönergesi'ni tamamlamaktadır³¹. Ancak, İkinci Yönerge'nin asıl amacı, anonim şirketlerin kuruluşunun düzenlenmesi ile bu şirketlerin sermayelerinin korunması ve pay sahipleri arasında eşitliğin temin edilmesidir. Söz konusu amaç doğrultusunda İkinci Yönerge ile benimsenen bir dizi kural neticesinde muayyen "esas sermaye sistemi" kabul edilmiştir.³²

Esas sermaye sistemi uyarınca ihdas edilen hükümlerin sermayeyi koruyucu özelliği nedeniyle, bu hükümlerin "sermayenin korunması ilkesi" başlığı altında incelenmesi de mümkündür. Söz konusu ilkenin, KıtaAvrupası hukukuna egemen, merkez bir ilke olduğu öğretide kabul edilmektedir".

İkinci Yönerge ile benimsenen kuralların temel amacı, sermayenin şirkete eksiksiz bir şekilde getirilmesini sağlamak ve getirilen sermayenin pay sahiplerine iade edilmesini önlemektir. Kırk yıldan fazla bir süredir uygulanmakta olan³ söz konusu yönerge, kabulünden itibaren birçok kez değişikliğe uğramıştır³⁵. Bu sebeple, karışıklıkların önlenmesi ve hükümlerinin açıklığa

³¹ İkinci Yönerge'nin hazırlık süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 205.

³² Aksi görüşteki Engert'e göre, 2017/1132 sayılı Yönerge ile benimsenen birçok kural esas sermaye sisteminden bağımsızdır. Örneğin rüçhan hakkının öngörülmesi için, genel olarak esas sermaye sisteminin benimsenmesine gerek yoktur. Aynı çıkarım Yönerge'de düzenlenen birçok kural için de geçerlidir. Zira, eşit işlem ilkesi, pay sahiplerine yapılan örtülü dağıtımların yasaklanması, aynı sermaye değerinin bilirkişi marifetiyle belirlenmesi, şirketin kendi hisse senedini iktisap etmesi ile sermaye artırımı ve azaltım işlemleri için genel kurul onayına ilişkin hükümler, esas sermaye sisteminden bağımsızdır. Yazara göre sadece asgari sermaye ve alacaklı koruması için öngörülen kar dağıtımı hakkındaki sınırlamalar bu ilkenin gereğidir. Yazar, esas sermaye sisteminin benimsenmediği Amerikan Model Şirketler Kanunu'nda da rüçhan hakkı öngörülmüş olmasının, anılan iki kavramın bağımsızlığını kanıtladığı görüşündedir. Bkz. ENGERT, Legal Capital, s. 661, 662, 692.

³³ WYMEERSCH, Das Bezugsrecht, s. 382; MACEY/ENRIQ.UES, s.1174; Böckl, s.71.

³⁴ Yönerge Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile İsviçre, Türkiye ve Rusya'da uygulanmaktadır. Ayrıca Yönerge'nin Avrupa Şirketi (SE) için de uygulanması zorunludur. Bkz. LUTTER, Legal Capital, s. 1, 2.

³⁵ 1992 yılında 92/101 / AET sayılı Değişiklik Yönergesi ile 24a maddesi eldenmiştir. En

kavuşturulması amacıyla³⁶ İkinci Yönerge önce 2012, daha sonra 2017 yılında yenilenmiştir³⁷.

Yönerge'nin kapsamı, anonim şirketler³⁸ ile sınırlıdır. Yönerge'nin resmi açıklayıcı notunda, anonim şirketlerin ekonominin lokomotif gücü olduğu belirtilmiş ve bu şirketlerin faaliyetlerinin çoğu zaman ülke sınırları dışına çıkması sebebiyle, özellikle anılan şirketler için yeknesak kurallar koymanın gerekliliği vurgulanmıştır³⁹. Böylece, sadece anonim şirketlerin pay sahipleri ve alacaklıları için "güvenli" bir ortaklık yaratılmıştır. Bununla birlikte, esas sermaye sistemi ile öngörülen korumanın bilhassa limited şirketler için gerekli olduğu kabul edilmektedir. Yönerge'nin kabul edildiği ilk yıllarda, limited şirketlerin uzun süre varlıklarını sürdürememeleri gerçeği karşısında, bu şirketlerdeki alacaklıların korunması gerektiği ifade edilerek Yönerge'nin kapsamına tüm sınırlı sorumlu şirketlerin alınması Alınan doktrini tarafından önerilmişti;. Buna karşılık, özellikle İngiltere'nin muhalefeti ağır basmış ve Yönerge'nin kapsamı anonim şirketlerle sınırlı tutulmuştur⁴⁰. Öte yandan bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, Kıta Avrupası'nda birçok üye ülke limited şirketler için de Yönerge'de öngörülen kurallara paralel kurallar benimsemiştir.

kapsamlı değişiklik ise 2006 yılında yapılmıştır. İkinci Yönerge'ye 10a, 10b ve 23a maddeleri eklenmiş ve diğer maddelerde de değişiklik yapılmıştır. Bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 205.

³⁶ Bkz. Yönerge'nin 1 No.lu Başlangıç Notu.

³⁷ Böylece 92/101/AET sayılı Yönerge'nin yerini 25 Ekim 2012 tarih ve 2012/30 sayılı Yönerge, anılan yönergenin yerini ise 14 Haziran 2017 tarih ve 2017/ 1132 sayılı Yönerge almıştır. 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de İkinci Yönerge dışında beş yönergede daha değişiklik yapıldığından söz konusu yönergenin artık İkinci Yönerge şeklinde anılması mümkün değildir. Bu nedenle çalışmada yürürlükteki yönerge 2017/ 1132 sayılı Yönerge şeklinde ifade edilmiştir.

³⁸ 2017/1132 sayılı Yönerge'nin Alman hukukunda "Aktiengesellschaft", İngiliz hukukunda "public company limited by shares" ile "public company limited by guarantee and having ashare capital" Fransız hukukunda "societe anonyme" şirketleri için uygulanması zorunludur. Bkz. Yönerge Ek 1. Üye ülkelerin, Yönerge'nin değişken sermayeli yatırım şirketleri ile Yönerge Ek 1, m. 1/l'de sayılan şirket türünde kurulan kooperatifleri kapsam dışında bırakmak konusunda takdir hakları bulunmaktadır.

³⁹ Bkz. 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 2 No.lu Başlangıç Notu.

⁴⁰ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 207, 208, 243.

2017/ 1132 sayılı Yönerge esas itibariyle, paysahipleri ile alacaklıların eşit şekilde korunmalarının temin edilebilmesi amacıyla düzenlenmişti⁴¹. Yönerge'de, çoğunluk paysahipleri, yöneticiler ve diğer ilişkililikşilerin şirket malvarlığıru kötüye kullanmalarını ve azınlık pay sahiplerinin kontrol haklarınısulandırmalarıruengellemek amacıyla çeşitli kurallar öngörülmektedir⁴². Bu kapsamda Yönerge, esas sermaye sistemigereği, şirket sermayesini/ malvarlığını koruyucu etkiyi haiz birçok hüküm içermektedir. Ancak, söz konusu hükümlerin tamamı hakkında ayrıntılı açıklama yapılması bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Sermayeyi/malvarlığını koruyan hükümler arasında, pay sahiplerine dağıtım yapılabilme şartlarının düzenlendiği hükümler konumuzla doğrudan bağlantılıdır. Zira, Yönerge uyarınca benimsenen dağıtım rejimi ile bir bağlı malvarlığı yaratılmış ve bu bağlı malvarlığının şirketin varlığı süresince korunması amaçlanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde açıklanmış olan Türk hukukundaki borçlanma yasağı- pay sahibinin sermaye koyma borcunu ödememesi bili-saklıkalmak şartıyla- borçlanmanın, TTK m. 358'de benimsenen bağlı malvarlığından gerçekleşmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bir diğer ifadeyle, TTK m. 358 ile de bir bağlı malvarlığı yaratılmış ve şirket malvarlığıru bu korunan değeri aşması halinde borçlanmalara belirli bir ölçüde izin verilmiştir. Bu nedenle, çalışmada Yönerge'de esas sermaye sistemi gereği öngörülen kurallara kısaca değinildikten sonra ayrıntılı olarak dağıtım rejimi ve bu rejim ile benimsenen bağlı malvarlığı açıklanmış ve çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu rejimin Türk hukukundaki düzenlemelerle paralellik gösterip göstermediği tespit edilmeye çalışılmıştır.

(1) 2017/1132 Sayılı Yönerge'de Esas Sermaye Sistemi Gereği Öngörölmüş Hükümler

2017/ 1132 sayılı Yönerge'de, esas sermaye sistemi gereği öngörölmüş birçok hüküm bulunmaktadır. Bunlar, şirketin kuruluşunda 25.000 Avro tutarında asgari sermayeye sahip olmasını öngören (m. 45/1), emek ve tedarik hizmetlerinin sermaye olarak getirilmesini yasaklayan (m. 46), itibari

⁴¹ Bkz. 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 3 No.lu Başlangıç Notu. Buna karşın Yönerge hükümleri özellikle alacaklı koruması açısından değerlendirilmiştir. Bkz. GRUNDMANN/ GLASOW, s. 208,209.

⁴² ENGERT, Legal Capital, s.653.

değerin altında pay çıkarılamayacağı hakkındaki (m. 47), nakdi sermayenin ¼'ünün şirketin kuruluşunda ödenmesi hakkındaki (m. 48J, aynı sermaye değerinin bilirkşi tarafından belirlenmesini öngören (m. 49/1): kuruluştan itibaren iki yıl içinde m. 4 (i)'de sayılan kişilerin sahip olduğu esas sermayenin onda birini aşan malvarlığı devirlerinin genel kurulca onaylanmasını düzenleyen (m. 52), şirketin kendi hissesini iktisap edebilme şartlarının düzenlendiği (m. 59, 60), finansal yardım yasağı hakkındaki (m. 64), rüçhan hakkının kullanımı hakkındaki (m. 72) ve alacaklılara yeterli teminat verilmeden esas sermayenin azaltılamayacağı hakkındaki (m. 75) hükümlerdir.

Yönerge'yi hazırlayan komisyon tarafından, Yönerge ile öngörülen kuralların asgari standartları belirleyip belirlemediği ve üye ülkelerin bu kuralları daha sıkı uygulamak konusunda yetkisi olup olmadığı tartışılmıştır. Alacaklılar ile pay sahiplerinin menfaatleri düşünülerek üye ülkelerce daha katı kuralların benimsenmesine, sadece bu kuralların uygulanmasının üye ülke şirketlerinin rekabet gücünü ortadan kaldıracağı hallerde izin verilmiştir⁴⁻³. Yönerge ile ihdas edilen zorunlu kurallara ek olarak bazı üye ülkeler, Yönerge'nin limited şirketler için de uygulanmasını tercih etmiş ve alacaklı koruması için Yönerge'de öngörülen hükümler yanında kurallar ihdas etmiştir. Örneğin, Yönerge'de bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen Fransa, İtalya, İsveç ve İspanya gibi ülkeler, zararlar sonucu şirket net aktifinin belirli bir oranın altına düşmesi durumunda şirketi, eksilen tutarı şirkete getirmek, sermaye azaltımı yapmak ya da asgari sermaye öngörülmemiş bir başka ortaklık nev'ine geçmek şeklindeki tedbirlerden birini uygulamakla yükümlü tutmuşlardır. Aksi halde, bu durum şirketin tasfiyesini gerektirir". Öte yandan, İngiltere ve İrlanda gibi ülkeler, Yönerge ile getirilen kuralların limited şirketlerdeki esnekliği ortadan kaldıracağı düşüncesiyle anılan şirketlere uygulanmasını reddetmişlerdir⁴⁵.

•u HABERSACK/VERSE, s. 142; GRUNDMANN/GLASOW, s. 206, 207. Örneğin ABAD, Yönerge'de sadece nakdi sermaye artırımlarında rüçhan hakkının düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı taahhütlerde de rüçhan hakkını öngören AktG düzenlemesini İkinci Yönerge'ye aykırı bulmamıştır. Bkz. C-42/95 sayılı Siemens AG v. Henry Nold davası.

.... MACEY/ENRIQUES, s.1184. Yazarlara göre, bu tercih, Kıta Avrupası hukukunun alacaklı menfaatini, pay sahiplerine tercih etmesinin en açık kanıtıdır. Ancak yine de bu düzenlemenin, sermayeyi koruyan diğer kurallar içinde en faydalısı olduğu belirtilmektedirler. Bkz. a.e., s. 1203.

⁴⁵ MACEY/ENRIQUES, s.1175.

(2) 2017/1132 Sayılı Yönerge Uyarınca Pay Sahiplerine Dağıtım Yapılmasının Tabi Olduğu Şartlar: Bilanço Testi

Pay sahiplerine yapılacak dağıtımın tabi olduğu şartlar Yönerge'nin 56. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu kural uyarınca, şirket malvarlığının belirli bir bölümünün, pay sahiplerine yapılacak dağıtımlar sonucu azaltılması yasaktır. Yönerge'de dağıtım, özellikle kar payı ve hazırlık faizi şeklinde tanımlanmaktadır (Yönerge m. 56/ 4). Ancak, dağıtımlar öğretide, pay sahiplerine verilen prim şeklindeki hisse senetlerini ve şirketin sahip olduğu değerli malvarlığı unsurlarının devrini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır⁴⁶.

Yönerge'nin pay sahipleri ile piyasa koşullarına aykırı şekilde (örtülü dağıtımlar) yapılan hukuki ilişkilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konu, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Alman öğretisi dışında tartışılmamıştır⁴⁷. Öğretide, İkinci Yönerge'de konu hakkında bir boşluk bulunduğu ve yapılması planlanan yönerge reformunda, belirsizliklerin giderilmesi amacıyla hükmün yeniden kaleme alınması gerektiği ileri sürülmüştür". Zira bu sayede, sermayenin korunması açısından son derece önemli olan örtülü dağıtımlar hakkında yeterli tartışmanın yapılmadığı üye ülkelerde de konunun önemi anlaşılmış olacaktır. Ne var ki, kabulünden itibaren Yönerge'nin birçok hükmünde değişiklik yapılmasına rağmen, en tartışmalı konulardan biri olan pay sahiplerine yapılacak dağıtım hakkındaki rejim muhafaza edilmiştir⁴⁹.

Açık bir düzenleme olmaması nedeniyle, Yönerge ile öngörülen sınırlamaların, piyasa koşullarına aykırı şekilde şirket ile pay sahibi arasında yapılan ve bu nedenle pay sahibine menfaat aktarılmasına sebep olan işlemlere uygulanıp uygulanmayacağı konusu öğretide tartışmalıdır⁵⁰. Önemli

⁴⁶ CAHN/DoNALD, s. 222. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yönerge'de dağıtım hakkında getirilen emredici sınırlandırmalar, açık hüküm nedeniyle iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımlarında uygulanmayacaktır (Yönerge m.56/6).

⁴⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s.108 vd.

•• FLEISCHER, Disguised Distributions,s.108.

⁴⁹ CAHN/DONALD, s. 221.

so Söz konusu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, Disguised Distributi-

hit grup ya larca', Yönerge'deki kuralın öttüW d<tgthmlra uygulanma.,
ca#1 görişünü paylı}maktadı. Söi konusu yaurJara göre, **Yönerge hılbn**
1.adcc.:r açık dı:tgıtımlat hakkmda uygulanmalıdır. Zira: (J) **Yönerge'ni** m.
56/4 htikmütıde dağttı tı, pay sahiplerine yapıJan kM payı ödemeleri **ile farı**
t-cklindc tanımlanmıştır. (2) Mukayeseli hukukta, pay sahiplerine **yapıfan**
örttilü dağıtımlar, esas scıllı lıye sistemi yerine yönetim kurulu üyesinin hu•
kuki sorumluluğu konusu altında incelenmektedir. (3) Hükmün **kapsamını**,
örttilü dağıtımları da içerecek şekilde genişletmek, hukuki açıklık **ilkesine**
aykırılık teşkil eder ki yönergeler açısından bu durum kabul edilemez.
Aksi yönde olan hllim görüşe göre⁵², Yönerge'nin dağıtımları tanımlayan
m. 56/4 hükmü sınırlayıcı olacak şekilde kaleme alınmamıştır. Bu neden•
le, anılan hüküm özellikle pay sahipleri ile piyasa koşullarına aykırı yapılan
sözleşmelere de uygulanmalıdır⁵³. Ayrıca, Yönerge'nin alacaklılar açısından
büyük risk içeren örtülü dağıtımlara uygulanmaması halinde, Yönerge şirket
alacaklılarının korunmasını temin edemeyecektir. Son olarak, belirli pay sa•
hiplerine yapılan örtülü dağıtımlar, Yönerge'nin 85. maddesinde düzenlenen
eşit davranma ilkesi ile de bağdaşmazH. Kanaatimizce, ikinci görüşten yana
tavır almak gereklidir. Gerçekten de, dağıtımları tanımlayan Yönerge'nin m.
56/4 hükmü "özellikle" demek suretiyle, sayılanların sınırlı sayıda olma•
dığını belirtmektedir. Ayrıca örtülü dağıtımları kapsam dışında bırakmak,
alacaklı koruması açısından kabul edilemez. Zira, Yönerge'nin yorumunda
dikkate alınacak 40 No.lu Başlangıç Notu'na göre, "*alacaklıların güvencesi
olan sermayenin korunması*" Yönerge ile getirilen kuralların ortak amacıdır.
Açıklanan sebeplerden dolayı, şirket tarafından kar payı ya da faiz ödemesi
dışında yapılan dağıtımların da Yönerge uyarınca öngörülen kurallara tabi
olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

Pay sahiplerine dağıtım yapılabilmesi için hükümde öngörülen iki şar•
tın birlikte bulunması gereklidir⁵⁵. Aranan koşullardan ilki, şirketin finansal

ons, s.98 vd.

⁵¹ KOLL-MÖLLENHOPP, s. 159, 160; FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 98 dn. 19'da
anılan yazarlar.

⁵² FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 99, 100; ENGERT, Legal Capital, s. 652.

⁵³ ENGERT, Legal Capital, s. 652.

⁵⁴ FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 99.

⁵⁵ RICKFORD GRUBU, s.962. Ayrıca, dağıtımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. a.e., s.938,

durumuna dairdir. Buna göre, öncelikle, belirli miktardaki şirket malvarlığı değeri muhafaza edilmelidir. Ayrıca, pay sahiplerine yapılacak dağıtımların azami tutarına ilişkin bir düzenleme yapılmış ve dağıtımın belirli bir ölçüyü aşması yasaklanmıştır.

Esas sermayenin azaltılması saklı olmak üzere, şirketin dağıtım yapabilmesi için öncelikle, faaliyet yılının son gününde, yıllık finansal tablolarında belirtilen net aktiflerin, esas sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamından azya da dağıtım sonrası daha az hale gelecek olmaması gereklidir (Yönerge m. 56/ 1). Böylece, bu sistem uyarınca yapılabilecek dağıtım miktarı, esas sermaye ve dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamı ile şirket net aktifinin karşılaştırılması suretiyle tespit edilir. Şirket net aktifi ise, tüm şirket aktiflerinden borçların çıkarılması suretiyle bulunur⁵⁶. Söz konusu tespit şirketin son yıllık bilançosuna göre yapıldığından sistem "bilanço testi" olarak anılmaktadır⁵⁷. Özetle, ancak şirket net aktifinin (öz kaynak), korunan sermaye ve yedekler toplamını aşması halinde pay sahiplerine dağıtım yapılmasına izin verilmiştir⁵⁸.

2017/1132 sayılı Yönerge m. 56/3 hükmünde ise yapılacak dağıtımın azami tutarının belirlenmesine dair bir ölçüt konulmaktadır. Bu sistemde dağıtılabilir azami miktar, önceki yılın l<.ar zarar hesabı dikkate alınarak bulunur⁵⁹. Buna göre, pay sahiplerine yapılan dağıtım, son yıllık bilançodaki kar ile önceki yıllardan aktarılan karlar ve dağıtım amacına özgülenmiş yedek akçeler toplamından, önceki yıllardan aktarılan zararlar ile kanun ve esas sözleşme gereği ayrılması gerekli yedeklerin çıkarılması suretiyle elde edilen tutarı aşamaz⁶⁰. Bu hükmün daha iyi anlaşılması için şu örnekten yararlanılabilir: Bir anonim şirketin geçmiş yıllardan aktarılan karı ile yıllık kar toplamı 100.000 TL, dağıtılabilir yedekleri 25.000 TL, geçmiş yıllardan aktarılan

939.

⁵⁶ VEIL, s. 78. Bilançoda ödenmemiş sermayenin varlıklar arasında düzenlenmemesi ihtimalinde, bu kısmın sermaye rakamından düşülmesi gereklidir [Yönergem. 56 (2)].

⁵⁷ Bkz. M.ACEY/ENRIQ.UES, s. 1177; ENGERT, Legal Capital, s. 652; CAHN/DoNALD, s. 222; GRUNDMANN/GLASOW, s. 226.

⁵⁸ VELL, s. 78.

⁵⁹ VEIL, s. 79. Bu kural net karlılık testi (*net earned surplus*) olarak anılmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RICKFORDGRUBU, s. 9S4-9S7.

⁶⁰ VEIL, s. 78; HABERSACK/VERSE, N.164.

zararı 60.000 TL ve kanun veya esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedeklerinin de 50.000 TL olduğu varsayımında, dağıtılacak azami tutar, $[(100.000+25.000)-(60.000+50.000)]=15.000$ TL'dir.

Yönerge uyarınca benimsenen dağıtım rejiminin iki temel işlevi bulunduğu kabul edilir. Gerçekten de, bir taraftan şirketin varlığı süresince şirket aktiflerinin sarfı konusunda kurallar konarak alacaklıların korunması amaçlanırken, diğer taraftan da bazı pay sahiplerine dağıtım konusunda gizli imtiyaz tanınması suretiyle hissedarlar arasında eşitsizlik yaratılması önlenmeye çalışılmaktadır".

Yönerge'nin 57. maddesi, dağıtım hakkında öngörülen kuralların ihlal edilmesi halinde uygulanacak müeyyideyi düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, 56. maddede öngörülen sınırlamalara aykırı şekilde yapılan dağıtımlar, bu aykırılığı bilen ya da bilmesi gereken pay sahiplerince iade edilir. İspat yükü ise şirketin üzerindedir. Bir diğer ifadeyle, pay sahibinin iade borcu ancak şirketin, pay sahibinin iyi niyetli olmadığını, yani yapılan dağıtımın 56. maddeye aykırı olduğunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunu ispatlaması halinde söz konusu olacaktır. Ancak üye ülkelerin ispat yükünü ters çevirmesi veya iyi niyetli pay sahibinin dahi iadeyle yükümlü olmasını öngörmesi mümkün değildir⁶¹.

b. Alman Hukuku

Alman hukukunda sermayenin korunması, sorumlulukları sadece tahhüt ettikleri sermaye borcunu ödemekle sınırlı olan pay sahiplerinin bu borçlarını eksiksiz ifa etmelerinin sağlanması ve -usulüne uygun yapılan dağıtımlar sak.11 olmak üzere- bu sermayenin açık ya da örtülü dağıtımlar yoluyla⁶³ kendilerine geri ödenmesinin engellenmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁴. Bu sistem uyarınca, pay sahiplerinin şirketin borçlarından dolayı sorumlu olmasını engelleyen agio (prim) dahil sermaye değerinin⁶⁵ şirketin

⁶¹ ULRICH, s. 187, 189; VEIL, s. 77; HABERSACK/VERSE, N. 164.

⁶² GRUNDMANN/GLASOW, s. 230.

⁶³ HIRTE, N. 670. Örtülü menfaat devirlerinin de hükmün kapsamında olduğu yönünde bkz. VERSE, 30, N. 1.

⁶⁴ TEICHMANN, Reform, s. 2445; TEICHMANN, Report, s. 30.

⁶⁵ Alınan hukukunda agio esas sermayeye dillil edildiğinden, agionun dağıtılması müm-

devamı süresinde korunması gerektiğinden⁶⁶, sermayeyi koruyan hükümler emredici niteliği haizdir ve azınlığı koruyan hükümlerin aksine, pay sahiplerinin rızasına tabi değildir.⁶⁷

Esas sermaye sistemi Alman hukukunda yüz yıldan fazla bir süredir uygulanmaktadır. Ancak, bu sistemin temel işlevi zaman içerisinde değişmiştir. 1930'lu yıllara kadar öğretilde, esas sermaye sisteminin azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini koruyucu işlevine vurgu yapılmıştır. Buna göre, şirkete katkı yapan pay sahipleri, ortaklık haklarından payları oranında yararlanmalı, bir diğer ifadeyle belirli grup hissedarların eşitliğe aykırı şekilde mali haklardan yararlanmasına izin verilmemelidir. Bu fonksiyonunu başarıyla yerine getiren sistem 1930'lu yıllardan itibaren ise daha çok alacaklı koruması açısından ele alınmıştır⁶⁸.

Bilindiği üzere esas sermaye sistemi, sermayenin korunması amacıyla öngörülmüş bir dizi hükümden oluşmaktadır. Ancak bu hükümler içinde, amacı ve kapsamı itibarıyla borçlanma yasağı ile örtüşen hüküm, sermayenin iadesi yasağı hakkındaki hükümdür. Zira, bu hüküm şirketin pay sahibine borç vermesini de kapsayan ancak bununla sınırlı olmayan tüm dağıtımlar hakkındadır. Söz konusu yasak limited şirketler hukuku ile anonim ortaklıklar hukukunda farklı düzenlendiğinden, konu GmbHG § 30 hükmü ile AktG § 57 hükmü açısından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Alman limited şirketler hukukunda sermayenin korunması hakkında benimsenen kuralın kapsamı anonim şirketler hukukundaki düzenlemeden oldukça farklıdır. Alman hukukunda, anonim şirketlerin küçük ölçekli şirketler için kurgulanmadığı kabul edildiğinden⁶⁹, bu şirket tipi daha ziyade büyük ölçekli şirketler için tercih edilmektedir. Türk hukukunda ise, benzer bir tespitin yapılması mümkün değildir. Her ne kadar TTK ile kanun koyucunun anonim ortaklığı daha büyük ölçekli şirketler için tercih edilecek

kün değildir. Türk hukukunda ise, TTK m. 519 hükmü uyanınca kanuni yedek akçenin dağıtılabilir kısmında agionun bulunması halinde bu değer dağıtılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bk.z. Birinci Bölüm, I, B, 1, c.

⁶⁶ LUTTER, Legal Capital, s. 8, 9.

⁶⁷ LUTTER, Legal Capital, s. 3.

⁶⁸ LUTTER, Legal Capital, s. 2, 3; DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s.139.

⁶⁹ BEURSKENS/NOACK, The Reform, s.1070 ve dn.S'te anılan eser.

hizmet türü olarak, hukuk kurullarında doktrinde ileri sürülmüşse de "İçerik" (1. de ortaklar, ci-ma) si, ciro ve çalışma soyisi itibarıyla kiçik yin cin ortn Hl-çekli kabul edilen birçok anonim şirkete mstlmmoktnc.hr. İhi , nluncula, TURk uygulnm,,ımH.in anonimşirketlerin daha ziyade Almn limited şirket Hiriine y.ıklaştıt kabul rdildiğinden, Ahnan limited şirketler hukuku clü1.cnlcmlc•rinin d\? incdrrn1csinc ihtiyaç duyulmuştur.

(1) Limited Şirketler Kanunu'ndan Scrinnynin İndesi Ynsnğ1

2017/ 1132 sayılı Yonerge'nin kapsammm :monim şirketlerle sınırlı olması sebebiyle, üye ülkelerin Yonerge'nin öngördüğü dağıtım rejimini limited şirketler için uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık, Alman Limited Şirketler Kanunu'nun (GmbHG) § 30 hükründe, usulüne uygun k?r dağıtımı saklı kalmak şartıyla, açık ya da örtülü şekilde yapılan dağıtımlar düzenlenmektedir. Anılan hükmün, "*Esas scrnnycuiu koruuması için gerekli olan malvarlığı-un pay snlipleriueödcuniesi yasaktır.*" şeklindekiilk cümlesi dağıtımlar hakkındaki temel kuralı öngörmektedir.

Alacaklı koruması için temel fonksiyonu haiz⁷⁰ söz konusu kural, Alman şirketler hukukunun geleneksel ve merkez prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir⁷¹. Hatta Federal Mahkeme'nin bir kararında, bu ilkenin limited şirketler hukukunun yapı taşlarından biri olduğu belirtilmiştir⁷². Anılan hükümde kural olarak, sermayeyi aşan malvarlığından pay sahiplerine dağıtım yapılması, dağıtımın eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturmaması şartıyla⁷³ kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, bilançosunda özkaynağı, esas sermayesinin altına düşen (*Unterbilanz*) şirketin bu durumu sürdürükçe, pay sahiplerine ödeme yapılması veya herhangi başka bir menfaat tanınması yasaktır⁷⁵.

⁷⁰ OKUTAN NİLSSEN Sempozyum, s. 494.

⁷¹ ULMER, s. 363; ALTMER, GmbHG, § 30 N. 1.

⁷² FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 95 dn. 1'de anılan yazarlar; TBKİNALP 1 Sermaye- nin Korunması, s. 1681.

⁷³ BGHZ 28, 77, 78.

⁷⁴ HOMMELHOPP, § 30, N. 3; HUECK/FASTRICH (18. Bast), § 30, N. 9.

⁷⁵ SCHMIDT, N. 37 III; DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 144.

Pay sahiplerine dağıtım yapılabilecek tutarın tespit edilebilmesi için öncelikle, Alman Genel Kabul Edilmiş Muhasebe Standartları'na uygun olarak bilanço¹⁶ hazırlanır. Bilançoda belirtilen aktiflerden, şirketin tüm borçlarının çıkarılması suretiyle elde edilen meblağın, esas sermayeyi aşan tutarının dağıtılması mümkündür. Örnek vermek gerekirse, esas sermayesi 50.000 Avro olan bir şirketin 170.000 Avro tutarında gayrimenkulü, 40.000 Avro tutarında menkul malı, 30.000 Avro tutarında stoğu ve 60.000 Avro tutarında kasasında nakdi olduğunu varsayalım. Bu şirketin 100.000 Avro pay sahiplerine, 120.000 Avro da bankaya kredi borcu olsun. GmbHG § 30/1 uyarınca, bu şirketin pay sahiplerine yapabileceği dağıtım, toplam aktiflerinden borçlarının çıkarılması suretiyle elde edilen tutarın esas sermayeyi aşan miktarıdır. Şirket net aktif, $[(170.000+40.000+30.000+60.000) - (100.000+120.000)] = 80.000$ Avro olduğundan, şirketin kasasında 60.000 Avro nakit bulunmasına rağmen dağıtılabilecek rakam, $80.000-50.000 = 30.000$ Avro'dur.

Hükümde "ödeme" (*auszahlen*) ifadesinin kullanılmış olmasına rağmen, ortaklık malvarlığından pay sahiplerine yapılan tüm malvarlığı aktarımları hükmün kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁷. Ancak konumuz açısından, özellikle pay sahiplerine verilen ödünçün hükmün kapsamında olup olmadığının tespit edilmesi önem taşır. Söz konusu hususa dair Alman hukukunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Benimsenen ilk yaklaşım, şirketin pay sahibine verdiği ödünç karşılığında alacak hakkı elde etmesi nedeniyle, işlemi bilanço açısından nötr bir işlem olarak kabul etmektedir. Bu nedenle "bilançosal yaklaşım" olarak nitelendirilen bu görüş, pay sahibine verilen ödünçü GmbHG § 30 hükmü kapsamında değerlendirmemektedir. Aksi görüş ise, şirket malvarlığının ötelenmiş bir alacakla denk kabul edilmesine itiraz etmektedir. Söz konusu görüş uyarınca, şirketin ancak serbest malvarlığından ödünç verebilmesi kabul edilmelidir. Konu, bilançosal yaklaşım tarzının reddedilmesine sebep olan karar olarak nitelendirilen, Alman Federal Mahkemesi'nin 2003 tarihinde verdiği karara kadar hakim olan yaklaşım ile bu karar sonrası durum ve nihayet MoMiG reformu sonucunda benimsenen rejim olmak üzere üç ana başlık altında incelenmiştir.

⁷⁶ Alınan hukukunda, dağıtım yapılmasından önce finansal raporların denetlenmesi gereklidir. Bkz. AktG § 57/3, 59, 174/1 ve HGB § 316/1.

⁷⁷ HUECK/FASTRICH, § 30, N. 33; VETTER/SCHWANDTNER, s. 1159.

la) Federal Mahkeme'nin "November" Kararı'na Kadar HikimGörüş

Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1935 yılında verdiği bir karara¹ istinaden oluşan hakim görüş uyarınca, ortaklara verilen piyasa koşullarındaki borç karşılığında, ortaktan geri ödemeye ilişkin bir talep hakkı elde edilmesi, GmbHG § 30'a aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira, verilen borç karşılığı kazanılan alacak hakkının bilançoya kaydedilmesiyle bilançoda denge sağlanmış olmaktadır". "Bilançosalyaklaşım" olarak nitelendirilen bu görüş uyarınca, elde edilen alacak talebinin, ortağa verilen borç ile bilançosal olarak aynı değerde olması nedeniyle bilanço açısından nötr bir işlem gerçekleştirilmiş olur. Bir diğer ifadeyle burada söz konusu olan, bilançodaki aktif kalemlerin yer değiştirmesinden ibarettir^{8°}. Ödünç işlemi ile alacak hakkının denk kabul edilmesinin sonucu olarak, şirketin bağlı malvarlığından dahi pay sahiplerine ödünç verebileceği kabul edilmekteydi. Ayrıca doktrinde, şirketin pay sahibine ödeme yapmasına sebep olan işleminden menfaat elde etmesinin, yapılan ödemenin sermayenin korunması hakkındaki hükmü ihlal etmemesi için gerekli olduğu savunulmuştur^{8¹}.

İh) "November" Kararı Sonrası Durum ve Şirketler Topluluğunda Nakit Havuz Uygulaması

Federal Mahkeme'nin 24 Kasım 2003 yılında verdiği bir kararda², verilen borç karşılığında bilançoya alacak kaydedilmesi ile bilançoda denge kurmanın yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Federal Mahkeme, şirket tarafından pay sahibine^J verilen ödünçün, şirket karından ya da yedek akçelerden karşılanmaması halinde, tamamen nakde çevrilebilmesi mümkün olsa dahi,

⁷ RG., II 113/25, RGZ 150, 28, 34/35 (20.12.1935).

⁷⁹ Karar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. VETTER/SCHWANDTNER, s. 1162.

^{""} Ö ZDİN, s. 23.

["] HABERSACK, § 30, N. 7.

¹² BGHZ 157, 72. Kararın Kasım ayında verilmesinden dolayı karar, "November kararı" olarak anılmaktadır.

³ Söz konusu olayda, aynı zamanda şirket yöneticisine de ödünç verilmiştir. Federal Mahkeme, bu ödünçün şirket malvarlığından yöneticilere ve diğer ilişkili kişilere verilmesini açıkça yasaklayan GmbH § 43a hükmüne aykırı bularak, yönetici aleyhine tazminata hükmetmiştir.

GmbHG § 30 hükmü ile öngörülen sermayenin iadesi yasağını ihlal edeceğine hükmetmiştir. Bir diğer ifadeyle, borcun GmbHG § 30 ile koruma altına alınan şirket sermayesinden verilmesi durumunda, borcun geri ödenebilir olup olmamasının bir önemi yoktur⁸⁴. Çünkü, şirketin verdiği ödünç karşılığında elde ettiği talep hakkı, somut malvarlığının henüz vadesi gelmemiş bir alacakla yer değiştirmesi anlamına gelmektedir⁸⁵ ve bu durum şirket alacaklılarının durumlarını kötüleştirmektedir". Ayrıca, ortağa verilen ödünçün bilançoda aktifleştirilmesi, ödünç alan ortağın bu ödünçü geri ödeyebilme gücünü ve kredibilitesini yansıtmamaktadır⁸⁶. Böylece, uzun yıllardır uygulanmakta olan "bilançosal yaklaşım" terk edilmiş" ve korumanın kapsamı şirketin tüm malvarlığını kapsayacak şekilde genişlemiştir⁸⁷.

Federal Mahkeme, ancak aşağıda belirtilen şartların bulunması halinde şirketin doğrudan ya da dolaylı pay sahibine kredi vermesini kabul etmiştir: (i) verilen kredi aynı zamanda şirketin menfaatine ise, (ii) kredi, piyasa koşullarında sağlandıysa, (iii) pay sahibinin finansal durumu ya da kredi karşılığı sağlanan teminatlar, kredinin geri ödenmesi hususunda herhangi bir şüpheye yer bırakmıyorsa⁹⁰.

Anılan karar, limited şirket tarafından pay sahiplerine ve yöneticilere verilen kredilerin durumunu belirsiz hale getirmiştir⁹¹. Mahkeme kararında belirtilen koşullar açık olmadığından, bu konuda bazı yazarlar, verilen kredinin geri ödenebilme yeteneğinden bağımsız olarak, ancak kararda belirtilen koşullara ilave olarak, şirket yedek akçeleri ve karının verilen ödünç tutarından fazla olması halinde borçlanma⁹² mümkün olduğunu savunmuşlardır⁹². Diğer bir ifadeyle bu görüşe göre, ödünçün ancak ser-

⁸⁴ MoMig Hükümet Gerekçesi, s. 41.

⁸⁵ TEICHMANN, Report, s. 30.

⁸⁶ OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 239; CAHN/DoNALD, s. 224; ÖzoiN, s. 23.

⁸⁷ FRIDRICH, s. 146.

⁸⁸ Bkz. ÖZDİN, s. 22.

⁸⁹ DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 143.

⁹⁰ BGH, NZG 2004, s. 235. Ayrıca bkz. VETTER/SchwANDTNER, s. 1162, 1163; KORTUNAY, s. 330, 331.

⁹¹ KORTUNAY, s. 331.

⁹² ENGERT, K.apitalschutz, s. 1954. Ayrıntılı bilgi için bkz. VETTER/SchwANDTNER, s.

best malvarlığından verilebilmesi mümkündür. Bazı yazarlar ise, sadece mahkeme kararında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda verilen kredilerin sennayenin iadesi kapsamında değerlendirilmeyeceği görüşünü paylaşmıştır⁹³. Son olarak, Federal Mahkeme kararına konu olan olaydaki şirketin bilanço açığı (*Unterbilanz*) bulunması sebebiyle, mahkemenin belirlediği ilke ve koşulların ancak şirketin, kredi temini sırasında sermaye kaybı olduğu ya da verilecek kredinin nakde çevrilmesinin mümkün olmaması sebebiyle şirketin sermayesini yitirmesinin muhtemel olduğu durumlar için benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁴. Yani şirketin bağlı malvarlığından dahi Federal Mahkeme'nin belirttiği koşulları sağlamak şartıyla kredi verebileceği savunulmuştur.

Özellikle Federal Mahkeme'nin kararında belirttiği şartların, sadece ödemenin bağlı malvarlığından yapılması halinde mi aranacağı, yoksa verilen tüm krediler için de bulunmasının mı gerekeceği konusundaki tartışma grup şirketleri arasında sıklıkla uygulanmakta olan nakit havuzu sisteminin⁹⁵ geçerliliğini tartışmalı hale getirmiştir⁹⁶. Öğretide, topluluk şirketleri için faydalı kabul edilen busistemin, sermayenin korunması hakkındaki hükümlerin sıkı bir şekilde uygulanması sebebiyle işlemez hale getirilmesi eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, kanunda değişiklik yapılarak, topluluğa katılan şirketlerin nakit havuzu sisteminde menfaati bulunması halinde, sistemin sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturmayacağı hususu açıkça düzenlenmelidir⁹⁷.

Mahkeme kararının doktrin ve uygulamada farklı yorumlanması sebebiyle, birçok limited şirket yöneticisi, kişisel sorumluluklarının gündeme

1163 dn.10'da anılan eserler.

⁹³ HuECK/FASTRICH(18. Bası),§ 30, N. 26.

⁹⁴ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1164 dn. 12'de anılan yazarlar.

⁹⁵ Nakit havuzu sistemi özetle, topluluk şirketlerinde kullanılan bir finansman yöntemidir. Buna göre, grup lideri tarafından yönetilen havuza nakit fazlası olan şirketler nakitlerini aktarmakta, fon ihtiyacı olan şirketler ise dış borçlanma yerine havuzdan para çekmektedirler. Böylece bu yöntemle, dış borçlanma maliyeti azaltılmaktadır. Sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A, 3.

⁹⁶ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41; TEICHMANN, Report, s. 32; CAHN/DONALD, s. 224; OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 239, 240; KoRTUNAY, s. 331; DRYGALLA/STAAKE/SZALAI, s.143.

⁹⁷ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEICHMANN, Report, s. 32.

gelmesini önlemek amacıyla, en katı yorumun ışığında nakit havuz sistemine ilişkin sözleşmelerini yeniden düzenlemek yolunu seçmişlerdir. Böylece, şirket borca batık olmasa ve kasasında yeterli nakit bulunsa dahi şirket yöneticileri nakit havuzuna şirketin yedek akçeleri oranında fon aktarımında bulunmayı tercih etmişlerdir". Sonuç olarak, doktrin ve uygulamada, Federal Mahkeme tarafından verilen kararın nakit havuzu uygulamasını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlar yapılmıştır⁹⁹.

Özetle, Federal Mahkeme'nin nakit havuz sisteminde belirsizlik yaratan bu kararı, Alınan kanun koyucuyu bir reform yapma konusunda harekete geçiren en önemli etkenlerden biri olmuştur¹⁰⁰. Ayrıca Almanya'da faaliyet gösteren İngiliz şirket sayısındaki *artış*¹⁰¹ da reform ihtiyacını ortaya çıkarmıştır¹⁰². Anılan sebepler nedeniyle, 2006 yılının Mayıs ayında hazırlıklarına başlanan kanun tasarısı 2007'de kamuya açıklanmıştır. 1892 tarihli Limited Şirketler Kanunu'nda yapılan en önemli ve işlevsel reform olarak

⁹⁸ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1164.

⁹⁹ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1155.

¹⁰⁰ TEICHMANN, Report, s. 31; NOACK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 114; KORTUNAY, s. 318-321; ÖZOĞAN, s. 19.

¹⁰¹ Bilindiği üzere, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 30.09.2003 tarihli "*Inspire Art*" kararına nedeniyle, AB üyesi ülkelerde tescilli bir şirketin diğer üye ülkelerde bir şirket olarak tanınmasına ve o ülkelerde de faaliyetlerde bulunmasına izin verilmiştir. Bu gelişmenin üzerine, İngiliz limited şirketler, Alman limited şirketlerine oranla elverişli kabul edilerek daha fazla tercih edilmişlerdir. Bk. NOACK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 101; BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1071; AYDOĞAN, MoMiG, s. 392.

¹⁰² 1888 tarihli GmbHG'nin "babası" olarak nitelendirilen, Alman parlamento üyesi Wilhelm von Oechelhaeuser, Alman hukuku gereksiz ve karmaşık kurallar öngörürken, İngiliz hukukunun şirketlerin kolayca kurulması, çalışması ve kapanmasına izin veren düzenlemeleri benimsemesi nedeniyle Alman iş insanlarının, İngiliz rakipleri karşısında dezavantajlı durumda olduklarını dile getirmiş ve kanunda değişiklik yapılması gerektiğini belirtmiştir. Anılan değişiklikten yüz yıldan fazla bir süre sonra MoMiG reformu için benzer gerekçelerin dile getirilmiş olması dikkat çekicidir. Bk. NOACK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 98. Alman şirketlerinin AB üyesi diğer ülkelerdeki benzer şirket tipleri ile rekabet gücünün artırılması amacıyla MoMiG ile yapılan değişiklikler, şirket kuruluşunu kolaylaştırıcı düzenlemeler, sermayenin korunması ile ilgili hükümlere esneklik tanınması, şirket idare merkezinin seçiminde esneklik getirilmesi, kayıtlı sermayeye geçme olanağı tanınması şeklinde özetlenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1083-1089; KORTUNAY, 321-333; AYDOĞAN, MoMiG, s. 394-421; GRUNDMANN/GLASOW, s. 244.

kabul edilen¹⁰³ Modernizasyon Kanunu (MoMiG¹⁰⁴), Federal Parlamento'da 26 Haziran 2008 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Kasım 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

le) MoMiG Düzenlemesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, şirket tarafından pay sahibine verilen ödünç ve diğer kredi özelliği taşıyan ödemeler nedeniyle özellikle şirket topluluklarında uygulanan nakit havuz sisteminin hukuki geçerliliği hakkında gündeme gelen belirsizliği önlemek amacıyla, GmbHG § 30 hükmünde değişiklik yapılmıştır¹⁰⁵. Nakit havuz sisteminin ekonomik olarak faydalı bulunması ve yavru şirketlerin de bu sistemden yararlandığının kabul edilmesi yapılan tercihte etkili olmuştur¹⁰⁶.

Hükümet gerekçesinde, GmbHG § 30 hükmü ile esas sermaye karşılığı malvarlığı değerinin korunmasının amaçlandığı ve bu korunan değer aynı zamanda dağıtımlar için bilançosal sınırlamayı oluşturduğu belirtilerek bilançosal yaklaşımın yeniden benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çünkü, tam değerli karşı talep ya da geri ödeme hakkının kazanılması durumunda, bilançoda sadece aktiflerin yer değiştirmesi söz konusu olmaktadır¹⁰⁷.

Söz konusu tercih nedeniyle, sermayenin iadesi yasası hakkındaki GmbHG § 30/ 1 hükmüne iki yeni cümle eklenmiştir. Eklenen ilk cümle pay sahibine yapılan ödemeler hakkındadır. Buna göre, esas sermayenin korunması için gerekli olan malvarlığının ödenmesini yasaklayan kural, hakimiyet sözleşmesi ya da karın devri sözleşmesi (AktG § 291) gereği sağlanan menfaatler ile pay sahibine yapılan ödeme karşılığında, şirketin borcun ödeneceğine dair tam değerli (*vollwertig*) talep hakkı ya da tam değerli bir karşı edim hakkı kazanması halinde uygulanmayacaktır. Böylece, MoMiG ile yapılan ekleme sonucu, bilançoda denge sağlayan tam değerli geri ödeme talebi ya

¹⁰³ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1155; NoAcK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 98; RÖMERMAN, s. 673.

¹⁰⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbHG-Rechts und zur Bekämpfung von Misbrauch, BGBl I, 2008, 2026.

¹⁰⁵ MoMiG Hükümet Gerekçesi, BT-Drucks 16/6140, s. 41.

¹⁰⁶ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41.

¹⁰⁷ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41.

da tam değerli karşı edim kazanılması halinde sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmeyeceğinden, Federal Mahkeme'nin 2003 tarihli "November" kararına kadar tartışmasız bir şekilde uygulanmakta olan bilançosal yaklaşıma geri dönmüştür¹⁰.

GmbHG § 30 hükmüne eklenen ikinci cümle uyarınca tanınan sonistis- naise, pay sahipleri tarafından şirkete verilen krediler (*Gesellschafterdarlehen*) ve şirketle pay sahibi arasında yapılan hukuki işlemlere dairdir. Zira, pay- sahi ile yapılan tam iki taraflı sözleşmelerde şirketin sahip olduğu karşı talep ile teminatın paraya çevrilmesi halinde geri ödeme hakkının dikkate alınıp alınmaması ve alınacaksa bunun zamanlamasının belirlenmesi meseleleri de *MoMiG* öncesi tartışma yaratmaktaydı¹⁰⁹. Tanınan son istisnaya göre, pay sahipleri tarafından şirkete verilen ödünçlerin geri ödenmesi ve şirketin or- tağı ile yaptığı hukuki işlemde doğan borcunun ödenmesinde sermayenin iadesi yasağı uygulanmayacaktır. Aşağıdaki satırlarda *MoMiG* değişikliği ile sermayenin iadesi konusundaki yasağa getirilen üç istisna hakkında bilgi verilmiştir¹¹⁰.

Her ne kadar temel amacı, özellikle şirketler topluluğundaki nakit ha- vuzu sistemine esneklik kazandırılması olsa da, *MoMiG* ile tüm şirketlerin hissedarları ile yaptıkları gündelik ve ekonomik açıdan faydalı kabul edilen işlemlerin geçerli olması sağlanmıştır¹¹¹.

Reform ile bir yandan sermayenin korunması amacıyla öngörölmüş hükümlere esneklik kazandırılırken öte yandan, alacaklıların menfaatle- rinin daha iyi korunması amacıyla yeni kurallar benimsenmiştir. Bunlar, şirketin iflasına neden olan pay sahiplerine yapılan dağıtımlar sebebiyle yöneticilerin sorumluluğu, pay sahiplerinin yönetim boşluğunda şirketin iflasını isteme yükümlülüğü ile pay sahibi tarafından şirkete verilen krediler hakkındadır¹¹². Gerekçe'de ayrıca, alacaklı koruması amacıyla öngörölmüş,

¹⁰¹ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41; ALTMEPPEN, GmbHG § 30, N. 1; HuEcK/FAST- RICH, § 30, N. 7; HABERSACK, N. 1; CAHN/DONALD, s. 224.

¹⁰⁹ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41.

¹¹⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, 1e), i, il, ili.

¹¹¹ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41.

¹¹² Bu kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOACK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 119-122; BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1089.

şirket mevcudiyetini tehlikeye düşüren müdahaleler (*existenzvernichtende Eingriffe*) nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna dair içtihatlar, yöneticilerin genel olarak sorumluluğunu düzenleyen GmbHG § 43, iflas hukuku hükümleri¹¹³ ve MoMiG ile eklenen diğer koruma mekanizmalarının da göz önünde bulundurulması ve hükümlerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁴.

i. Geri Ödemeye İlişkin Tam Değerli Talep Hakkı Kazanılması

Hükümet gerekçesinde, GmbHG § 30 hükmünde düzenlenmiş olan şirket sermayesinin korunması yönündeki kuralın, malvarlığının fiilen korunması (*gegenständlicher Schutz*) şeklinde genişletilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, şirkete tam değerli karşı edim talep hakkının ya da tam değerli bir geri ödeme hakkının tanınmış olduğu bir sözleşmese! ilişkiye dayalı olarak ortaklara yapılmış olan ödemeler, ancak karşı edim ya da geri ödeme talebinin hiçe sayıldığı, bir başka ifadeyle, bilançosal bakış açısının terk edildiği durumlarda yasaklanmalıdır¹¹⁵.

Şirketin verdiği borç karşılığında kazandığı "tam değerli geri ödemeye ilişkin talep hakkı" ya da "tam değerli karşı edim hakkı" kavramları ise açıklanmaya muhtaçtır. MoMiG'e ilişkin hükümet tasarısının gerekçesiyle göre, şirketin yaptığı ödeme karşılığında elde ettiği talep hakkının kullanılmasından şüphe duyulması halinde, söz konusu talep hakkının tam değerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹¹⁶. Talep hakkının tam değerli olup

rn MoMiG ile müdürlerin şirketin iflasını isteme yükümlülüklerini düzenleyen GmbHG § 64/1 hükmü kaldırılmış ve konu İflas Kanununda düzenlenmiştir (InsO § 1Sa). Söz konusu düzenlemeye ek olarak, ortaklar için, şirket yöneticisinin bulunmadığı hallerde şirketin iflasını isteme yükümlülüğü öngörülmüştür. Ortakların bu sorumluluktan ancak, şirketin aciz halini ya da yöneticisiz kaldığını bilmediğini ispatlayarak kurtulmaları mümkündür. Bkz. AYDOĞAN, MoMiG, s. 420.

¹¹⁴ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41. Yeni GmbH § 30/1 c. 1, BilMoG'un (*Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts*, 25.05.2009) kabul edilmesine sebep olmuştur. Anılan Kanun, HGB § 268'e 8. fıkrayı ekleyerek dağıtımlar hakkında bir sınırlama daha getirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HABERSACK, N. 3.

¹¹⁵ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41.

¹¹⁶ MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41.

olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle, talebin yerine getirilebilirliğinin tespit edilmesi gereklidir. Buna göre hükme istisna tanınabilmesi için, borçlu ortağın kredibilitesi ve içinde bulunduğu ekonomik koşullar dikkate alındığında geri ödemeye dair herhangi bir şüphe duyulmamalıdır¹¹¹.

Hükmün bağlayıcı niteliği olmayan açıklayıcı notunda, sermayenin korunması hakkındaki hükümlerin, kredinin verildiği andaki koşullar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, şirket tarafından sağlanan kredinin geri ödenmesinde daha sonra gerçekleşen olumsuz gelişmeler, kredinin geçmişe dönük olarak hukuka aykırı kabul edilmesine yol açmamalıdır¹¹². Burada önemli olan, ödemenin yapıldığı sırada tam değerli geri ödeme hakkına sahip olunup olunmadığıdır. Tam değerli geri ödeme hakkının yitirileceğinin öngörülebilen olması halinde ise, şirket müdürlerinin GmbHG § 43 uyarınca sorumlulukları gündeme gelecektir¹¹⁹. Kredinin geri ödenmesinin sonradan tehlikeye düşmesi durumunda, sadakat yükümü gereği basiretli bir şirket yöneticisinden kredi sözleşmesini feshetmesi ve pay sahibinden ödeme talep etmesi beklenir. Bu nedenle, basiretli şirket yöneticilerinin, pay sahipleri ile uzun süreli kredi sözleşmesi yapmaktan kaçınmaları ve kredi sözleşmelerinde ortağın finansal durumunun kötüleşmesi halinde şirkete kredi sözleşmesini erken fesih yetkisini tanımış olmaları gereklidir¹²⁰.

Ayrıca önemle belirtilmelidir ki, sermayenin iadesi yasağı hakkındaki temel kural, şirketin sermayesinden ödeme yapılmasını yasaklamaktadır. Diğer bir söyleyişle, sermayenin iadesi hakkındaki yasağın, sermayeyi aşan tutardan yapılan ödemeler için uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle, kredinin tamamının geri ödenmesi mümkün olmasa dahi, serbest malvarlığından karşılanabilmesi durumunda, sermayenin korunmasına ilişkin hükümler ihlal edilmiş olmayacaktır¹²¹.

¹¹⁷ H.ABERSACK, § 30, N. 19; VERSE, § 30, N. 88; ÖZDİN, s. 27.

w MoMig Hükümet Gerekçesi, s. 41.

119 MoMig Hükümet Gerekçesi, s. 41.

¹²⁰ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1167; BGH, 01.12.2008 (ZIP 2/2009, s. 72); ÖZDİN, s. 31, 32.

iii ALTMETZEN, NGZ 11/2010, s. 406.

MoMiG'in getirdiği yenilikse, ödemenin sermayeden yapılması durumunda, yani ödünçün serbest yedek akçelerden karşılanmaması halinde dahi, şirketin tam değerli geri ödeme ya da karşı talep hakkı kazanması hMinde sermayenin iadesi yasağının ihlal edilmeyeceğinin öngörülmüş olmasıdır. Örnek olarak, benimsenen istisna uyarınca, şirket sermayesinin 50.000 Avro, yedek akçelerinin 25.000 Avro olduğu varsayımında şirketin verdiği ödünç karşılığında tam değerli talep hakkı kazanması durumunda, yedek akçeleri aşan bir tutarda (35.000 Avro) ödünç vermesi mümkündür.

Bu bağlamda doktrinde, şirketin tam değerli ve tahsil edilebilir bir talep hakkı bulunmaması halinde, verilen ödünçün serbest yedek akçelerden karşılanması gereken tutarının tespiti meselesi tartışma yaratmıştır. Bir görüş uyarınca, pay sahibine tanınan kredinin toplam miktarının yedek akçelerden karşılanması gerektiği savunulurken diğer görüş uyarınca ise tahsil edilemeyen tutarın serbest yedeklerden karşılanabilmesi yeterli kabul edilmektedir. Bu konuda genel kabul gören yaklaşım, ikirci görüşe üstünlük tanımaktadır.

ii. **Hakimiyet Sözleşmesi veya Karın Devri Sözleşmesi Bulunması**

Hakimiyet ve karın devri sözleşmeleri¹²³ hakkındaki AktG § 291/ 3 hükmü açıkça, bu sözleşmeler gereği tanınan menfaatlere sermayenin iadesi hakkındaki AktG § 57'nin uygulanmayacağını belirtmektedir. Ancak,

m Ayrıntılı bilgi için bkz. VETTER/SCHWANDTNER, s. 1168. Tartışmayı örnekle açıklamak gerekirse, sermayesi 50.000, yedek akçeleri 25.000 Avro olan örnek şirketimizin pay sahibine 30.000 Avro tutarında ödünç verdiğini varsayalım. Ödünçün verildiği anda pay sahibinin ekonomik koşulları dikkate alındığında borcun tamamının ödenmesinden şüphe duyulması sebebiyle ödünçün "tam değerli talep hakkı" vermediği kabul edilsin. Bu durumda, yukarıda ifade edilen görüşlerden ilki uyarınca, şirketin talep hakkı tam değerli olmadığından pay sahibine ancak yedek akçeler tutarında, yani 25.000 Avro ödünç verebilmesi mümkündür. İkinci görüşe göre ise, yedekakçelerin, verilen ödünçün geri ödenmesi şüpheli kısmını karşılaması yeterlidir.

¹²³ Hakimiyet sözleşmesi, pay senetli ortaklıkların yönetimini bir başka işletmeye bırakmasını konu alan sözleşmedir. Karın devri sözleşmesinde ise, pay senetli ortaklıkların karının tamamını bir başka işletmeye aktarmayı taahhüt etmesi söz konusudur. Karş. TTK m. 195. Ayrıntılı bilgi için bkz. OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 36-39; YANLI, H.A.k.imiyet Sözleşmeleri, s. 3-17; YANLI, Hakimiyet Sözleşmesi ve Y-önetim Yetkisi, s. 65-78; AKIN, Sorumluluk, s. 36, 37.

hakimiyet sözleşmesinde kontrol edilen ortaklığın, anonim ortaklık olması zorunlu değildir. Bir diğer ifadeyle, limited şirketin de kontrol edilen ortaklık olması mümkündür. Buna karşılık, limited şirkete ilişkin düzenlemelerde MoMiG reformuna kadar, AktG § 291/3'te rastlanan istisnaya benzer bir istisna bulunmamaktaydı. Hakim görüş, hükmün kıyasen limited şirketlere uygulanmasını reddettiğinden¹²⁰, kontrol edilen ortaklığın limited şirket olduğu hallerde sermayenin iadesi yasağı bu şirketler için uygulanmaktaydı.

MoMiG ile GmbHG § 30'a eklenen istisna ile hakimiyet sözleşmesinde, limited şirketin kontrol edilen ortaklık olması durumunda, şirket tarafından verilen kredinin tamamının geri ödeneceğine dair bir talep hakkı kazanılmaması halinde dahi, sermayenin korunması hakkındaki kurallar ihlal edilmiş olmayacaktır. Zira bu sözleşmelerin varlığı halinde, şirket ve onun alacaklılarının topluluk hakkındaki özel düzenlemelerle yeterince korunduğu kabul edilmektedir.

Sermayenin iadesi yasağına getirilen istisnadan yararlanabilmek için geçerli bir hakimiyet sözleşmesi bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin herhangi bir sebepten dolayı geçersiz olması halinde yine sermayenin korunması hakkındaki hükümler uygulanacaktır¹²⁶. Ayrıca, önemle belirtmek gerekir ki, MoMiG ile yapılan düzenleme sadece sözleşmese! şirketler topluluğuna istisna tanıdığından, fiili bağlılık halinde yine GmbHG § 30 ile öngörülen temel kural uygulanacaktır¹²¹.

Bununla birlikte, hakimiyet sözleşmesi bulunmamasına rağmen, fiili topluluk üyelerinden ödünç veren bağlı şirketlerin, verilen ödünç karşılığında tam değerli bir talep hakkı kazanması halinde yine sermayenin iade edildiği kabul edilmeyecektir. Zira bu halde bağlı şirket, geri ödemeye ilişkin bir talep hakkı kazandığından, tüm şirketler için geçerli olan istisnadan yararlanmaktadır¹²⁶.

¹²⁰ HABERSACK, N. 10, 1 1. Bu husus aşağıda pay sahibinin sorumluluğu bölümünde ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Bkz. İkinci Bölüm, V, F.

¹²¹ VERSE, 30, N. 1.

¹²² HABERSACK, N. 11.

¹²³ HABERSACK, N. 12.

¹²⁴ BEURSJC.ENS/NOACK, The Reform, s. 1086.

iii. PaySahipleri Tarafından Şirkete Verilen Kredilerin Geri Ödenmesi

Alman Federal Mahkemesi, ilk kez 1959 yılında verdiği "*Lufttaxi*" karar ile pay sahipleri tarafından esas sermaye yerine şirkete verilen kredilerin geri ödenmesini yasaklamıştır. Bu karar, sermayenin korunması hakkındaki GmbHG § 30, 31 ve AktG § 57 ve 62 paragraflarının kıyas yoluyla uygulanması suretiyle verilmiştir. Söz konusu karara göre, şirketin ancak dağıtılabilecekkarı ile söz konusu krediyi geri ödemesi mümkündür. Burada önemli olan, pay sahibi tarafından verilen kredinin ya da kredi faizinin geri ödenmesinden sonra kalan şirket malvarlığının, esas sermaye ile gerekli diğer yedekleri karşılamasıdır. Aksi halde şirket, GmbHG § 31 ve AktG § 62 uyarınca tazminat talep edebilecektir. MoMiG ile yapılan düzenlemeyle, iflas prosedürünün başlatılmasından önce, pay sahibi tarafından şirkete verilen kredilerin geri ödenmesi sermayenin korunması hükümlerine tabi olmaktan çıkarılmıştır¹²⁹. Ancak, şirketin iflas etmesi durumunda, pay sahibi tarafından verilen krediler tüm alacaklardan sonra ödenecektir. Bu düzenlemeye ise İflas Kanunu'nda yer verilmiştir (InsO § 135). Anılan düzenleme uyarınca, şirketin iflas başvurusunu yaptığı günden önceki yıl içinde pay sahibine kredisini geri ödemesi halinde, iflas idaresi ödenen tutarın iadesini talep etmek için dava açmak zorundadır¹³⁰.

Id) Limited Şirketler Kanunu'nda Sermayenin İadesi Yasasına Aykırılığın Müeyyidesi

Paysahiplerinin şirketle yapacakları sözleşmeler aracılığıyla, alacaklılar zararına şirket malvarlığını azaltmalarının müeyyidesi GmbHG § 31'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm, iki aşamalı bir sorumluluk sistemi öngörmektedir. Buna göre, asıl sorumluluk sermayenin iade edildiği pay sahibi için öngörülmüştür; ancak diğer pay sahiplerinin de ikinci derecede ve belirli şartlar altında sorumlulukları söz konusudur.

GmbHG § 31/1 uyarınca, sermayenin iadesi niteliğindeki kazandırmalar derhal geri ödenmelidir. Ancak, iadenin iyi niyetli kişilere yapıl-

¹²⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HUBER/HABERSACK, s. 309.

¹³⁰ Ayrıca bkz. MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 42; BEURSKENS/NoACK, The Reform, s. 1088.

ması haline istisna tanınmış ve bu kişilerin geri verme borcu bulunmadığı belirtilmiştir (GmbHG § 31/2). Bununla birlikte söz konusu istisnanın uygulanabilmesi alacaklıların tatmin edilmesine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, alacaklıların alacakları ödenebildiği sürece iyi niyetli pay sahibinin iade borcu bulunmamaktadır. Menfaat temin eden paysahibinin iade borcunun bulunduğu durumlarda, bu iadenin gerçekleşmemesi halinde ise tüm pay sahiplerinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Pay sahiplerinin bu sorumlulukları, alacaklıları tatmin edecek miktarda ve sermaye oranlarında, ancak, azami esas sermaye tutarındadır (GmbHG § 31/3). Pay sahiplerinin bu sorumlulukları kusur esasına dayanmayan objektif sorumluluktur¹. Bir diğer ifadeyle, burada pay sahiplerinin iyi niyetli olup olmamalarının bir önemi yoktur³². Şirketin, sermayenin iadesi yasağını ihlal eden pay sahibinden geri ödemeyi talep hakkı 10 yıllık, GmbHG § 31/3 uyarınca diğer pay sahiplerinden talep hakkı ise 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir (GmbHG § 31/5). Söz konusu süreler, iade talebine sebep olan ödemenin yapıldığı günün bitiminden itibaren başlar.

Hemen belirtmek gerekir ki, sermayenin iadesi yasağı sebebiyle sorumlulukları bulunan tek grup pay sahipleri değildir. Şirket yöneticilerinin de sermayenin korunması hakkındaki hükmün ihlal edilmesi sebebiyle GmbHG § 43 uyarınca, şirketin uğradığı zararı tazmin borçları bulunmaktadır (GmbHG § 31/6)m. Ayrıca konu hakkında, GmbHG § 64/3'e MoMiG ile ekleme yapılmış ve sorumluluğun kapsamı genişletilmiştir. Söz konusu hüküm ile pay sahiplerine yapılan dağıtımların şirketin iflasına sebep olınası halinde, yöneticilerin sorumlulukları özel olarak düzenlenmiş ve GmbHG § 30/1 hükmü tamamlanmıştır. Bu sorumluluk da objektif özen yükümlülüğüne dayanan bir sorumluluktur ve yöneticilerin bu sorumluluktan kurtulmaları için, dağıtımın şirketi acze düşürmediğini yahut basiretli bir yöneticinin dağıtımın iflasa sebebiyet vereceğini öngöremeyeceğini ispat etmeleri gereklidir.

¹³¹ BACHNER, S. 117, 120.

m NoAcK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 100.

m Ayrıntılı bilgi için bkz. BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1082.

Böylece söz konusu düzenlemeyle, içtihatlarla oluşan şirket varlığının tehlikeye atılmasından dolayı sorumluluk kavramı u• kanuni dayanağa kavuşmuştur". Görüldüğü üzere, MoMiG ile bir yandan Alınan limited şirketlerinin İngiliz şirketleri ile rekabet edebilmesi için bazı kurallara esneklik getirilirken, diğer yandan da daha iyi bir alacaklı koruması rejimi için ilave sorumluluklar öngörülmektediru⁶.

Yöneticilerin GmbHG § 64/3 hükmünden kaynaklanan sorumluluklarından kurtulmak için, dağıtımlar hakkında kabul edilen geleneksel bilanço testinin yanı sıra Amerikan hukukunda benimsenen ve dağıtımın ancak şirketin borçlarını ödeyebilecek finansal yeterliliğe sahip olma koşuluyla yapılmasına izin veren "ödeme yeterliliği testini"¹³⁷ de uygulamaları gerektiği kabul edilmektedir. Söz konusu sorumluluk açısından önemli olan, yapılan ödemenin şirketin iflasına sebebiyet vermesidir. Örneğin şirket, hissedarın sahip olduğu bir taşınmazı piyasa koşullarına uygun hatta daha avantajlı koşullarla iktisap etse dahi, yaptığı ödeme neticesinde borçlarını ödeme gücünü kaybediyorsa, bu işlemde dolayı yöneticilerin sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³⁹. Dikkat edileceği üzere, yöneticilerin GmbHG § 64/3 hükmü uyarınca sorumluluğu ödemenin sermayenin iadesi yasağını ihlal etmesinden bağımsız gündeme gelmektedir. Bir diğer ifadeyle, yapılan ödeme sermayenin iadesi yasağını ihlal etmese dahi, şirketin iflas etmesine sebep olmuşsa yöneticiler yine GmbHG § 64/3 hükmü uyarınca sorumlu olacaklardır. Eklemek gerekir ki, GmbHG § 30'a aykırılık, çoğu zaman vergi hukukunda örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilir ve pay sahibinin elde ettiği menfaat vergilendirilir¹⁴⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki, yöneticilerin hukuki sorumlulukları yanında, Alınan Ceza Kanunu§ 266 uyarınca cezai sorumlulukları da bulunmaktadır.

u• *Existenzvernichtender Eingriff* kavramı için bkz. İkinci Bölüm, V, F, 2, b.

m AYDOCAN, MoMiG, s.419.

u/6 NoACK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 118, 119.

m Anılan test hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 2, a.

¹³¹ Benzer yönde, NoAcK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 119; BEURSKENS/No-ACK, The Reform, s. 1086; CAHN/DoNALD, s. 225.

¹³⁹ CAHN/DONALD, s. 225, 226.

¹⁴⁰ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1161.

(2) Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'nda Sermayenin İadesi Yasağı

Alınan anonim ortaklıklar hukukunda kar dağıtımı konusunda münhasıran pay sahiplerinin karar vermesi ve esas sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde dağıtılabılır karın en fazla yarısının yedek akçelere ayrılabilmesi (AktG § 58/2), alacaklıların dağıtımlar konusunda güvencesiz kalmasına neden olmaktadır. İşte Alınan kanun koyucu, pay sahiplerinin dağıtımlar konusundaki bu özgürlüğünü AktG § 57 ile sınırlamak suretiyle alacaklıları korumaktadır¹⁴¹.

AktG § 57/1 uyarınca, sermayenin pay sahibine geri ödenmesi yasaktır. Hükmün ikinci fıkrasında, pay sahiplerinin yaptıkları ödemeler için faiz isteyemeyecekleri belirtildikten sonra son fıkrasında, şirketin tasfiyesinden önce pay sahiplerine ancak yıllık kardan dağıtım yapılmasına izin verilmiştir.

Pay sahibine sadece kar payı şeklinde dağıtım yapılması gerektiğinden, kar payı dışında pay sahibine herhangi bir şekilde menfaat temin edilmesi halinde sermayenin iadesi yasağının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda edimleri orantısız olan bir sözleşme yapılması, piyasa koşullarına aykırı şekilde pay sahibine ödünç verilmesi hükmün kapsamında değerlendirilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, hükmün uygulanması açısından şirketin ne kadar özkaynağı olduğunun bir önemi yoktur¹⁴². Bir diğer ifadeyle, GmbHG'deki düzenleme gibi yasağın kapsamı sadece korunan sermaye değeri ile sınırlı değildir. Aksine, bilanço karından yapılacak kar dağıtımı, avans kar dağıtımı ya da kanunen izin verilen diğer ödemeler dışında malvarlığından yapılan tüm ödemeler hükmün kapsamında¹⁴³ kabul edildi-

^w CAHN/DONALD, s. 222.

¹⁴² CONAC/ENRIQUES/GELTER, s. 502; WAND/TILLMANN/HECKENTHALER, s.149.

¹⁴³ LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 3; SCHMIDT, N. 29 II; KOLL-MÖLLENHOFF, s. 160; HENZE, § 57, N. 8; BAYER, § 57, N. 7; WAND/TILLMANN/HECKENTHALER, s. 149; FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 9; HÜFFER, § 57, N. 2, 3; DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 390; SEVI, s. 419. Aksi görüşe göre, AktG § 57/1 ile § 57/3 hükümleri ile ulaşılmak istenen hedef farklıdır ve bu nedenle hükümlerin birlikte yorumlanarak tüm malvarlığının koruma kapsamında olduğu sonucuna varılması isabetli değildir. Bkz. AYDIN, Kendi Payımı Edinme, s. 14'ten naklen BEZZENBERGER, Erwerb, s. 6.

ğinden serbest malvarlığı da korumanın kapsamındadır. Bir diğer ifadeyle yasağın uygulanması açısından, yapılan ödemenin esas sermaye ile yedek akçe kalemlerini azaltması bir zorunluluk değildir. Bu nedenle "sermayenin iadesi" şeklindeki hükmün kenar başlığı yanıltıcı bulunarak öğretilde eleştirilmiştir¹⁴⁵. Görüldüğü üzere, koruma kapsamı GmbHG § 30 hükmünden çok daha geniş olan bu hükmün amacı alacaklıların korunmasıyla sınırlı değildir¹⁴⁶. Aksine bu düzenlemenin aynı zamanda azınlık hissedarları koruyucu işlevi de bulunmaktadır¹⁴⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, AktG § 57'de sermayenin pay sahiplerine geri ödenmesi yasaklanmış ve dağıtımın ancak kar payı şeklinde yapılabilceği belirtilmiştir. Buna göre, hissedarlara dağıtım yapılabilmesi için öncelikle şirket aktiflerinin bilanço değerinin, şirket borçları, sermaye ve kanunen ayrılması gerekli yedekleri aşması ve önceki yıl zararlarını kapatabiliyor olması gereklidir. Bundan başka, şirket karından kanunen zorunlu bulunan yedeklerin ayrılmış olması gereklidir (AktG § 158). Görüldüğü üzere dağıtımlar hakkında yapılan hesaplama, muhasebe kuralları ile yakından ilgilidir. Şüphesiz, bilançoda aktifler ne kadar yüksek, borçlar ne kadar düşük olarak değerlendirilirse, dağıtılabilir miktar da o oranda yüksek olarak saptanacaktır. Alman halka açık şirketlerde IFRS (*International Financial Reporting Standards*), kapalı şirketlerde ise Alman muhasebe standartları kullanılmaktadır. Alman muhasebe standartları gereği, şirket aktifleri en düşük, şirket borçları ise en yüksek değerle bilançoya kaydedilmektedir. Buna karşılık, IFRS sistemi uygulandığında şirket karı daha yüksek değerli hesaplanmaktadır¹⁴⁷. Bu nedenle, Alman kapalı şirketler ile halka açık şirketler arasında dağıtımın belirlenmesi meselesinde farklılık bulunmaktadır.

AktG § 57 ile benimsenen yasağın, pay sahiplerine yapılan tüm dağıtımlar bakımından geçerli olduğu kabul edilir. Bir diğer ifadeyle, dağıtımın kapsamı sadece açık dağıtımlarla sınırlı değildir. Buna göre, pay sahiplerine

¹⁴⁵ CAHN/VON SPANNENBERG, § 57, N 1,9.

^m CAHN/VON SPANNENBERG, § 57, N 6; DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 140, 390. Eşit işlem ilkesi hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, il.

¹⁴⁶ DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 140.

^m CAHN/DONALD, s. 225.

verilen krediler ve satım sözleşmeleri şeklinde gerçekleşen gizli dağıtımları.[•] da AktG § 57 hükmüne tabidir.^{9.}

Açık dağıtımlara, AktG § 59'a aykırı verilen temettü avansları, kir dağıtımı hakkında karar alınmaksızın ya da geçersiz karara istinaden yapılan kir dağıtımı (§ 172, 173), uzun süre görevyapan pay sahibi üyelere verilen sadakat primi¹⁵⁰, genel kurulda hazır bulundukları için ortaklara verilen primler, sermaye azaltım kararı olmadan sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi örnek olarak verilmiştir.

Örtülü dağıtımların tespiti ise açık dağıtımlar kadar kolay değildir. Örtülü dağıtımdan söz edebilmek için öncelikle, dağıtım neticesinde şirketin elde ettiği menfaat ile yükümlendiği edim arasında objektif olarak orantısızlık olması gereklidir. Bu husus örtülü dağıtımlar için aranan objektif koşuldur. Bu konuda Federal Mahkeme varsayımsal bir test yapmaktadır. Buna göre, işlemin bağımsız bir şirketin tedbirli ve özenli yöneticisi tarafından yapıp yapılmayacağı değerlendirilmektedir. Alman hukukunda işlemin piyasa değerinden (*dealing at arm's length*) gerçekleşip gerçekleşmediği incelemesi aynı zamanda vergi hukukunda da yapılmaktadır¹⁵³. Bu hususta, işlemin konusunu oluşturan şeyin piyasa değerinin olup olmaması önem taşır. İktisap edilen şeyin piyasa değerinin bulunması halinde, şirket piyasa değerinin üzerinde bir bedel ödememeli ya da işlem konusu şeyi pay sahibine piyasa değerinin altında devretmemelidir.

AktG § 57 değerlendirmesinde, işleme konu olan aktiflerin bilançoya kaydedilmiş ya da kaydedilebilir olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

¹⁴¹ Alınan hukukunda, kural olarak pay sahibinin şirketle işlem yapması yasaklanmamıştır. Sadece bu işlemlerin AB Yönergesi ve IFRS uyarınca açıklanması gereklidir. Bkz. **BLACK/CHEPFINS/GELTER/KIM/NoLAN/SrnMs/PRAvA**, s. 75. Ancak, pay sahibi ile şirket arasında yapılan işlemin piyasa koşullarına uygun olmaması halinde işlemin örtülü dağıtım olarak nitelendirilmesi söz konusu olacaktır.

¹⁴⁹ LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 8; SCHMIDT, N. 29 il; RICKFORD GRUBU, s. 1008; BAYER, § 57, N. 2; HÜFFER, § 57, N. 8; CAHN/DONALD, 222, 223.

¹⁵⁰ DRINHAUSEN, § 57, N. 7; LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 14; HÜFFER, § 57, N. 5.

¹⁵¹ FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 10.

¹⁵² FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 12; DRYGALA, Kölner Kommentar 2011, § 57, N. 43; KOLL-MÖLLENHOFF, s. 161; HÜFFER, § 57, N. 2, 3.

¹⁵³ FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 12.

Diğer bir söyleyişle, şirketin sahip olduğu bir malvarlığı unsurunun bilanço değeri üzerinden ancak piyasa koşullarına aykırı bir şekilde pay sahibi tarafından iktisap edilmesi yine hükme aykırılık oluşturmaktadır¹⁵⁶.

Hüküm GmbHG'nin aksine, esas sermaye tutarını azaltan dağıtımları açıkça yasaklamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, GmbHG § 30 hükmündeki gibi, "esassermayenin korunması için gerekli olan malvarlığı"nın dağıtılması yasaklanmamış, dağıtımın ancak net dönem karından yapılabileceğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Dağıtılabilir net kar ise zararlar düşüldükten sonra bilançoda birikmiş kar olduğundan, esas sermayeyi azaltması zaten söz konusu olmayacaktır. Nitekim, Alınan Uygulama Kanunu ile İkinci Yönerge'nin kabul edilmesinden sonra AktG § 57 ve 58'de değişiklik yapılmasına gerek duyulmamıştır.

Sermayenin geriödenmesini yasaklayan hükümde, çeşitli istisnalara yer verilmiştir. Öngörülen ilkistisna, şirketin kendi hisse senetlerinin iktisabına ilişkindir. Buna göre, şirketin kendi hisse senetlerini iktisap etmek için yaptığı ödemeler sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmez. Burada kanuni bir istisna söz konusudur. Ancak, bu istisnada dahi şirket tarafından ödenen bedelin belirlenmesi önem taşımaktadır. Zira, şirketin kendi hisse senedini değerinin üzerinde iktisap etmesi de pay sahibine örtülü dağıtım yapılmasına neden olur¹⁵⁶.

MoMiG ile GmbHG § 30'a yapılan ekleme, AktG § 57'ye de yapılmıştır. Zira, Alman öğretisinde *November* kararının, anonim şirketlere de uygulanacağı kabul edilmiştir¹⁵⁷. Buna göre, hakimiyet sözleşmesi ya da karın devri sözleşmesi (AktG § 291) gereği sağlanan menfaatler ile pay sahibine yapılan ödeme karşılığında, ortağın borcuna karşılık şirketin tam değerli talep hakkı ya da tam değerli bir karşı edim hakkı kazanması hallerinde yasağın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Hemen ifade etmek gerekir ki, MoMiG ile yapılan eklemelerden önce, hakimiyet ve karın aktarımı sözleşmeleri hakkındaki AktG § 291/3 hükmünde, bu sözleşmeler gereği tanınan menfaatlere sermayenin iadesi hakkındaki AktG § 57'nin uygulanmayacağı

¹⁵⁵ CAHN/DONALD, s. 223.

¹⁵⁶ RICKFORD GRUBU, s. 1008.

¹⁵⁶ FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 34.

¹⁵⁷ BAYER, § 57, N. 100.

açıkça belirtilmekteydi. Dolayısıyla MoMiG ile yapılan esas değişiklik, ortağın borcu karşılığında şirketin tam değerli talep ya da tam değerli karşı edim hakkı kazanması halinde sermayenin iadesi yasağının uygulanmayacağı açıkça belirtilmiş olmasıdır. Hükümdeki son istisnaya göre sermayenin iadesi yasağı, ekonomik gerekliliklere uygun olarak pay silipleri tarafından şirkete verilen kredilerin geri ödenmesinde uygulanmayacaktır.

Sermayeyi koruyan hükümlerin kapsamı gibi, ihlali halinde uygulanacak müeyyideler konusunda da GmbHG ile AktG hükümleri arasında farklılık bulunmaktadır. GmbHG'de korunan değer sermayeyle sınırlı olmasına karşın, yasağa aykırılığın müeyyidesinin düzenlendiği GmbHG § 31/3 hükmünde, pay sahiplerinin müteselsil sorumlulukları öngörülmüş ve sorumlu kılınan kişilerin kapsamı daha geniş tutulmuştur¹⁵⁸. Buna karşın, AktG'de şirketin tüm malvarlığı koruma kapsamında kabul edilirken, sadece iktisabı gerçekleştiren pay sahibinin hükme aykırı iktisabını iadeyle yükümlü olduğu belirtilmiştir. AktG § 62/ 1 hükmü uyarınca, pay sahibi kanuna aykırı şekilde iktisap ettiği menfaatleri şirkete iade etmek zorundadır. Ancak, iktisabın kar payı şeklinde gerçekleşmesi halinde iyi niyetli pay sahibi korunmuş ve sadece kar dağıtımının haksız olduğunu bilen ya da bilmesi gereken pay sahipleri için iade yükümlülüğü öngörülmüştür.

Söz konusu davada zenginleşen, aldığını tam olarak iade etmelidir. Bir diğer ifadeyle, iade talebine karşı, zenginleşmenin elden çıkmış olduğu ileri sürülemez¹⁵⁹. İade ise, sadece iktisap edilen değer iadesi olmayıp, şirket zararını kapsamaktadır¹⁶⁰. AktG § 62/ 1 hükmü uyarınca, borçlu yasağa aykırı edimi alan pay sahibidir. Kural olarak üçüncü kişi AktG § 62/ 1'e göre sorumlu olmaz. Bu durum, edim üçüncü bir kişiye ifa edilmişse bile eğer pay sahibine atfedilebiliyorsa geçerlidir. Ancak, hükmün dolanılmasının önlenmesi amacıyla istisnaen, yasağın eski ve müstakbel pay sahiplerine ve paysahibinin ilişkili kişilerine de uygulanması mümkündür.

Hükmün ikinci fıkrasında, şirket alacaklılarının da iade talebine yer verilmiştir. Buna göre, alacaklarını şirketten tahsil edemeyen alacaklılar, şir-

¹⁵⁸ HIRTE, N. 674.

¹⁵⁹ DRYGALA/STA.A.KE/SZALAI, s. 393.

¹⁶⁰ DRYGALA/STA.A.KE/SZALAI, s. 393, 394.

ketin henüz iflasına karar verilmemiş dahi olsa¹⁶¹, pay sahiplerinden sermayenin iadesi yasağına aykırı şekilde edindikleri menfaatlerin iadesini talep edebilirler. Bu dava ile alacaklılar, şirketin zararının şirkete tazminini talep etmektedirler.

c. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda sermayenin korunması ilkesi, beş temel kuralın üzerine inşa edilmiştir. Bunlar; (i) kuruluşta ve sermaye artırımında şirkete sermaye getirilmesi, (ii) kar dağıtım rejiminin belirlenmesi, (iii) örtülü kar dağıtımının engellenmesi, (iv) şirket sermayesinin yarısının yitirilmesi halinde şirketin sağlığa kavuşturulması ve son olarak (v) sermayesi olmadan şirketin faaliyetine devam etmesinin engellenmesi hakkındaki kurallardır¹⁶². Ancak bu kurallar içinde sermayenin iadesi yasağının kapsamı borçlanma yasağı ile kesiştiğinden, İsviçre hukukunda sermayenin açık ya da gizli şekilde pay sahiplerine iade edilmesi konusundaki düzenlemeler açıklanmıştır.

Sermayenin iadesi yasağı, OR m. 680/2 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, *"Pay sahipleri şirkete pay bedeli olarak ödedikleri tutarı geri isteme hakkına sahip değildir."* Görüldüğü üzere, hükmün lafzı AktG § 57 hükmü ile benzerlik göstermektedir. Buna karşılık, ödeme yapılmasının yasaklandığı değer Alman hukukundaki kadar geniş yorumlanmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, İsviçre hukukunda tüm malvarlığı yerine sadece bağlı malvarlığının pay sahiplerine iadesinin yasaklandığı kabul edilmektedir¹⁶³. Ancak, bağlı malvarlığı ya da diğer bir deyişle koruma altında olan değerlerin kapsamına dair İsviçre öğretisinde tartışma mevcuttur. Doktrinde bazı yazarlar, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının korunan değer olduğu görüşündedirler¹⁶⁴. Aksi görüşteki yazarlara göre ise, koruma altındaki tutar sermaye ile sınırlıdır¹⁶⁵. Bu görüş uyarınca, dağıtılmasına izin verilmeyen

¹⁶¹ DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 394.

¹⁶² BöcKL, s. 71.

¹⁶³ BINDER, s. 28; DÜRR, s. 70; VOGT, m. 680, N. 18-21.

¹⁶⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50, N. 29; DÜRR, s. 63-70; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N. 197. Nitekim ORm. 671/ 3 uyarınca, kanuni yedek akçelerinesas sermayenin yarısını geçen kısmının dağıtılmasına izin verilmektedir. Ayrıca bkz. TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s. 1691, 1692.

¹⁶⁵ BINDER, s. 28, 29; DRUEY, N. 5; VoGT, m. 680, N. 20.

yedeklerin dağıtılması, sermayenin iadesi yasağına değil, yedeklerin kullanımına ilişkin hükümlere aykırılık oluşturacak; iade yükümlülüğü, haksız yere alınan kar payı ve diğer menfaatlerin iadesini öngören OR m. 678 hükmü kapsamında söz konusu olacaktır¹⁶⁶.

Primin korunan değere dahil olup olmadığı ise korunan değer kapsamında göre farklı yorumlanmaktadır¹⁶⁷. Primin, itibari değer bir parçası olduğu kabul edildiğinde, pay sahiplerine dağıtılması, yukarıda savunulan her iki görüş uyarınca da sermayenin iadesi yasağına aykırılık teşkil edecektir. Bu görüşe göre, primin ödenmiş sermayenin bir parçası olması ve tamamen serbest yedek akçeye ayrılması yerine kanuni yedek akçelere ayrılmasının öngörülmüş olması, kanun koyucunun bu değer pay sahiplerine dağıtılmasını sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirdiğini göstermektedir¹⁶⁸. Ayrıca, OR m. 680 hükmünde iade borcunun kapsamı belirlenirken sermaye yerine "pay bedeli" kavramının kullanılması da varılan sonucu desteklemektedir¹⁶⁹.

İleri sürülen diğer görüşe göre, primin kanuni yedek akçeler kalemine dahil olması sebebiyle yedeklerin kullanımına ilişkin hükümlere tabi olduğu kabul edilmeli ve yapılan dağıtım, sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁷⁰.

Paysahipleri ile onları ilişkili oldukları kişilere, şirkete tam değerli karşı talep hakkı verilmeksizin maddi çıkar sağlanması şeklinde nitelendirilen örtülü kar dağıtımı¹⁷¹, 1991 yılında yapılan reform neticesinde, ORm. 678'de Alınan hukukundaki düzenlemeden daha açık bir şekilde kaleme alınmıştır¹⁷². Anılan hükmün ilköfkrasına göre, paysahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve onlarla ilişkili olan kişiler, kötü niyetle ve hukuka aykırı olarak iktisap et-

¹⁶⁶ BINDER, s. 28, 29.

¹⁶⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MEYER, s. 71vd.

¹⁶⁸ NEUHAUS/BALKANYI, m. 671, N. 1S vd.

¹⁶⁹ TTK m.480/3 hükmünün, sermayenin iadesini yasaklaması sebebiyle, genel kanuni yedek akçenin yarısını aşan kısmın içinde primin yer alması halinde, bututların dağıtılması sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturmayacaktır. Bkz. YANLI, Kar Dağıtımı, s.13, 14.

¹⁷⁰ BINDER, s. 29.

¹⁷¹ PROBST, s. 2 vd; MEIER-HAYOZ/FOSTMOSER, § 40, N.88.

¹⁷² BÖCKLI, s. 7S.

tikleri kar payı, kazanç payı (*Tantieme*), kazançtan alınan sair paylar, kurucu menfaatleri ve örtülü kh dağıtımlarını şirkete iade etmekle yükümlüdürler. Hükümde düzenlenen iade borcu sebepsiz zenginleşme hakkındaki OR m. 62 hükmüne göre özel hüküm niteliğindedir¹⁷³. Görüldüğü üzere, koruma altındaki değerin farklı yorumlanmasına karşın "ödeme" ifadesi Alınan hukulumdaki gibi geniş yorumlanmaktadır. Zira İsviçre öğretisine göre, OR m. 678/2 hükmünün kapsamına şirket malvarlığının aktarımı niteliğindeki tüm işlemler girmektedir¹⁷⁴.

Hükümde iade borcunun kişi açısından kapsamı da son derece geniştir. Buna göre sadece pay sahipleri değil, yönetim kurulu üyeleri de hukuka aykırı ve kötü niyetle iktisap ettiklerini geri vermek wrundadırlar. Ayrıca kanunun dolanılmasını önlemek amacıyla, açıkça ilişkili kişiler de hükmün kapsamına alınmıştır. İlişkili kişinin, hükmün kapsamındaki kişilere yakınlığı ailevi, ekonomik, hukuki ya da *de facto* bir ilişkinin sonucu olabilir¹⁷⁵.

Anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca geri verme yükümlülüğü, şirket malvarlığının devrinde, devrin elde edilen gelire ve şirketin ticari konumuna göre, bariz şekilde orantısız olması halinde söz konusu olur¹⁷⁶. Sözü geçen hükmün gerekçesinde, gerçek piyasa değerinin belirlenmesindeki güçlük göz önüne alınarak, sadece bariz şekilde orantısız olan iktisapların engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir¹⁷⁷. Buna karşılık, Alınan hukukunda orantısızlık önemli ölçüde olmasa dahi AktG § 57 uygulanacağından, söz konusu hükmün kapsamı bu yönüyle daha geniştir¹⁷⁸. Örneğin, payları borsa işlem gören bir şirketin, pay sahibinin hisselerini borsa değerinin biraz üzerinde iktisap etmesi dahi AktG § 57 hükmüne aykırılık oluştururken bu farkın "bariz şekilde orantısız" olmaması nedeniyle işlem OR m. 678 hükmünü ihlal etmeyecektir.

¹⁷³ MELER·HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N.73.

¹⁷⁴ D-ORR, s.100,101; VOGT, m. 678, N.14, 15. Yazar, pay sahiplerine verilen ödünçlerin de bu kapsamda değerlendirileceği görüşündedir. Bkz. a.e., m. 676, N. 25.

¹⁷⁵ VISCHER, m. 678, N. S; DÜRR, s. 88; BÖCKLI, s. 1527; VOGT, m. 678, N. 7.

¹⁷⁶ VON BÜREN, s.128.

¹⁷⁷ NEUHAUS, s. 24.

¹⁷⁸ FLEISCHER, *Disguised Distributions*, s. 107.

Gerekçe'de ayrıca sözleşmenin, elde edilen gelire ve şirketin konumuna göre orantısız olması şartlarının kümülatif uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak doktrinde orantısızlığın şirketin konumu/ pozisyonuna göre değerlendirilmesi şartı belirsizlik yaratacağı gerekçesiyle eleştirmiştir. Bir diğer ifadeyle, öğretide sadece edimlerin bariz orantısız olınası şartının aranmasının yeterli olduğu savunulmaktadır¹⁷⁹. Bu görüş, halka açık şirketlere dair kısmi reform yapılmasına ilişkin olarak "Kurumsal Yönetim Çalışma grubu tarafından hazırlanan Uzmanlar raporunda da kabul edilmiş ve sözü edilen şart hükümden çıkarılmıştır¹⁸⁰.

23 Kasım 2016 tarihli anonim şirketlere ilişkin İsviçre OR tasarısından, hukuka aykırı dağıtımların iadesi hakkındaki OR m. 678 hükmünde önemli değişikliklere yer verilmiştir. Tasarı OR m. 678/ 1, "*Pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, yönetimle meşgul kişiler ve danışma kurulu üyeleri ve bunlarla ilişkili kişiler, haksız olarak aldıkları temettü, kazanç payı (Tantie-me), kazançtan alınan sair paylar, maaş (Vergütung), faiz, kanuni sermaye ve kar yedek akçeleri ile diğer geri ödemelerin iadesiyle yükümlüdür.*" hükmünü içermektedir. Anılan düzenleme, mevcut hükmün kişi ve konu açısından kapsamını genişletmektedir. Zira, yeni hükümle, yönetimle ilgili kişiler ve danışma kurulu üyeleri açıkça zikredilerek, fiili organlar da iadeyle yükümlü kılınmış ve böylece hükmün dolanılması engellenmiştir¹⁸¹. Ayrıca, kanuni sermaye ile kar yedekleri ve maaşlar (mali haklar/ *compensation/Vergütung*) dahil edilerek hükmün konu açısından da kapsamı genişletilmiştir. Birdiğer önemli değişiklik ise, mevcut OR m. 678 hükmünde aranan, iade için kötü niyet şartına tasarıda yer verilmemiş olınası ve haksız tüm ödemelerin iade edilmesi gerektiğinin hükme bağlanmasıdır. Öğretide, pay sahipleri ile yöneticilerin dağıtım için gerekli hukuki şartların oluşup oluşmadığını bilebilecek durumda olmaları nedeniyle kötü niyet şartının kaldırılması isabetli bulunmuştur. Ayrıca, OR m. 64'e yapılan atıfla, iyi niyetli iktisap eden kişi-

¹⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s.107, 108.

¹⁸⁰ Bkz. Böcicu/HUGUENIN/DESSEMONTET, s.138 vd.

¹⁸¹ BBI 2017 399.

¹⁸² Bkz. madde gerekçesi. Yapılan değişiklikle fiili organların da hükmün kapsamına dahil edilmesi doktrinde olumlu karşılanmıştır. Bkz. YON DER CRONE/ ANGSTMANN, SZW/ RSDA 5/2017, s.612.

lerin korunarak menfaatler dengesinin sağlandığı ifade edilmiştir,.. Madde gerekçesinde, haksız alınan menfaatlerin iadesinin kurumsal yönetim (*corporate governance*) bakımından da önemli olduğu ve şirket hissedarları ile alacaklılarının korunmasını sağladığı belirtilmiştir.

Tasarının ikinci fıkrası da önemli değişiklikleri haizdir. "*Şirketin sayılan kişilerden bir malvarlığı değeri iktisap etmesi veya bunlarla sair hukuki işlemlerde bulunması halinde bu kişiler., edimler arası bariz bir orantısızlık bulunduğu ölçüde iade ile yükümlüdür.*" şeklindeki hüküm iki temel yenilik içermektedir. öncelikle, eklenen hükmün kapsamındaki kişilerle "sair hukuki işlemlerde bulunmak" ifadesi ile mülkiyet geçişini bünyesinde barındırmayan kira, leasing vb. işlemlerin de kapsamda olduğu açıklığa kavuşturulmuştur' Yine doktrinde ileri sürülen görüşler doğrultusunda, iade için edimler arasında bariz orantısızlık olması yeterli görülmüş ve mevcut hükümde yer alan "elde edilen gelire ve şirketin ticari konumuna göre orantısız" olması şartına yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Hükmün gerekçesinde, iade yükümlülüğünün sadece nispetsizliğe yol açan kısım bakımından geçerli olduğu, ilgili hukuki işlemin ayakta kalacağı ifade edilmiştir.

Tasarının 3. fıkrasında, iadenin sebepsiz zenginleşme hakkındaki OR m. 64 hükmü uyarınca gerçekleşeceği belirtilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere mevcut hükmün, iadeye ilişkin açık bir düzenlemeyi içermemesi ve sadece kötü niyet halinde iadeyi öngörmesi nedeniyle OR m. 678, sebepsiz zenginleşme hükmü Jerine göre özel hüküm niteliğinde kabul edilmekteydi. Tasarı düzenlemesi ise yaptığı yollama ile iadenin nasıl gerçekleşeceği konusundaki belirsizlikleri gidermiştir.

Tasarının 4. fıkrası iade talebinin kimler tarafından yöneltileceğini düzenlemiş ve hükmün kapsamına topluluk alacaklılarını ilave etmiştir. Söz konusu hükme göre, iade talebinde şirket, pay sahipleri ve ayrıca, eğer ilgili edim aynı topluluk üyesi bir şirketin lehine gerçekleşiyorsa, alacaklılar bulunabilir. Pay sahipleri ve alacaklılar ifanın şirkete yapılmasını talep eder. Hükmün gerekçesinde bu düzenleme ile özellikle şirketin tamamen toplu-

m VON DER CRONE, s.17. Ancak yazar, ORm. 64'e atıf yapmak yerine, "*edimi (menfaati) almış kişiedimi iyiniyetle aldığını ve iade talebi anında zenginleşmenin ortadan kalktığını ispat ettiği takdirde iade yükümlülüğü ortadan kalkar.*" hükmü ile iadenin kapsamının açıkça düzenlenmesi önerisinde bulunmuştur. Bkz. a.e., s. 18.

¹¹⁴ Bkz. madde gerekçesi.

luk hakimi ve ona bağlı şirketlerce kontrol edildiği durumlarda alacaklıların devreye girmesinin muhtemel olduğu belirtilmiştir¹¹⁵. Tasarının bu tercihi öğretide sorgulanmış ve iflas hali dışında alacaklılara dava hakkı tanınması eleştirilmiştir. Söz konusu görüşe göre, topluluk şirketlerini müflis şirketin "yakını" sayarak, tasarrufun iptali hususunda ispat yükü bakımından özel koruma öngören SchKG m.288/2 hükmü ile alacaklılar iflas öncesi işlemler bakımından yeterince korunduğundan, ilave bir dava hakkı tanınmasına gerek yoktur"¹¹⁶.

Mevcut hükümde karşılığı olmayan S.fıkra ile genel kurulun iade talebi için dava açılmasına ilişkin karar alabileceği ve yönetim kurulu veya bir temsilciyi davanın yürütülmesi için görevlendirebileceği hükme bağlanmıştır.

Tasarı OR m. 678a ile mevcut OR m. 678/4 uyarınca edimin (menfaatin) elde edilmesinden itibaren beş sene olan zamanaşırını süresi, üç ve on senelik zamanaşırını süresi öngörülerek ve ceza hukukundaki zamanaşırını da dikkate alınarak ayrı bir alt madde ile ve daha detaylı düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, iade talebi, şirket veya pay sahibinin talep hakkını öğrenmelerinden itibaren üç sene ve her halükarda talebin meydana geldiği tarihten itibaren on sene geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu süre, özel denetim için bir mahkeme kararı alınmasına yönelik hukuki süreç sırasında ve bunun uygulanması sırasında işlemez. Söz konusu menfaati alan kişi ceza hukuku kaynaklı bir suç işlemişse, talep hakkı en erken ceza hukuku kaynaklı dava zamanaşırını süresinin dolmasıyla zamanaşırına uğrar. Dava zamanaşırını ilk derece mahkemesinin ceza hükmü sebebiyle gerçekleşmezse bu halde talep, en erken ilgili kararın açıklanmasından itibaren üç sene geçmekle zamanaşımına uğrar. Madde gerekçesinde, yeni düzenleme ile tüm tarafların menfaatinin yanı sıra hukuk güvenliğinin de korunmak istendiği ifade edilmiştir.

¹¹⁵ Öğretide bu durumda dahi, alacağım tahsiledebilen alacaklının şirketin işlerini müdahil olması yersiz bulunmuş ve tasarı düzenlemesi eleştirilmiştir. Bkz. VON DER CRONE/ANGSTMA.NN, SZW/RSDA 1/2017, s.21.

¹¹⁶ VON DER CRONE/.ANGSTMANN, SZW/RSDA 5/2017, s.612.

2. Anglo-Sakson Hukuku

a. Amerikan Hukuku

Amerikan hukuku esas itibariyle, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden farklı olarak mahkeme içtihatları üzerine inşa edilmiştir. Belirli konularda kodifikasyonlara rastlanmasına rağmen, şirketler hukuku alanında federal devlet düzeyinde yeknesak bir kanun bulunmamaktadır¹³⁷. Her eyalet kendisine tanınan yasama yetkisi çerçevesinde şirketler hukukunu düzenlemektedir. Bu eyaletler içinde Delaware eyaletinin düzenlemeleri öne çıkmaktadır. Zira, Amerikan şirketler hukukunda Delaware eyaletinin lokomotif görevini üstlendiği kabul edilmektedir. New York borsasına kayıtlı şirketlerin yarısından çoğunun bu eyalette bulunması, Delaware kanun koyucusunun, kanunlarını sürekli güncellemesi ve mahkeme kararları ile uygulamaları kanunlarına adapte etmesinin bunda büyük *bir* etkisi vardır¹³⁸. Dolayısıyla, çalışmanın bu bölümünde Delaware eyaletinde benimsenen düzenlemeler ile yaklaşık kırk eyalet tarafından benimsenen¹³⁹ Model Ticaret Şirketleri Kanunu'nun (*Model Business Corporation Act*) düzenlemeleri hakkında bilgi verilmiştir. MBCA, eyalet kanun koyucularının yönetimi çerçevesinde, Amerikan Barosu'nun Ticaret Hukuku bölümü bünyesinde bulunan Şirketler Hukuku Komitesi tarafından hazırlanmış tavsiye niteliğindeki bir model kanundur¹⁴⁰. Anılan Model Kanun hükümleri, eyaletlerin kabul etmesi ile bağlayıcı hale gelmektedir.

Kıta Avrupası'nın aksine Amerikan hukukunda esas sermaye sistemi benimsenmemiştir¹⁴¹. Özellikle 1970'li yıllardan itibaren bu sistemin

¹³⁷ BAUMAN, s. 17.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. GEVURTZ, s.41, 42; BAUMAN, s. 18.

¹³⁹ ENGERT, Legal Capital, s. 663; BAUMAN, s. 18.

¹⁴⁰ BAUMAN, s. 18.

¹⁴¹ MBCA, Delaware, New York ve California şirketler kanunlarında asgari sermaye koşulu bulunmamaktadır. MBCA, esas sermaye sisteminin kaldırılması nedeniyle itibari değerli pay uygulamasına son vermiştir. Delaware ve New York kanunları halen itibari değeri bulup payı kabul etmekle birlikte, şirketlerin itibari değersiz pay ihraç etmeleri ve esas sermaye sistemini kaldırmalarına izin vermektedir. Bkz. ENGERT, Legal Capital, s. 657; ⁹ EUR KENS/NOACK The Reform, s. 1080. South Dakota, Texas ve Columbia eyaletlerinde ise 1000 Amerikan Doları tutarında asgari sermaye zorunluluğu bulunmaktadır.

alacaklıların korunması açısından bir işlevi bulunmadığı görüşü, sistem gereği kabul edilen kuralların kaldırılmasında etkili olmuştur. Amerikan hukukunda alacaklılar esas sermaye sistemi yerine, şirketin finansal durumu hakkında kamunun aydınlatılması ve pay sahiplerine yapılacak dağıtımlar hakkında öngörülen sınırlamalar ile korunmaktadır¹⁹³. Şirkete borçlanma yasağının dağıtım (*distribution*) rejimi ile ilişkisi nedeniyle, Amerikan hukukunda pay sahiplerine dağıtım yapılabilmesi için benimsenen kurallar açıklanmıştır.

Amerikan hukukunda pay sahiplerine yapılacak dağıtımın miktarını tespit etme yetkisi kural olarak yönetim kurulundadır. Ancak bu yetki, birtakım sözleşme ve kanuni sınırlamalara tabidir¹⁹⁴. MBCA uyarınca, dağıtım yapılabilmesi için "ödeme yeterliliği testi" ile "Amerikan bilanço testinin" birlikte tetkik edilmesi gereklidir.

MBCA m. 6.40 hükmü uyarınca dağıtım yapılabilmesi için, şirketin olağan ticari borçlarını ödeyebilecek durumda olması ve dağıtımdan sonra da bu özelliğini koruması gereklidir [m. 6.40/ c (1)]. Hükmün açıklayıcı notunda bu test "özkaynak-aciz hali testi" ya da kısaca "ödeme yeterliliği testi" olarak adlandırılmıştır (*equity insolvency test*)^m. Hükümde yöneticilerin, şirketin hangi süreyle borçlarını ödeyebilecek durumda olmasını sağlamakla yükümlü oldukları açıklanmamıştır¹⁹⁶. Ancak gerekçede¹⁹⁷ bu süreden, yakın vadedeki borçların anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

Dağıtım yapılabilmesi için olumlu sonuç vermesi gereken ödeme yeterliliği testinin, alacaklı koruması açısından en etkin yöntem olduğu ileri sürülmektedir¹⁹⁸. Zira bu test, sadece şirketin borçlarını ödeyememe riski

Bkz. a.e., s. 1080.

¹⁹² BAUMAN, s. 218.

¹⁹³ CAHN/DONALD, s. 220; SEVİ, s. 68.

¹⁹⁴ GEVURTZ, s. 153, 154; VEIL, s. 79.

¹⁹⁵ Bkz. Resmi Açıklayıcı Not m. 6.40. Anılan terminoloji öğretide benimsenmiştir. Bkz. BAUMAN, s. 231; HAMILTON/M. ACEY/MOLL, s. 367, 368.

¹⁹⁶ VEIL, s. 81.

¹⁹⁷ MBCA m. 6.40, Resmi Açıklayıcı Not m. 6.40. Ayrıca bkz. HAMILTON/MACEY/MOLL, s. 368.

¹⁹⁸ ENGERT, Legal Capital, s. 667. Hatta *Wood v. Dummer* davasında yargıç Story'nin ifade-

ortaya çıktığında değil, öncesinde de ek bir koruma sağlamaktadır".¹⁹⁹ Özel- Jiklc, esas sermaye sisteminin muhalifleri tarafından, MBCA ile öngörülen dağıtım rejiminin, Kıta Avrupası hukuk sistemleri için de örnek alınması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁰⁰ Benzer şekilde, AB tarafından görevlendirilen Şirketler Hukuku Uzmanları ("Uzmanlar"), hazırladıkları raporda²⁰¹, İkinci Yonerge'de (201 7/ 11 32 sayılı Yonerge) pay sahiplerine yapılan dağıtımlar konusunda ödeme yeterliliği testinin benimsenmesini önerirlerken, açıkça zikretmiş olmasalar da, MBCA m. 6.40/ c hükmünden esinlenmişlerdir²⁰¹.

MBCA m. 6.40/c (2) hükmünde ise, şirketin dağıtım yapabilmesi için ayrıca ".Amerikan bilanço testinin"loJolumlu sonuç vermesi aranmaktadır²⁰⁴. Söz konusu düzenleme uyarınca, şirket net aktifinin, şirketin toplam borç- larından az ya da dağıtım sonrası azalacak durumda olması halinde dağıtım yapılmasına izin verilmemiştir. Ayrıca, şirketin tasfiye halinde olması ve şirket sözleşmesinde bazı pay sahiplerine tasfiye bakiyesinde imtiyaz tanın- ması ihtimalinde, dağıtımın anılan imtiyazlı paysahiplerinin haklarına zarar vermemesi gereklidir.

Söz konusu düzenleme uyarınca, şirket malvarlığı borçlarına oranlan- maktadır. Görüldüğü üzere, Amerikan hukukunda benimsenen bilanço testi, Kıta Avrupası hukukunda benimsenen bilanço testinden farklıdır. Zira, Kıta Avrupası'nda uygulanan teste göre hesaplama, sermaye ve yedek akçeler top-

siyle bu kural tartışılmaz, vazgeçilemez niteliktedir. Bkz. MANNING/HANKs, s. 182.

¹⁹⁹ ENGERT, Legal Capital, s. 667.

²⁰⁰ ENGBRT, Legal Capital, s. 647.

²⁰¹ A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Docu- ment of the High Level Group of Company Law Experts, 4/11/2002, [http://europa. eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/index.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/index.htm).

²⁰¹ ENGERT, Legal Capital, s. 647; PELLENs/SELLHORN, s. 380.

¹⁰³ Bkz. Resmi Açıklayıcı Not m. 6.40.

uu MBCA'da öngörülen ödeme yeterliliği testine paralel bir düzenleme, Yeni Zelanda'da, 1993 yılında şirketler hukukunda yapılan reform ile öngörülmüştür. Yeni Zelanda siste- minde, tahmini gelecek nakit testi [1993 tarihli Şirketler Kanunum. 4/ 1 (a)] ile geçmişe dayalı bilanço testinin [1993 tarihli Şirketler Kanunu m. 4 (1) (b)] kümülatif uygulan- ması söz konusudur. Dağıtıma ancak, yönetim kurulu üyelerinin, dağıtımdan hemen sonra ödeme yeterliliği testinin başarılı olacağına dair bir taahhütnameyi gerekçeleri ile birlikte açıklayıp imzalaması halinde izin verilmektedir. Bkz. VEIL, s. 80, 84.

lamının (veya sadece sermaye) şirket net aktifine oranlanması ile yapılırken anılan sistemde, şirket malvarlığının borçlarına oranlanması¹⁰⁵ konusudur. Testin "bilanço testi" olarak anılmasının sebebi ise değerlemenin, genel kabul edilmiş Amerikan muhasebe standartları (*Generally Accepted Accounting Principles*) ya da uygulanması adil olan diğer muhasebe standartları uyarınca hazırlanan bilanço'ya göre yapılmasının gerekmesidir. MBCA'da revizyon yapılırken, bilanço testinin kaldırılması ve sadece ödeme yeterliliği testinin benimsenmesi ihtimali tartışılmış²⁰⁶ ancak birkaç nedenden ötürü bu öneri kabul edilmemiştir. Bu nedenler, birçok eyalet düzenlemelerinde bilanço testinin kullanılması, hükümde tasfiye bakiyesinde imtiyazı olan pay sahipleri lehine özel koruma öngörülmesi ve son olarak dağıtımların hukuka uygunluğu konusunda belirli bir testin benimsenmesiyle özellikle yöneticilerin sorumluluklarının tartışılması ihtimalinde onlar için bir "güvenli alan" yaratılmış olması²⁰⁷ şeklinde özetlenebilir.

Dağıtım yapılabilmesi için son olarak, yönetim kurulunun, yapılacak dağıtımın bilanço testinin koşullarını taşıdığı yönünde bir beyanda bulunması gereklidir. Hükümde, GAAP'ta sürekli değişiklik yapılması sebebiyle¹⁰, bu muhasebe standartlarının uygulanması zorunlu tutulmamıştır [MBCA m. 6.40 (d)]. GAAP'ın sadece *Securities Exchange Act* 1934'e tabi halka açık şirketler açısından uygulanması zorunludur. Bununla birlikte, uygulamada genellikle finansal tabloların GAAP'a uygun olarak hazırlanması tercih edilmektedir²⁰⁹.

Dağıtımın tanımı MBCA m. 1.40 (6) hükmünde çok geniş bir şekilde yapılmıştır. Hüküm uyarınca dağıtım, şirketin kendi payını iktisabı dışında pay sahiplerine doğrudan veya dolaylı olarak para ya da ayın vermesi ya da hisseleri için şirketin, pay sahiplerine veya onlar yararına borçlanması şeklinde tanımlanmıştır. Dağıtımın, kar payı dağıtılması, satım sözleşmesi yapılması, hisselerin herhangi bir şekilde edinilmesi, borçların devralınması

¹⁰⁵ Bk.z. MBCA'nın resmi açıklamaları, BAUMAN, s. 231; HAMILTON/MACEY/Mo11, s. 368.

²⁰⁶ MANNING/HANKS, s. 184.

²⁰⁷ HAMILTON/MACEY/MOLL, s. 366,367; MANNING/HANKS, s.184-186.

WB HAMILTON/MACEY/MOLL, s.367.

²⁰⁹ ENGERT, Legal Capital, s.668, 669.

ya da diğer herhangi bir şekilde yapılması mümkündür. Söz konusu geniş tanım nedeniyle, şirketin pay sahibine ödünç verebilmesi, pay sahibi ile - kendi hisselerini iktisap etmesi hali saklı olmak üzere- satım sözleşmesi yapabilmesi ancak yukarıda anılan iki testin birlikte olumlu sonuç vermesine bağlanmıştır.

Böylece söz konusu düzenlemelerle şirketin, kar payı olarak nitelendirilmeyen gizli dağıtımlar yoluyla pay sahiplerine menfaat temin etmesi de yasaklanmıştır. Örneğin *Erdman v. Yol/es* davasında²⁰ pay sahibine piyasa şartlarının üzerinde yapılan ödemeler, kar payı olarak nitelendirilmeyip gizlense dahi hukuka aykırı dağıtım olarak kabul edilmiştir. Anılan kararda dört ortağı bulunan şirkette, ortaklara maaş adı altında ücret verilmektedir. Davacı ortağın şirket için çalışmayı terk etmesinden sonra diğer ortaklar, şirketin önemli aktiflerini paraya çevirerek elde edilen tutarı kendilerine maaş artışı olarak dağıtmışlardır. Mahkeme, dağıtılan paranın kar payı olarak beyan edilmiş olup olmamasının, dağıtılan paranın kar payı niteliğini etkilemeyeceğini belirtmiş ve davacı pay sahibinin de bu bedelde hakkı bulunduğu sonucuna varmıştır. Böylece mahkeme, maaş adı altında peçelenmiş ödemenin gerçekte kar payı olduğunu belirterek bu bedelde tüm pay sahiplerinin hakkı olduğuna hükmetmiştir.

Yönetim kurulunun dağıtımların belirlenmesindeki geniş takdir hakkı, beraberinde sorumluluğu da getirmektedir. Ancak MBCA m. 6.40'ın resmi açıklayıcı notunda, yöneticilerin dağıtım konusundaki sorumluluklarının diğer kararlar gibi ticari takdir kuralı (*business judgement rule*) prensipleri uyarınca belirleneceği ifade edilmiştir. Hukuka aykırı dağıtımlar sebebiyle yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu MBCA m. 8.33 hükmünde düzenlenmiştir²¹. Söz konusu hükümde, kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı şekilde yapılan dağıtımlardan, bu dağıtıma olumlu yönde oy kullanan yönetim ku-

²¹⁰ 62Mich.Ap 594,233 N.W.2d 667 (1975), bkz.MAcEY, s. 12-128.

²¹¹ Bkz. Resmi Açıklayıcı Not m. 6.40. Hile veya kötü niyetin ispatı saklı olmak üzere yöneticilerin dağıtılacak tutarın tespiti için kullandıkları standarttan dolayı sorumluluklarının bulunmadığı yönündeki *Morris v Standard Gas & Electric Co.* 63 A2d 577 (Ch Ct 1949) kararı için bkz. BALOTTI/ FINKELSTEIN, s. 166, 167.

²¹² Genel sorumluluk düzenlemesi olan MBCA m. 8.30 hükmü varken öğretide hukuka aykırı dağıtımlar konusunda özel bir sorumluluk hali öngörülmesi eleştirilmiştir. Bkz. MANNING/IANKS, s. 187.

rulu üyelerinin sorumlu oldukları açıkça belirtilmiştir. Üyelerin sorumluluğu, usulüne uygun dağıtılması gerekli bedel ile hukuka aykırı ödenen değer arasındaki fark ile sınırlıdır. Ayrıca yöneticilerin sorumluluğu, bu konuda sorumlu tutulabilecek diğer üyeler ve hukuka aykırı dağıtımı bilerek kabul eden pay sahipleri ile müşterektir.

New York ve Delaware eyaletlerinde ise, pay sahiplerine ancak yıllık kardan dağıtım yapılması kabul edilmektedir (Delaware Kanunu § 170(a); New York Kanunu § 150). Kar ise, sermayeye göre belirlenmektedir. Bir diğer ifadeyle net kar (*surplus*), şirket malvarlığından şirketin borçlarının çıkarılması suretiyle elde edilen rakamdır. Sermayenin (*stated capital*) ihraç edilmiş hisse senetlerinin itibari değerini karşılaması şartıyla, dağıtımın belirlenmesinde yönetim kurulunun takdir hakkı vardır. Buna karşılık, yönetim kurulunun payın itibari değerini azaltma yetkisi bulunması sebebiyle, sermayenin azaltılarak karın artırılması suretiyle sistemin manipüle edilme riski söz konusudur.²¹⁴ New York Kanunu'nda ayrıca şirketin dağıtım yapmasına, ödeme yeterliliği testinin olumlu sonuç vermesi koşuluyla izin verilmektedir. California eyaletinde ise dağıtım yapılmasına, GAAP uyarınca hazırlanan bilançoda, dağıtım sonrasında kalan şirket likiditesi ile maddi malvarlığı değerleri²¹⁵ toplamının, asgari şirket borçlarının %125'ine eşit olması halinde izin verilmektedir (California Şirketler Kanunu § 500).

İlgili mevzuatta dağıtım şartlarının belirlenmiş olmasına karşın, bu konuda mahkeme önüne gelmiş çok sayıda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sınırlı sayıda kar dağıtımı hakkında içtihadı²¹⁶ rastlanırken, örtülü şekilde yapılan dağıtımlar daha ziyade sadakat yükümü ve iflas hukuku hakkındaki hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir²¹⁷. Amerikan hukukunda ala-

²¹³ BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1080; BAUMAN, s. 227; 1-IA.MILTON/MACEY/Mo11, s. 373.

²¹⁴ BAUMAN, s.227,228. Ayrıntılı bilgi için bkz.ENGERT, Legal Capital,s.663,664;1-IA.M11-TON/M.ACEY/Mo11, s. 372,373.

²¹⁵ "Hard assets" şeklinde ifade edilen bu değer, tüm şirket aktiflerinden bazı gayri maddi aktiflerin çıkarılması suretiyle elde edilir.

²¹⁶ Kar payının sermaye yerine, elde edilen kardan ödenmesi yönünde verilen emsal kararlar için bkz. *Sinclair oil cor v. Levien*, *Bryan v. Aiken*, 86A.674 (1913), MACEY, s. 12-124; BALOTTI/FINKELSTEIN, s. 169.

²¹⁷ Zira Amerikan mahkemeleri, pay sahipleri ile piyasa koşullarında yapılmayan işlemleri

caklıların, şirketler hukuku kurallarının yanı sıra ve hatta belki de daha etkin bir şekilde iflas hukuku hükümleri çerçevesinde korunduk.lan kabul edilmektedir". Ayrıca, dağıtım sisteminin tam anlamıyla değerlendirilebilmesi için şirketler hukukunun "perdenin kaldırılması" gibi mekanizmalarının da dikkate alınması gerekir.²¹⁹

b. İngiliz Hukuku

Sermayenin korunması (*capital maintenance*) prensibinin temel kuralları, İngiltere'de 19.yüzyılın ortalarından sonuna uzanan zaman dilimi içinde mevzuat ve mahkeme kararları ile oluşmuştur²²⁰. Bu ilke kısaca, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesinin engellenmesi şeklinde tanımlanmaktadır²²¹. Söz konusu yasak ile faaliyet halindeki bir şirketten pay sahibinin talep edeceği kar payı hakkı ile tasfiye neticesinde elde edeceği tasfiye bakiyesi dışında hissedarlara dağıtım yapılmaması²²² ve sınırlı sorumlu pay sahiplerinin riskli işlemlerine karşı alacaklıların korunması amaçlanmaktadır²²³.

Hukuka aykırı dağıtımlar hakkındaki yazılı kurallar, *Flitcroft* kararı²²⁴ ile benimsenen temel ilke üzerine inşa edilmiştir. Söz konusu karar, kar paylaşımının şirket sermayesinden ödenmesini yasaklamıştır²²⁵. Bu konudaki emsal kararlardan birini veren Yargıç Jessel M. R., *Flitcroft* davasında korumayı şu şekilde gerekçelendirmiştir: "Alacaklı, ... şirkete verdiği kredinin sadece şirke-

"dağıtım" olarak değerlendirmemekte ve konuyu yöneticilerin ve haklı pay sahiplerinin sadakat yükümü çerçevesinde çözmektedirler. Bkz. ENGERT, Legal Capital, s.661.

²¹⁸ ENGERT, Legal Capital, s. 648, 693. İflas hukuku kuralları çerçevesinde koruma esas itibarıyla Yeknesak Hileli Devir Kanunu (*Uniform Fraudulent Transfer Act 1984*) hükümleri ile gerçekleşmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. a.e., s. 669-680.

²¹⁹ VEIL, s. 86. Gerçekten de esas sermaye sistemi bulunmayan Amerika'da, şirketin borçlarını ödeyememesi durumunda perdenin kaldırılması davalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Araştırmalara göre, Amerika'da her yıl ortalama 4000 perdenin kaldırılması davası açılmaktadır. Bkz. LUTTER, Legal Capital, s. 12.

²²⁰ RICKFORD GRUBU, s.926.

²²¹ ARMOUR, Creditor Protection, s.365.

²²² ARMOUR, Creditor Protection, s.365, 366.

²²³ ARMOUR, Creditor Protection, s.367.

u. *Re Exchange Banking Co., Flitcroft's Davası* (1882) 21 CH.D. 533, 534.

us FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 101.

tin faaliyeti ile ilgili olarak kullanılacağını düşünerek kredi temin etmektedir. Bendenle, şirket bu sermayeyi korumalı ve pay sahiplerine iade etmemelidir. Söz konusu kararda, alacaklıların sadece sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi riskine karşı korunmaları gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık, sermayenin işletmenin faaliyetleri neticesinde kaybedilmesi riskini alacaklılar taşıyacaktır²²⁶.

İngiltere'de uzun yıllar dağıtımlar, sadece pay sahibine ivazsız yapılan ödemeler şeklinde algılanmıştır²²⁷. 1980'lerin başından itibaren ise mahkemeler, şirket ile yapılan asimetrik hukuki işlemleri de bu kapsamda değerlendirmeye başlamışlardır. Bu konudaki öncü nitelikteki *Re Halt Garrage* davasınaTM konu olan olayda, halka kapalı şirketin pay sahibi ve yöneticisi hasta olması nedeniyle şirkete karşı görevlerini yerine getirememekte; ancak şirketten ücret almaya devam etmektedir. Mahkeme, yapılan ödemeleri normal şartlarda ödenmesi gereken yönetici ücretlerine kıyasla orantısız bulmuş ve ödemelerin "yönetici ücreti" kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır⁹.

Aveling Barford Ltd. V. Perion Ltd. davasına²³⁰ konu olan olayda ise, davacı ve davalı şirketler aynı gerçek kişinin kontrolü altındaki kardeş şirketlerdir. Davacı şirket (*Aveling*), sahip olduğu gayrimenkulü, davalı şirkete (*Perion*) 350.000 İngiliz Sterlini karşılığında satmıştır. Satımın gerçekleştiği sırada *Aveling* henüz iflas etmemiş olmakla birlikte, pay sahiplerine dağıtım yapabilecek durumda da bulunmamaktadır. İktisaptan sadece dört ay sonra sanına konu olan gayrimenkul, *Perion* tarafından 1,52 milyon sterline satılmıştır. *Aveling'in* tasfiye sürecine girmesi üzerine açılan davada mahkeme bu satımı, gizlenmiş, örtülü dağıtım ("*dressed-up distribution*") olarak adlandırmış ve söz konusu işlemi, sermayeyi koruyan kuralların ihlali olarak kabul etmiştir²³¹.

²²⁶ ARMouR, Creditor Protection, s. 367. Aynı sonuç 1887 tarihli *Trevor vWhitworth* kararında da benimsenmiştir. Bkz. *Trevor vWhitworth* (1887) 12 App Cas 409.

²²⁷ ARMouR, Fraud on Creditors, s. 281; FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 101.

²²¹ *Re Halt Garage* (1964) Ltd. [1982] 3 All ERs. 1042.

²²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 101.

²³⁰ Cf *Aveling Barford Ltd. v. Perion Ltd.* (1989) 5 BCC, s. 683.

²³¹ FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 101, 102.

Amerikan hukukunun aksine İngiltere'de şirketler hukuku, içtihatların yanında Şirketler Kanunu (*Companies Act*) hükümleri ile düzenlenmektedir. Sermayenin korunması amacıyla İngiliz CA'da ihdas edilmiş en önemli hükümler, dağıtım rejimini belirleyen hükümlerdir. İngiltere'nin 2017/ 1132 sayılı Yönerge ile bağlı olduğu düşünüldüğünde, İngiliz hukukunda özellikle anonim şirketlerde pay sahiplerine yapılan dağıtımın sınırlandırılması hakkında öngörülen sistemin Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile paralellik göstermesi şaşırtıcı değildir²³². Gerçekten de İngiliz hukukunda anonim şirketlerde dağıtım yapılabilmesi için Yönerge ile öngörülen iki şartın birlikte gerçekleşmesi gereklidir²³³.

1985 tarihli CA'nın dağıtımlar hakkındaki 263. maddesinde, pay sahiplerine dağıtılabilir karı aşan tutarda dağıtım yapılması yasaklanmıştır. Dağıtılabilir kar, şirket net karından, ödenmiş kar payı avansları ile zararların çıkarılması suretiyle tespit edilir. Dağıtımın tanımı ise çok geniştir. Buna göre, şirketin kendi hisse senetlerini iktisabı ile piyasa değerine aykırı şekilde gerçekleşen şirketle pay sahibi arasındaki hukuki işlemler de dağıtım kapsamında kabul edilmektedir²³⁴.

1985 tarihli CA'da özellikle esas sermaye sistemi gereği ihdas edilmiş hükümlerin karmaşık hatta tutarsız olduğu yönünde yapılan eleştiriler, Şirketler Kanunu'nda reform²³⁵ yapılmasına sebep olmuştur²³⁶. Hazırlanan raporlarda yapılacak düzenlemelerle, rekabetin ve verimliliğin artırılması ile kaynakların ve refahın maksimize edileceği sözü verilmiştir²³⁷ ve özellikle esas sermaye sisteminin alacaklı koruması açısından işlevine odaklanılmıştır²³⁸.

²³¹ CAHN/DONALD, s. 220.

²³³ Bkz. Yönerge m. 56 hakkındaki açıklamalar.

²³⁴ Bkz. ARMOUR, Creditor Protection, s. 366.

²³⁵ Department of Trade and Industry, Modern Company Law For a Competitive Economy, (DTI 1998) Company Law Review Steering Group, The Strategic Framework, (DTI, Strategic Framework) DTI, Capital Maintenance.

²³⁶ ARMOUR, Creditor Protection, s. 355.

²³⁷ DTI, Strategic Framework, s. 8, 9. Raporda, maliyet-fayda analizi yapılarak kurallar öngörülmesi ve minimum karmaşıklık, maksimum ulaşılabilirlik sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. DTI, Strategic Framework, s. 16.

²³⁸ DTI, Strategic Framework, s. 81; DTI, Capital Maintenance, s. 22; ARMOUR, Creditor Protection, s. 356.

1999 yılında kamuya açıklanan Kanun Reformu Raporu'nda", sermayenin korunması hakkındaki hükümlere esneklik kazandırılması **gerektiği** ifade edilmiştir²⁴⁰. Raporda pay sahiplerine yapılacak dağıtımlar konusunun gelecekte kanunda emredici kurallarla düzenlenmesi yerine, konunun ortak hukuk kuralları ile çözülmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu nedenle şimdilik birkaç küçük düzeltme dışında bu konuda önemli değişiklik yapılması önerilmemiştir²⁴¹.

Dağıtım usulü, 2006 tarihli CA'nın 829 ila 831. maddelerinde²⁴² düzenlenmiştir. Buna göre dağıtım, hükümde belirtilen dört istisna dışında, şirket malvarlığından pay sahiplerine yapılan nakit ya da nakit dışı her türlü dağıtım olarak tanımlanmıştır (CA m. 829). Söz konusu istisnalar, pay sahibine hisse değeri tamamen ya da kısmen ödenmiş primli hisse verilmesi, sermaye azaltımı ile tasfiye neticesinde yapılan dağıtım ve şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halleridir. Buna göre, hükümde belirtilen bu dört hal dışında şirket malvarlığı değerlerinin pay sahiplerine dağıtılması, kanunda öngörülen usule tabi olacaktır.

Hem anonim hem de limited şirketler için uygulanan CA m. 830/l'de dağıtımın, ancak birikmiş karlardan zararların düşülmesi sonucu elde edilmiş şirket karından yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu kural Yönerge m. 56/3'ün bir yansıması niteliğindedir.

Sadece anonim şirketler için uygulama alanı bulan CA m. 831'de ise, şirket net aktifinin korunması kaydıyla dağıtım yapılmasına izin verilerek Yönerge'nin 56/1 hükmünde öngörülen bilanço testi iç hukuka aktarılmıştır. Yani, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedekleri aşan şirket net aktifinden pay sahiplerine dağıtım yapılması mümkündür. İngiliz hukukunda dağıtılmasına izin verilmeyen yedek kavramı, prim bedeli, şirketin kendi

²⁴⁰ DTI, Modern Company Law For a Competitive Economy, Company Formation and Capital Maintenance (Ekim 1999), Chapter 3; Capital Maintenance: Other Issues (Haziran 2000).

²⁴¹ DTI, Capital Maintenance, N. 24 vd, 44vd, 72 vd.

²⁴² DTI, Capital Maintenance, Executive Summary N. 25.

m Yatırım ve sigorta şirketlerinin tabi olduğu dağıtım kuralları ise 832-835. maddelerde düzenlenmiştir.

hisselerini iktisabında ayırması gerekli yedek, kar yedekleri ile kanun veya esas sözleşme gereği ayrılan yedekleri ifade etmektedir.

Dağıtımın hukuka aykırı yapılması halinde sorumluluğu söz konusu olabilecek iki grup kişi vardır: pay sahipleri ve yöneticiler²⁴³. CA m. 847/2 hükümü ile yapıldığı sırada dağıtımın ilgili hükümleri ihlal ettiğini bilen ya da bilmesi gereken pay sahiplerinin şirkete iade yükümlülüğü öngörülmüştür. Paysahibinin, dağıtım kuralları uyarınca yapılması gereken dağıtım ile hukuka aykırı olarak yapılan dağıtım arasındaki farkı iade etmesi gerekir-H. İngiliz hukuku düzenlemeleri de pay sahibinin iyi niyetini korumuş ve ancak kötü niyetin varlığı halinde hukuka aykırı dağıtımın iade edilmesini öngörmüştür. Hukuka aykırı dağıtım konusunda yöneticilerin özel olarak sorumlulukları düzenlenmemiş olduğundan, sorumlulukları genel prensipler çerçevesinde belirlenecektir (CA m. 174). Ancak öğretide, kusurun dikkate alınması gerektiği savunularak, dağıtımın hukuka aykırı olduğunu bilen yöneticiler ile finansal tabloların gerçeği yansıtmadığının sonradan anlaşılması halinde, çalışanlar tarafından hazırlanmış finansal tablolara dayanarak dağıtımın hukuka uygun olduğunu düşünen yöneticilerin sorumlulukları arasında ayırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir²⁴⁵.

Sermayeyi koruyucu nitelikteki bir diğer kural da *ultra vires* öğretisi kapsamında benimsenmiştir. İngiliz hukukunda, pay sahipleri tarafından onaylanması halinde şirketin esas sözleşmesinde yazılı faaliyet konusu dışında yapılan işlemler *ultra vires* sayılmamaktadır. Ancak, bu kural sermayenin hissedarlara geri ödenmesi halinde uygulanmaz. Bir diğer ifadeyle, sermayenin iadesi anlamına gelen bir işlemin, hissedarlar tarafından onaylanarak geçerli kılınma imkanı bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere dağıtımın tespiti, uygulanan muhasebe standartları ile yakından ilgilidir. CA'da alacaklı koruması saikiyle dağıtım yapılabilecek miktarın düşük belirlenmesi yerine, "*true and fair view*" ilkesi²⁴⁶

²⁴³ Kershaw, s. 846.

²⁴⁴ Kershaw, s. 846.

²⁴⁵ Kershaw, s. 848.

²⁴⁶ Bu ilkenin, "gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmaya, dürüst gösterim" şeklinde tanımlanması mümkündür. İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, IFRS/TMS-TFRS, s.65.

iledağıtımların tespit edilmesi tercih edilmektedir²⁴⁷. Buna karşılık, halka açık şirketlerde Alınan hukukuna paralel şekilde IFRS uygulanmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, örtülü dağıtımlar hakkındaki düzenlemeler CA hükümleri ile sınırlı değildir. İngiliz İflas Kanunu da iflas prosedürünün başladığı ya da başlamak üzere olduğu bir şirkette yapılan örtülü dağıtımlar hakkında kurallar öngörmektedir (İngiliz İflas Kanunu m. 212 IA, 213,214 IA, 238 IA, 239,245 IA, 423 IA).

3. Ara Değerlendirme

Çalışmanın giriş bölümünde açıklandığı üzere, anonim ortaklıkta şirkete borçlanma yasağının öngörüldüğü TTK m. 358 ve TTK m. 395 Türk hukukuna özgü hükümlerdir. Ancak, mukayeseli hukukta da şirket sermayesi ile malvarlığının pay sahiplerine iade edilmesinin engellenmesi amacıyla çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler arasında özellikle, sermayenin iadesi yasağı.us ile pay sahiplerine dağıtım yapılabilme şartlarının belirlendiği hükümler, borçlanma yasağı ile amaçlanan koruma ile paralellik arz etmeleri nedeniyle incelenmiştir.

Kıta Avrupası hukuklarında 2017/ 1132 sayılı Yönerge sebebiyle benimsenen esas sermaye sistemi, anonim şirketlerin sermayelerinin korunması amacıyla bir dizi kural öngörmektedir. Ancak bu kurallar içinde özellikle, pay sahiplerine dağıtım yapılabilme şartlarının düzenlendiği 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 56. maddesi, borçlanma yasağı ile ilişkisi sebebiyle incelenmiştir. Dağıtım koşullarının belirlendiği söz konusu hüküm uyarınca hesaplama, yıllık bilançoya göre yapıldığından bu sistem "bilanço

²⁴⁷ CAHN/DONALD, s. 226, 227.

²⁴⁸ Bilindiği üzere, Türk hukukunda da sermayenin iadesi yasağına rastlanmaktadır (TTK m. 480/3, eTK m. 405). Ancak, iadesi yasaklanan değer kapsamında ilişkin mukayeseli hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da tartışma bulunmaktadır. Söz konusu tartışmaların açıklanması ve sermayenin iadesi yasağı uyarınca koruma altına alınan değer ile sermayenin iade edilme yollarının belirlenmesi, anılan yasak ile borçlanma yasağının uygulama alanlarının belirlenmesi açısından zaruridir. Zira ancak bu tespitin yapılması ile borçlanma yasağı ile amaçlanan korumanın sağlanma ihtimali ya da yasağın Türk öğreti ve uygulamasına katkısı sağlayıp sağlamayacağı hususlarında birsonuca varılması mümkün olacaktır. Bu nedenle Türk hukukunda geçerli olan sermayenin iadesi yasağının borçlanma yasağı ile ilişkisi ileride ayrıntı olarak incelenmiştir. Bkz. İkinci Bölüm, IV,C.

testi" olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, son yıllık bilançoda yer alan şirket net aktiflerinin, şirket bağlı malvarlığını aşması halinde pay sahiplerine dağıtım yapılması mümkündür. Korunan bağlı malvarlığı ise, esas sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedeklerin toplamından oluşmaktadır.

İlgili hükümde dağıtımın tanımı, özellikle kar payı ve faiz olarak yapıldığından, kapsamının yalnızca anılan hallerle sınırlı olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu çalışmada ise dağıtım kavramı geniş yorumlanmaktadır. Savunulan görüşe göre, pay sahibi ile şirket arasında gerçekleşen işlemde edimlerin orantısız olması nedeniyle pay sahibinin yapılan işlemden menfaat elde etmesi, tahsil kabiliyeti bulunmadığı bilinerek pay sahibine borç verilmesi halleri de Yönerge m. 56 hükmü kapsamında bir dağıtımdır ve bu nedenle bilanço testine tabidir.

Yukarıda açıklandığı üzere bilançosal yaklaşım uyarınca, şirketin pay sahibine ödünç vermesi halinde ödünç karşılığında bir alacak hakkı elde etmesi nedeniyle, verilen ödünç bilanço açısından nötr bir işlem olarak nitelendirilmektedir. Ancak kanaatimizce, Alınan Federal Mahkemesi tarafından 2003 yılında *November* kararında savunulduğu üzere, şirket malvarlığının tahsil kabiliyeti belirsiz bir alacak hakkı ile eş değer olduğu kabul edilmemelidir. Bu nedenle, Yönerge'de benimsenen m. 56 hükmü uyarınca, şirketin pay sahibine borç verebilmesi için verilen ödünçün tamamının şirket serbest malvarlığından (net aktiflerin, bağlı malvarlığını aşan tutan) karşılanması gereklidir.

Alman limited şirketler hukukunda kural olarak, "esas sermayenin korunması için gerekli malvarlığının ödenmesi" yasaklanmıştır. Bu nedenle, serbest malvarlığından yapılan ödemeler hükmün koruma kapsamı dışındadır. Buna karşılık, Alman anonim ortaklıklar hukukunda pay sahiplerine dağıtımın ancak kar payı şeklinde yapılması mümkün olduğundan (AktG § 57/3), kar payı dışında şirketin pay sahibine malvarlığı aktarımında bulunması sermayenin iadesi yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Bu açıdan, limited şirketlerde korumanın sermaye ile sınırlı olmasına karşın anonim şirketlerde, hukuka uygun dağıtımlar saklı olmak kaydıyla, serbest malvarlığının da iadesi yasaklanmaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Bkz. CAHN/VON SPANNENBERG § 57 N.9; FLEISCHER AktG Schmidt/Lutter, § 57 N.9.

Ne var ki, MoMiG ile kabul edilen yeni düzen ile AktG § 57 hükmünün malvarlığını koruyucu etkisi büyük ölçüde azalmıştır. Çünkü, MoMiG ile kabul edilen istisnalar nedeniyle sermayenin iadesi hakkındaki yasak, sözleşmese! şirketler topluluklarına ve pay sahibi tarafından verilen ödünçlerin geri ödenmesinde uygulanmayacaktır. Ayrıca, şirketin yaptığı ödeme karşılığında tam değerli karşı talep ya da edim hakkı kazanması halinde de yasağın ihlal edilmeyeceği belirtilerek "bilançosal yaklaşım" yeniden benimsenmiştir. Kanaatimizce, şirketin hangi koşullarda "tam değerli karşı talep ya da edim hakkı" kazandığını tespit etmek kolay değildir. Zira, hükümde tam değerli talep ya da edim hakkı kavramlarının belirlenebilmesi için net bir formül öngörülmemiştir. Kaldı ki, şirket tarafından verilen ödünçün geri ödenmemesi durumunda, bu ödünçün "tam değerli" olup olmadığı, borcun verildiği andaki şartlara göre belirleneceğinden, yapılan değerlendirme varsayımsal ve geçmişe dönük bir değerlendirmeden ibaret olacaktır. Bu açıdan MoMiG ile yapılan ekleme neticesinde esas sermaye sistemi uyarınca öngörülen kuralların merkezi niteliğinde kabul edilen "sermayenin iadesi yasağı" hakkındaki kuralın büyük ölçüde yumuşatılmış olduğunu söylemek mümkündür. Benzer şekilde öğretide, karşı talep hakkı kazanılması halinde şirket malvarlığının pay sahiplerine devri mümkün olduğundan, sermayenin artırılması ve korunması hakkındaki kuralların gereksiz formalite olarak kabul edileceği eleştirisi yapılmıştır¹⁵⁰.

Bununla birlikte çalışmada, esas sermaye sisteminin başta alacaklılar olmak üzere tüm ilgililerinin korunması için yegane sistem olduğu görüşü savunulmamaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda esas sermaye sisteminin benimsenmemesi nedeniyle bu ülkede alacaklılar başta olmak üzere diğer menfaat sahiplerinin haklarının etkili bir şekilde korunmadığı ileri sürülemez. Zira bu hukuk sisteminde kamunun aydınlatılması, iflas hukuku, tüzel kişilik perdesinin aralanması gibi alternatif mekanizmalar ile benzer koruma sağlanmaktadır¹⁵¹. Ancak esas sermaye sisteminin benimsendiği bir ülke hukukunda bu sistemin en önemli kuralının zafiyete uğratılmaması gereklidir.

Öte yandan, hakimiyet ve karın devri sözleşmeleri nedeniyle grup içi yapılan işlemlere sermayenin iadesi yasağının uygulanmayacağına açıkça

1.50 BEURSKENS/NOACK, The Reform, s.1087.

151 BAUMAN, s. 231, 232.

öngörölmüş olması yerinde bir tercihtir. Zira Alınan hukukunda şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler tüm ilgililerin menfaatlerinin temini konusunda ayrıntılı ve yeterli koruma sağlamaktadır.

İsviçre hukukunda ise sermayenin iadesi yasağı OR m. 680, örtölü kar dağıtımını ise OR m. 678/2 hükümlerinde düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda da Alman hukukuna paralel şekilde sermayenin iadesi yasaklanmıştır. Ancak iade edilmesi yasaklanan tutarın kapsamına, bir diğere ifadeyle, bağı malvarlığına ilişkin İsviçre öğretisinde görüş birliği yoktur. Bu konuda ileri sürölen bir görüş bağı malvarlığını sermaye ile sınırlı olarak yorumlarken, diğere görüş koruma altındaki değere dağıtılmasına izinverilmeyen yedekleri de eklemektedir. Ancak ileri sürölen her iki görüş de OR m. 680 hükmünü bağı malvarlığıyla sınırlı olarak yorumlamaktadır. Tartışma sadece bağı malvarlığının kapsamına ilişkindir.

Bununla birlikte şirket, serbest malvarlığından yapılan aktarımlara karşı OR m. 678/2 hükmü ile korunmaktadır. Bu açıdan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, İsviçre hukukunda belirli koşullarda tüm şirket malvarlığının peçelenmiş işlemlerle pay sahiplerine iade edilmesinin engellen-diğı söylenebilir. Ancak serbest malvarlığından yapılan aktarımın örtölü kar dağıtımını olarak nitelendirilmesi için edimler arasında bariz orantısızlık bulunmalıdır.

Konunun daha iyi anlaşılması amacıyla, AB Yönergesi, Alınan ve İsviçre hukukunda sermayenin iadesi ve örtölü kar dağıtımını hakkında benimsenen sistemlerin bir örnekle açıklanmasına gayret edilecektir. Bir anonim şirketin sermayesi 100.000, kanuni yedek akçeleri 60.000, esas sözleşme ya da genel kurul karan uyarınca belirli bir amaca tahsis edilmiş yedek akçeleri 25.000, belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeleri 20.000 ve net dönem karı 50.000 Avro olsun. Şirket sermayesi olan 100.000 Avro'nun pay sahiplerine iade edilmesi, dağıtılması, incelenen tüm düzenlemeler uyarınca yasaktır. Diğere bir söyleyişle, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilen tüm düzenlemelerin ortak koruma kümesi "şirket sermayesi" dir. Alman limited şirketler hukukunda kural olarak koruma bu tutarla sınırlı iken, Yönerge m. 56/1 ve İsviçre hukukunda OR m. 680 hükümleri uyarınca koruma altındaki değere kanunen dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler de ilave

edilmektedir²⁵². Böylece, anılan düzenlemeler ile korunan tutar, (100.000 + 50.000 (kanuni yedek akçenin sarfına izin verilmeyen tutar) + 25.000 (belirli amaca özgülenmiş yedekler)] olmak üzere 175.000 Avro'dur. Alman anonim şirketler hukukunda ise dağıtımın ancak kar payı şeklinde yapılabilceği kabul edildiğinden, kar dağıtımını dışında pay sahibine menfaat tanınması kural olarak AktG § 57 hükmüne aykırı olacaktır. Ancak Alman limited şirketler ile anonim şirketler hukukunda benimsenen istisnalar sebebiyle, sözleşmese! şirketler topluluğunda gerçekleşen işlemler ile şirketin tam değerli talep hakkı kazanması halleri saklı tutulmuş ve bu hallerde şirket esas sermayesinden dahi ödeme yapılmasına izin verilmiştir.

Kanaatimizce şirket sermayesi ile serbest malvarlığının özellikle ilişkili kişi işlemleri ile azalması en verimli şekilde engelleyen düzenlemelere İsviçre hukukunda rastlanmaktadır. Zira, İsviçre hukukunda serbest malvarlığından[10.000 Avro (kanuni yedek akçenin sarfına izin verilen tutar) + 20.000 Avro (belirli amaca özgülenmemiş yedekler)+ 50.000 Avro (dağıtılabilir kar)], bariz orantısız şekilde paysahibinin menfaat elde etmesi, tahsil edilme amacı olmaksızın borç verilmesi, piyasa koşullarına aykırı işlem yapılması örtülü kar dağıtım hakkındaki OR m. 678/2 hükmü uyarınca yasaklanmıştır. Hükmün pay sahipleri yanında yönetim kurulu üyeleri ile üyelerin ilişkili olduğu kişileri de kapsamı, kanunun dolanılması güçleştirmektedir. Hükmün konu ve kişi açısından kapsamını genişleten, iadenin sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde talep edileceğini öngören ve zamanaşımı hakkında açık düzenlemeler yapan Tasarı OR düzenlemelerinin kabul edilmesi halinde ise mevcut koruma daha da artırılmış olacaktır.

Esas sermaye sistemi ve bu sistem uyarınca benimsenen asgari sermaye, itibari değersiz pay çıkarılmaması gibi düzenlemeleri reddeden Amerikan hukukunda ise, özellikle MBICA uyarınca benimsenen dağıtımların tabi olduğu kurallar ilgi çekicidir. Söz konusu düzenlemede dağıtım yapılması, ancak Amerikan bilanço testi ile ödeme yeterliliği beyanının kümülatif uygulanması ile mümkündür. Aynı terminolojinin benimsenmesine rağmen, Amerikan hukukundaki bilanço testi ile Kıta Avrupası hukuklarında uygulanan bilanço testi farklıdır. Zira Amerikan hukukunda muayyen bir sermaye belirlenmediğinden, bu sermayenin korunması da söz konusu değildir. Bu

²⁵² İsviçre öğretisinde kabul edilen diğer bir görüşe göre, OR m. 680 hükmü uyarınca korunan değer sermaye ile sınırlıdır. Bk.z. Birinci Bölüm, I, B, 1, c.

sistem uyarınca kabul edilen bilanço testinde, dağıtımın şirket net aktiflerinden yapılması mümkündür. Yukarıdaki örnekte, şirket kural olarak, serbest malvarlığından dağıtım yapabilirken bu sistemde, bilançodan borçların ödenebilir olduğunun anlaşılması yeterlidir. Diğer bir söyleyişle bu sistemi kabul eden bir şirket, borçlarının muaccel olduğu tarihte borçlarını ifa edebildiği sürece özkaynağırun tamamını dağıtabilecektir. Böylece Amerikan hukukunda, Kıta Avrupası hukuksistemlerinin aksine bir bağlı malvarlığının şirket bünyesinde muhafaza edilmesi tercih edilmemiştir. Dağıtımın tanımı ise çok geniş olduğundan [MBCA m. 1.40 (6)], şirketin net aktifini aşan oranda ve piyasa koşullarına aykırı şekilde şirket malvarlığının aktarımı MBCA hükmüne aykırılık teşkil edecektir.

İngiliz hukukunda ise dağıtım, CA m. 829 hükmünde sayılan istisnalar dışında, şirket malvarlığından pay sahiplerine nakdi veya gayrinakdi herhangi bir malvarlığı unsuru verilmesi şeklinde geniş tanımlanmıştır. Limited şirketlerde de uygulanan CA m. 830 hükmü uyarınca dağıtımın sadece birikmiş kardan yapılmasına izin verilmiştir. İngiltere'nin Yönerge ile bağlı olmasının sonucu olarak, anonim şirketler için bilanço testi uygulanmaktadır. Söz konusu test CA m. 831 hükmü ile iç hukuka aktarılmıştır. Böylece, limited şirketlerde dağıtımın birikmiş şirket karından yapılması gerekli ve yeterli iken, anonim şirketlerde dağıtılmasına izin verilmeyen yedekler de koruma altına alınmıştır.

Ayrıca İngiliz hukukunda örtülü dağıtımları yasaklayan birçok mahkeme kararına rastlanmaktadır. Bu nedenle, asgari ya da muayyen sermaye sistemlerinin uygulanmadığı İngiliz limited şirketlerde de, şirketin faaliyetleri sonucunda elde edilen malvarlığırun alacaklılar aleyhine pay sahiplerine iade edilmesine izin verilmemektedir.

C. Sermayenin Korunması İlkesi Aleyhine ve Lehine Öne Sürülen Görüşler

Sermayenin korunması ilkesi uyarınca benimsenen kurallar özellikle Anglo-Sakson hukuku yazarları tarafından yoğun olarak eleştirilmektedir. Sistemin eleştirilmesinin temel sebebi, bu sistemin özellikle alacaklı menfaati açısından ele alınması ve bu kapsamda verimliliğinin sorgulanmasıdır. Diğer bir deyişle, temelde iki soruya farklı yanıt verilmesi bu konuda görüş

ayrılığı yaratmaktadır: (i) Bu sistem ile öngörülen koruma hangi menfaat sahibini korumaya yöneliktir ve daha da önemlisi bu grubun menfaatlerinin diğer gruba üstün tutulması gerekli midir? (ii) Sistem, iddia edildiği gibi menfaati üstün tutulan grubun çıkarlarına etkin bir şekilde hizmet etmekte midir?

Şirket finansmanı (*corporate finance*) doktrinine göre, özellikle sermayenin kullanılması (harcanması) hakkında farklı menfaat gruplarının bulunması sebebiyle, bu gruplar arasında çatışma yaşanması kaçınılmazdır. Gerçekten de, şirketin yatırım veya dağıtım kararları söz konusu olduğunda, alacaklılar ile pay sahiplerinin menfaatleri çatışmaktadır²⁵³. Örneğin, pay sahiplerine hukuka aykırı kar payı ödenmesi veya örtülü dağıtım yapılması ya da aynı zamanda yönetici olan pay sahiplerine fahiş ücret verilmesi yoluyla şirket malvarlığının azaltılması alacaklıların menfaatlerine zarar vermektedir²⁵⁴. Zira söz konusu işlemler neticesinde, alacaklıların alacaklarının teminatını oluşturan malvarlığı değerleri, hissedarlara ya da yöneticilere aktarılmaktadır. Elbette bu durumun sadece alacaklıların zararına olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, pay sahiplerinin de şirket malvarlığının doğru ve verimli kullanılmasında menfaatleri bulunmaktadır. Örneğin, pay sahiplerine yapılan dağıtım miktarının özellikle kurumsal pay sahiplerinin bulunduğu şirketlerdeki hisse değerini etkilediği de kabul edilmektedir²⁵⁵.

Ayrıca, pay sahiplerinin kar maksimizasyonunu sağlamak amacıyla şirket için daha riskli yatırımları tercih etmeleri de alacaklıların aleyhinedir. Öte yandan alacağı karşılığında şirkette sahip olduğu oy hakları ve veto yetkileri nedeniyle yönetime müdahale hakkı olan alacaklıların da şirket için güvenli ve fakat daha az karlı yatırımlar için paysahiplerini zorlamaları ya da paysahiplerine dağıtım yapılmasını engellemeleri mümkündür²⁵⁶.

²⁵³ MACEY/ENRIQUES, s. 1166; BAUMAN, s. 226,227.

²⁵⁴ CAHN/DoNALD, s.219. Armour alacaklıların menfaatlerinin sadece şirketin iflas etmesi halinde etkilenmeyeceğini belirtir. Yazara göre, örneğin verilen ödünün şartlarının şirketin mevcut net aktifine göre belirlendiği hallerde, pay sahiplerinin faydacı eylemleri neticesinde alacaklı beklediği karı elde edemeyecektir. Bkz. ARMOUR, Creditor Protection, s. 367.

²⁵⁵ CAHN/DONALD, s. 219.

²⁵⁶ Pay sahipleri ile alacaklıların farklı yatırım tercihlerinin ekonomik analizi konusunda bkz. MACEY/ENRIQUES, s. 1169, 1170, ayrıca bkz. BEZZENBRGER, Kapital, s. 1.

Çatışan menfaatler arasında denge kurulması meselesinde, Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde tamamen farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, öncelik alacaklı korumasına verilerek²⁵⁷, sermayeyi koruyan hükümlerle alacaklıların pay sahiplerinin faydacı eylemlerine karşı korunması amaçlanırken, Anglo-Sakson hukukunda ticari faaliyetlerin muhtemel riskini alacaklıların taşıması gerektiği kabul edilmekte ve pay sahiplerine tanınan azami esneklik ile onların yatırımlarını maksimize etmeleri sağlanmaktadır²⁵⁸.

Menfaat sahiplerinden hangisinin öncelikli olarak korunması gerektiği yönündeki farklı yaklaşım, sermayenin korunması hakkında ihdas edilen hükümlerin farklı bir bakış açısıyla değerlendirilmesine sebep olmaktadır. Zira, genel olarak alacaklı koruması için önemi haiz bulunduğu kabul edilen sermayeyi koruyan hükümler, şirket malvarlığının alacaklılar yararına korunması gerektiğinin kabul edildiği Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenmektedir. Buna karşın, pay sahiplerinin yatırımlarının maksimize edilmesi düşüncesinin hakim olduğu Anglo-Sakson hukuku geleneğinde esas sermaye sistemi, pay sahiplerinin sahip olması gereken serbest hareket alanını daraltması nedeniyle eleştirilmektedir.

Son yıllarda, Kıta Avrupası hukuk geleneğine mensup ülke öğretilerinde de esas sermaye sisteminin özellikle asgari sermaye, aynı sermaye taahhüdü, pay sahiplerine yapılacak dağıtımın tabi olduğu sınırlar ve sermayenin artırılması ile azaltılması konularında benimsenen kuralların "katı ve emredici" olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır²⁵⁹. Bu eleştiriler neticesinde, İkinci Yönerge ile benimsenen esas sermaye sistemi, özellikle, Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan iki rapor ile sorgulanmıştır²⁶⁰. Bunlardan ilki, 1999 yılında hazırlanan ve 2000 yılında Avrupa Parlamentosu ile Konseyi'ne .. sunulan "iç Pazar İçin Sadeleştirilmiş Mevzuat"²⁶¹ adlı rapor, ikincisi ise

²⁵⁷ Özellikle alacaklılar ile pay sahiplerinin şirketten beklentilerine vurgu yapan ve bu nedenle alacaklıların menfaatini üstün tutan görüş için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 127, 128.

²⁵⁸ MACEY/ENRIQUES, s. 1173.

²⁵⁹ CAHN/DONALD, s. 221.

²⁶⁰ Bkz. VEIL, s. 76; LUTTER, Legal Capital, s. 1.

²⁶¹ Report from the Commission to the European Parliament and the Council Results of the Fourth Phase of Simpler Legislation for the Internal Market (SLIM), 04.02.2000,

Jaap Winter başkanlığında Avrupa şirketler hukukunda reform yapılması için uzmanlardan oluşan grup tarafından hazırlanan rapordur¹. Her iki çalışmada da alternatif sistemler ve bunların etkinliği tartışılmıştır. Söz konusu raporlarda savunulan görüşlerin bir bölümü 2006 yılında Yönerge'de yapılan değişikliklerle benimsenmiştir. Değişikliğin hemen ardından, 2007 yılında, Avrupa Komisyonu, yeni bir reform çalışması başlatmıştır. Özellikle kuruluş işlemlerinin basitleştirilmesi yönünde sorular yöneltmiştir. Hatta Komisyon, İkinci Yönerge'nin tamamıyla kaldırılmasının gerekli olup olmadığının tartışılmasını dahi istemiştir. Danışma kurulunun büyük bir bölümü Yönerge'nin kaldırılmasını reddederek, aynı sermaye değerlemesi hakkındaki usulde değişiklik yapılmasını yeterli görmüştür²⁶⁵.

Buna karşılık, İngiliz Muhasebe Standartları Kurulu ve İngiliz Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü bünyesinde bulunan Şirketler Hukuku Merkezi'nin ortak katkılarıyla²⁶⁶ ve Jonathan Rickford başkanlığında hazırlanan raporda, anonim şirketlerde esas sermaye sisteminin benimsenmesi eleştirilmiş²⁶⁷ ve özellikle dağıtım rejimi hakkında önerilerde bulunulmuştur.

Öğreti ve çalışma gruplarının dışında, esas sermaye sisteminin verimliliği yargı kararlarında da tartışılmıştır. Örneğin, ABAD, *Überseering* ve *Inspire Art* kararlarında da atıfta bulunulan *Centros* kararında¹⁶¹, dolaylı

Com (2000) 56 Final, Brüksel.

u A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts, 4/11/2002, http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/index.htm.

u³ HABERSACK/VERSE, s. 140. Bk.z. 2006/68/EC sayılı Yönerge.

u. COM (2007) 394 final, 12 Temmuz 2007 tarihli. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/simplification/com2007_394_en.pdf

u⁵ Reform çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 213, 214.

¹⁶⁶ RICKFORD GRUBU, s. 922.

²⁶⁷ RICKFORD GRUBU, s. 923 vd.

¹⁶¹ C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/InspireArt*, 2003 E.C.R. I-10155; C-208/00 *überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement*, 2002 E.C.R. I-9919; C-212/97 *Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, 1999 E.C.R. I-1459.

olarak da olsa, asgari sermaye sisteminin alacaklı koruması için mutlak gerekli olmadığına hükmetmiştir. Anılan karara konu olan şirket, İngiltere kanunlarına uygun olarak kurulduğundan, Danimarka hukukunda geçerli olan esas sermaye sistemi gereği öngörülen yükümlülüklerle uyminıştır. ABAD, 4 ve 11 sayılı Yönergelerin alacaklılar için yeterli koruma sağladığını belirttikçe, esas sermaye sisteminden kaynaklanan yükümlülüklerin öngörülme sebeplerinin alacaklı ve pay sahiplerinin menfaatini tesis etmek olsa dahi, yerleşme özgürlüğünü sınırlandıracak şekilde uygulanmasının aranmayacağına hükmetmiştir²⁶⁹.

Aşağıda, genel olarak esas sermaye sistemi gereği öngörülmüş kuralların etkinliği hakkında ileri sürülen görüşlere değinildikten sonra, özellikle dağıtımlar hakkında benimsenen temel iki sistemin karşılaştırması yapılarak bir değerlendirmede bulunulmuştur.

1. Sermayenin Korunması İlkesi Aleyhine Öne Sürülen Görüşler

Sermayenin korunması ilkesi kapsamında benimsenen kurallar, esas sermaye sisteminin varlığına dayanmaktadır. Bu nedenle eleştiriler, mülga İkinci Yönerge ile benimsenen ve 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de aynen korunan esas sermaye sisteminin verimliliği hakkında yoğunlaşmaktadır. Hatta, bu Yönerge'nin tilin AB yönergeleri içinde en çok tartışılan yönerge olduğu kabul edilmektedir²¹⁰.

Eleştirilerin önemli bir bölümü, Anglo-Sakson öğretisi tarafından yapılmaktadır. Muhalif yazarlara göre, sermayeyi koruyan hükümlerin şirketler için yarattığı maliyet, onlardan beklenen faydadan fazladır. Bu görüşteki yazarlar esas sermaye sistemi uyarınca benimsenen hükümlerin verimliliklerini, piyasa kuralları açısından değerlendirmektedir. Buna göre, zorunlu kurallar öngörülmesine gerek yoktur. Zira, bu kuralların şirket için bir değer yaratması ve tüm menfaat sahipleri ile piyasanın lehine olması ihtimalinde zaten bu kurallar piyasa aktörleri tarafından herhangi bir yasal zorlama olmadan kendiliğinden benimsenecektir²¹¹. Bu sebeple, alacaklı-

²⁶⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEVİ, s. 64, 65.

²¹⁰ GRUNDMANN/GLASOW, s. 210; SEVİ, s. 82.

²⁷¹ MACÉY/ENRJQUES, s. 1167, 1168, 1191, 1192; ARMOUR, Creditor Protection, S. 377.

lann korunması amacıyla 19. yüzyıldan kalmam eski ve katı kurallar ihdas edilmesine gerek yoktur.

Amerikan hukukunda esas sermaye sisteminin kaldırılmasında önemli etkisi olduğu kabul edilen¹⁷³ "Esas Sermaye" isimli çalışmada ileri sürülen görüşlerin şu şekilde özetlenmesi mümkündür: Esas sermaye sadece, hisse senetleri üzerinde basılı itibari değer ile hisse adedinin çarpılması suretiyle elde edilen ve dolarla ifade edilen sayılardan oluşmaktadır. Dolayısıyla bu rakam, bir "malvarlığı parçasını, fonu ya da malvarlığının bütünü" ifade etmemektedir. Ayrıca esas sermaye, bilançonun sağ tarafında yer alan ve şirkete sermaye karşılığı getirilen değerlerin o günkü değerlerini dikkate aldığından sadece geçmişe dönük bilgi vermektedir¹⁷⁴. Buna rağmen kanun koyucunun bu sistemi benimsemesinin iki temel sebebi vardır. Bu rakam, (i) bazı şartlar altında pay sahiplerinin sorumlu kılınabilecekleri azami tutan ifade eder, (ii) pay sahiplerine yapılan dağıtımın hukuka uygunluğunun kabul edilebilmesi için kontrol edilen bir eşiği/karşılaştırma değerini oluşturur. Böylece, bu eşiğe uygun olarak yapılan dağıtım nedeniyle dağıtımdan pay alan pay sahipleri ve dağıtım karan alan yöneticilerin sorumlulukları söz konusu olmayacaktır¹⁷⁵.

Bu görüşe göre katı, maliyetli ve usuli kurallar öngörmek, şirketlerin ihtiyacı olan esnekliği ortadan kaldırır ki, bu durum şirketin ve dolayısıyla genel olarak piyasanın aleyhinedir¹⁷⁶. Ayrıca, bu sistemin alacaklı koruması için bir fonksiyonu bulunmadığı ileri sürülmektedir²⁷⁷. Eleştiriler, özellikle esas sermaye sistemi çerçevesinde benimsenen asgari sermaye, belirli sermaye, aynı sermaye ve kar dağıtımına ilişkin kurallar hakkında yoğunlaşmaktadır.

Muhalif yazarlar özellikle asgari sermayenin alacaklılar için yeterli koruma sağlamadığını savunmaktadır¹⁷⁸. Bu görüşe göre örneğin, Yönerge

²⁷² ENGERT, Legal Capital, s. 656.

¹⁷³ BAUMAN, s.218.

²⁷⁴ MANNING/HANKS, s. 39.

²⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. MANNING/HANKS, s.39, 40; BAUMAN₁ 223, 224.

¹⁷⁶ MACEY/ENRIQUES₁ s. 1184, 1185, 1195.

²⁷⁷ BAUMAN₁ s. 231; MANNING/HANKS, s. 92.

²⁷¹ ARMOUR, Creditor Protection, s.373, dn. 127'de anılan yazarlar; MACEY/ENRIQUES, s.

ile zorunlu kılınan 25.000 Avroluk asgari sermaye²⁷⁹, genel ticari faaliyetleri düşünüldüğünde birçok şirketin muhtemel risklerini karşılamaktan çok uzaktır. Belirlenen asgari tutardan bağımsız olarak, ticari faaliyetinin çapı ve riskleri farklı olan tüm şirket türleri için yeknesak bir rakamın belirlenmesi de etkin bir çözüm değildir²⁸⁰. Benzer eleştiri Rickford Grubu tarafından da yapılmıştır. Gruba göre, anonim şirketlerdeki alacaklılar çok daha karmaşık ve etkin mekanizmalarla korunduğu için bu şirketlerde esas sermaye sistemi ek bir koruma sağlamamaktadır. Limited şirketler için öngörülen asgari sermayeninse yeterli koruma sağlaması mümkün değildir²⁸¹. Ayrıca, asgari sermayenin temin edilmesini arayan esas sermaye sistemi, bu sermaye şirkete getirildikten sonra şirketin ne kadar borçlanabileceği hakkında kural koymamaktadır. Söz konusu boşluk, alacaklıların şirketin ne kadar malvarlığı bulunduğu yönündeki öngörülerini ve sözleşme! teminatlar ile doldurulmaktadır²⁸².

Esas sermaye sistemini savunan yazarlar tarafından ileri sürülen, tescil edilen belirli esas sermaye rakamının alacaklıları uyardığı görüşü de eleştirilmektedir²⁸³. Bu görüşe göre, alacaklılar için önemli olan şirketin bilançosunda ne kadar özkaynağı olduğudur. Hatta, alacaklılar için asıl önem taşıyan şirketin sahip olduğu malvarlığı unsurlarının iktisap tarihindeki değeri değil, güncel değeridir. Dağıtım usulü hakkında önerilen katı kurallar nedeniyle

1175-1182; MIOLA₁ s. 429.

²⁷⁹ Bazı üye ülkelerde asgari sermaye miktarı daha yüksektir. Örneğin Alman anonim ortaklıklarda bu miktar 50.000 Avro'dur (Bkz. AktG § 7). GmbH'lar içinse 25.000 Avro'dur. Kabul edilmeyen Hükümet Tasarısı'nda limited şirket asgari sermayesinin 10.000 Avro'ya düşürülmesi önerilmiştir (Hükümet Tasarısı § 5/1). Bununla birlikte, özellikle Alman limited şirketlerinin İngiliz limited şirketleriyle rekabet edebilmesi amacıyla, 1 Avro ile müteşebbis ortaklığın kurulmasına izin verilmiştir (GmbHG § Sa). Müteşebbis ortaklık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞAN, MoMiG, s. 402-405.

²⁸⁰ ARMouR, Creditor Protection, s. 371, 372, 377. Özellikle biyoteknoloji, bilgi ve iletişim teknolojileri sektörlerinde faaliyet gösteren şirketlerin asli sermayelerinin fikri emeğe dayanması sebebiyle, bu şirketler için başlangıç sermayesi öngörülmesinin sektörün gelişimini engellediği belirtilmektedir. Bkz. SEvi, s. 84.

²⁸¹ Bkz. RICKFORD GRUBU, s. 932, 933.

²⁸² MioLA, s. 429, 430.

²⁸³ ARMouR, Creditor Protection, s. 373 dn. 128'de anılan eserler; MACEY/ENRIQUE, s. 1186, 1187; DTI, Capital Maintenance, N. 16.

şirketin az kar dağıtması ya da kar dağıtamaması ise şirketin mali durumu hakkında alacaklıları yanıltmaktadır.

Ayni sermayenin belirlenmesi hakkındaki prosedür de, şirket için ek maliyet yaratması sebebiyle eleştirilmektedir⁸. Ayrıca, amaçlanan korumanın basit bir satım sözleşmesi ya da birleşme/ devralma işlemi ile kolayca aşılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir⁸⁵. İleri sürülen bir görüşe göre, bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmış olmaları ihtimalinde dahi, gerçekten bağımsız olduklarını söylemek güçtür. Zira, genellikle değerlendirme ve denetim hizmeti veren kişiler arasından bilirkişiler seçilmekte olup bu kişilerin asıl gelir kaynağı, bilirkişilik ücretleri değil, verdikleri diğer hizmetlerdir. Dolayısıyla, ayni sermaye değerlemesinde, müşterilerinin iradelerinin aksi yönünde rapor vererek onları kaybetmek baskısı altında olan bu kişilerin verecekleri raporun tarafsız olduğu kabul edilemez²⁸⁶. Rickford Grubu da ayınların şirketin kuruluşu ya da sermaye artırımında, sermaye olarak kabul edilmesi için değerlendirilmesini öngören usulü eleştirmektedir. Grup bu konuda, aynın değerinin yanlış belirlenmesindeki riskin, şirketin piyasa değerinin altında yapacağı herhangi bir işlem nedeniyle taşıdığı riskten fazla olmayacağını savunmaktadır²⁸⁷. Ayrıca Gruba göre sistem maliyetli ve lüzumsuzdur. Zira bu sistem ne şirketin iflas etmesini önleyebilmiştir ne de kurucular tarafından şirkete yeterli sermaye temin edilebilmesini sağlayabilmiştir. Bu nedenle bu görüş uyarınca anılan sistem kaldırılmalıdır²⁸⁸.

Esas sermaye sisteminin muhalifleri alacaklılar için asıl korumanın, alacaklılar ile şirket arasında yapılan sözleşmeye konulan hükümlerle sağlanacağını savunmaktadır. Buna göre akdedilen sözleşmeye konulacak faiz ve kritik konularda verilecek şirket kararlarına müdahale yetkisi tanıyan hükümler ile alacaklılar için asıl koruma gerçekleşecektir. Benzer şekilde, pay sahipleri tarafından verilen şahsi teminatlar ile rehin hakları da alacaklı koru-

^u **Bkz. MACEY/ENRIQ.UES** s. 1195; **MüLBERT/BIRKE**, s. 721; **RICKFORD GRUBU**, s. 934-936.

²¹⁵ **ÇoNKAR, Ayni Sermaye**, s. 28.

²⁸⁶ **MACEY/ENRIQ.UES**, s. 1187.

^{u7} **Bkz. RICKFoRD GRuBu**, s. 934-936.

^{1u} **Bkz. RICKFORD GRUBU**, s. 947,971 vd.

ması için büyük önemi haizdir²⁸⁹. Bu kapsamda öğretide, yapılan sözleşmeye kendisini koruyucu hüküm koydurma gücü olan alacaklılar ile sözleşme dışı ilişkilerden doğan borçların alacaklıları -iradi olmayan alacaklılar²⁹⁰. ve küçük ve orta ölçekli alacaklılar arasında bir ayırım yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Esas sermaye sistemini eleştiren yazarlara göre⁹¹, "zayıf" olarak ifade edilen alacaklılardan, küçük ölçekli mal ve hizmet sağlayıcıların yaptıkları işlemlerin kısa vadeli olması sebebiyle şirketin finansal durumundan etkilenme ihtimalleri düşüktür. Çalışanların ise her zaman iş değiştirmeleri mümkün olduğundan bu kişiler "zayıf" alacaklı olarak kabul edilmemelidirler. Ayrıca bu görüş, şirketi, sermayeyi koruyan hükümlerin yarattığı maliyeti daha ziyade pazarlık gücü olmayan alacaklılara yükleyeceğini savunmaktadır²⁹². Nihayet, büyük finansal kurumların sözleşmelerine koyacakları pay sahiplerine yapılacak dağıtımın sınırlandırılması hakkındaki hükümler şirketin iflas riskini azaltacağından, aslında tün alacaklı grubunu korumaktadır. Bu durumda ise esas sermaye sistemi gereği öngörülen zorunlu kuralların işlevi ikinci sırada kalmaktadır²⁹³.

Esas sermaye sistemini eleştiren yazarların bir diğer gerekçeleri, şirketlerin ortaklık yapılarına dayanmaktadır. ileri sürülen görüşe göre, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde şirketlerin tabana yayılmış sermaye yapısı nedeniyle profesyonel yöneticiler tarafından yönetilmesi gerçeği, pay sahiplerinin faydacı yaklaşımlarının şirkete zarar verme riskini azaltmaktadır. Bu nedenle, şirketin pay sahiplerinin müdahalelerinden korunması amacıyla emredici kurallar öngörülmesine gerek yoktur²⁹⁴. Ayrıca, esas sermaye sistemi ile öngörülen düzenin sermayenin azaltılması, kar payı şeklinde dağıtım yapılması, limited şirketlerde şirketin kendi hissesini edinmesi yöntemleri ile dolarulabilmesi sistemin eleştirilmesine sebep olmuştur²⁹⁵.

²⁸⁹ MACEY/ENRJQUES, s. 1171- 1173, 1185, 1188. Ayrıca bkz. BAUMAN, S. 231; CAHN/DONALD, S. 220, 221.

²⁹⁰ Özellikle ekonomi literatüründe, iradi olmayan alacaklılar (*involuntary creditors*) ifadesi kullanılmaktadır.

²⁹¹ MACEY/ENRIQUES, s. 1188-1190.

²⁹² MACEY/ENRJQUES, s. 1198.

²⁹³ ENGERT, Legal Capital, s. 683.

²⁹⁴ MACEY/ENRIQUES, s. 1171.

²⁹⁵ ARMOUR, Creditor Protection, S.366,367.

Esas sermaye sisteminin muhalifleri tarafından, söz konusu maliyetli ve faydasız sistem yerine, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin kullanılması, yöneticiler ile pay sahiplerinin sorumluluklarına gidilmesi, faaliyet konusu risk oluşturan işletmelere sigorta zorunluluğu getirilmesi önerilmektedir²⁹⁶.

2. Sermayenin Korunması İlkesi Lehine Öne Sürülen Görüşler

Esas sermaye sistemi uyarınca benimsenen kurallara yöneltile eleştirileri değerlendirmek amacıyla, Lutter başkanlığında bir araya gelen akademisyenler tarafından esas sermaye sistemi genel hatları ile incelenmiş ve sisteme yöneltile eleştirilere yanıt verilerek, alternatif dağıtım rejimlerinin verimliliği tartışılmıştır²⁹⁷. Esas sermaye sisteminin önemli savunucularından Lutter, sistemin ticari hayatın olağan risklerini taşıdığını belirterek, iflasa engel olamadığı için alacaklıları koruyamadığı eleştirisine itiraz etmektedir. Zira esas sermayeye sistemine böyle bir işlev yüklenmemiştir. Yazar, esas sermaye sisteminin öncelikle şirketin kurumsal yönetimine hizmet ettiği görüşündedir. Yazara göre asgari sermaye miktarı, kurucuların şirket sermayesi ile kumar oynamalarını ve/veya sermayeyi pervasızca sarf etmelerini engellemek açısından yeterlidir. Bir diğer ifadeyle bu miktar, kurucuların gerçekten şirket çatısı altında faaliyet göstermek niyetinde olup olmadıklarını tespit etmekte kullanılabilecek bir "ciddiyet testi" niteliğindedir²⁹⁸.

Ayrıca, ortaklığın esas sermayesi temel bir malvarlığının teşekkülüne delalet olduğundan, şirketin kredi itibarının artmasına da sebep olmaktadır²⁹⁹. Sistemin amacı sadece şirkete asgari ve makul bir sermaye getirilmesini temin etmektir ve bu sistem öne sürüldüğü gibi maliyetli değildir. Bu görüşe göre, kurucuların başlangıç sermayesi ödemesi ve şirketin faaliyeti boyunca bu sermayeyi koruması, şirket finansmanı (*corporate finance*) ku-

²⁹⁶ MüLBERT/BİRKE, s. 724-726; MİOLA, s. 484, 485.

²⁹⁷ Bkz. LUTTER (Ed), Legal Capital in Europe, s. 1-410.

²⁹⁸ MüLBERT/BİRKE, s. 721, 726, 727; ENGERT, Legal Capital, s. 652; TEICHMANN, Report, s. 31; WINDBICHLER, s. 207; SEvi, s. 54-56.

²⁹⁹ SEvi, s. 51 dn. 61'de anılan yazarlar. Ancak Sevi, günümüzde finans kuruluşlarının kredi temin etmeden önce şirket aktiflerinin güncel değerini tespit ettirdiklerini haklı olarak belirtmektedir. Bkz. a.e., s. S1.

rallan gereğidir. Zira bu yükümlülükler, kurucular ile pay sahiplerini finansal açıdan şirketi daha iyi yönetmeye teşvik eder ki, bu durumun alacaklıların menfaatine olduğuna şüphe bulunmamaktadır³⁰⁰.

Alacaklıların zorunlu kurallar aracılığıyla korunmasına gerek olmadığı görüşü ise özellikle haksız fiil mağdurları gibi alacakları hukuki işlemle doğmamış -irade dışı- alacaklıların, pay sahiplerinin faydacı eylemleri sebebiyle şirketin iflas etmesi riskine karşı korunması gerektiği belirtilerek reddedilmiştir³⁰¹.

Son olarak, bilançonun pasif kısmında yer alan esas sermayenin, ortaklığın mali gidişab konusunda yönetim kurulunu uyarıcı bir işlevi olduğu da ileri sürülmektedir³⁰². Bu nedenle, şirketin sadece serbest malvarlığının harcanmasına izin verilmesi ve sermayenin belirli bir bölümünün yitirilmesi halinde gerekli tedbirlerin alınması zorunludur³⁰³.

3. Dağıtım Rejimi Hakkında Öne Sürülen Görüşler

Yukarıda açıklandığı üzere, esas sermaye sistemi gereği öngörülen hükümler hakkında büyük bir tartışma bulunmaktadır. Ancak, bu tartışmalar özellikle pay sahiplerine dağıtım yapılabilme şartlarının düzenlendiği hükümler çerçevesinde yoğunlaşmaktadır. Çünkü, malvarlığının doğrudan ya da dolaylı olarak pay sahiplerine dağıtılmasının önlenmesinin, alacaklı koruması açısından en önemli konuyu oluşturduğu kabul edilmektedir³⁰⁴.

2017/1132 sayılı Yönerge nedeniyle Kıta Avrupası hukukunda dağıtımlar hakkında "bilanço testi"³⁰⁵ uygulanmaktadır. 2006 yılında, 1976 tarihli Yönerge'nin birçok hükmünde değişiklik yapılmış ve Yönerge önce 2012 ta-

³⁰⁰ ScHöN, s. 437, 438; ENGERT, Legal Capital, s. 650, 652.

³⁰¹ Bkz. FLEISCHER, Legal Capital, s. 33. Öğretide sistemin pazarlık gücü düşük alacaklılar açısından koruma sağladığı ifade edilmekle birlikte, özellikle ortaklığın faaliyetlerinin belirli bir ölçeği aşması halinde sistemin koruyucu etkisinin azaldığı ifade edilmektedir. Bkz. ÇoNKAR, Ayni Sermaye, s. 28.

³⁰² FLEISCHER, Legal Capital, s. 34; SEvi, s. 56,57.

³⁰³ Esas sermaye sisteminin avantajları için, bkz. LUTTER, Legal Capital, s. 3-6.

³⁰⁴ Bkz. RıçKFORDGRUBU, s. 947; ENGERT, Legal Capital, s. 663.

³⁰⁵ Bilanço testi için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, a, (2).

rihinde daha sonra ise 2017 tarihinde yenilenmiştir. Ancak, pay sahiplerine yapılacak dağıtımın tabi olduğu şartları düzenleyen hükümler korunmuş ve yapılan tüm tartışmalara rağmen bilanço testinden vazgeçilmemiştir.

Dağıtım rejiminin "bilanço testi" olarak adlandırılmasının sebebi, bu testin şirketin yıllık finansal tablolarında belirtilen rakamlar üzerinden bir hesaplama yöntemine dayanıyor olmasıdır. Anılan test uyarınca, şirketin yıllık finansal tablolarında belirtilen net aktiflerin, esas sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamından az ya da dağıtım sonrası daha az hale gelecek olması halinde hissedarlara dağıtım yapılması yasaktır.

Bilanço testine yöneltilen en önemli eleştiri, bu sistemin savunulduğunun aksine alacaklıların korunması açısından bir fonksiyonu olmadığı yönündedir. Zira Yönerge'nin 56. maddesi uyarınca hesaplanacak net aktiflerin bilanço değeri gerçek ekonomik değeri yansıtmadığından, şirket borçları muaccel olduğunda, şirket aktifleri borçların ifasını sağlamayabilir.

Bilanço testi ayrıca makul dağıtımları engellediği için şirket açısından maliyetli bulunarak eleştirilmektedir. Başka bir söyleyişle, dağıtılmasına izin verilmeyerek şirket bünyesinde tutulan meblağın, pay sahiplerine dağıtılmış olsa idi başka işlerde daha verimli kullanılabileceği eleştirisi yapılmaktadır. Son olarak, pay sahipleri ve yöneticiler ile yapılan işlemler ile örtülü dağıtım yapılması suretiyle Yönerge'de öngörülen korumanın dolanılmasının mümkün olması, sistemin zafiyeti olarak gösterilmektedir³⁰⁶.

Bilanço testine alternatif olarak önerilen test, MBCA uyarınca benimsenen ödeme yeterliliği testidir (*solvency test*). Söz konusu test, ancak borçlarını ödeme gücünün olması halinde şirketin pay sahiplerine dağıtım yapmasına izin vermektedir. Benzer bir düzenlemeye CA m. 641 hükmünde rastlanmaktadır. Anılan hüküm uyarınca, esas sermayenin mahkeme kararı olmaksızın azaltılabilmesi için yöneticilerin, sermayenin azaltılmasına rağmen şirketin borçlarını bir yıl boyunca ödeme gücüne sahip olduğu yönünde beyanda bulunmaları gereklidir³⁰⁷.

³⁰⁶ MAcEY/ENRIQUES, s. 1190, 1191, 1196. Ancak Fleischer örtülü dağıtımlar hakkında da bilanço testinin uygulanacağını savunmaktadır. Bkz. FLEISCHER, Legal Capital, s. 34.

³⁰⁷ Beyanın koşullarına dair bkz. CA m. 643.

Ödeme yeterliliği testinin, alacaklı ve pay sahibi koruması açısından daha etkili olduğu savunulmaktadır. Zira, alacaklılar için önemli olan, şirketin borçlarını ödeyebilme gücünün bulunmasıdır. Bu nedenle dağıtım yapılmasına, şirketin likiditesini tehlikeye atmadan ve yakın gelecekte alacaklıların tatmin edilebilmesi koşuluyla iziri verilmelidir³⁰. Özellikle Anglo-Sakson hukuk geleneğine mensup yazarlar tarafından Avrupa Birliği üyesi ülkelere, ticari gelişimin önünü açmak için sermayenin korunması hakkındaki kurallarını esnetmeleri ve Amerikan MBCA hükümlerinde öngörülen ödeme yeterliliği testini kendilerine örnek almaları tavsiye edilmiştir³⁰⁹.

Alternatif dağıtım sistemi hakkındaki en önemli çalışma Rickford Grubu tarafından yapılmıştır. Grup, dağıtım konusunun, şirket ile ilgili tüm kesimleri menfaatini ilgilendirdiğini kabul etmekte ve dağıtımın sıkı şekil kuralları ile sınırlandırılmasını reddetmektedir³¹⁰. Rickford Grubu tarafından önerilen dağıtım sistemi iki bileşenden oluşmaktadır³¹¹. Gruba göre, dağıtım yapılması için Amerikan basit bilanço testi ile etkisi güçlendirilmiş ödeme yeterliliği beyanı birlikte aranmalıdır. Bir diğer ifadeyle Grup, şirketi pay sahiplerine dağıtım yapabilmesi için bilançoya göre şirket aktiflerinin borçlarından fazla olmasını aramaktadır. Ancak, Grup, belirtilen testi bir zorunluluk olarak öngörmemekte, yöneticilere bu konuda takdir hakkı tanımaktadır. Önerilen sistemde, bilançodan şirket aktiflerinin borçları karşılamadığının anlaşılmasına rağmen, yöneticiler tarafından yapılan şirketin borçlarını ödeyebileceği konusundaki beyan ile dağıtıma izin verilmektedir. Yapılması gereken beyan ise, makul bir zaman diliminde şirket borçlarının ödenebilmesine ilişkindir. Yoksa, herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın şirketin borçlarını ödeyebileceğinin beyan edilmesi aranmamaktadır. Rickford Grubu raporunda önerilen model ile Amerikan modeli genel hatlarıyla benzerlik göstermektedir. Ancak MBCA uyarınca benimsenen sistemin aksine, borçların şirket malvarlığını geçmesi durumunda dahi dağıtım yapılabilmesine iziri verildiğinden, Grubun önerileri Amerikan hukukuna nazaran daha liberaldir³¹².

³⁰ Bkz. RICKFORD GRUBU, s. 971 vd.

³⁰⁹ Bkz. MACEY/ENRIQUES, s. 1185, 1194, 1203, 1204.

JJO RICKFORD GRUBU, s. 967.

³¹¹ VEIL, s. 80.

JII VEIL, s. 80.

Lutter başkanlığında yapılan çalışmada ise, Rickford Grubu tarafından ileri sürülen geleneksel bilanço testinin yerine ödeme yeterliliği testinin kabul edilmesi görüşü tartışılmıştır. Grubun önerisi, esas itibarıyla iki temel gerekçe nedeniyle kabul edilmemiştir. Öncelikle, bu tercih, pay sahiplerine sermayenin iadesine izin vermek anlamına gelmektedir. Bu sonuç ise, esas sermaye sistemini kaldırmak ve manipülasyonlara izin vermek anlamına gelir ki böyle bir durum esas sermaye sisteminin faydaları düşünüldüğünde kabul edilemez. İkinci olarak, ödeme yeterliliği testinin denetçi tarafından denetlenmesi zorunluluğunun öngörülmemesi eleştirilmiştir. Yöneticiler tarafından yapılan testin yanlış olması durumunda, yegane müeyyide olarak yöneticilerin şahsi sorumluluğunun kabul edilmesi, büyük ölçekli anonim şirketler düşünüldüğünde yeterli koruma sağlamayacaktır. Ödeme yeterliliği testini denetçinin denetimine tabi tutmak ise esas sermaye sisteminden daha maliyetli olacağından³¹⁴ önerilen sistem kabul edilmemelidir.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kanun koyucu kurallar ihdas ederken, yaratılan düzenin piyasa açısından etkinliği konusunda kayıtsız kalmamalıdır. Gerçekten de, "en güvenli, basit ve farklı hukuki çözümlere olanak tanıyan sistemler ekonomik olarak avantaj elde edecektir"m. Örneğin esas sermaye sistemi hakkında Alınan hukukunda öngörülen usuli kurallar, Almanya'da dahi, İngiliz hukukuna tabi şirketlerin daha çok tercih edilmesine sebep olmuştur. Öte yandan, azınlık pay sahipleri ve alacaklıların, hakim pay sahipleri ile yöneticilerin faydacı eylemlerine karşı korunmaları gereklidir. Her iki menfaati birlikte temin edecek ideal çözümün bulunması ise kolay değildir.

Esas sermaye sisteminin muhalifleri, anılan sistemi daha çok alacaklı koruması açısından değerlendirmişlerdir³¹⁶. Bu nedenle sisteme yöneltile

^m Bu kapsamda, Uzmanlar bu zararın yöneticilerin görevleri dolayısıyla doğacak sorumluluklarının sigorta ettirilmesi suretiyle azaltılabileceğini ifade etmişlerdir. LuTTBR, Legal Capital, s. 10, 11.

³¹⁴ LuTTER, Legal Capital, s. 10, 11.

³¹⁵ Alman parlamenter Wilhelm von Oechelhaeuser'in beyanı için bkz. NoACK/BBURSKENS, Modernising the GmbH, s. 101, dn. 25'ten naklen.

³¹⁶ Bkz. MACÉY/ENRIQ.UBS, s. 1173, 1174; BAUMAN, s. 231. Steering Group raporunda da esas sermaye sisteminin alacaklı koruması açısından verimliliği tartışılmaktadır. Bkz.

eleştiriler pay sahiplerinin menfaatleri açısından geçerli değildir-m. Örneğin Rickford Grubu, konunun paysahiplerinin menfaatlerini de ilgilendirdiğini kabul etmekle birlikte, konuyu alacaklı koruması kapsamında değerlendirmiştir³¹⁷. Bu görüş çerçevesinde, alacaklıların kanunda öngörülen emredici kurallar ile korunmasına gerek olmadığı, alacaklıların sözleşme serbestisi kapsamında sözleşmeye ekleyecekleri hükümler aracılığıyla menfaatlerini koruyabilecekleri ifade edilmiştir-³¹⁹. Ne var ki, bu görüşün Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilebilmesi mümkün değildir. Zira, iddia edildiği üzere alacaklıların, kendilerini sözleşme hükümleri ile koruyabilmeleri sadece bilgi akışının bulunduğu ve sözleşme maliyetinin düşük olduğu mükemmel bir piyasanın varlığı halinde mümkündür³²⁰. Ancak bu ihtimalde, alacaklılar sözleşmedeki faiz oranı ve diğer sözleşme koşulları ile kendilerini taşıdıkları risklere karşı koruyabilmektedirler:³²¹.

Mükemmel piyasaya ise günümüzde özellikle Kıta Avrupası hukuklarında henüz ulaşılmamış olması sebebiyle, kanuni düzenlemelerle alacaklıların korunması temin edilmelidir. Zira, sadece piyasa gücü yüksek ve bilinçli

DTI, Capital Maintenance, Executive Summary N.17; ARMOUR, Creditor Protection, s. 355-378.

³¹⁷ Örneğin, kuruluş sürecini uzatması ve şirketlere maliyet yaratması açısından eleştirilen ayınların bilirkışı aracılığıyla değerlendirilmesi usulü, ayın karşılığı edinilen payların gerçek değerini tespit ederek nakdi sermaye getiren pay sahipleri açısından bir koruma öngörmektedir. Bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s.211, 212.

m RICKFORD GRUBU, s. 937-943, 947, 995. Benzer yönde, ENRIQ.UEs/HERTIG/1<ANDA, s. 162. Armour da esas sermaye sisteminin verimliliğini tartıştığı makalesinde konuyu alacaklı koruması açısından değerlendirmiştir. Bkz. ARMOUR, Creditor Protection, s. 363-378. Aynı yöndeki tespit için bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 211, 212. Fleischer ise, bu yaklaşımı eleştirmekte ve sistemin alacaklılar ile pay sahiplerinin menfaatlerini temin ettiğini belirtmektedir. Bkz. FLEISCHER, Legal Capital, s.31, 32.

³¹⁹ Bkz. Birinci Bölüm, 1, Cı 1.

³²⁰ Aynı yönde, GRUNDMANN/GLASOW, s. 212. Fleischer, makalesinde ekonomi öğretisinde kabul edilen görüşlerin, piyasanın tüm aktörlerinin bilinçli (rasyonel) olduğu varsayuruna dayandığını belirtmektedir. Yazar bu hipotezin özellikle yöneticilerin gerçekçi olmayan iyimser beklentileri nedeniyle kabul edilemeyeceğini ifade ederek, İngiliz hukukunda kullanılan güneş ışığı (*sunshine*) doktrininin örnek olarak vermiştir. Söz konusu öğretiye göre, yöneticiler fırtınalı günlerde bile bulutların dağılacığına ve yeniden güneşin açacağına inanırlar. Bkz. FLEISCHER, Legal Capital, s.35.

³²¹ Konunun ekonomik analizi için bkz. ARMOUR, Creditor Protection, s. 357.

finansal aktörlerin kendilerini sözleşmeye koyacakları hükümlerle koruyabilme imkanları vardır. Pazarlık gücü olmayan, küçük ve orta ölçekli işletmeler, mal ve hizmet sağlayıcıları ile çalışanların bu şekilde korunabileceğini kabul etmek mümkün değildir³²¹. İradı olmayan -sözleşme dışı- alacaklıların hukuki normlar ile korunması ise evleviyetle gereklidir. Örneğin, şirket sermayesinin belirli miktarda kaybedilmesi halinde yönetim kuruluna görevler yükleyen TTK m. 376'nın iradi olmayan alacaklıları koruyucu özelliği de bulunmaktadır³²².

Şirketlerin profesyoneller tarafından yönetilmesi sebebiyle, pay sahiplerinin şirket malvarlığını azaltma riski bulunmadığı yönündeki görüş de yine, Kıta Avrupası hukuku şirketlerinin genellikle hakim pay sahiplerinin bizzat kendileri ya da talimat verebilecekleri kişiler aracılığı ile yönetilmesi gerçeği karşısında, sadece Anglo-Sakson ülkeleri için kabul edilebilir. Bu nedenle, Kıta Avrupası hukuk sistemlerini³²³, pay sahiplerinin faydacı eylemlerini engelleyici çözüm bulmak amacıyla yasal düzenleme yapmaları kaçınılmazdır. Gerçekten de, Yönerge ile sermayenin korunması amacıyla öngörülen birçok hüküm, şirket malvarlığının hakim pay sahipleri tarafından kötüye kullanılmasını engellemeyi hedeflemektedir³²⁴.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, alacaklıların menfaatlerini koruyucu bir sistemin temini yalnızca şirketler hukukunun konusunu oluşturmamaktadır. Sistemin etkinliğine dair bir tespitin ancak, iflas, muhasebe ve borçlar hukukundaki düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesi ile yapılması mümkündür-m. Bu nederile, esas sermaye sisteminin benimsenmediği ülke-

³²¹ Benzer yönde, ENGERT, Legal Capital, s. 690; CAHN/OONALD, s. 221. Sevi'ye göre, ortaklığın "zayıf" alacaklıları ancak pazarlık gücü yüksek büyük alacaklılar tarafından yapılan sözleşmelerin koruyucu etkisinden dolayı olarak yararlanabileceklerdir. Bkz. SEvi, s.101. Son yıllarda yapılan bir çalışmaya göre, çok az sayıda alacaklının şirket ile pazarlık yapma gücü bulunmaktadır. Bkz. FLEISCH.ER, Legal Capital, s.35.

³²² Benzer hüküm CA 1985 m. 11B'de de bulunmaktaydı. İngiliz hukukundaki hükmün işlevi için bkz. ARMOUR, Creditor Protection, s.365. TTK m. 376 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, 1, D, 2, b, (3).

³²³ ENGERT, Legal Capital, s. 656.

³²⁴ Alacaklı korumasının, hukukun farklı kolları ile ilişkisi için bkz. FLEISCH.ER, Legal Capital, s. 30. Yazar ayrıca, alacaklı koruması açısından öngörülen kuralların ikame edilebilir olduğunu savunmaktadır. Yazar örneğin, yöneticilerin hukuki sorumluluklarının öngörülmediği bir sistemde eksikliğin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile pay sahiplerini

lerde alacaklıların daha az korunduğu şeklinde bir çıkarımda bulunulması mümkün değildir. Zira bu ülkelerde yukarıda açıklandığı üzere konu özellikle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ve iflas hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

Sistemin açıklanan faydalarına rağmen, öne sürüldüğü gibi, şirketlerin iflas etme riskini azalttığı görüşünü destekleyecek istatistiki bir çalışma mevcut değildir. Bilindiği üzere, Yönerge'de zorunlu kılınmamasına rağmen, öngörülen kurallar Kıta Avrupası ülkelerinde, anonim şirketler yanında limited şirketlerde de uygulanmaktadır. Buna karşılık, anılan kuralların İngiltere'de sadece anonim şirketlerde uygulanması zorunludur. Bu nedenle, Kıta Avrupası'ndaki limited şirketler ile İngiltere'deki limited şirketlerin iflas etme oranlarının karşılaştırılması, sistemin verimliliği hakkında bir bilgi verecektir³²⁶.

Öte yandan, yapılan eleştirilerin önemli bir bölümü, zaten korunmasına gerek olmayan alacaklıların esas sermaye sistemi ile korunmalarının da mümkün olmadığı yönündedir³²⁷. Ancak, kanaatimizce, konunun sadece bu kapsamda değerlendirilmesi doğru değildir. Zira, sermayeyi koruyan hükümlerin alacaklıların menfaatini koruyucu özelliği yanında, pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmalarını dengeleme ve çoğunluğun azınlık zararına şirket malvarlığını sömürmesini engelleme fonksiyonu da bulunmaktadır³²⁸. Gerçekten de, sistemi alacaklı koruması açısından yetersiz bulan yazarlar tarafından dahi sistem, paysahiplerinin menfaatlerinin korunması açısından yararlı bulunmaktadı³²⁹. Çünkü, esas sermaye sistemi gereği öngörülen kurallar, şirketin daha kurumsal ve iyi yönetilmesini sağlasa da şirket borçlarını ödeyebildiği sürece bu kuralların alacaklılar için bir önemi bulunmamakta-

sorumlu kılınmaları, asgari sermaye öngörmeyen hukuklarda ise hissedarlar tarafından verilen ödünçlerin sermaye yerine verildiğinin kabulü ile giderilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. a.e., s. 31.

³²⁶ GRUNDMANN/GLASOW₁ s. 211.

³²⁷ MACEY/ENRIQUES₁ s. 1184-1198.

³²⁸ RICKFORD GRUBU, s. 923; VEIL₁ s. 77; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 49; CONAC/ENRIQUES/GELTER, s. 500,501; VoN BÜREN, s. 129; CAHN/DoNALD, s. 219; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 126.

³²⁹ CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 502.

dır³⁰. Halbuki, borçlarını ödeyebilen şirket malvarlığının belirli grup pay sahipleri ve yöneticiler tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesi, tüm menfaat sahiplerinin lehinedir. Ayrıca, esas sermaye sisteminin faydalan göz önüne alındığında, yarattığı maliyete katlanılması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Esas sermaye sisteminin verimliliği konusuna, TTK'nın Genel Gerekçesi'nde de değinilmiş ve sermayenin korunması ilkesinin Kıta Avrupası anonim şirketler hukukundaki "itibarlı konumunun" son yıllarda sorgulanmakta olduğu belirtilmiştir. Ancak sınırlı sorumluluk sisteminin, söz konusu ilke olmadan ayakta kalamayacağı düşüncesi ile büyük çoğunluğun ilkenin hala anonim şirketler hukuku açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul ettiği ifade edilerek, sistemden yana tercih ortaya konulmuştur³³.

Esas sermaye sistemi gereği öngörülen hükümlerin temel amacı, esas itibarıyla şirket özvarlığının pay sahiplerine yapılan dağıtımlar neticesinde azalmasını engellemektir. Borçlanma yasağı hakkındaki kuralın da aynı saikle öngörüldüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, hem alacaklı hem de pay sahiplerinin korunması açısından önemi haiz ideal dağıtım rejiminin belirlenmesi konumuz açısından büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda çalışmada, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde 2017/ 1132 sayılı Yönerge sebebiyle egemen olan bilanço testi ile Amerikan hukukunda benimsenen ödeme yeterliliği testleri incelenmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Amerikan ve Yeni Zelanda hukukunda uygulanan ödeme yeterliliği testinde, yöneticilerin beyanı ile bilanço testinin kümülatif uygulanması söz konusudur. Yalnızca Rickford Grubu, bilanço testinin negatif sonuç vermesine karşın, yöneticiler tarafından verilen ek beyan ile dağıtım yapılmasına izin vermektedir. Yönerge sebebiyle, tüm Kıta Avrupası'nda anonim şirketlerde uygulanan dağıtım rejimi ise bilanço testi-ne dayanmaktadır. Bilanço testi, son yıllık bilanço esas alındığından geçmişe yönelik bilgi vermektedir. Halbuki, alacaklılar için önemli olan şirketin borçlarını ödeyebilme gücünün bulunmasıdır. Buna karşılık, bilanço testinin objektif esaslara dayanması nedeniyle şirket, yöneticilerin aşırı iyimser bek-

³⁰JO LuTTER, Legal Capital, s. 3.

³³ Bkz. TTK Genel Gerekçe, N. 58.

lentilerinin sebep olacağı kırılğan yapıya karşı korunmaktadır³³². Gerçekten de, dağıtılacak karın finansal tablolara göre belirlenmesinin sonucu olarak, konu muhasebe sistemi ile yakından ilgilidir. Şirketin finansal raporlarının dürüst resim ilkesine³³³ göre hazırlanması zorunlu olduğundan (karş. TTK m. 398), bu sistemde yöneticilerin faydacı öngörülerine yer yoktur³³⁴.

Belirtilen sebeplerden dolayı, pay sahiplerine dağıtım yapılmasına ancak bilanço testinin olumlu sonuç vermesi ile şirketin borçlarını ödeme gücünün bulunması halinde izin verilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bilanço testinin ödeme yeterliliği beyanı ile birlikte uygulanması en uygun çözümdür. Çünkü, her bir test tek başına yeterli koruma sağlamaktan uzaktır. Gerçekten de, bilanço testinin geçmişe dönük bir analiz yapması, kayıtlı değerleri dikkate alması ve azami dağıtım tutarı konusunda kural koymaması sistemin haklı olarak eleştirilmesine neden olmaktadır. Öte yandan, yöneticilerin sorumluluklarının öngörülmüş olması sebebiyle, bilanço testinden vazgeçilip sadece ödeme yeterliliği beyanının aranması da kabul edilmemelidir. Zira, bu sistem yöneticilerin iyimser öngörülerine karşı şirketi korumasız bırakmaktadır. Ayrıca sorumluluk davasının, alacaklılar açısından yeterli koruma sağlamayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, dağıtım kavramı pay sahiplerine yapılan kar payı dağıtımını, avans kar payını, şirketin pay sahibine ödünç veya teminat vermesini ve çalışmada savunulduğu üzere şirket ile pay sahibi arasında yapılan asimetrik işlemleri kapsamaktadır. Görüldüğü üzere bu işlemlerden bazıları genel kurul kararı, bazıları yönetim kurulu kararını gerektiren, bazıları ise herhangi bir organın kararı olmaksızın murahhas müdür ya da murahhas üye tarafından yapılabilen işlemlerdir. İşte, şirketin dağıtım yapabilmesi için bilanço testini olumlu sonuç vermesinin yanı sıra, yöneticilerin ödeme yeterliliği beyanında bulunması şartının aranmasının sağlayacağı koruma

³³² FLEISCHER₁ Legal Capital₁ s. 37.

³³³ TTK m. 515'in gerekçesinde şirketin finansal tablolarının, şirketin durumunun resmini vermesi ve bu resmin gerçeği dürüst ve aslına uygun olarak yansıtması gerektiği belirtilerek dürüst resim ilkesinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, Anglo-Sakson hukukunun ünlü üst hukuk kuralı "*true and fair view*" ilkesi bu suretle "dürüst resim" ilkesi olarak ifade edilen kanuni bir terimdir.

³³⁴ VEIL₁ s. 79.

ile yöneticilerin sorumluluğuna etkisi her bir işlem kategorisi için ayrı ayrı belirlenmelidir.

Örtülü dağıtım olarak nitelendirilen pay sahibi ile şirket arasında yapılan piyasa koşullarına aykırı işlemler için yöneticilerin bir beyanda bulunması, yapılan işlemin doğasına aykırıdır. Zira çoğu zaman bu işlemler bir organ kararı bulunmadan temsil yetkisini haiz yöneticiler tarafından yapılabilen işlemlerdir.

Beyanın aranması, dağıtımın genel kurul kararıyla yapıldığı hallerde özellikle ek bir koruma sağlayacaktır. Zira, örneğin bilanço testinin yanında ödeme yeterliliği beyanının aranması halinde, bu beyanın yokluğunda genel kurulun kar dağıtım kararı alması mümkün olmayacaktır. Halbuki, bu beyanı açıkça aramayan TTK uyarınca, şirket genel kurulu net dönem karından veya serbest yedek akçelerden kar dağıtımını yapılmasına karar verebilir (TTK m. 509/2). Kar dağıtımının ardından şirketin muaccel borçlarını ödeyemeyecek durumda olması halinde yöneticilerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır; zira bu dağıtım bir genel kurul kararına istinaden yapılmıştır. Payscalelerinin de genel kurulda kullandıkları oy nedeniyle, TTK m. 202/2 hükmü saklı olmak üzere, sorumlulukları söz konusu olmadığından, şirketin likiditesini yitirmesine sebep olan bu dağıtım herhangi bir sorumluluk doğurmaz. İşte, yöneticilerin dağıtım sonrası da şirket borçlarının ödeyebileceğine dair bir beyanda bulunmasının aranması, özellikle dağıtımın genel kurul kararı ile yapılması halinde ilave bir koruma sağlayacaktır.

Her ne kadar ödeme yeterliliği testi ile bilanço testinin birlikte uygulanması menfaat sahiplerinin korunması için en uygun çözüm ise de, TTK'da açık hüküm bulunmaması sebebiyle bilanço testinin olumlu sonuç vermesi dağıtım yapılması için yeterlidir. Bu bağlamda yönetim kurulu kararı ile şirketin iflasına sebep olan dağıtım yapılması halinde yöneticilerin sorumlulukları üzerinde durulmalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere³³⁵, dağıtımlar için bilanço testinin benimsendiği Alman Limited Şirketler Kanunu'nda, dağıtımın şirketin iflasına sebep olması halinde yöneticilerin sorumlulukları özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme nedeniyle Alman doktrininde, yöneticilerin sorumluluktan kurtulmak amacıyla ödeme yeterliliği testini uygulamak

m Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b, (2).

1,orunda oldukları belirtilmiştir³³⁶. Tereddütleri gidermek açısından bu yön-
de bir hükmün TTK'da benimsenmesi faydalı olacaktır. Ancak açık hüküm
bulunmamasına rağmen aynı sonucun, Türk hukukunda da benimsenmesi
gerekir. Zira, görevlerini *"tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve
şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek"* (TTK m. 369)
yükümlülüğü altında olan yönetim kurulu üyelerinden şirketin iflasına se-
bep olacak dağıtım kararı almaması beklenir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, ödeme yeterliliği testinin Türk huku-
laındaki bir yansımasına TTKm. 376/3 hükmünde rastlamak mümkündür.
Gerçekten de anılan hükümde, yönetim kurulunun şirketin borçlarını
ödeme gücünden şüphe duyması halinde şirketin iflasını isteme yükümlü-
lüğü vardır. Böyle bir yükümlülüğün açıkça öngörülmesi sebebiyle, şirketin
iflasını istemek yerine pay sahiplerine dağıtım yapan yöneticilerin sorumlu
olacaklarından şüphe duyulmamalıdır.

D. Türk Hukukunda Sermayeyi ve Malvarlığını Koruyan Hükümler

Bilindiği üzere anonim şirket, tüm malvarlığı ile alacaklılarına karşı
sorumludur. Ancak, sorumluluğun malvarlığı ile sınırlı olduğunun tespit
edilmesi, ilke ile tüm malvarlığının korunduğunun kabul edilmesi açısından
yeterli değildir. Kanun koyucu, malvarlığı ile sorumlu bulunan şirketin ala-
caklılarını korumak amacıyla bir dizi kural öngörmüş ve "koruma altındaki
değeri³³⁷ / bağlı malvarlığıru³³⁸, yaratarak, alacaklılar için asgari bir güvence
oluşturmak istemiştir. Bu bölümde, sermayenin ve malvarlığının korunması
amacıyla öngörülen hükümler hakkında kısaca bilgi verilmiş ve özellikle bu
hükümlerle benimsenen koruma altındaki değer tespit edilmeye çalışılmış-
tır. Zira bu tespitin yapılması, sermayenin korunması ilkesi gereği ihdas edil-
diği belirtilen³³⁹ borçlanma yasağı ile korunan değer, sermayeyi koruyan

³³⁶ BEURSKENS/NOACK, The Reform, s. 1086.

³³⁷ Kavram için bkz. TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s. 1691.

³³⁸ AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 12; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 243; Bahtiyar, s. 113;
Aruci/VEZİROĞLU s. 110.

³³⁹ Gerekçe TTK m. 395.

diğer hükümlerle korunan değerle paralel olup olmadığının belirlenmesi için gereklidir.

Kanun koyucunun tercihi ile "sermayenin korunması ilkesinin" Kanun'daki görünümünün tespit edilmesi TTK m. 447 hükmü nedeniyle de bir zorunluluktur. Zira, söz konusu hüküm ile Kanun'da ilk kez batıl genel kurul kararları düzenlenmiştir³⁴⁰ ve anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan genel kurul kararlarının batıl olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı müeyyide, yönetim kurulu kararları için TTK m. 391 'de benimsenmiştir. Dolayısıyla, borçlanma yasağının öngörülme sebebini teşkil eden ve ilkeye aykırılığın butlan gibi son derece ağır bir müeyyideye bağlandığı sermayenin korunması ilkesinin Türk hukukundaki görünümünün açıklanmasına ihtiyaç vardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sermayenin korunması ilkesi TTK m. 124'te tanımlanmış tüm sermaye şirketleri için geçerlidir³⁴¹. Şahıs şirketleri içinse anılan ilke benimsenmemiştir. Bu fark, şahıs şirketi ortaklarının belirli şartlarda ortaklık borçlarından sorumlu olmalarından, bir diğer ifadeyle sınırlı sorumluluk "imtiyazına" sahip bulunmamalarından kaynaklanmaktadır³⁴². Ayrıca, sermayenin korunması hakkındaki hükümlerin uygulama alanı açısından anonim şirketler ile limited şirketler arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bu bakımdan Türk hukukunda sermayenin, 2017/ 1132 sayılı Yönerge ile öngörülen sistemden daha geniş kapsamlı olarak korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Son olarak, sermayenin korunması ilkesinin merkezi olan sermaye kavramına kısaca değinilmesinde fayda vardır. Bilindiği üzere, TTK kapalı şirketlerin de kayıtlı sermaye sistemini benimseyebilmesine izin vermiştir³⁴³.

³⁴⁰ Belirtmek gerekir ki, eTK'da açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın, genelkurul kararlarının temel ilkeler çerçevesinde hükümsüzlüğünün savunulabileceği öğretide ifade edilmekteydi. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 158-183.

³⁴¹ TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s. 1681.

³⁴² Örneğin ticaret şirketleri için genel hüküm niteliğindeki TTK m.132 uyarınca, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça (anonim şirketler için TTK m.509/ ! , limited şirketler için TTK m. 609), şirket sözleşmesi ile ortaklara getirdikleri sermaye için faiz verilmesinin kararlaştırılması mümkündür. Ayrıca bkz. TTK m. 308 atfı nedeniyle komandit şirketler için de uygulanan kollektif şirket hakkındaki TTKm. 228 hükmü.

³⁴³ Ytiriirlük Kanunu m. 20/3'ün verdiği yetkiye dayanılarak "HalkaAçık Olmayan Şir-

Bu nedenle, sermayenin korunması ilkesinin hem esas hem de kayıtlı sermaye sistemlerine hakim olan bir ilke olduğu kabul edilmelidir. Esas sermaye sistemini benimseyen ortaklıklar açısından korunan sermayenin tespiti kolaydır. Kayıtlı sermaye sisteminde ise bilindiği üzere, başlangıç sermayesi, çıkarılmış sermaye ve kayıtlı sermaye olmak üzere üç sermaye kavramına yer verilmiştir. İlke ile korunan sermaye ise çıkarılmış sermayedir³⁴⁴. Zira, kanuni yedek akçelerin düzenlendiği TTK m. 519 hükmünde de genel kanuni yedek akçelerin sermayeye ya da çıkarılmış sermayeye oranlanması suretiyle hesaplama yapılmış ve bağlı malvarlığının bir parçası olan yedek akçelerin sarfı hakkında kural konulmuştur³⁴⁵. Çalışmanın bu bölümünde, sermayeyi koruyan hükümler ile malvarlığını koruyan hükümler ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Sermayeyi koruyan hükümler de sermayenin eksiksiz bir şekilde oluşturulmasını ve bu sermayenin ortaklık sona erinceye kadar muhafazasını amaçlayan hükümler olarak tasnif edilerek açıklanmıştır.

I. Sermayenin Eksiksiz Bir Şekilde Oluşturulmasını Amaçlayan Hükümler

Sermayenin korunması ilkesi ile hedeflenen korumanın ilk ve önemli ayağı, sermayenin eksiksiz bir şekilde ve fiilen şirkete getirilmesidir (*der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung*³⁴⁶). Sermayenin tamamının ödenmesinin taahhüt edilmesi³⁴⁷ o denli önemlidir ki, bu işlem, TTK m. 335'te şirketi kuran işlem olarak kabul edilmiştir. Bir diğer ifadeyle taahhüdün, ser-

ketlerde Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ" çıkarılmıştır. Bkz. 19.10.2012 tarih ve 28446 sayılı RG.

³⁴⁴ TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s.1689.

³⁴⁵ Benzer şekilde bkz. TTKm. 379/3, TTKm. 520/1.

³⁴⁶ Kavram için bkz. LUTTER, Kapital, s. 57; SEvi, s. 107.

³⁴⁷ Belirtilmelidir ki, eTK m. 285/1 hükmünde, sermayenin tamamının "*muvaazadan ari olarak taahhüt edilmesi*" aranmakta idi. Ancak, şirket sözleşmesinin iki taraflı bir sözleşme olmaması sebebiyle sermayenin taahhüdünde teknik anlamda bir muvaazadan söz edilemeyeceği öğretilde belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu düzenleme nedeniyle, taahhütte bulunanların ekonomik durumlarının ifa için yerinde olup olmadığının ya da gerçek ortak sayısının araştırılmasının mümkün olmadığı belirtilerek muvazaa ifadesi ile ne kastedildiğinin anlaşılmadığı eleştirisi yapılmıştır. Bkz. KENDİGELEN, Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği Tebliği, s. 187, 188. Söz konusu eleştiriyi dikkate aldığı anlaşılan kanun koyucu, bu ifadeye TTK m. 335'te yer vermemiştir.

mayenin tescil edilen rakamına uygun şekilde, fiilen ve tam değerli olarak,ua şirkete ödeneceğine ilişkin olması gereklidir. Kanun'da sermayenin eksiksiz şekilde oluşturulması amacıyla bir dizi kural öngörülmüştür. Bu kurallar uyarınca öncelikle sermayenin fiilen ve tam değerli şirkete getirilmesi için tedbirler alınmalı ve sermayenin eksik oluşturulması halinde uygulanacak müeyyideler özel olarak düzenlenerek caydırıcılık sağlanmalıdır.

Taahhüt edilen sermayenin hangi unsurlardan oluşabileceği de önem taşır. Bilindiği üzere, ufak bazı değişiklikler dışında eTK m. 139'un tekrarı olan TTK m. 127 hükmü, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek değerleri düzenlemektedir. Buna göre, ticaret şirketlerine, para, kıymetli evrak, taşınır ve taşınmazlar, bunlar üzerinde tesis edilen ayni haklar, ticari işletmeler, kişisel emek, ticari itibar ve fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak konabileceği belirtilmiştir. Ancak, maddenin ikinci fıkrasında, anonim şirketler için TTK m. 342/ 1³⁴⁹ hükmü saklı tutulmuştur³⁵⁰. Saklı tutulan düzenleme, anonim ortaklığa getirilecek ayni sermayeler hakkındadır. Söz konusu hüküm uyarınca, Üzerlerinde sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil malvarlığı unsurları ayni sermaye olarak konulabilir. Bununla birlikte, kanun koyucu sınırlı sorumluluk ilkesi gereği, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların³⁵¹ sermaye olarak getirilmesine izin vermemiştir.

Ayni sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletme ve ayınlara ne şekilde değer biçileceği ise TTK m. 343'te hükme bağlanmıştır³⁵². Anılan

³⁴⁸ SEVİ, s. 108.

^{u9} Bkz. komandit şirketler için m. 307/2, limited şirketler için TTK m5 81/ 1.

³⁵⁰ TTK m. 127 /2'ye TBMM aşamasında yapılan eklemenin, hükmün ilk fıkrasındaki "*Kanunda aksine hüküm olmadıkça*" ifadesi sebebiyle, tekrara yol açması eleştirilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 124.

³⁵¹ Doktrinde, nakden değerlendirilme ve devredilme olanağı bulunan vadesi gelmemiş alacaklar ile Üzerlerinde sınırlı bir ayni hak veya haciz bulunan malvarlığı unsurlarının dışlanması eleştirilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 230; ÇoNKAR, Ayni Sermaye, s. 30.

³⁵² TTK m. 459 hükmünün yaptığı gönderme neticesinde, sermaye artırımlarında da taahhüt edilen ayni sermayenin değerinin mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değerlendirilmesi gereklidir. Söz konusu düzenlemeyle eTK m. 392 uyarınca, değerlendirme raporunun yönetim kurulu tarafından hazırlanmasının mümkün olup olmadığı yönün-

hüküm uyarınca, söz konusu malvarlığı unsurlarının, şirketin merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan bilirkişilerce³⁵³ değerlendirilmesi gereklidir. Hükümde ayrıca değerlendirme raporunun içeriği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre raporda, seçilen değerlendirme yönteminin en adil ve en uygun yöntem olduğunun, sermaye olarak konulan

deki tartışmaya son verilmiştir. eTK m. 392 hükmü nedeniyle yapılan tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MoROĞLU, Sermaye Artırımı, s.66-68; Aruci, s. 82, 83.

³⁵³ Alacakların aynı sermaye olarak konulması durwnunda değerlendirme konusu, uygulamada özellikle Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Genelgeleri nedeniyle önem kazanmıştır. Bakanlığın 2013 tarihli Genelgesinde (27.09.2013 tarih ve 50035491.449-7326 sayılı Genelge), uygulamayı rahatlatmak amacıyla alacağın aynı sermaye olarak şirkete konulması halinde, mahkeme bilirkişisi yerine YMM veya SMMM tarafından rapor hazırlanmasına izin verilmiştir. Genelge esas itibarıyla, pay sahibinin şirketten olan alacağı ile başka bir şirketten olan alacağının aynı sermaye olarak getirilmesi hallerini ayırmaktadır. Buna göre şayet, pay sahibinin bir başka şirketten olan alacağının aynı sermaye olarak konulması söz konusu ise, bu alacağın varlığına ilişkin raporun, mahkemece atanan bilirkişilerce hazırlanması gereklidir. Ancak, ortağın şirketten olan alacağının, ortağı olduğu şirketin sermaye artırımında aynı sermaye olarak konulmasına istisna tanınmış ve alacağın varlığının tespitinde, TTK m. 343 uyarınca mahkeme bilirkişisince hazırlanacak rapor yanında, YMM veya SMMM ya da denetime tabi şirketlerde denetçinin raporunun da ibraz edilebileceği belirtilmiştir. Bu konudaki ikinci Genelgede (02.01.2014 tarih ve 50035491.449 sayılı Genelge), ortağın şirketten olan alacağının YMM veya SMMM raporu ile sermaye artırımına konu edilebilmesi için, bu alacağın yalnızca şirkete nakit olarak verilen borçtan kaynaklanması ve ibraz edilen raporda da bu alacağın nakdi borçlanmadan kaynaklandığının açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Böylece, ödünç dışında bir işlemten doğan para alacağının aynı sermaye olarak getirilmesi halinde raporun **YMM/SMMM** tarafından hazırlanmasına izin verilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, incelenen Genelgeler, alacağın "aynisermaye" olarak şirkete konulması hakkındadır. Halbuki uygulamada daha ziyade, nakdi sermaye borcunun ¼'ünün ödenmesinin ardından bakiye borcun alacak ile takas edilmesi [TTK m. 457/2 (a)] söz konusu olmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu konuda VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nde özel bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan düzenlemeye göre, halka açık ortaklıkların sermaye artırımlarında ortaya çıkan sermaye koyma borcunun nakit olarak yerine getirilmesi zorunludur. Tebliğ, sadece nakden konulan ve nakden konulduğu mali müşavir raporu ile tespit edilen fonlar sebebiyle oluşan muaccel borçların takasına izin vermiştir. Zira hükümde açıkça, nakit sermaye koyma borcunun ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlarla takas edilemeyeceği belirtilmiştir (Bkz. PayTebliğim. 12/ 4). II-23.1 sayılı Önemli Nitelikte İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin mülga m. 5/ 1 (f) hükmünde ise, nakit sermaye koyma borcunun ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlarla takas edilmesi önemli nitelikte işlem olarak sayılmaktaydı.

alacakların gerçekliğinin, TTK m. 342'ye uygunluğunun ve tahsil edilebilirliklerinin belirtilmesi gereklidir.

Yukarıda sayılanlara ek olarak, taşınmazların tapu siciline şerh ettirilmesi, taşınırınların güvenilir kişiye tevdi edilmesi şartıyla aynı sermaye olarak taahhüt edilebilmesi (TTK m. 128), şirketin ticaret siciline tescilinde sermayenin tamamen taahhüt edilmiş olması (TTK m. 332/1 ile 335/1), itibari değerden aşağı bir bedelle pay çıkarılamaması (TTK m. 347)³⁵⁴, kuruluşun sonra devralmalar (kanuna karşı hile) hakkında özel usul öngörülmesi (TTK m. 356), bedeli tamamen ödenmemiş payların hamiline yazılı pay senedine bağlanamaması (TTK m. 484/2), anonim şirketlere kıyasen uygulanacak³⁵⁵ sermaye taahhüdünden kaynaklanan borçtan ortakların ibra edilememesi (TTK m. 601), aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde usulsüzlük yapanlar hakkında hukuki ve cezai müeyyideler öngörülmesi (TTK m. 551, 562), sermaye hakkında yanlış beyanlardan dolayı sorumluluğun düzenlenmesi (TTK m. 550), sermaye taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde hukuki yaptırımlar öngörülmesi ile ıskat prosedürünün düzenlenmesi (TTK m. 481-483) gibi hükümlerle sermayenin şirkete eksiksiz bir şekilde tahsisi amaçlanmıştır.

2. Sermayenin Ortaklık Sona Erinceye Kadar Muhafazasını Amaçlayan Hükümler ve Bağlı Malvarlığı

a. Hükümler

Sermayenin korunması ilkesi, aynı zamanda, şirket sermayesinin ortaklık sona erinceye kadar işletme konusunun eldeedilmesine özgülenmesi, bir diğer ifade ile ortaklığa ve amaca bağlı olması anlamını taşı-³⁵⁶. Pay sahipleri tarafından taahhüt edilen sermayenin eksiksiz bir şekilde getirilmesini te-

³⁵⁴ SerPK m. 12/2 ve VII-128.1 sayılı Pay Tebliği. 18. uyarınca, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıklar, sermaye artırım kararının kamuya açıklanma tarihinden önceki otuz gün içinde paylarının borsada oluşan ağırlıklı ortalamasının nominal değerinin altında alınması durumunda, yapacakları sermaye artırımında paylarını nominal değerinin altında bir fiyattan ihraç edebilir.

³⁵⁵ SEVİ, s. 109, 114.

³⁵⁶ TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s. 1683.

min etmek amacıyla öngörülen tüm kurallar, bu sermayenin kısa zamanda pay sahiplerine iade edilebildiği koşullarda anlamını yitirir, önemsizleşir³⁵⁷. Bu nedenle sermayenin korunması ilkesi, sermayenin eksiksiz bir şekilde oluşturulmasına ve busermayenin şirket sona erinceye kadar muhafaza edilmesine ilişkin kurallarla bir bütündür. Hatta sermayeyi koruyan hükümler içinde enönemlilerinin, şirket sermayesinin pay sahiplerine yapılan dağıtımlar neticesinde azalmasını engelleyen hükümler olduğu kabul edilmektedir. Zira, alacaklılar için asıl önemli olan, uzun yıllar önce sermayenin eksiksiz teşekkül etmiş olmasından ziyade, bu sermayenin şirketin faaliyetleri boyunca korunmasının teminidir³⁵⁸.

Sermayenin ortaklık sona erinceye kadar muhafazası amacıyla ihdas edilen hükümlere, sermayeye faiz tahakkuk ettirilmemesi (TTK m.509/1), şirketin kanunda belirtilen istisnai haller dışında kendi hisselerini iktisap edememesi (TTK m. 379 vd.), kar payının ancak net dönem karından ve dağıtılabılır yedek akçelerden dağıtılabılması (TTK m. 509/2), kuruculara kuruluşdaki emeklerine karşılık şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek menfaat tanınmasının yasaklanması (TTK m. 348), kuruluşun sonra devralmaların özel usule tabi olması (TTK m. 356)³⁵⁹ hakkındaki hükümler örnek olarak verilebilir. Sayılan kurallar, aynı zamanda sermayenin iadesi yasağının (TTK m.480/3) gereğidir. Zira tüm bu hükümler, sermayenin pay sahiplerine geri kazandırılmasını önlemektedir. Ayrıca, sermayenin zararlar sonucunda kısmen veya tamamen karşılıksız kalması halinde yönetim kurulunun alması gerekli tedbirler hakkındaki hükümler de (TTK m. 376/1 ve 2) sermayeyi korumaktadır. Ancak bu ihtimalde, sermayenin pay sahiplerine yapılan kazandırmalar neticesinde yitirilmesi zorunlu değildir.

³⁵⁷ LUTTER, Kölner Kommentar, § 57 N. 2; BAYER, § 57, N. I; HOMMELHOFF, § 30, N. I; HüFFER, § 57, N. I; DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s. 139; aynı yönde PoROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), 2010, N. 467; SEvi, s. 49.

³⁵¹ ENGERT, Legal Capital, s. 651.

³⁵⁹ TTK m. 356, aynı sermaye getirilmesi usulünün dolanılmasına engel olan yönü ile sermayenin eksiksiz şekilde şirkete tahsis edilmesini, şirketin kuruluşundan itibaren önemli nitelikteki harcamaları denetime tabi tutması yönüyle ise sermayenin muhafazasını amaçlamaktadır.

Anılan tüm hükümlerin ayrıntılı şek.ilde açıklanması çalışmanın amacını aşmaktadır. Bu nedenle aşağıda özellikle, söz konusu hükümlerle tespit edilen koruma altındaki değer belirlenmeye çalışılmıştır.

b. Bağlı Malvarlığı

(1) TTKm. 519/3 Hükmüne Göre Bağlı Malvarlığı

Koruma altındaki değer/bağlı malvarlığı, bir görüşe göre, kanuni yedek akçelerin sarfına kural olarak izin verilmeyen kısmının sermayeye eklenmesi suretiyle tespit edilir. Bu görüş dayanağını, genel kanuni yedek akçelerin kullanılabilme şartını düzenleyen TTK m. 519/3'te bulur. Anılan hüküm uyarınca, genel kanuni yedek akçe sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararları kapatmak, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmek veya işsizliğin önüne geçmek ve sonuçlarını hafifletmek hususunda elverişli önlemler almak amacıyla kullanılabilir. Böylece Kanun'da kural olarak kanuni yedek akçenin, sermayenin yarısını geçmediği hallerde sarfına izin verilmemiş ve ancak hükümde belirtilen istisnai hallerde kullanılabileceği hükme bağlanmıştır. Örnek vermek gerekirse, 100.000 TL tutarında esas sermayesi bulunan bir şirket ancak kanuni yedek akçesinin, sermayenin yarısı olan 50.000 TL'yi aşan tutarını serbestçe sarf edebilir. Sermayenin iadesi zaten mümkün olmadığından, alacaklılar için esas sermayenin bir buçuk katı kadar bir güvence sağlanmıştır³⁶⁰.

(2) TTKm. 379 Hükmüne Göre Bağlı Malvarlığı

Şirketin finansal durumunun korunmasına yönelik bir diğer düzenlemeye, şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi hakkındaki genel kuralı düzenleyen TTK m. 379 hükmünde rastlanır. Bilindiği üzere, eTK'nın 329. maddesi, şirketin kendi paylarını iktisap etmesini veya rehin olarak kabul etmesini sakıncalı³⁶¹ görerek belirli istisnalar dışında engellemekte idi. Kanun

³⁶⁰ 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de ise dağıtımın ancak şirket net aktifinin, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamını aşan kısmından yapılabileceği belirtilirken, "dağıtılmasına izin verilmeyen yedekler" tanımlanmamış, üye ülkelerin mevzuatları uyarınca bu hususun belirlenmesi tercih edilmiştir.

³⁶¹ Bu sakıncalar arasında, pay sahipleri tarafından şirkete getirilen sermayenin geri alınması yasağına aykırılık, hisseler düşme eğiliminde iken şirketin, haklı pay sahibinin paylarını

koyucu İkinci Yönerge'ye (2017/1132 sayılı Yönerge) uyum sağlamak amacıyla, TTK'nın 379 ila 389. maddelerinde şirketin kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul etmesini³⁶¹ mülga kanundan çok daha esnek bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, bir anonim şirketin ivazlı olarak³⁶³ esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşmayan oranda kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul edebilmesine izin verilmiş, belirlenen eşiğin aşılması halinde ise iktisap kuralı olarak yasaklanmıştır³⁶⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesinin şartlarını belirlerken, sermayenin yitirilmesini engelleyen hükümler ihdas etmiştir (TTK m. 379 vd.). Birdiğer ifadeyle, sermayenin korunması ilkesinin gereği olarak konu hakkında özel düzenleme yapılmıştır. Sistem ana hatlarıyla şu şekilde açıklanabilir: Kanunun izin verdiği %10'luk orana kadar şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi gereklidir. En çok beş yıl için verilebilecek bu yetkide, iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların sayıları ve toplam itibari değerleri ile ödenebilecek bedelin *altı*³⁶⁵ve üst sınırının gösterilmesi gereklidir (TTK m. 379/2). Dikkat edileceği üzere burada kanun koyucu konuya özel önem atfetmiş ve

yüksek değerden satın alınması suretiyle diğer pay sahiplerinin zarara uğratılması, ortaklık gelirlerinin ortaklık amacı dışında kullanılması, şirketin likidite kaybına uğraması ve son olarak alacaklıların teminatının azaltılması gibi hususlar sayılabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, s. 73 vd; ÇELİKTAŞ, s. 132 vd; AYDIN, Kendi Payını Edinme, s.98 vd.; OKUTAN NİLİSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 90; ÇAPA, s.33-38.

³⁶²Kendigelen, şirketin kendi payını iktisabı hakkında genel prensibi belirleyen TTK m. 379'da iktisaplar ile rehin olarak kabulün birlikte düzenlenmesini eleştirmektedir. Yazara göre, rehinden sadece m. 379/1-2 ile 385'te söz edilmiş olması sebebiyle, rehnin ayrı bir başlık altında düzenlenip, iktisap için öngörülen hükümlerin, uygun düştüğü ölçüde rehin için de uygulanacağını belirtilmesi daha isabetli olurdu. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 276.

³⁶³Belirtmek gerekir ki, TTK m. 383'te şirketin, bedellerinin tamamının ödenmiş olması şartıyla, kendi paylarını ivazsız olarak sınırsız bir şekilde iktisap etmesine izin verilmiştir.

³⁶⁴Hükümle getirilen bu sınırlama, üçüncü kişi adına ve şirket hesabına gerçekleştirilen iktisap ve rehin işlemleri için de geçerlidir. Ayrıca, bir haklın şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisap edilmesi de hükümde öngörülen sınırlamaya tabidir.

³⁶⁵Öğretide, yönetim kuruluna verilecek yetkide genel kurul tarafından paylar için ödenecek alt sınırın gösterilme zorunluluğu haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 275.



yönetim kurulunun genel kurulun müdahalesi olmadan yapabileceği satım sözleşmelerinden ayrı bir usul öngörerek yönetim kurulunun takdir hakkını sınırlamıştır.

Ayrıca Kanun, yinesermayenin korunması düşüncesiyle, şirketin kendi paylarını iktisap etmek için ödeyeceği bedelin şirket net aktifine müdahale etmemesi şartını getirmiştir. Bir diğer söyleyişle, şirketin kendi paylarını iktisap etmek için ödediği bedel düşüldükten sonra kalan şirket net aktifinin, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması aranmaktadır. Böylece TTK m. 379'da, finansal koşulun sadece iktisap öncesinde karşılanması yeterli görülmemiş ve iktisap edilecek paylar için ödenecek tutar düşüldükten sonra da şirket net aktifinin korunması aranmıştır. Şirket net aktifi, şirket aktiflerinden borçların çıkarılması suretiyle tespit edilir. Yani, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedekler toplamının net aktifi aşan kısmı, pay edinimi için ödenebilecek azami tutarı oluşturmaktadır. Özetle bu hükme göre, şirkette korunması gereken bağlı malvarlığı, "sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedekler toplamı" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dağıtılmasına izinverilmeyen yedek akçe tutarını tespit edebilmek için ise, TTK m. 519 ila 521 incelenmelidir. Yukarıda açıklandığı üzere, kanuni yedek akçenin ancak sermayenin yarısını aşan tutarının serbestçe sarfına izin verilirken, bu tutara ulaşmayan yedek akçelerin pay sahiplerine dağıtılması veya istisnai haller dışında kullanılması yasaklanmıştır. Ayrıca, esas sözleşmeye hüküm konulmak şartıyla, ayrılması zorunlu bulunan kanuni yedek akçe tutarını³⁶⁶ aşan bir miktarda yedek akçe ayrılması mümkündür. Ayrılan bu yedekler belirli bir amaca tahsis edildiklerinden esas sözleşme değiştirilmediği sürece ancak bu amaç doğrultusunda kullanılacaklardır. Bunun yanında, TTK m. 520/ 1 gereği, şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması zorunludur. Kanun koyucu, ayrılan yedek akçelerin, anılan payların devredilmesi ya da yok edilmesi halinde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilmesine izin vermiştir. Dolayısıyla, bu paylar devredilmediği yahut yok edilmediği takdirde, TTK m.520/ 1 gereğiayrılmış yedekakçelerin çözülmesi mümkün değildir.

* Bu tutar TTK m. 519 uyarınca, ytlık karın %S'inini ödenmiş sermayenin%20'sine ulaşmaya **udu** eklenmesiyle tespit edilir.

Dikkat edileceği üzere, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de dağıtımlar hakkında öngörülen bilanço testi burada da benimsenmiştir³⁶⁷. Böylece şirketin kendi paylarını, ancak dağıtılabilecek malvarlığından finanse edilmesi koşuluyla iktisap etmesine izin verilerek bu işlem neticesinde ortaklık sermayesinin azalması veya alacaklıların zarar görmesi engellenmektedir³⁶⁸. Ancak bu hükmünde bağlı malvarlığı, TTK m. 519/3 hükmüne kıyasla genişlemiş ve esas sermaye ve genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısına ulaşan kısmından başka şirketin kendi isteğiyle ayırdığı tahsisli yedekler ile TTK m.520 hükmü gereği ayrılmış olan yedekler de "dağıtılamayan yedekler" adı altında bağlı malvarlığına dahil edilmiştir.

(3) TTK m. 376 Hükmüne Göre Bağlı Malvarlığı

Sermayenin ortaklık sona erinceye kadar muhafazasını amaçlayan bir diğer düzenlemeye, TTK m. 376/1 ve 2 hükümlerinde rastlanmaktadır. TTK m. 376, şirketin finansal durumunun bozulduğu hallerde alınması gereken tedbirleri düzenler. Söz konusu hükmün ilk iki fıkrası, sermayenin belirli oranlarda kaybedilmesi halinde yönetim kurulunun görevlerini düzenlediğinden sadece bu iki fıkra sermayenin korunmasına ilişkindir. Üçüncü fıkra ise şirketin borca batık olması, bir diğer ifadeyle aktiflerin borçları karşılayamama ihtimali düzenlenmiştir. TTK m. 376/1 uyarınca, son yıllık bilançodan³⁶⁹, sermaye ile kanuni yedek akçeler³⁷⁰ toplamının yarısının zararlar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa³⁷¹, yönetim kurulunun

³⁶⁷ Bilanço testi hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, a, (2).

³⁶⁸ YILMAZ, Kendi Paylarını Devralma, s. 32; ÇELİKTAŞ, s. 57. Düzenlemenin eleştirisi için bkz. AYDIN, Kendi Payını Edinme, s.5-20.

³⁶⁹ Sermaye kaybının tespiti için bilanço hazırlanması zorunludur. Ancak hükmün lafzına rağmen, bilançonun mutlaka "yılsonu bilançosu" olması gerekmediği, sermaye kaybının "yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış bir ara bilanço" ile tespit edilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 497.

³⁷⁰ Mülga m. 324'te ise, kanuni yedek akçeler yapılacak oranlamada dikkate alınmamakta, sadece sermayenin yitirilmesine sonuç bağlanmakta idi.

³⁷¹ Sermayesiyle kanuni yedek akçeler toplamının yarısını zararlar sebebiyle yitiren şirketin sağlığa kavuşturucu birleşmeye katılabilmesini düzenleyen TTK m. 139/1'de de aynı formüle yer verilmiştir. Ayrıca hükmünde TTK m. 376/3 kapsamında borca batık olan şirketin de borca batıklık durumunu karşılayabilecek özvarlığa sahip bulunan şirket ile birleşebileceği belirtilmiştir.

genel kurulu toplantıya çağırması ve uygun gördüğü iyileştirici önJem)eri genel kurula sunması gerekir. Bu fıkrada sadece, genel kurulun konu hakkında bilgilendirilmesi ve iyileştirici önlem hakkında kurulun karar vermesi aranmıştır. Buna karşılık, hükümde belirli bir iyileştirme tedbirinin uygulanması zorunlu kılınmamıştır. Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde ise genel kurul, sermayenin yitirilen oranda³⁷² azaltılmasına ya da sermayenin tamamlanmasına karar vermelidir. Bu iki önlemden biri alınmadığı takdirde şirketin kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir (TTK m. 376/2). Özetle, kanun koyucu sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en fazla yarısına kadar bir oranda yitirilmesine izin vermekte, kaybın yarıyı bulduğu anda ise önJem alınmasını zorunlu kılmaktadır.

(4) TTKm. 480/3 Hükümüne Göre BağlıMalvarlığı

Esas sermaye sisteminin benimsenmediği Amerikan hukukunda dahi, şirketin faaliyetleri neticesinde oluşan malvarlığının, pay sahiplerine yapıları dağıtımlar neticesinde yitirilmesine karşı tedbirler öngörülmüştür. 2017/ 1132 sayılı Yönerge nedeniyle AB üyesi ülkelerde egemen olan sermayenin korunması ilkesi uyarınca benimsenen sermayenin iadesi yasağı da şirket sermayesinin, karında öngörülen istisnalar dışında pay sahiplerine iade edilmesini engellemektedir. Ancak, "sermayenin iadesi yasağı" şeklindeki ortak terminolojiye rağmen, bu kuralın koruma kapsamı farklı değerlendirilmektedir. Türk hukukunda, yasağın kapsamının belirlenebilmesi için mukayeseli hukukta ileri sürülen görüşlerin tekrar edilmesinde fayda vardır. Yukarıda açıklandığı üzere, sermayenin iadesi yasağı ile korunan rakam, Alman Limited Şirketler Kanununda, esas sermaye karşılığı olarak kabul

³⁷² Kanun, tedbir olarak sermayede 2/3'lük oranda azaltım yapılmasını öngörmektedir. Yitirilen kayıp oranında azaltım yapılması halinde şirket sağlığa kavuşacaktır. Öte yandan 2/3'lük bir azaltım uygun bir çözüm olmayabilir. Zira, esas sermayesini aşan miktarda kanuni yedek akçesi olan bir şirketin, kanuni yedek akçe ile sermayesinin 2/3'ünü yitirmesi halinde dahi, kalan bakiye, sermayesinden fazla olabilir ki bu durumda hükümle öngörülen sermayenin azaltılması önleminin alınması mümkün olmayacaktır. Örnek vermek gerekirse, şirketin esas sermayesinin 100.000, yedek akçelerinin ise 140.000 TL tutarında olduğu varsayımında, bu şirketin özkaynağı 80.000 TL olduğunda, hala sermayesinin yarısından fazlası şirket bünyesinde bulunduğundan sermaye azaltımı yapılması bir çözüm olmayacaktır. Konu hakkındaki açıklama ve örnek için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 267, 268.

edilmektedir. Buna karşılık, AktG § 57/ 1 ile AktG § 57/3 hükmünü birlikte yorumlayan hakim görüş korumanın esas sermaye ile sınırlı olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, pay sahibine ancak kar payı şeklinde dağıtım yapılmasına izin verildiğinden (AktG § 57/3), kar payı şeklinde yapılmayan tüm menfaat aktarımları sermayenin iadesi yasağını ihlal etmektedir. İsviçre hukukunda ise, kapsamı tartışmalı olmakla birlikte sadece bağlı malvarlığından yapılan ödemeler sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmektedir.

Türk hukukunda ise, bu konuda görüş birliği yoktur. İleri sürülen görüşlerden ilki uyarınca, sermayenin iadesi yasağının koruma kapsamı esas sermaye karşılığı ile sınırlıdır³⁷³. Bu görüşe göre, kanuni yedek akçeler ile serbest yedek akçelerin, kanunda izin verilmeyen şekilde sarf edilmesi sermayenin iadesi yasağına değil, yedeklerin kullanımına ilişkin hükümlere aykırılık teşkil ederm. Yargıtay da bir kararında, usulsüz kar dağıtımlarının sermayenin iadesi anlamına geleceğine hükmederken, yasağın kapsamının sermaye ile sınırlı olduğunu belirtmiştir³⁷⁵.

Sermayenin iadesi yasağının kapsamının "sermaye" ile sınırlı olduğu kabul edildiğinde, sermayenin kapsamının belirlenmesi ise ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda ileri sürülen bir görüş uyarınca, muhasebesel olarak kanuni yedek akçe kalemlerine dahil olan prim de sermaye kapsamında kabul edilip bunun dağıtılmasına izin verilmemelidir³⁷⁶. Aksi yöndeki görüşe göre ise, mehz İsviçre hukukundan farklı olarak TTK m. 480 hükmünün sermayeyi koruması ve sermayenin belirlenmesinde primin dikkate alınma-

³⁷³ SEVi, s. 435, 463, 465.

³⁷⁴ SEVi, s. 435-438. Ayrıca bu görüşe göre, şirketin serbest malvarlığından yapılan, piyasa koşullarına aykırı örtülü dağıtım Jarm açık veya gizli kar dağıtımı olarak kabul edilip, aykırı dağıtımlara TTKm.512,513 hükümlerinin uygulanması gereklidir. Bkz. a.e., s. 439,462.

³⁷⁵ 'İl.nonim şirketin kendi ortaklarına kar dağıtabilmesi için, şirket esas sermayesini aşan bir değer fazlalığının mevcudiyeti şarttır.Aksi halde, şirket sermayesinin azalması sonucunu doğuran zarara rağmen kar (temettü) tevzii, bir nevi esas sermayenin ortaklara iadesi demek olur ki, TTK .n 405/2. fıkrasına göre buna kanunt cevaz yoktur." Karar için bkz. Yarg. TD. 3.4.1967 gun ve E.1965/1343, K.1352, MORO Lu/KENDİGELEN, s. 382.

³⁷⁶ Tartışma için bkz.SEVi, s. 434.

ması sebebiyle, primin dağıtılması TTK m. 480 kapsamında değerlendirilmemelidir-3⁷⁷.

Bu konuda ileri sürülen ikinci görüş uyarınca, sermayenin iadesi yasağı ile korunan değer, İsviçre hukukunda savunulduğu üzere bağlı malvarlığını kapsayacak şekilde anlaşılması gereklidir-3⁷⁸. Bu bağlı malvarlığı ise, sermaye ile dağıtılmasına izinverilmeyen yedek akçelerin toplamından oluşmaktadır. Kanaatimizce Yönerge düzenlemesi ile paralel olan bu görüşün üstün tutulması gereklidir. Zira, yukarıda incelenen ve sermayenin korunması yasağı nedeniyle ihdas edilen kuralların çoğunluğu bağlı malvarlığını korumaktadır. Bu nedenle, sermayenin korunması ilkesinin merkez kuralı niteliğinde kabul edilen sermayenin iadesi yasağında da aynı sonucun benimsenmesi gereklidir. Elbette, serbest malvarlığından yapılan örtülü işlemler nedeniyle şirketin zarara uğraması da engellenmelidir. Ancak bu işlemler, sermayenin iadesi yasağının değil, yönetim kurulu ve hatta pay sahibinin sorumluluğu başlığı altında incelenmelidir.

Bu konuda ileri sürülen üçüncü görüşe göre, ancak belirli usul kurallarına uyularak ve sadece şirket karı ile yedek akçelerden dağıtım yapılması mümkün olduğundan, tüm şirket malvarlığı TTK m. 480/3'ün koruma kapsamındadır³⁷⁹. Zira, TTK m. 480 hükmü ile sadece bağlı malvarlığının korunduğu kabul edildiğinde, şirketin kar dağıtımını usulüne uymaksızın korunan miktarı aşan kısmı serbestçe pay sahiplerine dağıtabileceği sonucuna ulaşılır³⁸⁰. Anılan görüş, konuyu daha ziyade alacaklı koruması çerçevesinde ele almakta ve sınırlı sorumluluk ilkesi nedeniyle, şirket malvarlığının

³⁷⁷ OR m. 680/2 hükmü "*Pay sahipleri şirkete pay bedeli olarak ödedikleri tutan geri isteme hakkına sahip değildir.*" şeklindedir. Primin pay bedeline dahil olması, İsviçre hukukunda primin dağıtılmayacağı görüşünün savunulmasına sebep olmuştur. Halbuki, Türk hukukunda, sermayenin iadesinin yasaklanmış olması ve sermayenin hesaplanmasında primin dikkate alınmaması aksi yöndeki görüşün dayanağını oluşturmaktadır. YANLI, Kar Dağıtımı, s. 13, 14. Kırca da, primin TTK m. 480 hükmü yerine TTK m. 519 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bk1. KIRCA, Sermayenin İadesi, s.647.

³⁷⁸ AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 23.

³⁷⁹ Görüşler için bkz. DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 49; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 126 vd.; GÜREL, s. 102-105.

³⁸⁰ GOREL, s. 103.

korunması gerektiğine vurgu yapmaktadır³⁸¹. Ancak kanaatimizce, sınırlı sorumluluk ilkesinin alacaklılar için yarattığı riske karşı yegane koruma, sermayenin iadesi yasağı ile sağlanmamaktadır. Zira, alacaklıların, şirketin iflas etmesi halinde, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davası açabilmeleri de mümkündür. Bu nedenle, alacaklıların korunması ihtiyacından hareketle tüm şirket malvarlığının TTKm. 480/3'ün kapsamında olduğu kabul edilmemelidir.

(5) TTK m. 358 Hükmüne Göre Bağlı Malvarlığı

Borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 uyarınca borçlanmaya, serbest yedek akçeler ile şirket karının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması şartıyla izin verilmiştir. Bir diğer ifadeyle anılan hükümde, farklı bir formül kullanılmak suretiyle koruma altındaki değer yaratılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde, söz konusu değer ile TTK'nın sermayeyi koruyan diğer hükümleri uyarınca benimsenen değerın paralellik arz edip etmediği tespit edilmiştir³⁸². Dolayısıyla 358. maddeye göre bağlı malvarlığının ne olduğu konusu ileride ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

(6) Bağlı Malvarlığı Konusunda Ara Değerlendirme

Yukarıda incelenen hükümlerin hemen hepsinde bağlı malvarlığı, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamından oluşmaktadır. Sadece, sermaye kaybı halinde yönetim kurulunun görevlerinin belirlendiği TTK m. 376/1 vem. 376/2 hükümleri, "sermaye ile kanuni yedek akçeler" toplamının belirli oranlarda yitirilmesi ihtimalini düzenlemiştir. Öte yandan hüküm ile sağlığa kavuşturucu önlem olarak, "sermayenin" azaltılması ya da tamamlanması öngörüldüğünden, anılan düzenlemenin, bağlı malvarlığının tespit edilmesinde bir temel ilke olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle çalışmada bağlı malvarlığının, Yönerge düzenlemesine paralel şekilde sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamından oluştuğu savunulmaktadır. Dağıtılmasına izin verilen/verilmeyen yedek akçelerin belirlenmesi aynı zamanda borçlanma yasağının şartlarının açıklanması için de gerekli olduğundan yedekler konusu ayrıntılı

³⁸¹ GÜREL, s. 104.

³⁸² Bkz. İkinci Bölüm, IV, B.

olarak çalışmanın ikinci bölümünde ele alınırıştır-"¹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, esas sözleşme (TTK m. 521) ya da genel kurul karar (TTK m. 523) gereği ayrılan yedek akçelerin, istenildiği anda, oluşturuluş şekline bağlı olarak bir genel kurul kararı ya da esas sözleşme değişikliği ile çözümleri mümkündür³⁴.

3. Malvarlığının Ortaklık Sona Erinceye Kadar İşletme Konusuna Tahsis Edilmesini Amaçlayan Hükümler

Çalışmanın bu bölümünde, şirketin sahip olduğu tüm malvarlığının ortaklık sona erinceye kadar işletme konusuna tahsis edilmesini amaçlayan hükümlerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, şirketin ne kadar sermayesinin olduğu ve bu sermayenin korunup korunmadığı önem taşımamaktadır. Bir diğer ifadeyle, bu bölümde, şirketin sermayesinden bağımsız olarak tüm malvarlığının korunmasını hedefleyen hükümler açıklanmıştır. Bu hükümlerin öngördüğü korumanın kişi açısından kapsamı, sermayenin iadesi yasağı ve bu yasak nedeniyle kabul edilmiş kurallann aksine pay sahipleriyle sınırlı değildir. Dolayısıyla bu bölümün konusunu, şirketin serbest malvarlığını herkese karşı koruyan hükümler oluşturmaktadır.

Malvarlığının işletme konusuna tahsisini amaçlayan düzenlemelerden birine, şirketin kendi hisselerinin iktisap edilmesi amacıyla, malvarlığının riske edilmesini önlemeyi amaçlayan "finansal yardım yasağı" hakkındaki TTK m. 380'de rastlanır. Anılan düzenleme, bir şirketin, paylarının iktisap edilmesi amacıyla başka bir kişiye avans, ödünç veya teminat vermesini yasaklamaktadır. Kaldıraçlı devralma (*leveraged buyout*)³⁸⁶ olarak adlandırılan bu işlemlerde hedef şirketin malvarlığı, hisse senetlerinin iktisabı için çeşitli kredi kurumlarından alınan kredinin temin edilmesinde kullanılmakta ve hedef şirketin gelirleri ile krediler geri ödenmektedir^{3•1}.

³⁸³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 1.

³⁸⁴ AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 17.

³⁸⁵ Yasak kapsamındaki işlemler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. OKUTAN NİLSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 95; YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 31, 32; GÜREL, s. 136, 137.

³⁸⁶ Ayrıca konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 29-44.

³⁸⁷ Ü KUTAN NİLSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 91.

Finansal yardım yasağı hakkındaki hüküm ile şirket paylarının edilmesinde, hedef şirket malvarlığından yararlanılması engellenerek, şirket malvarlığı korunmaktadır. Gerçekten de, söz konusu yasağın uygulanmasında, şirketin finansal durumunun bir önemi bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, esas sermayesinin çok üzerinde aktif bulunan bir şirketin dahi, kendi hisselerinin iktisabı amacıyla malvarlığına veya sermayesine oranla çok küçük miktarda ödünç vermesi yasaktır. Bu nedenle finansal yardım yasağı ile öngörülen koruma esas sermaye ya da dağıtılmasına izin verilmeyen yedekler tutarı ile sınırlı değildir. Aksine, tüm şirket malvarlığı koruma altındadır-m. Buna karşılık, hükümde bağlı malvarlığınma gönderme yapan bir düzenleme de vardır. Çalışanlar ya da kredi ve finans kurumları lehine tanınan istisnanın geçerliliği, bu işlemlerin şirketin bağlı malvarlığına zarar vermemesi koşuluna bağlanmıştır. Ancak, finansal yardım yasağı hakkında temel kuralı koyan 380/ 1 c. 1'de sayılan işlemler mutlak şekilde yasaklandığından ve bağlı malvarlığına herhangi bir gönderme yapılmadığından bu hükmün tüm şirket malvarlığını korumayı hedeflediği kabul edilmelidir³⁹⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, finansal yardım yasağının kişi açısından kapsamının pay sahibi ile sınırlı olmaması³⁹⁰ da yasağın sermayenin korunması ilkesi uyarınca benimsendiğinin ileri sürülmesine engeldir. Nitekim

³⁸⁸ Aynı yönde, AİUCU/VEZİROCLU, s. 120-122. Ancak yazarlar, bu tercihi eleştirmekte ve finansal yardım yasağının kaldırılması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, yapılan finansal destek nedeniyle şirketin zarar görmesi riskine karşı, pay sahipleri ile alacaklılar, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu hakkındaki hükümler ile korunmalıdır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 2006 yılında yapılan değişiklikte kabul edilen ve önce 2012 tarihli İkinci Yönerge'ye ardından da 2017/1132 sayılı Yönerge'ye aynen aktarılan düzenleme, üye ülkelere şirket serbest malvarlığından, finansal yardım sağlanması konusunda takdir hakkı vermektedir. Bu yetki Türk hukukunda kullanılmış olsaydı, elbette, hükmün malvarlığı yerine sermayeyi koruduğunun kabul edilmesi gerekecekti. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜREL, s.135.

³⁸⁹ Öte yandan, sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen yönetim kurulu kararlarının butlanını düzenleyen TTK m. 391/1 (b) hükmünün gerekçesinde, sermayeyi koruyan hükümler sayılırken, finansal yardım yasağına da yer verilmiştir. Kanaatimizce, TTK m. 380/ 1, sermayenin korunması ilkesi gereği ihdas edilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, anılan hüküm bağlı malvarlığı yanındaserbest malvarlığını da koruduğundan, hükmün kapsamı daha geniştir.

³⁹⁰ Yukarıda açıklandığı üzere mukayeseli hukukta sermayenin korunması kavramı ile sermayenin pay sahiplerinin faydacı eylemlerine karşı korunması kastedilmektedir. Bkz. Birinci Bölüm, I, A.

yabancı öğretide de finansal yardım yasağı sermayenin korunması yasağının doğrudan kapsamında değerlendirilmemekle birlikte konu ile ilgili kabul edilmektedir³⁹.

Haksız ve kötü niyetle alınan kar payının iadesi (TTK m. 512), yönetim kurulu üyesinin özen borcu (TTK m. 369) ile hukuki sorumluluğu **hakkin-**daki kurallar (TTK m. 553 vd.) ve hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması dolayısıyla haklın şirketin sorumluluğu (TTK m. 202 vd.) hakkındaki kurallar da serbest malvarlığını koruyucu etkiyi haizdirm. Benzer şekilde, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile üyelerin hükümde sayılan ya.kın-larının şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395 hükmünün de sermayenin yerine, şirket malvarlığının korunması amacıyla öngörüldü-ğü kabul edilmelidir³⁹³. Nitekim, yasak açısından, şirketin ne kadar sermayesi bulunduğu bir önemi yoktur. Bir diğer ifadeyle, finansal açıdan iyi durumda bulunan, hatta malvarlığı esas sermayesini önemli ölçüde aşan bir şirketin dahi yönetim kurulu üyesine borç vermesi yasaklanmıştır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, esas sermaye sistemi gereği öngörülen kuralların büyük bir bölümü, sermayenin eksiksiz bir şekilde şirkete tahsisi ile tahsis edilmiş sermayenin ortaklığın ticari faaliyeti süresince korunmasına yöneliktir. Bunun yanında Kanun'da, bağlı malvarlığını aşan değer de korunmasına yönelik hükümlere rastlanmaktadır. Ancak esas sermaye sistemi gereği öngörülen düzenlemelerin büyük çoğunluğu şirket sermayesini koruduğundan çalışmada, ilkenin "sermayenin korunması ilkesi" olarak anılması tercih edilmiştir.

İL. EŞİT İŞLEM İLKESİ

Türk öğretisi sermayenin korunması amacıyla ihdas edilmiş hükümleri, özellikle alacaklı koruması açısından ele almış ve konuyu bu yönüyle irdelemiştir³⁹⁴. Ancak şirket sermayesi ile malvarlığının, hakim pay sahipleri ve

³⁹ RICKPORD GRUBU, s. 937-945, 954; benzer şekilde bkz. CAHN/DoNALD, s. 220.

³⁹¹ KAYAR, s. 31; karşı. SEVİ, s. 76.

³⁹³ Bkz. Üçüncü Bölüm, il.

³⁹⁴ TEKİL, s. 23; PULAŞLI, Şerh I, s. 717; PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 277; YüCE, s. 64; SEVİ, s. 81, 425. Ancak yazar, ilkenin paysahiplerinin menfaatlerini temin edici özelliğibulun-

yöneticiler tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesinde, alacaklılar kadar pay sahiplerinin de menfaatleri bulunmaktadır. Bu nedenle sermayeyi koruyan hükümlerin, şirket malvarlığından bazı pay sahiplerinin orantısız bir şekilde yararlanmasının engellenmesi ile pay sahipleri arasında eşitliğin sağlanması amacı da bulunmaktadır³⁹⁵. Bir diğer ifadeyle, bazı pay sahiplerinin şirket malvarlığından eşitliğe aykırı şekilde yararlanması aynı zamanda eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, çalışmanın konusunu oluşturan borçlanma yasağı, TTKm. 358'de pay sahipleri açısından, m. 395'te ise pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile onların yakınları açısından düzenlenmiştir. Eşit işlem ilkesinin ise, TTK m. 357 hükmünde sadece pay sahiplerine yönelik olduğu vurgulanmıştır. Yani, şirket ile yöneticilerin, pay sahipleri ile diğer menfaat sahipleri arasındaki eşitliği temin etmek zorunluluğu bulunmadığı gibi -MK m. 2 hükmü saklı kalmak kaydıyla- bazı alacaklılar ile çalışanlara imtiyaz tanınması da ilkeye aykırılık teşkil etmemektedir³⁹⁶. Nitekim hükmün gerekçesinde³⁹⁷ de bu husus açıkça belirtilmiş ve ilkenin kişi bakımından kapsamının pay sahipleri ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle, pay sahipleri için kabul edilen eşit işlem ilkesinin, TTK m. 395 hükmüne sirayet etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde sadece pay sahibinin borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 358 hükmü ile eşit işlem ilkesinin ilişkisi araştırılmıştır³⁹⁸.

A. Kavram

Anonim ortaklıkta çoğunluk ilkesinin geçerli olması, sermaye ve oy çoğunluğunu ele geçiren kişi veya grubun, ortaklığa her yönden hakim olmasına ve ortaklıkla ilgili hemen her türlü kararı tek başına alabilmesine

duğunu da belirtmektedir. Bkz. a.e., s. 411.

³⁹⁵ BINDER, 20, 21; CAHN/VON SPANNENBERG, § 57, N. 4.

³⁹⁶ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 159.

³⁹⁷ "Kurumsal yönetim kurallarından hareketle, bir kısım yabancı yazarlar eşit işlem ilkesine pay sahiplerini aşan ve tüm şirket ilgililerini (stakeholder) kapsayan bir boyut kazandırmak istemektedir (bakınız. Genel Gerekçe 89 numaralı paragraf). Tasanın 357 nci maddesi ilkeyi pay sahiplerine özgülemiştir." Bkz. Gerekçe. 357.

³⁹⁸ İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Eşit İşlem.

yol açmaktadır³⁹⁹. Bu nedenle çoğunluk pay sahibinin, azınlığın hak ve menfaatlerini dikkate almadan, sadece kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etmesini engellemek amacıyla, çeşitli hukuki araçlar öngörülmüştür. İşte eşit işlem ilkesi de, genel kurul kararlarının iptali, ağırlaştırılmış yeter sayılar ve azlık hakları gibi çoğunluğun keyfi davranışlarını engellemek amacıyla kabul edilmiş temel bir ilkedir⁴⁰⁰.

Eşit işlem ilkesinin yasal düzenlemeye bağlanmadığı eTK döneminde öğretide, ilke paylar arasında eşitlik olarak tanımlanmış ve her payın, sahibine eşit hak ve borçlar yüklediği ileri sürülmüştür⁴⁰¹. Diğer bir görüşe göre, eşit işlem ilkesi ile pay sahiplerine bir talep veya hak tanınmamakta; ilke ortaklık organlarının⁴⁰² bir yükümünü, yani ortaklık irade serbestisinin bir sınırını oluşturmaktadır⁴⁰³. Ancak, organların bu yüküme aykırı davranışları halinde, pay sahiplerinin talep hakkı olduğu savunulmuştur⁴⁰⁴.

Eşit davranma ilkesi, aynı şartlar altında bulunan kişilere eşit davranılmasını emreden ve özel hukukta uygulama alanı bulan genel bir prensiptir⁴⁰⁵. Nitekim TTK m. 357'de de açıkça belirtildiği üzere⁴⁰⁶, eşit şartlardaki pay

³⁹⁹ NÖMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 469; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 131, 132. Poroy/Tekinalp, anonim ortaklıklar hukukunda, çoğunluğun istediği karar alıp azınlığı ezebileceği mutlak çoğunluk ilkesinin terk edildiğini ve bunun yerine gücün sakınılarak kullanıldığı çoğunluk yaklaşımının benimsendiğini savunmaktadır. Bkz. POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), I, N. 465.

⁴⁰⁰ NÖMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 470; aynı yönde, ERDEM, s. 394; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 132, 133.

⁴⁰¹ İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 405.

⁴⁰² Eşit işlem ilkesinin şirketin kararlarını etkileme gücünü haiz hakim pay sahipleri için de yükümlülük öngördüğü yönünde bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 209.

⁴⁰³ NÖMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 472; PASLI, Kurumsal Yönetim, s. 184, 185.

⁴⁰⁴ Tekinalp ise, TTK m. 391 hükmü nedeniyle bu görüşü eleştirmektedir. Zira, yazara göre anılan görüş sadece yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde tazminat talep etme yetkisi verir. Halbuki, işlemin geçersiz kılınması mümkündür. Bkz. TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), I, N. 888.

⁴⁰⁵ ÜMAÇ, s. 1, 2, 4; NÖMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 471; PASLI, Kurumsal Yönetim, s. 184; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 132.

⁴⁰⁶ Eşit işlem ilkesi Alman ve İsviçre hukukunda da açıkça düzenlenen bir ilkedir. Örneğin AlTG § 53a, "Pay sahiplerine eşit şartlar altında eşit muamele edilecektir" hükmünü içermektedir. 1991 yılında yapılan reform ile İsviçre Borçlar Kanunu'na bu konuda iki yeni

sahiplerinin eşit işleme tabi tutulmaları kuraldır. Bu nedenle, sözü edilen eşitlik mutlak eşitlik olmayıp nisbi eşitliktir"⁷. Bu sonuç aynı zamanda oransallık ilkesi gereğidir. Ancak oransallık ilkesinin söz konusu olmadığı, diğer bir söyleyişle, paysahiplerinin pay oranlarına bakılmaksızın eşit olarak yararlanırları hakları da bulunmaktadır. Örneğin, paysahiplerinin genel kurula davet edilme ve katılma, kurulda konuşma, öneride bulunma, payların birleştirilmesini reddetme gibi konularda mutlak eşitliği söz konusudur⁴⁰³. Nitekim mutlak eşitliğin bazı hallerde söz konusu olabileceği hükmün gerekçesinde de belirtilmiştir⁴⁰⁹.

Gerekçe'de, hükmün *lex specialis* olup olmadığının tartışmaya açık olduğu ifade edilmiştir. Eşit işlem ilkesinin özel hüküm olarak kabul edilmesi halinde anonim ortaklık organlarının kararlarının ayrıca TMK m. 2 açısından denetlenmesine gerek yoktur. Başka bir deyişle, karar eşit işlem ilkesini ihlal etmiyorsa, ayrıca TMK m. 2'ye uygunluğunun araştırılmasına gerek yoktur. Ancak, eşit işlem ilkesi TMK m. 2'ye nazaran özel hüküm niteliğinde kabul edilmediğinde, ilkeye aykırı olmayan bir kararın örneğin, hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiği ileri sürülebilecektir¹⁰.

hüküm eklenmiştir. ORm. 706/3 uyarınca, şirket amacının haklı kılmadığı pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratan genel kurul kararlarının iptali mümkündür. OR m. 717/2'de ise, yönetim kuruluna aynı şartlar altındaki pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü öngörülmüştür. Eşit işlem ilkesi, Amerikan hukukunda da egemendir. Mukayeseli hukukta ilkenin düzenlenişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 470 vd.; ENGERT, Legal Capital, s.659.

⁷ NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s.471,472,485; PASLI, Kurumsal Yönetim, s. 184, 185; PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 158, 159; Gerekçe TTK m. 357; GRUNDMANN/GLASOW, s. 215; SEVİ, s. 425; ERDEM, s. 403; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 139. Yazar, paysahibinin vazgeçilemeyecek nitelikteki hakları açısından ilkenin mutlak şekilde uygulanacağını belirtmektedir.a.e., s. 139, 140.

.fOs TEKİNALP (PoROY/ÇAMoĞLu), I, N. 890; ERDEM, s. 403.

¹⁰⁹ Bkz. Gerekçe m. 357. İmregün'e göre ise, Türk hukukunda mutlak eşitlik ilkesi terk edilmiştir. Bkz. İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s.85.

⁴¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, önceki kararlarında eşit işlem ilkesini *lex specialis* olarak mütalaa ederken, daha sonraları bu görüşünden vazgeçmiş (BGE 102 II 265) ve TMK m. 2 açısından ayrı değerlendirme yapılmasına izin vermiştir. Konu hakkında bkz. NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 474-476; TEKİNALP (PoROY/ÇAMoĞLu), I, N. 891. Federal Mahkeme'nin sonraki kararının çevirisi için bkz. TEOMAN, İsviçre FM Kararı, s. 176-179; ayrıca bkz. BINDER, s. 20.

Hükümün gerekçesinde pay sahiplerinin eşit işlem ilkesinden oylan ile somut olaya özgü olarak vazgeçebilecekleri belirtilmiştir. Ancak ilkenin her hal için tamamıyla kaldırılması mümkün değildir⁴". Gerçekten de, oybirliği ile pay sahipleri arasında ayrımcılık yapılmasına rıza gösterilmesi mümkündür. Ancak, eşit işlem ilkesine aykırı bir düzenlemeye esas sözleşmede yer verilmesi kabul edilemeyeceği gibi, esas sözleşmeye genel nitelikte bir hüküm konularak ilkenin uygulanmayacağının kararlaştırılması da mümkün değildir.

B. İlkenin Düzenlenişi

Doktrin¹³ ve uygulama tarafından..., tartışmasız genel bir norm olarak kabul gören "eşit işlem ilkesi" TTK m. 357'de, "*Temel ilkeler*" başlığı altında düzenlenerek, yazılı bir hukuk normu haline gelmiştir⁴¹⁶. Gerekçe'de

m Bkz. Gerekçe TTK m. 357.

m NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 472,473.

m BİNDER, s. 20; PASLI, Kurumsal Yönetim, s. 184; PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 158; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 242; TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLu), I, N.887.

m Örneğin, Yargıtay 11.HD. 28.12.1984 tarihli kararında, bir kısım pay sahiplerinin, çağrı olmaksızın bakiye sermaye borçlarını ödemelerini eşitlik ilkesine aykırı görmüştür. Daireye göre, zamanından önce ödeme, kardan daha fazla yararlanma sonucunu doğurabileceğinden eşitlik ilkesini ihlal eder (E. 6507, K. 6608, YKD, 1983, s. 680 vd). Karar için bkz. TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLu), 2010, N. 890a: ..

m Paslı, genel hükümler dışında ayrı bir başlıkta "temel ilkeler" in düzenlenmesini eleştirmiştir. Yazara göre, temel ilkeler başlığı altında sadece iki ilkeye yer verilmesi, temel ilkelerin bunlarla sınırlı olduğu izlenimin(yaratması açısından sakıncalıdır. Halbuki, eşit işlem ilkesinin yanı sıra, sınırlı sorumluluk, çoğunluk, sermayenin korunması, kamuyu aydınlatma, kurumsal yönetim gibi ilkeler de anonim ortaklığa hakim ilkeler arasında kabul edilmektedir. Bkz. PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 158. Anonim ortaklığa hakim ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLu), I, N. 464a-471b; PULAŞLI, Şerh I, s. 715-746. İlkenin yasal dayanağı bulunmadığı dönemde öğretide ayrıca, ilkenin kanuni dayanağı olan dürüstlük kuralının zaten bu konuda yeterli koruma sağlayacağı belirtilmiş ve ilkenin genel bir hükümle Kanun'a almasının büyük bir yenilik getirmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 490.

⁴¹⁶ Eşit işlem ilkesi ayrıca KoopK. ile SerPK'da düzenlenmiştir. KoopK m. 23'te bu kurala "*Ortaklar bu kanunun kabul ettiği esaslar dahilinde hak ve vecibelerde eşittir.*" hükmü ile yer verilmiştir. Ayrıca SerPK m. 18/S'te, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim ortaklıklarda, yönetim kuruluna ana sözleşme ile rüçhan hakkını sınırlama yetkisi tanınabileceği kabul edilmiş ve bu yetki aynı zamanda eşit işlem ilkesi ile sınırlandırılmıştır:

hükümün bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanuni bir barikat çekerken, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını sağladığı belirtilmiştir.

Eşit işlem ilkesi, 2017/ 1132 sayılı Yönerge¹¹ nedeniyle üye ülkelerde de kabul edilen evrensel nitelikte bir ilkedir. Bu ilke Yönerge'nin 85. maddesinde açıkça ve genel bir prensip olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Yönerge'de bu ilkenin egemen olduğu çeşitli hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Yönerge, hakim pay sahiplerinin azınlığın pay oranını sulandırmasını engellemek amacıyla rüçhan hakkının zorunlu olarak tanınmasını öngörmektedir. Yönerge'ye göre, sadece nakdi sermaye artırımında söz konusu olan rüçhan hakkı uyarınca her pay sahibinin payları oranında artırılan sermayeye katılma hakkı bulunmaktadır. Aynı sermayenin bilirkışı değerlendirilmesinden geçmesi ve nakdi sermaye ile şirketin kurulmasından kısa bir süre sonra, pay sahibinin sahip olduğu malvarlığı değerlerinin şirket tarafından iktisap edilmesi durumunda öngörülen usuli işlemle²⁰ aslında pay sahipleri arasında eşitliğin teminini amaçlamakta²¹. Benzer şekilde, Yönerge'de kar payının, tüm pay sahiplerinin payları oranında dağıtılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Amerikan hukukunun aksine, şirketin kendi hisse senetlerini iktisap etmesi Yönerge'de "dağıtım" olarak tanımlanmamıştır. Ancak şirket tarafından sadece belirli pay sahiplerinin paylarının avantajlı fiyat ile iktisap edilmesi, Yönerge'nin temel ilkelerinden olan eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir m.

Söz konusu hüküm uyarınca, "Yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisi, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz".

- ¹¹ Eşit işlem ilkesi ayrıca, borsada işlem gören halka açık şirketler hakkındaki Şeffaflık (Transparency) Yönergesi'nin (2004/109/EC ve 15.12.2004 tarihli Yönerge) 17/ 1 maddesi ile Pay Sahiplerinin Hakları Yönergesi'nin (2007/36/EC ve 11.07.2007 tarihli Yönerge) 4. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir.

m Ancak ABAD verdiği kararlarda, ilkeyi dar yorumlamakta ve özellikle sermaye azaltım ve artırım kararları ile rüçhan hakkının kullanılmasında ilkeyi uygulamaktadır. ABAD kararları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s.215.

m Yönerge m. 72.

- ²⁰ Bu konuda bkz. Alman Federal Mahkeme Kararı, BGHZ 110, 47.

m ENGERT, Legal Capital, s.655.

m ENGERT, Legal Capital, s.655.

C. Eşit İşlem İlkesi ile Borçlanma Yasağının İlişkisi

Konumuz açısından, ilkenin pay sahibi ile şirket arasında yapılan sözleşmelere dayanan hukuki ilişkilere uygulanıp uygulanmayacağının tespiti gereklidir. Örneğin, ortaklığın sahibi olduğu bir handaki iş yerlerinin bazı pay sahiplerine kiralanırken, bazı paysahiplerinin bu uygulamaya dahil edilmemesinin⁴²³, şirketin Kanun'a uygun olarak iktisap ettiği kendi paylarını elden çıkarırken (TTK m. 384, 385) söz konusu payların sadece belirli pay sahiplerine devredilmesinin yahut sadece belirli pay sahiplerine borç verilirken diğer pay sahiplerinden bunun esirgenmesinin ilkeye aykırılık teşkil edip etmeyeceği irdelenmelidir.

Eşit işlem ilkesine ilişkin TTKm. 357 hükmünün gerekçesinde, ilkenin pay sahiplerinin "pay sahibi" sıfat ve konumlarıyla ilişkili olması sebebiyle şirket dışı işlemleri düzenleyen bir hüküm olan TTK m. 358'e uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Öğretide, pay sahibinin şirket ile arasındaki borç ilişkilerinde kural olarak pay sahibinin bu sıfatı ile değil, bir üçüncü kişi olarak şirketle karşı karşıya gelmesi sebebiyle söz konusu işlemlerin eşit işlem ilkesine tabi olmadığı belirtilmektedir⁴²⁴. Ancak, sözleşmenin yapılmasında ve şartlarının belirlenmesinde pay sahibi sıfatının rol oynadığı hallerde, özellikle sözleşmenin söz konusu pay sahibinin ortaklık içindeki etki imkanı nedeniyle yapılmış olması durumunda, eşit davranma ilkesinin istisnaen devreye gireceği kabul edilmektedir⁴²⁵. Örneğin, pay sahibine bu sıfatı dolayısıyla borç verilmesi, özel şartları haiz tahvillerin tahsis edilmesi veya piyasa değerinin altında mal satılması ya da hizmet sözleşmesi örtüsü altında örtülü kar verilmesi hallerinde eşit işlem ilkesinin bertaraf edildiği savunulmaktadır⁴²⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, örtülü dağıtımların açıkça 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 56. maddesinde düzenlenmemiş olması nedeniyle söz konusu hükmün örtülü dağıtımlara uygulanabilirliği konusunda tereddüt

^m NOMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 477.

⁴²⁴ NOMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 477.

⁴²⁵ NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 477, 478 ve dn. 33'te anılan yazarlar; aynı yönde bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 209.

⁰⁶ NOMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 478,479.

bulunmaktadı-m. Öte yandan, tün pay sahiplerinin payları oranında yararlanadığı örtülü dağıtımların eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturacağı genellikle savunulmaktadır⁴²⁷. Gerçekten de, özellikle sahip olduğu oy gücü ile yönetim kurulu üyelerini seçme ve azletme yetkisi olan çoğunluk pay sahibinin şirketle işlem yapması halinde bu paysahibinin herhangi bir üçüncü kişi gibi değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira şirket ile pay sahibi arasında yapılan işlemde edimler arasında bariz orantısızlık olması, bu işlemin "herhangi bir üçüncü kişi" ile yapılmadığını gösterir. Böyle bir ihtimalin varlığında ayrıca, pay sahibinin yönetim kuruluna talimat verip vermediğinin, sahip olduğu etki imkanını kullanıp kullanmadığının araştırılmasına dahi gerek yoktur. Çünkü, şirket üzerinde sahip olunan nüfuzun kullanılmamış olması halinde, basiretli bir yöneticinin piyasa koşullarına bariz aykırı bir işlem yapması beklenmez.

Öğretide, borç almak amacıyla şirkete birden fazla pay sahibinin başvurusu halinde, şirketin bu talepleri eşit işlem ilkesini gözeterek karşılaması gerektiği ifade edilmiştir. Anılan görüşe göre, yasağın söz konusu olmadığı hallerde yönetim kurulu, talepleri iletildikleri tarihe göre sıralayarak ve pay oranlarına uygun olarak yanıtlamalıdır. Birden fazla pay sahibinin aynı anda şirkete borçlanması halinde, şirketin finansal durumu uyarınca tüm ortakların borçlanabilmesi mümkün değilse, talep edilen miktarın borçlanılabilecek değere ayrı ayrı oranlanması önerilmiştir⁴²⁹.

Ancak kanaatimizce, şirkete borçlanabilme pay sahipleri açısından bir hak değildir. Bu nedenle yasağın söz konusu olmadığı hallerde dahi yönetim kurulunun borç verme konusunda takdir hakkı bulunduğu kabul edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, yönetim kurulunun TTK m. 358'de belirtilen olumsuz şartların bulunmamasına rağmen, hiçbir pay sahibine ödünç vermemesi mümkündür. Zira şirketin, kredi ve finans kurumu olması saklı olmak üzere, pay sahiplerinin nakit ihtiyaçlarını karşılamak gibi bir görev ve sorumluluğu bulunmamaktadır⁴³⁰. Eşit işlem ilkesi, aynı anda şirkete

⁴²⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, a.

m GRUNDMANN/GLASOW, s. 228; HOMMELHOFF (16. Bası), § 30, N. 1; BINDER, 20, 21; SEVİ, s. 411, 426. Yazar verilen ödüncüler için de aynı sonuca varmıştır. Bkz. SEVİ, s. 480.

m SEVİ, s. 481; HIZIR, s. 262, 263.

⁴³⁰ Kar payı dışında ara dönemlerde pay sahiplerine dağıtım yapılmasının bir yolu da kar payı avansı ödenmesidir. Elbette bu ihtimalde, pay sahipleri eşit işlem ilkesi koruması



borçlanma taleplerini ileten pay sahipleri arasında eşitsizlik yapılmasından ziyade, sadece çoğunluk paysahibinin şirketten uzun vadeli ve faizsiz ödünç alması ve şirket malvarlığını azınlık aleyhine kötüye kullanması hallerinde koruma sağlayacaktır. İleride ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, şirket bağlı malvarlığının ödünç verme işlemi dışındaki işlemlerle kötüye kullanılmasına sermayenin iadesi yasağı; ödünç verme işlemleri ile azaltılmasına borçlanma yasağı engel olmaktadır⁴³. Eşit işlem ilkesi ise, serbest malvarlığından bazı pay sahiplerinin şirket varlıklarından eşitliğe aykırı olarak yararlanmalarını engellemektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eşit işlem ilkesinin haklı sebeplerin bulunması halinde göz ardı edilebileceği belirtilmekte ve haklı sebebin ilkenin sınırını oluşturduğu ifade edilmektedir⁴³². Buradaki haklı sebebin tespiti meselesinde, şirket amaç ve menfaati ile tüm pay sahiplerinin menfaati kriteri kullanılmaktadır³³. Her ne kadar, paysahibinin şirket üzerinde sahip olduğu etkiyi kullanarak yaptığı borçlandırıcı işlemlerin ilkeyi ihlal edebileceği belirtilmekte ise de tanınan ayrıcalığın şirketin menfaatine olması halinde ilkenin göz ardı edilmesine izin verilmelidir. Örneğin, pay sahibinin aynı zamanda şirketin tek tedarikçisi olduğu ihtimalde, pay sahibinin yaşadığı finansal zorluktan kurtulabilmesi amacıyla sadece kendisine borç verilmesine izin verilmelidir. Zira, monopol durumunda olan hissedarın iflas etmesi halinde şirket, faaliyeti için gerekli olan mal ya da hizmeti temin edememiş olacaktır ki, bu durum şirket, pay sahipleri ve dahası kamunun zararına. Ancak, verilen örneğin çok istisnai hallerde geçerli olabileceği unutulmamalıdır. Zira, pay sahibinin şirketin tedarikçisi olması halinde dahi, şirketin üçüncü kişilerden mal ya da hizmet temininin mümkün olması halinde, şirketin pay sahibini eşit işlem ilkesine aykırı şekilde finanse etmesi ilkeye istisna tanınmasına olanak vermemelidir.

altında olacaktır.

⁴³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C.

⁴³² NOMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 485,486.

m OR m. 706'da da açıkça pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratan genel kurul kararlarının aynı zamanda ortaklık amacı ile haklı kılınmaması halinde iptal edileceği belirtilmiştir.

D. İlkeye Aykırılığın Müeyyidesi

Eşit işlem ilkesinin kanuni dayanağa kavuşmamış olduğu eTK'nın yürürlüğü döneminde, genel kurul kararlarının tüm pay sahipleri üzerinde eşit etkisi olması gerektiği belirtilerek, ilkeyi ihlal eden genel kurul kararları aleyhine iptal davası açılabilceği kabul edilmekte idi⁰. İlkenin, "genel bir hukuk ilkesi" olduğu sonucuna varılırsa iptal nedeninin kanuna aykırılık, "dürüstlük kuralının bir görünümü" olduğu sonucuna varılırsa, iptal nedeninin afaki iyi niyet kurallarına aykırılık olacağı savunulmaktaydı³⁵,

Benzer şekilde, yönetim kurulunun da pay sahiplerinin doğrudan haklarını ve ortaklık içindeki durumlarını etkileyebilecek muamele ve kararlarında eşit davranma ilkesine tabi olduğu ifade edilerek, ilkeye aykırı işlemleri nedeniyle üyeler aleyhine sorumluluk davası açılabilceği kabul edilmekteydi⁶. Ayrıca, mülga SerPK m. 12A'da kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklarda, yönetim kurulunun rüçhan hakkını pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratacak şekilde sınırlandırmasının müeyyidesi -TTK'da yönetim kurulu kararlarının iptali düzenlenmediği halde- iptal davası olarak gösterilmişti. Sözü geçen maddenin 6. fıkrası ile yönetim kurulunun yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisini pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanması durumunda, ilgili karar aleyhine yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve hakları ihlal edilen pay sahiplerine iptal davası açabilme yetkisi verilmişti.

Yeni Kanun ile benimsenen sistem incelendiğinde, TTK m. 357 hükmünün madde gerekçesinde, eşit işlem ilkesine aykırılığın hukuki sonucunun, somut olayın şartları saklı kalmak kaydıyla "iptal" olduğu ifade edilmiştir³⁷. Gerekçe'deki bu ifade, eşit işlem ilkesine aykırı alınan genel kurul kararları içindir. Bununla birlikte, kararlarını eşit işlem ilkesine riayet ederek almakla yükümlü yegane organ genel kurul değildir. Bir diğer ifadeyle, eşit

³⁴ NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 481,486; MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 240,241.

³⁵ NOMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 486, 487; ERDEM s. 404.

³⁶ NOMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 481, 487.

⁰⁷ Bununla birlikte Gerekçe'de, ilkeye aykırılığın tek hukuki sonucunun iptal olmadığı belirtilmiştir. Gerekçe'deki bu açıklama nedeniyle öğretide, eşit işlem ilkesine sürekli aykırılık sonucu doğuran genel kurul kararlarının batıl olacağı ileri sürülmüştür. Bk1. ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 151, 152.

işlem ilkesi anonim ortaklığın tüm organlarına ve yetkililerine yönelik bir yükümlülük olduğundan, genel kurulun yanı sıra, yönetim kurulu ve şirketin üst düzey yöneticilerinin de kararları eşit işlem ilkesine uygun olmalıdır⁴³⁸. Gerçekten de, TTK m. 391'de ilk kez eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararlarının "batıl" olduğu açıkça belirtilerek, genel kurul kararları için öngörülenden farklı ve daha ağır bir müeyyide öngörülmüştür. Bu tercihin yerindeliği ise doktrinde tartışılmaktadır⁴³⁹.

6362 sayılı yeni SerPK m. 12'de, eski kanundaki düzenlemeye paralel şekilde rüçhan hakkını eşitliğe aykırı şekilde sınırlandıran yönetim kurulu kararları aleyhine, yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahiplerinin TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilecekleri belirtilmiştir⁴⁴⁰.

Eşit işlem ilkesini ihlal eden bir yönetim kurulu ya da genel kurul kararına istinaden pay sahibinin şirkete borçlanması halinde ise yapılan işlemin geçerliliği aşağıda tartışılmıştır⁴⁴¹.

Son olarak, kanuna ve eşit işlem ilkesine aykırı karar ve işlemleri nedeniyle yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK m. 553 uyarınca sorumluluk davası açılması mümkündür. eTK'nın yürürlüğü döneminde dahi benimsenen bu sonuç, eşit işlem ilkesinin yasal bir kurala bağlandıktan sonra evleviyetle kabul edilmelidir.

⁴³⁸ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 160; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 137.

⁴³⁹ MoROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s. 197; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 279.

⁴⁴⁰ Benzer şekilde, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş halka açık olmayan anonim ortaklıklarda, yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılması mümkündür (TTK m. 460/5).

,..., Bkz. İkinci Bölüm, V, C ve D.

İKİNCİ BÖLÜM

PAY SAHİBİNİN ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

I. GENEL OLARAK

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı, Kanun'un 358. maddesinde, "*Temel ilkeler*" başlığı altında, bir diğer temel ilice olan eşit işlem ilkesinden sonra düzenlenmiştir. Kanun koyucu böylece, borçlanma yasağının temel bir ilke olduğunu belirterek konuya özel bir önem atfetmiştir.

Çalışmanın giriş kısmında açıklandığı üzere, TBMM tarafından kabul edilen hüküm, Kanun'un yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre önce, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklikten önce, pay sahiplerinin iştirak taahhüdünden doğan borçları dışında şirkete borçlanmaları yasaklanmakta, ancak söz konusu yasağa, üç şartın birlikte gerçekleşmesi koşuluyla istisna tanınmaktaydı. Buna göre, yasağa istisna tanınması için ilgili işlem şirketin işletme konusuna girmeli, pay sahibinin de işletmesi gereği olarak yapılmalı ve son olarak mukayeseli hukukta "*arm'slength*" olarak adlandırılan kurala uygun olarak emsalleriyle aynı veya benzer şartlarda yapılmış olmalıydı¹.

Değişiklik ile pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı önemli ölçüde zayıflatılmıştır. Yeni düzenleme, "*Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kan geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlana-*

¹ Değişiklikten önceki TTK m. 358 hükmü şu şekildedir: "*iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, paysahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve paysahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan birleşimden doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun.*"

maz. "hükümünü içermektedir. Böylece yeni düzenlemeyle, sadece hükümde belirtilen iki halden birinin varlığında pay sahibinin şirkete borçlanması yasaklanarak, söz konusu iki hal dışında borçlanmaya izin verilmek istenmiştir.

neride hükümler hakkında ayrıntılı açıklama yapılmasından önce, şu tespitte bulunulması mümkündür:Değişiklik öncesi hüküm kural olarak, pay sahibinin şirkete borçlanmasını uygun görmeyerek yasaklamış², ancak belirli hallerde bu yasağa istisna tanımıştır. Diğer bir deyişle, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce borçlanmanın yasak olması kural, borçlanmaya izin verilmesi ise istisna idi. Halbuki yeni hükümle, ancak hükümde sayılan iki istisnai durumdan birinin varlığında borçlanma yasaklanmaktadır. Yani anılan hükme göre, pay sahibinin ödenmemiş muaccel sermaye borcu bulunmadıkça ve şirketin finansal durumu hükümde belirtilen eşğin altında kalmadıkça borçlanma mümkündür. Bu açıdan her ne kadar, hükümde lafzen bir yasak öngörülüyor ise de, olumsuz iki şarttan birinin gerçekleşmesi halinde borçlanmaya izin verildiğinden, istisnanın çevresi genişletilmiş ve yasağın uygulama alanı daralmıştır. Bu nedenle öğretide haklı olarak adeta borçlanmanın serbest, yasağın istisna olduğu ifade edilmiştir³.

Metnin lafzi yorumlanması ile, iki olumsuz koşuldan (pay sahibinin muaccel sermaye borcunu ödememesi veya şirket malvarlığının yeterli düzeyde olmaması) herhangi birinin mevcut olmaması halinde, borçlanma imkanının bulunduğu sonucuna varılabilir. Buna karşılık kanaatimizce, pay sahiplerinin hükümle belirtilen istisnai haller dışında da, sermayenin korunması ilkesinin ihlali anlamına gelecek şekilde şirket kasasını kendi malvarlıkları gibi kullanmaları kabul edilmemelidir'. Diğer bir söyleyişle,

² PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 160; TAMER, s.99.

³ KENDİGELEN, *İlk Tespitler*, s. 242; ÖZKORKUT, *Değişiklikler*,s. 48, 50, 51; KIRCA/GÜREL, s. 6; KARAHAN, s.8, 9; HIZIR, s. 232. Yazar, yeni düzenlemenin borçlanma yasağını temel bir ilke olmaktan çıkardığını ve bu nedenle hükmün kenar başlığı ile uyumsuz olduğunu belirtmiştir. Bkz. a.e., s.233.

⁴ ÖZKORKUT, *Değişiklikler*,s.51; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1,s.680.Ayrıca bkz. 6335 sayılı Kanun'un Gerekçesi, m. 15. Hemen belirtmek gerekir ki, TTK m. 480 hükmünde düzenlenen sermayenin iadesi yasağı nedeniyle bu tespitin yapılması bir zorunluluktur.eTK m. 405 hükmünde de yer verilen bu yasağın TTK'da tekrarlanmasına rağmen borçlanma yasağının ayrıca düzenlenmiş olması, kanun koyucunun bu hükümle daha özel bir koruma öngörmeyi amaçladığını göstermektedir. Bu nedenle tartışmalı olmakla birlikte, borçlanma yasağının benimsenmemiş olması halinde sermayenin iadesi

pay sahibi bu gibi durumlarda hükümde belirtilen şartların sağlanmasına rağmen şirkete borçlanamayacaktır.

Çalışmanın bu bölümünde öncelikli olarak TTK m. 358 ile öngörülen borçlanma yasağının amacı, kapsamı ve şartları ile yasağın ihlalinin sonuçlan açıklanmaya çalışılmıştır. Yasağın şartları açıklanırken sadece hükümde belirtilen koşulların tartışılması ile yetinilmemiş, aynı zamanda hükümde sayılmayan bazı ilave koşulların varlığı özellikle, anonini ortaklıklar hukukunun temel ilkelerinden olan eşit işlem ilkesi ile sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde araştırılmıştır. TTK m. 358'in ayrıntılı olarak irdelenmesinden önce, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu yürürlüğe girmeden kaldırılmış olan hüküm hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

A. Değişiklikten Önceki TTK m. 358 Hakkında Açıklamalar

1. Borçlanmanın Konusu

Borçlanma yasağı ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken ilk husus, pay sahibinin şirkete borçlanması sonucunu doğuran işlemin konusunun belirlenmesidir. Bu kapsamda öncelikle, hükmün kapsamının para borcu ile sınırlı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, gayrinakdi borçlanmaların da hükmün kapsamında kabul edilip edilmeyeceği sorulmalıdır. Örneğin, satım sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen özelliği nedeniyle, paysahibinin bir gayrimenkulünü şirkete satması neticesinde mülkiyeti devretme borcu da hükmün kapsamında olacak mıdır? Yapılan ilk değerlendirme sonucunda, pay sahibinin yasak kapsamındaki borcunun sadece para borcu olabileceği kabul edilirse bu kez, söz konusu para borcunun doğumuna sebep olan hukuki işlemin içeriği bakımından bir ayırım yapmak gerekip gerekmeyeceği araştırılmalıdır. Yani, pay sahibinin para borcunun, sadece şirketten nakit ödünç alınması sebebiyle doğması zorunlu mudur, yoksa örneğin pay sahibinin şirketten mal ya da hizmet satın alması

niteliğinde sayılabilecek bir işleme TTK m. 358'de sayılan şartların sağlanması ile izin verileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. İleride, sennayenin iadesi yasağı ile borçlanma yasağı arasındaki ilişki ayrıntılı şekilde tartışılmıştır. Bkz. İkinci Bölüm, IV, C.

karşılığında borçlandığı para borcu da hükmün kapsamında mı değerlendirilmelidir?

Yukarıda kısaca belirtildiği üzere, Kanun'un değişiklikten önceki 358. maddesinde, paysahiplerinin iştirak taahhütlerinden doğan borçları dışında şirkete borçlanmaları kural olarak yasaklanırken, borçlanmanın nakit ya da ayın veya gayrinakdi değer karşılığı olması açısından bir ayırım yapılmamıştır. Bunun yerine, pay sahibinin şirkete nakit dışı borçlanmasını da kapsayacak şekilde, bir üst kavram olan "borçlanma" ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu tercih nedeniyle öğretide, borçlanmanın kapsamına her türlü verme borçları ile yapma ve yapmama şeklindeki edimlerin de girdiği ileri sürülerek, hükmün kapsamı nakdi borçlanmalarla sınırlı olarak değerlendirilmemiştir⁵.

Öte yandan, değişiklikten önceki hükmün gerek madde gerekçesinde "*şirket kasasının kullanımı*"  "*kişisel harcamaların yapılması*"  "*para çekmenin engellenmesi*" gibi ifadeler kullanılması, gerek Yürürlük Kanunum. 24/l'de yasağın müeyyidesi bakımından borcun nakdi ödeme olarak tasfiye edileceğinin belirtilmesi, kanun koyucunun amacının hükmün kapsamını şirketin pay sahibine verdiği nakdi kredilerle sınırlı olarak para borcunu esas alarak düzenlediği izlenimini yaratmaktadır⁶. Bir diğer ifadeyle, hüküm ile öncelikle yasaklanmak istenen, paysahibinin şirketten nakit para ödünç almasıdır.

Buna karşılık, hükmün gerekçesinde verilen pay sahibinin şirketten mal alması örneğinde, aslında pay sahibinin para borcu düşünüldüğü ve fakat bu para borcunun doğumu için nakit borç alınması zorunluluğu olmadığı sonucuna varılması da mümkündür. Gerekçe'deki örnek esas itibarıyla, istisnanın şartlarından biri olan işlemin piyasa koşullarında gerçekleşmesi şarb hakkındadır. Buna göre Gerekçe'de, şirket ile işletmesi gereği iş yapan pay sahibine, şirketin her müşterisi gibi, vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilme olanağı sağlandığı belirtilmiştir. Ancak bu açıklama öğretide, hükmün sadece mal alımlarıyla ilgili olarak istisna öngördüğü şeklinde yorumlanmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, çeşitli iş sahalarında, mal alımı dışında çok sayıda borç doğurucu işlemin yapılması mümkün olduğundan, Gerekçe'de yer alan mal alımına ilişkin açıklama, ancak örnek

⁵ PASLI, TTK Genel Hükümler, s.162, 163.

⁶ PASLI, TTK Genel Hükümler, s.162.

olarak kabul edilmelidir⁷. Bu görüş uyarınca, TTK m. 358 hükmü ile pay sahibinin para borcu düzenlenmektedir; ancak bu para borcunun, tüketim ödöncü sözleşmesinden doğması zorunlu değildir. Zira, pay sahibinin şirkete borçlanmasına sebep olan tüm işlemlerin hükmün kapsamında olduğu kabul edildiğinde, anonim ortaklıklar hukuku açısından şirketle işlem yapma yasağının alanı genişleyecek ve pay sahibi de bu yasağın kapsamına girmiş olacaktır. Bu sonuç ise özellikle payları tabana yayılmış ortaklıklar bakımından kabul edilemez⁸. Gerçekten de, yönetim kurulu üyesinin şirketle işlem yapması, genel kurul tarafından izin verilmesi şartıyla mümkünken, paysahibinin işlem yapmasına ancak hükümde belirtilen üç koşulun birlikte bulunması şartıyla izin verilmesi, hükümler arasında çelişki yaratacak niteliktedir. Kanaatimizce, değişikliğe uğramadan önceki hükmün kapsamının, paysahibinin verme, yapma ve yapmama şeklindeki tüm borçlarını kapsayacak şekilde kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yapılan değişiklik öncesinde borçlanmanın konusunu, tüketim ödöncü ile sınırlı olmaksızın tüm para borçlarının oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

2. Yasağın İstisnası

TTK m. 358'in kabul edilen ilk halinde, pay sahibinin kural olarak şirkete borçlanması yasaklandıktan sonra, yasağın katı bir şekilde uygulanmasının haksızlıklara yol açabileceği düşüncesinden hareketle maddenin ikinci cümlesinde bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre yasağa istisna tanınabilmesi, üç koşulun birlikte bulunması şartına bağlanmıştır⁹. Bu koşullar, a) işlemin şirketin işletme konusuna giren bir işlem olması, b) bu işlemin pay sahibinin de işletmesi gereği olarak yapılması ve c) mukayeseli hukukta "arm's length" olarak adlandırılan kurala uygun olarak işlemin emsalleriyle aynı veya benzer şartlarda yapılmış olmasıdır. Sayılan koşullar ise açıklanmaya muhtaçtır.

⁷ OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 241.

⁸ Bkz. PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 161,163.

⁹ Benzer yönde, TAMER, s. 100. Aksi görüşteki Yüce'ye göre, işlemin şirketin işletmekonusu ve paysahibinin işletmesi gereği yapılmış olması şartını bağlayan bağlacın "ve" yerine "veya" şeklinde anlaşılması gerekir. Böylece, işlemin piyasa koşullarında yapılmış olması şartıyla şirketin işgal konusuna girmesi ya da pay sahibinin işletmesi gereği yapılmış olması yeterlidir. Bkz. Yüce, s. 74, 75.

a. Borcun Şirketin İşletme Konusuna Giren Bir İşlemden Doğmuş Olması

Değişikliğe uğramadan önceki TTK m. 358 uyarınca yasağa istisna tanınmasının ilk şartı, paysahibinin, şirketin işletme konusuna giren bir işlemten dolayı şirkete borçlanmış olmasıdır. İşletme konusuna giren işlem ise, işletme konusunun dar ya da geniş yorumlanmasına göre farklı tespit edilir. İşletme konusunun dar yorumlanması halinde borçlanılan tutar, şirketin fiilen uğraştığı işten, geniş yorumlanması halinde ise şirket esas sözleşmesinde yazılı, tescil ve ilan edilen işletme konusundan doğmuş olmalıdır.

Bilindiği üzere, esas itibariyle eTK'run tekrarı olan¹⁰ TTK m. 339/2 (b) uyarınca, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış işletme konusunun şirket esas sözleşmesine yazılması gereklidir. Yani, esas sözleşmede iştigal konusunun yer alma mecburiyeti açısından, eTK ile TTK arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte, anonim şirketin hak ehliyetini esas sözleşmesinde yazan iştigal konusuyla sınırlayan *ultra vires* ilkesine TTK'da yer verilmemiş ve esas sözleşmede yazılı iştigal konusu dışında yapılan işlemlerin kendiliğinden yok hükmünde olmasının önüne geçilmiştir. Öte yandan, şirket esas sözleşmesinde belirlenmiş konular şirketi temsile yetkili kişilerin yetkilerinin kapsamının belirlenmesi açısından önemlidir. Diğer bir ifadeyle, şirket esas sözleşmesinde belirtilmiş iştigal konuları hak ehliyeti açısından bir sınırlama getirmese de, belirtilen iştigal konuları dışında yapılan işlemler için şirketin yetkisiz temsil itirazını ileri sürmesi mümkün olabilmektedir".

¹⁰ eTK m. 279/2 (2)'de şirket maksadının da esas sözleşmede yer alması gerektiği hükme bağlanmakta idi. Ancak doktrinde esas sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurun şirketin iştigal konusu ile sınırlı olduğu, şirket maksadının ise esas sözleşmede bulunmasının şart olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Anonim Ortaklığın Kuruluşu, s. 320. Bu eleştiriyi dikkate aldığı anlaşılan Komisyon, sadece şirketin iştigal konusunun esas sözleşmede belirtilmesini yeterli görmüştür.

¹¹ Zira, TTK m. 371/2'de, temsile yetkili olanların üçüncü kişilerle işletme konusu dışında yaptığı işlemlerin de şirketi bağlayacağı belirtildikten sonra, üçüncü kişinin, yapılan işlemin ortaklığın işletme konusu dışında olduğunu bildiği ya da durumun özelliği veya niteliği ger.eği bilebilecek konumda olduğunu kabul edilmesi halinde, yapılan işlemin şirketi bağlamayacağı ifade edilmiştir. Ortaklığın bağlı olmaması için üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığının ispatlanması gereklidir ki, burada ispat yükü şirketin üzerindedir. Öğretide, temsil yetkisine kanunen caiz olmayan şekilde sınırlama getirilmesi halinde, üçüncü kişinin bu sınırlamayı bildiği ya da ağır kusuru nedeniyle bilmediği durumlar-

Her ne kadar esas sözleşmede belirtilen hususlarda şirketi temsil edenlerin temsil yetkisi bulunduğu kabul edilebilirse de, bu konularda yapılan her işlemin istisnadan yararlanması kabul edilemez. Çünkü kanaatimizce, TTK m. 358'de aranan iştigal konusu sadece şirketin olağan ve günlük işleri ile sınırlıdır. Bu bağlamda, değişiklik öncesindeki hüküm uyarınca aranan iştigal konusu TTK m. 356 uyarınca saklı tutulan iştigal konusuyla paraleldir. Yani, pay sahibinin borçlanabilmesi, borcun şirketin "devamlı surette yaptığı işlemler"¹² neticesinde doğmasına bağlıdır. Ancak bu noktada, borçlanma yasağının konusuna ilişkin ileri sürülen görüşler, TTK m. 356 ile TTK m. 358 hükümlerinin birlikte uygulanması açısından sorun yaratacak nitelikteydi.

Şöyle ki, "Kanuna karşı hile" başlıklı TTK m. 356 hükmünde, bir şirketin kuruluşundan itibaren iki yıl içinde iktisap edeceği ayın ve işletmelerin değerinin, şirket esas sermayesinin 1/ 10'unu geçmesi halinde, anılan iktisap için özel bir usul öngörülmektedir. Söz konusu hükümde, işletme ya da aynı devreden kişi açısından bir ayırım yapılmadığından, devreden kişinin pay sahibi olması mümkündür. Yani pay sahibi, şirkete bir ayın ya da işletmesini satmakta ve bunun neticesinde şirkete söz konusu malvarlığının mülkiyetini devretmeyi borçlanmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca, borçlanma yasağı tüm tam iki taraflı sözleşmeleri

da iyi niyetli olmadığının kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. AYDIN, Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi, s. 168-175. Eklemek gerekir ki, iyi niyetli olunmadığının ispatı meselesinde TTK, sicil olumlu fonksiyonu kuralından ayrılan bir düzenlemeye yer vermiştir. Şöyle ki, ortaklığın iştigal konusunu içeren esas sözleşmenin Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanmış olmasının bizatihi iyi niyeti ortadan kaldırmaya yeterli olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır (TTK m. 371/2). Aynı sonuca, TTK m. 354'ün uygulanması ile de ulaşılmaktadır. Gerçekten de belirtilen hükümde, esas sözleşmenin tamamının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanacağı belirtildikten sonra, TTK m. 36/1'de düzenlenen sicil olumlu fonksiyonunun sadece 354. maddede belirtilen unsurlarla sınırlı olduğu açıkça belirtilmiştir. Sayılan unsurlar arasında ise, şirketin işletme konusu bulunmamaktadır. Bkz. KENDİGELEN, Sorumluluk, s. 518-525; KENDİGELEN, İlle Tespitler, s.122.

¹² Bu taruma, TTK m. 311 hükmüne ilişkin Adliye Encümeni Mazbatasında rastlanır. Bkz. Adliye Encümeni Mazbatası s.379. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜLGİN, s.37-50. 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 52/2. maddesinde kullanılan, "in the normal course of the company's business" ifadesinin ise şirketin olağan işlemleri şeklinde çevrilmesi mümkündür. Benzer tartışma, TTK m. 380 hükmü açısından da yapılmaktadır. Bkz. AİUÇU/VEZİROĞLU, s. 50.

kapsamaktadır. Bu görüş kabul edildiğinde, TTK m. 356 hükmünün son fıkrasında tanınan istisna gereği şirket, olağan işletme konusunu oluşturan ayın ve işletmeleri hükmünde belirtilen prosedürleri yerine getirmeden iktisap edebilecektir. Öte yandan TTK m. 356 ile, şirketin olağan işgal konusuna girmeyen bir ayın ya da işletmenin iktisabı yasaklanmamış sadece hükmünde öngörülen usule uyulması aranmıştır. Halbuki değiştirilen TTK m. 358 ile, istisna sadece şirketin olağan işgal konusuyla sınırlı öngörüldüğünden, bu konular dışında pay sahibinin borçlanması mutlak suretle yasaklanmaktadır¹³.

Değişiklik öncesindeki TTK m. 358 hükmünde borçlanmaya ancak borcun konusunun şirketin işgal konusuna girmesi şartıyla izin verilmesi özellikle ödünç işlemleri açısından da birçok sorunu davet edebilecek nitelikteydi. Zira, ileride ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ödünç para verme işlemleri hakkında özel düzenlemeler bulunmaktadır¹⁴. Bir şirketin pay sahibine ödünç verebilmesi için bu ödünç verme işleminin şirketin işgal konusuna girmesi şartının aranması, bu şirketin ödünç verme işlemleri hakkındaki özel düzenlemelere tabi olması sonucunu doğuracaktır. Diğer bir söyleyişle, şirketin TTK m. 358'in istisnasından yararlanabilmek için, esas sözleşmesinde faaliyet konusunu ödünç verme işlemlerini kapsayacak şekilde geniş yazması ihtimalinde, ödünç işleminin bu konu hakkında öngörülen özel mevzuata aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Hatta bu ödünç işleminin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi ihtimali söz konusu olacaktır¹⁵. Açıklanan gerekçeler nedeniyle, TTK m. 358'de "işlemin şirketin işgal konusuna girmesi" şartına yer verilmemesi isabetli olmuştur.

¹³ Böylece TTK m. 358 ile, pay sahibinin, şirketin işgal konusuna girmeyen bir konuda, şirkete borçlanması yasaklandığından, TTK m. 356 hükmünün uygulama alanı sadece şirketin bir üçüncü kişinin işletmesi ya da aynısını iktisap etmesi hali ile sınırlandırılmış olacaktı. Halbuki, TTK m. 356 hükmünün esas itibarıyla amacı, kurucuların sahip oldukları ayın ve işletmelerin aynı sermaye hükümleri dolanılarak şirkete devredilmesini önlemektir. Bkz. ÜLGEN, s. 18. Bu nedenle yukarıda açıklandığı üzere, borçlanmanın konusunun para borcu ile sınırlı olduğunun kabul edilmesi bir zorunluluktur.

¹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 1, a, (3).

¹⁵ Anılan sorun farklı gerekçelerle TTK m. 358 kapsamında da varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle tefecilik suçu özellikle TTK m. 358 kapsamında irdelenmiştir. Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 1, a, (3).

b. İşlemin Pay Sahibinin İşletmesi Gereği Yapılması

Borçlanma yasağına istisna tanınabilmesi için aranan ikinci şart, bu işlemin pay sahibinin "işletmesi gereği" yapılmış olmasıdır. Bu nedenle konumuz açısından işletme kavramının açıklanması önem taşımaktadır. Bilindiği üzere, Kanun'da işletme kavramı yerine, esnaf ve ticari işletmelerin tanımı yapılmıştır. Kanun, eTK'dan farklı olarak örnekler vermek suretiyle ticari işletmeyi açıklamak yerine, ticari işletmenin unsurlarına yer vermiştir. Buna göre ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir (TTK m. 11). Böylece, eTK döneminde ticari işletmenin unsurları olarak doktrinde kabul edilen ve kısmen mülga Ticaret Sicili Tüzüğü'nde yazan unsurlar açıkça kanun hükmüne bağlanmıştır. TTK m. 15'te ise, esnaf işletmesi yerine esnaf kavramının tanımı yapılmış ve esnaf işletmesine ticari işletmenin tanımlanmasında ayırt edici bir ölçüt olarak yer verilmiştir.

Dikkat edileceği üzere, TTK m. 358'in lafzi yorumlanmasıyla, istisna tutulan borçlanma işleminin, hükümde tacir ya da esnaf işletmesi açısından herhangi bir ayırım yapılmamış olması sebebiyle anılan iki işletmeyi de kapsayacağı ve fakat bunlarla sınırlı olacağı sonucuna ulaşılır. Böylece, pay sahibinin, bir ticari işletme işletmeyen anonim ya da limited şirket olması durumunda¹⁶ bu anonim şirketin, ortağı olduğu şirketten mal satın alabilmesi mümkün olmayacaktır. Konunun daha net anlaşılabilmesi için şu örnekten faydalanılması mümkündür: Bir anonim şirketin (AA.Ş.) diğer bir anonim şirkette (BA.Ş.) pay sahibi olduğu varsayalım. Kanunen ticari işletme işletmek zorunluluğu bulunmayan bu pay sahibi AA.Ş.'nin bir ticari ya da esnaf

¹⁶ Kanun'da, kollektif ve komandit şirketlerin ancak bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulmasına izin verilmiştir (Bkz. TTK m.211, 304). Buna karşılık, anonim ya da limited şirketin bir ticari işletme işletmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak anonim ve limited şirketlerin gelir sağlamak ve bunu ortaklarına dağıtmak amacı ile kurulması ve bu şirketler için asgari sermaye şartının öngörülmesi sebebiyle, aslında, bu şirketlerin bir ticari işletmenin varlığını gerektirecek boyutta olduğu ve kanun koyucunun, bu şirketlerin ticari işletme işlettikleri varsayımından hareket ettiği doktrinde ifade edilmiştir. Söz konusu açıklamalara rağmen, ticaret şirketlerinin TTK m. 16 gereği kanunen tacir sıfatını haiz olmaları nedeniyle, anonim ve limited şirketlerin tacir sıfatının tespit edilmesinde, bunların bir ticari işletmeye sahip olup olmadıkları araştırılmayacaktır. Bkz. KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER-ERTAN), s.142, 143.

işletmesi bulunmadığı durumda, şirkete borçlanabilmesi hatta şirketle işlem yapabilmesi mümkün olmayacaktır¹⁷. Anılan örnekten de anlaşıldığı üzere, işlemin pay sahibinin ticari işletmesi gereği yapılması şartı, hükmün amacı dikkate alınarak geniş yorumlanmalı ve pay sahibinin ticari faaliyeti gereği yapılması şeklinde anlaşılmalıdır. Bir başka ifadeyle, söz konusu hükümdeki istisnanın "ticari işletmesi gereği" yerine "ticari işi" şeklinde yorumlanması gereklidir. Böylece, kanun gereği adı sahası bulunmayan ticaret şirketlerinin borç doğuran işlemlerinin istisnadan yararlanabilmeleri mümkün olabilecektir. Ancak bu yorum da tacir olmayan gerçek kişi pay sahiplerinin işlemleri ile gerçek kişi tacirin adı sahasına giren işlemleri dışladığından eleştiriye açık olacaktır.

Öğretide haklı olarak, borçlanma yasağına istisna tanınabilmesi için, işlemin paysahibinin "işletmesi" gereği yapılması şartı gereksiz bulunmuş ve bu şartın kaldırılmış olması olumlu karşılanmıştır. Nitekim söz konusu düzenleme paysahibinin ticari olmayan bir amaçla, şirketin işletme konusuna giren bir malı satın alabilme imkanını ortadan kaldırmaktaydı¹⁸. Gerçekten de, bir pay sahibinin işlettiği otomobil galerisi için, ortağı olduğu şirketin ürettiği arabaları satın almasına izin verilirken, tüketici konumundaki pay sahibinin otomobil satın almasının istisnadan yararlandırılmamasının hiçbir haklı sebebi bulunmamaktadır. Bu nedenle, değiştirilen TTK m. 358 hükmünde anılan şarta yer verilmemiş olması yerinde bir tercih olmuştur.

c. Borcun Emsalleriyle Aynı veya Benzer Şartlara Tabi Tutulması

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına istisna tanınması, yukarıda açıklanan şartlarla birlikte, borçlanmayı doğuran işlemin piyasa koşullarında yapılmış olmasına bağlıdır. Bu husus madde metninde borcun "*emsalleriyle aynı ve benzer şartlara tabi*" tutulması şeklinde ifade edilmiştir. Değişiklikten önceki TTK m. 358'in ikinci cümlesi ile getirilen istisnaya ilişkin olarak Gerekçe'de, işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahibinin, "*şirketin her müşterisi gibi*" vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal

¹⁷ Kendigelen de, istisnanın uygulanması bakımından "ve" bağlacı nedeniyle işlemin ayrıca paysahibinin işletmesi gereği yapılmasının aranmasını eleştirmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler (1. Bası), s. 208.

alabilmelerine olanak sağlandığı belirtilmiştir. Böylece paysahibinin şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tabi tutulması zorunluluğu açıkça ifade edilmiş ve şirketin pay sahibine diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınmasının hükme aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir".

Ancak, serbest piyasada belirli bir mal ve hizmetin "gerçek-adil" fiyatının belirlenmesi kolay değildir. Öğretide, bu nedenle, SerPK'da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı hükmüne paralel bir düzenleme yapılması ve ancak "bariz" orantısızlığın engellenmesinin yerinde olacağı ileri sürülmüştür²⁰. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşe göre ise, şirketle işlem yapan pay sahibinin üçüncü kişilerle aynı şartlara tabi tutulması yerinde bir tercih değildir. Nitekim, malvarlığının bir kısmını şirkete devreden ve ticari riskler alan pay sahibi, şirketten istifade edebilme beklentisi içindedir. Bu nedenle, şirketin, makul ölçülerde kalmak kaydıyla, üçüncü kişilere uygulanan şartları yumuşatarak pay sahibi ile işlem yapması kabul edilmelidir²¹.

Kanaatimizce, özellikle borcun konusunun borsa ya da rayiç bedelinin bulunmaması halinde, fiyatı takdir etmek yetkisi ve sorumluluğu yönetim kurulunda olacaktır. Söz konusu takdir hakkının kapsamı ile sınırları ise, muhtemel sorumluluk davasında tartışma konusu olacaktır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, bu çalışmada, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe rağmen borçlanma işleminin piyasa koşullarında yapılmasının bir zorunluluk olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle, şirket ile pay sahibi arasında yapılan işlemin koşullarının adil olup olmadığının nasıl tespit edileceği meselesi "Yasağın Şartları" bölümünde tartışılmıştır²².

¹⁹ Gerekçem. 358.

²⁰ PASLI, TTK Genel Hükümler, s.166, 167. Belirtmek gerekir ki, anılan eser yayınlandıktan sonra SerPK m.21 hükmünde değişiklik yapılmış ve "bariz" farklı olma şartı kaldırılmıştır. Ancak anılan şarta mukayeseli hukukta da rastlanmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre hukukunda sermayenin iadesi yasağı sadece edimler arasında bariz orantısızlık bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Bkz. Birinci Bölüm,1, B,1, c.

²¹ TAMER, s. 100.

²² Bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 4.

B. 6335 Sayılı Kanunla Değişik TTK m. 358 Uyarınca Borçlanma Yasası

Yukarıda açıklandığı üzere, Kanun'un yürürlüğe girmesine çok kısa bir süre kala, 6335 sayılı Kanun ile TTK'nın birçok hükmünde değişiklik yapılmıştır. Çalışmamızın konusunu oluşturan borçlanma yasası hakkındaki hükümler de bu kapsamda değişikliğe uğramıştır. Değişikliği hazırlayan komisyonda önce, pay sahibinin şirkete borçlanma yasası hakkındaki hükmün tamamen kaldırılması tartışılmış, fakat yasağın tamamen kaldırılması uygun bulunmayarak, sadece hükümde belirtilen iki halden birinin varlığında benimsenmesine karar verilmiştir. Hükümde belirtilen olumsuz iki şartın bulunmadığı hallerde ise borçlanmaya izin verildiğinden, yasağın uygulama alanı daraltılmış ve neredeyse borçlanma serbest, yasak ise istisna olmuştur.

Borçlanma yasağının hangi koşullarda söz konusu olacağı açıklanmadan önce, bu yasağın öngörülme amacı, yasağın konu ve kişi açısından kapsamı hakkında bilgi verilmiştir. Ardından, yasağın şartları araştırılmış ve hükümde açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen, pay sahibinin şirkete piyasa koşullarına aykırı borçlanmasının yasak kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır. Son olarak, borçlanma yasağını ihlal eden işlemlerin akıbeti araştırılmış ve özellikle işlemin geçersizliği tartışılarak, bu borçlanma nedeniyle sorumlulukları gündeme gelecek kişiler tespit edilmeye çalışılmıştır.

İI. BORÇLANMA YASAĞININ AMACI

Anonim ortaklıklar, çoğunluk ilkesine göre yönetilen sermaye şirketleridir. Pay sahiplerinin ortaklık işlerine dair haklarını genel kurulda sahip oldukları oylar aracılığıyla kullanmaları nedeniyle çoğunluk ilkesi önem taşır. Ancak, çoğunluğun haklarını özellikle azınlığı sömürerek kullanmasını engellemek amacıyla, belirli oranda sermayeyi temsil eden pay sahiplerine azınlık hakları, bazen de her bir pay sahibine bireysel haklar tanınmıştır. Ayrıca, grup şirketlerinde hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından dolayı hakim şirketin sorumluluğu hakkındaki hükümler ile dürüstlük kuralı ve hakların sakınılması olarak kullanılması gibi ilkelerle çoğunluğun takdir hakkı sınırlanmaktadır. Görüldüğü üzere, anonim ortaklıklar hukukunun en önemli sorunlarından biri de, azınlık ile çoğunluk arasında çıkan menfaat çatışmaları-

rının dengelenmesidir". Kanaatimizce, borçlanma yasağı da bir yönüyle bu saikle öngörölmüş kurallardan birini oluşturmaktadır. Gerçekten de, yöneti-me katılma haklarında ya da oy hakkında imtiyaz bulunması, ağırlaştırılmış nisap veya azınlığa veto yetkisi tanınması halleri saklı olmak şartıyla, genel kurulda adi nisapla (TTK m. 418) yönetim kurulunu belirleyen çoğunluk pay sahibinin, şirket malvarlığından eşitliği bozacak şekilde yararlanmasının engellenmesi hükmün temel amaçlarından biridir¹⁴.

Ancak borçlanma yasağının yegane amacı, pay sahipleri arasında eşitliğin sağlanması değildir. Bir diğeri ifadeyle, korunması gereken grup, pay sahipleri ile sınırlı tutulmamıştır. Tersine, şirket sermayesinin emredici kurallar ile korunmasında¹⁵, şirketin, alacaklıların, şirket çalışanlarının ve genel olarak kamunun menfaati de bulunmaktadır. Ayrıca, Kanun'un genel gerekçesinde belirtildiği üzere borçlanma yasağı, şirketin kurumsal yönetim ilkelerine uygun şekilde yönetilmesine de hizmet eder²⁶. Bu nedenle, tek kişilik şirketlerde dahi şirket sermayesinin korunması gerekli ve zorunludur.

Ne var ki, anonim ortaklık malvarlığının pay sahiplerinin şahsi menfaatleri doğrultusunda kullanılması günümüz gerçeğidir. Bu hususa TTK m. 358'in ilk haline ilişkin yazılan gerekçesinde de açıkça vurgu yapılmış ve hükmün, *"ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi"* amaçladığı belirtilmiştir¹⁷. Her ne kadar, ortakların bir anonim şirket kurmak suretiyle ticari faaliyette bulunmalarının temel sebebi maddi yarar ve çıkar elde etmek olsa da, çoğunluğun ya da hatta azınlığın, bencil çıkarları

" Bu konuda bkz. ARSLANLI, s. 5, 6; İMREGÜN, Menfaat İhtilafları, s. 1-4; MoROÖLU, Çoğunluk Payscaleleri, s. 215-224; TEOMAN, İptal ve Butlanın Tespiti, s. 1593.

¹⁴ Hemen belirtmek gerekir ki, borçlanma yasağının hakim pay sahibi ve onunla ilişkili kişilerin şirket malvarlığından haksız yararlanmaları riskinibertaraf etmek amacıyla ihdas edildiği ileri sürülebilirse de, borçlanma yasağının muhatabı olmak için belirli bir oranda paya sahip olmak şartı gerekli değildir. Aksine, tek bir paya sahip kişi de pay sahibi sıfatını taşıyacağından bu kişi de yasağın kapsamında olacaktır.

u Sermayenin korunması, Kanun'un temel hedeflerinden biridir. Nitekim, Kanun'un genel gerekçesinde, güvenli kuruluş ile sermayenin korunması, anonim şirketin sınırlı sorumu bir ticaret şirketi olmasından kaynaklanan ve birbirini tamamlayan iki taşıyıcı ilke veya bir taşıyıcı ilkenin iki yüzü şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Genel Gerekçe, N. 57.

²⁶ Bkz. Genel Gerekçe, N. 136.

²⁷ Gerekçe m. 358.

uğruna ortaklık malvarlığını azaltmalarına ve giderek ortaklığın varlığını tehlikeye atmalarına izin verilmemelidir. Hatta doktrinde, anonim ortaklıklar hukukuna iHşkin yasama faaliyetinin öncelikli amacının "bizzat teşebbüsün kendini korumak" olduğu belirtilmektedir²⁹. Gerçekten de, müktesep haklar söz konusu olduğunda dahi, şirketin menfaatinin gerektirdiği durumlarda bu menfaate üstünlük tanınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır³⁰. Sermayenin korunması ilkesi ise, şirket sermayesini koruyarak şirketin kendisinin, çalışanların ve kamunun menfaatinin teminine ilişkin bir ilkedir. Yukarıda açıklandığı üzere, sermayenin korunması ilkesi gereği ihdas edilmiş hükümlerle, bir bağlı malvarlığı yaratılmış ve bu bağlı malvarlığının pay sahiplerine iade edilmesi yasaklanmıştır. Çalışmanın, "Yasağın Şartları" başlıklı bölümünde, bu bağlı malvarlığı ile TTK m. 358 uyarınca koruma altına alınan değer/bağlı malvarlığı karşılaştırılmıştır. Yapılan inceleme sonucunda, pay sahibinin şirkete borçlanabilmesinin ön koşulu olan, muaccel sermaye borcunun ifa edilmesi ve şirketin serbest yedek akçeleri ile karının zararları karşılaması şartları değerlendirildiğinde, borçlanma yasağı ile korunmaya çalışılan değer/bağlı malvarlığı olduğu kanaatine varılmıştır³¹. Bu nedenle, pay sahibinin şirkete borçlanması hakkında getirilen kuralın, sermayenin korunması ilkesi gereği olduğu kabul edilmelidir³². Bu bağlamda, bağlı malvarlığının pay sahiplerine iade edilmesini engelleyen sermayenin iadesi yasağının benimsenmesine rağmen, aynı değeri koruyan bir başka yasağın öngörülmesine gerek olup olmadığı sorgulanabilir. Bu sorunun yanıtlanması ise, anılan her iki yasağın kapsamına giren işlemlerin karşılaştırılmasına bağlıdır. Söz konusu değerlendirme ileride ayrıntılı olarak yapılmıştır³³. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, sermayenin

²⁸ TEOMAN, İptal ve Butlanın Tespiti, s. 1594.

²⁹ TEOMAN, İptal ve Butlanın Tespiti, s. 1594'te anılan yazar; ALFRED SIEGWART, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationrecht, Teil 5: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen Zürich 1945, N. 217, s. 80, 81. İşletmenin kendisi (*Unternehmen an sich*) teorisi hakkında bkz. NOMER ERTAN, Sadakat Yükümlülüğü, s. 22-24.

³⁰ TEOMAN, İptal ve Butlanın Tespiti, s. 1594, 1595.

³¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

³² Yasağın "malvarlığının korunması ilkesi" gereği ihdas edildiği yönünde bkz. TAMER, s. 93; HIZIR, s. 227, 228; BORA, s. 32, 33.

³³ Bkz. İkinci Bölüm, IV, C, 3.

iadesi yasağının geniş yorumlanmasıyla ulaşılabilecek korumanın, borçlanma yasağının açıkça benimsenmesi ile sağlanması, hukuki belirliliğin temini açısından faydalı olmuştur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında borçlanma yasağının, sermayenin korunması ilkesi³⁴ ve eşit işlem ilkesi gereği öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Zira, bir yandan eşit işlem ilkesi ile bazı pay sahiplerinin, şirket malvarlığından kanunen izin verilen imtiyazlar saklı olmak kaydıyla, orantısız şekilde yararlanmaları engellenerek pay sahipleri arasında eşitlik temin edilirken, diğer yandan, şirket sermayesinin pay sahiplerine ödünç verilmesi yerine, şirketin faaliyet konusuna özgülenmesi sağlanmaktadır.

Ancak 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, yasağın amaçladığı koruma zayıflamıştır. Anılan Kanun'un gerekçesinde, şirkete borçlanma yasağı hakkındaki hükmün, pay sahiplerinin acil kaynak ihtiyacını gidermek amacıyla değiştirildiği belirtilmiştir. Halbuki, sermayenin korunması ilkesi ile eşit işlem ilkesi gereği kabul edilen ve tüm menfaat sahiplerinin haklarının korunması açısından büyük önemi haiz bir hükümde, belirtilen gerekçe nedeniyle değişiklik yapılması kabul edilebilir değildir. Öte yandan değişiklik yapan hükmün gerekçesinde, pay sahibi ile yöneticilerin şirket malvarlığından sınırsız şekilde yararlanmalarına, Kanun'un temel ilkelerinden biri olan sermayenin korunması ilkesinin engel olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, 6335 sayılı Kanun'la yapılan müdahaleye rağmen, borçlanma yasağının yorumlanmasında sermayenin korunması ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Gerekçe'deki açıklamaya rağmen, borçlanmanın şartları açısından maddede metninde yeterli düzenlemenin yapılmamış olması nedeniyle, özellikle, görünüşte bir ödünç sözleşmesinin varlığına rağmen, tarafların iradelerinin bu borcun ödenmesi yönünde olmadığı muvazaalı işlemler³⁵ şirket için büyük risk teşkil etmektedir. Bununla birlikte, anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesi, özellikle grup şirketlerinin finansmanında kullanılan nakit havuzu sisteminin uygulanabilirliği için gereklidir. Bu nedenle, şirketin pay sahibine borç vermesinin tamamıyla yasaklanması yerine, küçük pay sahip-

³⁴ Bkz. 6335 sayılı Kanun, Gerekçe, m. 15. Ayrıca bkz. Yüce, s. 61.

³⁵ BINDER, s. 82, geri ödenmeyeceği bilinerek verilen ödünçlerin sermayenin iadesi yasağını ihlal ettiği yönünde bkz. VoGT, m. 680, N. 22.

leri ile şirket alacaklılarının menfaatlerinin temin edilmesi şartıyla borçlanmalara izin verilmelidir. Söz konusu dengenin kurulması ise, borçlandırıcı işlemin piyasa koşullarında yapılmasına bağlıdır. Zira, piyasa koşullarına aykırı borçlanmalar, şirket malvarlığının, çoğunluk hissedarlar lehine kötüye kullanılmasına sebep olur ki bu sonuç, başta şirket olmak üzere tüm menfaat sahiplerinin aleyhinedir. Bu nedenle, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, hükümde açıkça işlemin piyasa koşullarında yapılması şartının belirtilmemiş olmasına rağmen, işlemin piyasa koşullarına uygun yapılması bir zorunluluktur. Dolayısıyla, hükmün ihdas amacı göz önünde bulundurularak, yasağın şartları bölümünde ayrıca işlemin piyasa koşullarına aykırı şekilde yapılması ihtimali irdelenmiştir³⁶.

111. BORÇLANMA YASAĞININ KAPSAMI

A. Kişi Açısından

Borçlanma yasağının muhatabı olarak 358. maddede pay sahibi gösterilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, 6335 sayılı Kanun, TTK m. 358 hükmünün kişi açısından kapsamına müdahale etmemiştir. Ancak, yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağının düzenlendiği 395. madde, değişiklik öncesinde pay sahibi olup olmaması önem taşımaksızın tüm yönetim kurulu üyelerine uygulanacağından, 358. maddenin kapsamı, sadece, kurul üyesi olmayan pay sahibi ile sınırlıydı. 6335 sayılı Kanun'un TTK m. 395'in kişi açısından kapsamını pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesiyle sınırlı olarak düzenlemesi nedeniyle, artık, TTK m. 358 hükmü, yönetim kurulu üyesi olan pay sahibine de uygulanacaktır³⁷. Bu nedenle öncelikle, hükümde

³⁶ Çalışmada, pay sahibinin piyasa koşullarına aykırı borçlanması halinde, bu borçlandırıcı işleme uygulanacak müeyyidenin tespit edilebilmesi amacıyla, işlemin, bağlı ya da serbest malvarlığından yapılması ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bkz. İkinci Bölüm, IY, C, 4.

³⁷ Pulaşlı, paysahibi olan yönetim kurulu üyeleri ile onların yakınlarının 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde şirketten borç alabilmelerinin mümkün olduğunu belirterek, anılan kişilerin borçlanabilme şartları hakkında bir boşluk bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, anılan kişilerin şirkete borçlanabilmesi ancak 358. maddenin kıyasen uygulanması suretiyle mümkündür. Bkz. PULAŞLI, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s. 16. Ancak kanaatimizce, TTK m. 358 anılan kişileri de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır, dolayısıyla hükmün doğrudan uygulanması söz konusu olacaktır.

yasağın muhatabı olarak gösterilen pay sahibi açısından konu irdelenmiş ve yasağın uygulanması için şirketin, borçlanan kişinin pay sahibi olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediği araştırılmıştır. Ardından, TTK m. 358'de açıkça zikredilmemiş bazı kişi ve grupların yasak kapsamında değerlendirilme ihtimalleri tartışılmıştır.

1. Pay Sahibi

Anonim ortaklıkta pay sahibi, en az bir payı tamamen ya da kısmen, aslen ya da devren iktisap etmiş gerçek ya da tüzel kişi şeklinde tanımlanabilir. Kanun'un 358. maddesinde borçlanma yasağının muhatabı olarak pay sahibi gösterilirken, bu pay sahibinin belirli oranda paya sahip olması, azlık oluşturması ya da şirketi kontrol etmesi aranmamıştır. Bu nedenle, TTK m. 476 uyarınca, itibari değeri bir kuruş olması mümkün payın, tamamen ya da kısmen³⁸ dahi iktisap edilmesiyle yasağın uygulanması söz konusu olacaktır. Öğretide, yasağın sadece şirket kasasını kullanma riski bulunan, şirketin "kontrolünü"³⁹ elinde bulunduran pay sahipleri için öngörülmek yerine, tüm pay sahipleri için düzenlenmiş olması eleştirilmiştir⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, bu eleştiri, kapsamı çok daha geniş olan değişiklikten önceki TTK m. 358 hükmü açısından yapılmıştır. Gerçekten de, kural olarak borçlanmaya izin vermeyen eTK m. 358 hükmünün, şirketi kontrol etme yetkisi bulunmayan pay sahiplerine uygulanmaması gerektiği kabul edilebilirdi. Ne var ki, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde adeta borçlanmanın, serbest, yasağın istisna olması sebebiyle, yasağın çoğunluk-azınlık tüm pay sahipleri için söz konusu olması yadırganmamalıdır⁴¹.

³⁸ Bir paya müştereken sahip bulunan kişilerin, ayrı ayrı hükmün kapsamında bulunduğu kabul edilmelidir. Bkz. Hızır, s. 262.

³⁹ Kontrol kavramı için bkz. PASLI, Kontrol, s. 352 vd; OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 81-95.

⁴⁰ Ancak yazar, şirketler topluluğu hükümlerinin saklı tutulması gerektiğini savunduğundan, burada şirketler topluluğu yaratmayan ve fakat kontrol imkanı sağlayan paysahipliğinden söz edildiği düşünülmektedir. Bkz. PASLI, TTK Genel Hükümler, s.165.

⁴¹ Eklemek gerekir ki, sermayenin korunması ilkesi uyarınca benimsenen birçok kuralın uygulanması, belli bir pay sahipliği oranına bağlanmamıştır. Zira bu kuralların merkezi niteliğinde kabul edilen sermayenin iadesi yasağı için de aynı sonuç geçerlidir.

Şirket sermayesi ve mal varlığının korunması meselesinde, Kıta Avnıpası hukuk sistemleri ile Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasında derin farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda, çoğunluk pay sahiplerinin şirket mal varlığını kötüye kullanmasını engellemeye yönelik kurallara Kıta Avnıpası hukukuna nazaran daha az rastlanır. Bu ülke düzenlemeleri daha ziyade, şirket mal varlığının, yöneticilerin hukuka aykırı eylemlerinden korunmasına yöneliktir. Düzenlemelerdeki farklılık, ülkelerin pay sahipliği yapısından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, Anglo-Sakson hukuk sisteminin payları geniş tabana yayılmış sermaye piyasası yapısı, Kıta Avnıpası hukuk sistemine dahil olan ülkelerde söz konusu değildir.⁴² Bu ülkelerdeki ortaklık yapısı daha ziyade, bir ya da birkaç ortak tarafından kontrol edilen kapalı aile tipi şeklindedir.⁴³ Hatta, Kıta Avrupası hukukuna dahil olan örneğin Fransa, Almanya ve İtalya'da, en büyük halka açık şirketlerde dahi hakim ortaklara rastlanmaktadır.⁴⁴ Öte yandan, Amerika'da, payların tabana yayıl-

⁴² Örneğin, Londra borsasına kote olmuş şirketlerin yaklaşık %90'ında, oy hakkını haiz payların %25'ine sahip haklin ortak bulunmazken, Alınan borsa şirketlerinin %85'i haklin ortaklar tarafından yönetilmektedir. Bkz. GEORGEN/ R.ENNEBOOG, s. 141, 142.

⁴³ Bir görüşe göre, azınlık pay sahipleri ve şirket alacaklılarının korunması ile finansal piyasaların gelişmişlikleri arasında bağlantı bulunmaktadır. Payları geniş tabana yayılmış bir sermaye piyasası yerine, hakimiyeti elinde tutan büyük ortaklık yapısının var olması, ülkenin şirketler hukuku düzenlemelerinin yetersizliği ve azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerinin yeterince korunmaması ile açıklanmaktadır. Bkz. LA PoRTA/LOPEZ-DE-SILANES/SHLEIFER/VISHNY, Legal Determinants, s. 1131-1150. Aynı yönde, LA PoRTA/LOPEZ-DE-SILANES/SHLEIFER/VISHNY, Law and Finance, s. 1113-1155; GEORGEN/RENNEBOOG, s. 144; GILSON, Family Shareholders, s. 4-7 (Esere, Columbia Law and Economics Working Paper No. 311, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 333'ten de ulaşılması mümkündür); GILSON, Corporate Governance s.1648; GEORGEN/RENNEBOOG, s. 144.

⁴⁴ GEORGEN/MARTYNOVA/RENNEBOOG, s. 244; BERGLÖP/BURKART, s. 179; HACIMAH-MUTOĞLU, s. 103. Türk şirketlerinin ortaklık yapısı üzerine 2001 yılında yapılan araştırma sonuçlarına göre, İMKB'de işlem gören 305 halka açık şirketin %80'i doğrudan veya dolaylı olarak ailelerin kontrolü altındadır. Bkz. YURTOĞLU, Corporate Governance, s. 7-10. Yurtoğlu tarafından yapılan başka bir araştırma sonuçları da göstermektedir ki, Türkiye'de Anglo-Sakson hukuk sistemine dahil olan ülkelerin aksine, en büyük pay sahibinin şirketteki ortalama payı yaklaşık %46'dır. Halbuki bu oran İngiltere'de %16 seviyesindedir. Araştırma sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YURTOĞLU, Kurumsal Yönetim, s. 132, 148, 149.

⁴⁵ CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 495. Gilson ise, bu duruma gelişmekte olan ülkelerde genellikle rastlandığı görüşündedir. Bkz. GILSON, Family Shareholders, s. 1.

ması ve şirketlerin profesyoneller tarafından yönetilmesi gerçeği karşısında, yöneticilerin aynı zamanda pay sahibi olması durumu yaygın değildir⁴⁶. Pay sahipliği yapısındaki söz konusu farklılık nedeniyle, şirketin yöneticilerle yaptığı işlemlerin Anglo-Sakson hukukunda, hakim pay sahipleriyle yaptığı işlemlerin ise Kıta Avrupası hukukunda daha detaylı düzenlenmesi şaşırtıcı değildir⁴⁷. Bu bağlamda ülkemizde, halka açık şirketlerde dahi rastlanmakta olan hakim pay sahipliği nedeniyle, pay sahibinin faydacı eylemlerinden şirketin, çalışanların ve nihayetinde kamunun menfaatinin korunması amacıyla düzenleme yapılması zorunludur. Ancak ne yazık ki, 6335 sayılı Kanun'un 358. maddeye yaptığı müdahale nedeniyle şirket sadece, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin veya yakınlarının faydacı işlemlerine karşı korunmaktadır⁴⁸. Öte yandan, itibari değeri 1 kuruş olan payı iktisap eden yönetim kurulu üyesine TTK m. 358 uygulanacağından, 395. madde ile öngörülen korumanın gerçekten sağlanması mümkün olmayacaktır.

a. Şirketin Borçlanan Kişinin Pay Sahibi Olduğunu Bilmesinin Gerekli Olup Olmadığı

TTK m. 358'in "*paysahibi ... borçlanamaz*" şeklindeki ifadesiyle, yasağın muhatabı olarak pay sahibi gösterilirken başka herhangi bir koşul ön-

⁴⁶ ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 179. Yöneticilerin aynı zamanda pay sahibi olmaları halinde, şirketi kendi menfaatleri yerine pay sahiplerinin menfaatleri doğrultusunda yönetecekleri ve bu sonucun Amerikan doktrininde arzulandığı da ifade edilmektedir. Bkz. GEVURTZ, s. 323.

⁴⁷ ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 180, 181. Buna rağmen anılan yazarlar, Avrupa'daki hllim pay sahiplerinin ekonomik ve siyasal gücü ile lobcilik faaliyetleri sebebiyle, Kıta Avrupası hukukunun özellikle grup şirketleri hakkındaki hükümlerinin etkili bir şekilde ihdas ve icra edilmediği eleştirisinde bulunmaktadırlar. Ayrıca, yazarlar hakim şirketin bizzat şirket yöneticisi olmadığı hallerde dahi, sahip olduğu oy gücü ile yöneticiler seçebilmeleri ve şirket yönetimine etki edebilmeleri nedeniyle, şirket malvarlığının pay sahipleri tarafından sömürülmesi riskini yüksek görmektedirler. Bkz. a.e., s. 179.

⁴⁸ Yukarıda açıklandığı üzere, değişiklik öncesinde kabul edilen hüküm de bünyesinde birçok sorunu ve tartışmayı barındırmaktaydı. Bkz. İkinci Bölüm, I, A. Bu nedenle, gerek pay sahibi gerekse yönetim kurulu üyesi için benimsenen borçlanma yasağı hakkındaki hükümlerde değişiklik yapılması bir zorunluluktur. Değişiklik sonucu kabul edilen⁴⁹ K m. 358 hükmünün bu ihtiyaa karşılayıp karşılamadığı ise ileride tartışılmıştır. Bkz. İkinci Bölüm, III, A, 1. Dolayısıyla yapılan eleştiri sadece düzenlemenin⁵⁰şi açısından kapsamına daırdır.

görülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yasağın uygulanması açısından, hükümde sayılan iki o]umsuz koşulun yanında (objektif koşullar), şirketin kendisine borçlanan kişinin pay sahibi olduğunu bilmesi şartı (subjektif koşul) aranmamıştır.

Gerçekten de, hükmün ihdas amacı göz önünde bulundurulduğunda yasağın uygulanması, subjektif koşulun varlığına bağlı olmamalıdır. Zira, hüküm ile bir bağlı malvarlığı yaratılarak bu bağlı malvarlığının sarf edilmesi önlenmek istenmiştir. Borçlanma yasağının uygulanması için ayrıca subjektif koşulun aranması, bu koşulun bulunmaması halinde şirket malvarlığının sarfına izin verilmesi anlamına gelecek ve bu nedenle hükümle amaçlanan koruma sağlanamayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, hükmün uygulanması açısından subjektif şart aranmamalı ve pay sahibi sıfatını kazanan kişinin, payı iktisap ettiği andan itibaren yasağın muhatabı olduğu kabul edilmelidir⁴⁹.

⁴⁹ Hemen belirtmek gerekir ki, bu konuda, borçlanma yasağı ile kapsamı belirli ölçüde örtüşen, sermayenin örtülü olarak iadesi yasağı hakkında yapılan tartışmalardan yararlanılması mümkündür. Sermayenin iadesi için, subjektif şartın da aranmasının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, objektif şartın -işlemin piyasa koşullarına aykırı yapılması- gerçekleşmiş olması yeterli midir yoksa, şirketin aynı zamanda işlemin karşı tarafının pay sahibi olduğunu bilmesi aranmalı mıdır? İleri sürülen bir görüşe göre, sermayenin iadesi yasağının söz konusu olması için objektif ve subjektif şart birlikte gerçekleşmelidir. Bkz. PROBST, s. 19; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 51, 52. Yani, şirketin pay sahibi ile piyasa koşullarına aykırı işlem gerçekleştirmesi yanında, karşı tarafın pay sahibi olduğunu bilmesi ve kendisine yarar temin etmeyi istemesi gereklidir. Bu görüşe göre, şirketin, karşı tarafın pay sahibi olduğunu bilmeden sözleşme yapması halinde, bu sözleşmenin, hissedar olmayan biri ile de yapılabileceğinigösterir. Bkz. BUNGEROTH, § 57 N.13. Zira işlem paysahibinin busıfatı nedeniyle yapılmamıştır. Aksi görüşe göre, sermayenin gizli şekilde iade edildiğinin kabul edilmesi için edimler arasında objektif orantısızlık olması gerekli ve yeterlidir. Ayrıca subjektif unsurun aranmasına gerek yoktur. Bkz. LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 26; DÖLLERER, s.59; BAYER,§ 57,N.37.Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, kıyas yapılan mukayeseli hukukta sermayenin iadesi yasağının kapsamı, Türk hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen görüş uyarınca benimsenen değerden geniştir. Bkz. İkinci Bölüm, IY, C, 2. Gerçekten de, Alman anonim ortaklıklar hukukunda, şirketin tütün malvarlığının koruma kapsamında olduğu kabul edildiğinden, objektif şartı yeterli kabul eden görüş uyarınca, paysahibi ile şirket arasında gerçekleşen tütün asimetrik edimli ilişkiler sermayenin iadesi yasağını ihlal etmektedir. Türk hukukunda ise, sermayenin iadesi yasağının koruma kapsamının sadece sermaye ile sınırlı olduğu kabul edildiğinde, bu yasağın ihlal edildiğini kabul etmek için objektif unsur yanında subjektif koşulu da aramak hükmün uygulamasını gereğinden fazla daraltmak anlamına gelecektir. Bu nedenle, sermayenin

Yasağın uygulanması açısından, şirket tarafından pay sahibinin bu sıfatının bilinmesi aranmayacağı gibi, pay sahibinin kötü niyetli olması da gerekli değildir. Yani yasağın gündeme gelmesi açısından, pay sahibinin TTK m. 358'i bilerek ihlal etmesi şart değildir. Örneğin, şirket yönetiminde bulunmayan bir pay sahibi, şirketin TTK m. 358'de aranan finansal yeterlikte olmadığını bilmesede dahi, yasağın muhatabı olur. Zira, hükümde pay sahibinin iyi niyetinin korunacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemektedir. Gerçekten de, sermayenin korunması ilkesi gereği ihdas edilen bir yasağın uygulanmasında şirket menfaati, paysahibinin menfaatine tercih edilmeli ve objektif koşulların varlığı yeterli kabul edilmelidir.

Her ne kadar yasağın uygulanması açısından, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibinin bu sıfatını bilmeleri önem taşıyorsa da, yasağa aykırı şekilde borç verdikleri kişinin paysahibi olduğunu bilmeleri, sorumlulukları açısından fark yaratır. Nitekim, 358. maddenin aynı zamanda şirket yöneticilerinin, hükme aykırı şekilde pay sahiplerine borç vermesini yasaklayıcı özelliği de bulunmaktadır⁵⁰. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere⁵¹, şirketin borçlanma işlemi neticesinde uğradığı zararını, belirli şartlarda yönetim kurulu üyelerinden tazmin etmesi mümkündür. İşte, şirket yöneticilerinin, borç verdikleri kişinin pay sahibi olduğunu bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması hallerinde sorumlulukları söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları bahsinde önem taşıyan, paysahipliği sıfatının bilinmesi unsurunun nasıl tespit edileceği belirlenmelidir.

iadesi yasağının kapsamını, şirket sermayesinin iade edilmemesi şeklinde kabul eden öğreti haklı olarak, objektif şartı yeterli görmektedir. Bkz. SEVi, s. 471. Savunulan bu görüşe göre, sermayeyi aşan değerlerin paysahiplerine asimetrik işlemler nedeniyle iade edilmesi halinde TTK m.512 hükmü uygulanacağından, subjektif şart ancak bu hallerde aranmalıdır. Ancak, ifade etmek gerekir ki, TTKm. 512 hükmü şirketin bilmesi unsurunun varlığında değil, pay sahibinin kötü niyeti halinde iade borcunu düzenlemektedir.

⁵⁰ Sermayenin iadesi yasağının da pay sahipleri açısından düzenlenmiş olmasına karşılık, Türk öğretisi, TTK m. 480 hükmünün, iki taraflı bir yasak öngördüğü kanısındadır. Yani, pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemeyecekleri gibi, şirket de bu sermayeyi paysahiplerine iade edemez. Bkz. DOĞAN, Sermayenin İadesi, s.48,49; ÇELİKTAŞ, s. 134; AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 12; KIRCA, Sermayenin İadesi, 643; SEVİ, s. 433, 443. İsviçre hukuku için bkz. BÜRGI, Zürcher Kommentar, m. 680, N. 30; BINDER, s. 33; VOGT, m. 680, N. 17 vd.

Si Bkz. İkinci Bölüm, V, G.

Yasağın uygulanması açısından, şirket tarafından pay sahibinin bu sıfabının bilinmesi aranmayacağı gibi, pay sahibinin kötü niyetli olması da gerekli değildir. Yani yasağın gündeme gelmesi açısından, pay sahibinin TTK m. 358'i bilerek ihlal etmesi şart değildir. Örneğin, şirket yönetiminde bulunmayan bir pay sahibi, şirketin TTK m. 358'de aranan finansal yeterlilikte olmadığını bilmesede dahi, yasağın muhatabı olur. Zira, hükümde pay sahibinin iyi niyetinin korunacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemektedir. Gerçekten de, sermayenin korunması ilkesi gereği ihdas edilen bir yasağın uygulanmasında şirket menfaati, paysahibinin menfaatine tercih edilmeli ve objektif koşulların varlığı yeterli kabul edilmelidir.

Her ne kadar yasağın uygulanması açısından, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibinin bu sıfabru bilmeleri önem taşımasa da, yasağa aykırı şekilde borç verdikleri kişinin paysahibi olduğunu bilmeleri, sorumlulukları açısından fark yarabır. Nitekim, 358. maddenin aynı zamanda şirket yöneticilerinin, hükme aykırı şekilde pay sahiplerine borç vermesini yasaklayıcı özelliği de bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere⁵⁰, şirketin borçlanma işlemi neticesinde uğradığı zararını, belirli şartlarda yönetim kurulu üyelerinden tazmin etmesi mümkündür. İşte, şirket yöneticilerinin, borç verdikleri kişinin pay sahibi olduğunu bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması hallerinde sorumlulukları söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları bahsinde önem taşıyan, pay sahipliği sıfatının bilinmesi unsurunun nasıl tespit edileceği belirlenmelidir.

iadesi yasağının kapsamını, şirket sermayesinin iade edilmemesi şeklinde kabul eden öğreti haklı olarak, objektif şartı yeterli görmektedir. Bkz. Sevi, s. 471. Savunulan bu görüşe göre, sermayeyi aşan değerlerin paysahiplerine asimetrik işlemler nedeniyle iade edilmesi halinde TTK m. 512 hükmü uygulanacağından, subjektif şart ancak bu hallerde aranmalıdır. Ancak, ifade etmek gerekir ki, TTK m. 512 hükmü şirketin bilmesi unsurunun varlığında değil, pay sahibinin kötü niyeti hilinde iade borcunu düzenlemektedir.

⁵⁰ Sermayenin iadesi yasağının da pay sahipleri açısından düzenlenmiş olmasına karşılık, Türk öğretisi, TTK m. 480 hükmünün, iki taraflı bir yasak öngördüğü kanısındadır. Yani, pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemeyecekleri gibi, şirket de bu sermayeyi pay sahiplerine iade edemez. Bkz. Doğan, Sermayenin iadesi, s. 48, 49; ÇELİKTAŞ, s. 134; AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 12; KIRCA, Sermayenin İadesi, 643; SEVi, s. 433, 443. İsviçre hukuku için bkz. BÜRGI, Zürcher Kommentar, m. 680, N. 30; BINDER, s. 33; VOGT, m. 680, N. 17 vd.

⁵¹ Bkz. İkinci Bölüm, V, G.

(1) Çıplak Pay ve Devri Sınırlandırılmamış Nama Yazılı Pay Senetleri Bakımından

TTK m. 499/1 hükmünde, çıplak paylar ile nama yazılı pay senetlerinin pay defterine kaydedileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, şirket pay defterine işlenen çıplak pay sahipleri ile nama yazılı senet sahiplerinin şirkete borçlanmaları, kural olarak, TTK m. 358'deki koşulların sağlanmasına bağlıdır. Ancak, pay defterine yapılan kaydın açıklayıcı nitelikte olduğu ve aksi ispat edilebilen karine oluşturdukları unutulmamalıdır⁵². Bu nedenle, pay defterindeki kaydın gerçeği yansıtmadığının ispatlanması halinde, ilgili kişiler için yasak söz konusu olmayacaktır.

Konu ayrıca, pay defterinde gözükmemekle birlikte payı geçerli şekilde iktisap etmiş kişiler açısından değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere, şirket esas sözleşmesinde bağlam bulunması hali saklı olmak kaydıyla, nama yazılı pay senedinin devri, ciro edilmiş senedin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle (TTK m. 490/2), çıplak payın devri ise yazılı temlik beyanıyla yapılır⁵³. Pay defterine yapılan kayıt sadece usuli bir işlem olduğundan, devir işleminin tamamlanmasıyla birlikte devralan pay sahibi sıfatını kazanır. Buna karşılık, TTK m. 499/ 4'te şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimselerin pay sahibi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce, anılan düzenleme esas itibarıyla, pay sahibinin genel kurula katılım ve malvarlıksal haklardan yararlanma konusunda pay defterindeki kaydın önemine ilişkindir. Halbuki, TTK m. 358 hükmünde bir yasak düzenlenmekte ve bu yasağın muhatabı olarak da pay sahibi gösterilmektedir. Bu açıdan, pay sahibinin payı iktisap ettiği anda yasağın muhatabı olduğunun

⁵² Bkz. Gerekçem.499.Benzer şekilde, TTK m. 426/ 1'de, nama yazılı paysenetleri, ilmühaberler veya senede bağlanmamış paylara bağlı olarak pay sahibi sıfatını haiz kişilerin belirlenmesinde paydefterinin esas alınacağı belirtilerek, pay defterindeki kayıtların karine teşkil etmesine bağlı bir sonuç kabul edilmiştir. Aynı sonuç, anılan hükmün gerekçesinde de yinelenmiştir. Bkz. Gerekçe m. 426. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇONKAR, PaySahipliği Sıfatı, s. 230-233; UZEL, s. 85.

⁵³ TEKİNALP (PoRoY/ÇAMOĞLU), I, N. 770.

.w eTK m. 416/2 c.2'deki "Şu kadar ki; devirşirketekarşı ancak pay defterine kayıtla hüküm ifade eder." şeklindeki düzenlemenin TTK m. 490/2'ye alınmamış olması da nama yazılı payların geçerli bir biçimde devredilebilmesi için ciro ve zilyetliğin geçirilmesinin yeterli olduğunu, devir için ayrıca paydefterine yapılan kaydın etkisinin bulunmadığını göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇONKAR, Pay Sahipliği Sıfatı, s. 231,232.

kabul edilmesi gereklidir. Ancak, pay defterine işlenmemiş pay sahibinin bu sıfatı şirketçe kural olarak bilinemeyeceğinden, hükmü ihlal **ederek** borç veren şirket yöneticilerinin sorumlulukları söz konusu olmamalıdır.

(2) Borsaya Kote Olmuş ve Olmamış Bağlı Nama Yazılı Paylar Bakımından

Esas sözleşmede düzenleme yapılarak nama yazılı payların ancak **şirketin** onayı ile devredilebileceği öngörülebilir (TTK m. 492). Esas sözleşmeyle sınırlama yapılması halinde pay sahipliğinin kazanılmasına, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar ile kote edilmemiş nama yazılı paylar için ayrı kurallar uygulanır.

TTK m. 494 uyarınca, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri, gerekli onayın verilmesiyle gerçekleşir⁵⁵. Bir diğer ifadeyle, onay verilmediği sürece paya bağlı tüm haklar devredende kalacağından, alıcı için borçlanma yasağı söz konusu olmayacaktır. Payların miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri halinde ise, malvarlıksal haklar ile katılma haklarının kazanılması farklı esaslara tabi tutulmuştur. Buna göre, payların mülkiyeti ve bunlardan kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhal, genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer (TTK m. 494/2). Kanaatimizce, malvarlıksal haklardan derhal yararlanan pay sahibinin, bu tarihten itibaren borçlanma yasağının da muhatabı olacağı sonucuna varılmalıdır. Ancak, iktisabın şirkete bildirilmediği bir sürede verilen borçlar nedeniyle, kural olarak yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Meğerki, yönetim kurulu bildirimden önce bu iktisap hakkında bilgi sahibi olsun.

Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinde söz konusu olan kanuni bağlam (TTK m. 491), bu payların, şirket onayı olmaksızın devredilmelerini yasaklamaktadır. Bu nedenle, bedeli tamamen ödenmemiş payı devralan, pay sahibi sıfatını şirket onayı ile kazanacağından, bu onay verilmediği sürece yasağın muhatabı olmayacaktır. Hükümde, devrin, miras,

⁵⁵ Doktrinde, devir için ortaklığın onayının aranmasının öngörülmesi ile paysahibinin borsaya kote edilmemiş nama yazılı payları üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı ifade edilmiştir. Bkz. UZEL, s.212.

mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya icra yoluyla gerçekleşmesi halinde, pay sahibi sıfatının kazanılması için onay aranmayacağı belirtildiğinden, iktisap tarihinde derhal borçlanma yasağı söz konusu olacaktır.

TTK sisteminde, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için de bağlam yaratılması mümkündür. Buna göre, şirket esas sözleşmesine hüküm konulmak suretiyle, sermayenin belirli bir yüzdesini aşan iktisapların kaydedilmesinin önlenmesi mümkündür (TTKm. 495). Bu şirketlerde bağlam bulunması halinde ise hakların geçişine ilişkin, payların iktisap yerine göre ayrı kurallar konulmuştur. Borsaya kote payların, borsada iktisap edilmeleri halinde, paylardan kaynaklanan haklar payların devri ile kendiliğinden devralana geçecektir (TTK m. 497/ 1 c. 1). Ancak şirket tarafından tanınincaya kadar devralan pay defterine "oysuz pay sahibi" olarak kaydedilecektir⁵⁶. Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri halinde ise, pay sahipliği haklarının şirket tarafından tanınması için devralanın şirkete başvurması gereklidir. Devralan, şirket tarafından tanınincaya kadar genel kurula katılım hakları ile oy hakkını kullanamayacaktır (TTK m. 497/ 1 c. 2, karş. TTKm. 494/2).

Konu, sermaye piyasası mevzuatında da düzenlenmiştir. SerPK m. 137/3 c. 1'de halka açık ortaklıkların, borsada gerçekleştirilen (borsaya kote nama yazılı payların borsada iktisap edilmeleri) işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemeyeceği belirtilerek, bu şirketlerde bağlam öngörülmesine izin verilmemiştir.

Halka açık ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için, TTK m. 493 ve 494'ün uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, TTK'nın borsaya kote olmayan payların devri için benimsediği sisteme gönderme yapılmıştır.

SerPK'nın düzenleme yapmadığı alan, borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışından iktisap edilmesi ihtimalidir. Kanaatimizce bu halde, genel hüküm niteliğindeki TTK m. 497'nin uygulanması gereklidir. Anılan hükmün birinci fıkrasının son cümlesinde, hisselerin borsa dışında iktisap edilmeleri halinde, paya bağlı hakların devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçeceği belirtilmiştir. Böylece bildirim, payın mül-

⁵⁶ Bk1. TEKİNALP, Bağlam, s.69, 70; AKIN, Bağlam, s. 150, 151.

kiyetinin alıcıya geçmesi sonucu bağlanmıştır⁵⁷. Bildirim ile onay arasında geçen sürede ise, genel kurula katılım ve oy hakkı ile oya bağlı diğer hakların kullanılamayacağı⁵¹, ancak tüm diğer hakların herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan kullanılacağı ifade edilerek, bir anlamda⁵ bölünme teorisi benimsenmiştir (TTK m. 497/2). Bu ihtimalde, katılma hakları dışındaki diğer tüm pay sahipliği haklarını iktisap tarihinden itibaren kullanabilen paysahibinin, borçlanma yasağının muhatabı olduğu kabul edilmelidir.

(3) Hamiline Yazılı Pay Senetleri Bakımından

Pay sahipliğinin tespiti, özellikle, hamiline yazılı hisse senedi çıkarılması halinde önem taşır. Hamiline yazılı senedin, sadece zilyetliğin nakli ile devredilmesi ve bu senetlerin pay defterine kaydedilmemesi (TTK m. 499/ 1) sebebiyle şirketin hamiline yazılı pay senedi sahiplerinin kimliklerini kural olarak bilmesi beklenmez. Bu ihtimalde ise, hamiline yazılı senet sahibinin şirkete borçlanmasının TTK m. 358'e aykırılık oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir.

TTK m. 484/2 nedeniyle bedelleri tamamen ödenmemiş paylar için hamiline yazılı senet çıkarılması mümkün olmadığı için, şirkete borçlanan pay sahibinin TTK m. 358'de belirtilen muaccel sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi söz konusu olmayacaktır.

Ancak, hamiline yazılı paysenetlerinin basılması halinde de, şirketin finansal durumunun TTK m.358'de aranan koşulu sağlamaması mümkündür. Bu ihtimalde, yasağın ihlal edilmesi nedeniyle ihlalin sonuçlarının⁶⁰ geçerli olacağı kabul edilmelidir. Ancak, kural olarak, borç verdiği kişinin pay sahibi olduğunu bilmediği kabul edilen yönetim kurulunun sorumluluğu üzerinde

⁵⁷ Bkz. AICI, Bağlam, s. 156.

⁵¹ Belirtmek gerekir ki, yaratılan bu özel oydan yoksunluk hali yüzdesel sınır aşan paylar için söz konusu olur. Bkz. UZEL, s. 212.

⁵⁹ Anılan düzenleme ile eTK yürürlüğü döneminde kabul edilen bölünme teorisi fark-
Wık göstermektedir. Zira, TTK sisteminde devreden pay sahibinin şirketten tamamen çıkması ve yerini yeni pay sahibine bırakması söz konusudur. Oysaki eTK sisteminde, devreden kişi şirketle sadece ekonomik bağlantısını kesmekteydi Bkz. AKIN, Bağlam, s. 156, 157.

⁶⁰ Bk.z. İkinci Bölüm, V.

durulmaJıdır. Şüphesiz, yönetim kurulunun, borç verdiği kişinin pay sahibi olduğunu bilmesi h?linde kanuna aykırılık nedeniyle sorumluluğundan söz edilecektir.

Kural olarak, borç verdiği kişinin pay sahibi sıfatını bilmediği kabul edilen yönetim kurulu üyelerinin bu işlem nedeniyle sorumlulukları, özen borçları çerçevesinde araştırılmalıdır. İleride ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, TTK m. 358 bağı malvarlığından pay sahibine borç verilmesini yasaklamaktadır". Diğer bir ifadeyle hüküm ile pay sahiplerinin şirket malvarlığıru kötüye kullanma riskine karşı önlem alınmak istenmiştir. Öte yandan, şirketin bağı malvarlığından üçüncü kişilere borç vermesi yasaklanmış değildir. Bununla birlikte, şirket malvarlığının ötelenmiş bir alacak hakkı ile eş değeri olduğu kabul edilemeyeceğinden, basiretli bir yönetim kurulunun kural olarak şirketin menfaatini gözeterek serbest malvarlığından üçüncü kişilere borç vermesi gerekir.

Yönetim kurulu üyelerinin borç verdiği kişinin pay sahibi sıfatını bilmemesi halinde bu ödünç, herhangi bir üçüncü kişiye verilen ödünç gibi değerlendirilmelidir. Bu nedenle, özenli ve tedbirli bir yönetim kurulunun, şirketin bağı malvarlığından üçüncü kişilere borç verebilmesi için, şirketin bu borç verme işleminde haklı bir menfaati olması ve kayba uğramaması gereklidir. Örneğin, şirketin tekel durumundaki tedarikçisine borç vermesi, borcun piyasa koşullarına uygun olması ve şirketin ileride kar etme ihtimalinin bulunmasına bağıdır.

b. Müstakbel Pay Sahipleri Bakımından

Borçlanma yasağı ile koruma kapsamı örtüşen sermayenin iadesi yasağının, eski⁶² ve gelecekteki pay sahibine⁶³, bu konumlan gereği yapılan ödemelerle de ihlal edilebileceği savunulmaktadır. Ancak bu görüşün borç-

⁶¹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

⁶² Bkz. LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N.12; ALTMEPPEN, GmbHG, § 30, N. 25; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s.53; FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 31, 32; HOFFER, § 57, N.14; SEVİ, s. 440.

⁶³ CANARIS, s.32; LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N.40; DOĞAN, Sermayenin İadest s. 53; BAYER, § 57, N.57; FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 33; S.EVi, s. 440,441.

lanma yasağı için kabul edilebilir olup olmadığı ancak borçlanma yasağı hakkındaki özel düzenlemelerin değerlendirilmesiyle tespit edilecektir.

Öğretide, müstakbel pay sahibinin, "pay sahibi" kavramının geniş yorumlanması ile TTK m. 358'in kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmişti⁶⁴. Bu nedenle, hükmün kıyas yoluyla müstakbel pay sahiplerine uygulanabilme ihtimali araştırılmıştır. Yapılan araştırmada, müstakbel pay sahiplerine verilen ödünçlerin TTK m. 380 kapsamında bulunması nedeniyle, kıyas yapılmasının şartlarından olan kanun boşluğunun bulunmadığı ve bu nedenle kıyas yoluyla dahi müstakbel paysahibinin hükmün kapsamında değerlendirilemeyeceğisonucuna varılmıştır⁶⁵. Ayrıca, pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ifa etmemesi şartı ancak mevcut pay sahipleri için söz konusu olabileceğinden, 358. maddenin kişi açısından kapsamına müstakbel paysahiplerinin girmediği kabul edilmelidir.

Gerçekten de, müstakbel pay sahibine, şirket paylarının iktisabı amacıyla verilen ödünç işlemi TTK m. 380 hükmü gereği kesin hükümsüzdür. Bu ihtimalde, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, borçlanma yasağına nazaran özel hüküm niteliğindeki finansal yardım yasağının uygulanması gereklidir. Örneğin, genel kurulda sermaye artırım kararının alınması⁶⁶ ve ticaret siciline tescil edilmesi arasında geçen sürede, rüçhan haklarının kısıtlanması yahut kaldırılması suretiyle üçüncü kişinin sermaye taahhüdünde bulunması halinde, bu kişinin, iç ilişkide hüküm doğuran⁶⁷ sermaye artırım

⁶⁴ GÜREL, s. 97.

⁶⁵ GÜREL, s. 97. TTK m. 358 ile TTK m. 380 arasındaki bağlantı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2.

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, verilen örnek TTK m. 459/ 1 uyarınca sermayenin, değişik esas sözleşmede taahhüt edilmesi halinde geçerlidir. Buna karşılık, sermaye artırım kararının alınmasından sonra, sermayenin iştirak taahhütnamesi ile taahhüt edilmesi halinde, kararın alındığı tarihten itibaren değil, iştirak taahhütnamesinin imzalandığı andan itibaren borçlanma yasağının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

⁶⁷ Kanun'un 456. maddesinin son fıkrasının yaptığı gönderme nedeniyle uygulanacak olan 455. madde uyarınca, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, yönetim kurulu tarafından şirket merkezinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edilir ve tescil ile birlikte değiştirme kararı üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder. Böylece, değiştirme kararının üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmeyeceği vurgulanarak, iç ilişkide hüküm doğurmaya başlayacağına açıkça işaret edilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 358.

kararının tescilinden önce şirkete borçlanmasına, zamansal bağlantının yoğunluğu nedeniyle TTK m. 380 hükmünün engel olduğu kabul edilmelidir.

Ancak bilindiği üzere, TTK m. 380'de öngörülen yasağın uygulanabilmesi için, verilen ödünç ile pay iktisap amacı arasında işlevsel bir bağlantı bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle, ödünçün veya teminatın payın iktisabı amacıyla verilmesi şarttır. Öte yandan, finansal desteğin pay bedelinin ödenmesine yönelik olması zorunlu değildir. Hatta, yasağın ihlali için verilen ödünçün fiilen pay iktisabında kullanılması da aranmamaktadır⁶⁸. Bununla birlikte, ödünçün fiilen pay iktisabında kullanılmış olması bağlantının kurulması için emare sayılabilir⁶⁹. Bu nedenle, şirketten aldığı ödünç ile bir üçüncü kişiye olan borcunu ödeyen, bu parayı başka bir yatırımda kullanan kişiye verilen ödünçün de pay iktisabı amacına yöneldiği kabul edilebilir. Ancak, müstakbel pay sahibine verilen ödünç ile pay iktisap amacı arasında bir bağlantı bulunmadığı hallerde, finansal yardım yasağının uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalarımızı somutlaştırmak gerekirse, (X), (A) şirketinden, (A) şirketinin yavru şirketi olan (Y)'ye ait bir taşınmazın iktisabı amacıyla ödünç almıştır. Bu iktisaptan bir süre sonra (X), sermaye taahhüdünde bulunarak (A) şirketinde paysahibi sıfatını kazanmıştır. Eğer, tedbirli ve özenli bir yöneticinin de pay iktisabı dışında bir amaçla bu ödünçü verebileceği kabul edilebilirse⁷⁰, finansal destek işlemi ile verilen ödünç arasında işlevsel bağlantı bulunmadığından⁷¹, finansal yardım yasağı uygulanmayacaktır. Bu durumda ise verilen ödünçün bir üçüncü kişiye verilen herhangi bir ödünçten farkı bulunmaması nedeniyle, TTK m. 358'in kıyas yoluyla da uygulanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Müstakbel paysahibi açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer durum, şirketin pay sahibine verdiği ödünçün bir üçüncü kişiye nakledilmesi

⁶⁸ GÜR.EL, s. 191-193.

⁶⁹ GÜREL, s. 192.

⁷⁰ Örneğin yavru şirket (Y)'nin, likidite sıkıntısından ancak bu taşınmazını satarak kurtulabileceği varsayımında ödünçün tedbirli ve özenli bir yönetici tarafından da verilebileceği kabul edilebilir.

⁷¹ GÜR.EL s. 192.

ve borcu devralan kişinin sonradan pay sahibi olması halidir⁷². Kanaatimizce, yasağın şartlarının mevcudiyeti borçlanma işleminin gerçekleştiği anda araştırılmalıdır. Değişik bir anlatımla, örneğimiz açısından önem arz eden, borcun devralındığı sırada yasağın söz konusu olup olmadığıdır. Borçlanma yasağı, şirketin borç verdiği anda pay sahibi sıfatını taşıyan kişilere uygulanacağından, bu borcu devralan kişiye TTK m. 358'deki yasağın uygulanması mümkün değildir. Borç henüz geri ödenmeden bu kişinin pay sahibi sıfatını kazanması da varılan sonucu etkilemeyecektir. Zira, kanımızca yasağın uygulanması bakımından önemli olan, borçlu kalındığı sürede değil, borçlanma işleminin yapıldığı anda pay sahibi sıfatına sahip olunmasıdır⁷³.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kurulan (TTK m. 335) ve fakat tüzel kişilik kazanmayan (TTK m. 355/1) ön anonim şirketin nakdi sermayesi, bankada bloke hesapta bulunduğundan (TTKm. 345), ön anonim şirketin⁷⁴ ortağı ve kurulacak anonim şirketin müstakbel pay sahibine ödünç verilmesi mümkün değildir⁷⁵.

⁷² Örneğimizde, şirketin mevcut pay sahibine verdiği ödünçün TTK m. 358'deki yasağa aykırı olmaması düşünülmüştür. Söz konusu ödünçün yasağı ihlal etmesi halinde çalışmada geçersiz olacağı savunulmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, V, E.

⁷³ Benzer sonuca, serbest malvarlığından borç veren şirketin borç henüz geri ödenmeden finansal durumunun bozulması halinde de ulaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, önemli olan borcun verildiği anda şirketin hükümde aranan finansal yeterliliğe sahip olup olmadığıdır.

⁷⁴ Kanun koyucu, kurulan ve fakat tüzel kişilik kazanmamış şirketin türünü belirtmemiş, bunun belirlenmesini öğretisi ve yargı kararlarına bırakmıştır (TTK Gerekeçe m. 335). Doktrinde bir görüşe göre, kurulmakta olan ve TTK'da düzenlenen ticaret şirketlerinden sayılmayan bu ön şirket bir adi şirkettir ve Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Diğer görüşe göre ise, bu şirketin kurulması anonim şirketlere ait esas sözleşmesinin oluşturulmasıyla sağlanacağından, öncelikle bu şirket türüne esas sözleşme hükümlerinin uygulanması wrunludur. Bu nedenle, ön şirket bir geçiş şirkettir ve kurulacak olan anonim şirketin ön şeklidir. Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TARHANLI, s.61.

⁷⁵ Alman hukukunda AktG § 41 hükmü ile, ön anonim şirketin sermayesini korumak amacıyla üç kategori yasak konulmuştur. Buna göre, şirketin esas sözleşmesinde yer almayan sözleşmelerden doğan yükümlülükleri üstlenmesi (AktG § 41 ili), hissedarların pay sahipliği haklarını devretmesi ile pay senetlerini tedavüle çıkarması yasaktır. Bkz. TARHANLI, s. 53-56. Türk hukukunda ise, sermayenin iadesi yasağının şirketin tescil edildiği andan itibaren söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Söz konusu görüşe göre, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce yapılan geri ödemeler, sermayenin fiilen ve eksiksiz oluşturulmasına ilişkin kuralları ihlal eder. Zira eğer ortak kuruluş aşamasında, sermaye

c. Tek Pay Sahibi Bakımından

Borçlanma yasağı hakkındaki hükümde, tek pay sahipli şirketler için herhangi bir istisna öngörülmemiş olması öğretide eleştirilmiştir. Buna göre, tek ortağın, genel kurul toplantısında karar alıp, şirket aktiflerinde bulunan değerleri, kendisine kar payı şeklinde dağıtması mümkünken, alacaklılar açısından daha elverişli olan borçlanma işlemine⁷⁶ izin verilmemesi yerinde değildir⁷⁷. 2011 tarihinde kabul edilen TTK m. 358 hükmü için dile getirilmiş bu eleştiri⁷⁸ kısmen 6335 sayılı Kanun ile giderilmiştir. Çünkü, değişiklik ile şirketin finansal durumuna ilişkin bir eşik konulması aslında dağıtılabılır rakamın belirlenmesine ilişkin bir düzenlemedir. Böylece hükmün son hali ile, dağıtılabılır kar payı ile borç verme işlemi arasında paralellik tesis edilmiştir.

d. İntifa Hakkı Sahibi Bakımından

TTK m. 358'in kişi açısından kapsamına sadece pay sahibi alınmış ancak, payın sahibi olmamakla birlikte, pay sahibine tanınan haklardan yararlanan intifa hakkı sahibinin yasağa tabi olup olmadığı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Kanaatimizce, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi ihtimalinde, çıplak pay sahibi borçlanma yasağına tabi iken, malvarlıksal haklardan yararlanan ve kural olarak oy hakkını kullanan (TTK m. 432) intifa hakkı sahibinin TTK m. 358 hükmünde açıkça anılmamış olması sebebiyle yasağın muhatabı olmayacağını ileri sürmek mümkün değildir. Öğretide, intifa hakkı sahibinin oy hakkına vurgu yapılarak, bu hakkın sağladığı geniş yetkiler sebebiyle şirket için önemli konularda karar alma yetkisine

taahhüdünü yerine getirdikten sonra pay miktarını aşmayan tutarı iade olarak alırsa, bu takdirde iştiraktaahhüdünün tam ifa edilmemesi söz konusu olur. Bkz. SEVİ, s.444, 445.

⁷⁶ Gerçekten de, usulüne uygun dağıtılan kar payı nedeniyle alacaklıların ileri sürebilecekleri herhangi bir talep hakları bulunmamaktadır. Ancak, şirket bilançosunun aktifinde yer alan alacak hakları için alacaklıların, İİK m.89 hükmü kapsamında şirkete borçlanan kişilerden alacağı ile sınırlı olacak şekilde bu borç miktarını talep etmeleri mümkündür.

⁷⁷ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 165.

⁷⁸ Değiştirilen hükümde borçlanmanın mümkün olması için herhangi bir finansal koşul öngörülmemiş olması nedeniyle şirketin bağlı malvarlığından da pay sahibine borç vermesi mümkündür. Halbuki, şirket pay sahibine ancak serbest yedek akçe ile kardan temettü dağıtabileceğinden, alacaklılar açısından borç verme işleminin her zaman daha elverişli olduğu ileri sürülemez.



sahip olan intifa hakkı sahibinin de borçlanma yasağının kapsamında olması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁹. Gerçekten de, sahip olduğu oy hakkı sayesinde yönetime katılan⁸⁰ intifa hakkı sahibinin, bu gücünü kullanarak şirket malvarlığına zarar verme riski bulunmaktadır. İşte, borçlanma yasağının esas itibarıyla ihdas amacı da bu riski bertaraf etmektir. Bu nedenle, TTK m. 358 hükmünün açık düzenlemesi nedeniyle pay üzerinde intifa hakkı tanınması halinde çıplak paysahibinin şirkete borçlanmasına ancak belirli şartlarda izin verilirken, intifa hakkı sahibinin sırf hükümde anılmamış olması sebebiyle hükmün kapsamında olmadığı kabul edilmemelidir. Üstelik, intifa hakkı sahibinin kendi sermayesi risk altında olmadığı için şirket malvarlığının daha pervasızca kullanılmasına sebep olma riski de mevcuttur⁸¹.

İntifa hakkı sahibine tanınan malvarlıksal haklardan faydalanma imkanı da bu kişinin yasağın muhatabı olması gerektiği sonucunu desteklemektedir. Paysahibinin borçlanma yasağının ne zaman muhatabı olacağı sorusu yanıtlanırken, bağlam nedeniyle oy hakkını kullanamayan ve fakat malvarlıksal haklardan yararlanan kişinin bu andan itibaren yasağa tabi olduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, oy hakkı ile malvarlıksal haklardan⁸² yararlanan intifa hakkı sahibinin de, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesiyle yasağa evlevi-

⁷⁹ YücE, s. 67.

⁸⁰ Anonim ortaklıkta pay sahibinin yönetime katılmasını sağlayan bir dizi olanak oy hakkına bağlanmıştır. Bkz. TEOMAN, Pay Sahibinin Değişik Yönde Oy Kullanması, s. 11. Çünkü pay sahibi oy hakkını kullanmak suretiyle organlara üye seçmek, bu üyeleri denetlemek, azletmek, ibra etmek ya da ibrasına engel olmak, azlık haklarından bazılarını kullanmak gibi anonim ortaklığı ilgilendiren ve genel kurul kararlarına bağlı olan çeşitli konularda iradesini açıklar. Bkz. TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLU), II, N. 959. Yine bilgi alma (TTKm. 437), genel kurulu toplantıya çağırma (TTKm. 410), genel kurul kararlarının iptalini isteme (TTK m. 445) gibi olanakların da oy hakkı ile birlikte bulunduğu hatta bu hakların oy hakkına işlerlik kazandırmak amacıyla tanındıkları kabul olunur. TEOMAN, Pay Sahibinin Değişik Yönde Oy Kullanması, s.11; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 2; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 99.

⁸¹ TTK m. 432/2 hükmü, intifa hakkı sahibinin pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmesini emrederek, aksi halde intifa hakkı sahibinin pay sahibine karşı sorumlu olacağını belirtmektedir. Ancak, anılan hüküm intifa hakkı sahibinin sadece çıplak pay sahibine karşı sorumluluğunu düzenlediğinden, borçlanma yasağının korumaya çalıştığı diğer menfaat sahipleri için yeterli koruma sağlamamaktadır.

⁸² İntifa hakkı sahibine tanınan haklar açısından ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN, İntifa, s. 123-334.

yetle tabi olacağı kabul edilmelidir. Ancak, TTK m. 499/ 4 hükmü uyarınca, şirketle ilişkilerde sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kişi intifa hakkı sahibi olarak kabul edileceğinden, henüz deftere işlenmeyen intifa hakkı sahibine hükmü ihlal ederek borç veren yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

İntifa hakkı sahibinin yasağın muhatabı olabileceği kabul edildikten sonra bu kez yasağın şartlarının intifa hakkı sahibi açısından nasıl uygulanacağı belirlenmelidir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, borçlanma yasağının söz konusu olduğu ilk hal, şirketin finansal durumunun hükümde aranan eşğin altında olmasıdır. Bu koşul yasağın intifa hakkı sahibi ile pay sahibine uygulanması açısından bir fark yaratmamaktadır. Ancak, borçlanma yasağının söz konusu olduğu bir diğer hal olan, pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ödememesi hali intifa hakkı sahibi açısından özellik arz eder. Zira, öğretilde savunulduğu üzere, pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi ihtimalinde de bakiye sermaye borcunun borçlusu pay sahibidir ve pay sahibinin intifa hakkı sahibine karşı bu borcunu ifa etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bakiye sermaye borcunun ödenmemesi, ıskat gibi ağır bir müeyyidenin uygulanmasına ve intifa hakkı sahibinin bu hakkını yitirmesine neden olsa da intifa hakkı sahibinin pay sahibine karşı bir tazminat talep edemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak intifa hakkı sahibinin haklarını korumak amacıyla TMK m. 812 ve 813 hükümlerinden yararlanabileceği ve bu bağlamda bakiye borcu malikin hesabına kendisinin ödeyebileceği savunulmuştur⁸³.

Buna karşılık, yasağın bu şekilde genişletilmesine olanak tanındığında, oy sözleşmesi uyarınca oyun belli şekilde kullanılacağına taahhüt edilriyesi halinin de hükmün kapsamında değerlendirileceği gerekçesiyle savunulan görüşün eleştirilmesi mümkündür. Öğretilde, TTK m. 358 istisna hükmü olarak değerlendirilip, bu istisnai hükmün dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştü-84. Ancak kanaatimizce, borçlanma yasağı ile engellenmek

⁸³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN, İntifa, s. 335-343.

⁸⁴ Hızrn, s. 238. Öğretilde, hükmün amacı dikkate alındığında intifa hakkı sahibinin de yasağın kapsamına alınmasının yerinde bir tercih olacağı belirtilmesine rağmen, yasağın cezai yaptırıma bağlanması nedeniyle hükmün kişi açısından kapsamının kıyas yoluyla genişletilemeyeceği savunulmuştur. Bkz. BORA, s. 71, 72.

istenen risk göz önüne alındığında, çıplak pay sahibine nazaran intifa hakkı sahibinin yasağın evleviyetle muhatabı olduğu kabul edilmelidir.

2. Pay Sahibinin İlişkili Olduğu Kişiler

Yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395'te, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi yanında bu üyenin" TTK m. 393'te sayılan pay sahibi olmayan yakınları da hükmün kapsamına alınmıştır. Buna karşılık, TTK m. 358'de benzer bir düzenleme bulunmaması"⁶, pay sahibinin ilişkili olduğu kişilerin yasağın kapsamında olup olmadıkları sorusunu yaratmaktadır.

Borçlanma yasağının kişi açısından kapsamının belirlenmesinde, sermayenin iadesi yasağı hakkında yapılan açıklamalardan yararlanılması şüphesiz faydalı olacaktır. Örneğin, İsviçre hukukunda, pay sahibi ya da yönetim kurulu üyesi ile bunların yakınlarına ("*nahestehende Personen*") sermayenin iade edilmesi yasaklanarak, ilişkili kişiler hükmün açıkça kapsamına alınmıştır (OR m. 678/1). Bununla birlikte, anılan hükümde pay sahibine yahut yönetim kurulu üyesine "yakın" kabul edilen kişilerin sayılması tercih edilmemiştir. Öğretide yapılan tanım uyarınca, ilişkili kişi, maddede sayılan kişiler ile hukuki, ekonomik ya da kişisel açıdan yakın ilişkisi bulunan üçüncü kişidir⁷. Buna göre, yasağın üçüncü kişiye uygulanması için bu kişinin, pay sahibinin bir yakını olması ve ödemenin kendisine bu sıfatı nedeniyle yapılması gerekli ve yeterlidir⁸.

⁶⁵ Çalışmada, pay sahibi olan yönetim kurulu üyesinin yakınlarının TTK m. 395 kapsamında olmadığı savunulmaktadır. Diğer bir ifadeyle anılan düzenleme, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin Pay sahibi olmayan yakınları şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz. Üçüncü Bölüm, III, A, 2.

⁶⁶ Öğretide, paralel ihtiyaçların karşılanması amacıyla benimsenmiş TTK m. 358 ile TTK m. 395 hükümlerinin kişi açısından kapsamlarının farklı düzenlenmesi eleştirilmiştir. Zira, borçlanma yasağının özellikle hakim ortağın yakınlarına borç verilerek dolanılmaya çalışılacağı göz önünde bulundurularakevleviyetle, TTK m. 358'de paysahibinin yakınlılarının hükmün açıkçası kapsamına alınması gerekirdi. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 286.

⁶⁷ SCHMID, s. 2473.

⁶⁸ BINDER, s. 33.

Alman hukukunda da, sermayenin iadesi yasağının kişi açısından kapsamı daryorumlanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, şirketin pay sahibi hesabına hareket eden üçüncü kişilere menfaat sağlaması hali de yasak kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁹. Böylece, sermayenin iadesi yasağını dolanmak için pay sahibi yerine onunla ilişkili bir kişiye herhangi bir menfaat temin edilmesi de sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturacaktır. Söz konusu üçüncü kişinin ise pay sahibinin ortağı ya da hakimi olduğu bir şirket ya da pay sahibinin yakın akrabası olması gerekli değildir. Burada önemli olan, üçüncü kişi aracılığı ile pay sahibinin dolaylı olarak menfaat temin etmesidir⁹⁰.

Bu konuda emsal nitelikteki *Lufttaxi* kararının⁹¹ anılması, konumuz açısından aydınlatıcı olacaktır. Federal Mahkeme, kararında öncelikle GmbHG § 30 ve § 31 hükümlerinin lafzının, pay sahibinin hesabına hareket eden kişiye uygulanmasına olanak vermediğini belirtmiştir. Ancak, limited şirketler için büyük önemi haiz anılan hükümlerin, pay sahibinin hesabına hareket eden kişilere uygulanmaması halinde bu hükümler ile amaçlanan korumanın gerçekleşemeyeceği belirtilerek yasağın kişi açısından kapsamı geniş yorumlanmıştır⁹².

⁸⁹ LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 44; HIRTE, N. 672; A.LTMEPPEN, GmbHG, § 30, N. 29; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 50, 53, 54; BAYER, § 57, N. 12; HÜFFER, § 57, N. 14; SEVİ, s. 467, 472.

⁹⁰ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 54.

⁹¹ BGH 14.12.1959, BGHZ 31, s. 266. Karara konu olayda davalı, havayolu ulaşım hizmeti sağlayan bir şirketin ortağıdır. Ancak, *bir* süre sonra şirket yetkili makamlarca bu hizmeti sağlamaktan men edilir. Bunun üzerine davalı, kendi adına ve hesabına hareket eden iki kişi aracılığıyla yeni bir şirket kurar. Ardından, tek ortağı olduğu eski şirketinin araçlarını piyasa değerinin yaklaşık iki katına yeni şirkete satar ve yeni şirketin mallarından karşılıksız yararlanır. Mahkeme ise, "hesabına hareket" kavramı çerçevesinde, davalının eylemlerinin sermayenin iadesi yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

⁹² Kararın özetlenen bölümü şu şekildedir: "*Diese Bestimmungen treffen auf denjenigen, für dessen Rechnung ein Gründer gehandelt hat wörtlich nicht zu, da nicht er, sondern der Beauftragte (Treuhänder, Strohmann) Gesellschafter wird und er die Stellung eines Gesellschafters nur dadurch erlangt, daß er einen Gesellschaftsanteil erwirbt. Man würde jedoch dem Zweck der §§ 30, 31 GmbHG, die Erhaltung des Stammkapitals zu sichern, nicht gerecht, wollte man diese beiden spezifisch GmbH-rechtlichen Bestimmungen nicht auf den Fall anwenden, daß das Stammkapital zu Zahlungen an jemanden angegriffen wird, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung ein Gründer gehandelt hat.*"

TTK m. 358 kapsamında pay sahibi yanında, pay sahibi ile ilişkili kişilerin de borçlanma yasağına tabi olup olmadıklarının belirlenmesi amacıyla Türk hukukunda düzenlenen ilişkili kişi işlemleri araştırılmıştır. Bu konuda evleviyetle irdelenmesi gereken hüküm, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağı hakkındaki TTKm. 395'tir. Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi yanında bu üyenin TTKm.393'te sayılanyakınları da hükmün kapsamına alınmıştır. Gönderme yapılan Kanun'un 393. maddesi, yönetim kurulu üyelerinin müzakere yasağı hakkındadır. Anılan düzenleme, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaati ile şirket menfaatinin çatışması ve üyenin kişisel menfaatini şirket menfaatine üstün tutması ihtimaline karşı, yönetim kurulunda yapılan müzakerelere katılmasını engellemektedir. Hükümde belirtilen yakınlar, üyenin *"alt ve üst soyundan biri ya da eşinin yahut üçüncü derece dahil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biri"* şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca hükümde, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da yasağın uygulanacağı belirtilerek, zikredilen kişilerin sınırlı sayıda olmadığı vurgulanmıştır.

TTK m. 393'ün ihdas amacına paralel bir düzenlemeye TTK m. 436 hükmünde rastlanır. Söz konusu hüküm, paysahibinin genel kurulda oydan yoksunluğu hakkındadır. Anılan düzenleme uyarınca, *"pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri"* ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe, işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.

Görüldüğü üzere, gerek TTK m. 393'te gerek TTK m. 436'da, yasağın kapsamındaki kişi ile birlikte söz konusu kişinin eşi ve alt ve üst soyu hükmün kapsamındadır. Kanun'un 393. maddesinde, bu kişilere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları dahil edilirken, 436. maddenin kapsamına hükümde sayılan kişilerin ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerde, hükmün kapsamındaki kişilerin veya sayılan yakınlarının menfaati söz konusu olduğunda, bu menfaatin şirket menfaatine tercih edilebileceği varsayılmaktadır⁹³. Yine, her iki hükmün de uygulanması açısından, ilgili kişinin üyenin

⁹³ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s. 87; DOĞANAY, s. 1092.

sayılan yakınlarından olması yeterlidir. Yani bu kişinin, üyenin adına ya da hesabına hareket edip etmediğinin ayrıca araştırılmasına gerek yoktur⁹⁴.

İlişkili kişilerin belirlenmesinde SerPK m. 21 hükmünden yararlanılması da mümkündür. Söz konusu hükümde, ortaklık ile ortaklığın, "yönetim, denetim veya sennaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler" arasında yapılan işlemler neticesinde örtülü kazanç aktarılabileceği belirtilerek, geniş bir ilişkili kişi tanımı benimsenmiştir.

Ayrıca, Kurumsal Yönetim Tebliği⁹⁵ ile Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği⁹⁶ de ilişkili taraf işlemleri hakkında düzenlemeler içermektedir. Söz konusu tebliğlerde ilişkili taraf işlemleri, Türk Muhasebe Standartları'nda tanımlanan ilişkili taraf işlemlerine gönderme yapılarak tanımlanmıştır. Atıf yapılan düzenlemede ise ilişkili taraf tanımı çokgeniştir. Buna göre, bir kişi veya bu kişinin yakın ailesinin bir üyesi üzerinde, (i) kontrol veya müşterek kontrol gücüne ya da (ii) önemli etkiye sahip olan kişi ilişkili kişidir. Ayrıca, finansal tablolarını hazırlayan tüzel kişi ile bu tüzel kişinin hakim şirketinin, kilit yönetici personelinin üyesi de ilişkili kabul edilmiştir⁹⁷.

⁹⁴ Bu açıdan, hükümde sayılan kişiler ile pay sahibi ya da yönetim kurulu üyesi arasındaki ilişkinin, pay sahibi ya da yönetim kurulu üyesinin tarafsızlığını etkileyebilecek nitelikte olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Zira, TTK m. 436'nın (eTK m. 374), "hiçbiristisnaya yervermeyen mutlak anlamı karşısında" hukuken evlilik birliği sona ermiş tarafların, hayata kast nedeniyle boşanma davası açmış olmaları halinde dahi, genel kurulda birbirlerini ilgilendiren konularda oy kullanmasına izin verilmemiştir. Bkz. TE-OMAN, Oydan Yoksunluk, s.99.

⁹⁵ Bkz. 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı RG.

⁹⁶ Bkz. 24.12.2013 tarih ve 28861 sayılı RG.

⁹⁷ Ayrıca hükmün (b) bendinde, işletmenin ilişkili kişileri sayılmıştır: "(i) İşletme ve raporlayan işletmenin aynı grubun üyesi olması halinde (yani her bir ana ortaklık, bağlı ortaklık ve diğer bağlı ortaklık diğerleri ile ilişkilidir). (ii) İşletmenin, diğer işletmenin (veya diğer işletmenin de üyesi olduğu bir grubun üyesinin) iştiraki ya da iş ortaklığı olması halinde. (iii) Her iki işletmenin de aynı bir üçüncü tarafın iş ortaklığı olması halinde. (iv) İşletmelerden birinin üçüncü bir işletmenin iş ortaklığı olması ve diğer işletmenin söz konusu üçüncü işletmenin iştiraki olması halinde. (v) İşletmenin, raporlayan işletmenin ya da raporlayan işletmeyle ilişkili olan bir işletmenin çalışanlarına ilişkin olarak işten ayrılma sonrasında sağlanan planlarının olması halinde. Raporlayan işletmenin kendisinin böyle bir planının olması halinde, sponsorolan işverenler de raporlayan işletmeyle ilişkilidir. (vi) İşletmenin (a) maddesinde

Kanaatimizce borçlanma yasağının kişi açısından kapsamı, pay sahibinin ilişkili olduğu kişiler aracılığıyla şirketten ödünç alıp kanunu dolanmasını önleyecek şekilde belirlenmelidir. İncelenen ilişkili kişi kavramını düzenleyen hükümlerin, temelde iki farklı yaklaşıma dayandığı anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, TTK'nın 393, 395 ve 436. maddeleri uyarınca benimsenen, hükmün hakkında kural koyduğu kişi ile bağları nedeniyle belirli bir ilişkili kişi grubu yaratılmasıdır. Böylece, hükmünde ilişkili sayılan kişilerin, pay sahibi ya da yönetim kurulu hesabına hareket edip etmediği araştırılmaksızın anılan maddelerdeki düzenlemeler bu kişiler hakkında da hüküm doğuracaktır. Bu görüşün temelini, pay sahibinin yakın akrabası örneğin eşi ya da çocuklarına sağlanan menfaatten yararlanacağı düşüncesi⁹⁹ oluşturmaktadır.

İkinci yaklaşım uyarınca ise, hükmün kapsamında değerlendirilebilecek kişiler açıkça zikredilmeyip⁹⁹ somut olayda, ilgili kişinin pay sahibinin bir yakını olup olmadığı ve işlemin kendisiyle bu sıfatı gereği yapıлып yapılmadığı araştırılmaktadır. Bu açıdan, işlemi yapan üçüncü kişinin pay sahibinin hesabına hareket edip etmediği belirleyici ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce, şirketin ödünç verdiği kişinin pay sahibi hesabına hareket edip etmediğinin ispatı kolay değildir. Bu nedenle, tıpkı TTK m. 395 hükmünde olduğu gibi, belirli grup kişilerin, pay sahibi hesabına hareket ettiği varsayılarak hükmün kapsamına açıkça alınması yerinde bir düzenleme olurdu. Bu kapsamda, pay sahiplerinin ortağı oldukları şahıs şirketleri ile, gerçek kişi paysahiplerinin 393. maddede sayılan akrabaları ve tüzel kişi pay sahiplerinin yöneticilerinin açıkça yasağın kapsamına alınması tercih edilebilirdi. Topluluk şirketlerinde, gruba dahil şirketlere yasağın uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ise aşağıda tartışılmıştır¹⁰⁰.

tanımlanan bir kişi tarafından kontrol veya müştereken kontrol edilmesi halinde. (vii) (a) maddesinin (i) bendinde tanımlanan bir kişinin işletme üzerinde önemli etkisinin bulunması veya söz konusu işletmenin (ya da bu işletmenin ana ortaklığının) kilit yönetici personelinin bir üyesi olması halinde."

⁹¹ DÖLLERER, s. 37; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 54.

⁹⁹ Nitekim OR m. 680'de ilişkili kişiden söz edilmiş olmasına rağmen bu kişiler açıkça tanımlanmamışb.r.

¹⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm, ili, A, 4.

Kanaatimizce, açıkça hükmün kapsamına alınmamasına rağmen, borçlanma yasağının dolanılmasının engellenmesi amacıyla pay sahibi hesabına hareket eden üçüncü kişilerin de şirkete borçlanmasına izin verilmemelidir. Bu bağlamda, akrabalık gibi bir ilişkisi bulunmadan pay sahibi hesabına hareket eden kişi de, ekonomik olarak paysahibi ile "ilişkili kişidir" ve hükmün kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, AktG § 57 ve GmbHG § 30 hükümlerinde de, sermayenin iadesi yasağının pay sahipleri açısından düzenlenmesine karşın, Federal Mahkeme hükümlerin pay sahibi hesabına hareket eden üçüncü kişilerce dolanılmasına izin vermemiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, öğretide, şirkete borçlanan üçüncü kişinin bu borcunu, şirketin rızası ile pay sahibine nakletmesi halinde yasağın uygulanmayacağı ileri sürülmüştür¹⁰¹. Ancak kanaatimizce, söz konusu üçüncü kişinin pay sahibi ile ilişkili olması halinde, bu işleme, işlemin kanuna karşı hile oluşturduğu gerekçesiyle izin verilmemelidir. Buna karşılık, şirkete borçlanan kişinin, pay sahibi ile ilişkisi bulunmayan bir üçüncü kişi olması halinde, borcun nakli mümkün kabul edilmelidir. Diğer bir söyleyişle, bu üçüncü kişinin borcunu pay sahibine nakletmesi, TTK m. 358'deki koşulların varlığına bağlı değildir.

3. Dolaylı Pay Sahibi

Hükmün kişi açısından kapsamının belirlenmesinde yanıtlanması gereken bir diğer önemli soru, dolaylı pay sahibinin şirkete borçlanmasına da TTK m. 358'in uygulanıp uygulanmayacağıdır. Dolaylı iktisap ve pay sahipliği kavramlarına, TTK'da şirketler topluluğu hükümlerinde, sermaye piyasası¹⁰² ve bankacılık mevzuatında¹⁰³ rastlanmasına rağmen bu kavramların tanımı yapılmamıştır. Buna karşılık, TTK m. 195/3 hükmünde dolaylı hakimiyet kavramı tanımlanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, bir hakim şirketin bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hakim olması dolaylı hakimiyettir. Söz konusu tanımdan hareketle dolaylı paysahipliğinin,

¹⁰¹ TAMER, s. 106.

¹⁰² Örneğin bkz. Pay Alım Tebliği, m. 11, 12. Seri II No: 26.1, 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı RG.

¹⁰³ Bkz. Bankacılık Kanunu, m. 5, 01.11.2005 tarih ve 25983 (mükerrer) sayılı RG.

bir dolaylı iktisap neticesinde gerçekleşen pay sahipliği olarak tanımlanması mümkündür. Dolaylı iktisap ise, iştirak ilişkisinin söz konusu olduğu şirketlerde, bu şirketlerden birinde gerçekleşen iktisap sebebiyle, diğer şirkette de payların iktisap edilmiş olması şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki bu bölümde, bir şirketler topluluğu oluşturmayan dolaylı iktisaplar incelenmektedir. Zira, TTKm. 358'de öngörülen yasağın şirketler topluluğuna dahil şirketler için de geçerli olup olmayacağı meselesi ileride tartışılmıştır¹⁰⁵. Topluluk oluşturmayan dolaylı iktisapların belirlenebilmesi amacıyla öncelikle topluluk hükümlerini kısaca anmak gerekecektir.

Bilindiği üzere, TTK'nın 195. maddesinde fiili ve sözleşmese! şirketler topluluğunu meydana getiren koşullar düzenlenmiştir. Bunlardan konumuz açısından önem taşıyan koşul, iştirak ilişkisi nedeniyle bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak paylarının¹⁰⁶ çoğunluğuna sahip olmasıdır. TTK m. 195/1 hükmü uyarınca, bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak oy haklarının çoğunluğuna hükmedebiliyor veya yönetim organındaki temsilcilerini atayabiliyor yahut sözleşmeye dayalı olarak hakimiyet tesis edebiliyorsa, bu iki şirket topluluk oluşturmaktadır¹⁰⁷. Anılan hükmün beşinci fıkrasında ise, şirketler topluluğunun hakiminin bir teşebbüs olması halinde de topluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucunun topluluğu kural olarak ticaret şirketleri açısından düzenlemiş olması sebe-

uu Dolaylı iktisap için şu örneklerin verilmesi mümkündür: İlk olarak, bir şirketin (A), hisse senetleri bir diğer şirket (B) tarafından iktisap edilir. (B)'de pay sahibi olan (C)'nin, (A) şirketindeki iktisabı dolaylı iktisap olacağından, (C) bu şirkette dolaylı pay sahibi sıfatını haiz olacaktır. Yahut, hisseleri iktisap edilen (A)'nın bir başka şirkette (D) iştiraki bulunması halinde, (B) ve (C), (D)'de dolaylı pay sahibi olacaklardır.

105 Bkz. İkinci Bölüm, III, A, 4.

106 Kanun koyucu kural olarak oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması halinde şirketler topluluğunun oluşacağını belirtmekte ve iştirak ilişkisi nedeniyle topluluğun oluşacağına bir karine olarak yer vermektedir. Bir diğer ifadeyle, payların çoğunluğuna sahip olunmakla birlikte, oy haklarının çoğunluğunun elde edilmediği durumda topluluk oluşmayacaktır. Ancak, inceleme konumuz dolaylı paysahipliği olduğundan, konu bu kapsamla sınırlı olarak açıklanmıştır.

107 Tanım için bkz. Bkz. OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 17; EMİNOĞLU, s. 167; AKIN, Sorumluluk, s. 31.

biyle, teşebbüsün topluluk üyesi olması ancak bu teşebbüsün topluluğun tepesinde bulunması ihtimalinde mümkündür. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsün topluluğun hakimi olabileceği belirtildiğinden, öncelikle bir hakim ve bağlı şirketten oluşan topluluğun söz konusu olması gereklidir¹⁰⁸. Ancak, Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 105. maddesinde, TTKm. 195/4 ve 195/5 hükümleri lafzen yorumlanarak¹⁰⁹ farklı bir sonuca varılmıştır. Anılan düzenleme uyarınca, topluluk, bir ticaret şirketi ile bu ticaret şirketine bağlı en az iki ticaret şirketinden oluşur. Böylece topluluğun en az üç ticaret şirketinden meydana geleceği belirtilmiştir. Teşebbüs ise, üç ticaret şirketinin tepesinde bulunması ihtimalinde topluluğa dahil olacaktır. Diğer bir ifadeyle, teşebbüsün topluluk üyesi olması, ancak bu teşebbüse bağlı en az üç ticaret şirketinin bulunması halinde mümkündür.

Böylece Ticaret Sicil Yönetmeliği, görüşümüz uyarınca, TTK m. 195'in kapsamında bulunan iki hali dışlamaktadır. Bunlardan ilki, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketinin hakimi olması ihtimalidir. Bu bölümde dolaylı pay sahipliği incelendiğinden, bu ihtimalin konumuz açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce TTK m. 195 hükmü açısından topluluk oluşturan, bir teşebbüse bağlı iki ticaret şirketi, Sicil Yönetmeliği'nin kapsamı dışındadır. Örnek vermek gerekirse, (A)A.Ş., (B) A.Ş.'nin paylarının ve oy haklarının %100'üne sahiptir. (A) A.Ş.'nin paylarının %100'üne sahip gerçek kişi (G), hakim teşebbüs olarak değerlendirilmeyecek ve bu nedenle aşağıda açıklanacak topluluk hükümleri kendisine uygulanmayacaktır. TTK

¹⁰⁸ OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 68. Akın da, şirketler topluluğunun asgari unsurlarını belirleyen TTK m. 195/4'te teşebbüsten söz edilmemesi nedeniyle, teşebbüsün topluluğun hakimi kabul edilebilmesi için öncelikle şirketler topluluğunun bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte yazar topluluğun en az üç ticaret şirketinden oluşabileceği görüşündedir. Bkz. AKIN, Sorumluluk, 1, 31, 32. Aksi yöndeki bir görüşe göre, bir hakim teşebbüs ve bir bağlı şirketin topluluk oluşturmaları mümkündür. Bkz. AYDOĞAN, Tek Kişi, s. 215. Bu konuda ileri sürülen bir başka görüşe göre ise, kanun koyucu kural olarak bir ticaret şirketinin hakim durumda olacağından hareket etmiş; ancak kanun boşluğu bulunmasını önlemek için bir teşebbüsün de haklin durumunda olabileceğini kabul etmiştir. Bu görüş uyarınca, TTKm. 195/1 ve m. 195/2 hükümlerinin uygulanması açısından teşebbüs ile ticaret şirketi arasında bir fark yoktur. Bkz. AKER, s. 283, 284.

¹⁰⁹ Kanaatimizce, Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde kabul edilen görüş dayanağını, TTK m. 195/4 hükmünün "*Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler*" şeklindeki ifadesinden almaktadır. Sicil Yönetmeliği'nin TTKm.195/4 hükmüne uygun bir düzenleme yaptığı yönünde bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 23-1S.

m.358 hükmünün dolaylı paysahipliği için öngörülmediği savunulduğunda, örneğin ortağı olduğu (B) A.Ş.'den borç alamayacak gerçek kişi pay sahibi (G)'nin kanunu dolanmak amacıyla bir paravan (A) A.Ş.'yi kullanabileceği sonucuna varılır. Ancak, kanaatimizce, TTK m. 358 ile amaçlanan koruma nazara alınarak, hükmün bu şekilde dolanılmasına izin verilmemeli ve dolaylı pay sahipliğine de uygulanabilmesi kabul edilmelidir. Zira teşebbüs (G), (B) şirketinde pay sahibi olan (A) şirketinin ilişkili kişisi konumunda değerlendirilebileceğinden yasağın kişi açısından kapsamında kabul edilmeli ve (G)'nin hükmün dolarulmasını amaçlayan işlemleri engellenmelidir. Öte yandan, dolaylı pay sahibinin bu amaca yönelmeyen borçlanmalarına izin vermek gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, kural olarak yasağın kişi açısından kapsamında bulunmayan dolaylı pay sahibinin ancak yasağın dolanılması amacını taşıyan işlemlerine izin vermemek gerekir. Dolaylı pay sahipliğinin yukarıdaki örnekte olduğu gibi, hakimiyet yaratması ihtimalinde dolanma amacının varlığının karine olarak kabul edilmesi mümkündür. Öte yandan, dolaylı iştirakin bulunmasına rağmen, dolaylı payya da oy hakkı sahipliğinin hakimiyet yaratmadığı hallerde, dolaylı pay sahibinin TTK m. 358 gereği borçlanma yasağına tabi olmadığı kabul edilmelidir. Örnek vermek gerekirse, (A) A.Ş.'nin, (B) A.Ş.'de %40, (B) A.Ş.'nin de (C) A.Ş.'de %40 paya sahip olduğu varsayımında, (A) A.Ş.'nin (C) A.Ş.'deki dolaylı pay sahipliği %16 olacaktır¹¹⁰. Ancak, hakimiyet oluşturan başka unsurların bulunmaması durumunda, bu dolaylı iştirak, şirket üzerinde kontrol yetkisi vermediğinden, TTK m. 358'in dolanılması amacı kural olarak bulunmamaktadır ve bu nedenle, dolaylı pay sahibine borçlanma yasağı uygulanmamalıdır.

Görüşümüzün benimsenmesi ve belirli hallerde dolaylı pay sahibinin yasağın kapsamında kabul edilmesi halinde ise TTK m. 358'de sayılan koşulların dolaylı pay sahibi için nasıl uygulanacağı belirlenmelidir. TTK m. 358 uyarınca şirketin pay sahibine borç verebilmesi için iki koşulun birlikte sağlanması gereklidir. Bunlardan ilki, şirketin finansal durumuna ilişkindir ve bu açıdan borçlanan kişinin doğrudan ya da dolaylı pay sahibi olması önem taşımaz. Borçlanma yasağı ile korunmak istenen borç verecek şirketin ser-

¹¹⁰ Önemle belirtmek gerekir ki, örneğimizde dolaylı pay sahipliği %50'yi aşmış olsa bile, oy haklarının veya yönetim organında karar alabilecek çoğunluğun elde edilmemesi ihtimalinde yine hakim ve bağlı şirket oluşmayacaktı. Zira, pay çoğunluğuna sahip olunması TTK'da sadece bir karine olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde yapılabilecek açıklamalar, şirketler topluluğu oluşturmayan tilin dolaylı iştirakler için geçerlidir.

mayesi olduğundan, borç verecek şirkette doğrudan pay sahibi olan şirketin sermaye koyma borcunu yerine getirmiş olması gerekir. Yukarıdaki örnekte, (B) A.Ş.'nin dolaylı paysahibi durumunda olan (G)'ye borçverebilmesi için, (B) şirketinin TTKm. 358'deki finansal koşulu sağlaması ve (A) A.Ş.'nin (B) A.Ş.'ye muaccel sermaye koyma borcunu ifa etmiş olması yeterlidir.

4. Şirketler Topluluğuna Dahil Şirketler

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395'te, şirketler topluluğuna dahil şirketler için bir istif na öngörülmüş ve 202. madde hükmü saklı kalmak şartıyla, grup şirketleri arasında gerçekleşen kefalet ve garanti işlemlerine izin verilmiştir". Öğretide söz konusu istisnanın, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı için uygulama kabiliyeti olup olmadığı tartışılmaksızın, borçlanma yasağının şirketler topluluğu hükümleri ile uyumlu olmadığı ileri sürülmüştür¹¹². Gerçekten de, yasağın mutlak şekilde uygulanması, topluluk için öngörülmüş bazı kuralları işlemez hale getirecektir. Bu nedenle çalışmada, üç soruya yanıt aranmıştır. İlk olarak, TTK m. 395'te öngörülen istisnanın, pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri için de geçerli olup olmadığı araştırılmıştır. Ardından, şirketin bu kişilere teminat verebilmesinin 358. maddedeki koşulların sağlanmasına bağlı olup olmadığı tartışılmıştır. Diğer bir deyişle, şirketin pay sahibi yönetim kurulu üyesine teminat verebilmesi için, pay sahibinin muaccel sermaye borcunu ödemesi ve şirketin belirli bir finansal yeterlilikte olmasının aranıp aranmayacağı irdelenmiştir. Son olarak, grup şirketlerinden birinin, diğerinde sadece paysahibi olması ve fakat bu şirketin yönetim kurulu üyesi olmaması halinde, 395/3 hükmünün uygulanabilirliği araştırılmıştır.

w İstisnanın kapsamının garanti verilmesi ve kefil olunması ile sınırlı olup olmadığı hususu çalışmanın üçüncü bölümünde incelenmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm, rV, A, 3.

m PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 163.

a. TTK m. 395/3'ün Tüm Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi

TTK m. 395 hükmü, eTK'daki karşılığı olan 334. maddeye¹¹³ ikinci ve üçüncü fıkraların¹¹ eklenmesiyle son halini almıştır. Bu nedenle, 3. fıkra da öngörülen istisnanın sadece 2. fıkradaki yasak için düzenlendiği ileri sürülebilir. Nitekim bu husus, Adalet Komisyonu raporunda da ifade edilmiştir⁵. Ancak, 3. ve 4. fıkraların madde metninde, varılan bu sonucu destekleyen herhangi bir açıklama ya da atıf bulunmamaktadır. Benzer şekilde, Bankacılık Kanunu'nun özel hükümlerini saklı tutan dördüncü fıkradaki istisnanın, eTKm. 334'te işlem yapma yasağı için öngörülmüş olması sebebiyle, sadece ilk fıkra da düzenlenen işlem yapma yasağı için geçerli olacağı sonucuna da varılmamalıdır¹¹⁶. Bu nedenle, şirketler topluluğu ile bankacılık mevzuatı hükümlerini saklı tutan istisnaların, hem işlem yapma yasağı, hem de pay sahibi sıfatını taşımasından bağımsız olarak tüm yönetim kurulu üyelerini şirkete borçlanma yasağı hakkında geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Şirketler topluluğu hakkında öngörülen istisnanın sadece ikinci fıkra içiri geçerli olduğunun kabul edilmesi durumunda, yasağın pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri için öngörülmüş olması sebebiyle, istisnanın da

¹¹³ eTK m. 334 hükmü iki fıkradan oluşmaktaydı. Anılan hükmün ilk fıkrasında şirketle işlem yapma yasağı düzenlendikten sonra ikinci fıkrasında Bankacılık Kanunu'nun özel hükümleri saklı tutulmakta idi. Anılan istisnaya, TTK m. 395/ 4'te yer verilmiştir.

, . İkinci fıkra, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı, üçüncü fıkra ise bu yasağa şirketler topluluğu için tanınan istisna hakkındadır.

¹¹⁵ "Alt Komisyonca, tasarının 395 inci maddesinin üçüncü fıkrasında"Bankacılık Kanununun özel hükümlerinin saklı"olması yönünde yapılan değişiklikle kabul edilmiş aynca, maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere üçüncü fıkra eklenerek maddenin ikinci fıkrasıyla getirilen, şirketlerin birbirine kefil olma ve garanti verme yasaklarınınuygulamada sakınca yaratacağı ve ticarifaaliyetlerin aksamasına yol açacağı düşüncesiyle, bu durumun önüne geçilmesi amacıyla şirketler topluluğuna dahil şirketlere ilişkin istisna getirilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Mevcut üçüncü fıkra dördüncü fıkra olarak teselsül ettirilmiştir."Bkz. 22.Dönem Adalet Komisyonu Raporu, E. 1/ 1138, K. 123, T. 03.05.2007, m. 395.

¹¹⁶ Bank.K'nın özel hükümlerini saklı tutan son fıkranın her iki yasak açısından da uygulanacağı yönünde bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 283; KENDİGELEN, Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, s. 54. Yazar, eTK m. 334/2'den gelen bu istisnanın artık bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığının sorgulanması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten de, özellikle TTK m. 330 hükmünün varlığı karşısında anılan istisnanın artık bir anlamı kalmamıştır. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkı. Üçüncü Bölüm, IY, B.

bu halde geçerli olacağı sonucuna varılacaktır. Yani, istisna nedeniyle, şirketler topluluğuna dahil şirketlerden birinin, diğerinde, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi olması halinde, borçlanma yasağı söz konusu olmayacaktır. Ancak, bu yönetim kurulu üyesinin, aynı zamanda pay sahibi olması halinde, TTK m. 358 hükmü uygulanacağından, istisna da bu durumda geçerli olmayacaktır. Bu görüşe uygun bir örnek vermek gerekirse, hakim şirket (H), yavru şirketi (Y)'de, pay sahibi ve yönetim kurulu üyesidir. İstisnanın 2. fıkra ile ilişkili yorumlanması halinde, yönetim kurulu üyesinin, aynı zamanda pay sahibi olması durumunda, 395. madde uygulanmayacağından, istisna tanınması da söz konusu olmayacaktır.

Ne var ki, bu yorumun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, borçlanma yasağının düzenlendiği ikinci fıkra 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesinde yasak, pay sahibi sıfatını taşımasından bağımsız olarak tüm yönetim kurulu üyeleri için öngörülmekteydi. Dolayısıyla, anılan değişiklikten önce kabul edilmiş olan istisnanın, pay sahibi olup olmaması önem taşımaksızın, grup şirketlerinden birinin diğerinde yönetim kurulu üyesi olduğu (TTK m. 359/2) tüm hallerde geçerli olduğu kabul edilmelidir. Eklemek gerekir ki, değişiklik öncesi TTK m. 395, 358'e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan, pay sahibinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması halinde, TTK m. 395'te öngörülen yasak ve dolayısıyla istisna söz konusu olacaktı. Bu nedenle, üçüncü fıkradaki istisna hükmünün, grup şirketlerinin pay sahibi olup olmaması önem taşımaksızın tüm yönetim kurulu üyeleri için geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.

Gerçekten de, istisnanın, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesiyle sınırlı olarak yorumlanması halinde, saklı tutulan şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması çok sınırlı olacaktır. Çünkü, iştirak ilişkisinin bulunmadığı şirketler topluluğu, TTK m. 195 uyarınca mümkün olmakla birlikte yaygın değildir. Diğer bir söyleyişle esas itibarıyla, iştirak ilişkisinin şirketler topluluğunu oluşturması sebebiyle yönetim kurulu üyesi, şirketin aynı zamanda pay sahibi olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Kanun'un sistematigi de, TTK m. 395/3'te öngörülen istisnanın tüm yönetim kurulu üyeleri için düzenlendiğinin kabul edilmesini gerektirir. Gerçekten de, 395. maddenin, Kanun'un anonim şirketlerin yönetim kurulunu düzenleyen ikinci bölümünde düzenlenmiş olması sebebiyle istisna, ikinci fıkradan bağımsız olarak, grup şirket-

lerinin bir diğerinde yönetim kurulu üyesi olduğu tüm haller için geçerli olacaktır.

b. Pay Sahibi Yönetim Kurulu Üyesine Teminat Verilmesinin, TTK m. 358'e Tabi Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Bu çalışmada TTK m. 358'de açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen hükmün amacı göz önüne alınarak, şirketin paysahibi lehine teminat vermesi de yasak kapsamında değerlendirilmiştir.¹¹⁷ Bu nedenle kural olarak, teminat verilmesi için 358. maddede sayılan koşulların sağlanması gereklidir. Üçüncü bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, TTK m. 395/2 düzenlemesi, TTK m. 358'den farklı olarak, hükmün kapsamına giren kişilere ödünç veya teminat verilmesini mutlak bir şekilde yasaklamaktadır. Halbuki TTK m. 358'de sadece hükümde sayılan iki koşuldan birinin varlığında borçlanmaya izin verilmemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 395/3 hükmü pay sahibi olup olmaması önem taşımaksızın tüm yönetim kurulu üyelerini kapsamına almaktadır. Dolayısıyla, grup şirketlerinden birinin yönetim kurulu üyesi bir diğer grup şirketine ödünç ya da teminat vermesi TTK m. 395/2'de öngörülen yasağa tabi değildir. Ancak bu kez, grup şirketinin pay sahibi olan yönetim kurulu üyesine ödünç veya teminat vermesinin TTK m. 358'de öngörülen şartlara tabi olup olmadığı belirlenmelidir.

Kanaatimizce, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olması halinde dahi, grup şirketlerinin TTK m. 358'e bağlı olmaksızın kefalet ve garanti verebilecekleri kabul edilmelidir. Çünkü, TTK m. 395'te pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanmasına, istisnalar dışında, mutlak şekilde izin verilmemiştir. Öte yandan, şirketin pay sahibine borç vermesi, hükümde sayılan koşulların sağlanması halinde mümkündür. Söz konusu düzenlemeler göstermektedir ki, kanun koyucu şirketin pay sahibi olmayan kurul üyesine borç vermesinin daha büyük bir risk oluşturduğu kanısındadır. Ancak, kural olarak riskli kabul edilen pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine teminat verilmesine şirketler topluluğuna dahil şirketler için istisna tanınmıştır. Bu nedenle, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesine şirketin, TTK m. 395/3 uyarınca kefil olabileceği kabul edi-

¹¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 1, b.

lirken, bu üyenin aynı zamanda pay sahibi olması halinde, borç verilebilmesi için TTK m. 358'de sayılan koşulların aranması Kanun'un ruhuna aykırı olacaktır.

Sonuç itibarıyla, hakim şirket (H), sermayesinin ve oy haklarının %80'ine sahip olduğu (Y) şirketinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması halinde, (Y) şirketinin, hakim şirkete teminat verebilmesi için TTK m. 358'de sayılan koşulların bulunması gerekli değildir. Diğer bir söyleyişle, (H)'nin muaccel sermaye koyma borcunu ödememesi ya da (Y)'nin TTK m. 358'de aranan finansal yeterliliğe sahip olmaması halinde dahi (Y)'nin (H)'ye TTK m. 202 saklı kalmak kaydıyla TTK m. 395/3 uyarınca teminat verebileceği kabul edilmelidir"¹¹⁸.

c. Sadece Pay Sahibi Olan Grup Şirketine Teminat Verilmesinin TTKm. 358'e Tabi Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

Bu konuda yanıtlanması gereken diğer bir soru da, grup şirketlerinin birbirlerinde sadece iştirakinin bulunması ve fakat şirketlerden birinin, diğerinin yönetim kurulunda yer almaması ihtimalinde de TTKm. 395/3'teki istisnanın geçerli olup olmayacağıdır. Başka bir söyleyişle, TTKm. 395/3'te öngörülen istisnanın 358. maddeye göre özel düzenleme niteliğinde sayılarak, ihdas edildiği bölümden bağımsız olarak mutlak şekilde uygulanmasının kabul edilmesi mümkün müdür?

İstisnanın, yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395'te öngörülmesi nedeniyle, sadece şirketler topluluğuna dahil bir şirketin, diğer grup şirketinde yönetim kurulu üyesi olması halinde uygulanacağı ileri sürülebilir. Ancak kesin bir sonuca varmadan önce, hükümlerin amacı ve kapsamı göz önünde bulundurulmalıdır.

Uygulamada, hakim şirketin talimatları doğrultusunda, grup şirketlerinin birbirleri lehine teminat vermesine (*cross-stream* teminat¹¹⁹) sıkça rast-

¹¹⁸ Bununla birlikte -söz konusu işlem bazı hallerde sermayenin iadesi niteliğinde değerlendirilebilir. Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, A, 2.

¹¹⁹ Terim için bkz. VoN BÜREN, s. 122.

lanmaktadır'¹²⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, kardeş şirketlerin birbirlerinde herhangi bir iştiraklerinin bulunmaması durumunda zaten 358. madde kapsamında bir yasak söz konusu olmayacaktır. Fakat yavru şirketin (Y'nin), kardeş şirketinde (K'de) pay sahibi olduğu ve fakat kardeş şirketin yönetim kurulunda bulunmadığı varsayımında, şirketin (**K**), pay sahibine (Y) teminat verebilmesi için TTK m. 358'deki koşulların aranması gerekecek midir?

Kanaatimizce, istisnanın yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağı hakkındaki hükümde öngörülmüş olması sebebiyle, uygulama alanının bu kapsamla sınırlı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira, istisnanın öngörülme amacı dikkate alındığında¹²¹ herhangi bir koşula bağlanmaksızın, grup şirketleri içinde gerçekleşen teminat verilmesi işlemlerine kanunun izin verdiği sonucuna ulaşılır. Bir diğer ifadeyle, grup şirketlerinin birbirlerine kefil olabilmeleri ya da garanti verebilmeleri için m. 358'de sayılan şartların sağlanması gerekli değildir¹²². Bu görüşün benimsenmemesi halinde, bağlı şirketin, yönetim kurulu üyesi olan hakim şirketine borç vermesi kabul edi-

¹²⁰ Kıta Avrupası hukukuna tabi olup şirketler topluluğu hukukunun özel hükümler ile düzenlenmediği hukuk sistemlerinde, mahkemelerin, yavru şirket malvarlığına zarar veren grup içi işlemlere müsamahalı yaklaştığı ileri sürülmekte ve aşağıda özetlenen karara atıf yapılmaktadır: Belçikalı şirket Barro'nun hakim ortağı, Fransız şirketi olan Flambo'dur. Barro'nun azınlık pay sahipleri, şirket malvarlığının kötüye kullanıldığı gerekçesi ile dava açmış ve zararlarının tazmin edilmesini talep etmiştir. Açılan davada, i) Barro şirketinin kül halinde Flambo'nun borçları için teminat verilmek istendiği, ii) Flambo'nun Barro'yu, Flambo'da yapılacak sermaye artırımında yeni ihdas edilecek tüm hisselerini iktisap etmeye zorladığı, ili) Barro ile yapılmakta olan bir sözleşmenin daha sonra Flambo ile yapıldığı ve son olarak, iv) herhangi bir ücret ödenmeden şirket araçlarının Flambo tarafından kullanıldığı iddia edilmiştir. Belçika hukukunda grup içi işlemlerin ayrıca düzenlenmemiş olması sebebiyle mahkeme, ticari takdir kuralını uygulamıştır. Mahkeme, Flambo'nun kararlarını grup içi menfaat çerçevesinde değerlendirmiş ve kural olarak, yavru şirketin iflasına sebep olan kararlar saklı olmak şartıyla, yavru şirketin hakim şirketi desteklemesinin olağan olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini yargılamasında dikkate almamış ve Flambo'yu, mahkemenin izni olmaksızın Barro'nun malvarlığını devretmesinden men ederken, önceki devirler sebebiyle herhangi bir tazminata hükmetmemiştir. Böylece Mahkeme, belli bir limite kadar, grubun menfaatlerini, yavru şirketin çıkarlarına tercih etmiş ve yavru şirketin malvarlığının eksiltilmesine izin vermiştir. Bkz. JOHNSON/LAPORTA/LOPEZ DE SILLANES/SCHLEIPER, s. 616, 617.

m Bkz. Adalet Komisyonu Raporu, m. 395.

m Aksi yönde bkz. AKIN, Sorumluluk, s. 209.

lirken; hakim şirketin, hissedarı olan" yavru şirketine borç veremeyeceği sonucuna ulaşılabacaktır ki, bu durum topluluk şirketleri için kabul edilemez. Ayrıca, daha katı bir yasak öngören TTK m. 395/2 hükmüne dahi duyulan gereksinim nedeniyle istisna tanınırken, istisnai hallerde borçlanmayı yasaklayan TTK m. 358 hükmünde öngörülen yasağın şirketler topluluklarına uygulanması kabul edilmemelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, grup şirketlerinden birinin hisselerinin, diğer bir grup şirketi tarafından satın alınması için hedef (hisseleri iktisap edilen) şirketin malvarlığının teminat gösterilmesi meselesi, TTK m. 380 ile TTK m. 202 düzenlemelerinden hangisinin öncelikle uygulanacağını yanıtlanması ile çözülecektir. Bu nedenle, istisnadan yararlanacağı savunulan işlemler TTK m. 380 kapsamında yasak olmayan teminatlarla sınırlıdır.

d. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı ile Kısmi Hakimiyet İlişkisi

Bu konuda son olarak borçlanma yasağı hakkındaki TTK m. 358 ile TTK m. 202/ 1 hükmünün ilişkisinin belirlenmesi gereklidir. Bilindiği üzere TTK'da ilk kez 195 ila 209. maddelerinde şirketler topluluğu düzenlenerek özellikle grup içi işlemlerle¹²³ hakim pay sahibinin bağlı şirket malvarlığını kötüye kullanmasına¹²⁴ karşı önlemler alınmıştır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu topluluk şirketlerinin ayrı ve bağımsız tüzel kişiler olduğu yönünde-

¹²³ Karşılıklı olarak payların %25 ve üzerinde iktisap edilmesi halinde karşılıklı katılına söz konusu olur. Bkz. TTK m. 197. Ancak, bağlı şirketin karşılıklı katılmaya sebep olmayan pay iktisapları için de yukarıda verilen örnek geçerlidir.

¹²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜREL, s. 254-267. Arıcı/Veziroğlu, hakim şirket paylarının bir üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesinde bağlı şirketin finansman sağlaması ile bağlı şirket hisselerinin bir üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesi halinde hakim şirketin finansman temin etmesi ihtimallerini değerlendirmiş ve her bir finansal desteğin TTK m. 380 hükmünde düzenlenen yasağa tabi olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. ARICI/VEZİROĞLU, s. 66-76.

¹²⁵ Haklın şirketin, kontrolü altında bulunan şirketler arasında nakit havuzu uygulaması, vergi yükümlülüklerini aza indirmek için karlı şirketlerden diğer şirketlere kar aktarması ve transfer fiyatlandırması suretiyle yapılan grup işi işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CONAC/ENRIQUES/GELTER, s. 495,496.

¹²⁶ CONAC/ENRIQUES/GELTER, s. 495.

ki hipotezi reddederek¹²⁷, hakim şirketin talimatları nedeniyle grup şirketlerinin muhtemel kayıplarını gidermeyi hedeflemiştir.

TTK m. 202/ 1 hükmü, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması yasağı ile bu yasağın ihlal edilmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. Yeni kabul edilen düzenle haklın şirketin, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanması yasaklanmıştır. Ancak, bu kaybın ilgili faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle, en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınması halinde, bağlı şirketi kayba uğratacak işlemlere izin verilmiştir¹¹⁸. Bu nedenle grup şirketlerinde, kayba sebebiyet verebilecek nitelikteki teminat ve ödünç işlemlerine izin verilmeli; ancak, bu kaybın denkleştirilmemesi halinde şirketler topluluğunun özel hükümlerinde öngörülen müeyyideler uygulanmalıdır. Bir diğer ifadeyle, TTK m. 395'te şirketler topluluğu için öngörülen istisnanın kıyasen 358. madde için de uygulanabileceği kabul edilmese dahi, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin *lex specialis* özelliği dolayısıyla söz konusu hükümlerin öncelikle uygulanacağı kabul edilmelidir¹²⁹. Ayrıca, karşılaştırılan hükümlerin ihlali halinde uygulanacak müeyyideler de TTK m. 202/ 1 hükmünün özel hüküm niteliğinde olduğu ve dolayısıyla TTK m. 358'e nazaran öncelikle uygulanması gerektiği sonucunu desteklemektedir. Şöyle ki, yukarıda açıklandığı üzere TTK m. 202/1 hükmünü ihlal eden işlem geçerlidir ancak bu işlemler haklın şirketin sorumluluğunu doğurmaktadır. Öte yandan aşağıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, TTK m. 358 hükmünü ihlal eden işlemlerin geçersiz olduğu kabul edilmelidir¹³⁰. Bu nedenle, grup şirketleri arasında gerçekleşen ödünç işlemlerine TTK m. 358'in mutlak şekilde uygulanması, bu işlemlerin geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmalarına sebep olabileceğin-

¹²⁷ Bkz. Gerekçe'de yer alan 195 ila 209. maddelerle ilgili genel açıklamalar.

¹¹⁸ Denkleştirmenin faaliyet yılı içerisinde yerine getirilmemesi halinde ise, bağlı şirketin her pay sahibi ve alacaklısı haklın şirketten ve hakim şirket yönetim kurulu üyelerinden bağlı şirketin zararının tazmin edilmesini talep edebileceklerdir [TTKm. 202/1 (b) ve (c)].

¹¹⁹ KENDİGELEN, Pay Sahibinin Borçlanma Yasağı, s. 48. Okutan Nilsson da, TTK m. 202'nin 358. maddeye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazar, TTK m. 202'de öngörülen müeyyide ile TTK m. 358'e uygulanabilecek müeyyidelerin kümülatif uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 247.

¹³⁰ Bkz. İkinci Bölüm, V, E.

den, TTK m. 202/ 1 uyarınca öngörülen sorumluluk sistemini işlemez hale gelecektir.

Şu halde, grup şirketlerinin birbirlerine ödünç ya da teminat vermesi, pay sahibi grup şirketinin muaccel sermaye koyma borcunu ifa etme şartına bağlı değildir. Muaccel sermaye koyma borcunun ifa edilmemesi bizatihi kayıp doğurmayacağından, verilen ödünç ya da teminatın ilgili faaliyet dönemi sonunda denkleştirilmesi dahi gerekmebilir. Ancak, sözleşmenin diğer koşulları açısından değerlendirildiğinde, bağlı şirketin kayba uğradığı sonucuna varılıyorsa bu kayıp denkleştirilmelidir. Denkleştirme yapılmaması halinde ise, söz konusu ödünç ya da teminat işlemi nedeniyle uğranılan zarar sorumluluk davası ile tazmin edilecektir [TTK m. 202/ 1 (b)]¹³².

Bu konuda son olarak, grup şirketinin finansal durumunun TTK m. 358'de aranan koşulları sağlamaması halinde dahi, şirketlerin birbirlerine ödünç ve teminat verebilme ihtimali değerlendirilmelidir. İleride, TTK m. 358 hükmünde aranan finansal koşul ile 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de dağıtımlar için benimsenen finansal koşulun denk olduğu sonucuna varılmıştır¹³³. Bu nedenle, mukayeseli hukukta, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de öngörülen dağıtım kurallarının, topluluk şirketleri için de geçerli olup olmadığı ve bu kapsamda topluluk hukuku hakkındaki düzenlemelerin Yönerge'ye aykırılık teşkil edip etmediği yönünde yapılan tartışmalardan yararlanılması mümkündür¹³⁴.

¹³¹ TTKm.202'ningerekçesinde, "kayıp" kelimesinin borçlar hukuku anlamında "zarar"dan farklı ve onu da kapsayacak genişlikte olduğu ifade edilmiştir. Gerekçe'ye göre, kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilir. Bu nedenle, bizatihi verilen ödünç nedeniyle kaçırılan iş fırsatlarının dahi kayıp olarak değerlendirilmesi mümkündür.

¹³² Öğretide, bağlı şirketi kayba uğratacak bir borçlanmanın varlığında, ilgili faaliyet dönemi sonuna kadar denkleştirme yapılması gerektiği ve bu süre boyunca TTK m. 358'in geri planda kalması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, denkleştirmenin yapılmaması halinde, hukuka aykırılığın doğduğu kabul edilip TTK m. 358'in uygulanması gerekir. Bkz. KIRCA/GÜREL, s.13, 14.

^m Bkz. İkinci Bölüm, IV, B, 2.

¹³⁴ Belirtmek gerekir ki, İkinci Yönerge'nin kabul edildiği tarihlerde, şirketler topluluğu hakkında yönerge hazırlığı yapılmış ancak bu taslak hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 56. maddesinde, şirketin pay sahiplerine dağıtım yapmasına ancak Yönerge'de benimsenen bilanço testinin uygulanması halinde izin verilmektedir. Bir diğer ifadeyle, dağıtımın şirket serbest malvarlığından (net aktiflerin bağlı malvarlığını aşan tutarı) karşılanması gereklidir. Çalışmada ileri sürülen görüş uyarınca ise, dağıtım kavramı geniş yorumlanmalıdır. Söz konusu görüşe göre, pay sahibi ile şirket arasında gerçekleşen işlemde, edimlerin orantısız olması nedeniyle pay sahibinin yapılan işlemde menfaat elde etmesi, tahsil kabiliyeti bulunmadığı bilinerek pay sahibine borç verilmesi halleri de 2017/1132 sayılı Yönerge m. 56 hükmü kapsamında bir dağıtım"dır. Hatta çalışmada, bilançosal yaklaşım reddedildiğinden¹³⁵, şirketin tahsil kabiliyeti bulunmasından bağımsız olarak, pay sahibine borç verebilmesi için verilen ödünçün tamamının şirket serbest malvarlığından karşılanması gereklidir. Yönerge'de benimsenen bu kuralın, şirketler toplulukları için de geçerli olduğu kabul edildiğinde, grup şirketlerinin birbirlerine ödünç verebilmesi için, ödünçün şirketin serbest malvarlığından karşılanması gereklidir. İleri sürülen diğer bir görüşe göre ise, Yönerge'nin dağıtım rejimi hakkında getirilen kuralların şirketler topluluğu için uygulanmasına gerek yoktur. Zira, topluluğa ilişkin benimsenen özel hükümler (AktG § 291, 311/2) ile yeterli koruma sağlanmaktadır ve bu nedenle şirketler topluluğuna Yönerge'de benimsenen dağıtım kuralları uygulanmamalıdır⁶. Böylece, Yönerge kapsamında hukuka aykırı dağıtım yapılmamış olduğundan, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 57. maddesinde düzenlenen iade borcu da söz konusu olmayacak ve topluluk hükümleri uyarınca faaliyet yılı sonunda denkleştirme yapılması yeterli olacaktır. Öte yandan, topluluk hakkındaki hükümlerin Yönerge'ye aykırılık oluşturduğu kabul edildiğinde, denkleştirmenin derhal yapılması gerekecektir¹³⁷. Kanaatimizce, hakkında detaylı düzenleme bulunan topluluk hükümleri özel hüküm olarak kabul edilmeli ve TTK m. 202 uyarınca faaliyet yılı sonunda denkleştirme yapılması yeterli kabul edilmelidir¹³⁸. Ancak, öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, grup

m Bilançosal yaklaşım, şirketin verdiği ödünç karşılığında alacak hakkı elde etmesi nedeniyle, anılan işlemleri bilançosal anlamda denk işlemler olarak kabul eder. Aksi görüş için bkz. KIRCA/GÜREL, s. 15.

¹³⁶ SCHWARZ, N. 596.

¹³⁷ Konu hakkında ayrıntılı tartışma için bkz. GRUNDMANN/GLASOW, s. 229.

¹³¹ KIRCA/GÜREL, ödünç işleminin ancak kayıp doğurucu bir nitelik taşıması ihtimalin-

şirketinin bağlı malvarlığından verilen ödünç işleminin, likiditesini olumsuz yönde etkilememesi ve şirketin TTK m. 376/3'ün kapsamına girmemesi gereklidir¹³⁹.

5. Banka Anonim Şirket Hissedarı

Şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395'te, şirketler topluluğunun yanı sıra, Bankacılık Kanunu'nun özel hükümleri de saklı tutulmuştur. Pay sahibinin borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 358'de ise benzer bir istisnaya yer verilmemiştir. Ancak TTK m. 330 nedeniyle, böyle bir istisnaya yer verilmesine gerek de yoktur. Zira, bu konudaki genel hüküm olan TTK m. 330'da, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler saklı kalmak şartıyla, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece banka anonim şirketine, kural olarak TTK hükümleri ile bankacılık mevzuatında öngörülen özel hükümlerin birlikte uygulanması söz konusu olacak, ancak saklı tutulan BankK ile TTK'nın çelişmesi halinde ise özel hükümlere öncelik tanınacaktır. Bu nedenle banka hissedarının bankaya borçlanabilmesi için BankK'da düzenlenen özel şartların açıklanması ve bu şartların TTK hükümlerini dışlayıp dışlamadığının tespit edilmesi gereklidir.

BankK m. 50 hükmü, banka ile ilişkileri nedeniyle kredi verilemeyecek kişileri düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca bankaların, yönetim kurulu başkanı ile üyelerine, genel müdürüne, genel müdür yardımcısına ve kredi açmaya yetkili kılınmış kişilere, sayılan kişilerin eşleri ile velayetleri altındaki çocuklarına ve nihayet tüm bu kişilerin tek başlarına veya birlikte sermayesinin yüzde yirmi beşine veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara kredi vermeleri yasaktır. Ancak, hükmün ikinci fıkrasında nitelikli pay sahipleri için bir istisnaya yer verilmiştir¹⁴⁰. Buna göre, hükmün ilk fıkrasında öngörülen kredi yasağı, banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak

de TTK m. 358'de aranan finansal koşulun göz ardı edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. KIRCA/GÜREL, s. 15.

¹³⁹ KIRCA/GÜREL, s. 15, 16.

¹⁴⁰ Bankanın, kredi açmaya yetkili olmayan yönetim kurulu üyeleri ile bunların yakınları, banka mensuplarının kurdukları sandık, demek, vakıflara kadar birçok çalışanlarına kredi açılması yasaklanmışken, nitelikli pay sahiplerine istisna tanınması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. ŞiT, Banka Kredisi, s. 197.

nitelikli paya sahip olan gerçek ya da tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri için,, uygulanmaz. Nitelikli pay ise, Bank.Km. 3'te "*Bir ortaklığın sennayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullanna üye belirleme imtiyazı veren paylar*" şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu hükümler nedeniyle, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda nitelikli pay sahibi olması halinde kredi yasağı söz konusu olmayacak, ancak yönetim kurulu üyesinin adi paya sahip¹⁴¹ olınası ya da pay sahibi olmaması halinde banka bu üyelere kredi veremeyecektir. Burada, BankK m. 50 hükmü, TTK m. 358'e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğundan, TTK m. 358'deki koşullar sağlansa dahi borçlanma mümkün olınayacaktır¹⁴³.

Bununla birlikte, BankK m. 50 hükmü nedeniyle, kendilerine kredi yasağı uygulanmayacak olan nitelikli paya sahip yönetim kurulu üyelerinin bankaya borçlanması, TTK m. 358'de sayılan iki koşulun gerçekleşmesine

w BankK. m. 50/2 şu şekildedir: "*Birinci fıkra hükümleri, yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmaz.*" Hemen belirtmek gerekir ki, Bankacılık Kanunu'nun kabul edildiği 2005 yılında yürürlükteki eTK uyarınca, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeleri mümkün değildi eTK, pay sahibi olan tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine izin vermekteydi (eTK m. 312/2). Ancak, TTK'nın tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmasına izin veren TTK m. 359/2 hükmü nedeniyle, BankK'daki istisnanın, yönetim kurulu üyesinin, nitelikli pay sahibi olduğu hallerde geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bu pay sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olmasının ise bir önemi yoktur. Tekinalp ise bu istisnanın, banka patronlarının kredi yasağını dolanmak için yönetim kurulu üyesi olmayarak bu işi taşeronlara delege etmelerini engellemek amacıyla öngörüldüğünü savunmaktadır. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N.24-33.

m Söz konusu kavram BankK'da tanımlanmış değildir. Ancak, "nitelikli pay sahibi" tanımlandığı için adi pay sahibi kavramı da doğal olarak ortaya çıkmaktadır. Adi pay sahibi öğretide; nitelikli pay sahibi, dolaylı pay sahipliği, hakim ortak kategorilerinin dışında kalan, hiçbir özel hakka, imtiyaza ve ayrıksı konuma sahip bulunmayan pay sahibi olarak tanımlanmıştır. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 16-20, 16-21.

¹⁴³ Ayrıca belirtmek gerekir ki, nitelikli pay sahipleri BankK m. 49/2 uyarınca, bankanın bulunduğu risk grubuna dahildir. Risk grubuna kredi kullanılması, kredi kullanımı için gerekli yönetim kurulu kararının üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve sağlanan kredinin diğer kişi ve gruplara kullandırılan krediden ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şartıyla izin verilmektedir. Son olarak bu krediler hakkında BDDK'ya bilgi verileceği hükme bağlanmıştır.

bağlıdır. Bir diğer ifadeyle, bankanın hissedarına kredi kullanılabildiği için pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ödemesi ve bankanın finansal durumunun TTK m. 358'de aranan yeterlilikte olması gereklidir. Bu nedenle, anılan şartların mevcudiyeti bankacılık mevzuatı çerçevesinde araştırılmalıdır.

BankK'nın 7. maddesi, Türkiye'de kurulacak bir bankanın kuruluş şartlarını düzenlemektedir. Anılan hükmün (f) bendi uyarınca, banka anonim şirketinin, nakden ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş sermayesinin en az otuz milyon Türk Lirası olması gereklidir.

Aynı hükmün (b) bendinde ise, hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması¹⁴⁴ ve tamamının nama yazılı olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre, en az otuz milyon TL tutarında olması gereken asgari sermayenin¹⁴⁵ tümünün ödenmiş olması gereklidir. Anılan hüküm dolayısıyla, BankK'da, TTK ile öngörülen sermayenin tümünün taahhüt edilmesi ve şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce sermayenin dörtte birinin ödenmesi ile yetinilmesi sisteminin kabul edilmediği ifade edilmiştir⁶. Ancak, kanaatimizce, hüküm ile sadece asgari sermayenin tamamının ödenmiş olması aranmaktadır^{1.1}. Buna karşılık, anılan hüküm esas sermayenin asgari sermayeden yüksek kararlaştırılması halinde pay sahiplerinin bakiye sermaye borcunu taahhüt etmelerini engellememektedir. Dolayısıyla, muaccel sermaye borcunun

¹⁴⁴ Bu koşul, aynı sermaye taahhüdü ile nakit yerine bono ve çek gibi sürrogatların kabul edilmeyeceği anlamına gelir. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 14-27.

HS BankK m. 10/2 (a) hükmünde ise bankanın faaliyet izni alabilmesi için sermayesinin nakit olarak ödenmesi ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek düzeyde olması gerektiği belirtilmiştir. BankK, sermaye yeterliliğini de içeren kuruluşun öngörülen faaliyet konularına ait iş planının ibraz edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bkz. BankK m.7. Dolayısıyla, seçilen faaliyet konusuna bağlı olarak banka anonim şirketinin asgari sermaye ile kurulması izin alınması için yeterli olmayabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 14-02, 14-27.

¹⁴⁶ TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 14-02; ŞiT, Banka Anonim Şirketi, s. 201; SEVİ, s. 230.

¹⁴⁷ Aynı yönde R.EisoĞLu, s. 430. Yazar söz konusu hüküm uyarınca, ödenmiş sermayenin otuz milyon TL olabileceği gibi, yüzde yirmi beşi nakden otuz milyon TL olarak ödenmiş olması şartıyla daha yüksek miktarda kuruluş sermayesi belirlenebileceği görüşündedir. Ayrıca yazara göre, (b) bendindeki "sermayenin nakit olarak ödenmiş olması" *ibaresi* de kanunda öngörülen asgari sermayenin nakit olarak ödenmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

ödenmemesi banka anonim ortaklığı açısından da söz konusu olabilir. Bu nedenle, banka hissedarının da şirkete borçlanabilmesi için sermaye **koyma** borcunda temerrüde düşmemiş olduğu kontrol edilmelidir.

TTK m. 358'de öngörülen bir diğer koşul olan, şirket yedek akçeleri ile karının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak tutarda olması gerekliliğinin ise, bankaların finansal durumunu korumak amacıyla öngörülen BankK m. 44, 45 ve 53 ile ikincil mevzuat hükümleri nedeniyle kolaylıkla sağlanabileceği öğretide kabul edilmektedir.

Sonuç olarak, bankacılık mevzuatı uyarınca kredi yasaklısı olmayan pay sahiplerinin kredi kullanmaları da TTK m. 358'de belirtilen şartların sağlanmasına bağlıdır. Her ne kadar, BankK m. 44, 45 ve 53. madde hükümleri nedeniyle 358. maddede aranan finansal koşulun sağlanması mümkün ise de, kredi temininden önce, pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ifa ettiği teyit edilmelidir.

B. İşlem Açısından

TTK m. 358'de öngörülen borçlanma yasağının açıklanması öncelikle, borç ve borçlandırıcı işlem kavramlarının tanımlanması ile bunların kapsam ve sınırlarının belirlenmesine bağlıdır.

Borçlar hukukunda borç ilişkisi, taraflardan birini (borçluyu) diğerine (alacaklıya) karşı bir edimi yerine getirme (bir şey verme, yapma veya yapmama) yükümlülüğü altına sokan hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁹. Buna göre söz konusu tanım geniş anlamda borcu ifade etmektedir¹⁵⁰. Dar anlamda borç kavramıyla ise borç ilişkisinden doğan münferit alacak ve

¹⁴⁸ ŞiT, Banka Anonim Şirketi, s. 201. Anılan hükümler, bankaların karşılık ayırma yükümlülüğü ile sermaye yeterliliğini sağlama yükümlülüğü hakkındadır. Bankaların kredi ve diğer alacaklarla ilgili olarak, doğmuş ya da doğması muhtemel zararlarının karşılanması için karşılık ayırmasını emreden BankK m. 53/ 1 hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkı. ŞiT, Banka Kredisi, s. 216-233, sermaye yeterliliği için bkz. a.e., s. 233-251.

¹⁴⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 3. Borç tanımı için ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/ BuRCUOĞLU/ ALTOP, s. S, 6; TUNÇOMAĞ, s. 27, 28; HATEMİ/GöKYAYLA, s.10; EREN, s. 21, 22; SEROZAN, Özel Bölüm, s.4; TERCİER/PİCHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s.39-41.

¹⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, (İf.AT.EMİ/SEROZAN/ ARPACI), s. 5.

borçlar kastedilir¹⁵¹. İki kavram arasındaki farkın açıklanması için öğretilerde şu örnek verilmektedir: Satım sözleşmesinin yapılması ile satıcı ve alıcı arasında doğan hukuki ilişki bir borç ilişkisidir (geniş anlamda borç). Bu borç ilişkisi sebebiyle, satıcının münferit, dar anlamda borçları malı teslim etmek ve mülkiyeti geçirmek iken, alıcının dar anlamda borcu satım bedelini ödemektir. Böylece, geniş anlamda borç kavramı, çeşitli dar anlamda borçlar meydana getirmektedir.

TTK'nın 358. maddesinde borçlanma yasağı pay sahibi açısından düzenlenmiştir. Bir diğer ifadeyle hükmün lafzı, şirket ile pay sahibi arasında borç ilişkisinin kurulmasını engellememekte, sadece borç ilişkisi nedeniyle pay sahibinin şirkete borçlanmasını belirli koşullarda yasaklamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, hükümdeki borçlanma kavramı dar anlamdaki borcu ifade etmektedir.

Ancak, dar anlamda borç kavramının kapsamına birçok hukuki ilişkiden doğan borcun girmesi mümkün olduğundan, TTK m. 358 ile yasaklanan borçlanmanın kapsamının belirlenmesi ve sınırının çizilmesi gereklidir. Bu amaçla, çalışmanın bu bölümünde, öncelikle uygulamada pay sahibi ile şirket arasında sıklıkla gerçekleşen ve pay sahibini borç altına sokan hukuki işlemler incelenmiştir. Ayrıca hükmün kapsamı, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395 ile kıyaslanmış ve bu bağlamda özellikle 395. maddeye paralel şekilde, şirketin pay sahibi lehine teminat vermesinin yasak kapsamında olup olmadığı belirlenmiştir. Ardından, pay sahibinin borçlanmasına sebep olmamakla birlikte, şirket tarafından yapılan bağışlamaların da borçlanma yasağının kapsamında olup olmadığı sorusuna yanıt aranmıştır. Son olarak, borçlarına yasağının, şirketin kendi hisse senedini iktisabı, finansal yardım yasağı ve kuruluşun sonra devralma hakkındaki hükümler ile ilişkisi araştırılmıştır.

¹⁵¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMi/SEROZAN/ A1u>Acı), s. 5. Serozan'a göre, borç ilişkisi sadece bir alacak borç ilişkisinden ibaret olmayıp, aynı zamanda yenilik doğurucu haklar, itiraz ve defa gibi savunma hakları, asli, tali ve yan edim yükleri ile davranış yükümlülüklerini de içeren kapsamlı bir organizmadır. Bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 4.

1. Borcun Konusu

Yukarıda açıklandığı üzere, değişiklik öncesindeki TTK m. 358 hükmünde düzenlenen borçlanmanın konusunun para borcu ile sınırlı olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak bu para borcunun, şirketten ödünç alınması sebebiyle doğması zorunlu değildir. Gerçekten de, değiştirilmeden önceki hükmün gerekçesinde verilen pay sahibinin şirketten piyasa koşullarında mal satın alabilmesi örneğinde, pay sahibinin para borcu satım sözleşmesinden doğmaktadır. 6335 sayılı Kanun'da, yasağın konusu açısından bir değişiklik yapılmamış olması ve yine "borçlanma" kavramının¹⁵² kullanılmış olması sebebiyle, hükmün borç açısından kapsamının değişmediğinin ileri sürülmesi mümkündür. Buna karşılık, yapılan değişikliğin borcun konusu hususunda bir fark yaratıp yaratmadığının incelenmesinde fayda vardır.

Borçlanmanın konu açısından kapsamının belirlenmesi çalışmanın en zor konularından biridir. Zira, kbnu hakkında öğretide de görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir görüş uyarınca, hükmün geniş yorumlanmaya müsait lafzına rağmen, borçlanma ile nakdi borçlanma yani, şirketle pay sahibi arasında akdedilen ve konusu bir miktar para olan tüketim ödünç sözleşmesi kastedilmektedir¹⁵³. Buna karşılık, yasağı geniş yorumlayan diğer görüşe göre, pay sahibinin şirkete borçlanmasına sebep olan her türlü işlemin hükmün kapsamında kabul edilmesi gereklidir¹⁵⁴. Son olarak, hükmün tüm tam iki taraflı sözleşmeleri kapsamına alacak kadar geniş, tüketim ödünç ile sınırlı kabul edecek kadar da dar yorumlanmaması gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre, kesin bir formül benimsemek yerine, piyasa koşullarında yapılmayan borç doğurucu işlemler hükmün kapsamında değerlendirilmelidir¹⁵⁵. Çünkü, yasağın amacı şirketin bağlı malvarlığını azaltan işlemlere karşı koruma sağlamak olduğundan, satım ve kira sözleşmeleri kural olarak yasağın kapsamı dışında kabul edilmelidir. Ancak,

¹⁵² Borçların kaynakları, borç ilişkisinin doğumunun iradeye bağlı olduğu haller ile iradeye bağlı olmadığı haller olarak sınıflandırılmaktadır. Bkz. OöüzMAN/ÖZ, C. I, s.33-35. Bu açıdan borçlanma yasağı hakkındaki hüküm sadece, borç ilişkisinin doğumunun iradeye bağlı olduğu halleri düzenlemektedir.

¹⁵³ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C.1, s. 679; KIRCA/GÜREL, s. 6.

¹⁵⁴ Sadece nakdi değil, aynı zamanda aynı borçlanmaların da hükmün kapsamında olduğu yönünde bkz. PoRoY/TEKİNALP(ÇAMOĞLU), I, N.512e.

¹⁵⁵ AR.1c1/VEZİROĞLU, s. 110.

piyasa koşullarından önemli ölçüde ayrılan sözleşmelerin şirket malvarlığını azaltıcı etkisi nedeniyle bu sözleşmelerin yasağın uygulama alanına gireceği sonucuna varılmalıdır. Böylece, kural olarak TTKm. 358'in kapsamı dışında kalan satım sözleşmesi, sözleşme şartlarının piyasa koşullarına aykırı olması halinde borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Dikkat edileceği üzere, bu konuda ileri sürülen tüm görüşler uyarınca borcun kaynağı iradidir. Diğer bir söyleyişle, pay sahibinin haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçları hükmün kapsamı dışındadır.

Kanaatimizce, bu konuda hangi görüşten yana tavır alınacağını belirlemesi amacıyla öncelikle yeni hükmün, değiştirilen hükme paralel şekilde konusu nakit dışı olan borçlanmaları dışlayıp dışlamadığı sorusu yanıtlanmalıdır.

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağında borcun konusu nakit borçlanmalarla sınırlandırılmıştır. Söz konusu hükümde borçlanma, şirketler topluluğuna dahil şirketler ile banka anonim ortaklıkları dışında mutlak suretle yasaklanmıştır. Yani, pay sahibinin borçlanma yasağını düzenleyen hükmün aksine, borçlanmaya belirli şartlarda izin verilmediğinden, yasak mutlaktır. Bu nedenle mutlak bir yasak öngören hükümde dahi borçlanma para borçları ile sınırlı olarak düzenlendiğinden, borçlanmasına belirli şartlarda izin verilen pay sahibinin tabi olduğu yasağın kapsamı, tüm tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan borçları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, kural olarak, borçlanma yasağının konu açısından kapsamı, pay sahibinin para borcuyla sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Gerçekten de, hükmün pay sahibinin şirkete borçlanmasına sebep olan tüm tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeleri kapsadığı kabul edildiğinde, şirketin pay sahibi ile yapılacak her işlem öncesinde, TTK m. 358'de aranan finansal koşulu sağlayıp sağlamadığını kontrol etmesi gerekecektir ki, bu sonuç ticari hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz. Bu açıdan kanaatimizce, aşağıda açıklanacak olan, şirketin finansal durumuna dair getirilen sınırlamanın ancak şirketin ödünç verme işlemi öncesinde aranması anlamlıdır.

Hükümde düzenlenen borcun kural olarak para borcu ile sınırlı olduğu tespit edildikten sonra, bu borcun doğumuna sebep olabilecek hukuki işlemler belirlenmelidir. Borçlanma yasağının yumuşatıldığı 6335 sayılı Kanun'un gerekçesinde, yapılan değişiklikle, ortakların ve şirket yönetici-

lerinin "acil kaynak ihtiyaçlarının"¹⁵¹ şirket varlıklarından karşılanabilmesinin mümkün hale getirildiği belirtilmiştir. Söz konusu açıklama nedeniyle, hükümle yasaklanan borçlanmanın konusunu öncelikle uygulamada "ortaklar cari hesabı"¹⁵⁶ olarak nitelendirilen, pay sahibinin şirketten para ödünç alması oluşturmaktadır¹⁵⁷. Yukarıda kısaca değinildiği üzere, lafzı itibariyle geniş yorumlanmaya müsait olan borçlanma kavramının kapsamına ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Buna karşın, TBK m. 386 vd. maddelerde düzenlenen tüketim ödünç sözleşmesinin, borçlanma yasağına tabi olacağına dair bir tereddüt yoktur. Bu nedenle öncelikle, tüketim ödünç sözleşmesi hakkında kısaca bilgi verilerek, konunun borçlanma yasağı açısından önem taşıyan özelliklerine değinilmiştir. Ardından, ödünç sözleş-

¹⁵⁶ TTK m. 89 / 1 uyarınca cari hesap sözleşmesi iki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutan isteyebileceklerine ilişkin sözleşmedir. Yargıtay'a göre tarafların birbirlerinden karşılıklı olarak alacaklı ve borçlu olması cari hesap sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Bk1. Yarg. HGK E. 1977/T-213, K. 1987/856, T. 20.10.1978. Kararın bir bölümü için bk1. ÔNAY, s. 173, 174, dn. 661. Öte yandan Yargıtay'ın bu görüşü, özellikle bankalar tarafından yapılan genel kredi sözleşmeleri açısından eleştirilmekte ve karşılıklılık unsurunun cari hesap sözleşmeleri bakımından zorunlu bir unsur olmadığı savunulmaktadır. Bk1. AR.KA.N, s. 398, 399. Eğer bu görüş kabul edilir ve pay sahibinin borçlanmasına sebep olan ödünç sözleşmesi de bir cari hesap sözleşmesi olarak nitelendirilirse bu sözleşme yazılı yapılmadıkça TTK m. 89/2 uyarınca geçerli olmaz. Bk1. POROY/TEKİNALP (ÇAMOÛLU), I, N. 512c.

Aksi görüşteki yazarlara göre, Yargıtay tarafından benimsenen karşılıklılık ilişkisinin cari hesap sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olduğu görüşü kabul edilmelidir. Bu unusr (ya da cari hesap sözleşmesinin diğer zorunlu unsurlarını) içermeyen ilişkilere "füli cari hesapn ya da "gerçek olmayan cari hesap" ilişkisi adı verilmekte ve cari hesap sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun oldukları ölçüde kıyasen uygulanabilecekleri ileri sürülmektedir. Bk1. ÔNAY, s. 173, 174. Bu h.ilde ise şekil şartına ilişkin cari hesap sözleşmesi hükmünün pay sahibinin sürekli olarak borçlu olduğu ödünç sözleşmelerine de kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmelidir. Cari hesap sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekle bağlanmasının yerindeliğinin tartışmalı olduğu da düşünüldüğünde (bkz. DUR GUT, s.60, 61), söz konusu şekil şartının uygulama alanının bu şekilde genişletilmesinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

¹⁵¹ Öğretide bu hesabın, anonim ortaklıklar hukukunda geçerli, tüzel kişiliğin onu oluşturan pay sahiplerinden ayn ve bağımsız olması şeklinde ifade edilen "ayrılık ilkesi"nin hiçe sayılmasına, ki.mi zaman suç sayılan ödemelerin ve faturasız sözleşmelerin yapılmasına sebep olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. PoRoY/TEKiNALP (ÇAMOôLU), I, N. 512b.

mesi gibi kredi niteliğini haiz diğer hukuki işlemlerin yasağın kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu tartışılmıştır.

a. Para Ödücü

TTK m. 358'in kapsamında bulunduğu tartışmasız olan tüketim ödücü sözleşmesi TBK m. 386'da tanımlanmıştır. Buna göre, tüketim ödücü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi¹⁵¹ ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği bir borç sözleşmesidir¹⁵⁹. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, ödünç sözleşmesinin konusunu para ya da misli eşyaların oluşturması mümkündür. Ancak kanaatimizce, TTK m. 358 hükmü ile, misli eşyaların ödünç verilmesinin tabi olduğu şartların düzenlenmesi hedeflenmemiştir. Diğer bir söyleyişle, borçlanma yasağı esas itibarıyla para ödücü sözleşmeleri için öngörüldüğünden konu öncelikle para ödünçleri açısından incelenmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, TBK m. 386 hükmünde, tüketim ödücü sözleşmesi için bir şekil şartı öngörülmemiştir¹⁶⁰. Bu konuda TTK m. 358'de de herhangi bir şekil şartına yer verilmediğinden, sözleşmenin şekle tabi olmadığı kabul edilmelidir. Ancak, tek pay sahipli şirketlerde, TTK m. 371/6 saklı kalmak kaydıyla, şirket ile pay sahibi arasındaki tüm sözleşmelerin yazılı olarak yapılması gerektiğinden ödünç sözleşmesinin geçerliliği yazılı yapılmasına bağlı olacaktır.

(1) Ödücün Azami Tutarı

Değişildik ile kural olarak hükümde sayılan iki hal saklı kalmak kaydıyla pay sahibinin şirkete borçlanmasına izin verilmiş ve fakat şirkete borç-

¹⁵¹ "Tüketilebilen bir şeyin kavramı öğretide hatalı bulunarak, bu ifadenin tüketilebilir ve tüketilemez tüm misli malları kapsayacak şekilde okunması gerektiği belirtilmiştir. Böylece, tüketim ödücü sözleşmesinin konusunu para, kıymetli evrak ya da ticari malların oluşturması mümkündür. Bkz. GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 365, 366. Aynı yönde, KURT, s. 77.

¹⁵⁹ Tanım için bkz. TANDOĞAN, s. 298; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 727; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 365; ARAL/AYRANCI, s. 339.

¹⁶⁰ Tüketim ödücü sözleşmesinin geçerliliği istisnaen şekle tabidir. Örneğin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 22/3 hükmünde, bir tüketim ödücü sözleşmesi niteliğindeki tüketici kredisi sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması gereklidir.

lanılabilecek azami tutar ile borcun geri ödenme süresine ilişkin bir kural konulmamıştır. Bu nedenle hükmün lafzı, pay sahibinin sınırsız ve süresiz olarak şirkete borçlanmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaya müsaittir¹⁶¹. Ancak, varılan bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, borçlanma yasağının yumuşatılmasına sebep olan 6335 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde dahi bu husus açıkça belirtilmiştir:

"Maddeyle, borçlanma yasağı yumuşatılmış ancak kaldırılmamıştır. Maddede yapılan değişikliklerle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Buna karşılık söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkan tanındığı sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira bu husus, bu Kanunun temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. Diğer taraftan, şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak suretiyle) kullanılması söz konusu maddelerde yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hali "şirketin içinin boşaltılması" veya "şirketin hortumlanması" şeklinde tanımlayabiliriz¹¹⁶².

Hemen belirtmek gerekir ki, Gerekçe'deki ifadenin "makul" uygulamayı belirlemek konusundaki yetersizliği bir yana, madde metninde borçlanılan tutar ile geri ödeme süresine ilişkin bir düzenleme yapılmaksızın "makul" uygulamanın Gerekçe'de açıklanmaya çalışılması kanun yapma tekniği ile bağdaşmamaktadır¹⁶³. Öğretide bu konudaki boşluğun TTK m.

¹⁶¹ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 51. Yazar paysahiplerinin şirkete olan borçlarının TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde ödenmesini öngören Yürürlük Kanunu m. 24'ün bu ihtimali desteklemek amacıyla 6335 sayılı Kanun ile kaldırıldığını savunmaktadır. Karahan da varılan bu sonucu eleştirmekle birlikte, hükmün yeni düzenlemesinin vade ve miktar itibarıyla sınırsız borçlanmaları mümkün hale getirdiğini ifade etmektedir. Bkz. KARAHAN, s. 9.

¹⁶² Bkz. 15. Madde Gerekçesi, Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu (1/630), Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 3, s.6.

¹⁶³ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 52. Pulaşlı da, borcun koşulları, tutarı, vadesi ve geri ödeme

210 çerçevesinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yapılacak bir düzenleme ile doldurulmasının mümkün olup olmadığı tartışılmıştır⁶⁴. Ancak, Kanun'da öngörülmeleyen bir sınırlamanın, ikincil mevzuat ile kabul edilmesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil edeceğinden, Bakanlığın düzenleyeceği bir tebliğ ile ek koşullar yaratabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, borçlanılmasına izin verilen azami tutar ile borcun geri ödenmesine ilişkin şartlar hükmün ihdas amacı göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

Dağıtılabilecek ödöncün azami tutarına ilişkin kar payı avansı hakkındaki düzenlemelerden faydalanılması mümkündür. Nitekim öğretilde, TTK m. 358'de aranan finansal durumun tespiti meselesine yanıt aranırken, kar payı dağıtılmasının mümkün olduğu bir durumda şirkete borçlanmanın da pekala yasak olmaması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁵.

Kar Payı Avansı Tebliği'nde ise avans olarak verilebilecek azami kar payı miktarı hakkında detaylı düzenleme bulunmaktadır. Anılan Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, dağıtılacak avans; oluşan ara dönem karından, varsa geçmiş yıllar zararlarının tamamının, vergi, fon ve mali karşılıkların, kanunlara ve sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçelerin, varsa intifa senedi sahipleri ile sözleşmede ortaklar dışında kara katılması öngörölen diğör kimseler için ayrılacak tutarların indirilmesi suretiyle hesaplanır. İndirim yapıldıktan sonra elde edilen tutarın da en fazla yarısının dağıtılabileceği belirtilerek oluşan ara dönem karının tamamının dağıtılmasına izin verilmemiştir.

Hükmün ikinci fıkrası ise, aynı hesap dönemi içinde izleyen ara dönemlerde kar oluşması halinde dağıtılabilecek kar payı avansı tutarı hakkında kural koymaktadır. Buna göre, önceki ara dönem veya dönemlerde ödenmiş kar payı avansı bulunması halinde, ödenen avansın da ara dönem karından indirilmesi gereklidir. Yapılan hesaplama sonucunda bulunan değerin yine en fazla yarısının dağıtılmasına izin verilmiştir⁶⁶.

şekline dair madde metnindedüzenleme yapılmamasını eleştirmekte, bu boşluğun hükmün uygulanmasını güçleştireceğini belirtmektedir. Bkz. PuLAŞLI, Şerh I, s.748.

⁶⁴ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 52, 53.

¹⁶⁵ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 244.

⁶⁶ Konunun daha iyi anlaşılması açısından şu formölden yararlanılması mümkündür:
Dağıtılabılır avans= DA, Ara dönem karı= ADK,

Yukarıda yapılan açıklamalar, şirketin pay sahibine verdiği ödünç karşılığında alacak hakkı elde etmesi sebebiyle, verilen ödünç **ile kar payı** hakkındaki kurallar arasında bağlantı kurulamayacağı gerekçesiyle eleştiriye uğrayabilir. Nitekim, sermayenin iadesi yasağı kapsamında ileri sürülen bu görüş uyarınca, şirketin pay sahibine verdiği ödünçün bilançoaya alacak hakkı olarak kaydedilmesi sebebiyle, bu ödünç işlemi bilanço açısından nötr bir işlem olarak kabul edilir (bilançosal yaklaşım)⁶⁷. Dolayısıyla, ödünçün serbest malvarlığından verilmemiş olması halinde dahi sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmemiş olacaktır⁶⁸.

Buna karşılık, kanaatimizce, TTK m. 358 hükmü açısından bilançosal yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Zira, kanun koyucu bilançosal yaklaşımı benimsemiş olsa idi, sermayenin iadesi yasağının mevcudiyetine rağmen borçlanma yasağını ihdas etmezdi. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, konuyu ayrı bir maddede düzenleyerek şirketin pay sahibine borç vermesini daha sıkı koşullara bağlamak istemiştir. Bu nedenle, TTK m. 358'in ihdas amacı dikkate alınarak, borçlanılacak azami tutarın, şirket malvarlığından anılan hüküm uyarınca benimsenen bağlı malvarlığının çıkarılması suretiyle tespit edilmesi gereklidir. Diğer bir söyleyişle, kanaatimizce, şirketin pay sahibine ödünç verebileceği azami tutarın serbest malvarlığı kadar olduğu kabul edilmelidir⁶⁹.

Varılan sonuç, sermayeyi koruyan diğer hükümlerle de paraleldir. Örneğin, şirketin kendi payını iktisabının şartlarının düzenlendiği TTK

(geçmiş yıllar zararları + vergi, fon ve mali karşılıklar+ kanunlara ve sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçeler+ varsa imtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri, kara katılan diğer kimseler için ayrılacak tutarlar) = indirim tutarı= İ, Önceki ara dönemlerde ödenmiş avans= ÖA

$DA = [ADK - (İ + ÖA)] / 2$. Tutar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Kar Payı Avansı, s. 23-26.

¹⁶¹ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b, la).

¹⁶⁸ SEVİ, s. 477, 478. Yazar, sermayenin iadesi yasağının ihlal edilip edilmediği olgusunun verilen ödünçün iadesinin talep edilebilirliği ile belirlenmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre ancak, ödünç sözleşmesinden kaynaklanan iade talebinin fiktif nitelik taşıması ya da muvazaalı kabul edilmesi hallerinde yasak ihlal edilmiş olacaktır. Aynı yönde, KIRCA/GÜREL s. 18.

¹⁶⁹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 245, 246; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 680.

m. 379 hükmü uyarınca şirketin, paylarının iktisabı için ödeyeceği bedelin, şirket net aktifini (şirket aktiflerinden borçların çıkarılması suretiyle tespit edilen değer) azaltmaması gereklidir. Bir diğer söyleyişle, şirketin kendi paylarını iktisap etmek için ödediği bedel düşüldükten sonra kalan şirket net aktifinin, en az sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı (bağlı malvarlığı) kadar olması aranmaktadır. Dikkat edileceği üzere, TTK m. 379'da hükümdeki finansal koşulun sadece iktisap öncesinde karşılanması yeterli görülmemiş ve iktisap edilecek paylar için ödenecek tutar düşüldükten sonra da, şirket net aktifinin korunması aranmıştır. Şirket, TTK m. 379 hükmü uyarınca kendi payını iktisap ettiğinde de bilanço açısından, iktisap için ödenen bedel ile şirket hissesinin yer değiştirmesi söz konusudur. Ancak, kanun koyucu, TTK m. 379'da bilançosal yaklaşımı benimsememekte ve iktisap bedeli düşüldükten sonra da, net aktifin korunmasını aramaktadır. Benzer şekilde, borçlanma yasağı hakkındaki hükmün önemi nedeniyle, pay sahibine verilen ödünçün tamamının, serbest malvarlığından karşılanması gerektiği kabul olunmalıdır.

Öğretide de, serbest yedek akçeler ile kar toplamından, geçmiş yıl zararlarının çıkartılması ile elde edilen tutarın borçlanılabilecek azami tutar olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüş ve bu hesaplama yönteminin hükümde yer almaması bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir¹¹⁰.

(2) Borcun Geri Ödenme Süresi

Hükümde borcun geri ödeme süresi konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiş olması, ödünç sözleşmesinin süresiz olarak yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışmasını doğurmaktadır. Bu konuda bir kanaate varılması amacıyla öncelikle, süresiz tüketim ödünçü sözleşmesine uygulanan hükümler tespit edilmeli, ardından bu kuralların borçlanma yasağına uygulanabilirliği araştırılmalıdır.

Tüketim ödünçü sözleşmesi süreli ya da süresiz olarak yapılabilir. Yani, tüketim ödünçü sözleşmesinde, ödünç konusunun iade süresi taraflarca kararlaştırılabileceğigibi, iade için bir süre kararlaştırılmadan, iadenin bir fesih veya fesih bildirimi sonrası veya kanuna göre yapılması da mümkündür¹¹.

¹¹⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 492.

m TANDOĞAN, s. 361, 362; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 367; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s.

Belirsiz süreli tüketim ödünçü sözleşmelerine uygulanacak TBK m. 392'ye göre, *"Ödünçün geri verilmesi konusunda belirli bir gün ya da bildirim süresi veya borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmamışsa ödünç alan, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödünçü geri vermekle yükümlü değildir."* Söz konusu hüküm uyarınca belirsiz süreli tüketim ödünçü sözleşmesi, kural olarak, ödünç veren tarafından yapılacak ilk talep tarirunden itibaren altı hafta geçmekle sona erer ve ödünç alan bu sürenin geçmesiyle iade yükümlüsü olur.

Vadenin kararlaştırılmış olması yanında, TBK m. 392 hükmünde öngörülen kuralın uygulanmayacağı iki hal daha vardır. Bunlar, iadenin, iade talebi üzerine derhal yapılacağına kararlaştırılmış olması ile taraflara fesih bildiriminde bulunma hakkı tanınmasıdır. Anılan bu son durumda iade borcu, fesih bildiriminin yapılmasından sonra, taraflarca benimsenmiş fesih süresinin geçmesiyle birlikte doğar¹⁷³.

Kanaatimizce, TTK m. 358 hükmünde, borcun geri ödenmesine ilişkin bir kural konulmamış olması sebebiyle, şirketin pay sarufu ile süresiz şekilde ödünç sözleşmesi yapabileceğinin kabul edilmesi gereklidir. Benzer şekilde, belirli süreli ödünç sözleşmesinde vadeye ilişkin bir azami sürenin de bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak, görünüşte bir ödünç sözleşmesinin varlığına rağmen, tarafların iradelerinin bu borcun ödenmesi yönünde olmadığı muvazaalı işlemler¹⁷⁴ saklı tutulmalıdır. Ayrıca belirtilmelidir ki, şirketin yapılan belirsiz süreli ya da uzun vadeli belirli süreli ödünç sözleşmesi dolayısıyla kayba uğramaması amacıyla, ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılması gereklidir. Bu konuda ayrıca, belirsiz süreli ödünç sözleşmesinde basiretli yönetim kurulunun¹⁷⁵, şirketin TTK m. 358'de ara-

432.

m Emredici nitelikte olmayan TBK m. 392 hükmü uyarınca, talep hakkının ödünç veren yanında ödünç alana da tanınması mümkündür. Bkz. GüMüş, Özel Hükümler, s. 377.

¹⁷³ TANDOĞAN, s. 362, 363; GüMOŞ, Özel Hükümler, s. 378; Ku-RT, s. 30.

¹⁷⁴ BINDER, s. 82.

¹⁷⁵ Kanaatimizce bu konuda basiretli yönetim kurulundan TTK m. 75 uyarınca karşılık ayırması beklenir. Anılan hüküm, gerçekleşmesi şüpheli yükümlülük ve askıdaki işlemlerden doğabilecek muhtemel kayıplar için Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen kurallara göre karşılık ayrılmasını emreder. Kanaatimizce karşılık ayrılması suretiyle, belirsiz süreli ödünç sözleşmesinde şirketin alacağına kavuşamama riskine karşı bir gü-

nan finansal yeterliliğini kaybetmesi halinde, iade talebi ile borcun derhal ödenmesini talep etme yetkisini saklı tutması gereklidir¹⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, ödünç sözleşmesinin makul bir faiz oranıyla birlikte yönetim kurulunun iade talebi ile iadenin derhal yapılacağı kararlaştırılarak sözleşmenin belirsiz süreli yapılabileceği kabul edilmelidir.

Bu kez belirsiz süreli tüketim ödünç sözleşmesinde, şirketin iade talebi ile derhal iadenin gerçekleşeceği konusunda bir düzenleme yapılmamış olması halinde ödünç sözleşmesinin haklı sebeple süresinden önce feshedilmesinin mümkün olup olmadığı irdelenmelidir. Öğretide bir kısım yazar, dürüstlük kuralı uyarınca, yükümlüden tüketim ödünç sözleşmesini devam ettirmesinin beklenemediği hallerde, sözleşmenin haklı nedenle feshedilebileceğini savunmaktadır¹⁷⁷. Bununla birlikte, ödünç verenin, ödeme gücünü kaybetmesi kural olarak haklı sebep olarak değerlendirilmemektedir¹⁷⁸. TTK m. 358 hükmü uyarınca borçlanmaya izin verilebilmesi için gerekli finansal koşulun mevcudiyeti borçlanma öncesinde aranacağından¹⁷⁹, şirketin sonradan finansal durumunun kötüleşmesi kural olarak feshi haklı kılan bir sebep olarak değerlendirilmeyecektir. Bu nedenle, tedbirli ve basiretli yönetim kurulu üyelerinden belirli süreli ve makul vadeli ödünç sözleşmesi yapmaları ya da belirsiz süreli ödünç sözleşmesinde şirketin iade talebi ile derhal iadenin gerçekleşeceği yönünde¹⁸⁰ bir düzenlemeye yer vermeleri beklenir.

vence yaratılmış olur. Öğretide yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülükleri gereği, sermayeyi koruma görevleri bulunduğu savunulmaktadır. Bkz. AYAN, s. 70, 71.

¹⁷⁶ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1167; BGH, 01.12.2008 (ZIP 2/2009, s. 72).

¹⁷⁷ GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 379 ve dn. 1675 ve 1676'da sayılan eserler.

¹⁷⁸ Bkz. GüMüş, Özel Hükümler, s. 379.

¹⁷⁹ Bkz. İkinci Bölüm, IV; B, 4.

¹⁸⁰ Borcun muacceliyetine ilişkin kar payı avansı hakkındaki düzenlemelerden kıyas yapılarak faydalanılması mümkündür. Örneğin, şirketin pay sahibine borç verdiği finansal yıl . sonunda şirketin zarar etmesi veya şirket karı ile yedek akçelerin zararı kapatamaması hallerinde, borcun muaccel olacağı kabul edilmelidir. Kar Payı Avansı Tebliği, m. 6 şu şekildedir: 'a) ngili hesap dönemi sonunda, yıl içinde dağıtılan kdr payı avansını karşılayacak tutarda net dönem kdrı oluşmaması durumunda, net dönem karını aşan kar payı avanslarının varsa bir önceki yıla ait bilançoda yer alan serbest yedek akçelerden mahsup edileceği, serbest yedek akçe tutarının da dağıtılan kdr payı avanslarını karşılayamaması halinde fazla ödenmiş olan kdr payı avanslarının yönetim organının ihtarı üzerine ortaklar tarafından şir-

(3) Tefecilik Suçu Bakımından Değerlendirme

TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihte uygulanan mülga90 sayılı KHK'nın kapsamını düzenleyen 2. maddesinde, ikrazatçılar, finansman şirketleri ile faktoring şirketlerinin ödünç verme işlemleri hakkında anılan KHK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak, bankalar, sigorta şirketleri, özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile SPK hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemlere istisna tanınmış ve anılan KHK'nın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir¹¹².

Konumuz açısından önem taşıyan bir diğer istisnaya, tüzel kişilerin doğrudan ya da iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde bulundukları diğer tüzel kişilere ödünç para verme işlemleri hakkında yer verilmiştir¹¹³. Söz konusu istisnanın kapsamına giren işlemler nedeniyle, mülga 90 sayılı KHK'nın 9. maddesinde düzenlenen tefecilik suçum söz konusu olmayacaktır.

Jette iade edileceği "

''' Bkz. Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 06.10.1983 tarih ve 18183 sayılı RG.

m İstisna tutulan kuruluşlar kendi özel düzenlemelerine tabidir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca Türkiye'de ödünç para/kredi verme işleri ile iştigal edebilecek olan kuruluşlar sınırlı sayı ilkesine tabi olarak belirlenmiştir. Söz konusu kuruluşlar, bankalar, faktoring şirketleri, finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir. Hükümde sıralanan kuruluşlar kazanç elde etmek kastıyla ödünç para verme işiyle iştigal etmek üzere devletin ilgili birimleri tarafından izin verilen ve yasal anlamda yetkilendirilen kuruluşlardır. Bu kuruluşlar dışında herhangi bir gerçek ya da tüzel kişinin Türkiye'de ödünç para/kredi verme işleri ile iştigal edebilmesi mümkün değildir.

¹¹³ Dikkat edileceği üzere, istisna tutulan ödünç işleminin diğer tarafının tüzel kişi olması gereklidir. Bir diğer ifadeyle, tüzel kişi anonim şirketin ortağı olan gerçek kişilere ödünç verilmesi işlemi bu KHK'nın kapsamından açıkça istisna tutulmamıştır.

m "Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek ittihaz edilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izni iptal edildiği halde, ödünç para verme işlerine devam edilmesi, tefecilik sayılır.

Faktoring Kanunu'nun¹⁸⁵ 52. maddesiyle, 90 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, 90 sayılı KHK'nın 2. maddesine muadil bir hüküm Faktoring Kanunu'na eklenmediğinden, özellikle grup şirketleri arasındaki borç ilişkisinin tefecilik suçu karşısındaki durumu tartışmalı hale gelmiştir. Zira, TCK'nın, tefecilik suçu hakkındaki 241. maddesinde, "*kazanç elde etmek amacıyla*" ödünç para verme işleriyle uğraşmak suç olarak düzenlenmiştir.

TTK m. 358 hükmü kapsamında gerçekleşen, ödünç para verme işleminin tefecilik suçunu oluşturma ihtimalinin araştırılması için öncelikle bu suçun unsurları belirlenmelidir. Tefecilik suçunun fiil unsuru bir kişinin, diğer bir kişiye ödünç para vermesi iken, manevi unsuru ödünç verme işleminin "*kazanç elde etme kastıyla*" yapılmasıdır¹⁸⁶. Diğer bir söyleyişle, kazanç elde etme kasb bulunmayan ödünç verme işleminin, manevi unsuru eksik olduğundan, bu işlem tefecilik suçunu oluşturmayacaktır. Öte yandan kazancın elde edilmiş olması suçun tamamlanması için gerekli olmadığı gibi, kazancın para ile ifade edilmesi de şart *değildir*¹⁸¹.

Kanaatimizce, verilen borç karşılığında ana para faizi ödenmesi, ödünç işleminin kazanç elde etme kasbıyla yapıldığının kabul edilmesi için yeterli değildir. Çünkü, şirketin verdiği ödünç karşılığında kendisini zarara uğratmayacak bir oranda faiz talep etmesi, bu ödünçün maliyetinin karşı tarafa yansıtılması anlamına gelmektedir. Halbuki kazanç, bu maliyetin üzerinde bir değer kararlaştırılması ihtimalinde söz konusu olur. Bilindiği üzere ana para faizi, vadeye kadar belirli bir süre para alacağından yoksun kalmanın karşılığı olarak ödenen faizdir¹⁸⁸. Enflasyona göre belirlenen ve ödünç verilen paranın değer kaybını gidermeyi amaçlayan ana para faizi ödenmesinin kararlaştırılması halinde kazanç elde etme kastının bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁸⁹. Ceza hukuku doktrinine göre verilen ödünç karşılığında alınan

¹⁸⁵ Bkz. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, 13.12.2012 tarih ve 28496sayılı RG.

¹⁸⁶ EROL, s. 2528; ÖZGENÇ, s. 553.

¹⁸⁷ ÖZGENÇ, s.553.Aynı yöndeki Yargıtaykararları için bkz. Yarg.5. CD. E.2014/11584, K. 2018/3975, T.29.05.2018; E. 2017/3106, K. 2017/5718, T.28.12.2017; E. 2014/7739, K. 2016/9389, T.01.12.2016.

¹⁸¹ HELVACI, Faiz, s. 102.

¹⁸¹¹ MALKOÇ, s. 1565; ARSLAN, s. 36, 39; BİRTEK. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz.,

faizin TCK m. 241 anlamında kazanç elde etme kastıyla alındığının kabul edilebilmesi için bu faizin fahiş (piyasa koşullarına uygun olmayan) oranda olması gereklidir¹¹⁰.

Tarafların anapara faizinin oranını kararlaştırmamış olmaları halinde bu oran 3095 sayılı Kanun uyarınca belirlenir. Zira, 3095 sayılı Kanunun 5. maddesi, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki kanuni faiz ve temerrüt faizi oranlarının uygulanmasını engellediğinden¹⁹¹ faiz oranının ödünç verenin yerleşim yerinde adet (geçerli) olan oran (TBK m. 388/ 1) esas alınmayacaktır⁹².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, verilen ödünç karşılığında makul oranlı bir anapara faizi kararlaştırılmasının tefecilik suçu kapsamında değerlendiril-

Yarg. 7. CD.,E. 2003/14352, K.2005/21394,T.15.12.2005; Yarg.5.CD.,E.2013/4791, K.2013/ 5969, T.30.05.2013. Kararlaştırılanfaizoranı hakkında bir inceleme yapmaksızın faiz karşılığı ödünç verme işlemini tefecilik suçu kapsamında değerlendiren kararlar için bkz. Yarg. 5. CD., E. 2014/5743, K. 2014/6848, T. 19.06.2014; E. 2014/2642, K. 2014/4990, T. 05.05.2014 (www.kazanci.com.tr). Öte yandan Yargıtay hukuk dairesi karz akdi sebebiyle faiz kararlaştırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. "... Taraflar arasındaki sözleşmelerin başlığı ve içeriğinde, konut kredisi ifadesi kullanılmış ise de, tarafların karz hukuki ilişkisine dayanarak sözleşme imzaladıklarının kabulü gerekir. Kaldı ki taraflar arasında kararlaştırılan yıllık faiz oranı, bankaların yabancı para alacaklarına uyguladıkları faiz oranlarından ayırt edilebilir derece de fahiş değildir. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşme, karz sözleşmesi niteliğinde olup taraflarını bağlar. Sözleşme konusu paraların, sözleşmelerde bahsedilen davalıya ait banka hesabına gönderildiğinin tesbiti halinde, davalı bu aldığı paraları sözleşme hükümlerine göre geri ödemek zorundadır. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin tarafların durumu, sözleşme yapmaktaki amaçları değerlendirilerek yorumlanması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."Yarg.13. HD., E. 2012/8652, K. 2012/14150, T. 31.05.2012.

¹⁹⁰ ARSLAN, s. 36. Aksi görüşe göre, ödünç karşılığında faiz ödenmesi, kazanç elde etme kastının bulunduğunu göstermektedir ve bu nedenle ödünçün bila bedel olması gerekir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 546, 547. Kararlaştırılan faizin fahiş olup olmamasını irdelemeden faiz ödenmesinin kararlaştırılmasını tefecilik suçunun oluşması açısından yeterli gören Yargıtay kararları için bkz. Yar. 5. CD., E. 2015/10720, K.2017/1190, T. 28.03.2017; E. 2016/7327, K. 2016/9704, T. 15.12.2016; E.2014/3252, K.2016/6425, T.16.06.2016; E. 2017/603, K. 2017/963, T. 15.03.2017. Kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹¹¹ HELVACI, Faiz, s. 38.

^m Aksi görüş için bkz. GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 375.

mesine TBK m. 387/2 hükmü de engeldir¹⁹³. Gerçekten de anılan hüküm, ticari tüketim ödünçü sözleşmelerinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa dahi, ödünç alanın faiz ödemek zorunda olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce anılan hüküm, tefecilik suçu açısından hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmeli¹⁹⁵ ve makul oranda kararlaştırılan faiz ödemesinin tefecilik suçunu meydana getirmediği kabul edilmelidir. Ödünç alan pay sahibinin gerçek kişi olması ve TTK m. 19/1 hükmündeki istisnadan yararlanması tartışmasına girmeksizin, adisahası bulunmayan anonim şirketin verdiği ödünçün TTK m. 19/2 uyarınca pay sahibi açısından da ticari nitelikte olacağı açıktır.

Konumuz açısından üzerinde durulması gereken diğer bir husus, tefecilik suçunun oluşması açısından failin bu işi "devamlı surette" ya da "mesleği gereği" yapmasının bir zorunluluk olup olmadığıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, TCK m. 241 hükmünün lafzı para verme işleminin bir kez yapılmış olması halinde dahi tefecilik suçunun oluşacağı yönünde anlaşılmaya müsaittir¹⁹⁶. Ayrıca, TCK m. 241'de, itiyadi suçlu ve suçlu meslek edinen

¹⁹³ ARSLAN,s.38,39. Kırca da, tefeciliksuçu kapsamındaki tartışmalara girmeksizin, ödünç sözleşmesinde TBK m. 387/2 hükmü uyarınca taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde dahi faiz istenebileceğini belirtmektedir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C.1,s. 681.

¹⁹⁴ Bkz.TANDOĞAN, s.299; YAvuz, Özel Hükümler,s.731, 734; ZEVLİLER/GöKYAYLA,s. 411; Aiu.i./ AYRANCI, s.347.Aksi yöndeki görüşe göre, tefecilik suçu hakkındaki düzenlemeler nedeniyle, Türkhukukunda, sadece yetkili kılınan kuruluşlar tarafından anapara faizi karşılığında ödünç verilebilmesi mümkündür. Ancak, temerrüt olgusuna bağlı olarak temerrüt faizi talep edilebilir. Bkz. KURT, s.31.Öte yandanyazar TBK m.387uyarınca, adi işlerde tüketim ödünçü sözleşmesinin faizsiz, ticari işlerde ise faizli yapılmasının kural olduğunu belirtmektedir.Yazarın görüşünün benimsenmesi halinde ise, adi işlerde faizli tüketim ödünçünün akdedilemeyeceği, ticari ödünçlerde ise faiz ödenmesine sadece ödünç verenin yetkili kuruluş olması halinde izin verileceği sonucu çıkar. Yazarın konu hakkındaki açıklamaları için bkz. a.e., s.193-203.

¹⁹⁵ Zira ceza hukuku doktrinde, suç olarak tanımlanmış bir fiilin işlenmesine, hukukun bir diğer dalında öngörülen kuralın izin vermesi halinde hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu kabul edilmektedir. Hukuka uygunluk nedenini yaratan kuralın illa ceza hukukunda yer alması gerekmediği yönünde bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 292; AR.TUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.369; DEMİRBAŞ, s. 271.

¹⁹⁶ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 5. CD., E. 2014/5743, K. 2014/6848, T. 19.06.2014; E. 2015/6327, K. 2018/2045, T. 20.03.2018; E. 2016/5763, K. 2018/305, T. 30.01.2018; E. 2017/5261, K. 2018/4030, T. 30.05.2018; E. 2015/6309,

kişi kavramlarını tanımlayan TCK m. 6/ 1-j ve h bentlerine atıf yapılmamış olınası da bu sonucu destekler niteliktedir. Öte yandan öğretide, tefecilik suçunun oluşması için kazanç elde etme kastıyla ödünç verme işleminin meslek olarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir". Gerçekten de, bir kez gerçekleşen ve kazanç elde etme amacı bulunmayan ödünç para verme işleminin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi ticari hayatın olağan akışına uygun değildir. Nitekim TTK'nın 358. maddesinde, şirketin, gerçek ve tüzel kişi pay sahiplerine vereceği ödünçün şartlarının düzenlenmiş olması dahi, TTK'nın, sayılan koşulların gerçekleşmesi şartıyla borçlanmaya izin verdiğini ortaya koymaktadır. TTK'da, ödünç verme işleminin sadece banka ve diğer özel yetkili finans kuruluşları tarafından yapılmasına izin verilmiş olsaydı, ilgili kurumların özel mevzuatlarında yeterli düzenleme bulunması sebebiyle bu konuda Kanunda bir düzenleme yapılmasına gerek olmazdı. Dahası, TTK m. 358 hükmüne, Kanun'un "*Temel ilkeler*" başlığı altında yer verilmiş olması da kanun koyucunun konuyu tüm anonim şirketler açısından değerlendirdiğini göstermektedir. Bu nedenle, TTK m. 358'in varlığı bizatihi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir. Zira, ceza hukuku açısından hukuka aykırılık kavramı, hukuk düzeninin bütünü çerçevesinde değerlendirilmekte ve herhangi bir hukuk dalında müsaade edici bir hükmün varlığı fiilin ceza hukuku açısından da hukuka uygun sayılmasına yol açmaktadır¹⁹.

Benzer şekilde, şirketin pay sahibine ödünç vermesinin tefecilik olarak değerlendirilmesine, şirketler topluluğunun özel hükümlerinin de engel olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, şirket topluluklarında grup şirketlerinin birbirlerine ödünç ve teminat vermesi topluluğun doğası gereğidir. Kaldı ki, TTK m. 202'de yer alan ifadelerin karşıt anlamı da grup şirketlerinin kendi aralarında ödünç sözleşmesi yapabileceklerini desteklemektedir. Zira, hükmün gerekçesinde açıkça, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanarak bağlı şirketi ödemelerde bulunmaya zorlaması halinde bu kaybı denkleştirmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece, hakim şirketin bağlı şirketi

K. 2017/5161, T. 04.12.2017; E. 2014/7739, K. 2016/9389, T. 01.12.2016; E. 2015/12339, K. 2016/4515, T. 02.05.2016.

¹⁹¹ Bkz. DONAY, s. 348; ARSLAN, s. 34, 35.

¹⁹ DÖNMEZER/ERMAN, C. il, N.676vd; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s.292; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 369; DEMİRBAŞ, s. 265.

kayba uğratmayacak şekilde bağlı şirketinden ödünç alınması mümkün olduğu gibi, denkleştirilmesi şartıyla, kayba sebep olan ödünç sözleşmesinin yapılmasına da izin verilmektedir.

b. Kredilendirme Amacı Taşıyan Diğer Sözleşmeler

(1) Genel Olarak

Alınan hukukunda anonim ortaklığın pay sahibine ödünç vermesi (*Darlehen an Aktionäre*) ifadesi, anonim ortaklığın pay sahibine verdiği her türlü krediyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır¹⁹⁹. Buna göre, mevcut bir borcun vadesinin uzatılması²⁰⁰, karşı edimi belirsiz soyut bir borcun ikrarı ve hatta edimlerin birbirine uygun olınadığı ve şirket aleyhine piyasa değerinin üzerinde karşı edim içeren sözleşmeler de ödünç kapsamında değerlendirilmektedir²⁰¹.

Yukarıda açıklandığı üzere, borçlanma yasağı hakkındaki hükmün şüphesiz kapsamında bulunan tüketim ödünç sözleşmesi de bir kredi işlemidir. Zira, bu sözleşmede belirli bir satın alma gücünün kullanılması belirli bir süreyle ödünç alana bırakılmaktadır²⁰². Çalışmanın bu bölümünde, Alınan hukukundaki görüşlere paralel şekilde, para ödünç sözleşmesi yanında kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemlerin hükmün kapsamında olup olmadığı araştırılmıştır.

Türk hukukunda, gerek kanunlarda gerek ikincil mevzuatlarda kredi kavramına yer verilmiş olmasına karşın kredinin tanımı yapılmamıştır²⁰³. Hatta kredi verme işlemleri hakkında detaylı düzenlemeler öngören

¹⁹⁹ BINDER, s. 80; KLEPFNER, s.63, 64; ALTMEPPEN, GmbHG, § 30, N.91; SEvi, s.472.

²⁰⁰ ÜESCHLER, § 71a, N.17; BEZZENBERGER, AktG, § 71a, N. 11; GÜREL, s. 138.

²⁰¹ OKUTAN NILSSON, Finansal Yardım Yasası, s.95.

²⁰² GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 366. Anılan unsurlar iktisadi açıdan yapılan kredi tanımlarına paraleldir. İktisadi açıdan yapılan tanımlamalar uyarınca kredi, "satın alma gücünün gelecekte gerçekleşecek geri ödemeye güvenilerek geçici olarak devredilmesi" şeklinde tanımlanır. Bkz.ŞİT, Banka Kredisi, s.7. Aynı yönde, TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, s. 479. Satın alma gücü ile, sadece paranın değil, para ile ölçülebilir tüm iktisadi değerlerin kastedildiği kabul edilir. Bkz.ŞİT, Banka Kredisi, s.9, 16.

²⁰³ Bunun tek istisnasını TKHK m. 22'de tanımlanan tüketici kredisi oluşturmaktadır.

Bank.K'da dahi, "*nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemi*" bankacılık işlemleri arasında sayıldıktan sonra (BankK m. 4), kredi olarak kabul edilecek işlemler belirtilmiştir (BankK m. 48). Ancak, anılan hükümde kredi niteliğindeki işlemler bankacılık mevzuatı açısından düzenlendiğinden, BankK m. 48'den²⁰⁴ ancak kıyasen yararlanılması mümkündür. Bu nedenle öncelikle, kredi ilişkisinin varlığı için aranan unsurlar belirlenmeli ve bu unsurları barındıran ve anonim ortaklıklar hukukunda rastlanan çeşitli işlemler irdelenmelidir. Öğretide kredi ilişkisinin varlığı için uç unsurun aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bunlar, satın alma gücünün devri, vade ve geri ödeme riskidir²⁰⁵.

Borçlanma yasağının kapsamına evleviyetle tüketim ödünçü sözleşmelerinin girdiği açıklanmıştı. Bu kez, ödünç sözleşmelerinin bir diğer türü olan kullanım ödünçü sözleşmesinin hükmün kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Kullanım ödünçü sözleşmesi, TBK m. 379'da, "... *ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği...*" sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, kullanım ödünçü sözleşmesinde iade borcunun parça borcu olması sebebiyle, ödünç alınan şeyin aynen iade edilmesi gereklidir. Örnek vermek gerekirse, şirketin sahibi olduğu değerli bir taşınmazını karşılıksız olarak pay sahibine kullandırmasının, borçlanma yasağını ihlal ettiği kabul edilebilir mi? Şüphesiz, bu taşınmazı piyasa koşullarına uygun olarak kiraya vermek yerine pay sahibine kullandıran yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları söz konusu olacaktır. Ancak, işlemin borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi halinde, sorumluluk davası yanında TTK m. 358'in ihlaline uygulanacak müeyyideler de gündeme gelecektir. Örneğin, işlemin karşı tarafının muaccel sermaye borcunu ödemeyen pay sahibi olması durumunda borçlanma yasağının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varılacaktır. Kanaatimizce, her ne kadar borçlanma yasağı hakkındaki düzenleme özellikle şirketin pay sahibine nakit borç vermesi düşünüülerek düzenlenmiş

²⁰⁴ 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu uyarınca "kredi sayılan" işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Kredi Sayılan Ödünçler, s.737-743.

²⁰⁵ GÜREL, s.137 dn. 632.Şit, bankacılık mevzuatı açısından kredinin unsurlarını, risk, sözleşme ve zaman olarak saymaktadır. Bkz. ŞiT, Banka Kredisi, s.58-89. Yazara göre, banka kredisi kavramının belirlenmesinde temel ölçüt, banka tarafından gerçekleştirilen işlemin risk oluşturup oluşturumamasıdır. Bkz. ŞiT, Sendikasyon Kredileri, s.157, 158.

olsa da hükmün uygulanması için, mutlaka şirketten nakit çıkışının zorunlu olmadığı kabul edilmelidir. Zira, anılan örnekte de kira gelirinden feragat edilerek bir satın alma gücünün devri söz konusu olmaktadır. Bu açıdan, hükmün dolanılmasını önlemek amacıyla taraflarca güdülen amacın da dikkate alınması gereklidir.

Benzer şekilde, şirketin karşılıksız olarak alacağını pay sahibine temlik etmesi (TBK m. 183 vd.), karşılıksız soyut borç ikrarında bulunması (TBK m. 18), pay sahibi ile karşılıksız ibra sözleşmesi yapması (TBK m. 132), karşılıksız paysahibi yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun üstlenilmesi de borçlanma yasağının öngörülme amacı göz önünde bulundurularak TTK m. 358 kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, şirketin iade talep hakkına sahip olduğu ödünç işlemi dahi belirli şartlarda yasaklanırken, karşılıksız kazandırma niteliğindeki işlemlerin evleviyetle yasak kapsamında bulunduğu kabul edilmelidir²⁰⁶. Bu noktada bağışlamanın tek tarafa borç yükleyen sözleşme²⁰¹ olması ve paysahibi açısından bir borç yaratmaması varılan sonucu değiştirmez.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında TTK m. 358'in bağlı malvarlığından şirketin bağışlama yapmasını yasakladığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte şirketin muaccel sermaye borcunu ödeyen pay sahibine serbest malvarlığından bağışlama yapması mümkündür²⁰⁸. Nitekim, TTK m. 523'te

²⁰⁶ Aynı yönde, bkz. HIZIR, s. 236. Yazar, "şirkete borçlanma" kavramını geniş yorumlamış ve örneğin, paysahibinin şirkete olan sermaye borcu dışındaki borçlarından dolayı pay sahibinin şirket tarafından karşılıksız ibra edilmesi, paysahibinin ivazsız olarak şirketin bir aynını iktisap etmesi işlemlerini de hükmün kapsamında değerlendirmiştir. Aksi görüş için bkz. TAMER, s. 107. Yazar, bağışlama işleminde pay sahibinin borcu bulunmaması nedeniyle, şirketin paysahibine herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın bağışlama yapabileceği görüşündedir. Gürel de, finansal yardım yasağının konu açısından kapsamını belirtirken, iade edilme niyeti olmaksızın ödünç adı altında verilen bağışlamaların hükmün amacı dikkate alınarak evleviyetle hükmün kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. GÜREL, s. 142, 149.

UY1 Bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 284; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 341.

²⁰⁸ Halka açık anonim ortaklıklar tarafından yapılacak bağışlamalar konusunda ise özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, halka açık şirketlerin bağış yapabilmesi için, bu ortaklıkların esas sözleşmelerinde bağış konusunda açık hüküm bulunması zorunludur (SerPK m. 19/5). Anılan hükümde, yapılacak bağışın sınırının genel kurulca belirlenmesi öngörülmüş ve ilgili mali yıl içinde yapılan bağışların, dağıtılabılır kar matrahına eklenmesi zorunlu kılınmıştır. Son olarak, Kurul'a bağış tutarına üst sınır getirme yetkisi

esas sözleşmede hüküm bulunmasa dahi, genel kurulun yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere bilanço karından yedek akçe ayrılmasına karar verebileceği belirtilmiştir. Böylece, bağışlamanın genel kurul kararına istinaden ayrılmış yedek akçelerden yapılmasında hukuken bir engel yoktur.

Öte yandan şirketin bağışlamanın geri alınmasına ilişkin hükümlerden faydalanması mümkündür. TBKm. 295 hükmü¹⁰⁹, icra edilmiş bir bağışlama vaadinin veya elden bağışlamanın, TBK m. 296¹¹⁰ ise icra edilmemiş bağışlama taahhüdünün geri alınmasını düzenlemektedir. Buna göre, geri alma üzerine bağışlama edimi henüz yerine getirilmemişse bu yüküm ortadan kalkar, yerine getirilmişse sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alınma hakkı doğarm. Böylece kanaatimizce, bağışlama yapan şirketin sonradan mali durumunun bozulması, pay sahibinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması durumunda üyenin sorumluluğuna gidilmesi ya da üyenin şirkete karşı suç işlemesi hallerinde bağışlamanın geri alınması mümkündür. Bağışlamanın geri alınması ihtimalinde, geri almaya bağlı iade yükümlülüğü

tanınarak, halka açık şirketlerin, sınırsız şekilde bağışlama yapmalarına engel olunmak istenmiştir. Kar Payı Tebliği'nde de SerPK m. 19 hükmündeki koşullar tekrar edilmiştir. Bkz. Kar Payı Tebliği, Seri II No 19.1, 23.01.2014 tarih ve 28891sayılı RG. Anılan Tebliğ'de, ayrıca, yapılacakbağışın üst sınırının esas sözleşme ile belirlenebileceği belirtilmiştir. Ayrıca, Tebliğ'in 6. maddesinde, yapılan bağışların Kurul'un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulması ve bağışlar hakkında genel kurula bilgi verilmesi gereklidir. Ayrıca hükümde, örtülü kazanç aktarımı ile kurumsal yönetim ilkeleri hakkındakidüzenlemeler saklı tutulmuştur.

²⁰⁹ Bağışlanan şeyin geri alınmasının mümkün olduğu haller (i) bağışlananın, bağışlayana veya yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi, (ii) bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerineönemli ölçüdeaykırı davranması ve (ili) bağışlananın, yüklemeli bağışlamada haklı bir sebep olmaksızın yüklemeyi yerine getirmemesidir. Geri alma sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkı. GüMüş, Özel Hükümler, s.220,221.

¹¹⁰ Bağışlama taahhüdünü geri almanın mümkün olduğu haller, (i) elden bağışlanan bir maim geri verilmesinin istenebileceği sebeplerden biri olması, (ii) bağışlayanın mali durumunun, sonradan sözün yerine getirilmesinikendisi için olağanüstüağır kılacak ölçüde değişmesi ve (ili) bağışlayan bağışlamasözü verdikten sonra, kendisi için yeni aile yükümlülükleri doğması veya bu yükümlülüklerinin önemliölçüde ağırlaşmasıdır. Geri alma sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkı. GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 221, 222; YAvuz, Özel Hükümler, s.352-354; ZEVLİLER/GöKYAYLA,s. 189, 190.

m ŞEROZAN, Özel Bölüm, s.306; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s.218,219.

söz)leşmesel kökenli olduğundan, lehdann "zenginleşmenin elde kalmadığı" (TBK m. 79/ 1) savunmasından yoksun olduğu kabul edilmektedir²¹².

Kanaatimizce, karma bağışlama sözleşmeleri hakkında ileri sürülen görüşlerden, şirket serbest malvarlığının asimetrik edimli işlemlerle pay sahiplerine aktarılmasının engellenmesinde yararlanılabilir. Satımla bağışlama arası, kısmen ivazlı kısmen ivazsız bir sözleşme olarak tanımlanan karma bağışlama niteliğindeki işlemlerden taraflardan biri, bir malı, gerçek değerinin altında satmakta ya da üzerinde satın almaktadır. Bu sözleşmede anılan taraf değer farkını bilmesine rağmen, karşı tarafa iyilik yapma amacıyla sözleşmeyi bu şartlarda kurmaktadır. Karma bağışlama sözleşmelerinde, özellikle şekle aykırılık, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumluluk ve geri alma konularında hangi sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanacağı konulan önemlidir. Edimin bölünmesi halinde, ivazlı bölüme satım, ivazsız bölüme de bağışlama kurallarının uygulanması kabul edilmektedir. Örneğin, iki karton sigara yan fiyatına bırakılmışsa, Serozan'ın ifadesiyle *{(iyilik bilmezlik eden lehdardan" bir karton sigaranın istenmesi mümkündür²¹⁵*. Buna karşılık, edimin bölünememesi halinde, karakteri ağır basan sözleşmenin hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bağışlama karakteri ağır basan bir sözleşmede kazandırmada bulunan kişi, ucuza satmış olduğu malı, tahsil etmiş olduğu parayı iade ederek malın kendisine teslim edilmesini talep edebilecekken, sözleşmenin satım karakterinin ağır bastığının kabul edilmesi halinde bu imkandan yararlanamayacaktır²¹⁶. Örneğin, şirketin sahip olduğu ve piyasa değeri 500.000 TL olan bir gayrimenkulün, pay sahibine 150.000 TL'ye satılması halinde bu işlemin satımdan ziyade bağışlama olarak kabul edilmesi halinde, şirketin 150.000 TL'yi iade ederek gayrimenkulün mülkiyetini talep etme hakkı vardır.

²¹² SEROZAN, Özel Bölüm, s.306. Aksi görüş için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 187.

²¹³ Kamında özel olarak düzenlenmiş olmaları sebebiyle, karma nitelikteki karşılıksız (faizsiz) para kullandırmaya ödünç, karşılıksız teminat vermeye teminat, karşılıksız (kirasız) eşya kullandırmaya ariyet, karşılıksız (ücretsiz) iş görmeye vekalet ve karşılıksız eşya saklamaya vedia hükümleri uygulanacaktır. Bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 288.

¹¹⁴ Tanım ve örnek için bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 289, 290, ayrıca bkz. GüMüş, Özel Hükümler, s.211.

²¹⁵ Bkz. SEROZAN, Özel Bölüm, s. 289.

²¹⁶ SEROZAN, Özel Bölüm, s. 290, aynı yönde GÜMOŞ, Özel Hükümler, s. 211.

(2) Pay Sahibi Lehine Teminat Verilmesi ve PaySahibinin Borçlarının Devralınması

Kredinin, kredi alanın yerine getirmekle yükümlü olduğu birborcun ifa edilmeme riskinin üstlenilmesi şeklinde tesis edilmesi halinde, gayrinakdi bir kredinin varlığından söz edilir²¹⁷. Bankacılık hukukunda rastlanılan gayrinakdi kredi kavramı bu açıdan teminat işlemlerini kapsamaktadır (BankK m. 48). Zira, tüm teminat işlemlerinde bir kimsenin başkasının karşısında bulunduğu tehlikeyi üstlenmesi söz konusudur²¹⁸. Örneğin borçlanma yasağıyla, işlem açısından kapsamı örtüşen AktG § 89 hükmünde, şirketin yönetim kurulu üyelerine "kredi" verebilme şartları düzenlenmektedir. Hükümde kullanılan "*Kreditgewährung*" ifadesinin, ödünç sözleşmeleri yanında, borç üstlenilmesi, borçların vadelerinin uzatılması ve teminat verilmesi işlemlerini de kapsadığı kabul edilmektedir²¹⁹. Kanaatimizce, borçlanma kavramı yerine kapsamı daha belirgin olan "kredi" ifadesinin kullanılması yasağın kapsamına ilişkin meydana gelen tartışmaların önlenmesi açısından faydalı olabilirdi. Zira hükmün lafzen yorumlanmasıyla yasağın teminat işlemlerini kapsamadığı ileri sürülebileceği gibi, "borçlanma" kavramının geniş yorumlanması ya da TTKm. 395'in kıyasen uygulanması ilebu işlemlerin TTK m. 358'in kapsamında olduğu da savunulabilir. Zira, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile kurul üyelerinin yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395'te, şirketin, yasak kapsamındaki kişiler lehine kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği ve bu kişilerin borçlarını devralamayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık, TTK m. 358'de sadece pay sahibinin, hükümde belirtilen iki koşuldan birinin varlığında şirkete borçlanması yasaklanırken, pay sahibi lehine şirketin teminat verebilmesi hususunda bir düzenleme yapılmaması hükmün kapsamına ilişkin belirsizlik yaratmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK m. 395 hükmünde şirketin paysahibi olmayan yönetim kurulu üyesi lehine teminat veremeyeceği belirtildikten sonra, şirketin bu kişiler lehine kefalet ve garanti sözleşmesi yapamayacağının tekrar edilmiş olması gereksizdir. Zira, teminat, kefalet ve garantiyi de

²¹⁷ ŞiT, Banka Kredisi, s. 8, 140.

²¹⁸ YAvuz, Özel Hükümler, s. 1357.

²¹⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, ili, B, 1, a, (1).

kapsayan ve fakat bunlarla sınırlı olmayan bir *üst kavramdır*. Bu kavramla, "*alacaklıya alacağının ödeneceği konusunda garanti veren hukuki ilişkilerin tümü*"²²⁰ kastedilir. Böylece teminatın kapsamına, taşınır rehni, alacak rehni, taşınmaz ipoteği, kambiyo senedine aval verilmesi ve himaye beyanları da girmektedir²²¹.

Yukarıda sayılan tüm teminat araçlarının ortak özelliği, teminat konusu sözleşmenin, şirket ile üçüncü kişi arasında yapılmasıdır. Diğer bir ifadeyle, pay sahibi bu sözleşmenin tarafı olmadığı gibi, şirkete karşı bir yükümlülüğü de söz konusu değildir²²². Bu nedenle borçlanma yasağı hakkındaki hükmün

²²⁰ Tanım için bkz. DEVELİOĞLU, s. 11 dn. 17'de anılan İsviçre Federal Mahkeme kararları.

m Bkz. TANDOĞAN, s. 684-893; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1358-1446; ZEVLİLİLER/GÖK-YAYLA, s. 699-766; GÜREL, s. 143,144.

iii Örneğin, TBK m. 581 hükmü uyarınca, kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Bu sözleşmenin tarafları, kefil ile kefilin kişisel sorumluluk üstlendiği borcun alacaklısıdır. Bkz. ÖZEN, s. 60; DEVELİOĞLU, s. 31, 32. Himaye beyanlarının ise, ana şirketi akdi bir sorumluluk altına sokup sokmadığının, beyanın içeriğini oluşturan kayıtların güven teorisi uyarınca yorumlanarak tespit edilmesi gerekir. Bkz. KIRCA, Himaye Beyanı, s. 475. Himaye beyanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Güvenden Doğan Sorumluluk, s. 199-212. Öğretide, teminat araçları arasında ticari işletme rehni de sayılmaktadır. Ancak, tacirin ticari işletmesini bir üçüncü kişinin borcu için rehnetme imkanı olup olmadığı mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu döneminde tartışmalıydı. Bir görüşe göre, anılan kanunun istisnai bir düzenleme getirmesi nedeniyle rehlin taraflarına ilişkin hükmün dar yorumlanarak tacirin bir üçüncü kişinin borcu için işletmesini rehin veremeyeceği kabul edilmelidir. Ayrıntılı açıklama için bkz. TEOMAN, İşletme Rehni, s. 120vd. Aksi görüşü savunan yazarlara göre ticari işletme sahibinin üçüncü kişinin borcu için de işletmesini rehnetmesi mümkündür. Bkz. ARKAN, Ticari İşletme (23. Bası), s. 51; KENDİGELEN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NoMER-ERTAN), s. 233. Mülga kanunun yerine yürürlüğe giren TİTRK'da da mesele açıklığa kavuşmamış olup konu hala tartışmaya açıktır. Konumuz bakımından tartışılması gereken mesele, ilgili mevzuat uyarınca, şirketin, pay sahibinin borcu için ticari işletmesini rehnedip rehnedemeyeceğidir. Söz konusu sorunun yanıtlanabilmesi için iki hususun açıklığa kavuşturulması gereklidir. Öncelikle ilgili mevzuatta rehin verenin bir üçüncü kişinin borcu için ticari işletmesini rehnedip rehnedemeyeceği, soruya olumlu yanıt verilmesi halinde bu üçüncü kişinin kanunda sayılan "rehin veren" statüsünde olmasının aranıp aranmayacağı belirlenmelidir. Ardından, teminata konu olan borcun bir ticari işten doğmasının şart olup olmadığı irdelenmelidir. Rehin sözleşmesinin tarafları TİTRK m. 3'te ve Kurulma Yönetmeliği m. 10'da mülga kanundan çok daha geniş şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle doktrinde haklı olarak, yeni düzenleme ile TMK'nın temelini oluşturan teslim şartlı rehne istisnai olarak cevaz vermek amacından sapıldığı ileri sürülmüştür. Bkz. ARKAN, Ticari işletme-

lafzi yorumlanmasıyla, şirketin sermaye kaybı olması ya da pay sahibinin sermaye borcunu ifa etmemesi halinde dahi şirketin paysahibinin borcu için teminat verebileceği sonucuna varılmaktadır.

Ancak, pay sahibinin örneğin kefalet sözleşmesinin tarafı olmadığına tespit edilmesi, bu işlemin TTK m. 358 hükmü kapsamı dışında yer aldığı sonucuna varılması için yeterli değildir. Nitekim, ticari borçlarda kefalet verilmesi halinde, hem asıl borçlu ile kefil, hem de kefiller arası sorumluluk

nin Rehni, s. 146. Dolayısıyla, mülga kanun zamanında kabul edilebilecek tacirin bir üçüncü kişinin borcu için işletmesi üzerinde rehin hakkı tesis edemeyeceği görüşünün bugün savunulması güçtür. Aynı yönde bkz. ŞiT İM.AMOĞLU, Rehin Kanunu, s. 19; SiRMEN, Taşınır Rehni, s. 30. Varılan bu sonucu, kanunun amaç ve kapsamını çok geniş bir şekilde düzenleyen TİTRK m. 1'de geçen, "*teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması*" ve "*finansmana erişimi kolaylaştırmak*" ifadeleri de desteklemektedir. Buraya kadarki açıklamalarımız doğrultusunda, TTK m. 16 uyarınca tacir olan anonim şirketin, bir üçüncü kişinin ve dolayısıyla pay sahibinin borcu için, işletmesini kredi kuruluşu, tacir veya bir esnaf lehine rehnetmesinin mümkün okluğu kabul edilmelidir. Kanaatimizce, borcu teminat altına alınan pay sahibinin TİTRK m. 3 ve Kurulma Yönetmeliği m. 10 uyarınca "rehin veren" statüsünde olması da gerekli değildir. Diğer bir ifadeyle, pay sahibinin herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür. TİTRK m. 5/9 ve Kurulma Yönetmeliği m. 10/5 hükümleri de aksi bir sonuca varılmasını gerektirmez. Şöyle ki, anılan düzenlemeler uyarınca, üçüncü kişilerin *rehin veren*" kapsamında sayılan kişilerin borcunun teminatı olarak rehin tesis edebilecekleri belirtilmiştir. Kanaatimizce, arulan düzenlemelerle kural olarak borçlunun da "rehin veren" statüsünde olması amaçlanmamıştır. Sadece TİTRK m. 3 ve Kurulma Yönetmeliği m. 10 uyarınca rehin veremeyecek bir üçüncü kişinin, örneğin tüketicinin, kendisi rehin verebilecek bir borçlunun borcunun teminatı olarak rehin vermesine izin verilmek istenmiştir. Bununla birlikte, arulan düzenlemelerde TİTRK m. 3 saklı tutulmadığı için pekala bir başkasının borcu için rehin veren üçüncü kişinin de "rehin veren" statüsünde olması gerektiği ile ileri sürülebilir. Bkz. ŞiT İMAMOĞLU, Rehin Kanunu, s. 19. Görüldüğü üzere tartışma sadece bir başkasının borcu için rehin veren kişinin tacir, esnaf ya da kanunda sayılan diğer "rehin veren" statüsünün bulunmaması halinde söz konusudur. Halbuki tacir olan bir anonim şirketin herhangi bir kişinin borcunun teminatını teşkil etmek amacıyla işletmesini rehnetmesini engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, pay sahibinin borcunun ticari işlemde kaynaklanması da gerekli değildir. Zira anılan kanunun başlığı dışında, kanunun sadece ticari işlere uygulanacağına yönelik bir ifade rastlanmamaktadır. Nitekim TİTRK m. 1/3'te de kanun ile "*bir borca*" güvence teşkil etmek üzere kurulan taşınır rehnine ilişkin kurallar sevk edildiği ifade edilmiş, bu borcun ticari bir iş nedeniyle doğması aranmamıştır. Benzer şekilde, rehnin esnaf arasında kurulmasına izin verilmiş olması da (TİTRK m. 3) borcun ticari bir işlemde doğmuş olmasının aranmadığını göstermektedir. Aksi görüş için bkz. ANTALYA/AcAR, s. 6-11.

TTK m. 7 hükmü nedeniyle kural olarak müteselsildir. Buna göre, şirketin kefalet sözleşmesinden kaynaklanan ticari nitelikteki borcu sebebiyle borcun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklı doğrudan şirkete başvurabilecekve böylece kanun koyucunun önlemeye çalıştığı sonuca başka bir hukuki yol ile ulaşılacaktır²¹. Bu nedenle, TTK m. 358 sebebiyle borçlanmanın mümkün olmadığı hillerde şirketin pay sahibinin borcuna kefil olamayacağının da hüliimde açıkça düzenlenmesi faydalı olurdu²².

Öğretide savunulan haklın görüşe göre borçlanma yasağının para ödöncü işlemiyle sınırlı olduğunun kabul edilmesi, düzenlemenin uygulama alanını gereğinden fazla daraltmak ve hükmün dolanılmasını kolaylaştırmak anlamına gelir. Bu nedenle şirketin pay sahibine teminat vermesi, pay sahibinin borçlarını devralması ve sorumluluğunu yüklenmesi işlemlerinin de borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesigerektiği savunulmuştur²²⁵. Gerçekten de, TTK m. 358'in kapsamına teminatların girmediği kabul edildiğinde, paysahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri lehine teminat verilmesi mutlak suretle yasaklanırken (TTKm. 395/2), pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi lehine teminat verilmesi 358. maddedeki sınırlamalara dahi tabi olmayacaktır. Böyle bir ayrımın ise hiçbir haklı sebebi bulunmamaktadır²²⁶.

Kanaatimizce de şirketin pay sahibine ödünç veremeyeceği hallerde, pay sahibinin borcunun ifa edilmeme riskinin üstlenilmesi suretiyle gayri-nakdi kredi verilebileceği kabul edilmemelidir. Bu nedenle, TTK m. 358 hükmündeki borç kavramının geniş yorumlanmasıyla kredilendirme amacı taşıyan diğer sözleşmelerin de yasak kapsamında değerlendirilmesi zorun-

²²³ Sözleşmede müteselsil sorumluluğun kaldırılmış olınası ihtimalinde dahi, asılborçludan alacağını tahsil edemeyen alacaklının şirkete başvurması mümkün olduğundan, şirketin paysahibinin borcuna kefil olınası TTK m. 358'in kapsamında değerlendirilmelidir.

²²⁴ Öğretide, teminat işlemlerinin borçlanma yasağının kapsamında düzenlenmesi gerektiği düşünölüyorsa, bu işlemlere TTK m. 358'de de yer verilmesi gerektiği belirtilerek, mevcut düzenlemenin tutarsızlık yarattığı savunulmuştur.Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 245.

²²⁵ Teminat verilnesi ve borçların devralınması işlemlerini borçlanma yasağı kapsamında değerlendiren bazı yazarlar bu sonuca yasağı geniş yorumlayarak (bkz. Hızırn, s. 234-236; GÜREL, s. 95,96; BoRA, s. 85), bazı yazarlar ise TTKm. 395/2 hükmünü kıyasen uygulayarak varmıştır [bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 492; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MA-NAVGAT), C. 1, s.683].Aksi yöndeki görüş için bkz. TAMER, s.106, 107.

²²⁶ GüREL, s. 95; Arucı/VEZİROĞLU, s. 110, 111.

ludur²²⁷. Ayrıca, muaccel sermaye koyma borcunu yerine getiremeyen ve bu nedenle şüpheli ödeme gücü olan pay sahibinin borçları için teminat verilmesi basiretli bir yönetim anlayışı ile de bağdaşmaz. Benzer şekilde, pay sahibinin tüm sermaye koyma borcunu ifa etmesine rağmen, şirketin finansal açıdan zor durumda olduğu hallerde de pay sahibi lehine teminat veremeyeceği kabul edilmelidir. Şirketin, pay sahibinin borcunu devralması ile pay sahibine borç vermesi ise esasen denk işlemlerdir. Bu nedenle, TTK m. 358'de açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen, pay sahibinin borcunun devralınması da hükmün kapsamında değerlendirilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, şirket bağlı malvarlığından teminat verilmesi aynı zamanda sermayenin iadesi yasağının da ihlali anlamına gelebilir. Yasağın ne zaman ihlal edildiği sorusu akla üç ihtimali getirmektedir: Teminatın verildiği an, teminatın paraya çevrildiği an ve şirketin sahip olduğu rücu talebinin karşılıksız kaldığı an. Konu tartışmalı olmakla birlikte kanaatimizce şirket bağlı malvarlığından verilen teminatın paraya çevrildiği an²²⁸ sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmiş olur. Aksi görüşe göre ise, şirket tarafından teminat verilmesi sermayenin iadesi yasağını ihlal etmez zira, şirketin lehine teminat verdiği pay sahibine karşı rücu hakkı vardır²²⁹. Ancak şirketin pay sahibine karşı sahip olduğu rücu hakkından doğan alacağı şüpheli olduğundan, bu şüpheli alacağın şirket için yeterli koruma sağladığı kabul edilememelidir²³⁰.

2. Finansal Yardım Yasağı ile Konunun Bağlantısı

Kanun'un yeni düzenlemelerinden biri olan TTK m. 380 hükmü, şirketin, paylarının iktisap edilmesi amacıyla üçüncü kişiye finansal destek sağlamasını yasaklamaktadır²³¹. Diğer bir ifadeyle, hedef şirket paylarının ile-

²²⁷ Bank.acılık mevzuatı uyarınca, gayrinakdi kredinin açıldığı anda kullanıldığı kabul edilir. Yani, bankanın gayrinakdi kredi taahhüdünde bulunması yeterlidir, yoksa kredinin nakde çevrilmesi kredinin kullanılmış sayılması açısından gerekli değildir. Bkz. ŞiT, Banka Kredisi, s. 140.

²²¹ ALTMEPPEN, GmbHG, § 30, N. 98; HoMMELHOFF, § 30, N. 35.

²²⁹ AR.ıciNEziRoĞLu, s. 114.

²³⁰ Ayrıntılı bilgi için, bkz. SEvi, s. 481-483.

²³¹ Halka açık ortaklıkların kendi paylarını satın alması veya rehin olarak kabul etmesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen Geri Alınan Paylar Tebliği'nin (03.01.2014 tarih ve

tisabı için gerekli finansmanın, o şirket malvarlığından temin edilmesi ya da şirket malvarlığının bu finansmana teminat gösterilmesi mümkün değildir.

Finansal yardım yasağı hakkındaki düzenlemede, ödünç veya teminat verilen kişi tanımlanmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir üçüncü kişi lehine finansal yardım sağlanması hükmün kapsamında bulunduğundan, bu kişi şirkette pay oranını artırmak isteyen mevcut pay sahibi de olabilir. İşte bu ihtimalde, borçlanma yasağı ile finansal yardım yasağı hakkındaki hükümlerin öncelik sırasının belirlenmesi gereklidir. Ancak hükümlerin birbirleri ile ilişkisinin açıklanmasına geçilmeden önce, Türk hukukunda ilk kez düzenlenmiş olan finansal yardım yasağı hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

a. Genel Olarak Finansal Yardım Yasağı

Finansal yardım yasağı ilk kez 1929 tarihli CA'da öngörülmüş, İngiltere'nin AB'ye üye olmasıyla düzenleme İkinci Yönerge taslağına alınmış ve böylece tüm AB üyesi ülke hukuklarına aktarılmıştır²³². Türk hukukunda ise finansal yardım yasağı ilk kez TTK m. 380 hükmü ile benimsenmiştir. Gerekçe'de, hükmün mehzazı olarak İkinci Yönerge gösterilmiştir²³³. Ancak, finansal yardım yasağına esneklik tanınması yönünde yapılan çalışmalar neticesinde, Yönerge 2006 yılında değişikliğe uğramış ve bu değişiklik korunarak, yasağı 2017/1132 sayılı Yönerge'nin 64. maddesinde

28871 sayılı RG) 2. maddesinde, paylarının satın alınması amacıyla ortaklığın veya bağı ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı konusu avans, ödünç ve teminat verilmesi olan işlemler de anılan tebliğin kapsamına alınmıştır.

²³² Hükmün kaynağı ve AB hukukunda konunun düzenlenişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜKUTAN NILSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 90 vd.; CAHN/DoNALD, s. 853; GRUNDMANN/GLASOW, s. 234; Aruci/VEZİROĞLU, s. 25-36; GÜREL, s. 11-20.

²³³ Ancak, 2017/ 1132 sayılı Yönerge sadece anılan işlemleri yasaklamışken, AktG § 71a paragrafında yasağı aykırılığın müeyyidesi butlan olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, hükmün esas itibarıyla mehzazı Alınan Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'dur. Bkz. ÜKUTAN NILSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 94, 95; GÜREL, s. 13, 25.

1.11 Finansal yardım yasağı hakkındaki kurallara esneklik kazandırılması ve makul seviyede izin verilmesi gerektiği yönünde Kıta Avrupası öğretisinde raporlar hazırlanmıştır. Bu konudaki en etkili çalışmalar SLIM ile Uzmanlar tarafından yapılmıştır. Anılan çalışmalarda, şirketin dağıtılabılır karından finansal destek sağlayabilmesine izin verilmesi önerilmiştir. Bu konuda bkz. SLIM, High Level Group, Modern Regulatory Framework, s. 85.

yer verilmiştir. Yönerge'nin 2006 değişikliğinden önceki düzenlemesi ise AktG § 71a hükmüne aktarılmış²³⁵ ve bu düzenleme TTK Komisyonu'nca da benimsenmiştir. Ancak, AktG § 71a hükmüne MoMiG ile eklenen üçüncü cümle nedeniyle²³⁶ anılan düzenlemeler ile TTK düzenlemesi arasında farklar bulunmaktadır.

2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 64. maddesi uyarınca, aşağıda sayılacak şartların sağlanması koşuluyla, bir şirketin hisselerinin iktisap edilmesi amacıyla üçüncü kişiye avans, ödünç veya teminat vermesine imkan tanınmıştır. Buna göre finansal destek sağlayan işlemler, şirketin yönetim kurulunun sorumluluğu altında ve adil piyasa koşullarında gerçekleştirilmelidir. İşlemi adil piyasa koşullarında gerçekleşip gerçekleşmediği ise şirketin elde ettiği menfaat ile şirkete sağlanan karşı teminatlar dikkate alınarak tespit edilecektir. Hükümde, şirketin finansal destek sağlamasından önce genel kuruldan, kurulda hazır bulunan oyların en azından üçte ikisinin olumlu oyu ile izin alması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, yönetim organının, işlemin amacı, şirketin işlemi gerçekleştirmedeki menfaati, işlemin tabi olduğu şartlar, işlemi şirketin likiditesi ve borçlarını ödeyebilme gücü bakımından oluşturduğu riskler ve üçüncü kişinin hisseler karşılık ödeyeceği bedel konusunda yazılı olarak bir rapor hazırlaması ve bu raporun genel kurula sunulduktan sonra ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gereklidir. Önemle belirtmek gerekir ki, finansal yardım niteliğindeki işleme izin verilebilmesi için bu işlemin şirket bağlı malvarlığını azaltıcı nitelikte olmaması gerekmektedir²³⁷. Buna göre, üçüncü kişilere sağlanan finansal yardım toplamı, şirketin net malvarlığının, şirketin esas sermayesi ile dağıtılamayacak yedek akçelerinin toplamından az olması sonucunu doğurmamalıdır. Bu hesaplama yapılırken, şirketin kendi adına veya hesabına aldığı hisseler karşılığında yapılan ödemeler neticesinde şirket malvarlığında oluşan azalmalar da dikkate alınmaktadır. Böylece, dağıtım yapılabilme şartının hükme bağlandığı bilanço testi burada da aranmış olmaktadır.

²³⁵ Hemen belirtmek gerekir ki, AktG § 71a hükmüne MoMiG'le son cümle eklendiğinde Kanun çalışmaları tamamlanmış olduğundan, aşağıda açıklanacak hükme TTK'da yer verilmemiştir.

²³⁶ Söz konusu üçüncü cümle uyarınca, yasak, hakimiyet sözleşmesi ile karın devri sözleşmesi kuran işlemlere uygulanmayacaktır. Ancak benzer bir düzenlemeye TTK m.380'de yer verilmemiştir.

²³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜREL, s. 14-20.

TTK m. 380/ 1 c. 1 uyarınca, paylarının iktisap edilmesi amacıyla, şirketin²³⁸ başka bir kişiyle yapbğı, konusu avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler babıdır. Söz konusu hüküm, şirketin kendi hisse senetlerini iktisap ve rehin olarak kabul etmesi hakkında genel prensibi düzenleyen TTK m.379'un hemen ardından, "*Kanuna karşı hile*" kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle kanun koyucunun meseleyi, TTK m. 379'da öngörülen sınırlamanın bertaraf edilmesi veya bu sınırın dolanılması amacıyla¹⁴⁰ bir üçüncü kişiye finansal destek sağlanması şeklinde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, kanun koyucu, şirketin kendi payını iktisap etmesi ile üçüncü kişinin gerçekleştireceği iktisabı finanse etmesi işlemlerini denk işlemler olarak kabul etmektedir:u'. Bu husus Gerekçe'de şu şekilde açıklanmaktadır: "*Birinci fıkra bir anonim şirketin, kendi paylarını başkasının, yani üçüncü bir kişinin satın alabilmesi için onu finanse etmesine, onu ödünç veya teminat vererek veya diğer araçlarla desteklemesine, ona yardımcı olmasına yönelik hukuki işlemleri batıl sayarak, 379 uncu maddenin etkisiz kalmasını ve dolanılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Hüküm bu türlü bir desteği, kendi paylarını (pay senetlerini) dolaylı olarak kendisinin alması şeklinde kabul etmektedir. Bu sebeple söz konusu işlemleri kenar başlı-*

²³⁸ Hükümün lafzından da anlaşılacağı üzere, avans, ödünç veya teminat verilmesi işlemlerinin geçersiz olması, bu işlemlerin şirket paylarının edinilmesi amacıyla gerçekleşmiş olmalarına bağlıdır. Bu noktada önemli olan, finansal destek oluşturan işlemle, pay iktisabı işlemi arasındaki işlevsel bağlantıdır. Nitekim TTK m. 380'in kısmen mehaı olan 1976 tarihli İkinci Yonerge'de de, "amacıyla" ifadesi yerine "bağılantılı" ifadesi kullanılmıştır. Şirketin verdiği finansal desteğin objektif olarak pay iktisabını sağlaması ve tarafların bu amaç doğrultusunda anlaşmış olmaları gereklidir. Yani, şirketin sağladığı finansal destek neticesinde paylarının edinileceğinin bilinmesi ve iktisabın gerçekleşmesi bu müeyyidenin uygulanması için gereklidir. Bkz. YANLI, Finansal Destek Yasası, s. 33.

²³⁹ Paysahibinin, hisseyi iktisap ettikten sonra, kendi payını rehnetmesi ise hükümün kapsamında değildir. Bkz. YANLI, Finansal Destek Yasası, s. 32; GüREL, s. 144.

¹⁴⁰ Hisselerin şirket adına veya hesabına iktisap edilmemesi sebebiyle TTK m. 379 hükmünde öngörülen yasağın dolanılmasının söz konusu olmadığı yönünde bkz. ÜKUTAN NILSSON, Finansal Yardım Yasası, s. 91. Ayrıca, kanun koyucunun bu varsayımına öğretilde yöneltile eleştiriler için bkz. YANLI, Finansal Destek Yasası, s. 30, 31. Ancak, üçüncü kişinin gerçekleştirdiği payedinimlerinin şirket tarafından finanse edilmesi sebebiyle, şirketin kendi hissesini iktisap etmesi hususunda dile getirilen sakıncalar burada da söz konusudur.

:iii YANLI, Finansal Destek Yasası, s. 31.

ğında kanunu dolanma olarak nitelendirmektedir."²⁰ Buna karşılık, TTK m. 380'de düzenlenen butlan müeyyidesinin uygulanması için şirketin kendi payını iktisap edebilmesi için aranan şartların ihlal ediliyor olması gerekli değildir²⁴³. Örnek vermek gerekirse, şirketin TTK m. 379'un maddenin izin verdiği %10'luk eşiği aşmayan miktarda pay iktisabı amacıyla finansal destek sağlanması da TTK m. 380 uyarınca yasaktır. Bir diğer ifadeyle, şirket TTK m. 379'da sayılan koşullara sahip olduğu için iktisabı kendisi gerçekleştirebilecekken, hisseleri kendisi iktisap etmeyip üçüncü kişinin iktisabını finanse etmek yolunu tercih ederse işlem yine batıl olacaktır.^{1,u} Dolayısıyla, hükmün uygulanması açısından, şirketin bu finansal desteği ne amaçla sağlamış olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Zira, hükümdeki işlemlerin pay edinimini finanse edici etkisinin bulunması yeterli kabul edilmektedir. Ayrıca, şirket tarafından sağlanan finansal desteğin, şirketi kayba uğratarak uğratmadığı ya da şirketin bu işleminden menfaat elde edip etmemesi de hükmün uygulanması açısından dikkate alınmaz.^{us}

Yasağa, kredi ve finans kurumları ile şirket ve bağlı şirket çalışanları lehine istisna tanınmıştı-²⁴⁶. Buna göre, yasak, kredi ve finans kurumlarının²⁴⁷ işletme konulan içine giren işlemlere²⁴⁸ ve şirketin, çalışanlarının pay edin-

^u Bkz. Gerekçe m. 380.

²⁴³ AİUCI/VEZİROĞLU, s. 106-109.

^u, Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 33. Finansal yardım yasağının, şirketin kendi payını iktisap yasağının dolanılması amacını taşımadığı yönünde ileri sürülen görüşler için bkz. GÜREL, s. 75-80. Söz konusu düzenleme nedeniyle, TTK m. 380'in, TTK m. 379 ve 381-383'de öngörülen sınırlamaların ötesinde başkaca sınırlamalar içerdiği belirtilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Mütalaalar XI, s. 139, 140.

^{us} OKUTAN NILSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 97; YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 31; GÜREL, s. 134, 135.

²⁴⁶ Hükmün mehazırı oluşturan AktG § 7 la hükmüne MoMiG ile bir istisna daha tanınmış ve söz konusu yasağın, hakimiyet sözleşmesi ya da karın devri sözleşmelerinin mevcut olması durumunda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Böylece sermayenin iadesi yasağı hükümleri ile paralel bir şekilde yasağa esneklik tanınmıştır.

²⁴⁷ Kredi ve finans kurumları lehine istisna tanınmasının sebebi, bu kurumların kredi verme koşulları ve verecekleri kredinin sınırları hakkında özel mevzuatlarında gerekli düzenleme bulunmasıdır. Bkz. OKUTAN NILSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 99. İstisnanın öngörülme sebebinin İkinci Yönerge'ye uyum sağlamak olduğu yönünde bkz. GÜREL, s. 212.

²⁴¹ Ancak, istisnanın söz konusu olabilmesi için, bir kredi ya da finans kurumunun paylan-

mesi amacıyla finansal destek sağlamasına uygulanmayacaktır. Burada söz konusu olan ilk istisnada hedef şirket, finans veya kredi kurumunun kendisidir. Bir başka deyişle, kredi ya da finans kurumu kendi paylarının edinilmesi amacıyla, işletme konusu içine giren bir işlem yapmakta, yani ödünç ya da teminat vermektedir. Yoksa, banka tarafından verilen krediye şirketin kefil olması istisna kapsamında değildir²⁴⁹. Lehine istisna tanınan ikinci grup ise, çalışanlardır. Pay sahibinin aynı zamanda şirket çalışanı olması halinde, bu kişinin TTK m. 380 hükmünde öngörülen istisnadan yararlanıp yararlanmayacağı, diğer bir söyleyişle, pay sahibi çalışana, şirket tarafından ödünç verilmesinin yasak kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu, konumuzla bağlantısı nedeniyle aşağıda açıklanmıştır.

Tanınan istisnaların geçerliliği ise, belirli şartların varlığına bağlıdır. Buna göre, istisnai işlemler finansal destek sağlayan şirketin, kanuna ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda bulunduğu yedek akçeleri azaltmamalı, yedek akçelerin harcanmasına ilişkin TTK m. 519 hükmünde sayılan kuralları ihlal etmemeli ve nihayet şirketin TTK m. 520'de öngörülen yedek akçeyi ayırmasını engellememelidir²⁵⁰.

b. Finansal Yardım Yasağının Borçlanma Yasağı ile Bağlantısı

Finansal yardım yasağı hakkındaki TTK m. 380 hükmünde, şirketin, kendi paylarının iktisabı için finansal destek sağlaması yasaklanırken, lehine

run edinimi için yapmış olduğu kredilendirme işleminin, diğer işlemlere nazaran avantajlı şartlarla gerçekleşmemiş olması gereklidir. Aksi takdirde bu işlemin, kredi veya finans kuruluşunun olağan işlemlerinden kabul edilip istisnadan yararlanması söz konusu olmayacaktır. Bkz. YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 37, 38; GÜREL, s. 214.

²⁴⁹Yasaklanan bu işlemde, banka tarafından sağlanan kredi geçerli, teminatın ise geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Bkz. YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 36; KENDİGELEN, Mütalaalar XI, s. 140.

²⁵⁰Gerekçe'de, şirketin yedek akçeyi fülen ayırmak zorunda olmadığı, sadece zihinsel bir hesap ile anılan şartların sağlandığının kontrol edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dikkat edileceği üzere, finansal yardım yasağına istisna tanınabilmesi için, yine, 2017/1132 sayılı Yönerge'de öngörülen bilanço testinin pozitif sonuç vermesi aranmıştır. Söz konusu düzenleme nedeniyle öğretide istisna tanınan şirketler yönünden TTK m. 379'da önö-rülen mali sınırlandırmalara dönüldüğü ifade edilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Mütalaalar XI, s.140.

yardım yapılan kişiler sınırlandırılmamıştır. Hükmün," *şirketin başka bir kişiyle yaptığı ... işlemler batıldır*" şeklindeki düzenlemesi nedeniyle, lehine finansal yardım sağlanan kişinin; mevcut pay oranını artırmak isteyen pay sahibi, pay sahibi olan ya da olmayan yönetim kurulu üyesi ya da müstakbel pay sahibi durumundaki bir üçüncü kişi olması mümkündür²⁵¹. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m. 380, *bir başkasının* şirkette pay iktisap etmesi amacıyla finansal destek sağlamasını yasakladığından, lehine finansal destek sağlanan kişi, çoğunlukla henüz paysahibi olmayan üçüncü kişi durumunda olacaktır. Bununla birlikte, sermaye artırım neticesinde, iştirak taahhüdünde bulunan pay sahibi lehine finansal destek sağlanmasının da TTK m. 380 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olduğundanm, pay oranını artırmak isteyen pay sahibi lehine şirketin finansal destek sağlaması halinde finansal yardım yasağının uygulama alanı ile pay sahibi ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümlerin kesiştiği görülmektedir. Zira, her iki halde de şirket tarafından ödünç veya teminat verilmesi söz konusudur. Finansal yardım yasağında konu iktisap amacı açısından düzenlenmişken, TTKm. 358 ve 395'teki yasak, kişi açısından öngörülmüştür.

TTK m. 380 özel hüküm olarak değerlendirildiğinde, şirketin, kendi paylarının iktisap edilmesi amacıyla pay sahibine ödünç vermesi batıl olacaktır. Bu açıdan, TTK m. 358'de aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmemesinin bir önemi olmayacaktır. Borçlanma yasağı hakkındaki hükmün özel düzenleme olduğu kabul edildiğinde ise şirket, TTK m. 358 hükmünde aranan koşulların sağlanması kaydıyla pay sahibine, paylarının iktisabı için finansal destek sağlayabilecektir.

²⁵¹ Hatta, TTK m. 380'in uygulanması açısından, işlemlerin pay iktisap edecek kişi ile yapılması da gerekli değildir. Örneğin, şirketin pay iktisap eden kişinin bankadan aldığı kredi için verdiği teminat da yasağın kapsamındadır. Bkz. GÜREL, s. 136.

²⁵² Nitekim, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de de sermaye taahhütlerinin hükmün kapsamında olduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. Yönerge m. 64/5: "*Wherea third party by means of financial assistance from a company acquires that company's own shares within the meaning of Article 60(1) or subscribes for shares issued in the course of an increase in the subscribed capital, such acquisition or subscription shall be made at a fair price.*" Gürel, hükmün doğru- dan uygulanması suretiyle değil, kıyas yoluyla sermaye taahhütlerinin yasak kapsamında değerlendirilmesi kanaatindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜREL, s. 121-129.

Kanaatimizce, şirketin pay sahibi ya da pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile paylarının edinimi amacıyla yaptığı, konusu, avans, ödünç veya teminat verilmesi olan hukuki işlemler TTK m. 380 hükmü uyarınca batıldır. Çünkü, TTK m. 380'in uygulanma alanı, sadece, hedef şirket paylarının iktisap edilmesi amacıyla finansal destek sağlanması hali ile sınırlıdır. Öte yandan, TTK m. 358 ve m. 395 uyarınca verilen ödünçün ya da kredinin ne amaçla sarf edildiği önem taşımamaktadır. Bu nedenle, TTK m. 380'nin, m. 358'e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu ve pay sahibine verilen ödünçün, TTK m. 358'de aranan şartları sağlayıp sağlamamasının hükmün uygulanması açısından bir önemi bulunmadığı kabul edilmelidir²⁵³.

TTK m. 380 hükmü bağlamında açıklanması gereken bir diğer mesele de finansal desteğin ne zaman verilmesi halinde yasağın söz konusu olacağıdır. Öğretide, finansal destek ile pay iktisabı işlemlerinin bağlantılı olması şartıyla, pay iktisabından sonra dahi verilen desteklerin hükmün kapsamında bulunduğu savunulmaktadır²⁵⁴. Nitekim bu husus, Gerekçe'de de açıkça ifade edilmiştir: *"Bunun bir anlaşmaya bağlanması gerekli olmadığı gibi, iktisap işleminin kredinin, avansın veya teminatın verilmesinden önce sağlanması veya sağlanmış olması da şart değildir, daha sonra elde edilen amaç uyumu da hükmün kapsamındadır. Yani iktisaptan sonra, amaç beraberliği sağlanarak yapılan ödemeler ile verilen teminatlar ve garantiler de doları gerçekleştirir."* Bir diğer ifadeyle, hükmün kapsamının belirlenmesinde kullanılacak kriter, işlemin yapılma zamanı değil, yapılma amacıdır. Finansal desteğin, pay iktisabından sonra -pay sahibine- verilmesi halinde de TTK m. 380 hükmü uygulanacağından, işlem, TTK m. 358'e uygun olsa dahi, yine, batıl olacaktır²⁵⁵.

Kural olarak, pay sahibinin finansal yardım yasağına tabi olduğu belirlendikten sonra bu kez, aynı zamanda şirket çalışanı olması halinde, finansal yardım yasağının istisnasından yararlanması ihtimali değerlendirilmelidir. Yani, şirketin, pay sahibi çalışanına, şirket hisselerinin iktisabı için ödünç vermesinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise TTK m. 358'deki şartların aranmasının gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.

²⁵³ AR.../VEZİROĞLU, s. 111, 112; GÜREL, s. 98.

²⁵⁴ Konu hakkındaki tartışma için bkz. ÜKUTAN NİLSSON, Finansal Yardım Yasağı, s. 97; YANU, Finansal Destek Yasağı, s.33; GÜREL, s. 205.

²⁵⁵ GÜREL, s. 206,207.

Öğretide savunulan bir görüş uyarınca, yönetim kurulu üyesi ile Murahhasların "çalışan" kavramı kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Zira, şirketin üst düzey yöneticileri ile yönetim kurulu üyeleri açısından istisnanın geçerli olduğunun kabul edilmesi, kaldırıcı devralma işlemlerinin bir alt türü olan *management buy-out*²⁵⁶ işlemlerinin yasağın kapsamı dışında kalmasına neden olur ki, bu sonuç TTK m. 380'nin amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, çalışanlar lehine tanınan istisnadan, aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri ile Murahhasların yararlanmaması kabul edilmelidir.¹⁷

Kanaatimizce, TTK m. 380'in lafzı ve gerekçesi, şirket çalışanının aynı zamanda pay sahibi olması durumunda, TTK m. 380'deki istisnanın geçerli olmayacağı yorumunun yapılmasına elverişlidir. Gerçekten de, hükmün gerekçesinde, finansal yardım yasağının kişi açısından kapsamı açıklanırken, "başka kişi" ibaresinin geniş anlamı olup, pay sahiplerini, yönetimde çalışanları, kurul üyelerini ve üçüncü kişiyi ifade ettiği, ancak, fıkranın ikinci cümlesinde sayılanların "üçüncü kişi"den istisna edildikleri belirtilmiştir. Bir diğer ifadeyle, şirketin, paylarının iktisap edilmesi amacıyla, "başka bir kişi" sayılan pay sahipleri, yönetimde çalışanlar, kurul üyeleri ve üçüncü kişi lehine finansman sağlamasının yasaklandığı vurgulanmıştır. Varılan sonucu, istisnanın öngörülme sebebi de desteklemektedir. Zira, çalışanlar lehine istisna tanınmasının sebebi, onların şirkete ortak olmalarının teşvik edilmesidir²⁵⁸. Bu nedenle, halihazırda ortak olan çalışanların yasağın kapsamı dışında kabul edilmesinin hükmün amacı ile bağdaşmayacağı ileri sürülebilir.

Kanaatimizce menfaatler dengesinin kurulabilmesi için TTK m. 380 ile m. 358 hükümlerinin amaca göre yorumlanması gerekir. Şöyle ki, uygulamada şirket çalışanlarına teşvik amaçlı hisse opsiyonu (*stock option*) tanınmaktadır. Bu opsiyonların kullanılması genellikle belirli süre içerisinde hedeflenen başarıya ulaşılması şartına bağlanmaktadır. TTK m. 380'de çalışanlar için öngörülen istisnadan mevcut pay sahiplerinin yararlanamayacağı kabul edildiğinde, şirket çalışanlarına sadece bir kez finansal destek sağlanabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Örneğin hedeflenen başarıya ulaşılması

²⁵⁶ *Management buy-out terimi*, hisselerin, hedef şirket yönetimi tarafından iktisap edilmesi için kullanılır. Bkz. CAHN/DONALD, s. 845.

²⁵⁷ Bkz. YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 38; GÜREL, s. 218.

²⁵¹ LUTTER/DRYGALA, Kölner Kommentar 2011, 7 la, N. 62.

hilinde şirket çalışanına ilk yılın sonunda %1, beşinci yılın sonunda %5 oranında hisse verilmesi kararlaştırıldığında şirketin sadece ilk edinim için çalışanına destek vermesi mümkün olacaktır. Bu sonuç ise, TTK m. 380'de öngörülen istisnanın amacına aykırıdır. Bu nedenle, çalışanın aynı zamanda pay sahibi olması hMinde TTK m. 380'de öngörülen istisnadan yararlanabileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte varılan bu sonuç, şirketin pay sahibi çalışanına TTK m. 358'deki şartlara tabi olmadan borç verebileceği anlamına da gelmemelidir. Zira, TTK m. 358 aslında çok istisnai hallerde borçlanmayı yasaklamakta ve kural olarak borçlanmaya izin vermektedir. Gerçekten de aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere²⁵⁹, borçlanma yasağı sadece şirketin bağı malvarlığından veya muaccel sermaye koyma borcunda temerrüde düşen paysahiplerine borç verilmesini yasaklamaktadır. TTK m. 358'de aranan finansal koşul zaten TTK m. 380'in istisnaları için de aranmaktadır. Çünkü, istisnai işlemlere, şirketin kanuna ve esas sözleşmesine göre ayırmak zorunda bulunduğu yedek akçeleri azaltmamak kaydıyla izin verilmiş ve böylece TTK m. 379'da öngörülen mali sınırlamalara dönülmüştür²⁶⁰. Anılan finansal koşul, borçlanmanın mümkün olması için aranan finansal koşulla denktir. Bu nedenle, TTK m. 358 özel hüküm olarak değerlendirildiğinde ilaveten aranacak tek şart pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ifa etmesidir. Kanaatimizce, TTK m. 380 ile amaçlanan koruma dikkate alındığında, şirketin muaccel sermaye borcunu ödemeyen pay sahibi çalışanına destek vermesi kabul edilmemelidir. Çünkü, TTK m. 380 ile öngörülen yasağın kural olarak uygulanması şirketin mali yapısından bağımsız olduğundan, bu yasak aslında TTKm. 358'e göre daha katı ve mutlaklıtır. Bu nedenle, TTK m. 358 hükmünün gerisinde bir koruma sağlanması hükmün amacına aykırı olacaktır²⁶¹.

Son olarak, şirketin pay sahibine TTK m. 358'de sayılan koşullara uygun şekilde ödünç vermesinden sonra, pay sahibinin aldığı ödünçü, üçüncü kişiye şirket paylarını iktisap etmesi amacıyla devretmesi ihtimalinde de TTK m. 380'in uygulanabileceğini belirtelim. Öğretide, finansal destek ya-

²⁵⁹ Bkz. İkinci Bölüm, IV, A ve B.

²⁶⁰ KENDİGELEN, Mütalaalar XI, s. 140.

²⁶¹ Aksi yönde bkz. AUCU/VEZİROĞLU, s. 55. Yazarlar, TTK m. 380'in, TTK m. 358'e nazaran özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle pay sahibi şirket çalışanlarının borçlanma yasağına tabi olmadıklarını savunmaktadırlar.

sağı ile korunmak istenen şirket malvarlığı olduğundan, ödünç alan hissedar ile müstakbel pay sahibi arasındaki işlem değil, şirket ile pay sahibi arasında yapılan işlemin batıl olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶¹. Gerçekten de, finansal yardım yasağı nedeniyle, şirketin pay iktisap edecek üçüncü kişi yerine pay sahibine ödünç vermesi ve bu pay sahibinin verilen ödünç bir üçüncü kişiye devretmesi kanuna karşı hile teşkil edeceğinden, ilk işlemin batıl sayılarak şirket malvarlığının korunması gereklidir.

3. Şirketin Kendi Hisselerini İktisap Etmesi ile Konunun Bağlantısı

Şirketin kendi payını iktisap etmesi çoğu kez²⁶³, paysahibi ile şirket arasında, konusu şirket paylarının devri olan bir satım sözleşmesi neticesinde gerçekleşir. Busözleşmede hissedarın borcu, sahibi olduğu payın mülkiyetini şirkete geçirmek iken, şirketin borcu da satım bedelini ödemektir. Çalışmada, borç kavramı dar yorumlanmış ve hükmün kapsamının para ödünç ile kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemlerle sınırlı olduğu savunulmuştur. Ancak yukarıda açıklandığı üzere²⁶⁴, öğretilde, TTK m. 358'de düzenlenen borçlanma yasağında borç kavramını geniş yorumlayarak, pay sahibinin borçlanmasına sebep olan tüm tam iki taraflı sözleşmeleri hükmün kapsamında değerlendiren görüşler bulunmaktadır. Bu nedenle, borç kavramının geniş yorumlanması ve mülkiyeti devir borcunun hükmün kapsamında değerlendirilmesi halinde, şirketin kendi payını iktisap etmesi hakkında öngörülen düzenleme ile borçlanma yasağı hakkındaki hükmün öncelik sırasının belirlenmesi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, şirketin finansal durumunun TTK m. 358'de aranan ölçüde olmaması ya da paysahibinin muaccel sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş olması halinde dahi, TTK m. 379 ve devamındaki maddelerin özel hükümler olarak kabul edilip uygulanmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.

²⁶² YANLI, Finansal Destek Yasağı, s. 34.

²⁶³ İskat, külli halefiyet kurallarının uygulanması, hisselerin cebri icradan satın alınması ve esas sermaye azaltımı sebepleriyle de şirketin kendi payını iktisap etmesi mümkündür. Ancak konumuzla ilgisi açısından sadece hisse satım sözleşmesi neticesinde şirketin kendi payını iktisap etmesi incelenmiştir.

TM Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 1.

Kanunun 379. maddesi eTK m.329'dan farklı olarak, şirketin, sermayesinin %10'unu aşmayan oranda hissesini ivazlı iktisap etmesine izin vermiştir. Yeni hüküm, İkinci Yönerge'ye uyum sağlamak amacıyla öngörülmüştür ve düzenlemenin kaynağını 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 60. maddesi oluşturmaktadır²⁶⁵. TTK ın. 379 uyarınca şirketin kendi payını iktisap edebilmesi için, genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi ve yetkilendirme kararında, iktisap edilecek payların toplam itibari değerleriyle, söz konusu paylara ödenebilecek bedelin alt ve üst sınırının gösterilmesi gereklidir²⁶⁶. Ayrıca, şirketin kendi kendisine borçlanmasını engellemek amacıyla²⁶⁷, sadece bedeli tamamen ödenmiş payların iktisap edilmesine izin verilmiştir. Son olarak, iktisap edilecek payların bedellerinin şirketin bağlı malvarlığı²⁶⁸ (sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamı) aşan net aktifinden karşılanması zorunludur²⁶⁹.

Hükümlerin uygulama alanlarının tespiti için öncelikle iki hükümde aranan koşulların paralellik oluşturup oluşturmadıkları belirlenmelidir. Zira, hükümlerde aranan şartların birbiri ile çelişmemesi halinde, hangi hükmün özel hüküm olarak kabul edilip öncelikle uygulanacağı sorusu anlamını yitirir. Çalışmanın konusunu, paysahibinin borçlanma yasağı oluşturduğundan

²⁶⁵ Kanun'un hazırlık aşamasında İkinci Yönerge'de değişiklik yapılması yönünde çalışmalara yeni başlandığından, Adalet Komisyonunca benimsenen hükümde değişiklik yapılmış ve hükmün yeni yönerge taslağına uyum sağlaması amaçlanmıştır (Karş. 77/91 sayılı İkinci Yönerge m. 19). Ancak belirtmek gerekir ki, TTK düzenlemesinin yagane kaynağı İkinci Yönerge değildir. Anılan yönerge yanında, Alman ve İsviçre hukuku düzenlemelerinden de istifade edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 312-317.

²⁶⁶ Kanaatimizce, payların iktisap bedeli için net bir rakam öngörülme yerine, bedelin belirlenebileceği bir formülün de yazılabileceği kabul edilmelidir. Örneğin, bağımsız dört değerlendirme şirketinin belirleyeceği piyasa değeri, EBITDA'nın belirli bir oranı gibi.

²⁶⁷ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 271. Bu koşul önemlidir zira, alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesi borcu sona erdiren hallerdendir.

²⁶⁸ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 271.

²⁶⁹ TTK m. 381 hükmü yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için gerekli olduğu takdirde, şirketin TTK m. 379'da öngörülen, genel kurulun yetkilendirme kararı bulunmadan şirketin kendi paylarını iktisap etmesine izin vermiştir. Ancak buradaki istisna sadece yetkilendirme kararına ilişkindir. Yani, bu hüküm uyarınca pay edinimi için yine, pay bedellerinin ödenmiş ve şirketin net aktifi korunmuş olması gereklidir.

şirketin kanuna uygun olarak kendi payını iktisap ettiği hillerde TTK m. 358'deki koşullara aykırılık olması ihtimali araştırılmıştır.

Bilindiği üzere, TTK m. 379 sadece bedellerinin tümü ödenmiş payların iktisabına izin vermektedir. Halbuki, pay bedellerinin tamamı ödenmemiş olmakla birlikte, bakiye sermaye koyma borcunun muaccel olmaması durumunda, TTK m. 358 uyarınca paysahibinin borçlanması mümkündür. Zira, TTK m. 358 sadece, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmemiş olması halinde borçlanmayı yasaklamıştır. Dolayısıyla, henüz muaccel olmayan sermaye borcu bulunması durumunda dahi pay sahibi şirkete borçlanabilecekve fakat şirket bu payları iktisap edemeyecektir. Sermaye borcunun ifasına ilişkin olarak, TTK m. 379'un m. 358'e nazaran kabir kural ihdas etmesi sebebiyle, şirketin hukuka uygun olarak kendi payını iktisap etmesi halinde TTK m. 358'de aranan ilk koşulun ayrıca kontrol edilmesine gerek yoktur.

İkinci olarak, TTK m. 379'da öngörülen şirketin finansal durumuna ilişkin kural ile TTK m. 358'de aranan finansal koşulun karşılaştıması yapılmalıdır. TTK m. 379 uyarınca, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra kalan şirket net aktif, en az sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır. Ancak, TTK m. 379'da, hükümde aranan finansal koşulun sadece iktisap öncesinde karşılanması yeterli görülmemiş ve iktisap edilecek paylar için ödenecek tutar düşüldükten sonra da şirket net aktifinin korunması aranmıştır. TTK m. 358'de ise borçlanma sonrasında da hükümde aranan finansal durumun korunması gerektiğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, çalışmada şirketin ancak serbest malvarlığı tutarında borç verebileceği savunulduğundan, TTK m. 358 ile m. 379 uyarınca korunan değerin aynı olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu görüşün kabul edilmemesi halinde ise TTK m. 379 düzenlemesi, şirket net aktifini daha ileri düzeyde koruduğundan, şirketin kanuna uygun olarak kendi payını iktisap ettiği hillerde, borçlanma yasağında öngörülen finansal koşulun ihlal edilmesi zaten söz konusu olmayacaktır.

Sonuç olarak, TTK m. 358 hükmünde düzenlenen borçlanma yasağında borç kavramının geniş yorumlanması ve mülkiyeti devir borcunun hükmün kapsamında değerlendirilmesi halinde dahi, paysahibinin TTK m. 379 hükmü nedeniyle paylarının mülkiyetini şirkete geçirme borcu, TTK

m. 358 hükmünü ihlal etmeyecek niteliktedir. Zira, pay bedellerinin tümü ödenmiş payların, şirket net aktifine zarar vermeden iktisap edilmesi borçlanma yasağı uyarınca aranan şartları sağlamaktadır²⁷¹¹.

Son olarak, Kanun'un 382. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen hallerin varlığında şirket, TTK m. 379'da belirtilen şartlarla bağlı olmaksızın kendi paylarını iktisap edebileceğinden, söz konusu hüküm uyarınca gerçekleşen iktisaplar, borçlanma yasağı açısından değerlendirilmelidir.

TTK m. 382 hükmü uyarınca, şirket, esas sermayesini azaltarak, külli halefiyet kuralları ya da kanuni satın alma yükümlülüğü gereği veya alacağı-

²⁷¹¹ Konunun, aşağıda ayrıntılı olarak tartışılmış olan, sermayenin iadesi yasağı ile ilişkisinin de belirlenmesinde fayda vardır. Zira, şirket, kendi hisse senedini satım yoluyla iktisap ederken, pay sahibine bu hisseleri karşılığında ödeme yaptığından, yapılan ödeme sermayenin pay sahiplerine geri ödenmesi niteliğindedir. Bkz. A.NsAY₁ s. 267; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 55; ÇELİKTAŞ, s. 135. Ancak, kanuna uygun olarak iktisap edilen hallerin yasağın istisnasını oluşturduğu, AktG § 57 düzenlemesinde olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, kabul edilmelidir. Hemen belirtmek gerekir ki, sermayenin iadesi yasağı ile korunan değer in içeriğine ilişkin tartışma bulunmaktadır. Savunulan görüşlere göre, bu değer in, (i) sermaye, (ii) sermaye ile yedek akçelerden oluşan bağlı malvarlığı ve (iii) tüm malvarlığı olduğu yönündedir. Sermayenin iadesi yasağı ile korunan değer in sermaye ya da bağlı malvarlığı olduğu kabul edildiğinde, TTK m. 379'a uygun şekilde şirket in kendi payını iktisap etmesi, iktisabın net aktifi aşan bölümden yapılması sebebiyle, hiçbir zaman yasağı ihlal etmez. Ancak, yasağın, AktG § 57 hükmüne paralel şekilde, tüm malvarlığını koruduğu kabul edildiğinde, iktisabın şirket net aktifinden ödenmesi halinde dahi, ödenen değer in gerçek değer in üzerinde olması durumunda sermayenin örtülü şekilde pay sahiplerine iade edildiği sonucuna varılacaktır. Kanunun yasakladığı suretle, diğer bir ifadeyle, net aktif korunmadan, şirket in kendi payını iktisap etmesi ise her halükarda sermayenin geri ödenmesine sebep olacaktır. Bilindiği üzere, eTK m. 329'da sayılan istisnalar dışında, şirket in paylarını iktisap ya da rehin olarak kabul etmesi sonucunu doğuran sözleşmeler in hükümsüz olacağı hükme bağlanmakta idi. Buna karşılık TTK m. 385, kanuna aykırı şekilde iktisap edilen payların iktisap ya da rehin olarak kabul edilmesi halinde uygulanacak müeyyideyi iktisap tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılması ya da Üzerlerindeki rehin kaldırılması şeklinde düzenlemiştir. Ancak, belirtmek gerekir ki, hükümde aranan finansal koşul sağlanmadan iktisabın gerçekleşmesi, bağlı malvarlığının pay sahiplerine ödenmesi anlamını taşır ki, bu durumda sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla, TTK m. 385'te belirtilen müeyyide ile 480. madde uyarınca söz konusu olan iade borcunun kümülatif olarak uygulanması gereklidir. Kanuna aykırı şekilde şirket in kendi payını iktisap etmesi halinde, AktG § 71/4 hükmüne paralel şekilde, bu iktisabın geçerli; borçlandırıcı işlemin geçersiz olduğu yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması öğretide eleştirilmiştir. Bkz. AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 312-314.

nın tahsili amacıyla bedellerinin tümü ödenmiş payları cebri icradan alarak. kendi payını iktisap ediyorsa, yahut şirket bir menkul kıymetler şirketi ise, TTK m. 379'da sayılan şartlarla bağlı değildir. Böylece örneğin şirketin, birleşme veya bölünme yoluyla kendi payını iktisap etmesi halinde de paylar, şirket net aktifi korunmadan ya da pay bedelleri ödenmeden iktisap edebilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, kanun koyucu şirketin kendi payını iktisap etmesi konusunda usulü belirlerken, şirket sermayesini koruyucu mekanizmalar öngörmüş ancak TTK m. 382 hükmündeki istisnai hallerde anılan kurallardan ayrılmaya izin vermiştir. Dolayısıyla, TTK m. 382 hükmü borçlanma yasağına nazaran özel hüküm kabul edilmeli ve şirket kendi payını TTK m. 382 kapsamında iktisap ederken TTK m. 358 hükmünde belirtilen şartların sağlanması aranmamalıdır.

4. Kuruluştan Sonra Devralma (Kanuna Karşı Hile) Meselesi ile Konunun Bağlantısı

Yukarıda açıklandığı üzere, şirketin kuruluşu ve sermaye artırımı sırasında aynı sermaye getirilmesi hakkında özel düzenlemeler mevcuttur. Kurucuların ve/veya paysahiplerinin kanunun öngördüğü bu özel düzenlemelerden kaçınmak amacıyla, kuruluşta şirkete aynı sermaye getirmek yerine, şirketin kuruluşundan kısa bir süre sonra bu malvarlığı değerini şirkete devretmeyi tercih etme ihtimaline karşı TTK m. 356 hükmü ihdas edilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, şirketin tescilinden itibaren ikiyıl içerisinde²⁷¹,

²⁷¹ Bu konuda tartışılması gerekli önemli bir husus da, özellikle sermaye artırımı neticesinde şirkete ortak olacak üçüncü kişinin aynı sermaye taahhüt etmesi yerine, bu aynı sermaye artırımından kısa bir süre önce şirketçe iktisap edilmesi ve satım bedelinin şirkete nakdi sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde hükmün uygulanıp uygulanmayacağıdır. Sermaye artırımlarında kuruluşla ilişkin kıyasen uygulanacak hükümlerin belirtildiği TTK m. 456 ve 459 hükümlerinde, TTK m. 356'ya atıf yapılmamıştır. eTK'da ise, sermaye artırımlarında kuruluşla dair kıyasen uygulanacak hükümler eTK m. 392 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükümde, "*Hususiyle para sermayesinin dörtte birinin yatırılmasına ait hüküm ile ayın nev'inden bir sermayenin konması, malların devralınması ve halinde*" kuruluşla ait hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Öğretide anılan hükmün sermaye artırımlarında da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), 2010, N. 510. Kanun'un, kıyasen uygulanacak hükümlerin tespitinde genel prensibi belirtmek yerine, açıkça madde numaralarına atıf yapması sebebiyle, TTK m. 356'nın uygulanmamasının amaçlandığı savunulabilir. Ancak kanaatimizce, kanunun korumaya çalıştığı menfaat gözetilerek, açıkça atıf yapılmasına rağmen, sermaye artı-

sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında bir işletme ya da ayının devralınması veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Ayrıca hükmünde, anılan sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dahil, her türlü tasarrufun geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Ortaklık tarafından kuruluştan sonra devralınacak veya kiralanacak tüm malvarlığı unsurlarının istisnasız bir şekilde hükmün kapsamında olmasının şirketin ticari faaliyetlerini sürdürmesine engel oluşturabileceği düşüncesiyle hükme istisna tanınmış ve şirketin işletme konusunu oluşturan iktisaplar ile cebri icra yoluyla edinilen ayın ve işletmeler saklı tutulmuştur.

Hemen belirtmek gerekir ki, hükmün öngörülme sebebi, kuruluştan aynı sermaye taahhüdünde bulunmak isteyen pay sahibinin, hükmün zorunlu kıldığı yasal prosedürü dolanmak amacıyla, şirketin kuruluşundan kısa süre sonra -muhtemelen bilirkişinin değerleyeceğinden yüksek bir bedelle- söz konusu aynı şirkete devretmesinin engellenmesidir²⁷². Bu gerekçe dikkate alındığında işlemin karşı tarafının kurucular ile pay sahipleriyle sınırlandırıl-

nmından itibaren ilci yılı içinde şirketin mevcut ya da müstakbel "paysahibinden" iktisap edeceği ayın ve işletmelere TTK m. 356'da öngörülen usulün uygulanması gereklidir. Yanlan bu tespitin bir diğer sonucu olarak, illiyet bağının kurulabilmesi şartıyla, sermaye artırımından kısa bir süre önce şirketin iktisap ettiği ayın ve işletmelerin de kamına karşı hile oluşturacağı kabul edilmelidir. Kaldı ki, TTK m. 356 hükmünün sermaye artırımının tescilinden itibaren iki yıl içinde iktisap edilen aylara kıyasen uygulanmayacağı kabul edilse dahi, sermaye artırımından kısa bir süre önce şirkete bir malvarlığı devreden üçüncü kişinin sermaye artırımını ile şirkete ortak olması, aynı sermaye taahhüdü hakkındaki hükümlerin dolanılması anlamına gelecektir. TTK m. 356 hükmünün sermaye artırımlarına uygulanmayacağı yönünde bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 361.

²⁷² ÜLGEN, s. 15, 16. Alman limited şirketler hukukunda MoMiG değişikliğinden önce, açık kanun hükmü bulunmamasına rağmen, mahkemeler, aynı sermaye hükümlerini dolanmak maksadıyla sermaye koyma borcunu nakit olarak yerine getiren ve şirketin kuruluşundan bir süre sonra, sahibi olduğu bir malvarlığı değerini şirkete devreden pay sahibinin sermaye taahhüdünü yerine getirmemiş olduğuna hükmetmekte ve yapılan sözleşmeyi geçersiz saymaktaydı. Bu halde pay sahibinin, taahhüdünün tamamını yeniden ifa etmesi gerekmektedir. Her ne kadar pay sahibi, devretmiş olduğu ayın iadesini talep etme hakkını haiz olsa da, şirketin iflas etmesi halinde öncelikli alacaklılar yüzünden alacağına kavuşamama riski bulunmaktaydı. MoMiG değişikliği sonrasında ayın devrini içeren sözleşme tamamen geçersiz sayılmayıp pay sahibinin, sadece şirketin iktisap ettiği malvarlığının gerçek değeri ile sermaye borcu arasındaki farkı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (GmbHG § 19/4). Bkz. KORTUNAY, s. 327, 328; AYDOĞAN, MoMiG, s. 406-408.

ması¹¹³ tercih edilebilirdi¹. Bu öneri bir yana, olan veya olması gereken hukuk bakımından hükmün, pay sahibinin, sahibi olduğu ayın ya da işletmeyi tescilden itibaren iki yıl içinde şirkete devretmesini ya da kiralamasını konu aldığı hususunda kuşku yoktur. İşte bu noktada, TTKm. 358'in işlem açısından kapsamının geniş yorumlanması halinde borçlanma yasağı ile kanuna karşı hile hakkındaki hükümlerin uygulama alanları kesişmektedir. Zira, yukarıda tartışıldığı üzere öğretide bazı yazarlar, borçlanma yasağının kapsamına tilin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin girdiği görüşündedir. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, TTK m. 356'nın kapsamına giren bir devir işleminde şirketin borcu, iktisabı karşılığında satım bedelini ödemek iken pay sahibinin borcu da devrettiği malın mülkiyetini şirkete geçirmek olacaktır. Diğer bir ifadeyle TTK m. 356 hükmünün kapsamına giren bir işlem nedeniyle pay sahibi şirkete borçlanmış olacaktır.

Borçlanma yasağının, kanuna karşı hile düzenlemesine göre özel hükmün olarak kabul edilmesi halinde, şirketin TTK m. 358 hükmünde aranan finansal yeterliliğe sahip olmaması durumunda, tescilden itibaren iki yıl içinde pay sahibinin şirkete bir işletme veya aynı devredemeyeceği ya da kiralayamayacağı sonucuna varılacaktır. Diğer bir deyişle, TTK m. 358'in aradığı finansal koşulun, şirket ile paysahibi arasında yapılan ve TTK m. 356 hükmü kapsamına giren tilin işlemlerde yerine gelmesi aranacaktır. Benzer

²⁷³ AktG'de ise 2000 yılında yapılan değişiklikle, hükmün karşı tarafı kurucular ile sermayenin en az %10'unu haiz pay sahipleri ile sınırlandırılmıştır. Bkz. SEvi, s. 305. Benzer şekilde, 2017/1132 sayılı Yönerge'nin 52. maddesinde düzenlenen kuruluştan sonra devralma hükmü sadece şirketin Yönerge'nin 4. maddesinde belirtilen kişilerden bir malvarlığı değeri alması halinde uygulanacaktır. Bu kişiler ise, şirket sözleşmesini imzalayan gerçek ya da tüzel kişi kurucular olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte Yönerge, üye ülkelere hükmün "*herhangi bir üçüncü kişi*" ile yapılan sözleşmelere uygulanması konusunda düzenleme yapma yetkisi tanımıştır (m. 52/1).

²⁷⁴ AYDIN, Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi, s. 162. Ancak, belirtmek gerekir ki, kanunun dolanılmasını engellemek amacı taşımasa da, şirket esas sermayesinin önemli bir bölümünün harcanmasının denetime tabi tutulması, sermayenin korunması amacına yönelik olduğundan hükmün yerindeliği savunulabilir. Aynca, kurucuların ilişkili olduğu kişiler aracılığı ile kanunu dolanmalarını engellemesi açısından da hükmün kapsamının geniş tutulmuş olduğu kabul edilebilir. Gerçekten de öğretide, hükmün hem ayni devralma hem de ayni sermaye taahhüdü hükümlerini bertaraf etme amacını güden örtülü kuruluşları önlediği ifade edilmiş ve mevcut düzenlemenin sermayenin korunması, menfaatlerin bağdaştırılması ve kamuyu aydınlatma ilkelerine dayandığı belirtilmiştir. Bkz. ÜLGİN, s. 17-27.

şekilde, TTK m. 356 hükmü kapsamında şirketin pay sahibinden ayın ya da işletme devralabilmesi için, paysahibinin ödenmemiş muaccel sermaye borcu bulunmaması gerekecektir. Halbuki bilindiği üzere, Kanun'un 344'üncü maddesi uyarınca, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, bakiye ise, şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenir. Kanun, yasanın öngördüğü asgari oranın yükseltilmesine ve bakiye sermaye borcunun iki yıllık azami süreden önce muaccel hale getirilmesine izin verdiğinden, sermaye koyma borcunun iki yıllık süre dolmadan muaccel hale gelmesi ve pay sahibinin muaccel sermaye borcunu ödemedede temerrüde düşmesi mümkündür.

TTK m. 356 hükmü esas itibariyle borcun konusu, m. 358 hükmü ise borcun tarafı açısından bir düzenleme yapmıştır. TTK m. 356 hükmü, tarafı pay sahibi ile sınırlı olmayan tüm iktisap ve kiralamalar için koruyucu bir mekanizma öngörmüştür. Gerçekten de, iktisap veya kiralamanın genel kurulda ağırlaştırılmış nisapla onaylanması ve edinilecek ya da kiralanacak ayın ve işletmenin mahkeme bilirkişisi tarafından değerlendirilmesi ve nihayet sözleşme ile genel kurul kararının ticaret siciline tescil edilmesi prosedürü, şirket sermayesi ve malvarlığının korunması açısından yeterli kabul edilmeli ve TTK m. 358 hükmündeki koşullar ayrıca aranmamalıdır. Bu nedenle, çalışmada savunulan görüşün aksine, borçlanma yasağının kapsamı geniş yorumlanıp, tüm tam iki taraflı sözleşmeleri kapsadığı sonucuna varılsa dahi, TTK m. 356, TTK m. 358'e nazaran özel hüküm olarak kabul edilmelidir. Böylece, TTK m. 356 uyarınca aranan usuli işlemlerin yerine getirilmesi şartıyla, ayrıca 358. maddedeki koşullar aranmamalıdır.

İV. BORÇLANMA YASAĞININ ŞARTLARI

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde TTK m. 358'in uygulama alanı daraltılmış ve ancak hükümde sayılan iki halden birinin varlığında borçlanma yasaklanmıştır. Bu haller, pay sahibinin muaccel sermaye borcunu ifa etmemesi ve serbest yedek akçeler ile karın zararları karşılayamamasıdır. Yani şirket ancak bu iki halden birinin varlığında pay sahibine borç veremeyecektir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, şirketin pay sahibine borç verebilmesi için, pay sahibinin hem muaccel sermaye borcunu

ifa etmiş olması, hem de şirketin serbest yedek akçeler ile karının geçmiş yıl zararlarını karşılıyor olması gerekir.

Bununla birlikte çalışmada ayrıca, Kanun'da sayılan bu iki şartın dışında bir üçüncü şartın aranmasının gerekip gerekmediği araştırılmıştır. Söz konusu üçüncü şart, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde *"emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi'l* olma şeklinde ifade edilen, borçlanma işleminin piyasa koşullarına uygun şekilde yapılması şartıdır. Benimsenen yeni hükümde, anılan şartın zikredilmemesine rağmen, bu koşulun gerekliliği özellikle sermayenin korunması ve eşit işlem ilkeleri çerçevesinde tartışılmıştır.

Yasağın istisna, borçlanmanın kural olarak serbest olması, hüküm ile pay sahiplerine bir tür malvarlıksal hak tanıdığı şeklinde yorumlanamaz. Diğer bir söyleyişle, hükümdeki şartların sağlandığı her halde paysahibinin şirkete borçlanmayı talep etmesi mümkün değildir. Zira, gerek hükmün *"Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı"* şeklindeki kenar başlığı gerek maddenin kaleme alınış biçimi, pay sahibinin şirketten bir talep hakkı bulunmadığını teyit edici niteliktedir. Bu bağlamda hükümde belirtilen şartların varlığına rağmen borç vermek konusunda yönetim kurulunun, eşit işlem ilkesine riayet etmek şartıyla, takdir hakkı bulunmaktadır.

Hükmün, pay sahiplerine bir hak tanımamasının diğer bir sonucu da, borçlanmanın şartlarının ağırlaştırılabilmesi ve hatta tamamen yasaklanabilmesidir²⁷⁵. Kanaatimizce, varılan bu sonuç TTK m. 340 hükmünde düzenlenen emredici kurallar ilkesi ile de uyumludur. Diğer bir söyleyişle, bu yönde bir düzenleme yapılmasına TTK m. 340'ın engel olmadığı kabul edilmelidir. Şirkete borçlanabilmenin kanuni bir müktesep hak olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, esas sözleşme düzenlemesi ya da genel kurul kararı ile yasağın şartlarının ağırlaştırılması veya borçlanmanın tamamen yasaklanmasına pay sahipleri itiraz edemezler. Bu nedenle, borçlanma yasağı hükmünün nisbi emredici olduğu, diğer bir söyleyişle, aşağıda açıklanacak şartların hafifletilemeyeceği ve fakat ağırlaştırılabileceği sonucuna varılmalıdır.

²⁷⁵ Aynı yönde, Hızrn, s. 240.

A. Pay Sahibinin Muaccel Sermaye Borcunu İfa Etmemesi

TTK m. 358 uyarınca, borçlanma yasağının söz konusu olacağı ilk hil, ortağın sennaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmemesidir. Kanunî, vadesi gelmiş borçların ifa edilmemiş olmasını yasak kapsamında değerlendirmiş ve fakat sermaye koyma borcunun tamamen ifasını zorunlu tutmamıştır²⁷⁶. Bu açıdan borçlanma yasağı, kural olarak, pay sahibinin şirketten aldığı ödünç ile sermaye koyma borcunu ifa etmesini engellememektedir. Örneğin, şirketin kuruluş esas sözleşmesinde, sermayenin ¼'ünün ödendiği ve bakiyenin de 24 ay içinde ödeneceği belirtilmiş olsun. Yönetim kurulu tarafından, 10 aysonra yapılan apelde bakiye borcun 1 ay içinde ödenmesi belirtildiğinde, tanınan vadeden önce sermaye borcu muaccel olmadığından, pay sahibinin sermaye taahhüdünü, şirketten borç olarak ödemesi mümkündür²⁷⁷.

Öte yandan, sermaye artırımını neticesinde doğan sermaye borcunun şirketten alınan bir ödünçle ödenmesi mümkün değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 380 hükmü şirketin, pay sahibi dahil bir üçüncü kişiye, hisselerinin iktisabı için ödünç vermesini yasaklamaktadır. Çalışmada savunulduğu üzere²¹⁸, borçlanma yasağının müstakbel pay sahiplerine uygulanması mümkün olmadığından, rüçhan haklarının kısıtlanması sonucu sermaye artırımına katılan üçüncü kişiye şirketin ödünç vermesi ihtimalinde²⁷⁹ zaten 358. madde uygulanmayacak, ancak pay iktisabı amacıyla ödünç verilmesine TTK m. 380 hükmü engel olacaktır.

²⁷⁶ Bu nedenle anılan düzenlemenin koruyucu nitelikte olmadığı öğretide ifade edilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 244; POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), I, N. 512e.

²⁷⁷ Alman anonim ortaklıklar hukukunda 2009 yılında yapılan değişiklikte, şirketin pay taahhüt eden kişiye, şirket malvarlığını kullandırmasına izin verilmiştir. AktG § 27 hükmüne eklenen 4. fıkra uyarınca, pay taahhüdünde bulunan kişiye, pay taahhüdünden önce ya da sonra ödünç verilmesi mümkündür. Bkz. Gesetz zur Umsetzung der Aktionarsrechtrichtlinie (BGBl 4.8.2009, s. 2479 vd.). Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYER, AktG Schmidt/Lutter AktG, § 27, N. 110.

²⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm, III, A, 1, b.

²⁷⁹ Pay taahhüdünde bulunan kişinin, şirkette halihazırda pay sahibi olmaması ihtimalinde ise ancak, TTKm. 480/3 ile m. 380 hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. GüREL, s.128, 129.

Kanaatimizce, mevcut pay sahibinin sermaye artırımını neticesinde oluşan yeni payları iktisap etmesi amacıyla şirketten ödünç alması da TTK m. 380 hükmü uyarınca mümkün değildir²¹⁰. TTK m. 380'in özel hüküm niteliğinde olması sebebiyle, bu ihtimalde pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcu bulunup bulunmamasının ise bir önemi yoktur. Bu durumda örneğin, genel kurulda sermaye artırım kararı alabilecek çoğunluk pay sahibinin, bu karar alınmadan şirketten ödünç alması ve taahhüdünü aldığı borç ile ödemesi kabul edilemez.

Hükmün 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki düzenlemesinde, pay sahibinin iştirak taahhüdünden doğan borcu dışında şirkete borçlanması yasaklanmaktaydı. Değişiklik ile söz konusu istisnaya yer verilmemesine rağmen, aynı sonucun kabul edilmesi gereklidir²¹¹. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, hükümde, sermaye koyma borcunun tamamen ifa edilmesi aranmamıştır. Bu nedenle, örneğin, sermayenin taksitler halinde ödenmesinin kararlaştırılması ihtimalinde, ilk taksiti ödemede temerrüde düşen paysahibi, şirkete borçlanamayacak ve fakat, TTK m. 358 gereği muaccel sermaye borcunun ödenmemiş olduğu durumda şirkete borçlanmanın yasak olduğu gerekçesiyle, müccel sermaye borcunu da ödemek zorunda olmayacaktır. Zira, iştirak taahhüdünden doğan borcun, açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, hükmün istisnası olduğu kabul edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, Kanun'da aranan muaccel sermaye borcunun ödenmesi şartı ise sadece borçlanacak pay sahibi açısından²¹² aranmaktadır. Bir diğer ifadeyle, kanun koyucu yasağı sadece borçlanacak pay sahibi açısından düzenlemiş ve tüm pay sahiplerinin muaccel sermaye koyma borçlarını

²⁸⁰ 2017/1132 sayılı Yönerge'de, şirketin daha önce iktisap ettiği payların satın alınması veya ihraç edilen yeni payları taahhüt edecek kişiye finansal destek verilmesi hallerinde de, paybedellerinin adil belirlenmesi gerektiği düzenlenerek, asli iktisap hali Yönerge'nin kapsamına alınmıştır. Bkz. 2017/1132 sayılı Yönerge m. 64 (5). Finansal yardım yasağının kapsamına aslen iktisapların girip girmediği yönündeki tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜREL, s. 121-129. Yazar, şirketin kendi paylarının taahhüdü için finansal destek sağlamasına TTK m. 380'in kıyasen uygulanacağı görüşündedir. a.e., s. 129.

²⁸¹ Aynı yönde, bkz. TAMER, s. 107.

²⁸² Belirtmek gerekir ki, sadece belirli pay sahiplerinin sermaye borcunun muaccel olması mümkündür. Gerçekten de, İİK m. 195 uyarınca, iflasın açılması ile birlikte müflisin borçları muaccel hale geleceğinden, bu ihtimalde, müflis pay sahibinin sermaye borcu muaccel olurken, diğer pay sahipleri için muacceliyet söz konusu olmayacaktır.

ifa etmesini aramamıştır•m. Buna göre, sermayenin tamamı ödenmemiş olsa da, bakiye borcunun vadesi gelmeyen pay sahibi şirkete serbestçe borçlanabilecektir.

TTK m. 358'de sadece muaccel sermaye koyma borcunun ifa edilmesi arandığından, peşin ödenmeyip taahhüt edilen müeccel sermaye borcunun ne zaman muaccel²³⁴ olacağının, bir diğer ifadeyle ifa gününün gelmesi dolayısıyla ifasının ne zaman şirketçe talep edilebileceğinin nakit ve nakit dışı sermaye için ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir.

1. Nakdi Sermayenin Muacceliyetinin Belirlenmesi

Nakdi sermayenin şirkete getirilmesini düzenleyen TTK m. 344 uyarınca, nakden taahhüt edilen payların²⁸⁵ itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, kalanı ise en geç yirmi dört ay içinde ödenir²⁸⁶. Söz konusu hükümle, payların ödenme zamanına ilişkin uygulanan sistem yeniden kanunla²⁸⁷ düzenlenmiştir. Payların primli olarak, yani itibari değerinden yüksek bir bedelle çıkarılmaları halinde (TTK m. 347) ise, bu çıkarma primlerinin tamamının tescilden önce ödenmesi gereklidir. Kanun koyucu bakiye prim borcunun kalmasına izin vermediğinden, söz konusu borcun muacceliyetinin tartışılmasına gerek yoktur. Aynı sonuç, TTK m. 459/3'ün, 344. maddeye yaptığı gönderme nedeniyle sermaye artırımları için de ge-

²⁸³ HIZIR, s. 263.

²⁸⁴ Muacceliyet ve vade kavramları için bkz. SEROZAN (KocAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMi/ ARPACI), s. 54-59; ÜĞUZMAN/Öz, C. I, s. 312-315.

²⁸⁵ Kanun koyucu, taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin ödenmesini emretmiştir, yoksa bazı ortaklar tarafından yapılan fazla ödeme nedeniyle, toplam nakit sermayenin dörtte birinin ödenmiş olınası hükmün gereğinin yerine getirildiği anlamına gelmez. SEvi, s. 205.

²⁸⁶ Bu kuralın bir istisnasına kuruluşta halka arzı düzenleyen TTK m. 346'da rastlanmaktadır. Ancak, söz konusu hüküm SerPK m. 13 düzenlemesi uyarınca artık uygulanmayacaktır.

²⁸⁷ 1995 yılında 559 sayılı KHK ile eTK'nın 288. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve eTK m. 285/1 değiştirilmiştir. Ticaret Bakanlığı, söz konusu değişikliğin bir kanun boşluğu yarattığını kabul ederek, bu boşluğu 2003/3 sayılı İç Ticaret Tebliği ile gidermeye çalışmıştır. Ancak, Tebliğ ile kanuna aykırı sınırlayıcı bir düzenleme getirilmesi öğretide eleştiriye uğramıştır. Bkz. KENDİGELEN, Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği Tebliği, s. 191, 192.

çerlidir. Bu nedenle bakiye borcun muacceliyetine dair aşağıda yapılacak açıklamalar, nakdi taahhüt edilen payların itibari değerlerine ilişkindir.

Bakiye sermaye koyma borcunun ödenmesi için kural olarak yönetim kurulu tarafından çağrı (apel²⁸⁸) yapılması gereklidir. Söz konusu çağrıya ilişkin hususlar TTK m. 481'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, pay bedelleri yönetim kurulu tarafından, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde pay sahiplerinden ilan yolu (TTK m. 35/ 4) ile istenir. Hükümde ayrıca, çağrıya ilişkin ilan metninde yer alması gereken hususlar açıklanmıştır. Buna göre ilanda, ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı açıkça belirtilmelidir. Söz konusu düzenleme uyarınca, esas sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu tarafından yapılacak ilanda belirtilen ödeme gününde sermaye koyma borcu muaccel hale gelecektir.

Kanun koyucu, yapılması gereken çağrının zamanlamasını belirlemek konusunda yönetim kuruluna serbesti tanımıştır. Bir diğer ifadeyle, kanunda öngörülen azami süre sınırına riayet etmek kaydıyla çağrı zamanını tayin etmek yönetim kurulunun takdirindedir. Bu nedenle esas sözleşmede, pay bedellerinin şirketin tescilinden itibaren yirmi dört ay içinde ödeneceğine dair genel bir hükme yer verilmiş olması, paysahiplerine, bu sürenin beklenmesini talep hakkı vermez, meğerki bu çağrının dürüstlük kuralına aykırı bir zamanda yapılmış olduğu ispatlansın.

Kanun'un 481. maddesinde açıkça hükme bağlandığı üzere, yönetim kurulu tarafından yapılan ilanla sermaye koyma borcunun muaccel kılınması, ancak esas sözleşmede başka bir düzenleme bulunmaması halinde söz konusudur. Bir diğer ifadeyle, esas sözleşmede bakiye borcun ödeme tarihine ilişkin bir düzenleme bulunması halinde bu düzenleme geçerli olacaktır. Borcun ödeneceği tarih ya da tarihlerin²⁹⁰ kesin olarak esas sözleş-

²⁸⁸ Kavram için bkz. TEKİNALP (PoRoY/ÇAMOĞLU), II, N. 1025; SEVİ, s.207.

²⁸⁹ Yargıtay, esas sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, çağrının ilan yerine iadeli taahhütlü mektup ile yapılabileceğini kabul etmiştir. Zira, iadeli taahhütlü mektup, ilan yoluyla çağrıya nazaran kuvvetli bir bildirim yoludur. Bk. Yarg. 11. HD. 21.02.1980, E. 1980/456, K. 818, MOROĞLU/KENDİGELEN, s. 383.

²⁹⁰ Borç bakiyesinin bir defada ödenmesi mümkün olduğu gibi taksitlere bölünerek ödenmesi de mümkündür. Bkz. ARSLANLI, s. 193; İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, s. 283; TEKİNALP (PoROY/ÇAMOCİLU), II, N. 1024; SEVİ, s. 219.

mede belirtilmiş olması hllinde, ayrıca bir ihtar yapılmasına gerek olmadan borç sözleşmede belirtilen tarihlerde muaccel hale gelecektir. Ayrıca, sermaye artırım kararı alınan genel kurulda bakiye borcun ödeneceği tarihin kararlaştırılmış ve bu tarihin iştirak taahhüdüne yazılmış olması ihtimalinde de muacceliyet için yönetim kurulu tarafından ifa çağrısı yapılmasına gerek yoktur².

Esas sözleşmede sermaye borcunun belirlenmesine ilişkin bir düzenleme öngörülmesi yerine, genel kurulun bu konuda yetkilendirilmesinin mümkün olup olmadığı hususu ise ayrıca değerlendirilmelidir. eTK'nın yürürlüğü döneminde öğretide, ifa tarihinin genel kurul kararıyla belirlenebilmesi genel olarak kabul edilmekteydi. TTK'nın 481. maddesinin gerekçesinde ise, yönetim kuruluna tanınan yetkinin başka bir organa devredilemeyeceğim açıkça belirtilmiştir. Buna göre, hükümdeki, "*esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde*" şeklindeki ifade ile sadece, "*ilan yolu ile isteme*" kuralından sapabilme imkanı tanınmaktadır. Hükümün lafzı bu yorumu destekler niteliktedir. Gerçekten de, hükümde yönetim kurulu yerine başka bir kişi ya da organın ilan yapabilmesine izin verilmek istenseydi, '*esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde*' ifadesine, yönetim kurulunun yetkisi ile birlikte çağrı usulünü tamlayacak şekilde "*Payların bedelleri*" ifadesinden sonra yer verilmesi gerekirdi²⁹⁴. Varılan bu sonuç TTK m. 374 hükmüyle de uyumludur. Zira, söz konusu hüküm uyarınca yönetim kurulu genel yetkili organ kabul edilmiş ve yönetim kurulunun, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış konular dışında karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar nedeniyle,

²⁹¹ Esas sözleşmede yahut iştirak taahhütnamesinde kesin bir tarih gösterilmeyip, tescilden itibaren belirli bir süre öngörülmesi halinde, pay sahiplerinin şirketin tescil tarihini bilmeleri beklenemeyeceğinden, yine çağrı yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. TEKİN.ALP (POROY/ÇAMOĞLU), II, N. 1024.

²⁹² TEKİN.ALP (POROY/ÇAMOĞLU), 2010, N. 1024.

²⁹³ Ortaklığın tasfiye haline girmesi ile iflası halinde ise yönetim kurulunun yetkileri sırasıyla tasfiye memuru (TTK m. 542/ 1) ile iflas idaresi (TTK m.534) tarafından kullanılır.

²⁹⁴ Hüküm, "*Pay bedelleri, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu tarafından, pay sahiplerinden ilan yoluyla istenir.*" şeklinde düzenlenmiş olsa idi, pay bedellerinin ödenmesinin istenmesi hem başka bir organ tarafından, hem de ilan yerine örneğin e-mail ile mümkün olabilecekti. Ancak mevcut hüküm sadece, esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle ilan yönteminden farklı bir düzenleme yapılmasına izin vermiştir.

genel yetkili yönetim kurulunun yanında genel kurula yetki verilebileceğinin kabul edilebilmesi, ancak kanunun buna açıkça izin vermesi halinde mümkündür. TTK m. 481 hükmü ise, yönetim kurulunun yetkisini emredici nitelikte düzenlerken sadece ilan usulü hakkında yedek hukuk kuralına yer vermiştir²⁹⁵.

Kanuna uygun şekilde muaccel kılınan sermaye koyma borcunun vadesinde ödenmemesi halinde ise pay sahibi, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği ve temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağı gibi ayrıca borçlanma yasağının da muhatabı haline gelecektir (TTK m. 482/ 1)²⁹⁶.

Bu konuda akla gelen bir diğer soru da borcun muaccel kılınması için yönetim kurulunun çağrı yapması gereken hallerde, bu çağrının yapılmamış olması ihtimalinde muacceliyetin nasıl belirleneceğidir. Daha açık bir söyleyişle, Kanun'un emredici nitelikteki 344. maddesinde belirtilen azami süre olan tescilden itibaren 24. ay sonunda paysahibinin sermaye koyma borcunun kendiliğinden muaccel hale gelip gelmediği ve dolayısıyla borçlanma yasağına muhatap olup olmadığı belirlenmelidir²⁹⁷. Öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca, muacceliyet için ilan yapılması şartı nedeniyle vadeyi tespit etme yetkisi, muacceliyet ihbarı yoluyla alacaklıya bırakılmıştır²⁹⁸. Bu nedenle borcun muaccel hale getirilmesi için alacaklının ihbar yapması zorunludur. Ancak, kanaatimizce, TTK m. 344'te yer alan yirmi dört aylık sürenin kesin vade olarak kabul edilip kanunda öngörülen bu azami sürenin

²⁹⁵ Aksi yönde, bkz. SEvi, s. 217-219.

²⁹⁶ Ancak mütemerrit paysahibinin iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerde doğan haklarından yoksun bırakılması için ayrıca yönetim kurulu tarafından pay sahibine ihtar yapılması zorunludur (TTK m.483).

²⁹⁷ Tekinalp'e göre, pay sahiplerinin şirketin tescil tarihini bilemeyecekleri için, azami süre sonunda, mütemerrit olmanın sonucu olan ıskat prosedürünün uygulanması mümkün değildir. Bkz. TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLU), II, N. 1024. Ancak, yazarın bu yorumu eTK hükümleri hakkındadır ve bilindiği üzere, eTK'da bakiye sermaye borcun ödeneceği zamana ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu konudaki boşluk İçticaret Tebliği ile giderilmiş ve bakiye borcunun en geç üç yıl içinde ödeneceği hükme bağlanmıştı. Söz konusu Tebliğ hükmünün dayanağı olarak, anonim ortaklıkta her ortağın taahhüt ettiği sermayenin nev'i ve miktarının yanı sıra, bu sermayenin ödenme suret ve şartları. nrun ana sözleşmede belirtilme zorunluluğunu düzenleyen eTK m. 279 hükmü gösterilmektedir. Bkz. KENDİGELEN, Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği Tebliği, s. 191.

²⁹⁸ SEVİ, s.211.

dolmasıyla pay sahibinin sermaye borcunun ihtarsız muaccel hale geldiği kabul edilmelidir²⁹⁹. Çünkü, sermayenin korunması ilkesi gereği kabul edilen ve emredici nitelikteki TTK m. 344 hükmünde, sermaye borcunun ifa edilmesi gereken azami süre belirlenmiştir. Söz konusu azami sürenin ise, yönetim kurulunun apel yapmaması nedeniyle uzaması kabul edilemez. Ayrıca, TTK m. 36 uyarınca, ilan edilmiş hususlar üçüncü kişiler hakkında dahi hüli..iim ifade ettiğinden, tescilden itibaren 24 aylık sürenin pay sahipleri tarafından bilinemeyeceği kabul edilmemelidir. Kaldı ki, şirket sermayesinin korunmasındaki menfaatin, paysahiplerinin bilmeme halinde uğrayacakları zarardan üstün tutulması gereklidir.

Sonuç olarak hükmün lafzı incelendiğinde, esas sözleşmede, kuruluştan ya da kuruluştan kısa süre sonra nakdi sermaye koyma borcunun tamamının ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması halinde, yönetim kurulunca ödemeye ilişkin apel yapılmadıkça kuruluştan ya da sermaye artırımını takiben kısa sürede borçlanma mümkün görünmektedir^{300 301}. Diğer bir ifadeyle, vadesi gelmiş sermaye borcunun ifasının ardından, henüz vadesi gelmemiş sermaye borcunun bulunmasına rağmen borçlanmaya imkan tanınmıştır. Halbuki vadesi gelmiş sermaye borcunun ödenmesi şartının yerine, borcun tamamen ifa edilmesi şartının öngörülmesi hükmün amacına daha iyi hizmet edebilirdi³⁰². Zira, hüküm, paysahibinin şirketten aldığı borç ile sonradan muaccel olacak sermaye borcunu ifa etmesini engellemektedir³⁰³. Benzer şekilde, borçlanma için hükümde sadece muaccel sermaye borcunun ifa edilmiş olınası arandığından, pay sahibinin sermaye borcu dışındaki borçlarını henüz ifa etmeden şirkete ikinci kez borçlanması da

²⁹⁹ Bkz. HELVACI, Faiz, s. 103.

³⁰⁰ Aynı yönde, ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 51; TAMER, s. 110.

³⁰¹ İleride ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, paysahibinin şirkete borçlanması bazı hallerde sermayenin iadesi yasağını ihlal eder. Bkz. İkinci Bölüm, IV, C. Bu halde ise, sermaye koyma borcunun ifa edilip edilmemiş olmasının bir önemi yoktur. Bkz. FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 9.

³⁰² KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 244; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 491; SEVİ, s. 476.

³⁰³ Bilgili/Demirkapi'ya göre, hüküm, ortağın şirkete ödediği sermayeyi sonradan borç olarak geri almasını engellemektedir. Bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 491. Ancak, sermaye koyma borcunun tamamen ifa edilmesi şartı aranmadığından, pay sahibinin vadesi gelmiş sermaye borcunu ifa ettikten sonra şirketten aldığı borç ile bakiye borcunu ifa etmesi mümkündür.

mümkündür. Bu ihtimalde ise, pay sahibi borcun vadesinden önce şirkete yeniden borçlanarak şirketin malvarlığı ile borcunu ödeyecek ve vadeyi sürekli ötelemiş olacaktır.

2. Nakit Dışı (Ayni) Sermayenin Muacceliyetinin Belirlenmesi

Nakit yerine nakit dışında (ayni)³⁰⁴ sermaye taahhüdünde bulunulması halinde, sermaye borcunun nasıl ve ne zaman muaccel olacağının ve muaccel olan sermaye borcunun ifa edilmeme ihtimalinin tespiti de üzerinde durulmayı hak eden konulardır. Bu kapsamda öncelikle ayni sermaye borcunun ifası hakkında kısaca bilgi verilmesinde fayda bulunmaktadır.

TTK, ayni sermayenin şirkete getirilmesi konusunda önemli yenilikler öngörmüştür. Özellikle malvarlığı unsurlarının ayni sermaye olarak kabul edilmeleri konusunda, güvence açısından eTK'ya nazaran daha sıkı şartlar öngörülmüştür-1³⁰⁵. Örneğin, taşınmazların kurulmakta olan bir anonim ortaklığa ayni sermaye olarak taahhüt edildiğinin tapuya şerh verilmesi³⁰⁶, fikri mülkiyet hakları ile sicili bulunan diğer hakların (örneğin maden işletme haklarının) ilgili sicile kaydedilmeleri gerekir (TTK m. 128/2). Söz konusu gereklilik, sicil müdürünün inceleme yetkisinin kapsamında olduğundan, bu gereklilik yerine getirilmediği sürece şirket tescil edilmeyecektir³⁰⁷. Hü-

³⁰⁴ Bilindiği üzere, kanun koyucu getirilen sermayenin kaynağına göre sermayeyi, nakdi ve ayni sermaye olarak ikiye ayırmıştır. Ancak, ayni sermaye ifadesi teknik anlamda fikri mülkiyet hakları ile alacak haklarını kapsamadığından, öğretide ayni sermaye ifadesi eleştirilmektedir. Bkz. ARICI, s. 25, 26. Bu nedenle, hükmün kenar başlığının "*Paradan başka sermaye*" olması gerektiği ifade edilerek kanun koyucunun terminolojik tercihi eleştirilmiştir. Bkz. MoROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s. 152. Çalışmada, öğretideki haklı eleştirilere rağmen, Kanun'a paralel şekilde ayni sermaye ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

³⁰⁵ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 10-53. Öngörülen tedbirler ve bu tedbirlerin hukuki etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÇONKAR, Ayni Sermaye, s. 397-435.

³⁰⁶ TMK m. 1009 uyarınca hakların tapuya şerh verilebilmesi, ilgili kanunlarda bu hususun açıkça belirtilmesine bağlanmıştır. TTK m.128 hükmünde TMK'daki düzenlemeye paralel şekilde bu husus açıkça belirtilmiştir. Böylece, taşınmaz üzerindeki şerh üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir.

³⁰⁷ Gerekçe m. 128.

kümde, ayrıca, özel sicile yapılan kaydın iyi niyeti kaldıracağı açıkça belirtilmiştir.

Şirketin, taahhüt edilen aynı sermaye üzerinde ne zaman tasarruf yetkisini kazandığı, diğer bir ifadeyle bu sermaye koyma borcunun ne zaman ifa edildiğinin tespiti³⁰⁸, getirilen aynı sermayeye göre farklılık arz etmektedir. Örneğin, bir taşınmazın aynı sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde şirketin taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için tapu siciline şirket lehine tescil yapılması gereklidir (TTK m. 128/ 5). Böylece Kanun'un açık düzenlemesi ile eTK zamanında yapılan tartışmalar³⁰⁹ kısmen giderilmiş³¹⁰ ve tescilsiz kazanımın söz konusu olmadığı³¹¹ hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, tüzel kişilik kazanıldığı anda, taşınmazın mülkiyetinin

³⁰⁸ Öğretide, aynı sermayenin ifa edildiğinin kabul edilebilmesi için bu malvarlığı kalemi üzerinde şirketin serbestçe tasarruf imkanına kavuşmasının ve taahhüt konusunun ortaklığın malvarlığına dahil olmasının gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. MoROĞLU, İştirak Taahhütleri, s. 48-50; ÇoNKAR, Aynı Sermaye, s. 458-460.

³⁰⁹ eTK m. 285/2'ye göre, "*Sermaye olarak ve gayrimenkul üzerindeki mülkiyet veya sair aynı hakların sermaye olarak konulması taahhüdü ise, bu hakların şirketin hükmi şahsiyet kazanmasıyla beraber tapu siciline tescil edileceğinin kabul edilmiş olması demektir.*" Söz konusu hüküm doktrinde farklı şekilde yorumlanmakta idi. Savunulan bir görüşe göre, eTK m. 285/2 hükmü Medeni Kanun'da sayılan tescilsiz iktisap hallerine ilaveten yeni bir tescilsiz iktisap hali öngörmektedir. Bu nedenle anonim ortaklığın tüzel kişilik kazandığı anda, şirket gayrimenkulün mülkiyetini kazanmıştır ve dolayısıyla tapu sicilinde yapılan tescilin sadece açıklayıcı fonksiyonu bulunmaktadır. Aksi yöndeki görüşe göre ise, burada bir tescilsiz iktisap hali değil, malike ait olan tescil talebinin anonim ortaklığa tanınması söz konusudur. Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. MoROĞLU, Sermaye Artırımı, s. 51-54; MoROĞLU, Aynı Hak, s. 34-40; MoROĞLU, İştirak Taahhütleri, s. 48, 49; TEKİNALP (PoRoY/ÇAMOĞLU), II, N. 1029. TTK m. 128/5 hükmü uyarınca, kanun koyucunun ikinci görüşe üstünlük tanıdığı anlaşılmaktadır. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 125.

³¹⁰ Her ne kadar, kanaatimizce taşınmazlarda tescile bağlı iktisap kuralının geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekse de, şirketin tescil yapılınca kadar, tapuda tescil gerektiren işlemler dışında tasarruf yetkisini haiz olduğu ileri sürülmüştür. Tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AK.DAĞ GÜNEY/ GüMüş, Taşınmazlar, s. 38 vd.; AKDAĞ GÜNEY, Kuruluş, s. 121-128. Taşınmazın şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte tapuda tescille gerek olmaksızın şirketçe iktisap edileceği yönündeki görüşler için bkz. ÜĞUZMAN/SELİÇİ/ ÜKTAY-ÖZDEMİR, N.843, dn. 613, N.1557, dn. 603; SiRMEN, Eşya, s. 194-195.

³¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇoNKAR, Aynı Sermaye, s. 463-471.

şirkete devredilmesi talep edilebilir, diğer bir ifadeyle tescille borç muaccel h:\le gelir-m.

Kanun koyucu, anonim ortaklığın tescil talebinde bulunmasına olanak tanıyarak, ortaklığa bir an önce taşınmaz üzerinde tasarruf edebilme imkanı tanımıştır. Şöyle ki, aynı sermaye olarak getirilen taşınmazlar ile sicili olan diğer haklar ilgili sicillere şerh verilmiş veya kayıt edilmiş olduklarından ticaret sicil müdürünün talebi üzerine ilgili sicil memurları anonim şirket adına tescil işlemini hemen yapacaklardır. Kanun'da muhtemel bir iletişimsizlik ihtimaline karşılık, şirketin de tescil talebinde bulunabileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak, Kanun'da tanınan açık yetkiye rağmen, yönetim kurulunun tescil talebinde bulunmaması ya da ticaret sicilinin bildirimde bulunmayı ihmal etmesi hallerinde, şirket taahhüt edilen taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kazanmış olmayacaktır. Dolayısıyla, söz konusu ihtimalde, ilgili sicile tescil yapılana dek pay sahibinin şirkete borçlanması yasak kapsamında kabul edilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere kanun koyucu, şirketin tüzel kişilik kazandığı anda, tapuda tescil işlemi gerçekleşmeden, doğrudan mülkiyeti kazanmasını öngörmemekte, ancak, tapuya şerh verilmesi sistemi³¹³ ile şirketi, şirket tüzel kişilik kazanmadan önce gerçekleştirebilecek devirlere karşı korumaktadır. Buna karşılık, Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Tebliğ'in³¹⁴ m. 4/ 6 hükmünde³¹⁵, kanuna uygun olarak ilgili sicile şerh verilmesine rağmen, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce sermaye

³¹² Böylece, kanun koyucu, 2003/3 sayılı Tebliğ'in kanuna (eTK m. 285/2) aykırı olarak, aynı sermayenin şirketin tescilinden itibaren üç ay içinde yerine getirilebileceği şeklindeki yanlış yorumunu düzeltmiştir. Tescille muacceliyet ilkesi için bkz. TEKİNALP (PO-ROY/ ÇAMOĞLU), il, N. 1026; ÇONKAR, Aynı Sermaye, s. 577.

³¹³ Tapuya verilen bu şerh ile malikin tasarruf yetkisinin kısıtlandığı yönünde bkz. ÜĞÜZ-
MAN/ SELİÇİ/ ÜKTAY-ÖZDEMİR, N. 923; SiRMBN, Eşya, s. 217, dn.462.

³¹⁴ Bkz. 31.10.2012 tarih ve 28453 sayılı RG. Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arasında İşbirliğine İlişkin Tebliğ.

³¹⁵ "Kanuna uygun olarak yapılmış bir ticaret şirketi sözleşmesinde; aynı sermaye olarak konulan mal ve hakların ilgili sicillere şirkete aynı sermaye olarak konulduklarını belirten bir şerh verilerek belirgin duruma getirilmesine rağmen, ilgili müdürlükçe tescil edilinceye kadar söz konusu mal ve hakların başkasına devredilmesi veya üzerinde aynı bir sınırlama getirilmesi halinde ilgili sicilleri tutan kurumlar durumu derhal ilgili müdürlüğe bildirir. Bildirim üzerine, müdürlük bu hususu gerekçe olarak belirterek tescil talebini reddeder."

olarak taahhüt edilen taşınmazın, üçüncü kişiye devredilmesi h³¹⁶linde, ticaret sicil müdürünün şirketin tescil talebini reddedeceği belirtilmiştir³¹⁶.

Taşınmazların ise aynı sermaye olarak kabul edilmesi için güvenilir bir kişiye tevdi olunması gerekir. Şirketin tüzel kişilik kazandığı andan itibaren söz konusu taşınmazlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebileceği belirtildiğinden (TTK m. 128/4), şirketin, taşınmazın tevdi edildiği kişiye başvurarak bu taşınmazın kendisine teslim edilmesini talep etmesi gereklidir. Söz konusu düzenlemeler nedeniyle öğretide, aynı sermaye taahhütlerinde şirketin kuruluşunun ya da sermaye artırımının tescilinden önce aynı sermaye borcunun tamamının ifa edilmesinin zorunlu olduğu ileri sürülmüştür³¹⁷. Kanaatimizce, şirketin tüzel kişilik kazanmasından önce mülkiyet geçişi mümkün değildir. Bu nedenle, üçüncü kişiye yapılan tevdi işlemi dolaysız zilyetliğin bu kişiye geçişini sağlamakla birlikte, mülkiyetin şirkete geçmesine neden olmaz. Ancak anonim şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra, ayrıca zilyetliğin devri işlemine gerek kalmaksızın bu taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkını kazanır³¹⁸. Öte yandan doktrinde, mülkiyetin geçiş anı ile sermaye borcunun ifa anının birbirinden ayrılması gerektiği ifade edilmiş ve ancak taşınmazın fiilen ortaklığın hakimiyet sahasına girmesiyle sermaye borcunun ifa edildiğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur³¹⁹. Zira, bu husus sermayenin eksiksiz oluşturulması için gereklidir.

Alacağın aynı sermaye olarak konulması için ise TTK m. 342 uyarınca vadesinin gelmesi gereklidir³²⁰. Şirketin vadesi gelmiş bu alacağı talep

³¹⁶ Bu düzenlemenin isabeti kanaatimizce tartışılabilir. Zira, şirketin tüzel kişilik kazanmasının engellenmediği ihtimalde, şirket TMK m. 1010/2 uyarınca, tasarruf yetkisi kısıtlamasını taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişiye karşı ileri sürebilecektir. Söz konusu düzenlemenin eleştirisi için bkz. SİRMEN, Eşya, s. 217, dn. 462.

³¹⁷ HIZIR, s. 257, 258.

³¹⁸ AKDAĞ GÜNEY/GüMÜŞ, Taşınmazlar, s. 22; AKDAĞ GÜNEY, Kuruluş, s. 118, 119.

³¹⁹ ÇoNKAR, Ayni Sermaye, s. 485.

³²⁰ Söz konusu düzenleme doktrinde eleştirilmiş ve nakden değerlendirilebilme ve devredilebilme olanağı bulunan vadesi gelmemiş alacakların saklı tutulmasında haklı bir gerekçe olmadığı belirtilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 230; ÇoNKAR, Ayni Sermaye, s. 158-163. eTK'nın yürürlüğü döneminde vadesi gelmemiş alacakların da sermaye olarak taahhüdünün mümkün olduğu yönünde bkz. Arucı, s. 58-60.

edebilmesi için ise, tescil edilmesi yani tüzel kişilik kazanması gereklidir. Muaccel alacağın tahsil edilememesi halinde ise, paysahibinin sermaye **koy-**ma borcu devam edeceğinden (TTKm. 130), şirkete borçlanması mümkün olmayacaktır.

Sonuç itibarıyla, aynı sermaye taahhütleri, şirketin tescili ile muaccel hale gelecektir. Söz konusu muaccel sermaye borcunun ifası ise, taşınmazlar için tapu siciline yapılan tescille, vadesi gelmiş alacağın ödenmesiyle söz konusu olur. Şirket taşınırılar üzerinde tüzel kişilik kazandığı anda mülkiyeti kazansa da, sermaye borcunun ifası için şirketin taşınır üzerinde doğrudan zilyetliği kazanması gereklidir. Böylece, tescille muaccel hale gelmiş aynı sermaye borcu ifa edilmedikçe borçlanma yasağı geçerli olacaktır.

Konumuz açısından sermaye borcunda temerrüt halinde pay sahibinin borcunun kapsamının belirlenmesi, borçlanma yasağının ne zaman ortadan kalkacağının tespiti açısından önem taşımaktadır³²². Bilindiği üzere, sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahibi, ilgili paylara ilişkin haklardan yoksun bırakılabileceği gibi, esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla, sözleşme cezası ödemek zorunda kalabilir (TTK m.483/ 1,482/ 3). Bu yaptırımlara ek olarak, mütemerrit pay sahibi, ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür (TTK m. 482/1). Son olarak şirket, temerrüt faizini aşan zararının da tazminini ilgili pay sahibinden talep edebilir (TTK m. 482/4). Kanun koyucu sözleşme cezasının ödenmesini esas sözleşmede bir hüküm bulunması şartına bağlamış, ancak, temerrüt faizinin ihtarsız ödenmesini emretmiştir. Bu nedenle, sermaye borcunun ödenmesinde temerrüde düşen pay sahibinin (bu borcunu, esas sözleşmede özel bir düzenleme bulunmadığı ve temerrüt faizini aşan bir zararı olmadığı sürece) temerrüt faizi ile birlikte ödemesi şirkete borçlanması açısından yeterli kabul edilmelidir. Esas sözleşmede sözleşme cezası ödenmesi öngörülmüş

m Bkz. TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLU), il, N. 1031; AR1C1, s. 104, 105.

³²² Sermaye koyma borcunun kapsamı özellikle ıskat hükümleri çerçevesinde incelenmiştir. eTK döneminde öğretide, ıskat müeyyidesinin ağır sonuçları nedeniyle, ıskatın prim borcunun ödenmemesi ya da tali yükümlülüklerin yerine getirilmemesinde uygulanmayacağı savunulmuştur. Bkz. TEKİNALP (PoROY/ ÇAMOĞLU), 2010, N. 1054. Belirtmek gerekir ki, primlerin tamamının tescilden önce ödenmesini öngören TTK m. 344/ 1 hükmü, prim borcunda temerrüt halini ortadan kaldırmıştır. Ayrıca, sözleşme cezası, temerrüt faizi ve tazminatın ödenmemesi halinde de ıskat müeyyidesinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. DEĞİRMENCİ, s. 22.

veya şirket temerrüt faizini aşan bir zarara uğramışsa borçlanma yasağının ortadan kalkması için bu cezanın ödenmesi/zararın tazmini de gereklidir.

B. SerbestYedekAkçeler ile Karın Zararları Karşıl原因amaması

Şirket ile pay sahibi ve diğer ilişkili kişiler arasında yapılan işlemlerin tamamen yasaklanması, şirketin bu işlemlerden beklediği fayda nedeniyle tercih edilmemektedir. Ancak, verimli olmayan ilişkili kişi işlemlerinin de engellenmesi gereklidir. Bu kapsamda "*şartlı sınırlama*"³²³ yöntemi ile şirket açısından zararlı ilişkili kişi işlemlerinden şirketin korunabileceği kabul edilmektedir. Söz konusu yöntemle göre, pay sahiplerine *dağıtım*³²⁴ yapılmasına ancak, şirketin asgari finansal yeterliliğe sahip olması şartıyla izin verilmelidir. Burada korunacak asgari finansal durum seviyesi, aynı zamanda alacakların taşıyacağı riski ifade etmektedir. Zira, kredi verdikleri anda korunan asgari tutardan haberdar olan alacaklılar, taşıdıkları risk oranında verdikleri krediyi değerleyecektir³²⁵. Bu nedenle korunan değerin doğru tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Korunan değerin çok düşük tutulması halinde, alacaklıların taşıdıkları riski, sözleşme koşullarına yansıtmaları söz konusu olacağından, şirketin kredi alma maliyeti yükselecektir. Belirlenen eşğin yüksek olması ihtimalinde ise şirket, pay sahiplerinden gelen özkaynakları gereksiz yere elinde tutmuş olacaktır³²⁶.

Kanun'un 358. maddesinde de, pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarına bir tür "*şartlı izin*" verilmiştir. Zira, pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için şirketin finansal durumunun, hükümde belirlenen finansal koşulu haiz olması aranmıştır. Buna göre, borçlanmaya izin verilmesi için şirketin serbest yedek akçeleri ile karının geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek düzeyde

³²³ ARMouR, Creditor Protection, s. 367.

³²⁴ Yukarıda açıklandığı üzere, Türk hukukuna özgü bir düzenleme olan borçlanma yasağının açıklanmasında özellikle dağıtım rejimi hakkında yapılan açıklamalardan yararlanılması kaçınılmazdır.

³²⁵ Alacaklıların verdikleri kredi karşılığında elde edecekleri kar tutarı sabittir ve şirketin finansal durumuna göre değişkenlik göstermez. Ancak, şirketin finansal durumunun kötüleşmesi halinde elde edecekleri tutarın azalması riski vardır. ARMOUR, Creditor Protection, s. 367, 368.

³²⁶ ARMouR, Creditor Protection, s. 368.

olması gereklidir. Hesaplama, serbest yedek akçeler ile şirket karının zararlarla oranlanması suretiyle yapıldığından öncelikle bu kavramların açıklanmasında fayda vardır.

1. SerbestYedekAkçe

Yedek akçeler, TTK'nın 519 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenlemelerde "*serbest yedek akçe*"nin tanımına yer verilmemiştir. Serbest yedek akçe ifadesine TTK m. 358 hükmü yanında, sadece, kar payının kaynakları hakkındaki TTK m. 509/2 hükmünde rastlanmaktadır. Ayrıca, Kanun'un bazı maddelerinde, "*dağıtılmasına izin verilmeyen*" yedek akçe ifadesi kullanılmaktadır. Kanunda terminolojik bir birlik bulunmaması nedeniyle, TTK m. 358 hükmü uyarınca kastedilen yedek akçe kavramının, Kanun'un yedek akçeler hakkındaki düzenlemeleri incelenerek belirlenmesi gereklidir.

Örneğin, şirketin kendi hissesini iktisap edebilme koşullarının düzenlendiği TTK m. 379'da, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifinin en az esas sermaye ile "*kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin*" toplamı kadar olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bir diğer ifadeyle, kanun koyucu bu hükümde yedek akçeleri, dağıtılmasına izin verilen/verilmeyen şeklinde tasnif etmiştir. TTK m. 379 hükmünde benimsenen bu tercih, 2017/1132 sayılı Yönerge'nin ilgili maddesinin kabul edilmesinin bir sonucudur³²⁷. Söz konusu yedek akçelerin niteliği ve miktarı Yönerge'de belirtilmeyip bu konuda üye ülkelere takdir hakkı tanınmıştır³²⁸. Bu nedenle, dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin miktarının, ancak üye ülke düzenlemelerinin incelenmesi sonucunda belirlenmesi mümkündür³²⁹.

³²⁷ Bkz. 2017/1132 sayılı Yönerge m. 60/1, (b). Yönerge'nin ilgili hükmünde, şirketin kendi hisse senedini iktisap edebilmesine ancak, şirket net aktifinin korunması şartıyla izin verilmiştir. Şirket net aktifi ise, söz konusu maddenin, dağıtımlar hakkındaki 56. maddenin 1 ve 2. fıkralarına yaptığı gönderme neticesinde tespit edilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, gönderme yapılan ilgili maddede, pay sahiplerine dağıtım yapılabilmesine, şirket net aktifinin, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeleri aşması şartıyla izin verilmiştir.

³²⁸ KOLL-MÖLLENHOFF, S. 156.

³²⁹ Hükmün kapsamına sadece kanuni yedek akçelerin girdiği yönünde bkz., KOLL-

TTK'da tanımlanmayan "serbest yedek akçe" kavramına, kar payı avansına ilişkin ikincil mevzuatta da rastlanmaktadır. Kanun'da ilk kez, kapalı şirketler için de kar payı avansı dağıtımına izin verilmiş ve SerPK'ya tabi olmayan şirketlerde kar payı avansının Ticaret Bakanlığı'nın bir tebliği ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır (TTK m. 509/3). Hazırlanan Kar Payı Avansı Tebliği'nde³⁰ serbest yedek akçe, "genel kanuni yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı ile Kanun ve sözleşme gereği ayrılanlar dışında genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçe" şeklinde ifade edilmiştir. Genel kanuni yedek akçenin, sermayenin yarısını aşan kısmının serbest yedek akçe olarak tespiti TTK m. 519/3 gereğidir. Zira TTK m. 519/3, kanuni yedek akçenin kural olarak ancak, sermayenin yarısını aşan kısmının sarfına izin vermiştir. Aşağıda, yedek akçeler kanun, sözleşme ya da genel kurul kararı gereği ayrılmaları açısından sınıflandırılarak incelenmiştir.

TTK m. 520 uyarınca, şirketin iktisap ettiği kendi payları için, iktisap değerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması gerekir. Ayrılan bu yedek akçelerin sadece, edinilen hisselerin devredilmesi veya yok edilmesi halinde ve iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülmesine izin verilerek, bu yedek akçelerin dağıtılması yasaklanmıştır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında, yeniden değerlendirme fonu ile, mevzuatın izin verdiği diğer fonların ancak sermayeye dönüştürülmesi, yeniden değerlendirilen aktiflerin devredilmesi yahut amorti edilmesi suretiyle çözülebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, TTK m. 520 hükmünde, belirtilen haller dışında yedek akçelerin kullanılması yasaklanmış ve bu yedeklerin dağıtılmasına izin verilmemiştir. Söz konusu düzenleme nedeniyle TTK m. 520 uyarınca ayrılan yedekler, Kanun uyarınca ayrılmış, dağıtılmasına izin verilmeyen yedeklerdir.

Kanun'un 521. maddesi ise, şirketin isteği ile ayırdığı yedek akçeleri düzenlemektedir. Buna göre, esas sözleşmeye hüküm eklemek suretiyle, kanunda öngörülen orandan fazla bir oranda genel kanuni yedek akçeJJ2 ayrılmasına karar verilebilir. Ayrıca, kanuni yedek akçe dışında yedek akçe

MÖLLENHOFF, S. 156.

³⁰ Bkz. Kar Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ, 09.08.2012 tarih ve 28379 sayılı RG.

³³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Kar Payı Avansı, s. 18-21.

³³² Hükümde, sadece yedek akçe ifadesine yer verilmiştir. Ancak, TTK m. 519 gereği bu yedek akçenin kanuni yedek akçe olduğunun kabulü zorunludur.

ayrılmasının sözleşme ile öngörülebileceği ve bunların özgülenme amacı ile harcanma şartlarının belirlenebileceği hükmüne bağlanmıştır. Bundan **başka**, 522. maddede, yine esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla, çalışanlar ve işçiler lehine yardım akçeleri ayrılabilirliği belirtilmiştir. Böylece, TTK m. 521 ve m. 522 hükümleri uyarınca ayrılan yedek akçelerin ancak ayrılma amaçları uyarınca harcanmaları mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu genel kurula esas sözleşmede öngörülmesine dahi, yedek akçe ayırabilme yetkisi vermiştir. Buna göre TTK m. 523 uyarınca genel kurul, aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekli ve tüm pay sahiplerinin menfaati ve şirketin gelişimi yönünden haklı ise, kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına karar verebilir. Ayrıca, yine esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile genel kurul kararıyla, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla bilanço karından yedek akçe ayrılması mümkündür. Açıklanan son ihtimalde, genel kurulun yedek akçe ayırma iradesi belli bir yönde olduğundan, bu yedek akçeler de serbestçe tasarruf edilemez. Ancak bu sınırlama, kanun ya esas sözleşme gereği değil, genel kurul kararı nedeniyle söz konusudur.

Yukarıdaki açıklamalar uyarınca, serbest yedek akçe kavramı, genel kanuni yedek akçelerin sermayenin yarısını aşan kısmı (TTK m.519/ 3), belirli bir amaca tahsis edilmeden esas sözleşme gereği ayrılan yedekler (TTK m. 521) ile genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçeleri (TTK m. 523) ifade etmektedir³³³. Ancak, kanunda terminolojik birlik sağlanması amacıyla, TTK m. 358'de "*kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilen yedek akçe*" ifadesinin kullanılması faydalı olurdu.

Bu nedenle varılan sonuç, Kar Payı Avansı Tebliği'nde kabul edilen tanıma göre daha geniştir. Zira, Tebliğ'deki, "*Kanun ve sözleşme gereği ayrılanlar dışında genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçe*" ifadesi esas sözleşme uyarınca belirli bir amaca tahsis edilmeden ayrılan yedekleri dışlamakta ve sadece, genel kurul kararı ile ayrılan yedekleri düzenlemektedir. Halbuki, kanaatimizce, esas sözleşme gereği ayrılmış olsa da, belirli bir amaca özgülenmemiş yedeklerin de serbest yedek akçe olarak kabul edilmesi gereklidir.

³³³ YANLI, *Kar Dağıtımı*, s. 8-11.

2. Şirket Kırı ve Zararı Kavramları

Kanunda, "*serbest yedek akçelerle birlikte karın*", geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması arandığından, bir görüşe göre, şirketin son yıllık bilançosuna göre kir elde etmiş olması gereklidir. Bir başka deyişle, hesap yılı sonunda zarar ettiği anlaşılan bir şirketin kanuni yedek akçelerinin geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması yeterli değildir³³⁴. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi için, şirketin faaliyet dönemini kar ile kapatmış olması gerekli değildir. Buna göre, şirketin geçmiş yıl zararları bulunmadıkça yahut bulunmasına rağmen yedek akçelerin zarardan fazla olması halinde kar edilmese de borçlanma mümkün olacaktır⁵. Kanaatimizce de, TTK m. 358 açısından yapılan düzenleme, borçlanılmasına izin verilen tutarın hesaplanmasında kullanılacak kaynaklara ilişkin olduğundan, söz konusu kaynaklar toplamının, şirket zararını karşılaması gerekli ve yeterlidir.

Konumuz açısından önem taşıyan bir diğer husus, şirket karının nasıl hesaplanacağıdır. Öğretide kar, şirketin hesap devresi sonucunda gelirlerden giderlerin çıkarılması suretiyle elde edilen pozitif değer olarak tanımlanmaktadır³⁶. Ancak, bilanço hukuku ile vergi hukukunda kullanılan kar kavramları birbirinden farklı olduğu gibi, TTK'nın çeşitli maddelerinde de farklı kar kavramlarına rastlanmaktadır. Bu nedenle TTKm. 358'de sözü edilen şirket karı ifadesi ile, bu kavramlardan hangisinin kastedildiği tespit edilmelidir.

Kanaatimizce kar kavramının belirlenmesi, hükmün ihdas amacının tespit edilmesiyle mümkün olacaktır. Zira borçlanma yasağı, muaccel sermaye borcunun ödenmemesi hali bir yana, hükümde aranan finansal koşulun sağlanmaması halinde söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle, hükümde benimsenen formülün uygulanmasıyla, belirli miktardaki malvarlığı değerinin, pay sahiplerine borç verilmesi yasaklanarak bir "bağlı malvarlığı" yaratılmış

J.W YücE, s. 77.

³³⁵ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 50, 51. Aynı yönde, bkz. YAVUZ, Borçlanma Yasağı, s. 157; HIZIR, s.270. Benzer görüş, hissedarlara temettü dağıtılabilmesi için, ilgili dönemde şirketin kar etmiş olmasının gerekip gerekmediği konusunda yapılan tartışmada da ileri sürülmektedir. Gerçekten de, hissedarlara kar payı dağıtılabilmesi için, şirketin ilgili dönemde kar etmesi aranmamakta, şirketin zararının serbest yedeklerden karşılanabilmesi yeterli kabul edilmektedir. Bkz. YANLI, Kar Dağıtımı, s. 8.

³³⁶ TEKİNALP, Bilanço, s. 294; PULAŞLI, Şerh il, s. 1836, 1837.

ve borcun ancak bu "bağlı ınalvarlığını" aşan değerden verilmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle, hükündek.ikir kavramı ile neyin kastedildiğinin anlaşılabilmesi için, öncelikle kanun koyucunun, pay sahiplerine, borç verilerek sarf edilmesine engel olmak istediği tutar belirlenmelidir. Kanaatimizce, kanun koyucunun amacı aslında, şirketin pay sahiplerine kar payı şeklinde dağıtamayacağı tutarı borç olarak vermesini engellemektir. Bu bağlamda, dağıtılabilir karı-"⁷ kavramının açıklanması öncelikle gereklidir.

Pay sahibinin en önemli malvarlıksal hakkı olan kar payı hakkı, TTK m. 507 ilam. 509'da düzenlenmiştir. TTK m. 507'de pay sahibinin, dağıtılmasına karar verilmiş³³⁸ "*net dönem karına*" payı oranında katılma hakkı bulunduğu belirtildikten sonra, TTK m. 509/2 hükmünde, kar payının kaynakları gösterilmiştir. Buna göre, kar payının ancak, net dönem karından ve serbest yedek akçelerden^{339 340} dağıtılması mümkündür-34'.

³³⁷ Öğretide, net dönem karı ile dağıtılabilir kar kavramları için farklı hesaplama yöntemleri benimsenmiş ve bu farkın gerekçesi olarak kurucu menfaatlerinin düzenlendiği TTK m. 348 hükmü gösterilmiştir. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında, dağıtılacak karın mevcut olması halinde, kurucu intifa senedi sahiplerinin, kar dağıtmama kararı alınmış olmasına rağmen, esas sözleşmede öngörülen kar payını alabilecekleri belirtilmiştir. Dağıtılabilir net dönem kan ise, net dönem karından, geçmiş yıl zararları ile, kanuni yedek akçe toplamının düşülmesiyle elde edilir. Bu fikir ve yazarın benimsediği formüller için bkz. HIZIR, s. 272-275.

³³⁸ Şirketin her yıl kar dağıtma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Kar Dağıtımı, s. 15-32.

³³⁹ eTK m. 470'de kar payının dağıtılacağı ikinci kaynak olarak sadece "*bu gaye için ayrılan yedekler*"den söz edilmiştir. Halbuki yeni düzenleme, tüm serbest yedek akçelerin dağıtılmasına izin vererek hükmün kapsamını genişletmiştir. Bkz. YANLI, Kar Dağıtımı, s.7.

³⁴⁰ Madde metninde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen hükmün gerekçesinde, yeniden değerlendirme ile enflasyon düzeltme farkları gibi fonların da vergisi verilmek suretiyle dağıtılacağı belirtilmiştir. Ancak bu yoruma, TTK m. 520/2 hükmünün engel olduğu yönünde bkz. YANLI, Kar Dağıtımı, s. 7, 8.

³⁴¹ Bilindiği üzere, payların itibari değerinin üzerinde primli olarak çıkarılmaları halinde, söz konusu prim kanuni yedek akçeye ilave edilir. Kanuni yedek akçeler içinde primin bulunması durumunda ise, söz konusu primin kar payı olarak dağıtılıp dağıtılamayacağı konusu öğretide tartışılmıştır. Tartışma, primin sermayeye dahil olup olmaması noktasında önem taşımaktadır. Zira primin sermayeye dahil olduğu kabul edildiğinde, sermayenin iadesi yasağı (TTK m. 480) gereği, kar payı olarak dağıtılması mümkün olmaz. Ancak, primin sermayeye dahil olmadığı kabul edildiğinde, dağıtılmasında sakınca

Anılan düzenleme, eTK m. 470'in ikinci fıkrasından esinlenerek kaleme alınmıştır. Ancak, eTK'daki "*saft kdr*" teriminin uygulamada ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmesi sebebiyle, bu kavram yerine, "*net dönem kdrı*" ibaresi tercih edilmiştir. Net kelimesi ile, bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kar ifade edilmektedir. Ayrıca, kar payının dönem karından dağıtılabileceği açıkça hükme bağlanarak, bilanço da geçen yıldan aktarılan karın kapsam dışında olduğu vurgulanmıştır³⁴³. Öğretide net dönem karı, şirketin vergi sonrası karı olarak da adlandırılmaktadır³⁴⁴. Buna göre, net dönem karı, yıllık kardan kurumlar vergisi, stopaj gibi ödenmesi zorunlu mali kalemler ödendikten, TTK m. 519 uyarınca ayrılması zorunlu kanuni yedek akçeler ayrıldıktan ve zararlar düşüldükten sonra elde edilen tutarı ifade eder.

Yıllık kar kavramı ise, net dönem karından farklıdır. Zira yıllık kar, yıllık bilanço ya göre belirlenen (TTK m. 508/2), hesap dönemi içindeki gelirlerden giderlerin düşülmesi suretiyle elde edilen kardır. Bu nedenle, yıllık kar, vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmesinden önceki kar olduğu için net dönem karından fazladır. Borçlanmanın mümkün olup olmadığının tespit edilmesinde hesaba katılacak şirket karı kavramı, yıllık kardan farklı olmalıdır. Zira yıllık kar hesabında, vergisel yükümlülükler dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle, TTK m. 358'deki kar kavramının yıllık kar olduğu

yoktur. Şirket sermayesi, itibari değer ile pay sayısının çarpılması suretiyle hesaplandığından, primin sermayeye dahil olmadığı ve dağıtılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Konu Türk öğretisinde Yanlı tarafından ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Yazar, dağıtılacak tutarın içinde primin yer almasına kanunen bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Kar Dağıtımı, s. 12-14. Benzer tartışma, primin ödenmemesi halinde ıskat müeyyidesinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda da yapılmıştır. Haklın görüş prim borcunun ödenmemesi halinde ıskat müeyyidesinin uygulanamayacağı yönündedir.

³⁴² YANLI, Kar Dağıtımı, s. 7.

³⁴³ Bkz. Madde Gerekçe, TTK m. 509/2: "*Hangi kar? Dönem karı mı yoksa bilanço da geçen yıldan aktarılan karı da içerebilecek olan bilançodaki kar mı? "Dönem karı" bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır.*"

³⁴⁴ PuLAŞLI, Şerh II, s. 1836. Gerekçe'de ise, "*net kar*" kavramının, vergi öncesinde veya sonrasında oluşan karı ifade edip etmediği tartışmasının şirketler hukukunun konusu olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Gerekçem. 509/2.

kabul edildiğinde, şirketin karı, 358. maddede kastedilen kardan daha yüksek hesaplanacaktır³⁴⁵.

Kanaatimizce, TTK m. 358 uyarınca hesaplanması gereken kar, yıllık kardan ve net dönem karından farklıdır. Zira, karın yıllık kar olarak kabul edilmesi halinde vergi ve sair yükümlülükler hesaba katılmamış, net dönem karı olarak değerlendirildiğinde ise zararlar iki kez toplam tutardan çıkarılmış olacaktır. Bu nedenle, TTK m. 358Öe yer alan şirket karı ibaresinin, net dönem karına zararların ilave edilmesi sonucunda tespit edilmelidir. Diğer bir deyişle, yıllık kardan, vergi ve sair yükümlülükler ödendikten ve kanunen ayrılması zorunlu yedek akçeler ayrıldıktan sonra ve fakat zararlar düşülmeden elde edilen tutar TTK m. 358 uyarınca benimsenen karı oluşturmaktadır.

Kanaatimizce bu sonuç, TTK'nın sermayeyi koruyan muhtelif hükümlerinde benimsenen, "koruma altındaki değer/bağlı malvarlığı" ile de paraleldir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, TTK uyarınca bağlı malvarlığının, sermaye ile kanun ve esas sözleşme gereği dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamından oluştuğu sonucuna varılmıştır. Bir diğer söyleyişle, bu tutarı aşan miktarın sarfına izin verilerek deyim yerindeyse serbest malvarlığı yaratılmıştır. İşte borçlanma yasağının düzenlendiği Kanun'un 358. maddesinde de, borçlanmaya ancak, şirket dağıtılabılır kan ile dağıtılabılır yedek akçe toplamının geçmiş yıl zararlarına eşit ya da fazla olması halinde izin verilerek bir "serbest malvarlığı" yaratılmıştır.

Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde ise, TTK m. 358 uyarınca benimsenen serbest malvarlığının, TTK'nın sermayeyi koruyan diğer hükümleri ile paralel olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçekten de, zararların şirket dağıtılabılır karı ile dağıtılmasına izin verilen yedek akçeler toplamını aşması, aslında, şirket sermayesi ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin bir bölümünün yitirilmesi anlamını taşır. Dolayısıyla, her ne kadar hesaplama yöntemi açısından ortak bir terminolojinin benimsenmemiş olması eleştirilebilirse de, kanaatimizce, 358. maddenin uygulanması ile elde edilen tutar, Kanun'un diğer maddeleri ve 2017/1132 sayılı Yönerge m. 56 hükmü ile paralellik göstermektedir³⁴⁶.

³⁴⁵ HIZIR, s.276.

³⁴⁶ Bu konuda şu formüllerin benimsenmesi mümkündür: Sermaye + dağıtılamayan yedek

3. Finansal Durumun Tespitinde Esas Alınacak Bilanço

TTK m.358 hükmünde aranan finansal durumun hangi bilanço'ya göre tespit edilmesi gerektiği konusunda madde metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, aksi açıkça belirtilmediği takdirde, genel kurulca onaylanmış son yıllık bilançonun şirket işlemlerinde esas alınması kuraldır. Ancak kanun bazı durumlarda, son yıllık bilanço yerine ara bilanço çıkarılmasını emreder. Örneğin iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının düzenlendiği TTK m. 462/2 uyarınca, artırılan sermayenin şirket bünyesinde gerçekten var olduğunun, onaylanmış yıllık bilanço ile yönetim kurulunun yazılı beyanıyla doğrulanması gerektiği belirtildikten sonra bilanço tarihinin üzerinden altı aydan fazla zaman geçmesi halinde yeni bir bilanço hazırlanması zorunlu kılınmıştır.

Benzer düzenlemeye, bölünmeye dair TTK m. 165 hükmünde de rastlamak mümkündür. Söz konusu hüküm uyarınca, bilanço günüyle bölünme sözleşmesinin imzalandığı veya bölünme planının düzenlendiği tarih arasında altı aydan fazla bir zaman bulunduğu takdirde ara bilançonun çıkarılması gereklidir. Hükümde ayrıca, altı aylık süre içinde dahi, son yıllık bilançonun çıkarılmasından itibaren bölünmeye katılan şirketlerin malvarlıklarında önemli değişikliklerin meydana gelmesi ihtimalinde, ara bilançonun çıkarılması gerektiği belirtilmiştir.

Son olarak, şirketin borca batık olma durumunun düzenlendiği TTK m. 376/3 hükmünün örnek verilmesi mümkündür. Buna göre, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretlerin bulunması halinde, yönetim kuruluna, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre, hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartmak görev ve sorumluluğu verilmiştir. Görüldüğü üzere, TTK m. 376 kapsamında, ara bilançonun hazırlanması için son yıllık bilançonun hazırlanmasının üzerinden belirli bir zaman geçmiş olması zorunlu değildir. Diğer bir söyleyişle, yıllık bilançonun hazırlanmasından çok kısa bir süre sonra dahi, şirketin borca batık olduğu şüphesinin bulunması halinde ara bilanço çıkarılmalıdır.

akçe = Bağlı malvarlığı. (Şirket kan + dağıtılabilir yedek akçe) - Zarar - Bağlı Malvarlığı = Serbest malvarlığı.

Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer düzenlemeye, Kar Payı Avansı Tebliği'nde rastlanmaktadır. Anılan Tebliğ'in 5. maddesinde, şirketin kar payı avansı¹⁴⁷ dağıtılması için gerekli şartlar hükme bağlanmaktadır. Buna göre kar payı avansı dağıtılması, ancak, şirket genel kurulunca dağıtıma ilişkin karar alınması ve kar payı avansı dağıtılacak hesap döneminde hazırlanan üç, altı veya dokuz aylık ara dönem finansal tablolara göre kar edilmiş olması bilinde mümkündür. Böylece Tebliğ, yukarıda anılan hükümlerin aksine, yıllık bilançonun hazırlanmasından itibaren altı ayı aşan zamanlarda tek bir ara bilanço çıkarılması yerine, üç, altı veya dokuz aylık ara dönem bilançoları uyarınca işlem yapılmasını emretmiştir.

Kanaatimizce, borçlanma yasağı hakkındaki hükmün uygulanması açısından, şirketin gerçek finansal durumunun tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda, kanunda kar Payı Avansı Tebliği'ne paralel bir düzenleme yapılması ve üç, altı ve dokuz aylık ara bilançoya göre dağıtılmasına izin verilen yedek akçeler ile karın şirket zararlarını karşılamaya yeterli olup olmadığının tespit edileceğinin açıkça belirtilmesi yerinde bir çözüm olurdu³⁴⁸. Ancak, hükmünde bu yönde bir açıklık bulunmaması sebebiyle, en azından, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımını hakkındaki TTK m. 462 hükmü ile bölünme hakkındaki TTK m. 165 hükmü kıyasen uygulanmalı ve borçlanma işlemi ile son yıllık bilanço tarihi arasında altı aydan fazla bir süre geçmesi halinde ara bilanço çıkarılması aranmalıdır³⁴⁹. Zira, varılan bu sonuç, tedbirli bir yöneticinin özen yükümlülüğü gereğidir. Bu nedenle, altı

³⁴⁷ Tebliğ'in 4. maddesinde kar payı avansı, kar payından mahsup edilmek üzere ara dönem finansal tablolara göre, oluşan karlar üzerinden bu Tebliğ hükümlerine göre hesaplanan tutar şeklinde tanımlanmaktadır.

³⁴¹ Ancak, açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, öğretide, TTK m. 509/3 uyarınca kar payı avansı olarak dağıtılmasının mümkün olduğu durumlarda borçlanmanın da serbest olması gerektiği görüşünden hareketle, kar payı avansı için çıkarılacak ara bilançonun borçlanma açısından da kullanılabileceği savunulmuştur. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 244.

³⁴⁹ TTK m. 462'nin değişikliğe uğramadan önceki halinde, ara bilançonun işlem denetçisi tarafından denetlenmesi öngörülmüştü. Ancak, 6335sayılı Kanun ile işlem denetçisinin kaldırılması neticesinde, işlem denetçisi ifadesinin geçtiği tüm hükümlerde değişiklik yapılmıştır. Böylece hükmün yeni halinde, ara bilançonun yönetim kurulu tarafından onaylanması yeterli görülmüştür. Halbuki, TTK m.165 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, ara bilançoya yıllık bilançoya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğinden, bu bilançonun denetlenmemesi kabul edilmemelidir.

aylık ara bilanço çıkarılmış olsaydı borç verilemeyecek olması ihtimalinde, borç veren yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerini ihlal ettikleri kabul edilmelidir. Ancak, hükümde, ara bilanço hazırlanma şartı açıkça aranmadığından, ara bilanço çıkarılmadan verilen borcun, kanuna aykırı kabul edilip geçersiz sayılması mümkün değildir.

Ara bilanço hazırlanması halinde ise, bilanço tarihindeki zarar, hükmün uygulanmasında esas alınmalıdır. Her ne kadar, hükümde, "*geçmiş yıl zararları*" ile şirket karı ve serbest yedek akçelerin karşılaştırılması yapılsa da, kanaatimizce, sermayenin korunması ilkesi gereği, ara bilançodaki zararın, son yıllık bilançodan fazla olması halinde, bu tutar üzerinden hesaplama yapılması gerekir.

Öğretide geçmiş yıl zararları kavramının, son yıllık bilançoda görünen ve bu yıla aktarılan zararlar yanında, borçlanma anına kadar uğranılan zararları da içerdiği ileri sürülmüştür³⁵⁰. Ancak bu yorum, şirketin finansal durumunu en güncel şekilde tespit etmesi nedeniyle sermayenin korunması ilkesine uygun kabul edilse de, her borçlandırıcı işlem öncesinde bilanço hazırlanarak şirketin zararının tespit edilebilmesi mümkün değildir.

Doktrinde ayrıca konu ile ilgili olarak, Kanun'da geçen "*geçmiş yıl zararları*" ifadesi sebebiyle yapılacak mali durum tespitinde sadece son yıllık bilançonun esas alınmasının yeterli olmayacağı ifade edilmiştir³⁵¹. Ancak, geçmiş yıl zararları son yıllık bilançoda yer verilen kalemlerden olduğundan, kanaatimizce, ayrıca önceki yıl bilançolarının incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

4. Hükümdeki Finansal Koşulun Zamanlaması

Kanun'un 358. maddesinde aranan finansal koşulun, pay sahibinin şirkete borçlanmasına sebep olan işlemin yapılmasından önce sağlanmasının

³⁵⁰ Hızır, s. 278-280. Hızır, bu nedenle, son yıllık bilançonun dikkate alınmasının yeterli olmayacağını belirterek, her bir borçlanma işlemi için mevcut finansal durumun ayrı ayrı belirlenmesi ve ara bilanço çıkarılması gerektiğini savunmuştur. Tamer de, ara bilanço çıkarılma mecburiyetini açıkça zikretmemiş olmakla birlikte, finansal durumun "*işlemin yapılacağı tarihteki şirket bilançosuna*" göre tespit edilmesi gerektiğini belirterek ara bilanço çıkarılmasını aramıştır. TAMER, s. 112.

³⁵¹ YücE, s. 77.

yeterli olup olmadığı konusu belirsizdir. Daha açık bir ifadeyle, borçlanma sonrasında da geçmiş yıl zararlarının, serbest yedek akçe ile şirket karından karşılanıyor olmasına gerek olup olmadığı hususu net değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin 56. maddesinde açıkça, yıllık finansal tablolarında belirtilen net aktiflerin, esas sermaye ile dağılamayacak yedek akçeler toplamından az olması, ya da *dağıtım sonrası bu tutarın altına düşecek olması halinde*, hissedarlara dağıtım yapılması yasaklanarak, hükümde aranan bu finansal koşulun, dağıtılacak miktar düşüldükten sonra da korunması gerektiği kabul edilmiştir. Benzer şekilde TTK m. 379 hükmünde, şirketin kendi hissesini iktisap edebilmesi için hükümde aranan net aktifin, sadece iktisap öncesinde karşılanması yeterli görülmemiş, ayrıca iktisap edilecek paylar için ödenecek tutar düşüldükten sonra da, şirket net aktifinin korunması aranmıştır. Kanaatimizce, aynı sonuç, borçlanma yasağı için de benimsenmeli ve şirketin pay sahibine borç verdikten sonra da, şirket karı ile serbest yedek akçeler toplamının geçmiş yıl zararlarını karşılaması aranmalıdır.

Finansal koşulun zamanlamasına ilişkin tartışılması gerekli önemli bir mesele de, şirketin pay sahibine verdiği ödünç karşılığında, elde ettiği alacak hakkı ile verilen ödünçün bilanço açısından denk işlemler olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.

Şirketin pay sahibine borç vermesi halinde, bilanço açısından, ödünç ile alacak hakkını denk işlemler olarak kabul eden bilançosal yaklaşım uyarınca, şirket bilançosunda herhangi bir eksilme meydana gelmemektedir. Zira şirket, verdiği borç karşılığında alacak hakkı kazanmakta ve malvarlığının aktif kısmında bir değişiklik olmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hükümde açıklık olmamasına rağmen, finansal koşulun borçlanmadan önce sağlanması yeterli gözükmektedir. Ancak, kanaatimizce, şirketin kasasındaki nakdin, ötelenmiş bir alacak hakkı ile eş değer güvence taşıdığını kabul etme imkanı yoktur. Bu nedenle, pay sahibine verilen ödünçün tamamının şirket serbest malvarlığından karşılanması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, pay sahibine verilen borç düşüldükten sonra da, şirket karı ile yedek akçelerin zararları karşılaması gereklidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, borçlandırıcı işlemin, kanuna uygun şekilde yapılmasının ardından, şirketin mali durumunun bozulması hükme aykırılık teşkil etmeyecektir. Örneğin, şirketin pay sahibine 2014 yılında

serbest malvarlığımdan borç vermesi ve söz konusu borcun, 2 yıl boyunca, aylık eşit taksitler halinde ve yasal faizi ile geri ödenmesinin kararlaştırılması halinde, 2015 yılı bilançosu hazırlandığında, şirket zararlarının kar ile yedek akçelerden fazla olduğu anlaşılrsa dahi, 2014 yılında verilen borcun kanuna aykırı olduğu kabul edilememelidir.

5. Finansal Durumun Tespitinde Uygulanacak Muhasebe Standartları

Konu, şirket karı ile zararının ve dolayısıyla şirketin finansal durumunun tespiti meselesi olduğundan, muhasebe ilkeleri ile de yakından ilgilidir. Bir diğer ifadeyle, borçlanmanın mümkün olup olmadığının tespit edilmesinde, esas alınacak bilançonun tarihi kadar bu bilançonun hazırlanmasında uygulanacak standardın belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, kanun koyucu, şirketlerin kredibilitelerininve saygınlıklarının artırılması amacıyla, uygulanacak muhasebe standartlarına büyük önem vermiştir. Hatta Genel Gerekçe'de, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda, IFRS ile özdeş Türk Muhasebe Standartları'nın, kanunda genel ve mutlak uygulanma olanağına kavuşturulmasının gereğine vurgu yapılmıştır³⁵². Bu bağlamda Komisyon, TTK m. 88 hükmünde, 64 ila 88. madde hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin, münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan Türkiye Muhasebe Standartları'na uymaları gerektiğini hükme bağlamıştır³⁵³.

Ayrıca, TBMM'de verilen önerge ile Kanun'a eklenen³⁵⁴ geçici 6. madde ile, 01.01.2013 tarihi itibarıyla uygulanacak TMS'ye ilişkin bir geçiş hükmüne yer verilmiştir. Anılan hüküm ile, TMSK tarafından belirlenen şirketlerin 01.01.2013 tarihinde veya özel hesap dönemi dolayısıyla daha sonraki bir

³⁵² Bkz. Genel Gerekçe, N.102.

³⁵³ Avrupa Birliği'nde, 2005 yılından itibaren 1606/2002 sayılı Yönerge'nin uygulanması sebebiyle, düzenlenmiş piyasalarda hisse senetleri işlem gören şirketler, konsolide bilançolarını IFRS ilkeleri doğrultusunda hazırlamakla yükümlüdürler. Ancak üye ülkeler yıllık finansal raporlarını IFRS'ye uygun olarak hazırlamak konusunda çekimser davranmaktadırlar. Buna rağmen orta vadede, kar dağıtımında IFRS bilançosunun esas alınması ve IFRS'in küçük ve orta ölçekli şirketlerde de uygulanması beklenmektedir. Bkz. VEIL, s. 76.

³⁵⁴ Hükümün değişiklik süreci hakkında bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 610,611.

tarihte başlayacak hesap dönemi için, münferit ve konsolide finansal tablolarının düzenlenmesinde TMS'yi uygulamak zorunda oldukları belirtilmiştir. Ancak, 6335 sayılı Kanun ile, standartların belirlenmesine ilişkin TTK m. 88 ile geçici madde 6'da değişiklik yapılmıştır. Yeni düzenleme uyarınca, standartların belirlenmesinden sorumlu kurum, TMSK yerine Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumum olacaktır. Kurum ise, finansal tabloların hangi standartlara göre hazırlanması gerektiğini aldığı bir karar ile belirlemiştir. Uygulamada tartışmalara yol açan anılan kararda³⁵⁶, üç kategori kuruluşun, TMS'yi uygulamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bunlar, (i) kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar, (ii) TTK'nın 397. maddesi çerçevesinde Bakanlar Kurulu kararıyla bağımsız denetime tabi olacak şirketler ile (iii) TTK m. 1534/2'de sayılan şirketlerdir. Önemle belirtmek gerekir ki, anılan kararın alındığı tarihte, 6455 sayılı yasam ile TTK m. 397/ 4 uyarınca bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin denetlenmesi hakkındaki ek düzenleme yapılmamıştı. Söz konusu yeni düzenleme ile, 397. maddeye 5. ve 6. fıkralar eklenmiştir. Eklenen 5. fıkra, dördüncü fıkra kapsamı dışında kalan anonim şirketler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşlarının denetiminin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Anılan yönetmeliğin bugüne kadar çıkarılmamış olması nedeniyle, TTK m. 397/ 4 kapsamına girmeyen şirketlerin denetimlerinin de, şirketle organik bağı bulunmayan bağımsız kişiler tarafından yapılıp yapılmayacağı konusunda bir çıkarımda bulunmak zordur³⁵⁸. Ancak, kararda ifade edilen bağımsız denetim ile, sadece TTK m. 397/ 4 uyarınca yapılan denetimin anlaşılması gerektiğinde tereddüt yoktur. Bu nedenle, KGK kararı uyarınca, kamu yararına hareket eden kuruluşlar ile, TTK m. 1534/2'de faaliyet konuları benimsenmiş şirketler ile m. 397/4 uyarınca bağımsız denetime tabi şirketler TMS'yi uygulamak zorundadır.

³⁵⁵Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı RG.

³⁵⁶ Karar için bkz. 17.11.2012 tarih ve 28470 sayılı RG.

³⁵⁷ 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı RG.

³⁵⁸ Ancak öğretilde haklı olarak, TTK m. 397/ 5 hükmüne istinaden yapılacak denetimin de bağımsız denetim olması gerektiği, zira, TTK'da sadece bağımsız denetimin düzenlendiği ve aynı hükümde farklı esaslara tabi denetimin öngörüldüğünün kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. TEKİNALP (PoROY/ ÇAMO Lu), I, N. 625.

Sayılan üç kategori dışında kalan şirketler için, Kurumca bir belirleme yapılncaya kadar yürürlükteki mevzuatın uygulanacağı belirtilmiştir³⁵⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m. 64/5 hükmünde, bu Kanun'a tabi gerçek ve tüzel kişilerin, defter ve kayıt tutma zamanıyla ilgili VUK hükümlerine uymak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Anılan hükümler nedeniyle, bazı şirketlerin VUK yanında TMS'yi uygulamaları söz konusu olacaktır. VUK ile TMS'nin benimsediği farklı ilkeler neticesinde ise zarar kalemi ve bunun neticesinde 358. madde uyarınca yapılan hesaplama bazı şirketlerde büyük farklılık gösterecektir³⁶⁰.

Bu noktada, tabi oldukları mevzuat gereği, iki standardı uygulayan şirketlerin, 358. madde hesaplaması açısından avantajlı olan bilançoyu tercih etme imkanı olup olmadığı sorusu yanıtlanmalıdır. Kanaatimizce, TMS'yi uygulamak zorunda olan şirketlerin ayrıca VUK uyarınca defter tutmaları, vergi mevzuatlarında öngörülen yükümlülükleri gereğidir. Bu nedenle, VUK'a göre hazırlanan bilanço ile TTK'da öngörülen bir yasağın koşullarının sağlanabileceği kabul edilmemelidir. Yani, VUK uyarınca hazırlanan bilançoda, serbest yedek akçeler ile şirket karı zararları karşılasa dahi, TMS'ye göre hazırlanan bilançoda zararların yedekler ile karı aşması halinde borçlarına yasağının söz konusu olduğu sonucuna varılmalıdır.

C. Borçlanma İşleminin Piyasa Koşullarında Yapılması ve Yasağın Sermayenin İadesi Yasağı ile İlişkisi

6335 sayılı Kanun ile TTK'nın 358. maddesinde yapılan değişiklik öncesinde, kural olarak pay sahibinin şirkete borçlanması yasaklanırken, bu yasağa piyasa koşullarında yapılan işlemler için istisna tanınmaktaydı. Birdiğer ifadeyle, pay sahibinin şirketten borç alabilmesi, borç doğurucu işlemin

³⁵⁹ Kararın eleştirisi için bkz. TEİD NALP, Sermaye Ortaklıkları, N.17-59. Kurum, 19.09.2018 tarih ve 30540 sayılı RG'de yayımlanan kararı ile TMS'nin kapsamını genişletmiştir.

³⁶⁰ AB üyesi ülkelerde benimsenen muhasebe sistemlerinin dağıtım rejimine etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KPMG tarafından hazırlanan rapor. (ETD /2006/1M/F2/7 l) Anılan rapora http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/study_en.pdf adresinden ulaşılabilir. Türk vergi hukuku ile TMS'nin bilanço anlayışı arasındaki farkın değerlendirilmesi için bkz. Tekinalp, IFRS/TMS-TFRS, s. 57, 58.

piyasa koşullarında yapılmış olması şartına bağlıydı. Ancak, 6335 sayılı Kanun yasağın kapsamını daraltırken, söz konusu istisnaya da yer vermemiştir.

Borçlanma yasağını değiştiren 6335 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde, "*şirketin hortumlanması*" ya da "*şirketin içinin boşaltılması*" olarak nitelendirilebilecek eylemlere, Türk Ceza Kanunu hükümlerinin engel olacağı belirtilmiştir. Gerekçe'deki bu ifade, TTK açısından mümkün olan birtakım işlemlerin sadece Türk Ceza Kanunu'nda müeyyideye bağlandığı şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Ancak, bu yorum elbette kabul edilebilir değildir. Zira, birinci bölümde açıklanmaya çalışıldığı üzere, TTK'da, şirket sermayesi ile sermayeyi aşan serbest malvarlığırun azalmasına sebep olacak işlemleri engelleyici birçok hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükümler ve anonim ortaklığa hakim olan ilkeler, piyasa koşullarına aykırı işlemlerle şirket malvarlığının kötüye kullanılmasını engellemektedir.

Bu kapsamda özellikle, sermayenin iadesi yasağı hakkındaki TTK m. 480/3 hükmünün³⁶¹ irdelenmesi önem taşır. Zira, mukayeseli hukukta, borçlanma yasağı ile korunmak istenen menfaat, "sermayenin iadesi yasağı" ile elde edilmektedir³⁶². Yani, pay sahiplerine verilen ödünçleri de kapsayan ve fakat kapsamı bununla sınırlı olmayan, pay sahiplerine açık ya da örtülü şekilde yapılan dağıtımlar nedeniyle şirket sermayesinin azaltılmasına bu kural engel olmaktadır. Bu nedenle, çalışmada sermayenin iadesi yasağı hakkında bilgi verildikten sonra, anılan yasak ile borçlanma yasağı hakkındaki hükümlerin kapsamları araştırılmış ve bu hükümlerin öncelik sırası belirlenmiştir. Ardından, piyasa koşullarına aykırı şekilde verilen ödünçler ile yapılan diğer işlemlerin akıbeti araştırılmıştır.

1. Genel Olarak Sermayenin İadesi Yasağı

Sermayenin iadesi yasağı hakkındaki TTK m. 480/3 hükmünde, pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete verdiklerini, tasfiye payları saklı kalmak

³⁶¹ Hüküm, eTK m. 405'in dili sadeleştirilerek düzenlenmiştir. Bu nedenle, eTK m. 405 hakkında yapılan açıklamalardan ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

³⁶² Bkz. Alman hukukunda GmbHG § 30, AktG § 57, İsviçre Hukukunda OR § 680. Sermayenin iadesi yasağı ile borçlanma yasağının ilişkisine vurgu yapan görüşler için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 245, 246; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 680.

şartıyla, geri isteyemeyecekleri belirtilmiştir. Anılan hükümde yasağın tek taraflı düzenlenmiş olmasına rağmen, aslında iki taraflı olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten de pay sahipleri, sermaye olarak şirkete getirdiklerini **geri** isteyemeyecekleri gibi şirket de paysahipleri tarafından getirilen değerleri kendilerine iade edemez³⁶³. Sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi, ancak, hükümde sayılan tasfiye bakiyesi payı ödenmesi yanında, kanunun izin verdiği şekilde sermayenin azalması³⁶⁴ veya şirketin kanuna uygun olarak kendi payını iktisap *etmesi*³⁶⁵ hallerinde mümkündür.

Dikkat edileceği üzere, TTKm. 480/3 hükmü lafzı itibarıyla konu, kişi ve kapsam bakımından dar yorumlanmaya müsaittir. Ancak, sermayenin iadesi yasağına ilişkin kuralın, sermayenin korunması amacıyla öngörülen hükümlerin çekirdeğini oluşturduğu kabul edilmektedir³⁶⁶. Bu nedenle, hükmün yanlış anlaşılmaya müsait lafzına rağmen yasağın pay sahiplerinin getirdikleri sermaye tutarıyla sınırlı olmadığı öğretide kabul edilmektedir³⁶⁷. Ayrıca, pay sahiplerinin getirdiklerinin kendilerine aynen ya da nakden iade edilmesi de yasağın uygulanması açısından bir fark yaratmamaktadır³⁶⁸. Hatta şirket sermayesinin korunması o kadar önemlidir ki, pay sahibinin hata veya hile ile sermaye taahhüdünde bulunmuş olması durumunda dahi şirket sermayesi korunmalı ve bu sermaye pay sahibine geri ödenmemelidir³⁶⁹.

³⁶³ ÇELİKTAŞ, s.134; KIRCA, Sermayenin İadesi, 643; SEVİ, s. 433,443. İsviçre hukuku için bkz.Bürgi, Zürcher Kommentar, m.680, N. 30; BINDER, s.33; VOGT, m.680, N. 17 vd.

³⁶⁴ TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLU), il, N. 1424; DOĞANAY, s. 1217.

³⁶⁵ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 54-56. Alınan hukukunda AktG § 57'de açıkça şirketin kanuna uygun olarak kendi payını iktisap etmesinin, sermayenin iadesi yasağının istisnasını oluşturduğu hükme bağlanmıştır. Ancak, anonim ortaklığın iktisap edeceği pay bedelinin serbest malvarlığı yerine şirket sermayesinden ödenmesi yine TTK m. 480'e aykırılık oluşturur. Bkz.SEVi, s. 458.

³⁶⁶ TEKİNALP, Sermayenin Korunması, s. 1682; SEVİ, s. 412.

³⁶⁷ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 49; HüFFER, § 57, N. 3; SEVİ, s.427.

³⁶⁸ LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N.5

³⁶⁹ ARSLANLI, s. 192; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s.49; DOĞANAY, s.1217. Bu görüşün bir anlamda dayanağını oluşturan TTK m. 353 hükmü de, tescil ile birlikte tüzel kişilik kazanan anonim ortaklığın butlanına ve yokluğuna karar verilemeyeceğini belirtmektedir. Anılan hüküm uyarınca, şirketin feshinin sadece, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hakdönürücü süre içinde açılacak bir dava ile istenmesi mümkündür. TTK m. 456/3'ün yaptığış gönderme nedeniyle TTK m. 353 sermaye artırımları için de uygulanacaktır.

2. Sermayenin İadesi Yasağının Koruma Kapsamı

Yukarıda açıklandığı üzere³⁷⁰, asgari ve esas sermayesisteminin benimsenmediği İngiliz ve Amerikan hukukunda dahi, şirket faaliyetleri neticesinde oluşan malvarlığının pay sahiplerine yapılan dağıtımlar neticesinde yitirilmesine karşı tedbirler öngörülmüştür. Alman ve İsviçre hukukunda ise, sermayenin kanunen izin verilen dağıtımlar saklı kalmak şartıyla pay sahiplerine iade edilmesi yasaklanmıştır. Anılan ülkelerde, ortak terminolojinin benimsenmesine rağmen, yasağın koruma kapsamı farklı değerlendirilmektedir. Alınan Limited Şirketler Kanunu'nda bu tutar, esas sermaye karşılığı olarak kabul edilirken, anonim ortaklıklar hukukunda, kanunen izin verilen haller dışında dağıtım yapılması yasaklandığından, tüm malvarlığının hükmün kapsamında olduğu kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda ise, kapsamı tartışmalı olmakla birlikte sadece bağlı malvarlığından yapılan ödemeler sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmektedir.

Birinci bölümde, Türk hukukunda korunan değer kapsamının tespit edilebilmesi amacıyla, TTK'da sermayeyi ve malvarlığını koruyan hükümler incelenmiş ve bu hükümler ile yaratılan bağlı malvarlığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda hükümlerin büyük bir bölümünün, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler toplamını koruduğu belirlenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu bağlı malvarlığını aşan, bir diğer ifadeyle tüm malvarlığının (kanunen izin verilen dağıtımlar dışında dağıtım yapılmasına izin verilmeyerek) korunmasını amaçlayan hükümlere de rastlanmıştır.

İncelenen hükümlerin büyük çoğunluğunun, "sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeleri" koruduğu tespit edildiğinden, bu değer bağlı malvarlığını oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Ancak, bağlı malvarlığının "sermaye ile yedek akçeler" toplamından oluştuğunun tespit edilmesi, bu değer aynı zamanda sermayenin iadesi yasağı ile korunan değeri oluşturduğunun kabul edilmesi için yeterli değildir. Gerçekten de, öğretide yasağın kapsamına ilişkin görüş birliği yoktur.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, sermayenin iadesi yasağının kapsamı esas sermaye karşılığının korunmasıyla sınırlıdır³⁷¹. Bu görüş uyarınca,

³⁷⁰ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 2.

³⁷¹ SEVi, s. 435, 463, 465.

kanuni yedek akçeler ile serbest yedek akçelerin, kanunda izin verilmeyen şekilde sarf edilmesi, sermayenin iadesi yasağına değil, yedeklerin kullanımına ilişkin hükümlere aykırılık teşkil eder⁷¹. Yargıtay da, verdiği bir kararında, usulsüz kar dağıtımlarının sermayenin iadesi anlamına geleceğine hükmederken, yasağın kapsamının sermaye ile sınırlı olduğunu belirtmiştir:

*"anonim şirketin kendi ortaklarına kar dağıtabilmesi için, şirket esas sermayesini aşan bir değerfazlalığının mevcudiyeti şarttır. Aksi halde, şirket sermayesinin azalması sonucunu doğuran zarara rağmen kar (temettü) tevzii, bir nevi esas sermayenin ortaklara iadesi demek olur ki, TTK'nun 405/2. fıkrasına göre buna kanunî cevaz yoktur"*³⁷³.

Sermayenin iadesi yasağının kapsamının "sermaye" ile sınırlı olduğu kabul edildiğinde, sermayenin kapsamının belirlenmesi ayrı bir tartışma konusudur. Bu konuda ileri sürülen bir görüş uyarınca, muhasebesel olarak kanuni yedek akçe kalemlerine dahil olan primin de sermaye kapsamında kabul edilip, dağıtılmasına izin verilmemelidir³⁷⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise, mehzaz İsviçre hukukundan farklı olarak, TTK m. 480 hükmünün sermayeyi koruması ve sermayenin belirlenmesinde primin dikkate alınmaması sebebiyle³⁷⁵, primin TTK m. 480 ile öngörülen koruma kapsamında değerlendirilmemesi gereklidir³⁷⁶.

Sermayenin iadesi yasağı ile korunan değere ilişkin ileri sürülebilecek ikinci görüş uyarınca, TTK m. 480/3 hükmünün, İsviçre hukukunda savunulduğu üzere, bağlı malvarlığını kapsayacak şekilde anlaşılması gereklidir.

³⁷² SEVİ, s. 435-439, 462. Bu ihtimalde ise, haksız ve kötü niyetle kar payı ve hazırlık devresi faizi alan pay sahibinin iade yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 512 hükmü uygulanacağından, pay sahibinin iade borcu ancak kötü niyetle iktisap halinde söz konusu olacaktır.

³⁷³ Karar (Yarg. T.3.4.1967, E. 1965/1343, K. 1352) için bkz., ERİŞ, s. 1267; DOĞANAY, s. 1217; MOROĞLU/KENDİGELENİ s. 382.

³⁷⁴ Tartışma için bkz. SEVİ, s. 434.

³⁷⁵ OR m. 680/2 hükmü, "Pay sahipleri şirkete pay bedeli olarak ödedikleri tutarı geri isteme hakkına sahip değildir." şeklindedir. Yani, anılan düzenleme, sermayenin değil, pay sahiplerinin pay bedeli olarak getirdiklerinin iade edilemeyeceğini belirtmektedir. Prim her ne kadar, pay bedeli kavramı çerçevesinde değerlendirilebilirse de, sermayenin hesaplanmasında primin dikkate alınmayacağı açıktır.

³⁷⁶ YANLI, Kar Dağıtımı, s. 13, 14. Kırcı da, primin TTK m. 480 hükmü yerine TTK m. 519 hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. KIRCA, Sermayenin İadesi, s. 647.

Bu bağı malvarlığı ise, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamından oluşmaktadır.

Bu konuda savunulan üçüncü görüş, Alman anonim ortaklıklar hukukundan etkilenecek, sermayenin iadesi yasağının tüm malvarlığını koruduğunu savunmaktadır. Buna göre, dağıtımın sadece şirket karı ile yedek akçelerden yapılmasına izin verilmesi ve bu haller dışında herhangi bir menfaat sağlanmasının yasaklanması sebebiyle, sadece sermayenin değil, hukuka uygun dağıtımlar dışında tüm şirket malvarlığının hükmün koruma kapsamında olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁷.

Kanaatimizce, şirket sermayesi ile malvarlığının kötüye kullanılmasının engellenmesi mutlak suretle gereklidir. Nitekim bu koruma, sadece sınırlı sorumluluk ilkesinin yarattığı riski taşıyan alacaklılar açısından değil, ortaklıktan temettü beklentisi içinde olan pay sahipleri, şirket çalışanları ile şirketin kendisi ve dahası kamunun menfaati için gereklidir. Ancak, bu tespitin yapılması, sermayenin iadesi yasağı ile bağlanan değer, tüm şirket malvarlığı olduğunun kabul edilmesi için yeterli değildir. Çünkü, yukarıda sayılan menfaat sahiplerini koruyan yegane hüküm sermayenin iadesi yasağı hakkındaki hüküm değildir. Aksine, birinci bölümde açıklanan sermayeyi ve malvarlığını koruyan hükümler ile özellikle kar dağıtımı hakkında öngörülen usuli işlemler³⁷⁸ ve yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları hakkında benimsenen sistem ile bir koruyucu mekanizma öngörülmüştür. Bu nedenle, sadece menfaat sahiplerinin korunması gerekçesinden hareketle, sermayenin iadesi yasağı ile tüm malvarlığının korunduğu kabul edilmemelidir. Aksine, sadece pay sahibinin üzerinde tasarrufta bulunma imkanından yoksun kıldığı malvarlığı unsurlarının sermayenin iadesi yasağının kapsamında bulunduğu sonucuna varılmalıdır³⁷⁹. Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere, söz konusu malvarlığı unsuru ise, sermaye ile kanuni yedek akçenin dağıtılması mümkün olmayan kısımdan oluşmaktadır³⁸⁰. Diğer bir ifadeyle,

³⁷⁷ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 49; ÖZDAMAR, s. 79; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C. 1, s. 126-130; GÜREL, s. 102-105.

³⁷⁸ Bu yönde, AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 23, 24.

³⁷⁹ AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 18.

³⁸⁰ Böylece, belirli bir amaca tahsis edilerek genel kurul kararı ya da esas sözleşme uyarınca ayrılan serbest yedek akçelerin tahsis amaçlarına aykırı şekilde dağıtımları sermayenin iadesi yasağı kapsamında değil, yedeklerin dağıtılması hakkındaki TTK m. 512 hükmü

bu bağlı malvarlığını aşan tutarın pay sahiplerine dağıtılması mümkün olduğundan, dağıtılabılır kısmın, sermayenin korunması ilkesinin konusunu oluşturduğu kabul edilemez. Ayrıca, sermayenin iadesi yasağı, sermayenin korunması ilkesinin merkez kuralı niteliğinde kabul edildiğinden, sermayeyi koruyan hükümler ile korunan değerın paralel olması gereklidir.

Yapılan açıklamalar ışığında, borçlanma yasağı ile sermayenin iadesi yasağının koruma kapsamlarının büyük ölçüde kesiştiği kabul edilmelidir. Çünkü, her iki yasak da, sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen kanuni yedek akçeler toplamının sarfına izin vermeyerek, oluşturulan bağlı malvarlığını korumaktadır. TTK m. 358 hükmünde zararların, şirket karı ile serbest yedek akçelerinden fazla olması halinde pay sahibinin borçlanmasına izin verilmediğinden, genel kurul ya da esas sözleşme uyarınca ayrılmasına karar verilmiş tahsisli yedekler ile TTK m. 520 uyarınca ayrılan yedekler de korunan değerın kapsamına alınmıştır. Ancak bir genel kurul kararı veya esas sözleşme değişikliği ile tahsisli yedeklerin tahsis amaçlarının değiştirilmesi veya şirketin, edindiği kendi paylarını devretmesi ya da bu payları itfa etmesi hallerinde TTK m. 520 uyarınca ayrılan yedek akçelerin çözülmesi mümkün olduğundan, korunan bağlı malvarlığı büyük ölçüde özdeş olacaktır. Bu noktada borçlanma yasağı, sermayenin iadesi yasağına nazaran farklı/ ek bir koruma getirmemektedir. Dolayısıyla sermayenin iadesi yasağına rağmen, borçlanma yasağının öngörülmesi ve her iki yasak ile korunan değerın aynı olması, borçlanma yasağının düzenlenmesi ihtiyacını sorgulatmıştır³⁸¹. Kanaatimizce bu sorunun ancak TTKm. 480/3 ile m. 358 hükümleri uyarınca yasaklanan işlemlerin belirlenmesi ile çözüme kavuşturulması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, borçlanma yasağının kapsamındaki işlemlere karşı şirketin, sermayenin iadesi yasağı ile korunabileceği sonucuna varıldığında, borçlanma yasağının ek bir koruma sağlamayacağı sonucuna varılacaktır. Zira öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere muaccel sermaye borcunun ödenmesi şartının '*göz boyamaktan*'m başka bir anlamı yoktur.

kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre, paysahibinin iade borcu ancak kötü niyet-leiktisabın varlığında söz konusu olacaktır. Halbuki tahsisli yedek akçelerin tahsis amaçları değiştirilmeden pay sahiplerine dağıtılmasının sermayenin iadesi anlamına geleceği kabul edildiğinde paysahibinin sermaye taahhüdü canlanacaktır.

³⁸¹ Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 246.

³⁸² KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 244.

3. Şirket Sermayesinin İade Edilme Yolları

Bu çalışmada borçlanma yasağının kapsamına, pay sahibine nakit ödünç verilmesi ile kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemlerinin girdiği savunulmaktadır. Bu kez, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesine sebep olan hukuki işlemler araştırılmalı ve böylece borçlanma yasağı ile ek bir koruma tesis edilip edilmediği irdelenmelidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, gerek Alınan gerek İsviçre hukukunda, sermayenin pay sahiplerine geri "ödenmesi" yasaklanmıştır. Ancak, hükümlerin lafzına rağmen, ödeme kavramının, ortaklık sermayesini (ya da malvarlığını) azaltıcı³⁸³, edim ve karşı edimin orantısız olduğu, diğer bir deyişle piyasa koşullarına uygun olmayan³⁸⁴ her türlü işlemi kapsadığı kabul edilmektedir³⁸⁵. Bu görüşe göre, sadece şirket tarafından pay sahiplerine yapılan ödemeler değil, aynı zamanda, pay sahibine sağlanan tüm ticari menfaatler de hükmün kapsamında kabul edilmektedir³⁸⁶.

Mukayeseli hukukta savunulan görüşlere paralel şekilde, Türk hukukunda da sermayenin açık ya da örtülü işlemlerle iade edilebileceği kabul edilmektedir³⁸⁷. Buna göre, sermayenin bir mal veya hizmet alışverişini amaçlayan sözleşme ile ya da şirketin tek taraflı bir işlemi ile pay sahibine iade edilmesi mümkündür³⁸⁸. Gerçekten de, anonim ortaklığın, kanunun izin verdiği haller dışında pay sahibine dağıtım yapması çoğu zaman örtülü/peçelenmiş işlemlerle gerçekleşir³⁸⁹. Bu yüzden hükmün kapsamının,

³¹³ ALTMEPPEN, GmbHG, § 30, N. 29; HOMMELHOFF, § 30, N. 12. Anonim şirketler için bkz. LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 13.

³⁸⁴ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1160; BACHNER, s. 123.

³⁸⁵ Alınan hukukunda pay sahibine örtülü şekilde yapılan kazandırmalar için ortak bir terminoloji benimsenmiştir. Bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 95, FLEISCHER, AktG Schmidt/Lutter, § 57, N. 11. Bunlar, "verdeckte Vermögensverlagerung" kavramı ile "verdeckte Vermögenszuwendung" kavramıdır. Kavramlar için bkz. BoMMERT; ULRICH.

³⁸⁶ FÜNDER, s. 80; KLEFFNER, s. 63, 64; VETTER/SCHWANDTNER, s. 1160; VOGT, m. 680, N. 22 vd. 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin örtülü dağıtımlara uygulanıp uygulanmayacağı hakkındaki tartışma için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, a, (2).

³⁸⁷ Türk öğretisinde konunun ayrıntılı olarak ele alındığı eserler için bkz. DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 48-50; SEVİ, s. 461-483.

m SEVİ, s. 462, 465, 466.

³⁸⁹ SEVİ, s. 461. Aynı yönde, GÜREL, s. 99.

sermayenin açıkça geri ödendiği hallerle sınırlı olduğunun kabul edilmesi, hükümle amaçlanan korumanın etkisizleşmesine sebep olur¹⁹⁰. Sermaye payının açıkça geri ödenmesi hallerine ise, kanuna ve esas sözleşmeye aykırı kar dağıtılması, kar payı avansı verilmesi, pay sahiplerinin genel kurula katılmaya teşvik edici ya da genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmak gibi haklarını kullanmamasını teminen menfaat sağlanması veya kanuna aykırı şekilde payların şirket tarafından edinilmesi örnek olarak verilmiştir¹⁹¹.

Ancak bu noktada ödünç işlemi açısından bir değerlendirme yapmak gerekir. Sermayenin iadesi yasağı kapsamında tartışılan bilançosal yaklaşım, pay sahibine verilen ödünç karşılığında şirketin sahip olduğu alacak hakkının bilançoya kaydedilmesi nedeniyle, ödünç ile şirketin sahip olduğu alacak hakkını eşit kabul etmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, Alınan Federal Mahkemesi'nin *November* kararına kadar benimsenen bilançosal yaklaşım, anılan kararla terk edilmiştir. Bilançosal yaklaşım konusundaki bu belirsizlik Alınan kanun koyucuyu da etkisine almış ve MoMiG ile yapılan ekleme ile, şirketin verdiği ödünç karşılığında tam değerli bir talep hakkı bulunması halinde sermayenin iadesi yasağının ihlal edilmeyeceği açıkça belirtilerek bilançosal yaklaşım yeniden benimsenmiştir.

Konumuz sermayenin iadesi yasağı olmadığından yalnızca, Türk hukukunda -AktG § 57 ve GmbHG § 30 hükümlerinde olduğu gibi- bir istisna bulunmadığından, verilen ödünçün şartları araştırılmadan, sırf bu ödünçün

³⁹⁰ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 48. Örtülü dağıtımların, sermayenin iadesi yasağı ile engellenmesi ise özellikle bir şirketler topluluğuna dahil olmayan ortaklıklarda, şirket ile azınlığın, çoğunluğun faydacı işlemlerine karşı korunması açısından önemlidir. Zira, bilindiği üzere, hakim şirketin hakimiyetini kullanarak yavru şirketi kayba uğratması halinde bu kaybın giderilmesi için özel ve detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, bağlam ya da herhangi bir sebeple şirkette kilitli kalan azınlığın, çoğunluğun faydacı eylemlerine karşı korunması evleviyetle gereklidir. Benzer şekilde halka açık anonim ortaklıkların tabi oldukları özel hükümler de ilişkili işlemler neticesinde pay sahipleri ile alacaklıların menfaatlerini korumaktadır. Söz konusu nedenlerle, özellikle bir gruba dahil olmayan kapalı şirket alacaklıları ile azınlık pay sahiplerinin, sınırlı sorumluluk imtiyazından yararlanan çoğunluğun faydacı eylemlerinden korunması gereklidir. Ayrıca, dağıtımların kar payı yerine gizlenmiş olarak yapılmasının engellenmesinin, manipülasyonları engelleyici özelliği bulunduğu kabul edilir. Bkz. LUTTER, Legal Capital, s. 9. Gerçekten de, dağıtımın gizlenmesi, şirketin gerçek karı hakkında piyasanın aldatılmasına sebep olur.

³⁹¹ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 50, 51; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 493.

bilançoda aktifleştirilmesi sebebiyle, sermayenin iadesi yasağını ihlal etmeyeceğinin savunulamayacağına belirtilmesi ile yetinilecektir. Bununla birlikte, Türk hukukunda sermayenin iadesi yasağı hakkındaki en kapsamlı çalışmada, verilen ödünçün, bilançoda pay sahibine karşı sahip olunan talep hakkı ile dengelenmesi sebebiyle, kural olarak ödünç işleminin sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Savunulan bu görüşe göre, ancak şirketin iade talep hakkının fiktif nitelik taşıması halinde ödünçün sermayenin iadesi niteliğinde değerlendirilmesi gereklidir³⁹². Görüldüğü üzere, bizatihi ödünç işleminin yapılmasına sermayenin iadesi yasağı engel olmamaktadır. Ayrıca, araştırmalarımıza rağmen, ödünç işlemini sermayenin iadesi niteliğinde değerlendiren bir Yargıtay kararına da rastlanmamıştır. Bu nedenle, pay sahibine verilen ödünç konusunda TTK m. 358'de özel bir düzenleme yapılmasıyla, ek bir koruma sağlanmakta ve hukuki belirlilik temin edilmektedir. Borçlanma yasağının kapsamına girmeyen, örneğin satım sözleşmesinde satıcının para borcu ise, şartları mevcutsa, sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ayrıca borçlanma yasağının, sermayenin iadesi yasağının varlığına rağmen özel olarak düzenlenmiş olması, kanun koyucunun konuya özel bir önem atfettiğini de göstermektedir. Bu nedenle, bazı yazarlarca sermayenin iadesi yasağı kapsamında kabul edilen bilançosal yaklaşımın, TTK m. 358 düzenlemesi nedeniyle benimsenmesine imkan yoktur. Böylece, bilançosal yaklaşımın benimsenmesi ile bağlı malvarlığından verilen ödünç, sermayenin iadesi kapsamında değerlendirilmese dahi, her halükarda TTK m. 358'i ihlal edecektir. Sonuç itibarıyla ödünçün tamamının serbest malvarlığından verilmesi gerektiği kabul olunmalıdır³⁹³.

Sermayenin iadesi yasağı, ödünç işlemi gibi, borçlanma yasağının kapsamında bulunduğunu savunduğumuz teminat işlemlerinin bizatihi yapılmasını da engellemez. Zira, şirket tarafından verilen teminatın sermayenin iadesi yasağını ihlal etmesi için, bu işlem sonucunda ortaklık sermayesinin karşılığını teşkil eden varlıklarında bir azalma olması gereklidir³⁹⁴. Hatta

³⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. SEVİ, s. 477-480.

³⁹³ KENDİGELEN, ilk Tespitler, s. 245,246; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 680.

³⁹⁴ SEVİ, s. 481.

öğretide, teminat konusu riskin gerçekleşip şirketin teminat alacaklısına ödeme yapması durumunda dahi, pay sahibine karşı sahip olduğu rücu imkiru nedeniyle sermayenin iade edilmiş sayılmayacağını savunan görüşler mevcuttur³⁹⁵. Kanaatimizce bu görüşe katılma olanağı bulunmadığından, teminat konusu riskin gerçekleşmesi halinde sermayenin iade edildiği kabul edilmelidir^{1PtS}. Ancak borçlanma yaşağının geniş yorumlanması ile bağlı malvarlığından teminat verilmesi TTK m. 358 uyarınca yasak kapsamında olacağından, anılan hüküm yine sermayenin iadesi yaşağına nazaran ek bir koruma sağlayacaktır. Çünkü borçlanma yaşağının, riskin gerçekleşmesinden bağımsız olarak uygulanması söz konusu olacaktır.

4. Piyasa Koşullarına Uygun Olma Şartı

Bilindiği üzere, gerek eTK gerek TTK, kural olarak.³⁹⁷ pay sahiplerinin şirketle işlem yapmasını yasaklamış değildir³⁹⁸. Ancak, şirketle pay sahibi arasında yapılan işlemin, pay sahibi lehine piyasa koşullarına aykırı olması durumunda, sermayenin gizli/ örtülü olarak geri ödendiği ya da örtülü şekilde kar dağıtıldığı³⁹⁹ kabul edilmektedir⁴⁰⁰. Bir diğer ifadeyle, pay sahibine, bu sıfatı (konu- mu) nedeniyle herhangi bir şekilde karşı talep hakkı içermeyen menfaat

³⁹⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEVİ, s. 482, dn. 247.

³⁹⁶ Aynı yönde bkz. SEVİ, s. 482.

³⁹⁷ Öte yandan, TTK m. 358, 395, 356, 480/3 hükümleri, pay sahibinin şirketle yapacağı işlemin şartları hakkında kural koyarak bu serbestiyi sınırlamaktadır.

³⁹⁸ Gerçekten de, pay sahibinin oydan yoksunluğunu düzenleyen TTK m. 436 hükmü bu sonucu doğrulamaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca pay sahibinin, kendisi, belirli derecede yakınları veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir iş veya işleme ilişkin olan müzakerelerde oy kullanması yasaktır. Böylece, pay sahibinin şirketle işlem yapmasına izin verilmekte, sadece ilgili işlemin genel kurulda görüşülmesi durumunda, kararın işlemden menfaati bulunmayan hissedarlar tarafından alınması gerekmektedir.

³⁹⁹ Görüşler arasındaki fark, sermayenin iadesi yaşağı ile korunan değer farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. TTKm. 480/3 hükmünün sermayeyi ya da bağlı malvarlığı koruduğu kabul edildiğinde bu değeri aşan serbest malvarlığından yapılan iadeler örtülü kazanç aktarımı ya da yedeklerin kullanımına ilişkin hükümlerin ihlali olarak değerlendirilir. Ancak, sermayenin iadesi yaşağı ile tüm malvarlığının korunduğu kabul edildiğinde, bu kez piyasa koşullarına aykırı gerçekleşen her işlem sermayenin iadesi niteliğinde değerlendirilecektir.

⁴⁰⁰ DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 51; SEVİ, s. 462.

sağlanması.o' ya da şirketin üçüncü bir kişiyle aynı şartlarda yapmayacağı bir hukuki işlemi pay sahibi ile yapması halinde⁴⁰¹ emredici nitelikteki hüküm-• Jer ihlal edilmiş olacaktır. Yapılan varsayımsal teste göre, işlemin pay sahibi olmayan bir üçüncü kişi ile de yapılabileceği sonucuna varılıyorsa, yasağın ihlal edilmediği kabul edilecektir⁴⁰³.

İşleme konu olan mal ya da hizmetin muayyen bir piyasa değerinin bulunması hali dışında, edimler arasındaki orantısızlığın tespit edilmesi her zaman kolay değildir. İşlemin konusunu, emsal değeri bulunan bir mal ya da hizmet oluşturuyor ise, şirket kural olarak bunları en fazla bu değerden satın almalı veya bu değer altında pay sahibine satmamalıdır⁴⁰⁴. Ancak, belirtmek gerekir ki, piyasa koşullarından sapan her işlemin, sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturduğu kabul edilememelidir. Bir diğer söyleyişle, işlemin piyasa koşullarına aykırı şekilde yapılmasının, ticari gerekçelerle de açıklanamıyor olması gereklidir⁴⁰⁵. Örneğin otel işleten ve otelin yan arazisini satın alarak tesisini büyütmeyi amaçlayan bir turizm şirketinin söz konusu araziye, konumu sebebiyle piyasa değerinin üzerinde almaya gönüllü olması ticari gerekçelerle açıklanabilir bir olgudur. İşleme konu arazinin sahibinin şirkette aynı zamanda pay sahibi ya da herhangi bir üçüncü kişi olmasının ise bir önemi yoktur. Zira, işlem, paysahibinin bu sıfatı gereği kendisiyle yapılmamıştır. Benzer şekilde, piyasa koşullarına aykırı yapılan işlem neticesinde şirketin uğradığı zararın ek faydalarla tazmin edildiği durumlarda da yasağın ihlal edildiği sonucuna varılamaz⁴⁰⁶.

Yukarıda yapılan açıklamalar sonucunda, çalışmada, borçlanma yasağı ile sermayenin iadesi yasağının koruma kapsamının büyük ölçüde aynı ve

⁴⁰¹ I<.LEPPNER, s. 70.

⁴⁰² BAYER,§ 57, N. 37; HüPPER, § 57, N 8; ŞENER, s. 312,313. Bilgili/Demirkapı, emsallerine göre haklı ve meşru görünmeyecek menfaatlerin elde edilmesinin sermayenin iadesi hükmünün kapsamında değerlendirilmesigerektiğini belirtmekle birlikte, bu işlemlerin borçlanma yasağı hakkındaki hükmün kapsamında olmadığını savunmaktadır. Bkz. BiL-GİLİ/DEMİRKAPI, s. 493.

⁴⁰³ LuTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 21; ALTMEPPEN, GmbHG, § 30, N. 76; BAYER,§ 57, N. 36, 37; SEVİ, s. 469.

⁴⁰⁴ LuTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 17; BAYER,§ 57, N. 38.

⁴⁰⁵ Bkz. DOĞAN, Sermayenin İadesi, s.51; TEOMAN, Örtülü Kazanç Dağıtımı, s.242.

⁴⁰⁶ SEVİ, s. 468.

bağlı malvarlığı ile sınırlı olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak, hükümlerin kapsamına giren işlemler arasında farklılık bulunmaktadır. Borçlanma yasağının kapsamı, ödünç verilmesi ve kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemler yapılmasıyla sınırlı iken, pay sahibine herhangi bir şekilde menfaat aktarılması suretiyle sermayenin iade edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, ödünç ve teminat işlemlerinin sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Ancak yine de sermayenin iadesi yasağının geniş yorumlanmasıyla anılan işlemlerin hükmün kapsamında bulunduğu savunulabilecektir. Bu nedenle, TTK m. 358'in m. 480/3'e nazaran özel hüküm niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, kanun koyucunun sermayenin iadesi yasağının varlığına rağmen borçlanma yasağını benimsemiş olması, daha üstün bir koruma sağlamayı amaçladığını göstermektedir.

Bu nedenle, bilançosal yaklaşım benimsense dahi, bağlı malvarlığından piyasa koşullarına aykırı şekilde verilen ve bu yüzden sermayenin iadesi olarak nitelendirilen bir ödünç işlemine, özel hüküm niteliğindeki TTK m. 358 hükmünün uygulanmasıyla izin verildiği kabul edilemez. Gerçekten de, işlemin piyasa koşullarına uygun yapılması şartı, sermayenin korunması ilkesi ve kanunun ruhu gereğidir. Dolayısıyla, piyasa koşullarına aykırı şekilde pay sahibine menfaat aktarımları sermayenin iadesi anlamına geldiğinden, TTK m. 358'de açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, piyasa koşullarına aykırı ödünç işlemi borçlanma yasağını ihlal eder.

Eklemek gerekir ki, TTK m. 358'de pay sahibinin şirkete borçlanması- na izin verilmesi, pay sahibine, herhangi bir üçüncü kişiden farklı şartlarda sözleşme yapma hakkı tanımamaktadır. Çünkü yapılan sözleşme, şirketler hukuku kaynaklı olmayıp, yalın bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve bu nedenle, pay sahibi herhangi bir üçüncü kişiden farklı muameleye tabi tutulmamalıdır⁴⁰⁷. Bu nedenle kanaatimizce, 6335 sayılı Kanun'un müdahalesi ile, borçlanma işleminin piyasa koşullarına uygun yapılma şartının kaldırılmış olmasına rağmen, bu şartın uygulanabilirliği devam etmektedir⁴⁰⁸. Varılan bu sonucu şirketler topluluğu hakkındaki kurallar da desteklemektedir. Şöyle ki, yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 202 hükmü, hakim şirketin

⁴⁰⁷ KIRCA/GÜREL, s.9.

⁴⁰⁸ Aynı yönde, KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 680; GÜREL, s. 105; KIRCA/GÜREL, s.9, 10.

dahi hakimiyetini hukuka aykırı kullanarak bağılı şirketi kayba uğratmasına izin vermemiş, bu kaybın denkleştirilmesini öngörmüştür. Kayıp, piyasa koşullarına aykırı şekilde verilen bir ödünç işlemi nedeniyle de söz konusu olabileceğinden, topluluk menfaati gerekçesiyle dahi yapılmasına izin verilmeyen bir işlemin, borçlanmaya ilişkin özel bir koruma öngörmek amacıyla ihdas edilen bir hükmün varlığına rağmen ve özellikle bağımsız şirketlerde yapılabileceği kabul edilemez.

TTK m. 358 hükmü kapsamındaki bir ödünç işleminin piyasa koşullarında yapılması gerektiği belirlendikten sonra, verilen ödünç karşılığında faiz talep edilmesi gerekip gerekmediği incelenmelidir. 6335sayılı Kanun'un gerekçesinde, borcun makul bir vade içinde ifa edilmesi ve şirketin zarara uğratılmaması gerektiği belirtilmiştir. Öğretide, şirketin zarara uğramaması şartı, faiz öngörülmesi zorunluluğu olarak nitelendirmişti.⁴⁰⁹ Gerçekten de, bir miktar paradan belirli bir süre mahrum kalan şirketin uğrayacağı zararın ancak bu ödünç karşılığında faiz alması ile giderilmesi mümkündür. Varılan sonucu bilanço hukukundaki düzenlemeler de desteklemektedir. Örneğin TMS 39 uyarınca, şirketin pay sahibine verdiği ödünçün, diğer alacaklar gibi itfa edilmiş maliyet değeriyle ölçülerek finansal tabloda raporlanması gereklidir. Bu uygulama esas itibarıyla, bilanço tarihindeki peşin/reel değeriyle ölçülmesini amaçlamaktadır. Söz konusu amaca ise, etkin faiz yöntemi kullanılarak ulaşılmaktadır⁴¹⁰. Bu nedenle, pay sahibine verilen ödünç karşılığında faiz kararlaştırılmamış olması, alacağın reel değeriyle bilançooya geçirilmemesi sonucunu doğuracaktır.

Konumuz açısından kollektif şirketler hakkındaki TTK m. 224 hükmünün anılmasında fayda bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, şirket ortağı yetkisiz olarak şirketten çektiği veya şirket hesabına tahsil ettiği parayı derhal, ödünçünü ise faiziyle birlikte ödemek zorundadır. Anılan hükümle, yöneticinin şirketin parasını kullanması ve şirketten karşılıksız ödünç alma-

⁴⁰⁹ Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 243, aynı yönde, PoROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), I, N. 512e.

⁴¹⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA/GÜREL, s. 10. Anılan yazarlar, TMS'yi uygulamakla yükümlü olmayan şirketlerin ise, Maliye Bakanlığı'nın Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğ'lerine göre alacağı nominal değeriyle raporlayıp, adetlandırma yöntemi ile bu alacağı faiz işlettiklerini ifade etmişlerdir. Bk1. a.e., s. 11, 12.

sının engellenmesi amaçlanmıştır⁴¹¹. Paysahiplerinin şirket borçlarından dolayı sınırlı sorumluluklarının bulunmadığı kollektif şirketlerde dahi, şirket malvarlığının korunması amacıyla faiz ödenmesi zorunlu kılındığına göre aynı sonucun evleviyetle anonim şirketler için de kabul edilmesi gerekir.

Gerçekten de, Alman hukukunda, nakit havuzu uygulamasına esneklik kazandırılması amacıyla, bilançosal yaklaşıma geri dönülmesini sağlayan, şirketin tam değerli talep hakkı bulunması halinde yapılan ödemelerin sermayenin iadesi yasağını ihlal etmeyeceği şeklindeki istisnaya rağmen, öğretide bazı yazarlar, verilen ödünç karşılığında uygun bir faiz ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, ancak verilen borç karşılığında makul

m KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 197.

⁴¹² MoMiG ile yapılan değişiklik neticesinde, şirket ile pay sahibi arasında yapılan işlemin piyasa koşullarında yapılması zorunluluğu bulunup bulunmadığı konusu tartışmalı hale gelmiştir. MoMiG'in gerekçesinde, şirket tarafından pay sahibine yapılan ödemenin tam değerli talep veya karşı edim sağlamanın yeterli olmayacağı, ayrıca bu ödemenin piyasa koşullarında yapılmış olmasının da gerektiği ifade edilmiştir. MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41. Buna karşın, borcun piyasa koşullarında verilmesinin gerekli olup olmadığı meselesi Alman literatüründe tartışılmaktadır. Bir grup yazara göre, madde metninde sadece tam değerli geri ödeme talebi ile karşı edim talebinden bahsedilmiş olması sebebiyle, kanun koyucu bilinçli olarak işlemin piyasa koşullarında yapılmasını aramamıştır. Ayrıca, MoMiG ile yapılan değişikliğin temel nedeni, nakit havuzu uygulamasına hukuki geçerlilik kazandırmak olduğundan, topluluk şirketleri arasında gerçekleşen nakit yönetim aracının ekonomik faydası dikkate alındığında, işlemin piyasa koşullarında gerçekleştirilmesini aramak kanun koyucunun amacına ters düşecektir. ALTMPEPEN, NGZ 11/2010, s. 403; ÖzoiN, s. 30, 31. Karşı görüşte olan yazarlara göre, pay sahibi ile şirket arasında gerçekleştirilen işlemlerin piyasa değeri üzerinden yapılması gerekir. Aksi halde, yani ekonomik olarak şirket aleyhine yapılan söz konusu işlemler, sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilir. HIRTB, N. 675; CONAc/ENRIQUBS/GELTBR, s. 502; BLACK/CHEFFINS/GELTBR/KİM/NoLAN/ SIEMS/PRAVA, s. 74. Son olarak, bazı yazarlar, sermaye kaybı (*Unterbilanz*) olan şirketler ile, verilen kredinin geri ödenmemesi halinde sermayesini kaybedecek şirketlerde, kredinin piyasa koşullarında verilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. VBTTBR/SCHWANDTNER, s. 1168. Bir diğer ifadeyle, kredi verecek şirketin sermaye kaybı olması durumunda dahi, kredinin piyasa koşullarında verilmesi ve borcun tamamının geri ödeneceğine dair talep hakkı kazanılması halinde, GmbHG § 30/1 c. 2'de öngörülen istisna geçerli kabul edilecek ve sermayenin korunması hakkındaki kural ihlal edilmiş sayılacaktır. Bkz. a.e., s. 1168. Ancak, her halükarda MoMiG'te tanınan istisnaya paralel bir hüküm Türk hukukunda bulunmadığından, işlemin piyasa koşullarına uygun yapılması gereklidir. Alınan hukukundaki tartışma bizim için, tanınan esnekliğe rağmen işlemin piyasa koşullarında yapılması gerektiğini savunan görüşler bulunması açısından önemlidir.

bir faiz miktarının ödenmesinin kararlaştırılmış olması halinde sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşmayacaktır. Zira, bu sonuç bilançosal yaklaşım tarzının bir gereğidir. Kanaatimizce, bilançosal yaklaşımın reddedildiği borçlanma yasağı hakkındaki TTK m. 358 hükmü evleviyetle aynı sonuca varılmasını gerektirir.

Özetlemek gerekirse, çalışmada, borçlanma yasağı hakkındaki 358. maddede sadece iki halde pay sahibinin şirkete borçlanmasının yasaklanmasına rağmen, borçlandırıcı işlemin piyasa koşullarına uygun olarak yapılması gerektiği savunulmaktadır. Zira, bu sonuç, borçlanma yasağının da öngörülme sebeplerinden olan sermayenin korunması ilkesi gereğidir. Buna göre, şirketin serbest malvarlığından verildiği için sermayenin iadesi ya da borçlanma yasağını ihlal etmeyen ödünçün piyasa koşullarına aykırı olması halinde bu işlem, eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturacak⁴¹⁵ ve örtülü kar dağılımı kapsamında değerlendirilecektir⁴¹⁶. Görüldüğü üzere, sermayenin iadesi yasağı ile borçlanma yasağının kesiştiği alan şirketin bağlı malvarlığıdır. Bağlı malvarlığından piyasa koşullarına uygun ödünç verilmesi bilançosal yaklaşım uyarınca sermayenin iadesi yasağını ihlal etmezken, borçlanma yasağı bu işleme engel olmaktadır.

Son olarak eklemek gerekir ki, bağlı malvarlığındangerçekteşen, piyasa koşullarına aykırı, ödünç veya kredi verilmesi dışındaki tüm işlemler ise sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Serbest malvar-

⁴¹³ SEVİ, s. 479. Diğer bir grup yazar ise, faiz talebinden vazgeçmenin ancak borcun kısa vadeli olarak verilmesi halinde mümkün olduğunu, uzun vadeli borçlar içinse makul bir faiz oranının belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. HÜFFER, § 57, N. 20; ÖZDİN, s. 29. Topluluk şirketlerinde ise, yavru şirketin faiz talep etme hakkından feragat etmesi halinde, havuzdan faizsiz olarak borç alabiliyor olması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. a.e., s. 29.

⁴¹⁴ Aynı yönde, bkz. YüCE, s. 79; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 492. Aksi görüş için bkz. HIZIR, s. 232. Yazar, 6335 sayılı Kanun ile değişik TTK m. 358'de, "*emsallerine aynı veya benzer şartlara tabi tutulması*" zorunluluğunun ortadan kaldırıldığını belirtmektedir. Ancak, aynı makalede, pay sahibinden emsallerinden bariz bir biçimde farklı bir bedelle mal veya hizmet temin edildiği hallerin de borçlanma yasağı kapsamında değerlendirileceği sonucuna varılmıştır. Bkz. a.e., s. 235.

⁴¹⁵ Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri açısından eşit işlem ilkesinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 492.

⁴¹⁶ SEVİ, s. 462.

lığından piyasa koşullarına aykırı ödünç verilmesi yahut sermayenin iaaesi niteliğindeki sair işlemler yapılması suretiyle menfaat temin edilmesi ise, eşit işlem ilkesine (TTKm. 357) aykırılık oluşturacak ve bu işlem aynı zamanda yönetim kurulunun sorumluluğunu doğuracaktır.

V. BORÇLANMA YASAĞININ İHLALİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Paysahibinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği Kanun'un 358. maddesinde, sadece yasağın şartlarına ilişkin bir düzenleme yapılmış ve fakat yasağın ihlalinin sonuçları açıkça belirtilmemiştir.

Bu eksiklik, Yürürlük Kanunu ile kısmen giderilmeye çalışılmış ve eTK döneminde gerçekleşen borçlanmaların tasfiyesine ilişkin anılan Kanun'da bir geçiş hükmüne yer verilmişti. Yürürlük Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca, kanuna aykırı şekilde anonim ve limited şirkete borçlanan pay sahiplerinin, bu borçlarını, TTK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde nakit olarak ödemek suretiyle tasfiye etmeleri zorunlu tutulmuş ve ayrıca, borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, kambiyo senedi verilmesi veya ödeme planı yapılmasının borcun tasfiye edilmesi anlamına gelmeyeceği açıkça ifade edilmişti. Borçların tasfiye edilmesi için öngörülen üç yıllık süre içinde borcun ödenmemesi halinde ise, şirket alacaklılarına, alacakları içinm borçlu ortağı takip edebilme yetkisi tanınmıştı.

Yürürlük Kanunu'nun 24. maddesinin, 6335 sayılı Kanun ile kaldırılması nedeniyle, hem eTK hem de TTK'nın yürüdükleri döneminde yasağı ihlal eden borçlanmalara uygulanacak müeyyidelere ilişkin bir belirsizlik oluşmuştur. Halbuki, borçlanma yasağı ile amaçlanan korumanın sağlanabilmesi ancak, yasağın ihlali halinde pay sahibinin iade borcu ile yönetim

¹⁷ Öğretide, Yürürlük Kanunu'nda, TTK m. 395'e paralel şekilde pay sahibinin sorumluluğunun sadece hükmü ihlal ederek şirkete borçlandığı tutarla sınırlı olduğunun belirtilmemiş olması eleştirilmiştir. Zira bu görüşe göre, yapılan düzenlemenin paysahiplerinin şirketin tüm borçlarından dolayı sorumlu olacağı gibi yanlış bir izlenim yaratması mümkündür. Bkz. PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 162.

kurulunun bu ödemeler dolayısıyla hukuki ve cezai sorumluluklarının açık bir şekilde düzenlenmesi ile mümkün olabilirdi⁴¹¹.

Borçlanma yasağı ile özellikle⁴⁹ şirket bağlı malvarlığının korunması amaçlanmaktadır. Ancak, hükmün ihdas amacından hareketle, şirket bağlı malvarlığını kayba uğratmayan borçlanmaların, yasağın istisnasını oluşturduğu kabul edilmemelidir. Gerçekten de, paysahibinin çok kısa bir vadeyle ödünç alması, hatta aynı gün içinde ve piyasa koşullarının üzerinde bir faiz oranıyla geri ödemesi ve bu nedenle şirketin herhangi bir kaybının bulunmaması halinde dahi işlem, koşulları varsa, yasağı ihlal etmektedir. Bu nedenle önemli olan, borçlanma işleminin Kanun'un 358. maddesinde sayılan olumsuz şartların varlığına rağmen gerçekleşmesidir. Bir diğer ifadeyle, hükme aykırılıktan söz edilebilmesi için şirketin zarar etmesi ya da kayba uğraması şart değildir. Ancak, şirketin bu işleminden zarar görmüş olması durumunda, bazı hukuki müeyyidelerin ilaveten uygulanması söz konusu olacaktır.

Borçlanma yasağının ihlalinin hukuki ve cezai sonuçlarına geçilmeden önce, bu hukuka aykırılığın nasıl tespit edileceği açıklanmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler çoğu zaman, TTK m. 358'i ihlal ederek pay sahibine borç veren kişi konumunda olduklarından, anılan kişilerin borçlandırıcı işlem hakkında bilgi sahibi oldukları varsayılır. Ancak, temsil yetkisinin belirli üyelere terhis edilmesi ihtimalinde, diğer üyelerin kanuna aykırı borçlanma işlemini ancak TTK m. 392 uyarınca kendilerine tanınan bilgi alma haklarını kullanarak öğrenmeleri mümkün olabilir. Yönetici olmayan pay sahipleri ise, TTK m. 358'e aykırı şekilde şirkete borçlanan pay sahibinin bu işleminden, kural olarak, finansal tabloların⁴²⁰ görüşüleceği olağan genel kurul toplantısında (TTK m. 409) haberdar olurlar. Ancak, faaliyet yılının sona ermesinden itibaren üç ay içinde yapılması gereken bu olağan genel kurul toplantısında müzakere edilen yıllık bilanço ile diğer finansal tablolar geçmişe dair bilgi vermektedir. Yani, örneğin, pay sahipleri, 2014 yılı içerisinde ortaklara verilen borcu, kümülatif şekilde, ancak, 2015 yılı mart ayı sonuna kadar yapılacak olan olağan genel

⁴¹⁸ Pay sahibinin örtülü kazanç aktarımları sebebiyle iade borcunun açıkça düzenlenmesi gereğine vurgu yapan görüş için bkz. VEIL, s. 93.

⁴¹⁹ Hükmün diğer ihdas amacı ise, paysahipleri arasında eşitliğin sağlanmasıdır.

⁴²⁰ "Ortaklardan Alacak Hesabı" şirket aktiflerinin (varlıklarının) gösterildiği ayrıntılı bilançonun sol tarafında yer alır.

kurul toplantısında öğreneceklerdir. Hatta, bilanço tarihine kadar borcun geri ödenmesi halinde, TTK m. 358'i ihlal eden işlemin bilançoya hiç yansımaması dahi mümkündür. Bu nedenle, bilançonun olağan genel kurulda görüşülmesinin, ilişkili işlemler nedeniyle şirketin taşıdığı muhtemel riski bertaraf edebilmek için yeterli koruma sağlamayacağı açıktır.

Kanaatimizce bu bağlamda, özel denetim isteme hakkının önemli bir koruyucu mekanizma olarak işletilmesi mümkündür. Zira, bu hak TTK ile yeniden ve çok daha etkin bir şekilde düzenlenmiştir⁴²¹. Azlığın talebi sonucunda mahkeme, kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarının, ikna edici bir şekilde ortaya konulması ihtimalinde (TTK m. 439/2)m özel denetçi atayacaktır. Paysahiplerine, TTK m. 358'de belirtilen olumsuz şartların varlığına rağmen borç verilmesi, Kanun'un açıkça ihlal edilmesi anlamına gelir. Bu ihlalde ise, şirket ve dolayısıyla pay sahiplerinin zarara uğraması muhtemeldir. Bu nedenle, genel kurulda özel denetim talebi reddedilen azlığın mahkemedен, borçlanmanın TTK m. 358'e uygun olup olmadığının denetlenmesini talep etmesi yeterli olmalı ve ayrıca şirket zararını ispatlaması aranmamalıdır⁴²³.

Ancak ne var ki, borçlanma yasağının ihlal edildiği şüphesi bulunması halinde özel denetim hakkının kullanılabilmesi dışında başkaca bir imkan bulunmamaktadır. Yukarıda verilen örnekte belirtildiği üzere, pay sahiplerinin geçmişe dönük bilgi sahibi olmaları ancak bilançonun hazırlanmasına kadar borcun geri ödenmemesi ihtimalinde söz konusudur. Bunun ise yeterli koruma sağlamayacağı açıktır. Bu nedenle, pay sahiplerine ve onların

⁴²¹ Özel denetim isteme hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. NARBAY, Denetim Usulü, s. 287-327; NARBAY, Özel Denetim.

⁴²² Özel denetim için aranan diğer koşullar, TTKm. 438/1 ve 439/1 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 341-343.

⁴²³ Zira, aykırılığın söz konusu olup olmadığının kesin olarak tespit edilmesi, denetim sonucunda mümkün olacaktır. Denetimin gereği gibi yapılabilmesi için, yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmalar dahil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin vermekle yükümlüdür. Ayrıca, kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurlarının önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü oldukları açıkça hükme bağlanmıştır.

yakınlarına verilen borç ve teminatlar hakkında finansal raporlarda ayrıntılı bilgi verilmesinin açıkça öngörülmesi faydalı olabilirdim.

B. Borçlanma Yasağı ile Sermayeyi Koruyan Diğer Hükümlerin Uygulama Alanlarının Tespit Edilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere⁴²⁵, TTK m. 358 hükmü, bağlı malvarlığından para ödöncü verilmesi ya da kredilendirme amacı taşıyan diğler hukuki işlemler yapılması hakkında kural koymaktadır. Bu nedenle, aşğıda tartışılan müeyyidelerin, sadece bu kapsamda değlerlendirilmesi gerekir. Ancak, borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde uygulanacak müeyyidelerin araştırılmasına geçilmeden önce, konunun, sermayenin iadesi yasağı ile haksız ve kötü niyetli kar payının iadesi hakkındaki kurallarla ilişkisinin belirlenmesinde fayda vardır.

Bu çalışmada, borçlanma yasağının konu açısından kapsamına girmeyen, tüketim ödöncü sözleşmesi ile teminat işlemleri dışındaki bağlı malvarlığından gerçekleşen menfaat aktarımlarının sermayenin iadesi yasağı kapsamında değlerlendirilmesi gerektiğı savunulmaktadır. Yapılan işlemin, sermayenin iadesi yasağını ihlal etmesi halinde, öğretime, iade ölçüsünde hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin geçersiz olduğı kabul

^m Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik (28.08.2012 tarih ve 28395 sayılı RG) m.12'de, yıllık faaliyet raporunda, şirketin finansal durumu hakkında genel bilgi verilmesi öngörölmüş ve bu bağlamda raporun şirketin özkaynak durumu, karlılık oranı hakkındaki açıklamaları içermesi hükmüne bağlanmıştır. Bununla birlikte, ortaklara verilen borçlara ilişkin açıklama yapma zorunluluğı açıkça öngörölmemiştir. Sadece, anılan yönetmeliğın 8. maddesinde, varsa; şirket genel kurulunca verilen izin çerçevesinde yönetim kurulu üyesinin şirketle kendisi veya başkası adına yaptığı işlemler hakkında bilgiler verilmesi öngöröldüğünden, üyenin aynı zamanda pay sahibi olınası halinde, finansal raporun bu üyeye verilen borçlara dair açıklamayı içermesi faydalı olur.

Yatırım fonları ile konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları dışında kalan ihraççılar ve sermaye piyasası kurumlarının finansal raporlamaları hakkındaki Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliğı (13.06.2013 tarih ve 28676 sayılı RG) m. 8 hükmünde ise, ilişkili taraf işlemleri hakkında bilgi verilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu kapsamda, ilişkili kişı işlemleri niteliğindeki ortaklara verilen ödöncü işleminin raporda yer alması zorunludur.

⁴²⁵ Bkz. İkinci Bölüm, İli, B, 1.

edilmektedir⁴²⁶. Bu kapsamda tartışılan bir konu, sermayenin pay sahibi lehine piyasa koşullarına aykırı bir işlem ile iade edilmesi halinde, kısmi geçersizliğin söz konusu olup olmayacağıdır. Bu konuda savunulan bir görüşe göre, sadece piyasa değerini aşan tutar geçersiz; geri kalan kısım ise geçerli kabul edilmelidir⁴²⁷. Aksi görüşe göre ise, hükmün emredici niteliği sebebiyle hukuki işlemin tümü geçersiz sayılmalıdır⁴²⁸.

Öğretide ayrıca, sermayenin iadesi yasağının ihlal edilmesi halinde, işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesi yanında, iade edilen tutar nispetinde sermaye borcunun kendiliğinden doğacağı ileri sürülmektedir⁴²⁹. Son olarak, savunulan bir diğer görüşe göre, sermayenin iadesi yasağının ihlal edilmesi ihtimalinde, haksız ve kötü niyetli kar dağıtımı hakkındaki TTK m. 512 hükmü kıyasen uygulanmalı ve iade borcunun kapsamı bu hüküm uyarınca belirlenmelidir⁴³⁰. Kanaatimizce, emredici nitelikteki TTKm. 480/3 hükmünü ihlal eden işlemin geçersiz sayılması ve yapılan işlemin türüne göre, sebepsiz zenginleşme veya istihkak talebi yoluyla iadenin sağlanması gereklidir.

Gerek sermayenin iadesi yasağı, gerek borçlanma yasağının koruma kapsamı bağlı malvarlığı ile sınırlı olduğundan, bu hükümlerin şirket serbest malvarlığından yapılan piyasa koşullarına aykırı işlemlere uygulanması söz konusu değildir. Kanaatimizce, örtülü kazanç aktarımı niteliğinde değerlendirilebilecek bu işlemlere karşı şirket, esas itibarıyla, haksız ve kötü niyetle⁴³¹ kar payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri ile kazanç payı alan yönetim kurulu üyelerinin bunları geri verme yükümlülüğü hakkındaki

⁴²⁶ LuTTER, Kölner Kommentar, § 571 N. 62; DOĞAN, Sermayenin İadesi 1s. 58; KOLL-MöLLENHOFF 1s. 160; BAYER 1 § 571 N. 157; HENZE 1 § 57, N. 203; MEYER 1 s. 71; HüFFER 1 § 571 N. 23; TEKİNALP (PoRoY/ÇAMOĞLU) 1il, N. 1050.

⁴²⁷ DöLLERER 1s. 338.

⁴²⁸ DoĞAN 1 Sermayenin İadesi 1 s. 58.

⁴²⁹ BINDER 1s. 41; DOĞANAY, s. 1217; KIRCA 1 Sermayenin İadesi 1s. 651; SEVİ, s. 514.

⁴³⁰ DoĞAN 1 Sermayenin İadesi, s. 59.

⁴³¹ TTK m. 512 hükmü uyarınca açılan davada ispat yükünün kimde olacağı konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir kısım yazar 1 pay sahibinin kötü niyetli olduğunu şirketin ispatlaması gerektiğini savunurken 1 karşı görüşte olan yazarlara göre, pay sahibi kötü niyetli olmadığını ispatlamak zorundadır. Tartışma hakkında bkz. TEKİNALP (PoRoY/ÇAMOĞLU), 1 1 N. 918; DOĞAN, Sermayenin İadesi, s. 59.

TTK m. 512/ 1 hükmü uyarınca korunmalıdır. Bu görüşün dayanağını, Kanun'da pay sahibine tanınan malvarlıksal hakların sınırlayıcı biçimde sayılması oluşturur. Gerçekten de, pay sahibinin mali hakları, kar payı (TTK m. 507), tasfiye payı (TTK m. 507), hazırlık dönemi faizi (TTK m. 510) ve esas sermayenin azaltılması neticesinde doğacak defter karıdır (TTK m. 473/4). Bu nedenle, şirketin tasfiye sürecine girmeden ya da sermayesini azaltmadan pay sahibine menfaat aktarması ise, haksız kar dağıtması olarak nitelendirilmeli ve bu kar payını alan pay sahibinin kötü niyetli olması halinde iade yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, eklemek gerekir ki, hukuka aykırı ve örtülü şekilde kar dağıtan yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılması⁰³ da mümkündür.

Gerçekten de, TTK m. 512 hükmünün, örtülü kar dağıtımını kapsamayacak şekilde dar yorumlanması halinde, sermaye piyasası ile vergi mevzuatı dışında açıkça düzenlenmeyen bu örtülü işlemlere karşı kapalı şirketler savunmasız kalacaktır. Halbuki, en az halka açık şirketler kadar⁰.. kapalı şirketlerde de örtülü kar dağıtımlarının engellenmesi gereklidir. Bu nedenle, OR m. 678/2 hükmünde olduğu gibi, kapsamı ödünç ve teminat işlemleriyle sınırlı olmayan piyasa koşullarından bariz ayrılan tüm örtülü dağıtımlar hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmesi ile korumanın tam anlamıyla sağlanması mümkün olabilir.

m NoMER, Eşit İşlem İlkesi, s. 479. Yazar, sadece belli bir grup paysahibine sağlanan menfaatin diğer pay sahiplerine de aynı yönde bir talep hakkı vermeyeceğini vurgulamaktadır.

m Özellikle, esas sermaye sistemini eleştiren yazarlarca Kıta Avrupası hukukuna örnek gösterilen, Amerikan ve Yeni Zelanda hukuklarında da, hukuka aykırı şekilde kar payı iktisap eden paysahibinin iyi niyetli olması halinde iade borcu bulunmamaktadır. Örneğin, Yeni Zelanda hukukuna göre, kanuna aykırı olarak iktisap edilen kar payının geri ödenmesi gereklidir. Ancak, pay sahibinin kar payını iktisap ettiği zamanda iyi niyetli olması ya da dağıtılan kar payının geçerliliğine inanarak şirketteki konumunu değiştirmiş ve bu nedenle kar payının geri istenmesinin haksız olması halinde iade söz konusu olmayacaktır. Bu ihtimalde ise, pay sahibinden geri alınmayan miktardan, dağıtım onaylayan ve ödeme yeterliliği sertifikasını imzalayan yöneticilerin sorumluluklarına gidilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. VEIL, s. 84, 85.

m Gerçekten de, sermaye piyasası mevzuatının pay sahiplerinin menfaatlerini koruyucu mekanizmalarından yoksun ve esas sözleşmesinde bağlam bulunması ihtimalinde şirkette kilitli kalına riski bulunan kapalı şirket azınlık paysahibinin evleviyetle korunması gereklidir. Sermaye piyasası mevzuatındaki özel düzenlemelerden bazıları, bilanço kuralları, kamuyu aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler, örtülü kazanç aktarımı yasağı v_e özel dava haklarıdır. Bkz. KAYA, s. 194.

C. Yönetim Kurulu Kararının Butlanının İleri Sürülmesi

Bilindiği üzere, TTK m. 374 uyarınca, şirketin genel yetkili organı yönetim kuruludur. Bu nedenle, yönetim kurulunun, TTK m. 358 uyarınca pay sahibine borç verme konusunda karar alması mümkündür. Ancak, şirkete borçlanacak pay sahibinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması halinde bu üyenin, işlemin görüldüğü kurulda görüşmelere katılmaması gerekir. Zira, bu işlem nedeniyle yönetim kurulu üyesinin kişisel ve şirket dışı menfaati ile şirket menfaati çatışmaktadır (TTK m. 393).

TTK m. 447 hükmüne paralel bir şekilde, TTK m. 391 'de, sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen yönetim kurulu kararlarının batıl olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Anılan hükümde ayrıca, konumuz açısından önem taşıyan ve TTK m. 447 hükmünde butlan sebepleri arasında sayılmayan eşit işlem ilkesini ihlal eden kararların da batıl olduğu belirtilmiştir. Böylece kanun koyucu eşit işlem ilkesinin gereğini yerine getirmekle asli yükümlü organın yönetim kurulu olduğunu belirtmiştir. Ancak TTK m. 357, yönetim kurulu yanında, genel kurulun da keyfi karar vermesini yasaklamaktadır-⁴³⁶.

TTK m. 447 ile 391'in mehazırı oluşturan OR m. 714'ün gönderme yaptığı 706b hükmünde ise, sermayenin iadesi yasağını ihlal eden yönetim kurulu kararlarının kesin hükümsüz olduğu belirtilirken, eşit işlem ilkesi anılmamıştır. İsviçre öğretisinde, sermayenin korunması hakkındaki hükümleri ihlal eden kararların, açıkça hükümsüz olduğu belirtildiğinden, bireysel somut bir ihlalin varlığında dahi kararın hükümsüz olacağı kabul edilmektedir⁴³⁷. Buna karşılık, ortaklara örtülü kar dağıtılması hakkındaki OR m. 678/2 hükmü, dar yorumlanması gereken⁴³⁸ "sermayeyi koruyan hü-

⁴³⁵ Bu nedenle, eşit işlem ilkesine aykırı bir genel kurul kararı iptal davasına konu olurken, eşit işlem ilkesini ihlal eden yönetim kurulu kararı batıl olacaktır. Bu tercihin eleştirisi için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 279.

⁴³⁶ Aynı sonuç ilkenin kanuni dayanağı bulunmadığı dönemde de kabul edilmekteydi. Bkz. NoMER, Eşit İşlem, s. 481.

⁴³⁷ VoN BüREN/STOFFEL/WEBER, N. 1133; VoN BüREN, s. 131.

⁴³⁸ Yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre öğretisinde sermayenin korunması (*Kapitalerhaltung*), ile kapsamı tartışmalı olmakla birlikte bağlı malvarlığından yapılan iadelerin engellen-

kümler" kapsamında değerlendirilmemektedir'³⁹. Bu görüş uyarınca, örtülü kar dağıtımı neticesinde eşit işlem hakkı ihlal edilmiş olmaktadır; ancak buradaki ihlal bireysel-somut bir ihlal olduğundan, kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmamaktadır. Kesin hükümsüzlüğün söz konusu olması için genel-soyut bir ihlal gereklidir⁴⁰. İhlalin genel-soyut bir şekilde, örneğin, bir esas sözleşme hükmü gereği gerçekleşmesi durumunda kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır". Özetlemek gerekirse, OR m. 706b hükmünde, açıkça sermayeyi koruyan hükümleri ihlal eden kararların batıl olacağı belirtilmiş olduğundan, butlan müeyyidesinin uygulanması için bu kararın genel ve soyut nitelikte bir karar olması zorunlu değildir. Buna karşılık, hükümde eşit işlem ilkesinin zikredilmemiş olması sebebiyle, sermayenin korunması kapsamında kabul edilmeyen, serbest malvarlığından yapılan örtülü kar dağıtımı hakkındaki kararlar ancak genel ve soyut nitelikte olduğu takdirde batıl olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, çalışmanın bu bölümünde, şirket bağlı malvarlığından gerçekleşen Kanun'a aykırı borçlanmalara uygulanacak müeyyideler araştırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, şirket serbest malvarlığından yapılan, ancak eşit işlem ilkesini ihlal eden örtülü kazanımlar çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu bağlamda, TTK m. 391 hükmünde, İsviçre hukukundan farklı olarak, eşit işlem ilkesini ihlal eden yönetim kurulu kararlarının açıkça sayılmış olması sebebiyle, butlan müeyyidesi için genel ve soyut nitelikte bir ihlalin şart olmadığı, bireysel-somut bir ihlalin varlığı halinde dahi işlemin batıl olacağı⁴² belirtmekle yetiniyoruz.

mesi anlaşılmaktadır. Bu nedenle, serbest malvarlığından yapılan örtülü işlemlere OR m. 678/2 hükmü uygulanacaktır.

⁴³⁹ VON BÜREN, s. 131 ve dn. 67-70'ten naklen.

-uo Bununla birlikte Gerekçe'de, ilkeye aykırılığın tek hukuki sonucunun, iptal olmadığı belirtilmiştir. Gerekçe'deki bu açıklamaya paralel olarak eşit işlem ilkesine sürekli aykırılık sonucu doğurarı genel kurul kararlarının butlan, ilkeyi belirli pay sahipleri açısından ve geçici olarak ihlal eden kararların ise iptal edilebilir olduğu kabul edilmelidir.

⁴⁴¹ VON BÜREN, s. 131, 132.

⁴⁴² Öte yarıdan, kayıtlı sermaye sistemini benimseyen şirketlerde alınan, TTK m. 460/4 ve SerPK m. 18 / S hükümleri kapsamına giren eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları iptale tabidir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. S17.

D. Genel Kurul Kararının Butlanının İleri Sürülmesi

eTK'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, aynı zamanda bir hukuki işlem olan genel kurul kararları aleyhine açılan iptal davası yanında, bu kararların yokluğu ya da butlanının ileri sürülebileceği⁴⁴³ konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktaydı..... Bu görüş, TTK m. 447'de kanuni dayanağa kavuşturulmuş ve batıl genel kurul kararları düzenlenmiştir. TTK'da anonim ortaklıklar hukukuna özgü butlan sebepleri⁴⁴⁵ hakkında düzenleme yapılması doktrinde olumlu yönde karşılanmıştır⁴⁴⁶. Hükümde butlan sebepleri, mehz OR m. 706b hükmüne paralel şekilde sınırlayıcı olmamak üzere sayılmıştır. Bu nedenle hükmün kapsamına, TTK m. 447'de sayılan butlan sebepleri yanında, öğreti ve içtihatlarla benimsenen borçlar

⁴⁴³ Genel kurul kararlarının geçersizliğinin ileri sürülmesine özellikle, yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasının, belirli bir pay oranına sahip olunmasına bağlandığı ya da mahkeme masraflarına pay sahiplerinin katlandığı ülke hukuklarında rastlanmaktadır. Bkz. CoNAc/ENRIQUES/GELTER, s. 497. Örneğin, Almanya'da, 2005 yılında yapılan değişiklik öncesinde, pay sahibinin sorumluluk davası açılması yönündeki talebinin genel kurulda reddedilmesi halinde, paysahibinin sorumluluk davası açabilmesi, esas sermayenin %5'ine ya da 500.000 Avro değerinde hisseye sahip olma şartına bağlanmaktaydı. Bkz. AktG § 147/3. Değişiklik ile eşikler, %1 sermaye oranı ile 100.000 Avro tutarına indirilmiştir. Bkz. AktG § 148/ 1. İtalya'da da, ilk kez 1998 yılında halka açık şirketlerde %5 oranında sermayeye sahip pay sahibine sorumluluk davası açma hakkı tanınmıştır. Bu oran 2006 yılında %2,5'e düşürülmüştür. 2003 yılında yapılan şirketler hukuku reformu ile, kapalı şirketlerdeki pay sahiplerine de dava hakkı tanınmış ancak bu hakkın sermayenin %20'sine sahip olunması şartıyla kullanılabileceği belirtilmiştir. Fransa'da ise herhangi bir eşik öngörülmemesine rağmen, usul hukukundan kaynaklanan, örneğin mahkeme masraflarının yüklenilmesi gibi sorunlar sebebiyle, yine pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davasına fazla rastlanmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., a.e., s. 508, 509. Ayrıca bkz. ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 174, 175. Türk hukukunda ise, sorumluluk davası açılabilmesi için, belirli bir pay oranına sahip olma koşulunun bulunmaması (TTKm. 555/1) ve mahkeme masraflarının davalı yöneticilere yükletilmediği hallerde, şirket ile davacı paysahipleri arasında hakkaniyete göre paylaştırılması (TTK m.555/2) nedenleriyle, ülkemizde sorumluluk davalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Buna karşılık, sorumluluk davası açılması yerine, kararın geçersizliğinin ileri sürülmesi ve bu kararın kendisine sonuç bağlamasının engellenmesi, tarafların menfaatlerine daha iyi hizmet edebilmektedir.

⁴⁴⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MoROĞLU, Hükümsüzlük, s. 77-184.

⁴⁴⁵ Anonim ortaklığa özgü butlan sebeplerinin kanunda düzenlemesi ihtiyacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Butlan Sebepleri, s. 5-16.

⁴⁴⁶ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 347.

hukukundan kaynaklanan hükümsüzlük halleri ile anonim ortaklığa özgü diğer hükümsüzlük halleri de girmektedir⁴⁴⁷.

Konumuz açısından önem taşıyan bir butlan sebebine TTK m. 447'nin (c) bendinde yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, anonim **şirketin** temel yapısını bozan veya "*sermayenin korunması hükümlerine*¹¹⁴⁴³ aykırı olan genel kurul kararları batıldır'⁴⁹. Öğretide, sermayenin korunması hakkındaki kuralları ihlal etmesi sebebiyle batıl olan kararlara örnek olarak, itibari değer altında pay çıkarılması, sermayenin kanunen izin verilmeyen **şekilde** pay sahiplerine iade edilmesi, sermaye payı için faiz ödenmesi, kar dağıtımı hakkındaki emredici kuralların ihlal edilmesi ve kanunen izin verilmeyen şekilde şirketin kendi payını iktisap etmesi halleri verilmiştir⁵⁰.

Özel hüküm niteliğindeki TTK m. 447 hükmü yanında, sermayenin korunması amacıyla ihdas edilen hükümlerin emredici ve alacaklıları koruyucu⁵¹ niteliği dolayısıyla, bu hükümleri ihlal eden genel kurul kararlarının

...⁷ TEKİNALP, Butlan Sebepleri} s. 13. Anonim ortaklıklar hukukuna özgü olup da TTK m. 447'de sayılanlar dışında kalan sebepler ile TBK m. 27'nin kapsamına giren sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 2/2, s.50-54.

...⁸ Sermayenin korunması hükümlerinin} bağlı malvarlığını da kapsayan ve fakat bununla sınırlı olmayan tüm şirket malvarlığını koruyan hükümler şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), C. 2/2, s. 47.

...⁹ Bilindiği üzere, SerPK m. 23/ 1 'de halka açık ortaklıkların genel kurullarında alınan önemli nitelikteki işlemlere dair kararlar aleyhine SPK'nın TTK uyarınca iptal davası açabileceği hükme bağlanmıştır. Bu konuda daha kapsamlı bir düzenlemeye yer veren SerPK m. 92 uyarınca ise, SerPK'ya tabi ihraççıların, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı işlemleri sebebiyle sermayesinin veya malvarlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı- nın Kurul'ca tespit edilmesi halinde Kurul'a bazı yetkiler tanınmıştır. Buna göre Kurul, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını istemek, hukuka aykırılığının tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her halde durum ve işlemin vuku tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmak ve bu işlemler nedeniyle sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmak konusunda yetkilidir. Anılan düzenleme, TTK uyarınca iptal davası açmak için öngörülen üç aylık hak düşürücü süreyi üç yıla çıkarması ve yokluğun tespitini süreye bağlaması açısından eleştiriye açıktır. Yokluğun tespitinin süreye bağlanması konusundaki eleştiri için bkz. BAHTİYAR, s. 211.

...⁵⁰ TEKİNALP, Butlan Sebepleri, s. 9.

m MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 169-172. Alman hukukunda da, alacaklıların menfaatini koruyan hükümleri ihlal eden genel kurul kararlarının batıl olacağı savunulmaktadır.

batıl olduğu öğretide kabul edilmektedir. Bu açıdan genel kurul kararı oybirliği ile alınsa dahi yine batıl olacaktır⁴⁵¹.

Yukarıda açıklandığı üzere⁴⁵³, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı, sermayenin korunması ilkesi gereği⁴⁵⁴ ihdas edilmiştir. Ancak, şüphesiz, pay sahibinin Kanun'a aykırı şekilde şirkete borçlanmasına sebep olan işleme TTK m. 447 hükmünün uygulanması, bu işlemin genel kurulda karara bağlanmasına bağlıdır. Bu nedenle, genel kurul ile yönetim kurulunun görev ve yetki alanlarının sınırının çizilmesi ve borçlandırıcı işlemin genel kurulda görüşülmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

TTK m. 374 hükmünde, Kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış konular dışında, şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için yapılması gerekli bütün iş ve işlemlerin yönetim kurulunun yetkisinde olduğu ifade edilerek, yönetim kurulunun genel yetkili organ olduğu belirtilmiştir. Böylece eTK zamanında yapılan, genel kurulun üst organ olup olmadığı yönündeki tartışmalara son verilmiş ve organlar arasında hiyerarşik ilişkinin yerine işlev ayrılığı ilkesi kabul edilmiştir⁴⁵⁵.

Yönetim kurulunun devredilmez yetkilerini düzenleyen TTK m. 375'in açık hükmü dolayısıyla, maddede sayılan konularda esas sözleşme ile düzenleme yapılarak genel kurulun yetkilendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, yönetim hakkının kapsamına giren bir iş ve/veya işlemin, esas sözleşmeyle genel kurulda görüşülebilmesi için öncelikle bu iş veya işlemin, 375. maddenin kapsamında bulunmaması gerekir. Ayrıca, TTK m. 375 hükmünde yer almamasına rağmen, yıllık faaliyet raporu (TTK m. 516, 518) ile iç yönergenin hazırlanması (TTK m. 367), genel kurulun verdiği yetkiye istinaden şirketin kendi payını edinmesi (TTK m. 379), sermaye kaybı halinde genel kurulun toplantıya çağırılması (TTK m. 376/2), kayıtlı

Bkz. TEKİNALP, Butlan Sebepleri, s.9'dan naklen, SCHMIDT, Großkommentar, § 241, N. 42; HÜFFER, § 241, N.19.

•m FoRSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, N. 109; LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 11; LUTTER, Kapital, s. 2, 3; SEVİ, s. 413.

⁴⁵³ Bkz. İkinci Bölüm, II.

⁴⁵⁴ Doktrinde de TTK m.358'i ihlal eden genel kurul kararının TTK m. 447 uyarınca batıl olacağı ifade edilmiştir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 2/2, 48.

⁴⁵⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT), C.1, s. 131; BAHTİYAR, s. 150.

sermaye sisteminde sermaye artırımına karar verilmesi gibi konular yönetim kurulunun devredilmez yetkilerindendir⁴⁵⁶. Dolayısıyla, bu konularda da esas sözleşmeye hüküm konularak genel kurulun yetkilendirilmesi mümkün değildir.

TTK m. 375'in gerekçesinde, madde metninde açıkça zikredilmemiş olmakla birlikte, genel kurulun niteliğiyle hiç bağdaşmayan, aksine yönetim kavramının kapsamında bulunduğundan şüphe edilmeyen konuların, mesela, olağan konulara ilişkin sözleşmelerin yapılmasının esas sözleşme ile genel kurula devredilip devredilemeyeceği sorusunun yanıtının öğreti ile mahkeme kararlarına bırakıldığı belirtilmiştir⁴⁵⁷. Bu nedenle, genel kurulun devredilmez yetkileri (TTK m. 408) ile yönetim kurulunun devredilmez yetkileri (TTK m. 375) kapsamına girmeyen gri alandaki konularda, TTK m. 374 hükmüne rağmen, esas sözleşmede düzenleme yapılarak genel kurulun yetkilendirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmıştır.

TTK m. 408 hükmünde, genel kurulun Kanun'da ve *esas sözleşmede öngörülmüş konularda* karar alacağı belirtilmiştir. Yine, yönetim kurulunun görev alanını belirleyen TTKm. 374 hükmünde, yönetim kurulunun, kanun veya *esas sözleşme uyarınca* genel kurulun yetkisine bırakılan alanlar dışında yetkili olduğu ifade edilmiştir. Anılan hükümlerden hareketle, esas sözleşmede düzenleme yapılması suretiyle, TTK m. 375'in kapsamına girmeyen bir konunun genel kurulda görüşülebileceği ileri sürülebilir. Ancak bu kez, TTK m. 340 hükmünün⁴⁵⁸ esas sözleşmeyle düzenlenebilecek konuları sınırlaması sebebiyle, genel yetkili organ olan yönetim kurulundan, genel kurula yetki devri yapılamayacağına savunulması da mümkündür⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ TTK m. 375'te sayılmayan diğer devredilmez yetkiler için bkz. ALTAY, s. 162, 163; DOĞAN, Yönetim Yetkisinin Devri, s. 211-217; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N.12-37.

⁴⁵⁷ Benzer şekilde, yönetim kurulu kararlarının genel kurulun onayına bağlanıp bağlanamayacağı ve onaya bağlanması halinde bu onayın yönetim kurulunun sorumluluğuna etkisinin ne olacağı gibi hususlar yanıtızsız bırakılmıştır.

⁴⁵⁸ TTK'nın, "*Emredici hükümler*" başlıklı 340. maddesinin hükmün ilk cümlesi, "*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir.*" şeklindedir. Böylece, söz konusu hüküm ile anonim şirketlere ilişkin birçok hüküm emredici hüküm haline gelmiş ve ihtiyari düzenleme yapılması imkanı kısıtlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İÇAR.Asu, s.48-96.

⁴⁵⁹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 266.

Yukarıda açıklanan tartışmaya istinaden, konumuz bakımından açıklığa kavuşturulması gereken husus, TTK m. 358'in kapsamına giren bir borçlanmanın, yönetim kurulu yerine, genel kurulca karara bağlanmasının mümkün olup olmadığıdır.

Çoğunluk pay sahipleri ile şirket arasında gerçekleşen işlemler nedeniyle doğabilecek muhtemel zararlardan en çok etkilenecek grup, şüphesiz alacaklılar yanında diğer paysahipleridir. Esas sözleşmeye hüküm konularak, pay sahibine borç verilmesinin genel kurulca karara bağlanması öngörüldüğünde, ilgili genel kurulda şirkete borçlanacak pay sahibi oydan yoksun olacağından (TTK m. 436), kararın bu işlemde menfaati bulunmayan pay sahipleri tarafından alınması gerekecektir.

Kanaatimizce bu görüş, TTK m. 340 hükmü ile de uyumludur. Zira, anılan hükmün gerekçesinde maddenin lafzından "*sapabilme*" imkanının açıkça anlaşılmadığı durumlarda dahi, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla esas sözleşme ile düzenleme yapılmasına, yani, Kanun'dan "*sapılmasına*" izin verildiği belirtilmiştir. Açıklanan nedenlerle, pay sahibinin şirkete borçlanmasına diğer paysahiplerinin onay vermesi, TTK m. 358 hükmünün amacına uygun ve sonucu itibarıyla adil olduğundan bu işlemin genel kurulda görüşülebileceği⁴⁶⁰ kabul edilmelidir. Ancak, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, yönetim kurulunun sorumluluktan kaçınmak amacıyla kararın genel kurulda alınmasını sağladığı sonucuna ulaşılması halinde TTK m. 625/2 hükmü kıyasen uygulanmalı ve kararın genel kurulda alınmasının yönetim kurulunun sorumluluğunu kaldırmadığı kabul edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, genel kurulun somut ve bireysel bir işlem hakkında karar vermesi yanında, Kanun'a aykırı şekilde pay sahibinin şirkete borçlanması hakkında soyut bir kural koyması halinde ise bu kural her halükarda batıl olacaktır. Örneğin, genel kurulun, bağlı malvarlığından veya sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahiplerine şirketin

⁴⁶⁰ TTKm. 356 hükmünde bu tercihin bir yansımasına rastlanmaktadır. Bilindiği üzere, özellikle kurucuların, şirkete aynı sermaye getirmek yerine şirketin kuruluşundan itibaren kısa bir süre sonra bu ayınJarı şirkete devretme riskine karşı Kanun'da bir takım tedbirler öngörülmüştür. Konumuz açısından önem taşıyan tedbir ise, bu devralma işleminin genel kurulca onaylanması zorunluluğudur.

borç verilebileceğini öngören esas sözleşme değişikliği karan şüphesiz batıldır. Bununla birlikte, borçlanma şartlarının ağırlaştırılması ya da borçlanmanın tamamen yasaklanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, borçlanmaya ancak şirket özkaynağının bağlı malvarlığını belirli oranda aşması ya da tüm sermaye borcunun ödenmesi halinde izin verileceğinin kararlaştırılmasında bir engel bulunmamaktadır.

E. İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülmesi ve İşlem Güvenliği

Yukarıda açıklandığı üzere, sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen yönetim kurulu ve genel kurul kararları batıldır. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, borçlanmaya sebep olan işlemin yapılmasından önce çoğu zaman bir genel kurul ya da yönetim kurulu kararı alınması gerekmez⁴⁶¹. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulu tarafından en geniş şekilde yetkilendirilen tek bir Murahhas üye/ müdür ile pay sahibi arasında yapılan işlem neticesinde pay sahibinin şirkete borçlanması mümkündür. Kaldı ki, yönetim kurulu tarafından bir karar alınmış olması halinde dahi, bizzatihi bu kararın geçersizliği batıl karara istinaden yapılan işlemi de geçersiz kılmayacaktır.

Bilindiği üzere, Kanun'un, 1530. maddesinde, aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlem ve şartların batıl olduğu belirtilmiştir. Böylece, TTK m. 1 karşısında ticari hüküm olduğunda tereddüt bulunmayan TTK m. 358'e aykırı olarak borçlanıldığında, borcun doğumuna yol açan hukuki işlem "batıl"⁶² olacaktır⁶³. Bu konuda ayrıca, esas sözleşmede düzenleme yapılarak, borçlanma yasağı hakkında Kanun'da aranan şartlardan daha ağır şartlar öngörülmesi halinde işlemin geçerliliği

⁴⁶¹ Poroy/Tekinalp ise, h_ükümde belirtilen olumsuz şartların mevcut olup olmadığını inceleme görevinin yönetim kuruluna verilmiş olduğunu belirterek bu borç verme konusunda kurul kararına ihtiyaç bulunduğu görüşündedir. Bkz. PoROY/TEKİNALP (ÇAMOĞ-Lu), I, N. 512e.

⁴⁶² TTK'nın 447, 391, 380/1, 1530. maddelerinde öngörülen "butlan" yaptırımı, TBK m. 27'de, "kesin hükümsüzlük" terimi ile ifade edilmiştir. TBK ile yeknesak bir terminolojinin benimsenmemiş olmasının eleştirilmesi mümkün olsa da, çalışmamızda TTK'nın tercihi doğrultusunda "butlan" ifadesi kullanılmıştır.

⁶³ PASLI, TTK Genel Hükümler, s.161; TAMER, s.112; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 680; HIZIR, s. 284; KENDİGELEN, Pay Sahibinin Borçlanma Yasağı, s. 46.

belirlenmelidir. Örneğin, esas sözleşmede, TTK m. 358'de aranan şartlar yanında, pay sahibine borç verilebilmesi, genel kurul ya da yönetim kurulunda bu yönde karar alınması şartına bağlanmış, hatta bu karar için ağırlaştırılmış nisap öngörülmüş olabilir. Kanaatimizce, temsil yetkisinin kanunen cevaz verilmeyen şekilde sınırlandırılmasının söz konusu olduğu bu gibi ihtimallerde, şirketin iyi niyetli olmayan üçüncü kişilerle⁴⁶⁴ yapılan işlemle bağlı olmadığı itirazını ileri sürmesi mümkündür (TTK m. 371/ 4).

TTK m. 1530 yanında, borçlanma işleminin, temsilcinin kendisiyle işlem yapması nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi de mümkündür. Bilindiği üzere, TTK'nın 371/ 6 hükmü gereğince, tekpaysahipli anonim şirketlerde, pay sahibi ile şirket arasındaki⁴⁶⁵ sözleşmelerin yazılı şekilde⁴⁶⁶ yapılması gereklidir. Öğretide, anılan hükmün temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına ilişkin kuralları bertaraf etmeyeceği, aksine bu kuralların genişletilerek uygulanmasını sağlayacağı ileri sürülmektedir⁴⁶⁷. Bu sebeple, açık menfaat çabışmasına yer veren ve hissedarı kayıran sözleşmenin, yazılı yapılsa dahi geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Geçersizliği söz konusu olabilecek işlemlere örnek olarak, yönetim kurulu üyesi olan pay sahibine ödenen emsallerine oranla yüksek ücret, Murahhas üye ücreti, ikramiye, prim, yolluk, emeklilik tazminatı öden-

⁴⁶⁴ Öğretide, imza sirkülerinde düzenlenen, kanunen cevaz verilmeyen temsil yetkisine ilişkin sınırlamaların kural olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği, ancak üçüncü kişinin bu sınırlamayı bildiği yahut bilmemesinin ağır kusurundan kaynaklandığı hallerde şirketin anılan sınırlama nedeniyle yetkisiz temsil hükümlerinden yararlanabileceği savunulmuştur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, Yönetim Kurulumu Temsil Yetkisi, s. 168-175.

⁴⁶⁵ Hükmün uygulanması açısından, sözleşmenin yapılması sırasında, şirketin kimin tarafından temsil edildiğinin önemi yoktur. Önemli olan, yapılan sözleşmenin bir tarafında şirketin, diğer tarafında da tek pay sahibinin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, işlemin diğer tarafında şirketi temsilen tekpaysahibinin, tekpaysahibi ile birlikte veya tek başlarına Murahhas üye ya da müdürlerin bulunması fark yaratmayacaktır. Şirketin pay sahibi dışında bir üçüncü kişi tarafından temsil edilmesi durumunda dahi, işlemin pay sahibinin "*kendi kendisiyle sözleşmeyapması*"nın bir türü olarak kabul edilmesi gereklidir. Bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-90.

⁴⁶⁶ Söz konusu şart geçerlilik şartıdır. Ancak, hükümde yazılılık şartına, piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmeler için istisna getirilmiştir. İşlemleri tanımlayan sıfatlar, istisnanın amacına uygun olarak dar yorumlanmalıdır. Bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-90.

⁴⁶⁷ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-90.

mesi⁶⁸ verilmiştir. Kanaatimizce bu görüşün bir sonucu olarak, şirketin tek pay sahibine, uygun bir faiz oranı kararlaştırılmaksızın çok uzun süreli vade ile ödünç vermesinin, temsilcinin kendisiyle işlem yapması hakkındaki kurallar gereği geçersizliğinin ileri sürülmesi⁶⁹ de mümkündür.

Ayrıca kanun koyucunun, sermayenin iadesi yasağının varlığına rağmen, borçlanma yasağı hakkında düzenleme yapmış olması, konuya verdiği önemi göstermektedir. Gerçekten de, şirket menfaatinin korunması ve pay sahibinin malvarlığı ile şirket malvarlığının karışmasının önlenmesi açısından önemli bir fonksiyonu bulunan TTK m. 358'in ihlal edilmesi halinde, sadece yönetim kurulu üyeleri ile pay sahiplerinin sorumlulukları ile yetinilmesi, arzu edilen korumayı sağlamayacaktır. Üstelik, 6335 sayılı Kanun ile yapılan müdahalenin ardından, kapsamı son derece daralmış olan yasağın ihlal edilmesi halinde, borçlanma işleminin batıl olduğu evleviyetle kabul edilmelidir. Böylece, TTK m. 358'e aykırı olarak borçlanıldığında, borcun doğumuna yol açan hukuki işlemin batıl olduğunun, başta şirketin kendisi⁴⁷⁰, diğer pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri olmak üzere ilgili herkes tarafından⁴⁷¹ ve herkese karşı ileri sürülebileceği kabul edilmelidir.

⁶⁸ TEKİNALP, Sermaye Ortaklık.ları, N. 12-90.

⁶⁹ Öteyandan, Yürürlük Kanunu mülga m. 24/3'te düzenlenen müeyyide nedeniyle kanun koyucunun esas amacının, hükme aykırı borçlanmaları geçersiz saymak olmayıp, sadece borç oranında pay sahibinin sınırlı sorumluluğunu genişleterek, alacaklıların bu borç kadar ilgili pay sahibine başvurmalarını mümkün kılmak olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 162. Ancak kanaatimizce bu görüş, sadece şirket alacaklıları koruduğundan kabul edilmemelidir. Zira, en az alacaklılar kadar, borçlarını ödeyebilen bir şirketin korunması da önem taşıdığından, hukuka aykırı yapılan ödemelerin şirkete iade edilmesi gereklidir. Kaldı ki, Yürürlük Kanunu'nun anılan düzenlemesinin 6335 sayılı Kanun ile kaldırılması nedeniyle artık bu hükümle benimsenen çözüm geçerliliğini yitirmiştir.

⁴⁷⁰ Borçlanma yasağı ile sermayenin korunması ve pay sahipleri arasında eşitliğin temin edilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle, anılan amaçlara ulaşılabilmesi için, şirketin butlan müeyyidesini ileri sürmesi, çelişkili işlem yasağı kapsamında değerlendirilmemelidir. Bkz. TTK m. 380/1 açısından aynı sonuca varan, GÜREL, s. 231. Bununla birlikte, geçersizliğin borçlanan pay sahibi tarafından ileri sürülmesi çelişkili işlem yasağı nedeniyle mümkün olmayabilir. Örneğin, ödünçün piyasa koşullarına uygun bir faiz oranıyla verilmesi ve faizlerin sonradan düşmesi nedeniyle, yüksek faiz oranı ile borcunu ifa etmekten kaçınmak isteyen pay sahibinin, borçlanma işleminin geçersizliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır.

⁴⁷¹ Hemen belirtmek gerekir ki, HMK m. 53, "Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hü-

Ancak bu noktada geçersizliğin herkese karşı istisnasız ileri sürülebilmesi işlem güvenliğini tehlikeye atacaktır. Bu nedenle borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde, bu ihlali bilmeyen ve bilmesi beklenemeyen üçüncü kişinin iyi niyetinin korunacağına açıkça hükme bağlanması gerekirdi. Nitekim borçlanma yasağı ile koruma kapsamı kısmen örtüşen sermayenin iadesi yasağının ihlal edilmesi halinde, pay sahibinin iade yükümlülüğü AktG § 62 hükmü ile özel olarak düzenlenmiş ve iyi niyetli kişinin iade borcu bulunmadığı belirtilmiştir. Alman öğretisinde teminat verilmesi suretiyle sermayenin iade edilmesi söz konusu olduğunda iyi niyetli üçüncü kişinin korunması gerektiği savunularak işlemin geçersizliğine hükmedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷³. Alman Federal Mahkemesi de verdiği ilkesel bir kararda, tarafların kötü niyetli bir işbirliği içerisinde ve şirketin zararına hareket ettiklerinin bilincinde olmaları şartıyla teminatın geçersizliğine hükmedileceğini belirtmiştir⁴⁷⁴.

Her ne kadar TTK'da üçüncü kişinin iyi niyetinin korunacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması bireksiklik olarak değerlendirilebilirse de, menfaatler dengesi gereği geçersizlik yaptırımının iyi niyetli üçüncü kişiler lehine verilen teminatlara uygulanmayacağı kabul edilmelidir⁴⁷⁵.

küm alabilmeyetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir." hükmünü içermektedir. Söz konusu düzenleme, kural olarak dava takip yetkisini maddi hak sahibine tanımaktadır. Ancak hüküm, kanunda sayılan istisnai hallerde, maddi hak sahibi olmayan kişilerin de dava takip hakları olabileceğini belirtmektedir. Şirket yanında pay sahipleri ve iflas halinde alacaklıların yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açabilmesi (TTK m. 555), hükümde belirtilen istisnai hallere örnek olarak verilebilir. Ancak, TTK rn. 358'de, bu yönde bir istisnaya yer verilmediğinden, batıl işlem nedeniyle sadece şirketin iade talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir. Gürel, TTK rn. 380 hükmü açısından aynı sonuca varmaktadır. Bkz. GÜREL, s. 235-238.

m GmbHG § 31'de ise, iki aşamalı bir sorumluluk sistemi öngörülmektedir. Buna göre, iade borcunun asıl sorumlusu iktisabı gerçekleştiren pay sahibidir; ancak diğer pay sahiplerinin de ikinci derecede ve belli şartlar altında sorumlulukları söz konusudur. Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b, (1), ld.

⁴⁷³ ALTMEPPEN, GmbHG, § 30, N. 124, 125; HOMMELHOFF, § 30, N. 39; HUECK/FAST-RICT, N. 61.

• *m* BGHZ 138, 291. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SEvi, s. 483.

⁴⁷⁵ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, III, B, 2.

1. Ödünç Sözleşmesinde İade Borcu

TTK'da borçlanma yasağını ihlal ederek şirkete borçlanan pay sahibinin iade borcunun kapsamına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda pay sahibinin genel hükümler uyarınca, elde ettikleri değeri şirkete geri vermeleri gerekecektir.⁴⁷⁶ Ödünç sözleşmesinde kazandırmanın konusunu para oluşturduğundan, bu paranın iadesi sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilecektir.

TBK m. 77'de, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden haklı bir sebep olmaksızın zenginleşenin, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Hukuken kabul edilmeyen bir yolla, bir başkası aleyhine malvarlığını zenginleştiren kişinin iade yükümü, iyi niyetli ya da kötü niyetli olmasına göre⁴⁷⁷ değişir. Buna göre, zenginleşmenin haklılığı ve kalıcılığına iyi niyetle inanan kişinin iade borcu, haksız yoldan edinmiş olduklarından geri verme talebinin iletildiği anda elinde aynen ya da değer olarak aktarılmış⁴⁷⁸ kalanla sınırlıdır (TBK m. 79/ 1). Böylece kanun koyucu, iyi niyetli haksız zenginleşeni, zenginleştiği şeyi savruk ve olumsuz davranışları ile bozmuş, yok etmiş ya da çaldırmış olsa dahi sorumlu tutmamaktadır⁴⁷⁹.

Kanun koyucu, kötü niyetli, yani kazanmanın haksız olduğunu bilen ya da bilmesi gereken kişinin ise, iyi niyetli zenginleşene tanınan haktan yararlanmasını kabul etmemiştir.⁴⁸⁰ Buna göre, haksız zenginleşen aldığı tam olarak iade etmek borcu altındadır. Ancak, TBK m. 80/2 uyarınca kötü niyetli haksız zenginleşenin dahi, zorunlu giderler ile sadece geri verme zamanında değer artışına sebep olmuş yararlı giderlerin ödenmesini isteyebileceği unutulmamalıdır. Öğretide haksız zenginleşme kurallarının uygulan-

⁴⁷⁶ İade yükümlülüğünün AktG'de açıkça düzenlenmiş olması sebebiyle, BGB § 812 hükmünde düzenlenen sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanmayacaktır. Bkz. LUTTER, Kölner Kommentar, § 57, N. 67; BAYER, § 57, N. 159.

⁴⁷⁷ Sebepsiz zenginleşenin ne zaman iyi niyetli, ne zaman kötü niyetli sayılacağı sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, s. 146-149.

^m Öz, s. 150-154; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 514.

⁴⁷⁹ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 515.

⁴⁸⁰ Kötü niyetli haksız zenginleşenin, elindeki şeyi tüketmekten, yitirmekten, devretmekten ya da yıpratıp eksiltmekten dolayı sorumlu tutulabilmesi için onun bu eylemlerinde kusurlu olmasının aranıp aranmayacağı tartışması için bkz. Öz, s. 160-161; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 516, 517.

masında yeknesak bir formül belirlenemeyeceği ve somut olayın şartlarının göz önüne alınmasının hakkaniyet gereği olduğu ifade edilmiştir⁴⁸¹.

Paysahibinin iade borcunun kapsamı ve dolayısıyla iyi niyetli değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda bir tespitte bulunulabilmesi için yasağın şartları hatırlanmalıdır. Yasağın söz konusu olduğu ilk hal, muaccel sermaye borcunun ödenmemesidir. Kural olarak, pay sahibinin sermaye borcunun muacceliyetini ve bu muaccel borcun ödenip ödenmediğini bildiği kabul edilmelidir. Ancak, somut olayın şartları dikkate alındığında pay sahibinin iyi niyetli kabul edilmesi de mümkün olabilir. Örneğin, şirket esas sözleşmesinde, ilan yerine (TTK m.481), yönetim kurulu üyeleri tarafından pay sahiplerine taahhütlü mektup gönderilmek suretiyle pay bedellerinin ödenmesinin kararlaştırılmış olması ve belirli paysahiplerine bu gönderimin yapılmaması halinde, pay sahiplerinin iyi niyetli oldukları kabul edilmelidir. Benzer şekilde, sermaye karşılığı tamamen ödenmemişken ödenmiş gibi gösterilen⁴⁸² payı devralan kişinin de iyi niyetli olduğu düşünülebilir.

Borçlanma yasağının söz konusu olacağı ikinci hal ise, şirketin finansal durumunun hükümde belirtilen eşiğin altında olması halidir. Yönetici pay sahipleri saklı kalmak kaydıyla, kural olarak pay sahipleri şirketin finansal durumundan, bilançonun görüşüldüğü olağan genel kurul toplantısında haberdar olurlar. Son yıllık bilançodan şirket karı ile serbest yedeklerin zararları karşılamadığının anlaşılması ihtimalinde, şirkete borçlanan pay sahiplerinin kötü niyetli oldukları kabul edilmelidir. Ancak, son yıllık bilanço da herhangi bir kayıp bulunmamasına karşın, ilerleyen aylarda finansal durumun kötüleşmesi halinde, ara bilanço çıkarılması hali saklı kalmak kaydıyla, pay sahiplerinin iyi niyetli oldukları sonucuna varılmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki, pay sahibinin iyi niyetli olması sadece iade borcunun kapsamı açısından fark yaratır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin yapılması⁴⁸³

⁴⁸¹ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 518,519.

⁴⁸² TTK m. 550, sermayenin taahhüt edilmesi ve ödenmesine ilişkin sorumluluğun esaslarını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilerek, payların karşılıkları ile şirketin uğradığı zararı faiziyle birlikte müteselsilen ödemekle yükümlüdür.

⁴⁸³ Bkz: KocAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMi/SEROZAN/ ARPACI), s. 534, 535.

emredici hükümleri ihlal ettiğinden butlan müeyyidesinin uygulanmasından kaçınıJainaz.

Ancak belirtmek gerekir ki, ödünç alınan şeyin vade sonunda iadesi taraflarca kararlaştırılmış olduğundan, ödünç alanın "zenginleşmeyi elden çıkarırken ileride geri ödemek zorunda kalabileceğini hesaba katması " gereklidir (TBK m. 79/2). Bu husus kanaatimizce, sebepsiz zenginleşmeye ege-men olan zenginleşenin ediniminin kalıcılığına ilişkin güveninin korunması ilkesinin•m de bir sonucudur. Bu nedenle, yasağın şartlarının mevcudiyetini bilmeyen iyi niyetli pay sahibinin zenginleştiği şeyi savruk ve olumsuz davranışları ile tüketmesi halinde korunması düşünülemez. Kaldı ki, öğretide bağışlamalar hariç, elden çıkarılan para yerine malvarlığına başka bir ikame değer girdiği kabul olunduğundan, gerçek anlamda bir "elden çıkma" da söz konusu olmayacaktır⁸⁵. Bu nedenle zenginleşme kural olarak tamamen iade edilmelidir.

Ekleme gerekir ki, şirketin finansal durumu hakkında bilgi sahibi olmayan iyi niyetli pay sahibinin iade borcu temerrüt faizi açısından da fark yaratır. Zira, ödünç alanın iyi niyetli olması halinde, zenginleşmeden itibaren temerrüt olgusu gerçekleşmeyecek ve temerrüt için kendisine ihtar yapılması gerekecektir (TBK m. 117/2). Borçlanma yasağını ihlal eden pay sahibinin kötü niyetli olması halinde ise bu kişi ödünç aldığı günden itibaren temerrüt faizi ödeyecektir.

Ne var ki, zenginleşen pay sahibinin kötü niyetli olması ve dolayısıyla şirketten aldığını tam olarak iade etmesi halinde dahi şirketin tüm zararının giderilmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle, aşağıdaki satırlarda sebepsiz zenginleşme kurallarının yetersiz kaldığı hallerde şirketin zararının giderimi için alternatif çözüm yolları aranmıştır⁸⁶. Ancak olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde bu eksikliğin kanunda açıkça öngörölmüş bir menfaat devri ile giderilmesi yerinde bir tercih olurdu. Örnek vermek gerekirse, şirketin TTK m. 358'de aranan finansal koşulun sağlanmadığı bir zamanda pay sahibine piyasa koşullarına uygun faiz oranlı ödünç verdiğinde, bu işlem batıl olacak ve pay sahibinin iade borcu sebepsiz zenginleşme

^{4u} Bkz. ŞEROZAN (KoCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/ ARPACI), s. 372.

⁴⁸⁵ EREN, s. 914.

⁴⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm, V, F.

kuralları kapsamında belirlenecektir. Bu halde ise geçersiz ödünç sözleşmesinin faize ilişkin hükmünden şirketin yararlanması mümkün olmayacaktır. Aşağıda aynı sorun ve bu sorunun çözümü bankacılık mevzuatı kapsamında tartışılmıştır⁴⁸⁷. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, BankK'da, kredi verilmesi hakkındaki hükümlerin ihlal edilmesi durumunda öngörülen yaptırım, kredinin iptal edilmesi olmayıp, sadece muaccel kılınarak tasfiye edilmesidir. Benzer çözümün borçlanma yasağı açısından da benimsemesi verilen örnekte şirketin korunmasına hizmet edebilirdi. Bu konuda akla gelen bir diğer çözüm ise kanunda açıkça menfaat devrinin öngörülmesidir. Örneğin haksız rekabet davasında, davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin talep edilmesine izin veren [TTK m. 56/ 1 (e)] benzeri bir hükme yer verilerek, şirketin zararının giderilebilmesi için hakime takdir hakkı tanınması tercih edilebilirdi.

2. Teminat Sözleşmesinde İade Borcu

Teminat sözleşmelerinin, kredi özellikleri nedeniyle, TTK m. 358 hükmünün geniş uygulanması ile pay sahibinin borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştı. Ancak bu sözleşmelerin işlem güvenliğini tehlikeye atmasını önlemek amacıyla teminatların ancak teminat verilen kişinin kötü niyetli ve pay sahibi ile işbirliği içinde hareket etmesi halinde geçersizliğinin ileri sürülebileceği kabul edilmelidir⁴⁸⁸. Bu ihtimalde ise teminat sözleşmesi gereği verilenlerin iadesi, teminatın konusuna göre farklılık gösterecektir. Şirketin bir taşınmazını pay sahibi lehine ipotek etmesi halinde, yolsuz tescil meydana geleceğinden, şirketin tapu kaydının düzeltilmesi davası açması gerekecektir. Teminat olarak, bir taşınırın rehnedilmesi söz konusu olduğunda, bu malın iadesi TMK m. 683/2'de düzenlenen istihkak davası yoluyla talep edilecektir. Pay sahibinin bir borcuna şirketin kefil olması halinde ise şirket geçersiz kefalet işlemi nedeniyle ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Verilen teminatın paraya çevrilmesi ya da kefil sıfatıyla şirketin borcu ödemesi hallerinde ise, şirket malvarlığında meydana gelen eksilmenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gereklidir. Yukarıda,

⁴⁸⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm, IV, B.

⁴⁸⁸ Karş. BAYER, N. 158, 159.

ödünç sözleşmeleri için anılan TBK m. 79/2 hükmünün teminat işlemleri için de uygulanması gereklidir. Şöyle ki, lehine teminat verilen paysahibinin teminatın paraya çevrilmesi halinde şirketin kendisine karşı rücu hakkına sahip olacağını bilmesi gerektiğinden, bu pay sahibinin, zenginleşmeyi elden çıkarırken ileride geri ödemek zorunda kalabileceğini hesaba katması gereklidir. Bu nedenle kural olarak zenginleşen pay sahibinin, verilen teminatın TTK m. 358 hükmünü ihlal ettiğini bilmediği ve iyi niyetli olduğu kabul edilse dahi zenginleşme tamamen iade edilmelidir.

Ancak yine yukarıda açıklandığı üzere, iadenin tamamen yapılması halinde dahi şirketin tüm zararının giderilememesi mümkündür. Zira, pay sahibinin borcu için malvarlığını teminat gösteren şirket, bu teminatı kendi borcu için gösterememiş ve dolayısıyla bazı kredi imkanlarından yoksun kalmış olabilir. Bu durumda, şirketin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade edilen tutarı aşan zararının da giderilmesi gereklidir⁴⁸⁹.

Kanun'da borçlanma yasağının ihlali halinde pay sahipliği haklarına ilişkin bir donma hali öngörülmemiştir; fakat şirketin genel hükümler çerçevesinde takas def'ine başvurmasında kanaatimizce bir engel bulunmamaktadır. Böylece, örneğin genel kurulda alınan kar dağıtım kararı neticesinde pay sahibinin alacak hakkına dönüşen kar payı hakkı alacağı ile şirketin borçlanma yasağını ihlal eden pay sahibine karşı sahip olduğu iade talebinin takas edilerek kar payının ödenmesinden kaçınılabilecektir.

F. Pay Sahibinin Hukuki Sorumluluğu

Yukarıda açıklandığı üzere, emredici kanun hükmüne aykırılık oluşturan borçlanma işlemi neticesinde pay sahibinin iade borcu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca söz konusu olacaktır⁹⁰. Sebepsiz zenginleşenin iyi niyetli olması halinde, iade borcu sadece elinde kalanla sınırlı iken, kötü niyetle zenginleşen şirketten aldığını tam olarak iade borcu altındadır. Ancak zenginleşenin kötü niyetli olması ve dolayısıyla şirketten aldığını tam

⁴⁸⁹ Bkz. İkn. • cı• B O 1 t u m, V, F.

⁴⁹⁰ Serbest malvarlığından gerçekleşen borçlandırıcı işlemin, örtülü kar dağıtımı olarak değerlendirilmesi halinde ise pay sahibinin iade borcunun kapsamı TTK m. 512 hükmü çerçevesinde belirlenecektir. Bu ihtimalde ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden farklı olarak, iyi niyetli pay sahibinin iade borcu bulunmamaktadır.

olarak iade etmesi bilinde dahi şirketin tüm zararının giderilememesi mümkündür. Örneğin, şirketin, verdiği borç neticesinde likidite sıkıntısı yaşaması ve bu sıkıntıyı aşabilmek için yüksek faizle dış finansman sağlamak yoluna gitmesi, hatta borçlarını ödeyemeyip iflas etmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimallerde ise, şirketin uğradığı zararın, sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde tazmin edilemeyeceği açıktır.

Elbette, paysahibine TTK m. 358'i ihlal ederek borç veren, verilmesine rıza gösteren şirket yöneticileri aleyhine sorumluluk davası açılması ve şirketin uğradığı zararın tazmin edilmesi mümkündür. Yöneticilerin sorumluluklarının yanında Kanun'da pay sahibinin iade borcunu aşan sorumluluğu hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bu konuda bir boşluk bulunduğu belirtilmiş ve borçlanma yasağına aykırı davranan kişilerin tazminat sorumluluklarının ayrıca düzenlenmemiş olması eleştirilmiştir.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde, şirket yöneticileri şirketin zararını gidermekle birinci sırada yükümlüdürler. Ancak, yöneticiler aleyhine açılan sorumluluk davası neticesinde şirketin zararının tam olarak tazmin edilememesi halinde, pay sahibinin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁹³. İleri sürülen diğer görüşe göre ise, TTK m. 395/2'nin son cümlesi kıyasen uygulanmalı ve alacaklıların, borçlu pay sahiplerine, şirkete borçlandıkları tutar nispetinde başvurabilecekleri kabul edilmelidir⁴⁹⁴.

İşte çalışmanın bu bölümünde, yöneticilerin sorumluluklarının yanında pay sahibinin sorumluluğunun da söz konusu olup olmayacağı, sorumluluğun kabul edilmesi halinde ise bu sorumluluğun derecesi araştırılmıştır. Bu kapsamda, paysahibinin muhtemel sorumluluğu, borçlarını ödeyebilen bir şirket ile iflas eden şirket açısından ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

⁴⁹¹ Ortaklığın zararına ilişkin verilen örnekler için bkz. AYDIN, Kendi Payını Edinme, s. 305.

⁴⁹² ÜDMANBozTOSUN, s. 18. Veil da, pay sahiplerinin hukuki sorumlulukları konusunun önemine vurgu yapmıştır. Bkz. VEIL, s. 88.

⁴⁹³ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 53, 54.

⁴⁹⁴ PULAŞLI, Şerh I, s. 749.

1. Borçlarını Ödeyebilen Bir Şirkette Pay Sahibinin Sorumluluğı

Anonim ortaklıklar hukukunda, borçlarını ödeyebilen bir şirkette, pay sahibinin sorumluluğı özellikle, sadakat yükümlülüğü, *de fado* yöneticilerin/ olgu organın sorumluluğı, haklın şirketin sorumluluğı başlıkları altında incelenmektedir. Anonim ortaklıklar hukukuna özgü sorumluluk sebepleri yanında, şüphesiz, pay sahibinin haksız fiilleri nedeniyle sorumlu tutulması da mümkündür.

Anonim ortaklıklarda kural olarak, pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilir. Bir diğer ifadeyle, şahıs ortaklıklarında görülen, pay sahibinin diğer hissedarların menfaatlerini destekleme, ortaklığın menfaatlerini üstün tutma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından, kişisel menfaatini üstün tutması sebebiyle kendisine herhangi bir müeyyide uygulanamaz⁹⁵.

Öte yandan, iki temel gerekçeden hareket eden azınlık görüş uyarınca, pay sahibinin yöneticiler gibi, sadakat yükümlülüğü olduğu kabul edilmelidir. İleri sürülen birinci görüşe göre, pay sahiplerinin ortak bir amacı gerçekleştirmek için anonim ortaklık çatısı altında bir araya gelmiş olmaları sebebiyle, bu amaca aykırı hareketlerin kabul edilmesi mümkün değildir⁹⁶. İkinci görüş ise, dayanağını TMK m. 2'den almaktadır. Buna göre, sadakat yükümlülüğü, dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümdür ve pay sahipleri ortaklığa ve diğer pay sahiplerine karşı bu yüküm altındadır⁹⁷.

Hakim görüş pay sahibinin sadakat yükümü bulunmadığı yönünde olmasına rağmen, özellikle son yıllarda, blok hisseye sahip ya da şirket üzerinde etki kurabilen pay sahibinin sadakat yükümü olduğu kabul edilmektedir⁹⁸. Bu görüş, büyük pay sahibinin, sahip olduğu "imtiyaz" nedeniyle,

⁹⁵ TEOMAN, Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğı, s. 1369; TEKİNALP (PoROY/ ÇAMOĞLU), il, N. 1091.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, Sadakat Borcu, s. 134-136, 139-144.

⁹⁷ NoMER ERTAN, Sadakat Yükümlülüğü, s. 47. Görüşlerin eleştirisi için bkz. TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLU), il, N. 1091, 1092.

⁹⁸ McCAHERY/VERMEULEN, s. 239 dn. 59; TEKİNALP (PoROY/ ÇAMOĞLU), II, N. 1091, 1092a.; MoROĞLU, Hükümsüzlük, s. 244, 245. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi, 1998 yılında *Linotype* davasında verdiği karar ile büyük pay sahibinin sadakat yükümü-

şirkete dair vakıf olduğu bilgiden menfaat elde etmekten men edilmesi gereğine dayanır⁴⁹⁹.

Pay sahibinin sadakat yükümü yanında, fiili/ olgu organ olması nedeniyle sorumlu kılınması da mümkündür. Olgu organ, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarında, "*gerçek organlar için öngörülmüş kararların alınmasında veya şirketin yönetilmesinde etkisi olan*" gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmıştır⁵⁰⁰. Böylece, şirket esas sözleşmesi ya da yetkili organlarınca atannuş/ seçilmiş kişiler dışında, mevkileri ve yetkileri uyarınca şirket üzerinde etki kurabilen kişiler fiili organ olarak değerlendirilmekte ve bu kişilerin sorumluluklarına gidilebilmektedir⁵⁰¹.

Alınan anonim ortaklıklar hukukunda ise, şirket üzerinde sahip olduğu etkiyi kullanarak, yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin, şirket zararına hareket etmesini sağlayan kişilerin sorumluluğu hakkında açık hüküm bulunmaktadır. Anılan AktG § 117 hükmünde, verdiği talimatlar ile şirkete zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

lülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varmıştır. Davaya konu olan olayda, anonim şirket paylarının %96'sınasahip ortak, şirket karındanbundan böyle tek başına yararlanabilmek için genel kurulda şirketin tasfiyesi hakkında karar alınmasını sağlamıştır. Federal Mahkeme, büyük paysahibinin, sahip olduğu oy hakları aracılığıyla azınlık zararına menfaat elde etmesini sadakat yükümlülüğüne aykırı bularak söz konusu genel kurul kararının geçersizliğine hükmetmiştir. Bkz. BGH 1.2.1988, il ZR 75/87, BGHZ 103, 185. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 501; BLACK/CHEFFINS/GELTER/KIM/NoLAN/SIEMS/PRAVA, s. 74. Ancak, daha yeni tarihli kararlarında Federal Mahkeme, nitelikli çoğunluk (%75) ile alınan genel kurul kararı hakkında mahkemenin yerindelik denetimi yapmasını uygun görmemiştir. Bu nedenle, Alman hukukunda yeni eğilimin, mahkemenin müdahalesini azaltmak olduğu savunulmuştur. Bkz. a.e., s. 75. Hatta, Federal Mahkeme Audi şirketinin hakim şirketi olan Volkswagen'in, azınlığın sahip olduğu bir grup hisseyi, beheri için 145 DM ödeyerek iktisap ettikten iki hafta sonra, şirket sermayesinin %14'ünü oluşturan payları hisse başına 220 DM ödeyerek satın alması nedeniyle azınlığın açtığı davayı, hakim pay sahibinin, azınlığa karşı sadakat borcu olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. JOHNSON/LA PORTA/LOPEZ DE SILANES/SHLEIFER, s. 617. Kararın eleştirisi için bkz. KIRCHMAIER/GRANT, s. 4.

⁴⁹⁹ McCAHERY/VERMEULEN₁ s. 239.

⁵⁰⁰ Bkz. BGE 102 II 359; 105 il 354/ 55; 117 II 573; 128 III 30. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HELVACI, Sorumluluk, s. 9-11; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 11-12.

⁵⁰¹ Sorumluluk hakkındaki OR m. 754 hükmü, seçilmiş yönetim kurulu üyeleri yanında olgu organın da sorumluluğunu düzenlemektedir. Bkz. HELVACI, Sorumluluk, s. 9.

Hükümde ayrıca, şirketin uğradığı zarar yanında, varsa, pay sahiplerinin de ilave zararının giderileceği açıkça ifade edilmiştir⁵⁰². Topluluk şirketlerinde fiili hakimiyet kuran teşebbüsün azınlık pay sahibine karşı sorumluluğu ise, AktG § 31 7/ 1 hükmünde düzenlenmiştir.

Fransa'da da, seçilmiş yönetim kurulu üyeleri yanında, şirketi tıpkı bir kurul üyesi gibi yöneten, toplantılara başkanlık eden fiili (*de facto*) yöneticiler aleyhine de sorumluluk davası açılması kabul edilmiştir. Ancak, en tipik örneği hakim pay sahipleri⁵⁰³ olan, bu *defacto* yöneticilerin sadece şirketin iflas etmesi halinde sorumlulukları özel olarak düzenlendiğinden (Fransız Şirketler Kanunu m. 652-1), şirket sağlıklıyken, bu kişilerin sorumlulukları hakkında genel haksız fiil hükümleri uygulanmaktadır (Fransız MK m. 1382) ⁵⁰⁴.

Türk anonim ortaklıklar hukukunda ise, pay sahibinin gerek genel kurulda kullandığı oy, gerek yönetim organına verdiği talimatlar sebebiyle sorumluluğu sadece şirketler topluluğu hakkındaki hükümlerde özel olarak düzenlenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde hakim şirketin sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi verileceğinden, şimdilik sadece grup şirketlerinin birbirlerine borçlanmaları halinde, TTK m. 202 hükmü çerçevesinde sorumluluklarının söz konusu olabileceğini belirtmekle yetiniyoruz. Öte yandan, TTK'nın anılan düzenlemesinden önce dahi öğretide, büyük pay sahibinin şirket içindeki pozisyonu nedeniyle baskın etkisinin bulunması halinin bir "olgu organ" yarattığı belirtilerek, bu organın diğer pay sahiplerine karşı sorumlu olacağı sonucuna varılmaktaydı^{505 506}. Bu görüş TTK m.

501 2005 yılına kadar, AktG § 117/ 6 hükmü, pay sahibinin genel kurulda oy hakkını kullanarak yöneticilere verdiği talimatları istisna tutmaktaydı. Ancak, 2005 yılında yapılan değişiklik neticesinde söz konusu istisnanın sadece sözleşmesel şirket topluluğuna dahil olan şirketlerle aralarında tam hakimiyet ilişkisinin bulunduğu şirketler için geçerli olması kabul edilmiştir (AktG § 117/7).

⁵⁰³ CONAC/ENRIQUES/GELTER, s. 509,510.

⁵⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. CoNac/ENRIQUES/GELTER, s. 509; ENRIQUES/HERTIG/KANDAK, s. 176.

⁵⁰⁵ HELVACI, Sorumluluk, s. 7 vd. Pay sahibinin, sadakat yükümlülüğü gereği genel kurulda kullandığı oy nedeniyle sorumlu tutulabileceği yönünde, bkz. NOMER, Sadakat Yükümlülüğü, s. 149, 150, AKIN, Sadakat Borcu, s. 247,248.

⁵⁰⁶ Yargıtay, fiilen ödenmediği halde kayıtlarda ödenmiş gibi gösterilen sermaye borçlarının tahsili hakkında verdiği kararda, resmi kayıtlarda hissedar olarak görünmeyen ki-

553 hükmü ile kanuni dayanağına kavuşmuş ve fiili organların sorumluluğu anılan düzenleme ile açıkça düzenlenmişti-⁵⁰⁷.

Borçlarını ödeyebilen bir şirkette pay sahibinin sorumluluğu, son olarak, haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu sorumluluk özellikle şirketin iflas etmesi halinde tartışıldığından, konu ayrıntılı olarak aşağıda ele alınmaktadır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, TTK'nın emredici nitelikteki 358. maddesini, kusuruyla ihlal ederek şirkete borçlanan paysahibinin, şirketin sebepsiz zenginleşme nedeniyle talep edeceği tutan aşan bir zararı olması halinde bu zararı, TBK m. 49/ 1 uyarınca tazmin etmesi gereklidir.

Varılan sonucu bir örnekle açıklayalım: A şirketinin bağlı malvarlığından pay sahibine 100.000 TL tutarında ödünç verdiği kabul edilsin⁵⁰⁸. Ödünç, bağlı malvarlığından verildiği için geçersiz olacak ve sebepsiz zenginleşme kuralları gereği verilen para pay sahibi tarafından iade edilecektir. Bu kapsamda, pay sahibi kötü niyetli olsa dahi, iadenin kapsamı aldığı miktar ve bu miktara işleyen temerrüt faiziyle sınırlı olacaktır. Ancak, şirketin, pay sahibine ödünç verdikten sonra, borçlarını ödeyebilmek için bankadan, pay sahibinin ödemesi kararlaştırılan faiz oranından yüksek bir oranla kredi temin etmesi halinde, uğradığı zararın sebepsiz zenginleşme kuralları ile giderilmesi mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde şirketin zararının, zarar ile hukuka aykırı borçlanma işlemi arasında illiyet bağının kurulması şartıyla, haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilmesi mümkündür. Son olarak belirtmek gerekir ki, zarar verici fiili yasaklayan açıkkanun hükmü bulunduğundan, TBK m. 49/2 uyarınca fiilin ahlaka aykırılık oluşturup oluşturmadığının araştırılmasına gerek yoktur.

şilerin fiilen şirketi yönetmeleri halinde, şirketin uğradığı zararın haksız eylem hükümleri çerçevesinde talep edilebileceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 12.04.2012, E. 2010/5559, K. 2012/5966, BATİDER2012, C. XXVIII, S. 3, s. 378-381.

⁵⁰⁷ Bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 16-58.

⁵⁰⁸ Hatırlatmak gerekir ki, verilen ödünç karşılığında alacak hakkı kazanılması sebebiyle, bağlı malvarlığından verilecek ödünçün sermayenin iadesi yasağını ihlal edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bkz. İkinci Bölüm, IV; C, 3. Bu nedenle örnek sadece borçlanma yasağı açısından ele alınmıştır.

2. Şirketin İflas Etmesi Halinde Pay Sahibinin Sorumluluğu

Öğreti ve yargı kararlarında paysahiplerinin *sınırsız* sorumluluğu, daha ziyade alacaklı koruması açısından ele alınmıştır. Zira, pay sahiplerinin sınırlı sorumluluklarının kaldırılması için aranan ön şartlardan biri, şirketin borçlarını ödemekte acze düşmesidir⁵⁰⁹. Özellikle Alınan hukukund⁵¹⁰, pay sahibinin eylemleri neticesinde şirketin iflas etmesi durumunda, ortağın sınırlı sorumluluğunun kaldırılmasına hükmeden mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Bu kararların bazılarında sorumluluğun kaynağı haksız fiil sorumluluğu (BGB § 826) olarak gösterilirken, bazılarında ise, pay sahibi, şirketler hukukuna özgü bir haksız fiil sorumluluğu olan "*şirket varlığını yok eden müdahalelerinden dolayı*" sorumlu tutulmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, her iki sorumluluk hali de, şirketin, sermayenin korunması hakkındaki kurallar gereği iade talebini aşan bir zararı bulunması halinde ve istisnaen⁵¹¹ söz konusu olmaktadır. Aşağıda önce karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda önerilen farklı çözümler aktarılmış, ardından değerlendirilmiştir.

a. Pay Sahibinin Haksız Fiil Sorumluluğu

Alman anonim ve limited ortaklıklar hukukunda, sermayenin iadesi yasağını ihlal eden paysahibinin iade borcunun özel olarak düzenlenmesine karşın (AktG § 62, GmbHG § 31), paysahibi aleyhine ayrıca BGB § 823 ve § 826 hükümleri uyarınca tazminat davası açılabilceği kabul edilmektedir⁵¹¹.

Bu konuda emsal nitelikteki *KBV* davasında⁵¹² Federal Mahkeme, BGB § 826 temelinde, pay sahibinin şirketin iflasına sebep olmasından dolayı sorumluluğuna hükmetmiştir⁵¹³. Mahkeme, limited şirket pay sahibinin, GmbHG § 13/2 uyarınca tanınan sınırlı sorumluluk imtiyazını kullanabilmesinin ön şartının, şirket malvarlığının, alacaklıların taleplerini karşılaması

⁵⁰⁹ SCHILLIG, Creditor Protection 2006, s. 349.

⁵¹⁰ BEURSK.ENS/NOACK, The Reform, s. 1082.

⁵¹¹ BAYER, § 57, N. 158; KOLL-MÖLLENHOFF, s. 161.

⁵¹² BGH, 24.06.2002, il ZR300/00, (BGHZ 151,181) KBV.

⁵¹³ SCHILLIG, Creditor Protection 2006, s. 348; ANDENAS/WOOLDRIDGE, s. 464.

olduğunu belirtmiştir. Buna göre, ancak pay sahiplerinin, esas sermayeyi alacaklıların tatmin edilmesi için gerekli malvarlığı değeri olarak görüp korumaları şartıyla sınırlı sorumlulukları kabul edilebilir. Pay sahiplerinin, şirket yönetimine müdahaleleri sonucu şirketin iflas etmesi halinde şirket tüzel kişiliği suistimal edilmiş olur. Bu durumda ise ortakların sınırlı sorumluluk ilkesinden yararlanmaları kabul edilemez. Mahkeme kararında ayrıca, hiçbir şirketin faaliyetlerine devam etmeye zorlanamayacağı vurgulanmış ancak şirketin tasfiye edilmesi isteniyorsa, bu konuda alacaklıların korunabilmesi için öngörülmüş usuli işlemlerin yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, paysahibinin sorumluluğu, şirketin, sermayeyi koruyan hükümler uyarınca talep edeceği iade borcunu (AktG § 62, GmbH § 31) aşan bir zararı olması halinde söz konusu olmaktadır. Yani, öncelikle, pay sahipleri kanuna aykırı iktisap ettiklerini şirkete iade etmelidir. Mahkemeye göre, şirketin, sermayenin iadesiyasağının ihlali halinde öngörülen iade borcundan fazla bir zararı olması halinde, pay sahibinin sınırlı sorumluluğunu yitireceği kabul edilmelidir⁵¹⁵. Böylece Federal Mahkeme, şirketin iflas prosedürünün henüz başlatılmamış ya da yetersiz malvarlığı sebebiyle kapanmış olması halinde, şirket alacaklılarının doğrudan pay sahiplerinin sorumluluğuna gitmelerine izin vermiştir.

Daha yeni tarihli bir kararında⁵¹⁶ ise Federal Mahkeme, pay sahibinin şirketin bilerek iflasına sebep olmasını yine haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde ancak bu kez, kamu düzenine aykırılık nedeniyle BGB § 826'yı uygulayarak çözmüştür⁵¹⁷.

b. Şirketin İflasına Sebep Olan Eylemlerden Dolayı Sorumluluk

Pay sahibinin "*şirketin iflasına sebep olan eylemlerden dolayı*" (*existenzvernichtender Eingriff*) tabi olacağı sorumluluğunun esasları, ilk kez Alman

⁵¹⁴ ANDENAS/WOOLDRIDGE, s. 464, 465.

⁵¹⁵ WOOLDRIDGE, s. 287.

⁵¹⁶ BGH, 16.07.2007, II ZR 3/04, BGHZ 173,246 (*Trihotel*).

⁵¹⁷ Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BEURSKENS/NOACK, *The Reform*, s. 1082.

Federal Mahkemesi'nin *Bremer Vulkan* kararı⁵¹⁸ ile belirlenmiştir. Anılan sorumluluk, şirketler hukukuna özgü bir haksız fül sorumluluğudur. Bu nedenle pay sahibinin şirketin iflasına sebep olan eylemlerden dolayı sorumluluğu, sermayeyi koruyan hükümler ile iflas hukuku hükümleri uyarınca talep edilen tazminata göre ikinci derecededir⁵¹⁹.

Bremer Vulkan kararı, Federal Mahkeme'nin, bir limited şirketi hakimiyeti altında tutan ortağın tabi olacağı sorumluluğa dair benimsenen içtihatları değiştirmesi açısından önemlidir⁵²⁰. Zira, mahkemelerin 1985 yılından, anılan karara kadarki yaklaşımlarım, limited şirket haklın ortağını, sözleşmese! topluluk şirketleri hakkındaki AktG § 291-310 hükümleri ile fiili topluluğa dair § 311-317 hükümlerini kıyasen uygulamak suretiyle sorumlu kılmak şeklinde idi⁵²¹. Söz konusu kararda ise, Mahkeme, şirket mevcudiyetine zarar verici davranışlardan kaçınmayı gerekli kılan genel "kusur sorumluluğu" ilkelerini somut olaya uygulamıştır⁵²².

Karara konu olan limited şirket (*MTW*) devletten edindiği finansmanı, hakim ve tek ortağının (*Bremer Vulkan*) talimatıyla nakit havuzu sistemine⁵²³ dahil etmiştir. Diğer topluluk şirketleri ile birlikte *MTW*, sahip olduğu tüm fonu nakit havuzuna aktarmış ancak, grup liderinin finansal durumunun kötüleşmesi sebebiyle aktarılan fonlar yavru şirketlere geri ödenmemiş ve bu durum söz konusu şirketlerin iflasına sebep olmuştur.

Mahkeme, hakim şirketi, ortağı olduğu limited şirketin mevcudiyetini kusurlu olarak tehlikeye düşüren davranışlarından dolayı sorumlu tutmuştur. Kararda, kusurlu davranışları ile, şirket malvarlığını şirketin amacı dışında kullanarak, şirketi zarara uğratan paysahiplerinin, tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenmesinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁵²⁴. Zira, Mahkemeye

⁵¹⁸ Bkz. BGHZ 149, 10, 17.9.2001 (*Bremer Vulkan*).

⁵¹⁹ MERKT/ SPINDLER, s.175, 178; SCHILLIG, Creditor Protection 2006, s. 348.

⁵²⁰ SCHMIDT, s. 3576 vd.

⁵²¹ Bkz. BGHZ95, 330 (*Autokran*); BGHZ 107,7 (*Tiefbau*); BGHZ 115,187 (*Video*).

⁵²² WOOLDRIDGE, s. 286; SCHILLIG, Creditor Protection 2006, s. 348; ANDENAS/WOOLDRIDGE, s. 464.

SI.JÖZDİN, s. 21.

su Nakit havuzu sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm, IV,A, 3.

⁵²⁵ *Bremer Vulkan* kararının tüzel kişilik perdesinin aralanması davası kapsamında da açık-

göre, hakim şirketin, bağlı şirketin malvarlığını kullandığı ve ticari faaliyetlerine müdahale ettiği hallerde, bağlı şirket menfaatini üstün tutmak yükümlülüğü bulunmaktadır. Bağlı şirketin borçlarını ödeyemez hale gelmesi ise, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlamına gelir⁵²⁶. Federal Mahkeme bu konuda, sözleşmese! şirketler topluluğu hakkındaki AktG § 291 ila 310 ile fiili topluluğa ilişkin AktG § 311 ila 317 hükümleri yerine, sermayenin korunması hakkındaki GmbH § 30 ve § 31 hükümleri ile benimsenen koruma mekanizmalarından yararlanılması gerektiğini hükme bağlamıştır⁵²⁷.

Bu konuda emsal nitelikteki diğer bir karar olan *TBB* kararında ise, Federal Mahkeme sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, hakim pay sahibinin şirket menfaatlerine uygun hareket etmemesi ve gücünü kötüye kullanmasının gerektiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, davacının, davalı pay sahibinin şirket malvarlığına müdahalesini ispatlamasını yeterli görmüş ve davalının, söz konusu müdahalesi sebebiyle şirketi zarara uğratmadığını ya da şirketin zararının giderildiğini ispatlaması gerektiğini belirtmiştir⁵²⁸. Bu karar, Alman doktrinin büyük çoğunluğunca benimsenmiştir⁵²⁹.

Alman doktrininde, *Bremer Vulkan* ile *TBB* kararları, limited şirket pay sahibinin ortaklık borçlarından dolayı *sınırsız sorumluluklarını* düzenleyen kararlar olarak nitelendirilmiştir⁵³⁰. Her ne kadar anılan kararlarda, topluluk şirketlerinde bağlı ortaklıklar iflas etmiş olsa da, Federal Mahkeme'nin aynı

lanması mümkündür. Zira, bu perdenin aralanması suretiyle pay sahibi sorumlu kılınmıştır. Ancak, kanaatimizce söz konusu karar, pay sahibinin tabi olacağı sorumluluğa dair benimsenen içtihatları değiştirmesi bakımından öne çıkmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin aralanması davası için bkz. İkinci Bölüm, V, F, 2, c.

⁵²⁶ SCHILLIG, *Creditor Protection* 2006, s. 348.

⁵²⁷ Ayrıca Federal Mahkeme, bağlı şirketin fonlarının hakim pay sahibinin talimatıyla nakit havuzuna aktarılması sebebiyle, aynı zamanda nakit havuzunun yöneticisi olan hakim ortağın, bağlı şirketlerin borçlarını ödeyebilme gücünü temin etme yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan paysahibinin ayrıca, Alman Ceza Kanunu § 266'da düzenlenen, güveni kötüye kullanmak suçunu (*Treubruch*) işlediğine hükmedilmiştir. Kararın değerlendirmesi için, bkz. ANDENAS/WOOLDRIDGE, s. 464; WOOLDRIDGE, s. 286.

⁵²⁸ SCHILLIG, *Creditor Protection* 2006, s. 348, 350.

⁵²⁹ WOOLDRIDGE, s. 286.

⁵³⁰ SCHILLIG, *Creditor Protection* 2006, s. 348; ANDENAS/WOOLDRIDGE, s. 464.

yaklaşımı bağımsız şirketler için de benimseyeceği doktrinde ileri sürülmüş-tür.

Son olarak, Federal Mahkeme'nin, hakim pay sahiplerinin, BGB § 826 uyarınca haksız fiilsorumluluğu ile şirket varlığını yokeden müdahalelerden doğan sorumluluğu hakkındaki esasları birleştiren kararına değinilmelidir. Kararın ilgili bölümleri aşağıda alıntılanmıştır⁵³²:

"Kural olarak pay sahiplerinin şirket alacaklılarına karşı, şirket faaliyetlerini devam ettirmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Pay sahipleri, şirketi tasfiye etmek ya da kendilerine sunulmuş avantajlı bir yatırım teklifini reddetmek hakkını haizdirler. Özellikle yatırımlar aracılığıyla, şirket verimliliğini sağlamak ya da artırmak gibi yükümlülükleri bulunmamaktadır. Ancak, pay sahibi, şirketi sona erdirmek niyetinde ise, bu konuda kanunda öngörülen usuli işlemleri yerine getirmek zorundadır. Buna göre, şirket aktiflerini hukuka uygun bir şekilde satmak ve alacaklıların taleplerini GmbHG § 73(1) uyarınca karşılamak borcu altındadır. Şirket aktiflerini kendisine ya da kendisinin hissedar olduğu bir başka şirkete piyasa koşullarına aykırı şekilde devretmesi ise kötü niyetli işlem olarak kabul edilir. Böylece, sadece şirketi sonlandırmış olmakla kalmaz aynı zamanda, şirketin mevcut aktiflerini kendisinden alarak, şirketi, yükümlülüklerini yerine getirebilme imkanından yoksun bırakır. Ancak bu koşullar altında, şirket varlığını yok eden müdahalelerden dolayı (existenzvernichtender Eingriff) sınırsız sorumluluk söz konusu olacaktır, meğerki zarar GmbHG § 30 çerçevesince tazmin edilmiş olsun ya da pay sahipleri şirketin mevcut aktifleri ile, iyi niyetle gerçekleştirilmiş devirler neticesinde kalacak aktifler karşılaştırıldığında, uğranılan zararın tazmin edilebilir olduğunu ispatlamış olsunlar. Şirketin malvarlığı bulunmaması ve iflas etmiş olması gerçeği ise tek başına bu ispatı dışlamaz. Bunun yanında, kötü niyetle zarara sebep olma halinde, Medeni Kanun m. 826 uyarınca doğan sorumluluk da söz konusu olacaktır.¹¹

Federal Mahkeme'nin 2004 tarihli kararında⁵³³ ise, sınırsız sorumlu kılınabilecek kişilerin kapsamı genişlemiş ve fakat, sorumluluk doğuran sebepler daralmıştır. Zira, Federal Mahkeme sadece hisseleri iktisap edilen

⁵³¹ WoOLDRIDGE, s. 286 dn. 10'da anılan eser.

⁵³² MERKT/SPINDLER, s. 175'te özetlenen karar için bkz. BGH, Urt.v.13. 12. 2004-11ZR 206/02, ZIP 2005, 117, 119, DStR 2005, 162, 163.

⁵³³ BGH, il ZR206/02 (Autohaendler) [2005] ZIP 117.

şirketin faaliyetlerinin durdurulmasını pay sahibinin sorumlu kılınması için yeterli görmemiştir. Kararda, sınırsız sorumluluğun kabul edilebilmesi için, pay sahibinin piyasa koşullarına aykırı şekilde şirket malvarlığını kendisi ya da ortağı olduğu diğer bir şirkete devretmesi gerektiği belirtilmiştir⁵³. Ayrıca, Mahkeme davalı pay sahibine, şirketin finansal durumu hakkında varsayımsal bir karşılaştırma yaparak sorumluluktan kurtulabilme şansı vermiştir. Buna göre, şirketin mevcut finansal durumu ile pay sahibinin hukuka uygun davranmış olması halinde sahip olacağı finansal durum karşılaştırılacak ve tespit edilen farkın tazmin edilmesi yeterli olacaktır.

c. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

Tüzel kişilik perdesini kaldırma teorisi, ilk kez Amerikan mahkemeleri tarafından verilen kararlar neticesinde doğmuş ve sonrasında bu teori, istisnai hallerde, diğer Anglo-Sakson hukuk sistemleri ile Kıta Avrupası hukuk sistemlerince de benimsenmiştir.

Anonim ortaklığın onu oluşturan pay sahiplerinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması ilkesi (ayrılık ilkesi) ve sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnasını oluşturan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hakkında benimsenen ilkeler, hakim pay sahiplerinin şirketin varlığını tehlikeye düşüren müdahalelerinden dolayı sorumluluklarını düzenleyen teori ile benzerlik gösterir⁵³⁵. Zira, her iki halde de sorumluluk, sadece şirket malvarlığının borçlarını karşılamaması ihtimalinde gündeme gelecektir. Perdenin kaldırılması teorisinin sermayenin korunması ilkesi ile de yakından ilgisi bulunmaktadır. Çünkü, şirketin iflas etmesi durumunda sorumlu kılınacaklarını bilen pay sahipleri

⁵³⁴ Karara konu olan olayda, BMW bayisi olan bir limited şirket, aynı bölgede yetkili bayi olan diğer bir limited şirketin tüm hisselerini satın almıştır. Hisseleri devralan şirket bir aile şirketi olup, pay oranları, baba %50, eş %26 ve çocuklar %24 şeklindedir. Gerek devralan, gerek paylan iktisap edilen şirket baba tarafından yönetilmektedir. Hisseleri iktisap edilen şirketin BMW ile olan sözleşmesi, kararlaştırılan süreden iki yıl önce feshedilmiştir. Feshin ardından, şirketin çalışanları ile portföyü devralan şirkete geçirilmiş ve devralan şirketin sattığı her araba için %2 oranında bu şirkete prim verilmesi kararlaştırılmıştır. Hisseleri devralınan şirket bir süre sonra iflas etmiştir. Bunun üzerine, şirket alacaklıları pay sahibi baba aleyhine dava açmıştır. Mahkeme, babanın her iki şirketin tek yetkili yöneticisi ve şirketleri kontrol etme yeteneğini haiz olması sebebiyle sorumluluğunun tartışılabilirliğini belirtmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHILLIG, Creditor Protection 2006, s. 348, 349.

⁵³⁵ MERKT/SPINDLER, S. 174.

ile yöneticilerin, bu sonucu engellemek yönünde çaba sarf edecekleri kabul edilmektedir⁵³⁶.

Alman hukukunda perdenin kaldırılması teorisi esas itibariyle, kabul edilen iki görüş çerçevesinde gelişmiştir. 1955 yılında Serick tarafından ortaya konulan "*kötüye kullanma*" teorisine göre, şirket tüzel kişilik formunun, emredici hükümlerin dolanılması, sözleşmese! yükümlülüklerin ihlal edilmesi ve üçüncü kişilere zarar verilmesi amacıyla kötüye kullanıldığı durumlarda perdenin kaldırılması gereklidir. Müller-Freienfels tarafından savunulan "*normların uygulanması şeklinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*" teorisine göre ise, uygulanacak bir normun öncelikli olarak amacının belirlenmesi gereklidir. Bir hukuk kuralının amacının gerçekleşmesi ancak, tüzel kişiye ilişkin bir durumun pay sahibine ya da pay sahibine ilişkin bir durumun tüzel kişiye izafe edilmesiyle mümkünse, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gereklidir⁵³⁷.

Alman mahkemelerinin perdenin kaldırılması yönünde verdiği kararlar ise, somut olayın özellikleri dikkate alınarak genellikle, güvenin ihlal edilmesi, kanunun kötüye kullanılması, iyi niyet kurallarının ihlal edilmesi, pay sahibinin şahsi malvarlığı ile şirket malvarlığının örtülü muhasebe işlemleri ile ya da herhangi bir şekilde birbirine karışması⁵³⁸, alacaklıların zarara uğratılması kastıyla şirket tüzel kişilik formunun oluşturulması sebeplerine dayandırılmıştır⁵³⁹. Öte yandan, şirketin özkaynağının orta ve uzun vadede gerekli olan işletme faaliyetlerini sürdürebilmesi için yetersiz kalması hali (*Unterkapitalisierung*⁵⁴⁰), pay sahiplerinin şirkete ek sermaye getirme yükümlülüğü bulunmadığından, perdenin kaldırılması için yeterli sebepolarak kabul edilmemektedir⁵⁴¹.

⁵³⁶ MERKT/SPINDLER, s.168.

⁵³⁷ Alman hukukunda ilkenin tarihsel gelişimi için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 47-61; MERKT/SPINDLER, s.170.

⁵³⁸ Alman Federal Mahkemesi tarafından malvarlıklarının karışması sebebiyle perdenin kaldırıldığı davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MERKT/SPINDLER, s. 172 (BGHZ, 16.9.1985- II ZR 275/84 95,334, BGHZ 13.4.1994125, 368).

⁵³⁹ Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen kararlar ve bu kararların incelenmesi için bkz. MERKT/ SPINDLER s.174, dn. 40, 171.

⁵⁴⁰ Kavram için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 95; MERKT/SPINDLER, s.173.

⁵⁴¹ MERKT/SPINDLER, s.174, açıkça özkaynak yetersizliğine atıf yapılan tek mahkeme ka-

İngiliz hukukunda, emsal nitelikteki *Salomon v. A. Salomon Co. Ltd.* davası ile tüzel kişiliğin, onu kuran pay sahiplerinden bağımsızlığı kabul edilmiştir⁵⁰. Bu nedenle, perdenin kaldırılmasına ancak çokistisnai hallerde müsaade edilmektedir. Perdenin kaldırılması teorisi ile amaçlanan koruma daha ziyade, İngiliz İflas Kanunu'nda düzenlenen, *de facto* yöneticilerin sorumluluğu hakkında benimsenen kurallarla sağlanmaktadır (İngiliz İflas Kanunu. 214). Buna karşılık, istisnai hallerde, grup şirketleri için kabul edilen tek ekonomik birim (*single economic entity*), malvarlıklarının devri ve karışması, kurumun kötüye kullanılması ve özkaynak yetersizliği gerekçeleriyle perdenin kaldırılmasına karar veren içtihatlarla rastlanmaktadır.

Türk hukukunda da perdenin kaldırılması teorisi tartışılmış ve istisnai hallerde ve öncelikle şirkete başvurulması kaydıyla, hakim pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir.w.. Türk hukukunda, perdenin kaldırılmasında genel dayanak olarak, dürüstlük kurallı hakkındaki TMK m. 2 hükmü gösterilmektedir⁵⁴. Zira, tüzel kişiliğin, onu oluşturan üyelerinden mutlak ve istisnasız şekilde ayrı olduğunun kabul edilmesi haksızlıklara yol açabileceğinden, hakkaniyet gereği bazı durumlarda, tüzel kişiliğin hukuken bağımsız bir kişi olduğu dikkate alınmamalıdır.

Türk hukuku öğretisinde, ortaklık malvarlığı ile pay sahiplerinin malvarlıklarının birbirine karışması hali en önemli perdenin kaldırılması sebebi

rarı için bkz. BGHZ 54, 224 vd.

❖² İngiltere'de Lordlar Kamarası'nın (*House of Lords*) 1897 tarihli anılan kararına konu olan olayda, Salomon'un sahibi olduğu ayakkabı üretimi yapan tek kişilik işletme, Salomon ve altı aile bireyi tarafından kurulan şirkete dönüştürülmüştür. Şirket sermayesi aile üyelerinin katılım payları olan birer pound ve Salomon tarafından getirilen 39.000 poundun toplamından oluşmuştur. Şirketin kuruluşunun ilk yılında iflas etmesi sonucu, Salomon aleyhine şirket alacaklıları tarafından dava açılmıştır. Ancak, Lordlar Kamarası hakim paysahibinin şahsi sorumluluğunu reddetmiş ve tüzel kişiliğin ortaklarından bağımsızlığının altını çizmiştir. Bu karar liberal ekonomik yaklaşımın ifadesi olarak kabul edilmektedir. Kararın analizi için bkz. MERKT/SPINDLER, s. 197, 198.

❖³ Bu konudaki emsal kararlar için bkz. *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* kararı, [1969] 1 W.L.R. 1241 ve *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council* kararı, [1976] 1 W.L.R. 852.

⁵⁴⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 387-404, sorumlu kılma sebepleri için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 86-251.

⁵⁴⁵ AKÜNAL, s. 17; TEKİNALP/TEKİNALP, s. 396; YANLI, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 111 vd.; ANTALYA, s.148-151; KAPLAN, s. 43; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 27-04.

olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Malvarlıklarının karışması ile, ortaklık malvarlığının pay sahibinin malvarlığı gibi kullanılması, malvarlıkları arasındaki ayrılığın ortadan kalkması ve bir malvarlığına ait hak ve borçların diğerine mal edilmesi kastedilmektedir⁵⁴⁷. Bu görüş, malvarlıklarının ayrılığı ilkesinin ihlal edilmesi halinde, ayrıca TMK m. 2 açısından değerlendirilmesine gerek olmadığını ve perdenin kaldırılması gerektiğini savunmaktadır❖.

Bu konuda, Yargıtay 19. HD:nin, 2000 yılında verdiği bir karar⁵⁴⁹, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile ilgili bulunmuştur⁵⁵⁰. Karara konu olan olayda, ticaret sicilinde tacir kaydı bulunmayan, ancak, birçok anonim şirketin büyük ortağı ile ticaret odaları ve iş insanları derneklerine üye olan kişinin tacir olduğu ve bu nedenle iflasa tabi olduğu sonucuna varılmıştır. Ne var ki, kararda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi hiç anılmadan ve bu teorinin uygulanma şartlarının varlığı somut olayda araştırılmadan, anonim ortaklığın büyük pay sahibinin tacir olduğu belirtilerek, iflasa tabi olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, somut olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılma sebebi belirtilmeden, sadece anonim ortaklık pay sahibinin tacir olarak kabul edilmesi görüşüne katılabilme olanağı yoktu⁵⁵¹. Dahası, tüzel kişilikperdesinin aralanması davası, şirket alacaklılarınınpaysahibi aleyhine açmış oldukları bir alacak davasıdır. Halbuki, somut uyuşmazlıkta şirket ortağının tacir kabul edilerek, kendisine tacir olmaya bağlanan iflasa tabi olma şartının (TTK m. 18/ 1) uygulanması söz konusudur. Ancak, belirtmek gerekir ki, somut uyuşmazlığın TTK'nın yürürlüğü döneminde karara bağlanması halinde, birçok şirkette hakim pay sahibi olması dolayısıyla gerçek kişi pay sahibinin TTK m. 195/5 uyarınca hakim teşebbüs sayılması ve iflasa tabi olması mümkündür.

⁵⁴⁶ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 237-249; ÖZTEK/MEMİŞ, s.205-207; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 27-13.

⁵⁴⁷ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 27-13.

⁵⁴⁸ TEKİNALP (PoROY/ÇAMOĞLU), I, N. 123.

⁵⁴⁹ Yarg. 19. HD., T.02.11.2000, E. 2000/5828, K. 2000/7383.

⁵⁵⁰ TEKİNALP (PoRoY/ÇAMOĞLU), I, N.123.

⁵⁵¹ Yargıtay kararının eleştirisi için bkz. TEOMAN, Tacir-İflas, s. 2359-2372; BATTAL, s. 106-114.

Yargıtay 19. HD.'nin 17.02.2005 tarihinde verdiği bir başka karardam ise açıkça *tiizelkişilik pe,-dcsinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulması*"na hükmedilmiştir. Anılan kararda mahkeme, ortakları ve yöneticileri aynı olan limited şirket ve anonim şirketin ayrı tüzel kişilikleri olduğu savunmasını TMK m. 2 hükmü gerekçesiyle reddetmiştir⁵³.

3. Görüşümüz

Kanaatimizce, pay sahibinin kanuna aykırı şekilde borçlanması sebebiyle, şirketin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edeceği miktarı aşan bir zararının bulunması halinde, bu zararın tazmini için hükme aykırı borçlanan paysahibinin sorumluluğu kabul edilmelidir.

Çalışmada, pay sahibinin borçlarını ödeyebilen sağlıklı bir şirketteki sorumluluğu, sadakat yükümü, *de facto* yöneticilerin sorumluluğu ve nihayet hakim şirketin sorumluluğu çerçevesinde tartışılmıştır. Öğretideki hakim görüş, pay sahibinin sadakat yükümünü reddetmekte ve ancak istisnai hallerde hakim pay sahibi için bu yükümlülüğün kabul edilebileceğini savunmaktadır. TTK'da hakim şirketin sorumluluğu hakkında ayrıntılı düzenleme yapılmış olması sebebiyle, topluluk şirketleri açısından sadakat yükümlülüğünün tartışılmasına gerek yoktur. Benzer şekilde, hakimiyet tesis edebilme yolları Kanun'da sınırlı sayıda belirtilmediğinden [TTK m.195/3 (b)], *de facto* yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, grup içinde gerçekleşen işlemler nedeniyle sağlıklı bir şirketin uğradığı zararın hakim şirketin sorumluluğu kapsamında giderilmesi talep edilmelidir. Bu sağlıklı şirketin, bağımsız bir şirket olması halinde ise, kanaatimizce paysahibinin sorumluluğu haksız fiil hükümleri kapsamında⁵⁴ değerlendirilmelidir. Bu sorumluluk, şüphesiz şirketin iflas etmesi halinde de evleviyetle söz konusu olacaktır. Bu bağlamda sorumluluğun esaslarının belirlenmesinde, şirketler hukukuna özgü bir haksız fiil sorumluluğu olan şirketin iflasına sebep olan eylemlerden dolayı sorumluluğa ilişkin Alman hukuku öğretisi ve içtihatları Türk uygulamasına da ışık tutacaktır.

⁵⁵² Yarg. 19. HD., T. 15.05.2006, E. 2005/8774, K. 2006/ 5232.

⁵⁵³ Anılan kararın analizi için bkz. SEVEN/GöKSOY, s. 2455-2470; ÖZTEK/MEMİŞ, s. 202-204.

⁵⁵⁴ Öğretide, sermayenin iadesi yasağına aykırı şekilde menfaat temin eden pay sahibinin tazminat yükümlülüğünün ise sözleşmese}olduğu ifade edilmiştir. Bkz. SEVİ, s. 522.

Son olarak belirtmek gerekir ki, haksız fiil sorumluluğu yanında, özellikle malvarlıklarının karışması, şirketin ayrı bir tüzel kişilik olarak değil, adeta pay sahiplerinin temsilcisi, alter egosu ya da paravan şirketi gibi faaliyet göstermesi hallerinde tüzel kişilik perdesinin aralanması davasının ikame edilmesi de *mümkündür*⁵⁵⁵.

G. Yönetim Kurulu Üyesine Karşı Sorumluluk Davası Açılması

Temel ilkeler başlığı altında yer alan pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı hakkındaki düzenleme, şüphesiz yönetim kurulu üyeleri ile şirket yöneticileri için de bir yükümlülük⁵⁵⁶ öngörmektedir. Yani, şirket yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler, ancak kanunda aranan şartların mevcudiyeti (ya da sayılan olumsuz koşulların bulunmaması) halinde pay sahibinin şirkete borçlanmasına izin vermelidir. Zira, aksi halde yöneticiler aleyhine, *"kanundan doğan yükümlülüklerini"* ihlal etmeleri sebebiyle sorumluluk davası açılması mümkündür⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Öğretide, ortakların şahsen sorumluluğuna gidilebilmesine imkan veren birden fazla nedenin varlığında, kanunda düzenlenmiş özel sorumluluk hallerinin, kanunda düzenlenmemiş sorumluluk hallerine nazaran önceliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesi, s. 85. Bu nedenle paysahibinin haksız fiil sorumluluğuna gidilememesi halinde perdenin kaldırılması ile sorumlu kılınabileceği kabul edilmelidir. Benzer şekilde Bora da tüzel kişilik perdesinin aralanması davasını deyim yerindeyse son çare davası olarak değerlendirmiş ve amaçlanan korumanın başka hukuki kurum ve düzenlemelerle sağlanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. BORA, s. 41-44.

⁵⁵⁶ eTK m. 336/1 b. 5 hükmü, sorumluluk sebebi olarak *"vazifelerin yapılmaması"*nı göstermekteydi. TTK m. 553 hükmü ise yükümlülüklerin yerine getirilmemesini sorumluluk sebebi olarak saymıştır. Öğretide, yükümlülük kavramının görev kavramından daha dar olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre örneğin, ortaklığın kurumsal yönetim ilkeleri uyarınca yönetilmesi bir görev fakat yükümlülük değildir. Bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 16-59, 16-62. Ancak borçlanma yasağı ile kanaatimizce yöneticilere bir yükümlülük öngörüldüğünden, tartışmanın konumuz açısından bir önemi bulunmamaktadır.

⁵⁵⁷ Gerçekten de, borçlanma yasağı ile amaçlanan korumanın ancak etkin bir sorumluluk sistemi ile birlikte sağlanması mümkündür. Özellikle 2017/ 1132 sayılı Yönerge ile benimsenen emredici kuralları eleştiren yazarlar, pay sahipleri ile alacaklıların menfaatinin, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu hakkındaki hükümlerin etkinleştirilmesi ile sağlanabileceğini savunmaktadırlar. Bkz. RICKFORD GRUBU, s. 972; WYMEERSCH, Article 23, s. 743, 744. Benzer şekilde, sermayeyi koruyan hükümlerde esneklik yapan MoMiG'in gerekçesinde kanun koyucu meselenin yöneticilerin sorumlulukları hakkın-

Yönetim kurulu üyeleri ile yöneticiler aleyhine sorumluluk davasının açılabilirliği tespit edildiğinden, sorumluluk davasına ilişkin Kanun'un yeniliklerinden de kısaca söz edilmesinde fayda vardır.

TTK'nın sorumluluk davasına dair öngördüğü yeniliklerden biri, alacaklıların dava açma hakkının eTK'ya nazaran sınırlanmış ve kural olarak dava açma hakkının pay sahipleri ile şirkete tanınmış olmasıdır (TTK m. 555)⁵⁵⁸. Alacaklılar ise kural olarak, ancak şirketin iflas etmesi halinde sorumluluk davası açabileceklerdir (TTK m. 556). Yeni düzenleme şüphesiz ki alacaklıların, şirket malvarlığındaki azalmadan bağımsız olarak zarara uğramaları (doğrudan zarar)⁵⁵⁹ halinde dava açmalarına engel değildir.

eTK sisteminde kabul edilen kusur karinesi, önce yeni düzenlemede aynen korunmuş, ardından 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle *"kurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça"*⁵⁶⁰ ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Ancak, şirket ile yöneticiler arasındaki sözleşmeye! ilişki nedeniyle sorumluluk davasının niteliği sözleşmeye aykırılıktır. Bu nedenle, TTK'da yapılan değişikliğe rağmen, şirketin zararının tazmini için açılan davada ispat yükü, TBK m. 112 hükmü nedeniyle, borcunu gereği gibi ifa ettiğini iddia eden yöneticilerde olacaktır⁵⁶¹. Varılan bu sonuç dolaylı zararlarının

da öngörülen sistemle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. MoMiG Hükümet Gerekçesi, s. 41. Benzer yönde bkz. VEIL, s. 85, 91.

⁵⁵⁸ TTK sisteminde alacaklıların dolaylı zarar davasıyla korunmasına gerek olmadığı savunulmuştur. Bu görüşe göre, anonim ortaklığın faaliyetini sürdürdüğü sürece ortaklık malvarlığı alacaklılar için yeterli güvence sağlamaktadır. Bkz. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 16-105. Aksi görüş için bkz. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 146, 147. Alacaklılara, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma hakkı tanınmasının gerekliliği hususunda ileri sürülen görüşler için genel olarak bkz. DRYGALA, Directors Liability, s. 232-253.

⁵⁵⁹ Alacaklıların doğrudan zararlarına örnek olarak, bilançonun doğruluğuna veya ortaklığın mali durumu hakkında yöneticilerce verilen yanıltıcı bilgilere güvenerek şirkete kredi sağlanması verilmektedir. Bkz. ÇAMOĞLU (TEKİNALP/PoRoY), I, N. 609.

⁵⁶⁰ eTK'da yer verilen anılan karinenin, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun etkili bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bkz. HELVACI, Sorumluluk, s. 41. Çamoğlu ise, kusur karinesinin sadece eTK m. 336 ve 337'de düzenlenen sorumluluk hallerine uygulanacağını savunmuştur. Bkz. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 18, 19.

⁵⁶¹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 459, 460. Bu konuda eklemek gerekir ki, Ön-Tasarı ve Son-Tasarıda kabul edilen, yöneticilerin özenle hareket ettikleri yönünde karine öngören TTK m. 369/3, Adalet Komisyonu aşamasında kaldırılmıştır. Gerekçe'de bu karineye

tazmini amacıyla pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılan sorumluluk davası için de geçerlidir⁵⁶². Zira, bu davanın konusunu şirketin zararının şirkete ödenmesi oluşturur. Öte yandan pay sahipleri ile alacaklıların doğrudan zararlarının tazmini için açılan sorumluluk davasının dayanağı haksız fiil olduğundan kusurun ispatı davacıda olacaktır.

Sorumluluk davası sırasında araştırılacak konulardan biri de, yöneticilerin özen yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıkları olacaktır. Bilindiği üzere, eTK'nın yönetim kurulunun özen yükümlülüğünü göndermeler suretiyle düzenlemiş olması, yükümlülüğün derecesi ve kapsamı hususunda tartışmaya ve karmaşaya yol açmaktaydı^{563 564}. Bu nedenle kanun koyucu, öğretide dile getirilen eleştirileri dikkate alarak, yönetim kurulu üyeleri ile TTK m. 367 ile 370 uyarınca kendisine yönetim ve temsil yetkisi bırakılan kişilerin özen yükümlülüğünü⁵⁶⁵ TTK'nın 369. maddesinde yeni-

birçok halde özen gösterildiğini ispat etmenin güç olması sebebiyle yer verildiği belirtilmiştir. Ancak, Alt Komisyon, anılan düzenlemenin TTK m. 553 hükmü ile çelişki yaratabileceği ve ispat yükünün yer değiştireceği endişesiyle son fıkrayı madde metninden çıkarmıştır. Bu nedenle, TTK m. 369/3'e yapılan değişiklik de ispat yükünü yöneticiler üzerinde bırakmıştır. Bkz. a.e., s. 260. İspat yükünün davacıya ait olduğu yönünde bkz. ÇAMOĞLU (PoROY/TEKİNALP), I, N. 590; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 16-77. Kusurun ispatının davacıya yüklendiğini savunmakla birlikte bu sonucu eleştiren görüş için bkz. BAHTİYAR, s. 394.

⁵⁶² Paysahipleri ile alacaklıların açacakları sorumluluk davasında sözleşmeye aykırılık sebebine dayanabilecekleriyönünde bkz. ÇAMOĞLU (PoRoY/TEKİNALP), I, N. 591.

⁵⁶³ Konu özellikle yönetim kurulu üyesinin özen ölçüsünün tespit edilmesinde, üyenin ücret alıp almaması noktasında tartışılmış ve özenin objektif, subjektif ya da karma sistem uyarınca tespit edilmesine dair farklı görüşler ileri sürülmüştür. İleri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Özen Borcu, s. 399-401; HELVACI, Sorumluluk, s. 45-48; ÇAMOĞLU (PoROY/TEKİNALP), 2010, N. 580.

⁵⁶⁴ Uygulamada yönetim kurulu üyesinin özeninin tespitinde "*basiretliışadami*" ölçüsü kullanılmış (bkz. Yargıtay 11. HD:nin 17.12.1974 tarihli ve 3677/ 3733 sayılı kararı) ve tüm işlerin yönetim kurulu üyelerinin kontrolünde olması gerektiği, her aykırılıktan dolayı onların sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bu görüş, özen borcunun makul ölçülerle belirlenmesi gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. TEKİNALP, Fondaki Banka, N. 175.

⁵⁶⁵ Bir görüşe göre özen yükümlülüğü, yönetim kurulu üyelerinin kusurlarını tespit etmekte kullanılan bir ölçü olmasının yanında (TEKİNALP, Fondaki Banka, N. 175; GÜMÜŞ, Özen Borcu, s. 60; KIRCA, Özen Borcu, s. 87), üyelere yüklenen bağımsız bir borçtur (ÇAMOĞLU, Özen Borcu, s. 389). Dolayısıyla, özen yükümü sadece kanun ya da esas sözleşmenin yönetim kurulu üyelerine yüklediği görevlerin ifasında gösterilmesi gere-

den düzenlemiştir. Hükümde yönetim kurulu üyeleri ile yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini *"tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek"* yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, bir yandan *"tedbirli bir yöneticinin özeni"* ifadesiyle yöneticilere objektif (nesnel)⁵⁶⁶ bir özen yükümlülüğü getirilmiş, öte yandan, yöneticilere, şirketin menfaatini diğer ilgililerin menfaatlerinden üstün tutması ve dürüstlük kuralı kapsamında gözetmesi yükümlülüğü öngörülmüştür⁵⁶⁷.

Kanaatimizce, tedbirli bir yöneticinin, borç verdiği kişinin pay sahibi sıfatı taşıyıp taşımadığını, pay sahibi sıfatını taşıması halinde ise, yasağın şartlarının oluşup oluşmadığını araştırması gerekir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 358'de sayılan hallerin bulunmaması nedeniyle borçlanmanın yasaklanmamış olması ihtimalinde borç verme konusunda yöneticilerin takdir hakkı vardır. Yine tedbirli bir yöneticinin borç verme konusundaki takdir hakkını kullanırken, pay sahibinin ödeme gücü hakkında araştırma yapması ve ödeme gücü şüpheli pay sahiplerine borç vermekten kaçınması gerekir. Bu nedenle yöneticilerin özen yükümlüklerini, ancak TTKm. 358'de izin verilen koşullar-

ken dikkati değil, başlı başına görevler yaratan bağımsız bir kaynağı ifade eder. Özen yükümlülüğünün bağımsız bir borç olarak kabul edilmesi halinde, bu borca aykırı davranılması sorumluluk davası açılabilmesi için yeterlidir. Bu görüş uyarınca, özen borcuna aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesinin ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluğu gündeme gelir. Bkz. ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP), I, N. 579. Aksi görüşe göre, özen borcuna aykırı davranılmış olması her zaman sorumluluk davasının açılabilmesine imkan vermez. Çünkü özensizlik *bazı* durumlarda kusur olarak nitelendirilebilirse de, her özensiz hareketin kusur oluşturduğu ve dolayısıyla sorumluluk davasını haklı kıldığı savunulamaz. Dolayısıyla, salt özen borcuna aykırı davranılmış olması, sorumluluk davası açılması için yeterli değildir. Bkz. TEKİNALP, Fondaki Banka, N. 175.

⁵⁶⁶ Nesnellik, Gerekçe'de *"göreviyerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı geliştirmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma..."* olarak tanımlanmıştır. Yine Gerekçe'de ifade edildiği üzere, 6762 sayılı Kanun'un özen ölçüsünü işletme konusuna bağlamış olması, hükmün terk edilmesinde etken olmuştur. Şöyle ki, özen ölçüsü işletme konusuna bağlandığında, çelik üretim şirketinin yönetim kurulu üyesinin teknik bilgiyi haiz olması gerekli ve yeterlidir. Bu görüş ise, sermayenin korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özen gösterilmesi gereğini kapsam dışında bırakabilir. Oysa "tedbirli yönetici" kavramı, tüm yukarıda anılanları ve yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni içerir.

⁵⁶⁷ KENDİGELEN, İlk Tespitler, 260. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, Özen Borcu, s. 85-96.

da, ödeme gücünden şüphe edilmeyen pay sahiplerine, üçüncü kişilerle aynı şartlarda ve şirkete uygun karşı talep hakkı sağlanarak ödünç veya teminat vermesi koşuluyla yerine getirdikleri kabul edilmelidir. Son olarak belirtmek gerekir ki, her ne kadar Türk hukukunda dağıtım yapılabilmesi için MBCA'da benimsenen ödeme yeterliliği testine paralel bir sınır benimsenmemiş olsa da, şirket yöneticileri sadakat yükümlülükleri gereği şirketin borçlarını ödeyecek durumda bulunmasını sağlamakla yükümlüdürler⁵⁶⁸.

H. Adli Para Cezası

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağını "*Temelinkeler*" başlığı altında düzenleyen kanun koyucu konuya verdiği önemi, hükme aykırı davranışı cezai müeyyideye bağlayarak da göstermiştir. Kanun'un 562. maddesinde, 358. maddeye aykırı şekilde şirkete borç verenlerin üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmüştür.

Kanun'un 562. maddesi, 6335 sayılı Kanun ile büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. Değişiklik ile, hükümde öngörülen bazı adli para cezaları idari para cezalarına çevrilmiş ve böylece, söz konusu düzenlemelerdeki eylemler suç olmaktan çıkartılarak yeni kabahatler yaratılmıştır⁵⁶⁹. Ancak, 358. maddenin ihlali halinde uygulanacak müeyyide açısından bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının ihlali Kanun'da suç olarak kabul edilmiştir.

Adli para cezaları, verilen gün sayısı için belirli tutar paranın ödenmesi suretiyle belirlenen cezalardır. TCK m. 52/2 uyarınca, adli para cezası, bir gün karşılığı en az yirmi, en fazla yüz lira olabilir. Anılan hükümde ayrıca adli para cezasının belirlenmesinde kişinin ekonomik ve diğer şahsi hallerinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. TTK m. 562/ 5 (b) hükmünün uygulanması açısından ise cezaya hükmedilirken, şirketin zararı ile kusurun

⁵⁶⁸ VETTER/SCHWANDTNER, s. 1167. Kar. AktG § 64/3.

⁵⁶⁹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 471; ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 53. Belirtmek gerekir ki, TTK kapsamındaki idari para cezalarının, aksine hüküm bulunan haller saklı olmak üzere, mahallin en büyük mülki amiri tarafından verileceği hükme bağlandığından, bu müeyyidenin uygulanabilirliği tartışmalı hale gelmiştir. Aynı yönde, Yüce, s.71. Özkorkut, cezaların idari para cezasına çevrilmesi sebebiyle bu fiillere neredeyse hiç yaptırım uygulanmayacağı kanaatindedir. Bkz. ÖZKORKUT, Değişiklik Depremi, s. 22.

ağırlığının değerlendirmesi de gereklidir⁵⁷⁰. TCK m. 52/2 gereği, adli para cezasının alt limit olan üç yüz günden hesaplanması halinde ödenmesi gereken tutar 6.000 TL ila 30.000 TL arasında olacaktır. Ancak Kanun adli para cezasının gün olarak üst sınırını düzenlememiştir. Bu durumda ceza hukukunun genel ilkeleri uygulama alanı bulacaktır. TTK m. S62'de aksine bir düzenleme yapılmaması nedeniyle, adli para cezasının gün olarak üst sınırı TCK m. 52/ 1 uyarınca yedi yüz otuz gündür⁵⁷¹.

Yukarıda belirtildiği üzere, 6335 sayılı Kanun, borçlanma yasağının ihlali halinde adli para cezasını idari para cezasına çevirmemiş ancak, bu suçun failiride değişiklik yapmıştır. Yeni düzenleme, *"Bu Kanunun... 358 inci maddesine aykın olarak pay sahiplerine borç verenler... üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar."*⁵⁷² hükmünü içermektedir. Değişiklik öncesinde ise müeyyidenin, TTK m. 358'e aykırı olarak *"şirkete borçlananlara"* uygulanması öngörülmekteydi. Yani değişiklik öncesi, borçlanma yasağını ihlal ederek şirkete borçlanan kişilerin⁵⁷³ sorumlulukları düzenlenmişken, yeni düzenleme ile borçlanan kişiler yerine borcu veren kişilerin cezalandırılması tercih edilmiştir.

Anonim şirketin kanuni temsilcisi yönetim kurulu olduğundan, borç verme konusunda karar alına ve bu kararı icra etme yetkisi de kural olarak bu organda olacaktır. Ancak, müeyyide yönetim kurulu üyeleri başta olmak üzere borç verme işleminde katkısı olan diğer ilgilileri yani terhis haliride murahhas üye ya da murahhas müdürleri, TTK m. 371/7 hükmü uyarınca yetkilendirilen ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını kapsamına alabilecek nitelikler⁵⁷⁴. TTK m. 358'e aykırı şekilde borç veren kişilerin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmaması nedeniyle (TCK m. 20/2), adli para cezasının kendilerine uygulanması mümkün

⁵⁷⁰ Bkz. ÜDMAN BOZTOSUN, s. 16.

⁵⁷¹ Öğretide bugün için azami 73.000 TL'ye tekabül edecek adli para cezası, şirkete verilebilecek zararlar göz önüne alındığında yetersiz bulunmuş ve adli para cezasının üst sınırının daha yüksek belirlenmemesi eksiklik olarak değerlendirilmiştir. Bkz. ÜDMAN BOZTOSUN, s. 18.

⁵⁷² 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde hükme aykırı şekilde *"şirkete borçlananlar"* için öngörülen müeyyidenin, tüzel kişi pay sahiplerine uygulanmamasının eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 164, 165.

⁵⁷³ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 53; HIZIR, s. 283.

değildir. Bu nedenle, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olmadığı dikkate alınıp hükme aykırılık halinde tüzel kişiler için idari tedbir öngörülmesi yerinde olurdu⁵⁷⁴.

Borçlandırıcı işlemin genel kurul kararı ile yapılması halinde ise⁵⁷⁵ müeyyidenin, genel kurulda olumlu yönde oy kullanan pay sahiplerine uygulanması, fikrimizce mümkün değildir.

Kanaatimizce, 6335 sayılı Kanunla değiştirilen, TTK m. 395 hükmünün ihlali hakkında uygulanacak müeyyideyi gösteren TTK m. 562/5 (c) hükmünde olduğu gibi, "*pay sahibinin şirkete borçlanma yasağını ihlal edenlere*" cezai müeyyidenin uygulanacağının öngörülmesi faydalı olurdu. Böylece, ceza, borcu verenler yanında borç alan pay sahiplerine de uygulanabilirdi. Elbette öğretide ileri sürüldüğü gibi, payları tabana yayılmış bir anonim ortaklıkta, şirket yöneticilerinin ortakları tanımaması mümkündür⁵⁷⁶. Ancak, ihlalin suç olarak düzenlenmesi nedeniyle, suç ve cezanın ceza hukukunun genel prensipleri uyarınca tespit edileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle, örneğin, hamiline yazılı hisse senedi sahibine borç veren şirket yöneticisinin pay sahibinin bu sıfabnı bildiği ispatlanmadığı sürece, kusursuz olduğu kabul edilmeli ve manevi unsur eksikliği nedeniyle suçun oluşmadığı sonucuna varılmalıdır⁵⁷⁷.

TCK m. 45 hükmünde, adli para cezası, suç karşılığında uygulanacak bir ceza olarak öngörüldüğünden ve 5235 sayılı Kanun m. 11 uyarınca adli para cezalarını gerektiren suçların asliye ceza mahkemelerince hükme bağ-

m Ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 249-255, aynı yönde, ÜKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 243.

⁵⁷⁵ Çalışmada, esas sözleşme! dayanağın bulunması şartıyla, genel kurulun pay sahibinin borçlanması hakkında karar verebileceği savunulmaktadır.Bkz. 2. Bölüm, V. D.

⁵⁷⁶ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 164.Yazar, değişiklik öncesi kaleme aldığı eserinde, cezai sorumluluğun paysahibi üzerinde olduğunu belirtirken, yöneticilerin sorumlulukları bulunmadığını ifade etmiştir. Yöneticilerin paysahiplerinin kimliklerini bilemeyecekleri ihtimalini dile getirmesi nedeniyle yazarın, müeyyidenin pay sahibine uygulanmasının doğru olduğunu savunduğu düşünülmektedir.

⁵⁷⁷ Benzer şekilde, yönetim kurulunda borç verme konusunun karara bağlanması ve yönetim kurulu üyesinin borç verilmesine muhalif kalması ihtimalinde de bu üyenin kusursuz olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, adli para cezasına konu işlemi yetkili makamlara bildirmeyen yönetim kurulu üyesinin, aleyhte oy kullanmış olsa dahi, TCK m. 278/2 uyarınca cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

lanabileceği belirtildiğinden, adli para cezaları hakkında karar verme yetkisi ceza mahkemelerindedir. İşte bu noktada, ceza hukuku kurallarının ve ceza mahkemesi tarafından verilen bir kararın hukuk mahkemeleri üzerindeki etkisi irdelenmelidir. TBK m. 74'te belirtildiği üzere, "*Hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hakimini bağlamaz.*" Her ne kadar, hukuk hakiminin verilen beraat kararı ile bağlı olmadığı hükümde belirtilmişse de, öğretide haklı olarak beraat kararının gerekçeleri açısından ayırım yapılmıştır. Buna göre örneğin, ceza mahkemesinin beraat kararı fiilin işlendiği konusunda yeterli delilin bulunmadığı veya nedensellik bağının bulunmadığı gerekçeleri ile verilmişse, bu karar hukuk hakimini bağlamayacaktır⁵⁷⁹. Benzer şekilde, fiilin tüzel kişi olması ve tüzel kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmiş olması halinde de verilen karar ile hukuk hakimi bağlı olmayacaktır. Yine TBKm. 74/2 hükmü uyarınca, ceza mahkemesi kararında kusura ve zararın belirlenmesine ilişkin değerlendirmeler de hukuk hakimini bağlamayacaktır.

Buna karşılık beraat kararı, sanığın isnat olunan suç işlediğine dair yeterli delil bulunmadığı değil, fiili işlemediği gerekçesine dayandırılmışsa hukuk hakiminin verilen kararla bağlı olması gerekir⁵⁸⁰. Somutlaştırmak gerekirse, ceza mahkemesi tarafından TTK m. 358'de sayılan şartların bulunmaması nedeniyle borçlanma işleminin hukuka uygun olduğu kabul edilip beraat kararı verilmesi halinde, hukuk hakimi bu karar ile bağlı olacak ve söz konusu borçlanma işlemi nedeniyle tazminata hükmedemeyecektir. Öte yandan, fiilin suç teşkil ettiğine ve sanık tarafından işlendiğine ilişkin ceza mahkemesi kararının kesin hüküm teşkil edeceği kabul edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, limited şirketlere uygulanacak anonim şirket hükümlerini düzenleyen TTK m. 644'te, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358'e atıf yapılırken, yasağa aykırılığın

⁵¹¹ B^{kz}, I^{stanb} ul BAM 12. HD., E. 2017/642, K. 2018/281, T. 22.03.2018.

⁵⁷⁹ OCuzMAN/Ôz, C. II, s. 83, 84; NoMER, Borçlar, N. 112.3 ve dn. 532'de anılan kararlar.

⁵¹⁰ OCuzMAN/Ôz, C. II, s. 84; NOMER, Borçlar, N. 101.3 ve dn. 498'de anılan karar ve N. 133.8 dn. 914'te anılan kararlar.

müeyyidesinin düzenlendiği TTK m. 562'ye atıf yapılmaması unutulmuştur. Bu nedenle, limited şirket ortağına, borçlanma yasağına aykırı şekilde borç veren şirket müdürü ile diğer yetkililerine TTK m. 562'de düzenlenen müeyyidenin uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte bu eksiklik, şirket malvarlığını kötüye kullanan yöneticiler ile ortaklara, şartları varsa, ceza kanununda düzenlenen güveni kötüye kullanma ve hileli iflas suçlarının isnat edilmesi ile giderilebilir⁵⁸.

I. Diğer Kanunlarda Konunun Düzenlenişi

1. Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Dağıtımı

Yukarıda açıklandığı üzere, TTK'da, borçlanma yasağının kapsamının belirlenmesinde kapalı şirketler ile halka açık şirketler arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bu nedenle, TTK kapsamında yapılan açıklamalar, hem kapalı hem de halka açık şirketler için geçerlidir. Bu bölümde ise, borçlanma yasağının kapsamına giren işlem için benimsenmiş sermaye piyasasının özel düzenlemelerine değinilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere, borçlanma yasağının en önemli amaçlarından biri, şirketi yönetme gücünü elinde bulunduran pay sahipleri ile yöneticilerin, şirket sermayesi ve malvarlığını kötüye kullanmalarını engellemektir. Aynı amaç, sermaye piyasası hukukunda ise örtülü kazanç aktarımı yasağının benimsenmesine neden olmuştur. Bu nedenle, anılan yasağın şartları ve sonuçlarının açıklanması ve borçlanma yasağı ile ilişkisinin belirlenmesinde fayda vardır.

Örtülü kazanç aktarımı yasağı, Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK)⁵⁸² 21. maddesi hükmünde, mülga SerPK⁵⁸³ m. 15/son hükmüne göre⁵⁸⁴ çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

⁵¹¹ ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 53.

⁵⁸² Bkz. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı RG.

⁵⁸³ Bkz. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 30.07.1981 tarih ve 17416 sayılı RG.

⁵⁸⁴ Mülga düzenleme, "Halka açık anonim ortaklıkların yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kannı ve/veya mal varlığını azaltamaz." hükmünü içermekteydi.

Hükmün ilk fıkrasında, örtülü kazanç aktarımı yasağının unsurları ve yasağın kişi açısından kapsamı belirlenmiştir. Anılan düzenleme, *"Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle karlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya karlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır."* hükmünü içermektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yasağın kişi açısından uygulama alanı mülga hükme göre çok geniştir. Zira, halka açık ortaklıklar yanında, kolektif yatırım kuruluşları ile halka açık ortaklık ile kolektif yatırım kuruluşlarının iştirakleri ve bağlı ortaklıkları da yeni düzenlemenin kapsamına alınmıştır. İşlemin karşı tarafında ise, hükümde belirtilen üç kategori kişinin yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişiler bulunmaktadır. Öte yandan mülga hükmün aksine, teşebbüslerle yapılan işlemler hükmün kapsamına alınmamıştır⁵¹⁵.

Maddenin kenar başlığından da anlaşıldığı üzere, hüküm ile kural olarak kazancın örtülü şekilde aktarılması yasaklanmaktadır. Hükmün ilk fıkrasında bu aktarımın üç yoldan gerçekleşebileceği belirtilmiştir. Söz konusu aktarım yolları, (i) karlarının azaltılması, (ii) malvarlıklarının azaltılması ve nihayet (iii) karlarının veya malvarlıklarının artmasının engellenmesi şeklinde açıklanmıştır. Mülga düzenlemede ise, malvarlıklarının azaltılması ile şirket karının veya malvarlığının artmasının engellenmesi açıkça belirtilmiş olmadığından, bu hallerde örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşup oluşmayacağı öğretide tartışmalıydı⁵¹⁶. Ancak açık düzenleme, söz konusu tartışmaya son vermiştir⁵¹⁷.

Maddede yasaklanan kazanç aktarımının, emsallerine uygunluk⁵¹⁸, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak *farklı fi-*

⁵¹⁵ Yapılan değişikliğin, ilişkili olunan kişilerin kapsamını gerçek ve tüzel kişilerle sınırladığı yönünde bkı. KAYA, s.198.

⁵¹⁶ Söz konusu tartışma için bkı. ERMAN, s. 62.

⁵¹⁷ Yapılan değişiklik öğretide isabetli bulunmuştur. Bkı. KAYA, s. 196.

m Emsallere uygunluk denetimi, *"karşılaştırılabilirlik analizi"* ile yapılmaktadır. Söz konusu

yat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde⁵⁹ bulunmak suretiyle gerçekleşebileceği belirtilmiştir. İşlem kavramı ise geniş yorumlanmalı ve örneğin, ilgili kişiler yararına ihaleye girilmemesi, yüksek fiyat verilmesi, bazı işlerin onlara nakledilmesi şeklinde de kazanç aktarılabileceği kabul edilmelidir⁵⁹⁰.

SerPK m. 21 uyarınca örtülü kazanç aktarımı yasağının söz konusu olması için, ilişkili kişilerle yapılan anlaşma veya ticari uygulamaların, farklı fiyat, ücret, bedel veya şart içermesi gerekli ve yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, bu farkın "*bariz orantısız*" olması aranmamaktadır⁵⁹¹. Ayrıca, yasağın uygulanması için bu farkın, emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri değerlendirildiğinde açıklanamayan bir fark olması gereklidir. Örneğin, belirli bir yerde fabrika kuran bir anonim şirketin, o şehirde elverişli başka bir bina bulunmadığı için emsallerine nispetle fazla bir bedel ödeyerek bir binayı satın alması veya kiralaması, farklı şehirde ikamet eden çok güvendiği mali müşavir ya da avukatla çalışabilmek için onlara emsallerine yüksek bedelle ücret ödemesi ya da ithalat ya da ihracat ilişkilerini geliştirmek için dış temaslara fazla masraf yapması durumlarında açıklanabilir bir ticari maksat bulunması sebebiyle, farklı koşulların uygulanması örtülü kazanç aktarımına sebebiyet vermez⁵⁹².

analiz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNAY, s. 47-66.

⁵¹⁹ Örtülü kazanç aktarımı yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MANAVGAT, Halka Arz, s. 394-401.

⁵⁹⁰ Bkz. TEKİNALP, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 77, aynı yönde, KAYA, s. 200.

⁵⁹¹ Halbuki, mülga hükümde halka açık şirketin ilişkili kişilere, ödediği "fiyat", "ücret", "bedel" in emsallerine nispetle "bariz şekilde" farklı olınası gerekmektedir. Öğretide, işçiye ödenen ücretin, satın alınan herhangi bir mal karşılığında ödenen fiyatın, kiralanan bina için verilen bedelin emsallerine nispetle bariz şekilde yüksek olınası durumunda suçun fiil unsurunun gerçekleşmiş olacağı savunulmuştur. Buna göre bir ücret, bedel ya da fiyatın emsaline göre bariz şekilde farklı sayılabilmesi için, söz konusu halka açık anonim şirketin ticari faaliyeti, kapasite vefizibilitesi, merkez ve şubesinin bulunduğu yerdeki piyasa rayıcı ile SerPK'ya tabi diğer şirketlerin ödedikleri bedel, fiyat, ücretin dikkate alınması gerekmektedir. Bkz. ERMAN, s. 61, 62. Hükümde yapılan değişikliğe rağmen, örtülü işlemin varlığının belirlenebilmesi açısından farkın bariz olınası gerekliliği için bkz. KAYA, s. 201.

⁵⁹² ERMAN, s. 62.

Hükmün ikinci fıkrasında ise, örtülü kazanç aktarımı yasağının pasif olarak da ihlal edilebileceği⁵⁹³ belirtilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, kazanç ai-tanınında bulunması yasaklanan kişilerin, *'esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak⁵⁹. veya piyasa teamülleri uyarınca karlamı ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin karlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.'* Açık düzenleme nedeniyle, şirketin, faaliyet konusu ile bağlantılı olmayan bir işlem neticesinde⁵⁹⁵ de kazancını örtülü şekilde aktarması yasaklanmıştır.

Hükmün üçüncü fıkrasında, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Her ne kadar hükümde sadece, halka açık anonim ortaklıklar ile kolektif yatırım kuruluşları anılmış olsa da kanaatimizce bu ortaklık ya da kuruluşların iştirakleri ile bağlı ortaklıkları için de aynı yükümlülüğün söz konusu olduğu kabul edilmelidir⁵⁹⁶.

⁵⁹³ KAYA, s. 196, 199. Mülga hüküm zamanında, aykırılıktan söz edilebilmesi için ayrıca, karı azaltan işlemin öznesinin halka açık şirket olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bir diğer söyleyişle, halka açık anonim ortaklığın kendisinin farklı fiyat, farklı ücret ve bedel uygulamak suretiyle karını azaltması gerekmektedir. Bkz. TEOMAN, Halka Açık Anonim Ortaklık, s. 1900.

⁵⁹⁴ "... esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak" şeklindeki ifade ile neyin kastedildiği açık değildir. Hükmün eleştirisi için bkz. KAYA, s. 195.

⁵⁹⁵ Öğretide, mülga SerPKm.15/S'e aykırılıktan söz edebilmek için, halka açık bir anonim ortaklığın, olağan faaliyet konusu içinde sayılan bir işlem nedeniyle ilgili kişilere ayrıcalıklı davranması gerektiği savunulmuştur. Söz konusu görüşe göre, tanınan ayrıcalığın, olağan işletme konusu kapsamı içinde yer alan iş ve işlemlerle bağlantılı olması şarttır. Bir hukuki mütalaaya konu olan olayda, halka açık Kepez anonim şirketi, İmar Bankası ile İmar Off-Shore'a faizsiz ya da düşük faizle mevduat yatırarak fayda sağlamıştır. Mütalaada, bir anonim ortaklığın elinde kalan fonlarını bir bankada değerlendirmesinin teknik anlamda işletme konusu kapsamına girmeyeceğinden, örtülü kazanç aktarımından söz edilemeyeceği savunulmuştur. Bu görüşe göre, Kepez'in olağan işletme konusu elektrik üretimi ve sağlanmasıdır bu nedenle örneğin, Kepez'in İmar Bankası'na ucuz elektrik sağlaması durumunda SerPK m. 15/S'e aykırılıktan söz edilecektir. Bkz. TEOMAN, Halka Açık Anonim Ortaklık, s. 1899, 1900.

⁵⁹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, bu yorum sadece örtülü kazanç aktarımının hukuki ve idari yaptırımları için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, ceza hukukunda geçerli olan kanunilik

Hükmün 4. fıkrasında ise, örtülü kazanç, aktarımının sonuçları düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, Kurul'ca kazanç aktarımının tespiti halinde, aktarımın öznesi ortaklık ya da kuruluş, Kurul'ca belirlenecek süre içinde, kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile iadesini talep etmeli ve bu taraflar Kurul'ca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmelidirler. Ayrıca, örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali halinde 94. ve 110. maddeler uyarınca hukuki, cezai (SerPK m. 110)⁵⁹⁷ ve idari (SerPK m. 103/6) yaptırımların uygulanması da mümkündür⁵⁹⁸.

Yukarıda açıklandığı üzere, TTK m. 358, tüketim öduncü sözleşmesi ile kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemleri düzenlemektedir. Bu işlemler aynı zamanda SerPK m. 21 hükmünün kapsamına da girebilir⁵⁹⁹. Halka açık şirketler ile kolektif yatırım kuruluşlarında, bakiye sermayenin taahhüt edilmesine izin verilmediğinden (SerPK m. 12, 49), pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ifa etmemesi halka açık şirketlerde söz konusu olmaz. Bununla birlikte, halka açık anonim ortaklığın bağlı malvarlığından pay sahibine, piyasa koşullarına aykırı şekilde borç vermesi, her iki hükmü de ihlal edici niteliktedir. SerPK m. 21/ 4, ihlal halinde, aktarılan tutarın kanuni faiziyle birlikte iade edilmesini emretmektedir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere⁶⁰⁰, şirketin örtülü kazanç aktarımı niteliğindeki, kanuna aykırı borç verme işlemi nedeniyle uğradığı zararın, verilen borcun kanuni faizi ile birlikte ödenmesi halinde dahi giderilememesi ihtimali vardır. İşte bu noktada kanaatimizce, halka açık anonim ortaklığın sermayesinin veya malvarlığının

ilkesi uyarınca, sadece hükümde belirtilen unsurların varlığı halinde örtülü kazanç aktarımının suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.

⁵⁹⁷ SerPK'nın m. 110/1 (b) hükmündeki "gibi" ifadesi, Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa m. 238'e aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptal edilmiştir. 14.11.2013 tarihli ve E.2013/24, K.2013/133 sayılı AYM kararı için bkz. 22/7/2014 tarih ve 29068 sayılı RG. İptal edilen bend, mülga SerPK m. 15'te hükme bağlanan örtülü kazanç aktarımı hakkındadır. Halbuki, SerPK m. 21'de düzenlenen örtülü kazanç aktarımının suç teşkil edeceği SerPK m. 110/ 1 (c) hükmünde belirtilmiştir ve anılan hükümde halen aktarım yolları sınırlı sayı şeklinde düzenlenmemiştir.

⁵⁹⁸ Örtülü kazanç aktarımına bağlı hukuki ve cezai sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KAYA**, s. 203, 204.

⁵⁹⁹ **MANAVGAT**, Halka Arz, s. 395.

⁶⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm, V, F.

azalmasına yol açan işlemlerin tespit edilmesi halinde SPK'ya malvarlığının tamamlanmasını isteme yetkisi veren SerPK m. 92/ 1 hükmünün önemli bir işlevi bulunmaktadır. Söz konusu hüküm, SerPK'ya tabiihıraççılarının, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme amaç ve konusuna aykırı görülen işlemleri sebebiyle sermayesinin veya malvarlığının azalmasına veya kaybına yol açtığına tespiti halinde SPK'ya dava açma yetkisi⁶⁰¹ tanımıştır. Kanaatimizce, SerPK m. 21/4 ve 92 hükümlerinin kümülatif uygulanması ve şirket zararının SerPK m. 21/ 4 uyarınca iade edilen tutarı aşması halinde, SPK'nın bu zararın giderilmesini talep edebileceği sonucuna varılmalıdır. SerPK'da iadeye ilişkin özel hüküm niteliğindeki anılan düzenlemelerin bulunması nedeniyle ise iade borcuna ilişkin sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanmasına gerek olmayacaktır.

2. İlgili Diğer Kanunlar

Vergi mevzuatı uyarınca, ortaklığın dağıtılacak net karı kurumlar vergisine tabidir. Uygulamada bazen kurumlar vergisi matrahının aşındırılması amacıyla, şirketlerin örtülü işlemlerle karlarını olduğundan az gösterme yoluna gittikleri görülmektedir. Bazı durumlarda ise, şirketin dağıtılacak net karının vergilendirilmesinin ardından pay sahiplerine düşen tutarın da ayrıca vergiye tabi tutulması mümkündür⁶⁰². Söz konusu mükerrer vergilendirme, hissedarların kar payını örtülü işlemlerle almayı tercih edebilmesine sebep olmuştur. -Bu nedenle, vergi mevzuatlarında vergi güvenlik müessesesi olarak öngörülen gizli kar dağıtımı özel olarak düzenlenmiştir⁶⁰³.

Vergi hukukunda örtülü kazanç dağıtımı, Kurumlar Vergisi Kanunu ile ilgili ikincil mevzuatlarda⁶⁰⁴ düzenlenmiştir. KVK m. 11 'de, kurum kazancının

⁶⁰¹ Dava yetkisinin koşulları için bkz. MANAVGAT, Halka An, s. 436-440.

⁶⁰² KVK m. 5/ 1 b.a hükmü uyarınca, paysahibinin tam mükellefiyete tabi tüzel kişi olması halinde, iştirak kazancı istisnası ile mükerrer vergilendirme engellenmektedir. Öte yandan Gelir Vergisi Kanunum. 94/ 6 b. b i uyarınca hükmün kapsamındaki gerçek kişi pay sahibine yapılan kar payı ödemesi %15 tevkifata tabidir. ÖdeJJ, en kar payının yarısı vergiden istisna tutulmuş, daha önce tevkifata tabi kılınan tutarın ise kalan yarıdan mahsup edilmesi öngörülmüştür (Bkz. GVK m. 22/3).

⁶⁰³ SEvi, s. 464; ayrıca bkz. KAYA, s. 195.

⁶⁰⁴ Bkz. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Uygulanması Hakkında Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Seri No:1.

tespitinde indirilemeyecek giderler arasında, örtülü olarak dağıtılan kazançlar sayıldıktan sonra, KVK m. 13'te, kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları durumunda, bu kazancın, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılarak vergilendirileceği hükme bağlanmıştır (KVK.m. 13/6).

Son olarak belirtmek gerekir ki, şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullandırılması halinde, TCK m. 155'te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun veya bu şekilde gerçekleşen borçlanma sonucunda şirketin iflası halinde TCK m. 161'de düzenlenen hileli iflas suçunun oluşması da mümkündür⁶⁰⁵.

VI. BORÇLANMA YASAĞININ YÜRÜRLÜĞÜ MESELESİ

Yürürlük Kanunu'nda, borçlanma yasağı hakkında⁶⁰⁶ özel bir düzenleme bulunmadığı için genel hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir.

Yürürlük Kanunu m. 2'ye göre, eTK döneminde meydana gelen olayların hukuki sonuçlarına eTK'nin uygulanması genel ilkedir. Yine aynı maddede belirtildiği üzere, TTK'nin eTK döneminde meydana gelen olaylara uygulanması ancak Yürürlük Kanunu'nda aksine bir düzenleme yapılması halinde mümkündür⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ Bu husus 6335 sayılı Kanunun gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Bkz. 6335 sayılı Kanunun Gereçesi, m. 15.

⁶⁰⁶ Bu bölümde yapılan açıklamalar pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı hakkında da geçerlidir.

⁶⁰⁷ Bu yönde bir düzenlemeye 6335 sayılı Kanun ile değiştirilen Yürürlük Kanunu m. 24'te rastlanmaktaydı. Anılan düzenleme ile, TTK m. 358'e aykırı şekilde anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahiplerinin, borçlarını, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdi ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorunda oldukları hükme bağlanmaktaydı. Söz konusu hüküm nedeniyle, TTK m. 358 hükmünde düzenlenen yasağın eTK zamanında gerçekleşen borçlanma işlemlerine de uygulanması söz konusu olacaktı. Ancak anılan hükmün 6335 sayılı Kanun ile kaldırılması nedeniyle, borçlanma yasağının yürürlüğü meselesi Yürürlük Kanunu m. 2 ve 3'teki genel kurallar uyarınca belirlenecektir.

Borçlanma yasağı, TTK'nın yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanmasına ilişkin genel bir istisna içeren m. 3'ün kapsamında da değerlendirilemez. Söz konusu hüküm uyarınca, *"Tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukuki ilişkilere, bunlar Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır"*. Hükümün gerekçesi şu şekildedir: " ... Temeli hukuki işlem olan ve bu kaynaktan kazanılan haklar yanında, tarafların iradesinden bağımsız kanun tarafından düzenlenen ilişkiler ve bunlardan doğan haklar da vardır. Dayanağı hukuki işlem olan hukuki durumlardan doğan hakları yani *"kazanılmış haklar"*: kanun değişikliklerinden etkilenmezleri buna karşılık kanuni düzenlemelerden elde edilen yani kanuni kurumlardan kaynaklanan hakları müktesep hakların aksine, kanun değişiklikleri karşısında korunmazlar. Yeni hukuki durum hemen yürürlüğe girer."

Görüldüğü üzere madde gerekçesinde konu, haklar bakımından ele alınmış, sözleşmesel hakların korunacağı vurgulanırken, kanundan kaynaklanan hakların ise TTK'nın derhal uygulanması ile kalkacağı belirtilmiştir.

Kanaatimizce, pay sahibi ile şirket arasındaki ilişkinin *"taraf iradelerinden bağımsız"* ve tamamen *"kanunla düzenlenen"* bir ilişki olduğunu kabul etmek zor olduğundan, borçlanma yasağına ilişkin TTKm.358 hükmünün eTK zamanında meydana gelen borçlanma işlemlerine uygulanmayacağı kabul edilmelidir.

Ekleme gerekir ki, Yürürlük Kanunu Tasarısı'nda yer alan ancak Adalet Komisyonu'na çıkarılan m. 3/2 hükmü de varılan sonucu desteklemektedir. Buna göre *"Türk Ticaret Kanununun ilk defa veya eski hukuktan farklı bir şekilde koruduğu bir menfaat., eski hukuk zamanındaki bir olay veya dava ile ilgili olsa bile, bu konuda Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır"*. Zira, bu hüküm yürürlükte olsa idi, sermayenin korunması bakımından TTK m. 358'in, eTK'dan farklı ve üstün bir koruma getirdiği, dolayısıyla bu konuda TTK'nın borçlanma yasağına ilişkin kuralının derhal uygulanması gerektiği savunulabilirdi. Ancak gerek Yürürlük Kanunu m. 24'ün kaldırılması gerekse Yürürlük Kanunu Tasarısı'nda yer alan m. 3/2'nin Adalet Komisyonu'na çıkarılması, borçlanma yasağına ilişkin hükmün, yalnızca TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan işlemlere uygulanacağını göstermektedir. O halde uygulanacak kanunun tespitinde belirleyici olan zaman, borcu doğuran işlemin yapıldığı andır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PAY SAHİBİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYESİ İLEYAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

I. GENEL OLARAK

Çalışmanın üçüncü bölümü, TTK m. 395'te düzenlenen, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile bu üyenin TTK m. 393'te sayılan yakınlarının şirkete borçlanma yasağına ayrılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, TTKm. 395, paysahibinin şirkete borçlanma yasağı hakkındaki TTKm. 358 hükmü gibi, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklik neticesinde TTK m. 395 uyarınca öngörülen yasak, kişi ve konu açısından kapsamı daraltılmak suretiyle, büyük ölçüde yumuşatılmıştır. Şöyle ki, 6335 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesi benimsenen hükmün kişi açısından kapsamı TTK m. 395'e göre çok daha genişti. Zira, değişiklikten önceki hüküm, pay sahibi olup olmaması önem taşımaksızın tüm yönetim kurulu üyelerine uygulanacakken yeni yasak sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesini konu almaktadır. Ayrıca değiştirilen hükmün kapsamındaki, yönetim kurulu üyeleri ve onların TTK m. 393'te sayılan yakınlarının ortağı olduğu şahıs şirketleriyle, en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin şirkete borçlanmasına ilişkin düzenleme hükmün kapsamından çıkarılmıştır.

Yasağın kapsamına ilişkin bir diğer müdahale konu açısından yapılmıştır. Zira, değişiklik öncesinde nakdi ve ayni borçlanmalar yasak kapsamındayken, değişiklik neticesinde sadece-nakdi borçlanmalara TTK m. 395'in uygulanması kabul edilmiştir. Kanaatimizce, ayni borçlanma kavramı

özellikle, TTK m. 395/1'de düzenlenen işlem yapma yasağı ile borçlanma yasağının sınırının çizilmesi açısından birçok sorunu ve tartışmayı davet edecek nitelikteydi'. Hükümlerin uygulama alanlarının belirlenmesindeki muhtemel sorunlar düşünüldüğünde yapılan değişikliğin isabetli olduğu görüşüriedeyiz.

Yeni düzenleme, *"Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin paysahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. 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 edebilir."* hükmünü içermektedir. Ayrıca, anılan hükümde şirketler topluluğu ve bankacılık mevzuatı için istisnalara yer verilmiştir. Şirketler topluluğu için benimsenen istisna uyarınca, TTK m. 202 hükmü saklı kalmak kaydıyla, topluluk şirketlerinin birbirlerine kefil olmaları ve garanti vermeleri mümkündür (TTKm. 395/3). Ayrıca eTKm. 334/2 hükmüne, TTK m. 395/4'te yer verilmiş ve Bankacılık Kanunu'nun özel hükümleri saklı tutulmuştur.

Pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 358 hükmü için yapılan açıklamaların önemli bir bölümü TTK m. 395 için de geçerli olduğundan, çalışmamızda varılan sonuçların tekrar edilmesi yerine, ilgili bölümlere gönderme yapılması tercih edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, Kanun'da ana hatlarıyla düzenlenen ve Türk hukukuna özgü olan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı birçok soruyu yanıtsız bırakmıştır. Özellikle grup şirketleri için tanınan istisnanın kapsamının ve şirketler topluluğu hükümleri ile borçlanma yasağının öncelik sırasının belirlenmesine ihtiyaç vardır. Sorgulanması gereken bir diğer husus, hükme

¹ Yönetim kurulunun genel kurulun izni ile şirketle işlem yapması ve bu işlem neticesinde çeşitli borçlar yüklenmesi mümkündür. Örneğin yönetim kurulu üyesi, sahibi olduğu bir taşınmazı şirkete satabilir, şirketin bir taşınmazını kiralayabilir veya şirkete danışmanlık hizmeti verebilir. Bununla birlikte, TTK m. 395/2'de aynı borçlanma kavramına yer verilmesi, yönetim kurulunun yapma, yapmama ve konusu para dışındaki verme borçlarının yasak kapsamında olup olmadığı tartışmasını yaratacak nitelikteydi. Ayrıca, TTK m. 358'de borcun türü ile ilgili olarak "nakit veya ayın" şeklinde bir nitelendirme yapılmaması da TTK m. 395'in kapsamının farklı yorumlanmasına sebep olabileceğinden, düzenlemeler arasındaki bu fark öğretide eleştirilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlkTespitler, Birinci Bası, s. 243.

aykırılık halinde alacaklılar lehine tanınan imkanın nasıl anlaşılması gerektiğidir. Bu kapsamda, alacaklılar lehine tanınan imkanın, borçlanma yasağının ihlalinin yegane sonucu olup olmadığı, bu imkan yanında işlemin geçersizliğinin ileri sürülüp sürülemeyeceği ve nihayet düzenlemenin İcra İflas Kanunu hükümleri ile birlikte nasıl yorumlanması gerektiği açıklanmalıdır.

Söz konusu sorulara yanıtlar bulunabilmesi amacıyla çalışmada öncelikle, ikinci bölüme paralel şekilde borçlanma yasağı ile amaçlanan koruma değerlendirilmiş ve bu kapsamda hedeflenen koruma için yasağa ihtiyaç olup olmadığı mukayeseli hukuk yöntemi ile sorgulanmış ve nihayet korumanın bu yasakla sağlanma ihtimali tartışılmıştır. Ardından yasağın kapsamı işlem ve kişi açısından tasnif edilerek belirlenmiştir. TTK m. 395'in en önemli sorunlarından biri olan, şirketler topluluğu için öngörülen istisnanın nasıl yorumlanması gerektiği hususu ile bankacılık mevzuatı hükümleri ise yasağın istisnaları bölümünde açıklanmıştır. Son olarak, yasağın ihlali halinde Kanun'da öngörülen müeyyidenin uygulanması açısından gündeme gelebilecek sorulara veya doğabilecek sorunlara yanıt aranmış ve bu bağlamda Kanun'da zikredilmeyen diğer müeyyidelerin uygulanabilirliği araştırılmıştır.

İİ. YASAĞIN AMACI

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde kabul edilen TTK m. 395 hükmü için yazılan Gerekçe'de düzenlemenin, "*bir açıdan sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi gereği*" olduğu belirtilmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere, mukayeseli hukukta sermayenin korunması ilkesi ile sermayenin eksiksiz bir şekilde şirkete getirilmesinin ve getirilen sermayenin pay sahiplerine iade edilmesinin önlenmesinin amaçlandığı kabul edilmektedir². Diğer bir söyleyişle koruma, *pay sahiplerinin* faydacı eylemlerine karşıdır³. Bu görüşün bir sonucu olarak, yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapması ya da şirketin bu kişilere kredi vermesinin koşullarını düzenleyen hükümler, sermayenin korunması ilkesi başlığı altında incelenmemektedir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyesinin şirkete

² ARMOUR, Creditor Protection, s. 365; RICKPORD GRUBU, s. 928, 937; NOACK/BEURSKENS, Modernising the GmbH, s. 113. Benzer tanım için bkz. SEVi, s. 72, 409.

³ Karş. SEVi, s. 76, 77, 107.

borçlanma yasağını düzenleyen bir hükmün sermayenin korunması ilkesi başlığı altında incelenmesi Türk hukukuna özgü bir yaklaşımdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, değişiklikten önceki TTK m. 395'in aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyesine de uygulanması öngörüldüğünden, düzenlemenin, sermayenin korunması ilkesinin bir sonucu olduğu bir bakıma ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, hükmün sadece kişi açısından kapsamı değil, aynı zamanda koruma altına aldığı değer de sermayenin korunması ilkesi gereği ihdas edildiğinin kabul edilmesine engeldir. Zira, çalışmanın birinci bölümünde, TTK'da esas sermaye sistemi gereği benimsenen kuralların büyük çoğunluğu ile "bağlı malvarlığının" korunduğu tespit edilmiş ve bu nedenle ilkenin "sermayenin korunması ilkesi" olarak anılması tercih edilmiştir. Bununla birlikte, TTK'da şirketin sermayesi ile mali durumundan bağımsız olarak, tüm serbest malvarlığının korunması amacıyla kabul edilmiş hükümlere de rastlanmış ve bu hükümlerle ise "malvarlığının korunduğu" ileri sürülmüştür. TTK m. 395'te yasak, şirketin finansal durumundan bağımsız olarak ve mutlak şekilde öngörüldüğünden*, bu hükmün sadece sermayeyi koruduğu kabul edilemez. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 395 hükmü ile bağlı ve serbest malvarlığından oluşan tüm şirket malvarlığının korunması ve şirketin amacına özgülenmesi hedeflenmiştir. İşte bu yüzden kanaatimizce, TTK m. 395 hükmü ile öngörülen yasağın malvarlığını koruyan hükümler başlığı altında incelenmesi gereklidir.

TTK m. 395'te düzenlenen yasağın kişi açısından kapsamı pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ve üyenin pay sahibi olmayan yakınlarıyla sınırlı olduğundan, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olması halinde bu kişinin şirkete borçlanması TTK m. 358 hükmüne tabi olacaktır. Halbuki değişiklik öncesindeki TTK m. 395'in, pay sahibi olan/olmayan tüm yönetim kurulu üyelerine uygulanmasının tercih edilmesi, TTK Komisyonu'nun özellikle yöneticilerin işlemlerine karşı şirketin korunmasını amaçladığını göstermektedir. Buna karşılık, 6335 sayılı Kanun'u hazırlayan komisyon, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin işlemleri nedeniyle şirketin zarar görme riskini daha fazla değerlendirmiş olmalı ki, yalnızca bu riskli işlemleri yasaklamayı tercih etmiştir. Bu yaklaşımlardan hangisinin benimsenmesi gerektiği sorusunun yanıtlanabilmesi amacıyla bu bölümde, TTK m. 395 ile hedeflenen korumaya ihtiyaç olup olmadığı,

⁴ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 676.

varsa bu ihtiyacın TTK m. 395 ile sağlanmasının mümkün olup olmadığı araştırılmıştır.

Şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesine nakit borç vermesi aslında, şirketin bu üyeyle işlem yapmasıdır. Diğer bir ifadeyle borçlanma yasağı, TTK m. 39 S/ 1'de düzenlenen işlem yapma yasağının özel olarak düzenlenmiş bir alt başlığını oluşturmaktadır. Bu nedenle, TTK m. 395/2'deki gibi mutlak bir yasağın gerekliliğine ilişkin sonuca varılması açısından şirket ile yöneticiler arasında yapılan işlemleri analiz eden çalışmalardan yararlanılması faydalı olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, uluslararası literatürde, şirket ile yöneticiler arasında yapılan işlemler sermayenin korunması kapsamında değil; ilişkili kişi işlemleri (*related party transactions/selfinterested transactions/self-dealing transactions*)⁵ başlığı altında ele alınmaktadır. Ekonomi öğretisinde ise, şirket malvarlığının kötüye kullanılması⁶(*asset dilution*) veya tünelleme (*tunneling*)⁷ kavramı ile ifade edilmektedir.

⁵ Bu kavram aynı zamanda, şirket malvarlığındanpaysahiplerine, açıkya da örtülü şekilde yapılan menfaat aktarımlarını da kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle, yöneticilerle yapılan işlemler, şirket içinde gerçekleşen "şüpheli" işlemlerin sadece bir boyutunu oluşturur. Ancak, bu bölümde ilişkili kişi ile sadece şirket yöneticileri kastedilmektedir. Kavramlar için bkz., BLACK/ CHEPPINS/GELTER/KİM/NoLAN/SrnMs/PRAVA, s. 49; ENRIQUES/ HERTIG/ KANDA, s. 153-182; FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 95, 96; AILEN/ I<RAAKMAN/ SUBRAMANIAN, s. 302.

⁶ Ekonomi literatürüne göre şirket malvarlığının kötüye kullanılması, esas itibariyle iki şekilde gerçekleşir. Bunlardan ilkinde, ilişkili kişilerin şirket kaynaklarını kendi menfaatleri doğrultusunda kullanması, malvarlığını düşük bedelle iktisap etmesi, şirketin bu kişilere kredi ve teminat sağlaması söz konusudur. Çalışmamızın kapsamında yer almayan ikinci yöntemde ise, çeşitli finansal işlemler aracılığıyla şirket malvarlığı azınlık aleyhine sömürülmektedir. Söz konusu finansal işlemlere öğretilen örnekler şunlardır: Çoğunluk pay sahiplerinin şirkete sulandırılmış aynı sermaye getirmesi, azınlık hissedarlarını paylarını satmaya zorlaması, içeriden öğrenilenlerin ticaretini yapmak suretiyle şirketteki pay oranını yükseltmesi, kendisi için elverişli zamandahisse alım ya da satım işlemleri ile menfaat elde etmesi ya da topluluk şirketlerinin bağlı şirket açısından haklı bir sebep bulunmaksızın birleştirilmesi. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. JOHNSON/ LA PORTA/LOPEZ DE SıLANES/SHLEIPER, 612; I<RCHMAIER/GRANT, s. 1; CONAC/ ENRIQUES/GELTER, s. 495,523; ENRIQUES/ HERTIG/I<A.NDA, s. 153, 154.

⁷ Bu kavram doktrinde, Çekya'da (Çek Cumhuriyeti) kurulu birşirketin aktiflerinin fiziki olarak metro tünellerinden dışarı kaçırılmasından sonra kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. JOHNSON/LAPORTA/LOPEZ DE SıLA.NES/ SHLEIFER, s. 612; I<RCHMAIER/GRANT, s.

Hangi başlık altında ele alınırsa alınsın, özellikle alacaklılar zararına şirket malvarlığının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla yasa koyucuların iki uç yaklaşım benimsemesi mümkündür. İlki bu konuda hareketsiz kalmak ve sorunun çözümünü piyasaya bırakmaktır. Diğer uç yaklaşım ise, şirket ile ilişkili kişiler arasındaki hukuki işlemleri tamamen yasaklamak ve aksi duruma yaptırımlar bağlamaktır. Her ne kadar, ilişkili kişilerin kendi kişisel menfaatleri çerçevesinde şirket malvarlığını sömürme riski/ ihtimali bulunsa da şirketin ilişkili kişilerle yapılan işlemlerden elde edeceği ekonomik faydanın⁸, sömürü riskine ağır bastığı kabul edildiğinden, bu işlemlerin yasaklanması tercih edilmemektedir. Ayrıca, ilişkili kişilerle işlem yapılmasının yasaklanması ve yasağa aykırılığın hukuki ve cezai müeyyideye bağlanması dahi şirket malvarlığının kötüye kullanılmasını engelleyemediğinden⁹, mukayeseli hukukta, belirli istisnalar dışında ilişkili kişi işlemlerin yasaklanması tercih edilmemektedir¹⁰. O halde "denge çözümü" ne olmalıdır sorusuna yanıt aranmalıdır.

İlişkili kişilerle yapılan işlemler konusunda farklı hukuki mekanizmalardan yararlanılmaktadır. Bunlar, ilgili işlemin açıklanması, işlemin özel bir temsilci tarafından yapılması, şirketlerin bağımsız yönetim kurulu üyeleri bulundurması¹¹, paysahiplerinin işleme onay vermesi ve yöneticilerin şirket

3; CONAc/ENRIQUES/GELTER, 496 vd; ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 154.

⁸ Şirketin ilişkili kişiler ile yapacağı işlemlerden elde edeceği faydanın şirketin büyüklüğüne ve işlemin özelliğine göre farklılık göstereceği kabul edilmektedir. Örneğin, küçük ölçekli şirketlerde şirket, belirli işlemleri sadece ilişkili kişilerle yapmak zorunda olabilir. Gerçekten de, ticari sırların açıklanmasını gerektiren bir işlemin üçüncü kişilerle yapılması tercih edilmeyebilir. Bazen de, üçüncü kişilerin işlemin muhtemel avantajını tam olarak değerlendirememesi sebebiyle, işlemin ilişkili kişilerle yapılması şirketin yararıdır. Bir diğer ifadeyle, şirketi tanıyan, bu nedenle işlemin faydalarını ve risklerini daha iyi analiz eden kişilerle işlemin yapılması şirketin de menfaatinedir. Benzer şekilde, belirli bir işlemde üçüncü bir kişi yerine grup şirketlerinin yararlandırılması da genel olarak grubun menfaatine kabul edilmektedir. İlişkili kişilerle yapılan işlemlerin ekonomik analizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEVURTZ, s.323; ARMOUR, Creditor Protection, s. 367; ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 154, 172.

⁹ ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 155.

¹⁰ FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 96; DJANKOV/PORTA/LOPEZ DE SÍLANES/SHLEIPER, S.431.

¹¹ Avrupa Komisyonu'nun, 2005 tarihli tavsiyesinde (2005/162), şirketlerde yeterli sayıda bağımsız yönetim kurulu üyesi bulunmasının önemine vurgu yapılmıştır. Zira böylece,

işlerini görürken şirkete verdiği zararlardan dolayı sorumluluklarının düzenlenmesi şeklinde sayılabilir¹².

Öğretide, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerin muhtemel zararına karşı en etkin korumanın, bu işlemler hakkında pay sahipleri ve piyasaya bilgi verilmesiyle sağlanabileceği ileri sürülmektedir¹³. Zira bu yolla, "şüpheli" nitelendirilen işlemler hakkında tüm menfaat sahiplerinin uyarıldığı kabul edilir. Ayrıca, açıklama yükümlüğünün düzenlendiği hallerde sırf bu yükümlülüğe aykırı davranılması zararın ispat edilmesine gerek olmadan sorumluluk doğuracağından, bu açıklama şirket açısından önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Bununla birlikte, yöneticilerin sorumluluktan kurtulmak ya da mahkemenin işlemin geçersizliğine hükmetmesine engel olmak için herhangi bir hukuka aykırılık içermeyen işlemleri de kamuya açıklamayı tercih edebilmeleri ve bu nedenle, rakiplerin kimi zaman gizli tutulması gereken işlemler hakkında bilgi sahibi olmaları bu yöntemin zayıf yönünü oluşturmaktadır. İlişkili kişilerle yapılan işlemin, işlemde menfaati bulunmayan yöneticiler tarafından onaylanmasının öngörülmesi ise, diğer yöntemlere nazaran ucuz, adil ve dışarıdan gelebilecek müdahalelere kapalı olduğun-

menfaat çatışmasına sebep olan şirket ile yöneticiler arasında yapılan işlemler bağımsız yöneticilerin inceleme ve denetiminden geçecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BLACK/CHEFFINS/GELTER/KİM/NOLAN/SIEMS/PRAVA, s. 55; ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 165.

¹² GEVURTZ, s. 323; JOHNSON/LAPORTA/LOPEZ DE SILANES/SHLEIFER, s. 612-614; ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 155.

¹³ Örneğin, İngiltere'de payları borsaya kote olmuş şirketlerin ilişkili kişilerle yapılacak önemli işlemlerden önce form doldurmaları gereklidir. Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi m. 4.3.4, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki menfaat çatışmaları hakkında gözetim kuruluna; m. 5.5.3 ise, gözetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki menfaat çatışmaları hakkında genel kurula bilgi verilmesini öngörmektedir. Ayrıca şirket yönetim kurulu üyeleri ile genel müdürlere ödenen ücretlerin kamuya açıklanması hakkında da birçok ülke hukukunda ayrıntılı kurallar benimsenmiştir. Örneğin, Amerika'da borsa şirketlerinin, genel müdür ile finans müdürü yanında, en yüksek maaşlı diğer üç yöneticisine ödediği ücreti açıklaması zorunludur. Avrupa Birliği'nde ise bu açıklama yükümlülüğü daha esnektir. Zira, IFRS uyarınca sadece maaşların bir yekün olarak açıklanması yeterlidir. Ayrıca Amerikan borsa şirketlerinde, denetçilerin, finansal raporlarda ilişkili kişilerle gerçekleştirilen önemli işlemleri göstermesi gereklidir (Securities Exchange Act m. IOA). Bu yükümlüğünün yerine getirilmemesi halinde ise hukuki ve cezai sorumluluk da öngörülmektedir. Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 157-161, 181.

dan tercih edilmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir diğer mekanizma da, ilişkili kişilerle yapılan işlemin muhtemel zararından en çok etkilenecek grubun pay sahipleri olması sebebiyle, işlemin yapılmasının paysahiplerinin onayına bağlanmasıdır. Son olarak ileri sürülen bir diğer görüşe göre, ilişkili kişilerle yapılan işlemler, yönetim kurulunun özen borcu çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁴.

Bilindiği üzere, TTK m. 395 ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile üyenin hükümde sayılan yakınlarına nakit borç ve teminat verilmesi mutlak suretle yasaklanmıştır. Diğer bir ifadeyle, diğer ilişkili kişilerle yapılan işlemlerin muhtemel zararlarına karşı öğretide ileri sürülen alternatif mekanizmaların kullanılması benimsenmemiş ve belirli şartlarla ödünç veya teminat verilmesine izin verilmemiştir. Kanaatimizce, bu tercihin yerindeliğini sorgulamak için, ileri sürülen görüşlerin TTK kapsamında gerçek bir koruma öngörüp öngörmediği belirlenmelidir. Belirtmek gerekir ki, ilişkili işlemlere karşı en etkin koruma sağladığı iddia edilen yöntem olan, işlemin kamuya açıklanması hakkında halka açık olmayan şirketlerde yeterli düzenleme yoktur¹⁵. Zira sadece finansal tablolarını TMS'ye göre hazırlamakla yükümlü şirketler ile SerPK'ya tabi şirketlerin ilişkili kişi işlemlerini kamuya

¹⁴ Bu konuda kullanılan yöntemler için bkz. ENRIQUES/HERTIG/1<ANDA, s.155, 156, 162, 163.

¹⁵ Bu konuda "Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik"ten kısaca söz edilmesi faydalı olacaktır (28.08.2012 tarih ve 28395 sayılı RG). Anılan yönetmelikte, varsa, şirket genel kurulunca verilen izin çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin şirketle kendisi veya başkası adına yaptığı işlemler hakkında faaliyet raporunda bilgi verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır [m. 8/1 (e)]. Her ne kadar, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması şirketle yapılan bir işlem neticesinde gerçekleşse de, borçlanmaya genel kurul kararı ile izin verilemeyecek olması sebebiyle anılan düzenlemenin borçlanma işlemini kapsamına almadığı itirazı ileri sürülebilecektir. Benzer şekilde, borçlandırıcı işlemin yönetim kurulu üyelerine tanınan mali haklar kapsamında değerlendirilerek m. 9 uyarınca açıklanması gerektiği sonucuna varmak da güçtür. Zira, huzur hakkı, ücret, prim vb. mali haklar üyelere bu sıfatları gereği tanınmaktadır. Halbuki, herhangi bir üçüncü kişi gibi şirketten ödünç alan yönetim kurulu üyesine, hükümde sayılan mali haklara benzer bir hak tanınmış olduğu kabul edilemeyeceğinden, yine bu bilgiye faaliyet raporunda yer verilmesi zorunlu olmayacaktır. Ancak aksi şekilde yorumlanmaya müsait hükümlerin lafzına rağmen, hükümlerle amaçlanan koruma göz önüne alınarak borçlanma hakkındaki bilgiye faaliyet raporunda yer verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

açıklamaları gereklidir¹⁶. Önerilen bir başka yol olan, yönetim kurulu üyesi ile yapılacak işleme bağımsız üyeler tarafından onay verilmesi yönteminin de yeterli koruma sağlamayacağı açıktır. Zira kapalı şirketler için bağımsız yönetim kurulu üyesi seçilmesi zorunluluğu yoktur. İşlemden menfaati bulunmayan diğer üyelerin işleme onay vermesi mekanizması ise, üyelerin çoğunluk pay sahipleri tarafından her zaman azledilmelerinin mümkün olması nedeniyle gerçekten bağımsız oldukları kabul edilemeyeceğinden, uygun bir çözüm olarak gözükmemektedir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet etme ve işlem yapma yasakları adi nisapla alınan genel kurul kararı ile kaldırılabilirliğinden, işleme pay sahiplerinin onay vermesinin aranması da, azınlık pay sahipleri ile alacaklıların korunması açısından yeterli koruma sağlamayacaktır. Son olarak bu konuda, TTK'nın yeniliklerinden olan azınlığa tanınan şirketin feshini talep etme yetkisinin kullanılması akla gelmektedir". Zira öğretilde, çoğunluk pay sahipleri ile yöneticiler ve bunların yakınlarının ortaklık fonlarını kullanmaları ve kanuna aykırı şekilde şirkete borçlanmaları halinde haklı sebeple fesih davası açılabilirliği kabul edilmektedir¹⁸. Kanaatimizce, yukarıda sayılanlar arasında Türk hukukunda en önemli korumanın yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hakkında öngörülen hükümlerle sağlandığı kabul edilmelidir. Ancak, sorumluluk hükümleri de tek başına yeterli koruma sağlamayacaktır. Şirketten çoğu zaman geri ödeme saiki bulunmaksızın ödünç alınmasının şirket açısından doğuracağı zararlar düşünüldüğünde, Kanun'da bu konuda mutlak bir yasağın öngörü!-

¹⁶ Konu hakkında bkz. İlişkili Taraf Açıklamalarına İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı TMS 24 Hakkında Tebliğ, No: 17 ile Özel Durumlar Tebliği (23.01.2014 tarih ve 28891 sayılı RG).

¹⁷ TTK m. 531 uyarınca, haklı sebeplerin varlığında, azlık, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, şirketin feshine karar verilmesini isteyebilir. Mahkeme, fesih yerine, karar tarihine en yakın tarihteki payların gerçek değerinin davacı pay sahiplerine ödenip, onların şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Hakim pay sahipleri ile yöneticilerin, şirket malvarlığını kötüye kullandığı hallerde birçok hukuk düzeni azlığa şirketin feshini talep etme yetkisi tanımaktadır [Anılan düzenlemeler için bkz. Fransız Medeni Kanunu, m. 1844-7 5, GmbHG § 61, İngiliz İflas Kanunu. 122/1 (g)]. Ancak belirtilen ülke mevzuatlarında, TTK'dan farklı olarak, bu yetki sadece limited şirket pay sahiplerine tanınmıştır ve ancak istisnai hillerde feshe karar verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 161, 162; ŞAHİN, s. 81-103.

¹¹ Ancak bu davanın "son çaren olması nedeniyle, öncelikle TTK m. 358 ve 395'in müeyyidelerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. ŞAHİN, s. 148.

mesi yadırganmamalıdır. Öte yandan, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerden şirketin de menfaat elde etme ihtimali göz önünde bulundurularak kanaatimizce işleme ancak belirli koşullarda izin verilmesi gereklidir. Nitekim TTK m. 395/ 1 düzenlemesi de genel kurul kararıyla bu işlemlere izin verilmesine imkin tanımaktadır. Konumuz açısından ise menfaatler dengesinin ödünç ve teminatın, TTK m. 358 hükmüne paralel şekilde, şirket serbest malvarlığından ve piyasa koşullarına uygun olarak verilmesinin temin edilmesiyle sağlanabileceğini düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, ilk bakışta TTK m. 395/2 ile mutlak ve katı bir yasak öngörüldüğü söylenebilecek ise de kanaatimizce anılan hükmün yeterli koruma sağlaması mümkün değildir. Bir kere, bu yasak sadece pay sahibi olmayan profesyonel yönetim kurulu üyeleri için öngörülmüştür. Halbuki blok pay sahipliği yapısını haiz ülkemiz anonim ortaklıklarında, Anglo-Sakson ülkelerin aksine, şirketlerin profesyonel yöneticiler tarafından yönetilmesi yaygın değildir. Kaldı ki, TTK m. 476 uyarınca, itibari değeri bir kuruş olması mümkün tek bir payın dahi edinilmesi ile TTK m. 395 hükmünde düzenlenen yasağın uygulanmasından kaçınılması da mümkün olduğundan¹⁹, yasak ile amaçlanan korumanın elde edilmesi mümkün değildir.

Açıklanan gerekçeler nedeniyle kanaatimizce, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde olduğu gibi yasağın, pay sahibi olup olmamasından bağımsız tüm yönetim kurulu üyeleri için benimsenmesi gerekirdi. Zira, bu şekilde bir ayırım yapılmasının hiçbir haklı sebebi bulunmamaktadır. Hatta bu noktada, hakim pay sahipliği yapısı nedeniyle şirketlerin çoğunluk pay sahipleri tarafından (bizzat veya temsilcileri aracılığıyla) yönetilmesi gerçeği karşısında, pay sahibi ile yönetim kurulu üyelerinin borçlanmaları hakkında farklı kuralların öngörülmesi dahi yadırganabilir. Çünkü TTK m. 358 uyarınca, pek bir anlam ifade etmeyen muaccel sermaye borcunun ödenmesi şartı bir yana, pay sahibine şirket serbest malvarlığından borç verilmesi mümkündür.

Öte yandan, şirketi en geniş şekilde temsil yetkisini haiz yöneticilerin işlemlerinin, pay sahiplerinin faydacı işlemlerine nazaran tehlikeli kabul edilmesi ve bu işlemler hakkında özel düzenleme yapılması da anlaşılabilir bir tercihtir. Nitekim Alman kanun koyucu, ancak gözetim kurulunun onayı

¹⁹ İKİCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 679.

ile yönetim kurulu üyelerine kredi verilmesini kabul etmektedir. Kanaatimizce, gözetim kurulu gibi bir yapıya Türk hukukunda rastlanmaması sebebiyle, onayın olsa olsa genel kurul tarafından verilmesi düşünülebilir. Ancak, ödünç ve teminat işlemlerinin TTK m. 395/ 1 hükmünde olduğu gibi genel kurulun onayına tabi tutulmasının, karar için ağırlaştırılmış nisap öngörülmesi hali saklı olmak kaydıyla, yeterli koruma sağlamayacağı açıktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, sermayenin iadesi yasağının kapsamında değerlendirilmesi tartışmalı olan ödünç ve teminat işlemleri hakkında özel düzenleme yapılması, hukuki belirliliğin sağlanması açısından faydalıdır. Zira, verilen ödünç karşılığında alacak hakkı kazanılması sadece bilançosal bir işlemdir ve gerçekte, şirketin likiditesi ötelenmiş bir alacak hakkıyla değiştirilmektedir. Bu nedenle bağlı malvarlığından, şirket malvarlığını kötüye kullanma riski bulunan kişilere verilecek ödünç ve teminat işlemlerinin açıkça düzenlenmesi olumludur. Bununla birlikte, özellikle şirketlerin ortaklık yapısı dikkate alındığında, yönetim kurulu üyelerine pay sahiplerinden farklı olarak serbest malvarlığından da ödünç verilmesinin yasaklanması yerinde bir tercih değildir. Bu noktada, mutlak yasakçı bir anlayış yerine serbest malvarlığının korunması amacıyla, OR m. 678/2 hükmünde olduğu gibi, kapsamı ödünç ve teminat işlemleriyle sınırlı olmayan tüm örtülü dağıtımlar hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmesi ve bu düzenlemenin kişi açısından kapsamına pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ile tüm yöneticilerin alınmasıyla daha üstün bir korumanın tesis edilmesi mümkün olabilirdi. Böylece şirket, bağlı malvarlığından verilen ödünçlere karşı borçlanma yasağı, diğer tüm örtülü işlemlere karşı sermayenin iadesi yasağı ile korunurdu. Serbest malvarlığı hakkında koruma tesis etmeyen anılan iki yasak yanında da OR m. 678/2 hükmüne paralel bir düzenleme ile korumanın eksiksiz sağlanması mümkün olabilirdi.

111. YASAĞIN KAPSAMI

A. Kişi Açısından

6335 sayılı Kanun ile TTK m. 395'te yapılan en önemli değişiklik, hükmün kişi açısından kapsamının daraltılmış olmasıdır. Zira, değişiklik

²⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, III, B, 1, a, (1).

öncesinde yasağın, pay sahibi olup olmaması önem taşımasızın tüm yönetim lıurulu üyelerine, onların TTK m. 393'te sayılan yakınları ile kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketlerine ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerine uygulanması kabul edilmişti. TTK m. 395 hükmü uyarınca ise yasağın, sadece pay sahibi olmayan yönetim lıurulu üyeleri ile üyelerin pay sahibi olmayan yakınlarına uygulanması tercih edilmiştir. Bir diğer ifadeyle yasağın kişi açısından kapsamından, pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi, kendisi ve yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ile en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri çıkarılmıştır. Aşağıdaki satırlarda, öncelikle yasağın açıkça kapsamında sayılan kişiler hakkında kısaca açıklama yapılmış; ardından, hükümde sayılmayan diğer kişilere yasağın uygulanma ihtimali üzerinde durulmuştur.

1. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi

6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesinde borçlanma yasağı, yönetim kurulu üyesi olan/ olmayan şeklinde bir ayırım neticesinde düzenlenmekteydi. Değişiklik sonrasında ise düzenleme, "görev" yerine "pay" esaslı temel alınarak, pay sahibi olan/ olmayan şeklinde yapılmıştır²¹. Diğer bir ifadeyle, yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olması halinde, anılan kişi TTK m. 358'de sayılan koşulları sağlamak şartıyla şirkete borçlanabilecektir²².

Böylece yapılan değişiklikle, istisnai haller saklı olmak üzere, pay sahibi yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanmasına izin verilirken, bu imkan sadece pay sahibi olmayan profesyonel yöneticilerden esirgenmiştir. Kanaatimizce, böyle bir tercihin iki muhtemel gerekçesi olabilir. Akla gelen ilk muhtemel gerekçe, borçlanma yasağının ihdas amacının bu yönde bir fark-

²¹ TAMER, s. 96.

²² ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 54; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 284; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s.671.Söz konusu ayırım, TBMM genel kurulunda verilen bir önergeyle gerçekleşmiştir. "Önerge ile sermayenin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi ile korunması amaçlanmaktadır. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanabilmesinin önü kapatıldığı gibi, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının da 358 inci maddede düzenlenen şartları taşımaları koşuluyla şirkete borçlanabilmelerinin önü açılmıştır. Önerge ile pay sahibi olan ve 393 üncü maddede sayılan yönetim kurulu üyesinin yakınlarının maruz kalabileceği haksızlığın giderilmesi amaçlanmaktadır."Bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem 2. Yasama Yılı, 124. Birleşim, 26.06.2012, s. 54.

lılığı gerektirmesidir. Yani, şirket sermayesinin (TTK m. 358) ve malvarlığının (TTK m.395) korunması amacıyla benimsenmiş hükümlerde, korunan değeri kötüye kullanma riski bulunan kişilere karşı daha yasağcı bir **yaklaşım** benimsenmelidir. Diğer bir deyişle, şirket üzerindeki etkisi nedeniyle, şirket sermayesi ve malvarlığına zarar verme riski bulunan kişilerin şirkete borçlanması konusunda daha katı/ mutlak bir yasağın öngörülmesi gereklidir. Bu durumda ise, pay sahibi olmayan profesyonel şirket yöneticilerinin gerçekten şirket malvarlığının kötüye kullanılması açısından bir tehdit oluşturup oluşturmadıkları araştırılmalıdır.

Bilindiği gibi, Türkiye'ninde dahil olduğu KıtaAvrupası hukuk.sistemlerinde, haklın pay sahipliği yapısı bulunmaktadır. Bu ülkelerde şirketler, bizzat bu haklın pay sahipleri ya da onların tercihleri doğrultusunda seçilen yönetim kurulu üyeleri tarafından yönetilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Anglo-Sakson ülkelerde rastlanan profesyonel yöneticiler²³ ülkemizde söz konusu değildir. Bu nedenle hükmün, şirket malvarlığının kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla ihdas edildiğinden hareketle, mutlak yasağın profesyonel yöneticiler için öngörüldüğü ileri sürülemez.

Mutlak yasağın, profesyonel/bağımsız yöneticiler için öngörülmüş olmasının bir diğer muhtemel gerekçesi, ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesi olabilir. Diğer bir ifadeyle, anonim ortaklık tüzel kişiliği ve dolayısıyla malvarlığının, onu oluşturan pay sahiplerinden ayrı ve bağımsız olması gerçeğinin göz ardı edilmesi ile paysahiplerinin şirketin "sahibi" addedilmesinin bu farklılığın temelini oluşturması muhtemeldir. Gerçekten de, TTKm. 358'de değişiklik yapan 6335 sayılı Kanun m. 15'in gerekçesindeki "... *yapılan değişikliklerle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi...*" ifadesi, kanun koyucunun bu konudaki yaklaşımını göstermektedir. Halbuki anonim ortaklığa, pay sahiplerinin ya da yöneticilerinin acil kaynak ihtiyacını karşılamak gibi bir fonksiyon yüklenmesi kabul edilemez. Bu nedenle, yapılan müdahale neticesinde TTK m. 395 ile öngörülen yasağın kısmen muhafaza edilmesinin kanaatimizce

²³ Hatta Amerika'da, şirketlerin bağımsız yöneticiler tarafından yönetilmesi sebebiyle, şirketin hukuka aykırı yapılan dağıtımlar sonucu iflas etmesinin alacaklılar kadar yöneticilerin de menfaatlerine zarar vereceği kabul edilmektedir. Bu nedenle, özellikle yöneticilerin hukuka aykırı dağıtımları engelledikleri ve bu suretle alacaklı korumasına hizmet ettikleri ileri sürülmektedir. Bkz. ENGERT, Legal Capital, s. 687,688.

haklı bir gerekçesi bulunmadığı gibi mevcut düzenlemenin göz boyamaktan başka bir anlamı da yoktur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kural olarak TTK m. 358'in uygulanması açısından herhangi bir pay sahipliği oranının aranmamış olması nedeniyle, küçük miktarda paya sahip yönetim kurulu üyesinin de borçlanması TTK m. 358'e tabi olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, TTK m. 476 uyarınca itibari değeri bir kuruluş olması mümkün bir ya da birkaç payın iktisap edilmesi somut olayın şartları incelendiğinde kanuna karşı hile olarak değerlendirilebilecektir.

2. Yönetim Kurulu Üyesinin Pay Sahibi Olmayan Yakınları ve Diğer İlişkili Kişiler

TTK m. 395/2, "*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz*" hükmünü içermektedir. Anılan düzenlemenin kapsamına öncelikle yukarıda açıklanan pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri girmektedir. Ancak, hükmün lafzı yasağın, pay sahibi olup olmaması önem taşımaksızın tüm üyelerin yakınlarına uygulanacağı şeklinde yorumlanmasına müsait olduğu gibi²⁴, sadece pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin yakınlarına uygulanacağı şeklinde anlaşılmasına²⁵ da izin verir niteliktedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, her iki ihtimalde de üyelerin yakınlarının şirkette paysahibi olmaları halinde, bu kişiler TTK m. 395'e değil, TTK m. 358'e tabi olacaktır. Bu nedenle, hükmün farklı yorumlanması, üyenin yakınının şirkette pay sahibi olmaması halinde önem taşır.

Şöyle ki, hükmün kapsamına tüm yönetim kurulu üyelerinin girdiği kabul edildiğinde, pay sahibi üye TTK m. 358'de belirtilen şartları sağlamak koşulu ile şirkete borçlanabilecekken, bu kişilerin yakınlarının şirkette paylarının bulunmaması halinde, TTK m. 395'in kapsamında kabul edildiklerinde, şirkete hiçbir şekilde borçlanamayacaklardır. Bu şekilde bir ayırım yapılmasının ise anlaşılabilir hiçbir gerekçesi bulunmamaktadır²⁶. Gerçekten

²⁴ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 283.

²⁵ AYAN, s. 145.

²⁶ TAMER, s. 97; AYAN, s.145.

de yakınlığı sebebiyle yasak kapsamına alınan kişilerin yasağın asıl muhatabından daha ağır koşullara tabi tutulmasının haklı bir sebebi yoktur.

Bu nedenle, hükmün kişi açısından kapsamının "*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile (pay sahibi olmayan) yönetim kurulu üyelerinin yakınları*" ile sınırlı olduğu, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının yasağa tabi olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak çalışmamızda, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının kişi açısından kapsamına, pay sahibinin yakınlarının da girdiği kabul olunduğundan²¹, pay sahibi yönetim kurulu üyesinin yakınlarının şirkete borçlanmaları, TTK m. 358'deki koşulların sağlanması şartıyla mümkündür.

Gönderme yapılan TTK m. 393, yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağı hakkındadır. Anılan düzenleme, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaati ile şirket menfaatinin çatışması halinde üyenin kişisel menfaatini şirket menfaatine üstün tutması riskini önlemek amacıyla benimsenmiştir. Söz konusu hükümde ayrıca yönetim kurulu üyesinin, "*alt ve üst soyundan biri ya da eşinin yahut üçüncü derece dahil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biri*" şeklinde tanımlanan yakınlarının menfaatini de şirketin menfaatine tercih etmesi riskine karşı, yakınlarının menfaatini ilgilendiren konularda da müzakereye katılması yasaklanmıştır.

Görüldüğü üzere, gerek TTK m. 393, gerek TTK m. 395/2, yönetim kurulu üyesinin belirli derecede yakınlarının menfaati ile şahsi menfaatini eş değer kabul ederek, yakınlarını da düzenlemelerin kapsamına almıştır. Ancak dikkat edildiği üzere, TTK m. 393 kural olarak, üyenin gerçek kişi olması ihtimali düşünülerek ihdas edilmiştir². Zira, hükümde açıkça sayılan kişiler (üyenin, alt ve üst soyundan biri ya da eşinin yahut üçüncü derece dahil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biri) akrabalık ilişkisi ile üyeye bağlı olan kişilerdir. Söz konusu düzenleme, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olmasına izin vermeyen eTK m. 312'nin bir sonucudur. Fakat bilindiği üzere, TTK m. 359/2 uyarınca yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması mümkündür. Kanaatimizce, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına izin verilmesinin akabinde, yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi olduğu kabulüne dayanan TTK m. 393 hükmünde de değişiklik yapılması

²¹ Bkz. İkinci Bölüm, III, A, 2.

²¹ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 671.

ve tüzel kişi üyenin ilişkili kişilerinin hükmün kapsamına açıkça alınması yerinde olurdu.

Her ne kadar TTK m. 393 kaleme alınırken tüzel kişi yönetim kurulu üyesi ile ilişkili kişilerin hükmün kapsamına alınmamış olması eleştirilebilir-se de hükme yapılan bazı önemli eklemeler ile bu eksikliğin kısmen giderilebileceği unutulmamalıdır. Zira hükümde ilk kez yasağın, yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılmamasının "*dürüstlük kuralı gereği olan durumlarda da*" uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca, tereddüt bulunan hallerde kararın yönetim kurulu tarafından verileceğinin ve bu karara ilgili üyenin katılamayacağının belirtilmesi ile sınırlı sayı prensibi benimsenmemiştir. Bu nedenle kanaatimizce, TTKm. 393'ün ve dolayısıyla TTKm. 395/2'nin kişi açısından kapsamının belirlenmesinde, dürüstlük kuralı gereği hükmün uygulanması gereken "yakınlar/ilişkili kişiler" in araştırılması gereklidir. Bu bağlamda TTK'da ilişkili kişiler hakkında kural koyan hükümlerin irdelenmesi faydalı olacaktır.

Bu konuda akla ilk gelen hüküm, pay sahibinin kendisi ya da ilişkili olduğu kişilerin menfaatleri ile şirket menfaatlerinin çatışması halinde, genel kurulun ilgili gündem maddesi için oydan yoksunluğunu düzenleyen TTK m. 436'dır. Anılan hüküm, pay sahiplerinin akrabaları yanında, ortağı olduğu şahıs şirketleri ile hakimiyetleri altındaki sermaye şirketlerini de yasağın kapsamına almıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, 6335 sayılı Kanun, TTK m. 395/2'nin kapsamından, yönetim kurulu üyesinin ortağı olduğu şahıs şirketlerini çıkardığından kanun koyucunun bu husustaki iradesi açıktır ve bu nedenle kıyas yoluyla yönetim kurulu üyesinin ortağı olduğu şahıs şirketlerinin hükmün kapsamında değerlendirilmesine imkan yoktur. Benzer şekilde, TTK m. 198 vem. 400'de rastlanan, en az %20'sine sahip olduğu sermaye şirketlerinin de hükmün kapsamında değerlendirilmesi kanun koyucunun açık iradesi nedeniyle mümkün değildir. Kanaatimizce, p❖y sahibinin oydan yoksunluğu hakkındaki TTK m. 436'da yer verilen, "pay sahibinin hakimiyeti altındaki sermaye şirketinin" de, TTK m. 395/3'te öngörülen istisna nedeniyle hükmün kişi açısından kapsamında olmadığı kabul edilmelidir.

Böylece, TTK'nın diğer hükümlerinde açıkça zikredilen ilişkili kişilerden, "*ortağı olunan şahıs şirketleri*", "*en az %20'sine sahip olunan sermaye şir-*

ketleri" ile "*hakimiyeti altında bulunan sermaye şirketlerinin*" TTK m. 395/2 kapsamında değerlendirilmemesi sonucuna varılmalıdır.

Yukarıda ifade edildiğı üzere, TTK m. 395/2 ve anılan hükmün yolla-
ma yaptığı TTK m. 393 hükümlerinde tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin
göz önünde bulundurulmamış olması bir eksikliktir. Zira, tüzel kişi yönetim
kurulu üyesinin imza yetkisini haiz yöneticileri, gerçek kişi temsilcisi (TTK
m. 359/2) ve şirketin murahhas müdürlerinin²⁹ TTK m. 395/2'nin açıkça
kapsamında düzenlenmesi muhtemel tartışmaların giderilmesi açısından
faydalı olurdu. Ancak yine de, TTK m. 395/2'nin pay sahibi olmayan yöne-
tim kurulu üyeleri için öngörülmesi, kanun koyucunun yasağı aslında şirketi
yöneten bağımsız/profesyonel kişiler için ihdas ettiğini göstermektedir. Bu
nedenle, TTK m. 367, m. 370 hükümleri uyarınca kendisine yönetim ve
temsil yetkisi bırakılmış üçüncü kişilerin hükmün geniş yorumlanmasıyla
yasak kapsamında olduğu kabul edilmelidir³⁰. Benzer şekilde, TTKm. 371/7
hükmüne istinaden geniş yetkilerle donatılan, pay sahibi ve yönetim kurulu
üyesi olmayan şirket çalışanlarına da yasağın uygulanması gerekir. Örneğin,
pay sahibi olmadığı için TTK m. 358'in kapsamında değerlendirilemeyen
finans müdürüne, iç yönerge ile finansal konularda yüksek meblağlar için
tek başına şirket adına işlem yapma yetkisi verilmişse bu kişinin de şirkete
borçlanmasına TTK m. 395/2 uyarınca izin verilmemelidir. Öte yandan,
kural olarak tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin imza yetkililerinin hükmün

²⁹ Örneğin, MBCA'da bu kişiler açıkça ilişki kişiler kapsamında sayılmıştır. MBCA m. 8.60/1 (ii) hükmü uyarınca ilişkili kişi, yönetim kurulu üyesinin yöneticisi, ortağı, tem-
silcisi ya da çalışanı olduğu işletme, sayılan işletmeleri kontrolü altında tutan kişi veya
sayılan işletmelerin kontrolünde veya ortak kontrolünde bulunan ya da yönetim kurulu
üyesinin ortağı, genel müdürü veya çalışanı olan gerçek kişidir. Amerikan KurumsalYö-
netim İlkeleri m. 1.18'de ise, ilişkili kişilerin sayılması yerine genel bir tanım verilmesi
tercih edilmiştir. Buna göre ilişkili kişi, işlemde menfaat elde eden ya da işlemin tarafı
ile ailevi veya finansal bağı olan kişidir. İngiliz hukukunda da geniş bir ilişkili kişi tanı-
mına rastlanmaktadır. Zira, CA m. 252'de, yönetim kurulu üyesinin m. 253'te sayılan
akrabaları, paylarının ya da oy haklarının %20'sine sahip olduğu şirketler ve iş ortakları
da hü.kmün kapsamına alınmıştır.

³⁰ Öğretilde ayrıca, hükmün kural olarak kapsamının tüzel kişinin kendisiyle sınırlı kalacağı
belirtilmekle birlikte tüzel kişi üyenin gerçek kişi temsilcisinin de hükmün kapsamın-
da değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİÇELİK/MANAV-
GAT), C. 1, s. 671,672.

kapsamında olmadığı, kanunun dolanılması amacının bulunması halinde ise hükmün kıyasen uygulanması kabul olunmalıdır.

B. İşlem Açısından

1. Yasak Kapsamındaki Kişilere Ödünç Verilmesi

a. Mukayeseli Hukukta

Daha önce de değinildiği üzere, mukayeseli hukukta şirketin yönetim kurulu üyesi ile işlem yapması ya da yönetim kurulu üyesine ödünç vermesi hakkında öngörülen kurallar sermayenin korunması ilkesi başlığı altında incelenmemektedir. Ancak belirli bir hükmün diğer ülke hukuklarındaki karşılığı araştırılırken sadece kendi hukukumuzda konunun düzenlendiği alanların araştırılması yeterli değildir³¹. Gerçekten de, her ne kadar yönetim kurulu ile şirket arasında yapılan işlemler sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde değerlendirilmese de, benzer kaygılarla söz konusu işlemler hakkında özel usuller öngörülmüştür. Farklı bir yaklaşımla benimsenmiş olsalar da bu düzenlemelerin incelenmesi şüphesiz TTK m. 395 hükmünün yorumlanması çabasına ışık tutacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde açıklandığı üzere, şirket sermayesi ve malvarlığının korunması meselesinde, Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Anglo-Sakson hukuk sistemleri arasında derin farklılıklar bulunmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerde rastlanan hakim/blok pay sahipliği yapısının, Anglo-Sakson geleneğine mensup ülkelerde bulunmaması ve şirketlerin profesyonel yöneticiler tarafından yönetilmesi nedeniyle, anılan ülke düzenlemeleri daha ziyade, şirket malvarlığının yöneticilerin hukuka aykırı eylemlerinden korunmasına yöneliktir. Pay sahipliği yapısındaki sözkonusu farklılık, şirketin yöneticilerle yaptığı işlemlerin Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde, hakim pay sahipleriyle yaptığı işlemlerin ise Kıta Avrupası hukukunda daha detaylı düzenlenmesine sebep olmuştur³². Bu nedenle, Türk hukukundaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi verilmmeden önce, kısaca Kıta Avrupası geleneğine mensup ülke düzenlemeleri

³¹ FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 103.

³² ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 180, 181.

anıldıktan sonra özellikle Anglo-Sakson ülke düzenlemeleri açıklanmış ve bu ülkelerde korumanın nasıl sağlandığı tespit edilmiştir.

(1) KıtaAvrupasıHukuku

Alman anonim ortaklıklar hukukunda, şirketin yönetim kurulu üyelerine kredi vermesinin mutlak suretle yasaklanması yerine kredinin gözetim kurulunun onayı ile verilmesi tercih edilmiştir. AktG § 89/ 1 uyarınca, şirketin yönetim kurulu üyesine gözetim kurulunun onayı olmaksızın kredi vermesi kural olarak yasaktır. Anılan hükümde ayrıca, kredinin verilmesinden en fazla üç ay önce alınması zorunlu olan onaykararının, kredinin geri ödeme şartları ve faiz konularında düzenleme yapması gerektiği belirtilmiştir. Bu kurala küçük krediler (*Kleinkredite*)³³ için istisna tanınmış ve yönetim kurulu üyesinin aylık maaşını aşmayan ödünç işlemleri saklı tutulmuştur.

AktG § 89 hükmünün kişi açısından kapsamı çok geniştir. Buna göre, şirketin ticari temsilcileri (*Prokuristen*) ile genel müdürlerine ödünç verilmesi de onaya tabidir. Hükümde topluluk şirketleri hakkında kural konulmuş ve hakim şirketin yavru şirket yöneticilerine kredi vermesi ile yavru şirketin hakim şirket yöneticilerine kredi verebilmesinin, ancak hakim şirket gözetim kurulunun onayı ile mümkün olduğu belirtilmiştir (AktG § 89/2). Ayrıca hükmün kapsamına, sayılan kişilerin eşleri, reşit olmayan çocukları ile onlar hesabına hareket eden kişiler de alınmıştır (AktG § 89/3).AktG § 89/ 4'te ise, hükümde sayılan şirket yöneticilerinin başka bir şirketin yöneticisi ya da gözetim kurulu üyesi olması halinde şirketin diğer şirkete kredi vermesine de AktG § 89/ 1, 2, 3 hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Gözetim kurulunun onayı alınmadan verilen krediye kurulun icazet vermesine olanak tanınmış, ancak söz konusu icazetin verilmemesi halinde kredinin derhal geri ödeneceği belirtilmiştir (AktG § 89/5).Son olarak, şirketin Bankacılık Kanunu § 15 uyarınca bir kredi ya da finans kurumu olması halinde Bankacılık Kanunu'nun özel düzenlemelerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır (AktG § 89/6).

AktG § 89 hükmünde kredi verilmesi (*Kreditgewährung*) ifadesinin kullanılması sebebiyle hükmün kapsamının sadece ödünç verilmesi ile sınır-

JJ SEIBT, § 89 N. 5.

lı olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre, şirketin kredi sağlayacak şekilde yönetim kurulu üyelerinin borçlarını üstlenmesi, hükümde sayılan kişilerin şirkete olan borçlarının vadelerinin ötelenmesi ve nihayet bu kişiler lehine teminat verilmesi işlemleri de kredi kapsamında değerlendirilmektedir³⁴.

Fransız hukukunda şirket ile yöneticiler ve oy haklarının %10 ve fazlasına sahip pay sahipleri³⁵ arasında yapılan ve söz konusu kişilere doğrudan veya dolaylı olarak menfaat sağlayan sözleşmelerin öncelikle yönetim kurulu tarafından onaylanması ve ardından şirket denetçileri tarafından hazırlanacak özel raporun incelenmesiyle genel kurulda kabul edilmesi gereklidir (Fransız Ticaret Kanunu, 225-43)³⁶. Öteyandan, yönetim kurulu üyesi ya da diğer yöneticilere kredi ve teminat sağlanması "çok tehlikeli" kabul edilerek yasaklanmıştır. Bu konudaki tek istisnaya şirketler topluluğunda rastlanmaktadır. Anılan istisna uyarınca, topluluk şirketlerinde, tüzel kişi yönetim kurulu üyelerine kredi verilmesi mümkündür, ancak bu istisnanın gerçek kişi yönetim kurulu üyelerine uygulanması kabul edilmemiştir (Fransız TK m. 225-42)³⁷.

İsviçre hukukunda ise, yöneticilere ödünç veya teminat verilmesi hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır³⁸. Konumuzla ilgili sayılabilecek

³⁴ SEIBT, § 89 N. 4; KORT, § 89, N. 19-33; HÜFFER, § 89, N. 2; MERTENS/CAHN, § 89 N. 13; FLEISCHER, AktG Spindler/Stilz, § 89 N. 6.

³⁵ 1867 yılına uzanan kurallar, önceleri sadece şirket ile yönetim kurulu arasında yapılan sözleşmeleri kapsamaktaydı. Ancak, 2001 yılında gerçekleşen reform ve 2003 yılında yapılan eklemeler sonrası, yönetim kurulu üyeleri için öngörülen usullerin sermayenin %10'una sahip pay sahipleri için de geçerli olması kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 103, 104; CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 498, 499; ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 166.

³⁶ Ancak belirtilen usul, olağan şartlarda yapılmakta olan işlemlere uygulanmaz. Sadece bu işlemlerin, ilgili kişiler tarafından yönetim kurulu başkanına açıklanması gereklidir. Başkanın daha sonra ilgili kişilerle yapılan işlemlerin bir listesini hazırlayarak listeyi kurula ve denetçilere sunması yeterlidir. Bkz. ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 168.

³⁷ Fransız hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 96; CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 499, 505; ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 169.

³⁸ Bununla birlikte, örtülü kazanç aktarımı hakkındaki OR m. 678/2 hükmünün yönetim kurulu üyeleri ile onların yakınlarına uygulanacağını hatırlatmak isteriz. İsviçre öğretisine göre, anılan hükmün kapsamına, piyasa koşullarına bariz aykırı şekilde şirket malvarlığının aktarılmasına neden olan tüm işlemler gireceğinden ödünç ya da teminat işleminin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, c.

hüküm, şirketle şirket yöneticileri arasındaki işlemleri düzenleyen OR m. 718b hükmüdür. Söz konusu hükümde, bir sözleşmede şirketin temsil edildiği kişi ile işlemin karşı tarafının aynı kişi olması halinde bu sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği belirtilmiş ve şirketin belirli tutan aşmayan olağan işlemleri için istisna tanınmıştır.

(2) Anglo-Sakson Hukuku

2a) İngiliz Hukuku

Kıta Avrupası geleneğine mensup ülkelerdeki hakim pay sahipliği yapısına kural olarak İngiliz anonim ortaklıklarında rastlanmaması ve şirketlerin profesyonel yöneticiler tarafından yönetilmesi nedeniyle İngiliz hukukunda, şirket malvarlığının yöneticiler tarafından kötüye kullanılmasının engellenmesine yönelik hükümlere rastlanmaktadır. Bu hükümlerin temel dayanağı, yöneticilerin kişisel menfaatleri ve üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ile şirket menfaatleri arasında tercih yapmak durumunda bulunmaktan kaçınma borcudur. Öğretide, yöneticilerin özen ve sadakat yükümlülüklerine dair öngörülen kurallar arasındaki en önemli kuralın bu "*menfaat çatışmasından kaçınma*" (*no-conflict rule*) kuralı olduğu savunulmaktadır³⁹.

Yöneticilerin sadakat yükümlülüğünün subjektif koşullara bağlanmış olması sebebiyle CA'da menfaat çatışmasından kaçınılması kuralı, esasen üç ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, yöneticilerle şirket arasında yapılan işlemler; ikincisi, yöneticilerin şirket malvarlığını kişisel çıkarları için kullanma yasağı ve son olarak yöneticilerin bu sıfatları gereği yaptığı (veya yapmadığı) işlemler sebebiyle üçüncü kişilerden menfaat temin etmesi hakkındaki yasaklardır⁴⁰.

³⁹ GOWER/DAVIES, s. 529; CAHN/DONALD, s. 341-344.

⁴⁰ Öngörülen kuralların ortak amacı, şirket ile yöneticiler arasında yaşanması muhtemel menfaat çatışmalarının engellenmesidir. Ancak mesele, muhtemel menfaat çatışmasının kaynağı üç durumda farklı olduğundan farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Örneğin birinci durumda, yönetici, şirket menfaati ile şahsi çıkarı arasında tercih yapmak durumunda. İkinci halde, kişisel çıkarı için şirket malvarlığını sömürme riski bulunmaktadır. Son durumda ise, üçüncü kişinin menfaati ile şirket menfaatleri arasında bir tercih yapması söi konusu olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. GOWER/DAVIES, s. 529, 530; BLACK/CHEFPINS/GELTER/KİM/NoLAN/SLEMS/PRAVA, s. 60 vd.

Şirketin yöneticisine ödünç vermesi ise, yöneticilerin şirket malvarlığını kişisel çıkarları için kullanma yasağı altında incelenmektedir. Ancak bu konuda açıklama yapılmasından önce sistem hakkında genel bilgi verilmesi tercih edilmiştir. Çünkü, limited şirketlerde esas sermaye sistemini benimsemeyen ve mahkeme içtihatlarının en önemli hukuk kaynağı olduğu İngiliz hukukunda, yöneticilerle yapılan işlemler hakkında CA'da son derece ayrıntılı kurallar öngörölmesi dikkat çekicidir. Bu nedenle öncelikle, sistemin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, menfaat çatışmasından kaçınılması ilkesi hakkında kısaca bilgi verilmiştir.

i. Yöneticilerle Yapılan İşlemler

İngiliz mahkemelerinin 19. yüzyılın ortalarına kadarki tutumu, şirketle yöneticiler arasında yapılan işlemleri, işlemi adil şartlarda yapılmış olup olmasını tartışmaksızın geçersiz saymak yönündeydi⁴¹. Bir diğer ifadeyle, yapılan işlem adil şartlarda gerçekleştirilmiş olsa dahi, menfaat çatışmasının bulunduğu her halde, yöneticinin sadakat borcunu ihlal ettiği kabul edilmekteydi⁴². Ancak zamanla bu mutlak reddedişçi yaklaşım terk edilmiştir. Bu değişimi sebebi, menfaat çatışması ihtimaline rağmen, bazı hallerde şirket ile ilişkili kişilerle yapılan işlemi şirketin de menfaatinde olabileceğinin kabul edilmesidir⁴³. Daha sonraları mahkemeler işlem hakkında karar verme yetkisini mutlak olarak pay sahipleri ile bırakmışlardır. Bu yaklaşım değişikliğinin sebebi, pay sahiplerinin menfaati ile şirket menfaatinin eş değer kabul edilmesidir. Bu görüşe göre, korunmaya çalışılan menfaat sahibini işleme onay vermesi halinde mahkemenin işlemin piyasa koşullarında gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol yetkisi yoktur".

⁴¹ *Aberdeen Railway v. Blaikie* davasında yargıç, temsilcinin temsil yetkisini kullanırken mevcut veya muhtemel kişisel ya da ilişkili bulunduğu kişilerin çıkarı ile şirket menfaati arasında tercih yapmaktan kaçınması gerektiğini belirtmiş ve aksi halde işlemin adil olup olmadığı tartışmasının yapılmayacağını ifade etmiştir. Bkz. GOWER/DAVIES, s.530,531.

⁴² GOWER/DAVIES, s. 531.

⁴³ Örneğin, şirketin ihtiyacı olan herhangi bir malvarlığı değerine sadece yöneticinin sahip olması ya da yöneticiyle tam zamanlı sözleşmesi akdetmesi ihtimallerinde, işlemin yapılması şirketin de menfaatinde. Bkz. GOWER/DAVIES, s.531.

⁴⁴ GOWER/DAVIES, s. 531.

Ancak işleme genel kurulun onay vermesinin aranması, yöneticilerin faydacı yaklaşımlarına engel olamamıştır. Zira, rutin bir işlem olarak esas sözleşmeye konulan hüküm ile açıklama ve onay koşulundan vazgeçilmiş ve sadece yönetim kuruluna yapılan yüzeysel bildirim yeterli sayılmıştır. Bu tutum, kanun koyucuyu harekete geçirmiş ve 1929 yılında kodifikasyon çalışması yapılmasına sebep olmuştur. Buna göre, esas sözleşmeye konulan hükümlerden bağımsız olarak, yönetim kuruluna detaylı bildirim yapılması zorunlu kılınmış ve aynı kural 1985 tarihli CA m. 317 ve 2006 tarihli CA m. 175 ve devamında da benimsenmiştir⁴⁵. Böylece yapılacak bildirim ile yönetim kurulunun menfaat çatışmasından haberdar olması ve konu hakkında karar vermesi tercih edilmiştir.

CA m. 175'in kenar başlığı, "*şirket ile menfaat çatışmasından kaçınma borcu*"dur. Söz konusu hüküm, yöneticilerin, şirket menfaatleri ile çatışan⁴⁶, doğrudan veya dolaylı olarak⁴⁷ bir menfaat temin etmesini ya da edebilecek durumda olmasını yasaklamaktadır. CA m. 176 ise, yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarını kullanarak yaptığı ya da yapmadığı işlemler nedeniyle üçüncü kişilerden menfaat elde etmesini yasaklamaktadır. Şirketin yapacağı bir işlemten yönetim kurulu üyesinin doğrudan ya da dolaylı olarak menfaat temin etmesi halinde yapılacak bildirim ise CA m. 177'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, yönetim kurulu üyesinin kanunda sayılan istis-

⁴⁵ Ancak, 1985 tarihli CA m. 317'nin aksine, 2006 tarihli CA'da, yöneticilerle yapılacak sözleşmeler (m. 177), halihazırda akdedilmiş olanlardan ayrı düzenlenmiştir (m. 185). Bunun sebebi, hükümlerin kaynaklarının farklı olmasıdır. Ortak hukuk kuralları sadece ileride yapılacak işlemler hakkındadır. Halihazırdaki işlemler ise 1929 yılındaki kodifikasyon çalışmasının ürünüdür. Bkz. GOWER/DAVIES, s. 532, 533.

⁴⁶ İngiliz hukukunda, menfaat çatışmasının genel bir tanımı CA'da yapılmadığından, konu mahkeme kararlarında tartışılmaktadır. Mahkemeler, yeni durumları da kapsayabilmesi amacıyla kesin tanımlar vermekten çekinmektedirler. Menfaat çatışmasında temel prensip, işlemin ekonomik bir menfaat yaratması, yöneticinin bu menfaat yararına ve şirket zararına hareket etmesidir. Bkz. BLACK/CHEFFINS/GELTER/KIM/NO LAN/SIEMS/PRAVA, s. 59.

⁴⁷ Hüküm sadece doğrudan menfaat teminlerini değil, aynı zamanda dolaylı menfaatleri de kapsamına almıştır. Bu anlamda, yöneticinin, şirketin işlem yaptığı diğer şirkette pay sahibi olması da yeterlidir. GOWER/DAVIES, s.534.

nai hdlr dışında", diğer üyelere menfaati hakkında ayrıntılı bilgi vermesi⁴⁹ ve bu işlemin onaylanması⁵¹ gereklidir (CA m. 177/ 1)\$¹. Bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde sadece hukuki sorumluluk öngörülmüştür (CA m. 178)⁵³. Yeni düzenleme uyarınca, üçüncü kişinin haklarına zarar

- 11 Örneğin, yöneticinin sadece %1 oranında paya sahip olması durumunda, gerçekten bir menfaat çatışmasının varlığından söz edilemeyeceği göz önünde bulundurularak, Kanun 177/6 (a) maddesinde bir istisna öngörmüştür. Buna göre, yöneticinin gerçek bir menfaat çatışmasına sebebiyet vermeyecek menfaatinin açıklaması gerekli değildir. CA m. 177/5'te öngörülen bir diğer istisna, yöneticinin kişisel menfaatinin ve işlemi bilmediği veya bilmesinin beklenemeyeceği hale ilişkindir. Benzer şekilde, diğer üyelerin halihazırda menfaat çatışmasından haberdar olması halinde bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır [m. 177/ 6 (b)]. Yine yönetim kurulunun tek kişiden oluşması hali de saklı tutulmuştur. Son olarak, yönetim kurulu üyesinin ücretinin, yönetim kurulu ya da özel bir komite tarafından kararlaştırılması halinde de ek bildirim yapılması gerekli değildir.

⁴⁹ Bu kapsamda sadece menfaatin açıklanması yeterli kabul edilmemiş, menfaatin kapsamı hakkında da açıklama yapılması aranmıştır. Dolayısıyla, şirket yöneticisinin başka bir şirkette pay sahibi olması durumunda sadece pay sahipliğini açıklaması yeterli olmayacak, pay sahipliği oranını da belirtmesi gerekecektir. Bkz. GOWER/DAVIES, s. 534.

⁵⁰ CA'da, yapılacak bildirim hakkında ayrıntılı kurallar öngörülmüştür. Buna göre bildirimin, yönetim kurulu toplantısında yöneticilere yapılan yazılı beyarla ya da genel bir beyanla yapılması gerekir. Hükümde bu bildirim yöntemleri sınırlı sayıda düzenlenmemiştir. Yönetim kurulu toplantısında yapılan bildirim ile yöneticilere yazılı şekilde yapılan bildirim belirli bir işlem hakkında iken (CA m. 184, 248), genel bildirimde sadece ilgili üyenin herhangi bir işlemde dolayı menfaati bulunduğu bilgisi verilir (CA m. 185). Bildirimin yönetim kurulu toplantısı dışında yapılması halinde ise, bu bildirimin tüm üyelere gönderilmesi gereklidir.

⁵¹ Geçerli bir onayın söz konusu olabilmesi için, pay sahipleri ya da yönetim kurulunun işlem ve menfaat çatışması hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi ve şirketin, borçlarını ödeme gücünün bulunması gereklidir. Şirketin ödeme gücü bulunduğu sürece onayın sonradan da verilmesi mümkündür. Ancak, şirketin bu gücünü kaybetmesi halinde mahkemeler pagsahiplerinden veya yöneticilerden bu yetkiyi esirgemektedir. Bkz. BLACK/CHEFFVNS/GELTER/KIM/NOLAN/SIEMS/PRAVA, s. 59, 60.

⁵² Hüküm, işlemde haberdar olan yöneticilerin işlemin muhtemel zararları hakkında gerekli tedbirleri almasını amaçlamaktadır. Tedbir alınmaması, yöneticilerin özen ve sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. Ancak, kuruldaki üyelerin çeşitli aralıklarla şirketle işlem yapması durumunda, üyelerin diğerlerinin işlemlerine oy vererek birbirlerini kollama riski bulunmaktadır. Menfaati bulunan üye ile yapılacak işlemin görüşüleceği toplantıda açıkça ilgili üyenin oy hakkından yoksunluğunun düzenlenmemiş olması sistemin zayıf noktalarıdır. Bkz. GOWER/DAVIES, s. 533, 534.

⁵³ 1985 tarihli CA'nın aksine cezai müeyyideye yer verilmemiştir. Karş. CA 1985 m. 317.

gelmemesi şartıyla, yapılan işlemin geçersiz kılınması da mümkündür. Ayrıca bildirim yükümlülüğünü ihlal eden üye, elde ettiği tüm kazancı şirkete geri vermek ve şirketin uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Buna göre yönetim kurulu üyesi, hukuka aykırı olarak iktisap ettiği şirket malını, yedemin sıfatıyla (*constructive trustee*) eski hale getirme ya da değerini şirkete geri verme borcu altındadır⁵⁴.

CA m. 185 ise, ileride yapılacak işlem hakkındaki menfaat çatışmasının bildirilmemiş olması halinde, mevcut işlemlerden doğan menfaatin açıklanmasını öngörmektedir. Söz konusu durum, işlemin yapıldığı sırada yönetim kurulu üyesi olmayan kişinin sonradan bu sıfatı elde etmesi ya da, örneğin, sonradan işlemin diğer tarafı ile bağı olması -akit şirkette pay sahibi olması gibi- durumları kapsamına almaktadır⁵⁵. Ancak müstakbel işlemler hakkında gerekli olan bildirimin yapılmaması halinde sadece hukuki müeyyide öngörülmüşken, burada cezai müeyyide söz konusu olmaktadır (CA m. 183).

Önemli aktiflerinin satışı ise, CA m. 190'da ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, yönetim kurulu üyesi ile⁵⁶ yapılan diğer işlemlerin aksine, esaslı malvarlığının satımından önce, işleme pay sahiplerinin onay vermesini zorunlu kılmıştır. Esaslı malvarlığı değeri, şirketin yönetim kurulu üyesine sattığı ya da üyeden satın aldığı ve değeri 1 00.000 f.'u veya şirket malvarlığının %10'unu aşan (5.000 f'u geçmesi şartıyla, CA m. 191) nakit dışı malvarlığı (*non-cash asset*) şeklinde tanımlanmıştır. Tasfiye halindeki şirket tarafından yapılan satışlar ise, hükmün kapsamı dışında tutulmuştur. Şirket yöneticilerinin bu hallerde şirket üzerinde etkilerinin bulunmaması ve kontrolü elinde bulunduran bağımsız aracılardan (CA m. 194) işlemleri

⁵⁴ GOWER/DAVIES, s. 538.

⁵⁵ Henüz üyenin bir menfaatinin bulunmadığı zamanda dahi şirketin akdettiği sözleşmenin neden bildirilmesi gerektiği konusunda şüpheduyulabilir. Ancak örneğin, akdedilen sözleşmede şirkete tek taraflı fesih yetkisinin tanınmış olması halinde bu yetki, menfaati bulunan üye tarafından kullanılmayabilir. Bkz. GOWER/OAVIES, s. 538.

⁵⁶ Sözleşmenin karşı tarafının, şirketin haklın şirket yöneticisi ya da onun ilişkili olduğu bir kişi olması halinde de onay gereklidir. Bu durumda, tam hakimiyet durumu saklı kalmak şartıyla hem haklın şirket pay sahiplerinin hem de bağı şirket pay sahiplerinin işleme onay vermesi aranmaktadır [CA m. 190/2, 190/4 (b)].

piyasa koşullarında gerçekleştireceğinin varsayılmış olması, bu durumun saklı tutulmasına sebep olmuştur⁵⁷.

Önemli aktiflerin, pay sahiplerinin onayı olmadan yöneticilere devredilmesinin sonuçları CA m. 195'te düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak işlemin geçersizliği ileri sürülebilir. Ancak işlemin sebep olduğu zararın tazmin edilmiş olması, üçüncü kişilerin⁵⁸ haklarına müdahale edilmesi, işleme konu olan önemli aktifin iadesinin mümkün olmaması (CA m. 195/2) ya da işlemin yapılmasından makul süre sonra pay sahiplerinin işleme onay vermesi söz konusu ise (CA m. 196) işlemin geçersizliğine hükmedilmeyecektir. Bu halde şirket sadece, zararının tazmin edilmesini talep edecektir. Ayrıca, CA m. 195/3 hükmü şirkete, işlemi geçersiz kılma yetkisi yanında, geçersizlik ile giderilmeyen zararın tazmini için yöneticilere⁵⁹ başvurabilme yetkisi de vermiştir.

⁵⁷ GOWER/DAVIES, s. 546.

⁵⁸ Burada üçüncü kişi, işlemin tarafı olmayan kişi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, işlemin karşı tarafında bulunan yönetim kurulu üyesinin yakını, yönetim kurulu üyesi ile bağından haberdar olmasa dahi, üçüncü kişi kabul edilmeyecektir. Dolayısıyla onun hakkına zarar gelip gelmemesi önem taşımayacak ve iyi niyetli olduğu savunması kabul edilmeyecektir. Ancak üçüncü kişinin iyi niyetli olması sorumluluk davasında önem arz etmektedir.

⁵⁹ Şirketin zararını gidermekle yükümlü olan kişiler CA m. 195/3 ve 195/4'te son derece ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Tazmin borcu, yöneticiler, sözleşmenin tarafı olması halinde yöneticilerin ilişkili olduğu kişiler ve işlemin tarafı olmasalar dahi işleme onay veren yönetim kurulu üyelerinin üzerindedir. Anılan kişilerin sorumluluktan kurtulabilmesi için çeşitli savunma imkanları getirilmiştir. Örneğin, işlemin tarafının yöneticinin yakını olması halinde, şirket menfaatinin korunması için 190. maddede öngörülen gerekli tüm tedbirleri aldığını ispat eden yöneticinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır (CAm. 195/6). Burada önemli olan yöneticinin aktif bir şekilde çaba göstermesidir. Örneğin yöneticinin mevcut menfaat çatışması hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, işlemi pay sahiplerinin onayına sunması ve muhtemel riskler hakkında onları uyarması gereklidir. Yönetim kurulu üyesinin yakınının ve işleme onay veren yöneticilerin de, mevcut menfaat çatışması hakkında bilgi sahibi olmadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bu savunma imkanı basit bir reddediş mekanizması üzerine kurulmuştur. Bkz. GOWER/DAVIES, s. 547, 548.

ii. Şirketin Yöneticilere Ödünç Vermesi

İngiliz hukukunda, özellikle geri ödenmeyeceği bilinerek ya da ticari hayatın olağan koşullarına aykırı şekilde verilen krediler şirket açısından riskli bulunarak, CA'da özel olarak düzenlenmişti⁶⁰. Örneğin, 1945 yılında, Cohen Komisyonu tarafından hazırlanan raporda⁶¹, şirketin yöneticilere borç vermesinin yasaklanması savunulmuştur. Komisyona göre, yeterli ödeme gücü bulunan yöneticiler kolaylıkla üçüncü kişilerden ödünç alabilecektir. Bu nedenle, ancak ödeme gücü olmayan yöneticiler, üçüncü kişilerden alamayacakları şartlarda şirketten ödünç almayı tercih ettiklerinden, bu uygulamaya izin verilmemelidir. Komisyon görüşü İngiliz kanun koyucusu tarafından da benimsenmiş ve şirket tarafından yöneticilere verilen krediler ilk kez 1948 tarihli CA ile yasaklanmıştır⁶².

2006 tarihli CA da, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında yapılan konusu ödünç ve teminat verilmesi olan sözleşmeler hakkında ayrıntılı kurallar öngörmektedir. Bu konudaki temel düzenlemeye, anonim ve limited şirketlere uygulanan CA m. 197'de rastlanır. Söz konusu hüküm uyarınca, pay sahipleri tarafından onaylanmadığı sürece, şirketin kendi ya da bağlı şirket yönetim kuruluna ödünç veya teminat vermesi yasaktır. Esas sözleşmede daha yüksek bir nisap belirlenmiş olmadıkça onay kararı adi nisapla alınacaktır (CA m. 281/ 3). Dikkat edildiği üzere, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında yapılan işlemler hakkında benimsenen kuralların aksine, kredi ya da teminat verilmesi hallerinde onayın yönetim kurulu tarafından değil, genel kurul tarafından verilmesi gereklidir. Öğretide, bu usulün, alacaklılar açısından yeterli koruma sağlamayacağı ve özellikle haklı pay sahiplerinin şirket malvarlığını kötüye kullanmalarını engelleyemeyeceği belirtilmiştir⁶³.

Şirketin ödünç vereceği kişinin bağlı şirket yönetim kurulu üyesi olması halinde, ayrıca, bağlı şirket pay sahiplerinin de onayı aranmaktadır. Hü-

⁶⁰ FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 96; GoWER/DAVIES, s. 550.

⁶¹ Report of the Committee on Company Law Amendment (Şirketler Kanunu Değişikliği Komisyonu Raporu) Cmnd. 6659, 1945.

⁶² GOWER/DAVIES, s. 550.

⁶³ Bkz. GoWER/DAVIES, s. 550, 551.

⁶⁴ Hükümün son fıkrasında, tam hakimiyet hali saklı tutulmuştur. İstisna tanınan bir diğer grup da, İngiltere'de tescil edilmemiş şirketlerdir (CAm.197/son).

kümde, paysahiplerinin sağlıklı bir karar vermelerini temin etmek amacıyla, işlem hakkında bilgilendirilmesine yönelik kurallara yer verilmiştir. Buna göre, onay kararının genel kurul toplantısında alınması halinde, şirket merkezinin bulunduğu yerde toplantı gününden 15 gün önce pay sahiplerinin, işlemin esaslı noktaları, kredi miktarı ile bu kredinin veriliş sebebi, şirketin kredi sözleşmesi ile bu sözleşme ile bağlantılı diğer sözleşmeler uyarınca üstlendiği yükümlülükler hakkında bilgilendirilmeleri gereklidir. Kararın, toplantı yapılmadan yazılı olarak alınması durumunda ise, yukarıda sayılan bilgilerin tüm pay sahiplerine karar metni ile birlikte ya da karar metninden önce ulaştırılmış olması gereklidir.

CA m. 197'nin aksine, sadece anonim şirketlerin ya da anonim şirketle ilişkili şirketlerin kredi benzeri işlemleri (sözde krediler/ *quasi loans*) ise CA m. 198'de düzenlenmiştir. Kredi benzeri işlemlerde, şirketin taraf olduğu bir sözleşmeden yönetim kurulu üyesinin ya da üyenin ilişkili olduğu bir kişinin finansal bir menfaat temin etmesi söz konusudur. Bu işleme üye ya da üyenin ilişkili olduğu kişi taraf değildir; ancak bu kişilerin şirkete bir iade borcu bulunmaktadır. Bu işlemlere, şirket tarafından yöneticiye verilen kredi kartları örnek olarak gösterilmektedir. Zira şirket bankaya kart borcunu öderken, yönetici de şirkete ödeme yapmaktadır. Burada şirketten bir fon aktarımı olmadığı için hukuken kredi ilişkisi söz konusu olmamakla birlikte, bu ilişki kredi ile aynı etkiye sahiptir⁶⁵. Bu nedenle, sözde kredi (kredi benzeri işlem) olarak adlandırılabilir söz konusu işlemlerden önce de pay sahiplerinin işlem hakkında bilgilendirilmesi ve bu işlemi onaylamaları gerekmektedir.

Yine, sadece anonim şirketler ile bu şirketlerle ilişkili şirketlere uygulanacak CA m. 201 düzenlemesinde, yönetim kurulu üyesi ile yapılacak kredi sözleşmeleri (*credit transactions*) için pay sahiplerinin onayı aranmıştır. Kredi sözleşmeleri CA m. 202 uyarınca, tüketici kanununda düzenlenen şartlı satış sözleşmesi ile taksitli satış sözleşmelerini kapsamaktadır. CA m. 203/1 ise, kanunun krediler hakkında öngördüğü usulün dolanılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Bu işlemler, şirketin taraf olmadığı ancak taraf olması halinde pay sahibinin onayını gerektiren işlemlerdir. Yönetici böyle bir işlemde, şirket yerine üçüncü bir kişiden menfaat temin etmektedir.

⁶⁵ GOWER/DAVIES, s. 551,552.

Örneğin, bankanın şirket yöneticisine, kredinin daha sonra şirket tarafından üstlenilmesi şartıyla kredi vermesi de paysahiplerinin onayını gerektirir".

Şirket açısından az riskli ya da hukuka uygun sayılan işlemler için ise onay aranmamaktadır. Örneğin, limiti 50.000 f:'u aşmayan, yöneticinin şirketin faaliyetleri dolayısıyla yaptığı harcamalar (CA m. 204), 10.000 E'u aşmayan krediler ile kredi benzeri işlemler (CA m. 207/1, 207/2), faaliyet konusu kredi vermek olan şirketler tarafından yapılan işlemler (CA m. 209) ve son olarak bağlı şirket yararına yapılan işlemler (CA m. 208) saklı tutulmuştur.

2b) Amerikan Hukuku

i. Yöneticilerle Yapılan İşlemler

Amerika'da 19. yüzyılının sonlarında yöneticiler ile şirket arasında yapılan işleme pay sahibinin itiraz etmesi üzerine, işlemin geçersizliğine hükmeden birçok mahkeme kararına rastlanmaktadır⁶⁷. Mahkemelerin geçersizliğe hükmetmesinde, işlemin şirket için faydalı olup olmamasının ya da işleme kişisel menfaati bulunmayan diğer yöneticilerin onay verip vermemesinin bir önemi bulunmamaktaydı⁶⁸. 20. yüzyılda ise, yasaklanan işlemlerden şirketin de ekonomik fayda elde edebileceği düşüncesiyle⁶⁹ bu mutlak yasakçı yaklaşım terk edilmiştir⁷⁰.

⁶⁶ GOWER/DAVIES, s. 553. Hükmün kapsamındaki işlemlerin karışıklığını göz önünde tutan kanun koyucu, yönetim kurulu üyesinin elde edeceği miktarın ve şirketin yükümleneceği rutarın pay sahiplerine yazılı olarak bildirilmesini öngörmüştür.

⁶⁷ Bkz. MA.Rstt, s. 35, 36; McCAHERY/VERMEULEN, s. 229.

⁶⁸ GEVURTZ, s. 322, ayrıca bkz. EISENBERG, s. 1.

⁶⁹ Sunulan tüm mal ve hizmetlerin homojen olduğu ideal bir piyasada, bu mal veya hizmetlerin piyasadan alınması ile yöneticilerden alınması fark yaratmayacaktır. Ancak, homojen bir piyasanın bulunmadığı hallerde, şirketin yöneticileri ile işlem yapması şirket açısından faydalı olabilir. Örneğin, yöneticilerin sahip olduğu bir malın piyasadan ikamesinin mümkün olmaması ya da yöneticilerin malı, piyasadan daha elverişli şartlarda satmaya razı olması durumlarında, şirketin söz konusu işlemden menfaati olduğu kabul edilmektedir. Bkz. EISENBERG, s. 1.

⁷⁰ EISENBERG, s. 1; GEVURTZ, s. 322.

Benimsenen yeni yaklaşım uyarınca, mahkemelerin söz konusu işlemlerin geçersizliğine hükmetmemesi, ancak iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre işlemin, şirket açısından da adil koşullarda gerçekleşmiş olması ve menfaat çatışması bulunmayan yöneticiler tarafından onaylanması gereklidir⁷¹.

İşlemin adil olup olmadığının tespiti meselesinde, bedelin piyasa değeri üzerinden belirlenmesi yeterli görülmemektedir. Aynı zamanda, sözleşmenin yapılmasına kadar geçen tüm sürecin adil olması aranmaktadır. Buna göre, sözleşmenin nasıl kaleme alındığı, nasıl müzakere edildiği, bildirim yükümlülüğünün nasıl gerçekleştirildiği, yöneticilerin işleme nasıl onay verdikleri de dikkate alınmaktadır⁷². Bu tespitin yapılması çok kolay olmadığından, Amerikan borsa şirketlerinde, adil fiyatın belirlenmesi için, bağımsız yöneticilerden oluşan bir komite kurulması tercih edilmektedir. Böylece çıkabilecek muhtemel ihtilaflarda, ispat yükünün karşı tarafta olması sağlanmaktadır⁷³.

İşleme diğer yöneticiler tarafından verilen onayın ispat yükü açısından önemli sonuçları vardır. Zira, bu onay işlemin adil olup olmadığının tespiti meselesinde ispat yükünü ters çevirmektedir. Bir diğer ifadeyle, onay verilmesi durumunda, yapılan işlemin adil olmadığını ispat yükü davacıda olacaktır⁷⁴. Ayrıca onayın varlığı halinde davacının, işlemde menfaati olmayan yöneticilerin işlemin adil olduğuna inanmalarının mümkün olmadığını ispatlaması gerekmektedir⁷⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bu sonuçların geçerli olabilmesi için onayın, işlemin yapılmasından önce verilmesi gereklidir. İşleme sonradan onay verilmesi durumunda, yöneticiler belirtilen imkanlardan yararlanamamaktadırlar⁷⁶.

Menfaat çatışmasına sebep olan işlemin diğer yöneticiler tarafından onaylanmaması halinde, Amerikan hukukunda esas alınan "ticari takdir"

⁷¹ EISENBERG, s. 2-5; GEVURTZ, s. 322,323; ALLEN/KILIAKMAN/SUBRAMANIAN, 314.

⁷² EISENBERG, s. 4, 5.

⁷³ BLACK/CHEFFINS/GELTER/KİM/NOLAN/SIEMS/PRAVA §. 65.

⁷⁴ EISENBERG, s. 8-10 ve Yorum m. 5.02; BLACK/CHEFFINS/ GELTER/KİM/NOLAN/SIEMS/PRAVA, s. 62, 63; ENRIQUES/HERTIG/ANDAS, s. 164.

⁷⁵ Yorum m. 5.02.

⁷⁶ EISENBERG, s. 9; ENRIQUES/HERTIG/ANDAS, s. 165.

kuralı", uygulanmamaktadır⁷³. İş insanı karan kuralı, yöneticilerin, sahip oldukları deneyim ile şirket için faydalı olan karan mahkemeden daha iyi verebilecekleri düşüncesine dayandığı için, yöneticilere güven duyulmasını gerektirir⁷⁹. Ancak bu güven, yöneticilerin, kişisel menfaatleri ile şirket menfaatinin çatıştığı durumlarda işleme onay verilmemesi halinde söz konusu olmaz ve ticari takdir kuralı uygulanmaz³⁰.

İçtihatlarla kabul edilen prensipler, ALI İlkeleri'nce de benimsenmiştir. Buna göre, işlem hakkında onay verecek makama, menfaat çatışması ve işlemin özellikleri hakkında gerekli bildirim yapılmalı³ ve işlem şirket açısından

⁷⁷ "Business judgment rule" hakkında temel ilkelerin belirlendiği *Schlensky v. Wrigley* kararında mahkeme, yönetim kurulunun özen yükümlülüğüne uygun davrandığının karine olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve işlemin dörtlü testten geçmesi halinde, mahkeme denetimine tabi olmayacağına hükmetmiştir. Buna göre, pay sahiplerinin sadece işlemin irrasyonel (*irrational*) olduğunu ispatlamaları gereklidir. Dörtlü test uyarınca işlemin (i) ilişkili kişilerce yapıldığı, (ii) hukuka aykırı olduğu, (iii) hilele yapıldığı ya da (iv) açıklama yükümlülüklerinin ihlali ile yapıldığının ispatlanması halinde mahkemenin söz konusu işlemi değerlendirebileceğini belirtmiştir. *Business judgment* kuralının uygulanmayacağı durumda ise, yöneticilerin işlemin adil şartlarda yapıldığını (*full review of fairness*) ispatlaması gerekecektir. Bkz., 237 N.E.2d 776 (111 App. Ct. 1968). İçtihatlarla oluşan prensipler, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün hazırlamış olduğu Kurumsal Yönetimin İlkelerince (ALI İlkeleri) de benimsenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli kişilerin vermiş oldukları başarısız kararlar sebebiyle onları geriye dönük inceleme riskinden korumak, yenilikleri ve cesaret isteyen yeni iş girişimlerini engellemek için 4.01 (c) bendinde özen yükümlülüğünün yönetim kurulu/yönetici kararlarına nasıl uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, (i) iyi niyetli olarak karar veren yönetim kurulu üyeleri ve diğer şirket yöneticileri, (ii) kararın konusu hakkında şahsi çıkarları bulunmuyorsa, (iii) bulunulan şartlar altında kararın konusu hakkında makul olduğuna inandığı kapsamda bilgilenmiş ve (iv) kararın şirketin menfaatlerini en iyi şekilde gözetmesine rasyonel şekilde (mantıken) inanmakta ise bu bölüm altındaki görevlerini yerine getirmiş olurlar. İlke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOZKURT YAŞAR, s. 15-20.

⁷¹ GEVURTZ, s. 321.

⁷⁹ ENGERT, Legal Capital, s. 658.

³⁰ GEVURTZ, s. 322; ENGERT, Legal Capital, s. 658; BOZKURT YAŞAR, s. 70-87.

" ALI İlkeleri uyarınca yöneticiler tarafından yapılması beklenen bildirimde, hem menfaat çatışması bildirilmeli hem de yapılacak işlem hakkında ayrıntılı bilgiler verilmelidir. Sadece menfaat çatışmasının varlığının açıklanması durumunda, şirketin artık herhangi bir üçüncü kişi ile işlem yaptığı ve şirket açısından yeterli korumanın gerçekleştiği varsayımı kabul edilemez. Zira yöneticiler ile şirket arasındaki ilişki güvene dayalı olduğundan,

adil olmalıdır (m. 5.02)⁸¹. Doktrinde bu iki şartın birlikte gerçekleşmesinin önemine vurgu yapılmaktadır. Zira, sadece bildirim yükümünün öngörülmesi, işleme onay verecek kurulda, ilgili üyelerin oydan yoksun olmamaları sebebiyle yeterli görülmemiştir⁸³. Ayrıca, diğer yöneticiler ile işlemi onaylanacak yöneticilerin iş arkadaşı olmaları sebebiyle, onay verecek kişilerin her zaman tarafsız olmaları beklenemeyecektir. Benzer şekilde sadece işlemin şirket açısından adil şartları haiz olması da yeterli kabul edilmemektedir. Çünkü işlemin adil olmasının yeterli kabul edilmesi durumunda, bu konuda karar verme yetkisi şirketten alınıp mahkemelere verilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda ilişkili kişilerle yapılan işlemlerin açıklanması hakkında ayrıntılı düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin, Amerikan Sermaye Piyasası Kanunum. 12 (g) (1) hükmü de, borsada işlem gören şirketlerin ilişkili işlemlerinin kamuya açıklanmasını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, değeri 120.000 Amerikan dolarını geçen işlemler ile yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler, %5 ve üzeri oy hakkına sahip pay sahipleri ve önemli bir menfaati bulunan pay sahipleri ile şirket arasında yapılan tüm sözleşmelerin kamuya açıklanması gereklidir. Benzer şekilde, GAAP da, şirket ile yöneticiler ve hakim pay sahipleri arasında yapılan "önemli" işlemlerin kamuya açıklanmasını öngörmektedir⁸⁴. MBICA uyarınca ise, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında menfaat çatışmasının bulunduğu hallerde üyenin, menfaat çatışmasının⁸⁵ varlığı ve

şirket yöneticilerinin herhangi bir üçüncü kişi gibi kabul edilmesi beklenemez. Ayrıca, yapılacak işlem hakkında, muhtemelen şirketin vakıf olduğu her türlü bilgi yöneticiler tarafından da bilineceğinden, işlemin karşı tarafında olan yöneticilerin de vakıf olduğu her bilgiyi şirketle paylaşması gereklidir. Bkz. EISENBERG, s. 4.

⁸² EISENBERG, s. 2.

⁸³ Ayrıca, ALI İlkelerim. 1.18'de geniş bir ilişkili kişi tanımı yapılmasına karşılık, öğretide yöneticinin daha geniş bir kitle için tarafsız kalmasının beklenemeyebileceği savunulmuştur. Örneğin, düğününde nikah şahitliği yapmış en iyi arkadaşın da tarafsız kalması mümkün olmayabilir. Bu nedenle, şirketler hukukuna göre ilgili olmayan kişilerin işlemi onaylamaları durumunda dahi, işlemin adil olması şartı aranmalı ve mahkemelerce bu denetim yapılmalıdır. Bkz. EISENBERG, s.6, 7; ENRIQUES/HERTIG/K.ANDA, s. 182.

... ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 156.

⁸⁵ MBICA m. 8.60'da menfaat çatışmasının tanımı yapılmıştır. Buna göre, beyan tarihinde, yönetim kurulu üyesinin, yapılacak işlemin diğer tarafının kendisi ya da ilişkili bulunduğu diğer bir kişinin olduğunu ya da bu kişilerin işleminden menfaat temin edeceğini bildiği veya işleminden kendisinin veya yakınlarının menfaat temin edeceği beklentisiyle

esas hakkında, basiretli bir kişinin işlemi yapıp yapmama konusunda **karar** vermesi için gerekli olduğuna inandığı tüm bilgileri açıklaması gereklidir [MBCAm. 8.60 (4)].

ii. Şirketin Yöneticilere Ödünç Vermesi

Özellikle yönetim kurulu üyesine sağlanan krediler gibi "tehlikeli" olarak nitelendirilebilecek hukuki işlemler Amerika'da ilk kez *Sarbanes Oxley Kanunu*⁸⁶ ile yasaklanmıştır⁸⁷. Anılan kanunun menfaat çatışmaları başlıklı m. 402 ve devamı hükümlerinde, şirketin yönetim kurulu üyesi lehine teminat vermesi yasaklanmıştır. Buna göre, kanun kapsamındaki bir ihraççının, doğrudan veya bir yavru şirket aracılığıyla dolaylı olarak kredi vermesi, verilmiş kredinin kapsamını genişletmesi ya da krediyi yenilemesi suretiyle yönetim kurulu üyesine veya diğer yöneticilere kişisel teminat vermesi hukuka aykırıdır (SOAm. 402/1). SOAm. 402/2'de ise, haklarında özel düzenleme bulunan çeşitli krediler saklı tutulmuştur. Anılan hükümde, şirketin faaliyeti gereği, piyasa koşullarına uygun şekilde ve tüm kamunun faydalanmasına elverişli verilen tüketici kredileri, ev kredileri ve aracı kuruluşlar tarafından verilen kredilerin SOA m. 402/ 1'de düzenlenen yasağa tabi olmadıkları belirtilmiştir.

Şirketin yöneticilerine kredi vermesi konusunda, Delaware hukukunda ise daha esnek kurallara rastlanmaktadır. DGCL m. 143 uyarınca, verilen kredinin aynı zamanda şirketin de menfaatine olduğu hallerde, yönetim kurulunun şirket yöneticilerine kredi verilmesini onaylama yetkisi bulunmaktadır. Yönetim kurulunun verilen krediyi onaylaması halinde ise artık işlemin adil koşullarda gerçekleştiğinin ispatlanması gerekmemektedir (DGCL m. 144)⁸⁸.

işlem hakkında vereceği kararın etkilenmesinin muhtemel olduğu durumlarda, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında menfaat çatışmasının yaşandığı kabul edilir.

⁸⁶ Bkz. 30.07.2002 tarihli Sarbanes Oxley Kanunu.

⁸⁷ FLEISCHER, *Disguised Disributions*, s. 96; ALLEN/RAAKMAN/SuBRAMANIAN, s. 334, 335. Enron skandalından sonra, Amerikan kanun koyucusunun reaksiyonunun gerekçesinin anlaşılmasıyla birlikte, öğretide kredilerin, diğer "*şüpheli ilişkili işlemlerden*" daha riskli bulunması eleştirilmektedir. Bkz. ENRIQUES/HERTIG/KANDA, s. 169.

¹¹ ALLEN/KR.AAKMAN/SuBRAMANIAN, 314. Bu konuda emsal nitelikteki karar için bkz. *Fliegler v. Lawrence*, 361 A.2d 218 (Del. 1976). Şirket menfaati ile üyenin menfaatinin

b. Türk Hukukunda

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı, şirketle işlem yapma yasağı ile birlikte TTK m. 395'te düzenlenmiştir. TTK m. 395/l'de⁸⁹ düzenlenen işlem yapma yasağı, yönetim kurulu üyesinin genel kuruldan izin almaksızın şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapmasını engellemektedir. Söz konusu yasağın ihlal edilmesi halinde şirket, işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir⁹⁰; ancak karşı taraf böyle bir iddiada bulunamaz. Öte yandan, anılan hükümde işlem yapma yasağı mutlak şekilde düzenlenmemiş ve yasağın genel kurul kararıyla kaldırılmasına izin

çatıştığı durumlarda işleme onay verilmemesi halinde ise ticari takdir kuralı uygulanmaktadır. Bkz. GEVURTZ, s.322; ENGERT, Legal Capital, s.658.

⁸⁹ TTK m. 395/ 1, eTK m. 334'te küçük değişiklikler yapılarak benimsenmiştir. Hükmün gerekçesinde, bu suretle içtihatlarla ve doktrindeki görüşlerle oluşan birikimin korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Ancak, hükümde yasağın kapsamına dair iki değişiklikyapılmıştır: Bunlardan birincisi, hükmün lafzi yorumlanması ile yasağın kapsamını daraltmakta, diğeri ise yasağın kapsamını genişletmektedir. Şöyle ki, mülga metinde yer alan yönetim kurulu üyelerinden birinin, kendi veya başkası namına işlemi bizzat veya dolayısıyla yapamayacağı şeklindeki ifadeye TTK'da yer verilmemiştir. TTK'da yer verilmeyen eTK'nın bu ifadesi, bir üçüncü kişinin yönetim kurulu üyesi hesabına işlem yapmasını yasakladığından, hükmün yönetim kurulu üyelerinin yasağın kapsamına giren bir işlemi örtülü olarak da yapmalarını engellediği ileri sürülmekteydi. Bkz. ÇAMOĞLU (PoROY/TEK.İNALP), 2010, N.565. Halbuki yeni metinde, yönetim kurulu üyesinin "şirketle kendisi veya başkası adına" işlem yapamayacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle hükmün lafzen yorumlanmasıyla, bizzat üye tarafından yapılan işlemin yasaklandığı sonucuna varılacaktır. Ancak, hükümle yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerini kötüye kullanmalarının engellenmesi ve şirket menfaatlerinin korunması hedeflendiğinden, ÇAMOĞLU (PoROY/TEK.İNALP), I, N. 565, yasağın bir üçüncü kişi tarafından yönetim kurulu hesabına yapılan işlemleri de kapsadığı kabul edilmelidir. Yeni hükümde ayrıca, eTK m. 334'te yer alan "*şirketle şirket konusuna giren bir ticari muamele*" ibaresine yer verilmemiş olması sebebiyle yasağın kapsamı genişletilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 283.

⁹⁰ Çamoğlu, yasağa aykırı işlemin mutlak butlanla malul olmayacağını, zira işlemin yönetim kurulu üyesi veya temsil ettiği kişi için bağlayıcı olacağını ve ortaklığın işleme sıhhat kazandırabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, yasağa rağmen ortaklıkla yapılan işlem, ortaklığı bağlamayıp karşı tarafı bağladığına göre, askıdadır. Bkz. ÇAMOĞLU (PoROY/TEK.İNALP), I, N. 566. Kanaatimizce, yukarıdaki açıklamaların ışığında, buradaki sakatlığın derecesinin "*bozulabilirmuteberlik*" olduğu kabul edilmelidir. Zira bu hükümsüzlük halinde akit, geçerlilik şartının eksikliğine rağmen baştan itibaren hüküm doğurur. Fakat iptal hakkı sahibişirketin, bu hakkını kullanarak, akdi geriye etkili olarak hükümsüzleştirebilmesi mümkündür. Bkz. OCuzMAN/ÖZ, C.1, s. 179.

verilmiştir. Genel kurulun izniyle yapılmasına izin verilen işlemlerin kapsamına ilişkin bir sınır ise hükmün ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Bir diğer ifadeyle, işlem yapma yasağındaki "işlem" kavramı, borçlanma yasağının kapsamına girmeyen işlemlerle sınırlıdır⁹¹. Bu nedenle, borçlanma yasağının konu açısından kapsamının belirlenmesi, işlem yapma yasağının kapsamının belirlenmesi açısından da bir zorunluluktur.

Çalışmanın ikinci bölümünde açıklandığı üzere, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 358'de "borçlanma" kavramının ınıllarulmuş olması borcun kapsamına ilişkin tartışma yaratmıştır. Bu çalışmada ise, TTK m. 358'de düzenlenen borç kavramının para ödöncü ve diğer kredilendirme amacı taşıyan işlemlerle sınırlı şekilde yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce, aynı sonucun TTK m. 395/2 açısından evleviyetle benimsenmesi gereklidir. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 395/2'de teminatlar açıkça hükmün kapsamına alınmış olduğundan, burada nakit borçlanma kavramı ile tüketim ödöncüsözleşmesinin kastedildiği kabul edilmelidir. Zira para borcu doğuran tüm tam iki taraflı sözleşmelerin TTK m. 395/2'nin kapsamında değerlendirilmesi, borçlanma yasağının kapsamının kanun koyucunun amacını aşan şekilde genişletilmesi ve bu nedenle işlem yapma yasağının kapsamının daraltılması anlamına gelecektir. Kanaatimizce, 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yazılan metnin gerekçesi de bu görüşü desteklemektedir. Zira, yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağının pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının tamamlayıcısı olduğu belirtildiğiriden, TTK m. 358'in kapsamına ilişkin yapılan açıklamalar, TTK m. 395'in konu açısından kapsamının belirlenmesinde de faydalı olacaktır. Buna göre, Gerekçe'deki açıklamalardan kanun koyucunun amacının tüm para borcu doğuran işlemler yerine esas itibariyle konusu para ödöncü olan sözleşmeleri düzenlemek olduğu sonucuna vanılmalıdır⁹².

Borçlanma yasağının, şirketle işlem yapma yasağı ile yakın ilişkili olması aynı zamanda, TTK m. 358 ile m. 395/1'in uygulama alanlarının belirlenmesini de gerektirir. Zira şirketle işlem yapılması, şirkete nakit borçlanılmasını da içeren bir üst kavramdır. Yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda pay sahibi olması halinde, bu üyenin şirkete borçlanması TTK m. 358 uyarınca mümkündür. Bu nedenle pay sahibi yönetim kurulu üyesinin,

⁹¹ ATLIHAN, s. 1951, 1952; PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 161.

⁹² KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 672,673.

TTK m. 358'in kapsamına giren bir işlemi, genel kurulun onayı bulunmaksızın yapması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, özel hüküm niteliğindeki TTK m. 358 uyarınca, pay sahibiyönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanabilmesi için, TTK m. 358'deki şartların sağlanması yanında, işleme genel kurul kararı ile izin verilmesi gerekli değildir.

2. Yasak Kapsamındaki Kişiler Lehine Teminat Verilmesi, Bu Kişilerin Borçlarının Üstlenilmesi

TTK m. 39S'te açıkça yasaklanan ilk teminat işlemi, şirketin hükmün kapsamındaki kişilere kefalet vermesidir (TBK m. 581 vd.). *Ultra vires* ilkesinin benimsendiği mülga kanun zamanında dahi Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, şirketlerin birbirleri lehine kefil olması ticari hayatın mutad işlemleri arasında kabul edilmiş ve şirket esas sözleşmesinde açıkça yazılmamış olması halinde dahi bu işlemlerin *ultra vires* sayılmayacağı belirtilmişti⁹³. TTK'da anılan ilkenin kaldırılmış olması sebebiyle artık şirketlerin birbirlerine kefil olmaları halinde bu işlemin yokluğu ileri sürülemeyecektir.

TTK m. 395/2 uyarınca açıkça yasaklanan bir diğer işlem, yasak kapsamındaki kişiler lehine garanti verilmesidir. Garanti öğretide, garanti verenin garanti alana, parasal çıkarıyla ilgili bir rizikoya karşı güvence vermesi olarak tanımlanmaktadır⁹⁴. Bu sözleşmeler bağımsız yapıdadır ve bu yönleriyle kefalet sözleşmesinden ayrılmaktadırlar. Yani, garanti verenin garanti alana ait savunmaları ileri sürmesi ya da rizikonun gerçekleşmesi halinde yaptığı ödemeyi garanti alandan talep etmesi mümkün değildir⁹⁵. Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁹⁶ ve çoğu zaman asıl borçlunun talebi ile yapılır⁹⁷.

⁹³ Yarg. 13. HD., E. 2008/10689, K. 2009/3770, T. 23.3.2009i Yarg. 11. HD., E. 2005/4621, K. 2005/7778, T. 19.7.2005; Yarg. 11. HD., E. 1982/851, K. 1982/1225, T. 23.3.1982i 11. HD., E. 1978/7, K. 1978/354, T. 7.2.1978; Yarg. 11. HD., E. 1979/392, K. 1979/981, T. 4.3.1979. Bkz. www.kazanci.com

⁹⁴ SEROZAN, Özel Bölüm, s. 100; DEVELİOĞLU, s. 34, 35; ZEVKLİLER/GöKYAYLA, s. 15i YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1437, 1438.

⁹⁵ SEROZAN, Özel Bölüm, s. 100; ZEVKLİLER/GöKYAYLA, s. 15.

⁹⁶ DEVELİOĞLU, s. 92; ZEVKLİLER/GöKYAYLA, s. 15i YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1438.

⁹⁷ Asıl borçlu ile kefil veya garanti veren arasında karşılıklı ya da karşılıksız olarak kurulabilecek olan bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. DEVELİOĞLU, s. 67.

TTK m. 395/2'de, aynı zamanda teminat işlemi olan kefalet ve garanti sözleşmeleri hükmün açıkça kapsamına alınmış; ancak diğer teminat işlemlerinin sayılması yerine "*teminat veremez*" şeklinde genel bir açıklama yapılmıştır. Kanaatimizce, teminat verilmesi kavramı aynı zamanda kefalet ve garanti sözleşmelerini de kapsadığından, bu işlemlerin hükümde tekrarlanmaması tercih edilebilirdi.

Teminat öğretide bir borcun gereği gibi ifasının garantisi olarak tanımlanmıştır⁹¹. Buna göre, şirketin, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile yakınları lehine taşınmazları (TBK m. 850 vd.), taşınırları (TBK m. 939 vd.) ve alacakları (TBK m. 954 vd.) üzerinde rehin tesis etmesi, bu kişilerin borçlarını üstlenmesi (TBK m. 195vd.), borçlarına katılması (TBK m.201) ve sayılan kişilere aval vermesi (TTK m. 700 vd.) de yasaktır.

TTK m. 395/2'de yasaklanan "*sorumluluk yüklenilmesi*" ve "*borçların devralınması*" kavramlarının ise kanaatimizce borcun dış üstlenilmesi (TBK m. 196), borca katılma⁹⁹ (TBK m. 201), sözleşme devri (TBK m. 205) ve sözleşmeye katılma (TBK m. 206) şeklinde açıklanması mümkündür. Böylece Kanun'da emredici kurallarla yasaklanan ve bu nedenle batıl sayılan borçlandırıncı işlemlerde, borçlanılmış edimi yerine getirmekten kaçınma ve yerine getirilmiş edimi sebepsiz zenginleşme ya da istihkak talebi ile geri sağlama hakkı vardır¹⁰⁰. Buna göre, tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğu taşınmaz devirlerinde (TMK m. 1024/2) tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) açılmalıdır. Taşınır devrinin sebebe bağlılık ilkesine tabi olup olmadığı konusunda ise tartışma bulunmaktadır. Hakim görüş, sebebe bağlılık ilkesini kabul ettiğinden ¹⁰¹ istihkak kurallarının uygulanması gerek-

⁹¹ DEVELİOĞLU, s. 12.

⁹⁹ TBK m.201'de borca katılma hakkında birşekil şartıöngörülmemiştir.Ancak, kişisel bir teminat sağlama amacıyla borca katılmaya başvurulduğundan öğretide, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin (TBK m. 583, 584) borca katılma sözleşmesine de uygulanacağı belirtilmiştir.Bkz. TERCLER/PİCHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 545.

""SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 178.

¹⁰¹ TEKİNAY/A.K.MAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 64, 65; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU(HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI), s. 129; EREN, s. 189. Sebep ten soyut kabul edildiğinde ise sebebsiz zenginleşme kurallarının uygulanması gerekecektir.Aksi görüş için bkz.OCUZMANÖZ, C. I,s. 121; ÖZ, s. 201 vd.

lidir. Kazandırmanın konusunu para oluşturduğunda ise, bu paranın iadesi sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilecektir.

Teminat işlemlerini ödünç işleminden ayıran en önemli özelliği, bu işlemlerin üç köşeli bir ilişki yaratmasıdır. Zira bu ilişkinin bir köşesinde şirket, diğerinde lehine teminat verilen yönetim kurulu üyesi veya üyenin yakınları ve son olarak teminat alan bulunmaktadır. TTK m. 395'te teminat alan kişi açısından bir sınırlandırma yapılmamış olması nedeniyle, bu kişinin herhangi bir üçüncü kişi olması mümkündür. Bu durum ise şüphesiz, işlem güvenliği açısından büyük bir risk teşkil etmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Kıta Avnıpası hukukunda şirket tarafından verilen teminatlar daha ziyade sermayenin iadesi yasağı ve örtülü kazanç dağıtımı hakkındaki kurallarla düzenlenmektedir. Örneğin, İsviçre hukukunda özellikle topluluk şirketlerinin birbirlerine piyasa koşullarına aykırı teminat vermesinin örtülü kar dağıtımına sebep olacağı kabul edilmektedir. Ancak, örtülü kar dağıtımı neticesinde iade talebi sadece pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve bunlarla ilişkili kişilere karşı yöneltildiğinden, kural olarak üçüncü kişi durumundaki teminat alana OR m. 678/2'nin uygulanması söz konusu olmamaktadır¹⁰².

Teminat işlemleri sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirildiğinde şirket malvarlığı garantinin verildiği anda değil, rizikonun gerçekleşmesi neticesinde yapılan ödemeye eksildiğinden sermaye bu anda iade edilmiş sayılır. Buna karşılık, TTK m. 395/2'de herhangi bir istisnaya yer verilmeden teminat işlemlerinin yasaklanmış olması nedeniyle, verilen teminatın yasak kapsamında değerlendirilmesi için rizikonun gerçekleşmesi şart değildir.

Özetle, TTK m. 395/2'nin katı bir şekilde yorumlanması, şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile üyenin yakınları lehine bir üçüncü kişiye verdiği teminatların geçerliliğini tartışmalı hale getireceğinden, hükmün menfaatler dengesine uygun şekilde yorumlanması gereklidir. Hemen belirtmek gerekir ki, *ultra vires* ilkesinin terkedilmiş olması sebebiyle, şirketin herhangi bir kişi lehine teminat vermesi hak ehliyeti kapsamındadır. Bu açıdan lehine teminat verilen kişinin TTK m. 395 kapsamında olması varılan sonucu değiştirmez. Bununla birlikte, şirketin hak ehliyeti kapsamında

¹⁰² VoN BOREN, s. 128, 129.

ve fakat temsil yetkisi dışında kalan işlemlerin şirketi bağlamayacağını ileri sürülmesi mümkündür¹⁰³.

İşte bu noktada kanaatimizce işlem güvenliğinin temin edilebilmesi amacıyla TTK m. 371/3 ve 371/4 hükümlerinden yararlanılması ve iyiniyetin korunması için gerekli olan kanuni dayanağa (TMK m. 3)¹⁰⁴ kısmen ulaşılması mümkündür. Şöyle ki, TTK m.395/2 hükmünün yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisinin kapsamına ilişkin bir kanuni sınır yarattığı kabul edildiğinde, bu sınırlamanın iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin mümkün olup olmadığı TTK m. 371/3 ve 371/4 hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Yönetim kurulunun şirketi temsil edebilmesi için genel kurulun yönetim kurulunun işlemine katılmasının arandığı hallerde temsil yetkisinin kanunen sınırlandırıldığı kabul edilmektedir¹⁰⁵. Bu gibi hallerde ise, iyi *niyet* kuralı olarak¹⁰⁶ korunmamaktadır. Ancak TTK m. 395/2, öngördüğü sınırlama itibarıyla diğer kanuni sınırlamalardan ayrılmaktadır. Zira, burada temsil yetkisinin kullanılabilmesi için işleme genel kurulun onay vermesi gerekmemektedir. Aksine, sınırlama bizzat kanun maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada, öngörülen sınırlamanın iyi niyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesinin, üçüncü kişiye uygulanacak hukuku inceleme yükümlülüğü öngörülmesine izin veren Birinci Yönerge¹⁰⁷ m. 10/ 1 hükmü¹⁰⁸ uyarınca mümkün olduğu savunulabilir. Bununla birlikte, teminat alan üçüncü kişinin, şirket tarafından yönetim kurulu üyeleri lehine teminat verilemeyeceğini bilmesi beklenebilirse de, somut olayda şirketle lehine teminat verilen kişinin yakınlığının belirlenebilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, sınırsız şekilde ve münferiden şirketi temsil etme yetkisini

¹⁰³ YILDIZ, *Ultra Vires*, s. 340-342; ALIŞKAN, s. 211-215; KENDİGELEN, *İlle Tespitler*, s. 122; AYDIN, *Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi*, s. 153-160.

¹⁰⁴ İyi niyetin rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OCUZMAN/BARLAS, s. 245-250.

¹⁰⁵ AYDIN, *Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi*, s. 160, 161.

¹⁰⁶ Ancak yine de bu kural mutlak olarak uygulanmamaktadır. Zira, TTK m. 356 ve TTK m. 408/2 (f) hükümlerinde aranan genel kurul onayının bulunmamasına rağmen yapılan işlem nedeniyle iyi niyetli üçüncü kişinin mağdur olmasını engelleyecek hukuki mekanizmalar bulunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, *Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi*, s.162-167.

¹⁰⁷ 16.09.2009 tarih ve 2009/101 sayılı Birinci Yönerge.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, *Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi*, s. 160, 161.

haiz kişinin¹⁰⁹ bu yetkisini kullanarak, bankadan aldığı krediye şirketin teminat vermesini sağlaması ihtimalinde, bankanın iyi niyet iddiası dinlenmeyecektir¹¹⁰. Öte yandan, teminat verilen kişinin yönetim kurulu üyesinin evlilik nedeniyle soyadını değiştirmiş kızı olması halinde ise yasağın ihlal edildiğinin teminat alan tarafından bilinmemesi mümkündür. Bu açıdan arka planda geçerli bir genel kurul kararının bulunmadığını bilmeyen üçüncü kişinin menfaati [TTKm. 356, 408/2 (f)] ile teminat alan üçüncü kişinin menfaati arasında ayırım yapmanın haklı bir gerekçesi yoktur. Kanaatimizce varılan bu sonuç, TTK'nın, "*şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin korunmasına yönelik hedefi*"¹¹¹ ile de uyumludur.

IV. YASAĞIN İSTİSNALARI

A. Şirketler Topluluğunda

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı hakkında öngörülen ilk istisna şirketler topluluğu hakkındadır. TTK m. 395/3'te, hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasına ilişkin TTK m. 202 hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketlerin birbirlerine kefil olabilecekleri ve garanti verebilecekleri açıkça belirtilmiştir. Anılan istisnaya, 6102 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu'nca, "*... maddenin ikinci fıkrasıyla getirilen, şirketlerin birbirlerine kefil olma ve garanti verme yasaklarının uygulamada sakınca yaratacağı ve ticari faaliyetlerin aksamasına yol açacağı düşüncesiyle, bu durumun önüne geçilmesi amacıyla şirketler topluluğuna dahil şirketlere ilişkin istisna getirilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır.*" şeklinde ifade edilen gerekçeyle yer verilmiştir¹¹².

¹⁰⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m. 395/2 kapsamında yasaklanan teminat işlemlerini şirket adına kimin yaptığının da bir önemi yoktur. Yani, yasaklanan işlemler ister lehine teminat verilen kişi tarafından ister başka bir üye ya da imza yetkilisi tarafından yapılsın, hükmün uygulanması söz konusu olacaktır. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 673, 674. Verilen örnek sadece iyi niyetin belirlenmesi açısından önemlidir.

¹¹⁰ Teminatı alan kişinin banka olması halinde bu yükümlülük daha da ağır olacaktır. Zira, BankK uyarınca, anonim şirket olarak kurulmak zorunda olan bankanın bu araştırmayı yapması, basiretli davranma yükümü gereğidir.

^w Tespit için bkz. KENDİGELEN, ilk Tespitler, s. 309.

^m Bkz. 22. Dönem Adalet Komisyonu Raporu, E. 1/1138, K. 123, T. 03.05.2007, m. 395.

Hemen belirtmek gerekir ki, öğretime, TTK m. 395'in değişikliğe uğramadan önce hükmün kapsamında yer alan, yönetim kurulu üyelerinin ortağı olduğu şahıs şirketleri ile en az %20'sine katıldıkları sermaye şirketlerine, TTK m. 395'te yer verilmemesi nedeniyle artık, şirketler toplulukları için bir yasak bulunmadığı ve bu nedenle hükümde tanınan istisnanın yürürlükten kaldırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak kanaatimizce, TTK m. 195 uyarınca iştirak ilişkisi dışında da hakimiyet tesis edilmesi mümkün olduğundan, TTK m. 395/2'de yapılan değişikliğe rağmen, şirketler topluluğu hakkında yer verilen istisna hükmünün açıklanması gereklidir.

Ayrıca, TTK m. 395/2'de, sadece kefalet ve garanti verilmesi saklı hı-tulduğundan söz konusu düzenleme şirketler topluluğuna dahil şirketlerin birbirlerine nakit borç verip veremeyecekleri sorusunu da beraberinde getirmektedir. Zira, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde kardeş şirketlerin birbirlerine gerek teminat vermesi gerek borçlanması yasaklanmamakta, ancak bu işlemlerin doğuracağı kayıpların giderilmesi öngörülmektedir. Anılan düzenlemelerin kapsam ve yaptırımları farklı olduğundan, bunlardan hangisinin öncelikli olarak uygulanacağının tespit edilmesi konumuz açısından önemi haizdir. Bu nedenle öncelikle, TTK'da ilk kez benimsenen şirketler topluluğu hakkında kısaca bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

1. Şirketler Topluluğunun Özel Düzenlemeleri

Şirketler topluluğunun temel kavramları olan haklın ve bağılı şirketin tanımı TTK m. 195'te yapılmıştır. Söz konusu hükme göre, bir ticaret şirketi¹⁴, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında

¹¹³ KENDİGELEN, İJK Tespitler, s. 284, 285; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 678.

¹¹⁴ Topluluğun ticaret şirketlerinden oluşacağı kuralına TTK m. 195/S'te bir istisna getirilmiştir. Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanını düzenleyen anılan hüküm uyarınca, topluluğun tepesinde bir ticaret şirketinin bulunması şart değildir. Hükümde, şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde ya da yurt dışında bulunan bir teşebbüs olması halinde de Kanun'un şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece, topluluk üyesi olmasına izin verilmeyen, dernek, vakıf, adi şirket, gerçek kişi, kamu tüzel kişilerinin topluluğun hakimi olmaları durumunda da şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse ya da kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ile birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa; birinci şirket haklı, diğeri bağılı şirkettir [TTK m. 195/ 1 (a)].

Anılan hükmün gerekçesinde, birinci fıkrada "*kontrol*" ölçütüne uygun olarak bir ticaret şirketinin diğeri bir ticaret şirketini hakimiyeti altında tutabilme araçlarının sayıldığı belirtilmektedir. Sayılan araçlardan herhangi birinin varlığı halinde fiili şirketler topluluğu meydana gelecektir. Bu açıdan hakimiyetin gerçekten kullanılmış olup olmamasının bir etkisi bulunmamaktadır. Böylece, iştirak ilişkisi sebebiyle, (a) bendinde sayılan üç halden birinin varlığında hakimiyet ve dolayısıyla haklı şirket/bağılı şirket olgusu varsayılmış, yani hukuki faraziye öngörülmüştür.

TTK m. 195/ 1 (b) hükmünde ise, bir ticaret şirketinin, diğeri bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hakimiyetini altında

¹¹⁵ OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 105.

¹¹⁶ Kanun'un gerekçesinde, bu fıkra ilk planda borçlar hukuku bağlamında hakimiyet sözleşmelerinin kastedildiği belirtilmiştir. Hakimiyet sözleşmesinin, ticaret şirketinin sevk ve idaresini, başka bir anonim şirkete tabi kılan ve haklı şirkete bağılı şirket yönetim kurulu üyelerine talimat verme hakkı tanıyan sözleşme olarak tanımlanması mümkündür. Diğeri bir ifadeyle, hakimiyet sözleşmesinde menfaat sahibi her zaman bir anonim şirkettir. Bu sözleşme haklı şirket ile bağılı şirket arasında yani iki tüzel kişinin temsilcisi yani yönetim kurulu tarafından yapılır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YANLI, Hakimiyet Sözleşmeleri, s. 3-17; YANLI, Hakimiyet Sözleşmesi ve Yönetim Yetkisi, s. 65-78. Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 106/2 uyarınca hakimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bağılı şirketin genel kurulunca onaylanması ve ticaret siciline tescil edilmesi gereklidir.

¹¹⁷ Hükmün gerekçesinde, hakimiyet sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerle, mesela pay sahipleri sözleşmeleriyle de hakimiyet sağlanabileceği ifade edilmiş ve hükümdeki "*başka bir yolla*" ibaresine, hükmün geniş yorumlanmasına olanak sağlamak amacıyla yer verildiği belirtilmiştir. Kanun'un yasalaşma sürecinde öğretide, TTK m. 195'in mehzamı oluşturan AktG § 291 hükmündeki gibi tarafların hakim şirket ile hakimiyet altındaki şirket olması gerektiği belirtilerek, pay sahipleri sözleşmesinin bu kapsamdan çıkarılması için Tasarı'da değişiklik yapılması gerektiği savunulmuştur. Bkz. EsiN, s. 478. Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde de açıkça bu sözleşmelerin hakimiyet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir (m. 106/ 5). Bununla birlikte öğretide, hakimiyet tanımı, hakimiyete bağılı denkleştirme yükümü ve diğeri yaptırımların ortaklıklar hukuku dışındaki ticari ilişkilere uygulanmasının uygun düşmediği belirtilmekle birlikte, Gerekçe'de "*başka yolla*" ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği ifade edildiğinden, bu ilişkilerin

tutması halinde; birinci şirketin hakim, diğerinin bağlı şirket olduğu belirtilmiştir. Hükmün gerekçesinde burada yapılan sözleşmeler çerçevesinde "sözleşme[şirketler topluluğu]"nın oluştuğu belirtilmiştir. Böylece, **iştirak** ilişkisinin bulunmadığı hallerde de hakimiyet kurulması kabul edilmiştir. Son olarak, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya yönetimini sağlayacak kararları¹¹¹ alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması durumunda, birinci şirketin hakimiyeti karine olarak kabul edilmiştir (TTK m. 195/2). Yani, payların çoğunluğuna sahip bulunmakla birlikte, ağırlaştırılmış karar yeter sayısı ya da tanınan imtiyazlar nedeniyle hakimiyetin sağlanamadığı hallerde topluluğun oluşmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin önemli bir bölümü grup içinde gerçekleşen işlemlerin sonuçları hakkında kural koymaktadır. Konumuz açısından önem taşıyan kuralların, (i) hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve bunun sonuçları, (ii) kamuya açıklama, (iii) bilgi alına ve son olarak (iv) denetim başlıkları altında incelenmesi mümkündür. Yukarıda açıklandığı üzere, Alınan hukukunda şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin şirket ve onun alacaklıları açısından yeterli koruma sağladığı ifade edilerek, bu şirketlerde sermayenin iadesi yasağının benimsenmesine gerek olmadığı savunulmuştur⁹. Anılan görüşün Türk hukuku bakımından da geçerli olup olmayacağının ve dolayısıyla TTK m. 395/3 uyarınca kabul edilen istisnanın kapsamının tespit edilebilmesi için söz konusu kuralların kısaca açıklanması faydalı olacaktır.

Kanaatimizce, şirketler topluluğuna bağlanan en önemli sonuç, hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasından doğan sorumluluğu hakkındaki TTK m. 202 hükmünde öngörülmüştür. Anılan düzenleme esas

hakimiyete yol açabileceği düşüncesinin baştan reddedilmemesi gerektiği savunulmuştur. Yani, bu tür sözleşmelerin ifası dolayısıyla bir hakimiyet ilişkisi kurulmuş ve hakimiyetin uygulanması sonucu bağlı şirket kayba uğramışsa, o takdirde sorumluluk hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 141, 142; YANLI, Hakimiyet Sözleşmesi ve Yönetim Yetkisi, s. 66-71.

¹¹¹ Bu yolla hakimiyetin tesis edildiğinin kabul edilebilmesi için, genel kurulda hazır bulunan oyların çoğunluğunu oluşturma halinin geçici ve tesadüfi olmaması gerektiği savunulur. Bkz. OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s.133, 134.

m Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b, (1), 1e, ii

itibariyle, hakim şirketin bağlı şirket yönetim kuruluna verdiği talimatlar (TTK m. 202/ I) ile bağlı şirket genel kurulunda kullandığı oylar nedeniyle sorumluluğu (TTK m. 202/2 vd.) hakkındadır.

Hakim şirketin, bağlı şirket yönetim kuruluna verdiği talimatlar neticesinde, bağlı şirketin varlıklarını, fonlarını, alacaklarını devretmesi, karını nakletmesi, teminat vermesi, üretimini veya yatırımını kısıtlaması şeklinde sayılan örneklerle bağlı şirketin kayba uğratılması kural olarak yasaktır (TTK m. 202/ 1). Fakat, bu talimatlar neticesinde oluşan kaybın ilgili faaliyet dönemi içinde fiilen giderilmesine yahut, kapsamı belirlenmek şartıyla bağlı şirkete bir istem hakkı tanınmak suretiyle denkleştirilmesine izin verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Kanun'da öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi koşuluyla bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde talimat verilmesi mümkündür. Ancak, denkleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, bağlı şirket pay sahipleri ile alacaklılarına, hakim şirket, hakim şirket yönetim kurulu üyeleri ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açma hakkı¹²⁰ tanınmıştır [TTK m. 202/1 (b), m. 202/5].

¹²⁰ TTK m. 202/1 (d) bendinde ise, kayba rağmen tazminata hükmedilmeyecek hal açıklanmıştır. Buna göre, "Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak götüren ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı halinde tazminata hükmedilemez." Söz konusu hükümden anlaşıldığı üzere, bağlı şirketi kayba uğratan iş ve işlemin, aynı konumda bulunan bağımsız bir şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceğinin kanıtlanması halinde, söz konusu işlemin hakim şirketin yönlendirmesi ile yapılmış olması durumunda dahi, hakim şirketin denkleştirme borcu doğmaz ve herhangi başkaca bir sorumluluğundan gelmez. Bir diğer ifadeyle, özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olması bir hukuka uygunluk sebebidir ve hakiin şirket bakımından sorumluluğun doğmasını engeller. Söz konusu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmek için bağımsız şirket yönetim kurulunun varsayımsal davranışı saptanmaya çalışılır. Aynı veya benzer konumda bulunan bir şirketin, şirket menfaatlerini göz önünde bulunduran, tedbirli bir yönetim kurulunun da aynı iş ve eylemi yapması ya da yapmaktan kaçınması beklenebilir ise kayba yol açsa dahi o işlemin yapılması denkleştirmenin ya da tazminatın konusunu oluşturmaz. Buna karşılık, anılan hareket tarzı, bağlı şirketin eyleminden farklı olacak idiyse, bu halde, söz konusu bağımsız şirketin tercihinin uygulanması ile şirket malvarlığının nasıletkileneceği tespit edilir ve bağlı şirketin malvarlığı ile karşılaştırılır. Aradaki fark ise denkleştirmenin/tazminatın konusunu oluşturur. Bkz. OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s. 261, 262; AKIN, Sorumluluk, s. 186, 187.

Hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının ikinci sonucu ise, pay sahibinin genel kurulda kullandığı oy nedeniyle sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 202/2'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, hakimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi işlemlerde genel kurulda red oyu veren pay sahipleri, hakim teşebbüsten zararlarının tazminini veya paylarının satın alınmasını isteyebilirler.

Bağlı şirket ile hakim şirket arasındaki ilişkilerin açıklığa kavuşturulması amacıyla kanun koyucu TTK m. 199'da bağlı şirket ile haklin şirket tarafından hazırlanacak raporlar hakkında ayrıntılı kurallar sevk etmiştir. Anılan hüküm uyarınca, bağlı şirket yönetim kurulu tarafından faaliyet yılının ilk üç ayı içinde hazırlanacak "*bağlılık raporunda*"¹²² diğer topluluk şirketleriyle yapılan işlemler, bu işlemlerin şirket yönünden yarar ve zararları ile yapılan denkleştirme hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi gereklidir. TTK m. 199/4'te ise, hakim şirket yönetim kurulu üyesinin, TTK m. 200'de ise hakim şirket pay sahibinin bilgi alma hakkı¹²² düzenlenmiştir. Şirketler topluluğunda grup içi gerçekleşen işlemler hakkında grup dışı menfaat sahiplerinin haklarını korumak için öngörülmüş bir diğer düzenleme de özel denetim tayini hakkındaki TTK m. 406 hükmüdür. Bağımsız şirketlerde mahkemen özel denetçi tayin hakkı bir azlık hakkı olarak düzenlenmişken (TTK m. 439), bu hak TTK m. 406'da sayılan koşulların bulunması halinde bağlı şirketin her bir pay sahibine tanınmıştır. Buna göre bağlı şirket pay sahibi; denetçinin, şirketin hakim şirket veya diğer topluluk şirketleriyle ilişkileri hakkında sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazması veya yönetim kurulunun, şirketin topluluk tarafından kayba uğratıldığını ve kaybın denkleştirilmedi-

¹²² Kavram için bkz. Gerekçe TTK m. 199, OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 531; KENDİGELEN, İlle Tespitler, s. 180. Bağlılık raporu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PASLI/YARALI.

¹²³ Öğretide haklı olarak, bilgi alma hakkının bağlı şirket pay sahipleri açısından düzenlenmemiş olması eleştirilmiştir. Gerçekten de, "*bağlılık raporunun*" ticari mülk ihtiva edebileceği düşüncesiyle pay sahipleriyle paylaşılması aranmamış; sadece "*hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hal ve şartlara göre, her bir hukukî işleminde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığı ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğrahp uğratmadığı*" konusundaki değerlendirmenin açıklanması yeterli görülmüştür. Bkz. OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 532, 533; KENDİGELEN, 11k Tespitler, s. 181.

ğini açıklaması durumunda özel denetçi atanmasını talep edebilir (TTK m. 406). Anılan düzenlemelerle bir yandan, grup içinde bağlı şirketin kayba uğramasına sebep olacak işlemlerin denkleştirilmesi şartıyla yapılmasına izin verilmiş, denkleştirme yapılmaması halinde hakim şirketin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiş ve bilgi alma ve denetçi tayini konusunda ilave koruyucu mekanizmalar öngörülmüştür.

2. Şirketler Topluluğu İçin TTK m. 395/3'te Saklı Tutulan İşlemler

Grup içi verilen teminatlar ile grup içi yapılan diğer işlemlerin", bağlı şirket malvarlığının topluluk ya da hakim şirkete aktarılmasına sebep olma riski bulunsa da, öğretide bu işlemlerin ekonomik hayat için sinerji yaratıcıları ve piyasa için önemli bir rol üstlendikleri savunulmaktadır¹²⁴. Öte yandan, grup içinde olağan sayılan karmaşık hukuki işlemlerle şirket malvarlığının örtülü olarak aktarılmasına izin verilmemelidir¹²⁵. Bu nedenle, şirket malvarlığının devri konusunda kurallar konulurken, devrin topluluk şirketleri arasında yapılması ile bağımsız bir şirkette yapılması halinin ayrılması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁶. İşte anılan ihtiyacı karşılamak amacıyla, TTK m. 395/3'te, şirketler toplulukları için bir istisna öngörülmüş ve TTK m. 202 saklı kalmak şartıyla topluluk şirketlerinin birbirlerine kefil olabilecekleri ve garanti verebilecekleri belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme nedeniyle, grup içinde gerçekleşen teminat işlemlerinin açıklanması ve bu işlemlerin muhtemel sonuçlarının tartışılması gereklidir.

Uygulamada topluluk şirketlerinin birbirleri lehine teminat vermesine sıklıkla rastlanmaktadır. Nitekim bu yaygın uygulama, kanun koyucu tarafından da dikkate alınmış ve topluluk şirketlerinin birbirlerine kefalet ve garanti vermesinin yasaklanmasının ticari faaliyetleri aksatacağı gerekçesiyle, TTK m. 395/3'teki istisnaya yer verilmiştir. Gerçekten de, şirketler

¹²³ Topluluk şirketlerinde rastlanan diğer işlemlere örnek olarak, alacakların kurulan özel amaçlı şirkete temlik edilmesi ile ana ve yavru şirket arasında kira ve lisans sözleşmesi yapılması verilmektedir. Bkz. McCAHERY/VERMEULEN, s. 228.

¹²⁴ ENRIQUES/HERTIG/ANDAS, s. 179.

¹²⁵ WIEDEMANN/ FLEISCHER, § 29, N. 1; FLEISCHER, Disguised Distributions, s.97.

¹²⁶ FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 97.

topluluğunda, tüm gruba ait finansman politikasının hakim şirket tarafından belirlenmesi ve bu şirketlerde, "*para yukarı doğru akar*"m ilkesinin geçerli olması, bağlı şirket alacaklıları açısından risk yaratmaktadır. İşte, bağlı şirket alacaklıları, idare ve finansman politikasının dışarıdan belirlendiğı bir şirkete kredi verme riskini, diğer grup şirketlerinden alınan teminatlar ile azaltmaya çalışmaktadırlar¹²⁸.

Ancak, uygun karşı edim elde edilmeksizin teminat verilmesi, bu teminatı veren şirket açısından kayıp doğurur. Verilen teminatın kayıp doğurup doğurmadığı, ayrı işlemin bağımsız bir şirket tarafından da yapıp yapılmayacağına bakılarak tespit edilir¹²⁹. Grup dışında üçüncü bir kişinin de aynı şartlar altında bu teminatı verebileceğı kabul edildiğinde, teminatın piyasa koşullarına uygun olduğu sonucuna varılır. Öğretide uygun karşı edimin ve dolayısıyla kaybın belirlenmesinde, şu kriterlerden yararlanılması önerilmektedir¹³⁰: "Teminatın talep edilme riski ne kadar büyüktür?", "Teminatın talep edilmesi durumunda, geri ödemenin gerçekleşmeme riski ne kadar büyüktür? İşlemin fırsat maliyeti ne kadardır?", "Diğer bir ifadeyle, teqinat verilmemesi durumunda, teminat konusu varlığı şirket nasıl değerlendirebilirdi?"m, "Teminat sağlama işleminden sağlanan varsa bu menfaatin değeri nedir?":

Teminatın, "bağımsız şirket" testinden geçmesi ve dolayısıyla kayba sebebiyet vermemesi halinde zaten bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TTK m. 395/3'te açıkça TTK m. 202 saklı tutularak grup şirketlerinin birbirlerine kefalet ve teminat vermeleri saklı tutulduğundan, bu temi-

m Grup şirketlerinden herhangi birinin, hakim şirkete teminat vermesine yukarı doğru (*up-stream*) teminat, hakim şirket tarafından, bağlı şirkete teminat verilmesine ise aşağı doğru (*down-stream*) teminat denilmektedir. Bkz. VoNBüREN, s. 119, 121.

¹²¹ VoNBüREN, s. 115, 116.

m OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğı, s. 235.

¹³⁰ Kriterler için bkz. VoN BOREN, s. 123.

m Öğretide, teminata konu malvarlığı değerinin, bağlı şirketin borçları için teminat gösterilemeyecek olması dahi kayıp olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte, bağlı şirket lehine diğer grup şirketlerinin teminat vermesi halinde kayıptan söz edilemeyecektir. Bkz. ÜJCUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğı, s. 235. Ayrıca, hakim ortaklığın iştiraki olan yavru ortaklık daha az masraf yaparak kredi alnuş olduğundan, ortaklığın değeri artacaktır. Böylece, •*toplamda sıfır oyunu*• (*uro sum game*) söz konusu olmaktadır. Bkz. VoN BOREN, s. 124, 125.

nat işlemlerinin denkleştirme yapılması koşuluyla şirketi kayba uğratması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, piyasa koşullarına aykırı şekilde teminat verilmesi TTK m. 202 hükmünde öngörülen denkleştirmenin yapılması şartıyla TTKm. 39S'i ihlal etmez. Ancak bu kez, TTKm. 480/3 hükmünde şirketler topluluğu hakkında bir istisna öngörülmemiş olduğundan, grup şirketlerinde kayıp doğuran teminat işlemlerinin geçerliliği sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

İsviçre doktrinde, sadece teminatın piyasa koşullarına aykırı şekilde verilmesinin sermayenin iadesi yasağını ihlal etmeyeceği savunulmaktadır. Zira verilen teminat karşılığında uygun bir karşı edim veya talep hakkı kazanılmamakla birlikte, hakim işletmeye herhangi bir geri ödemedede bulunulmamaktadır. Yani, hakim şirket yararına bir gelir akışı veya dışarıya bir kaynak çıkışı olmamaktadır³. Bununla birlikte, teminatın paraya çevrilmesi talep edildiği zaman, bağlı şirketten dışarıya bir kaynak akışı gerçekleşir. Bu kaynak aktarımının karşılığında bağlı şirket bir geri ödeme talep hakkı kazansa da bazı durumlarda sermayenin korunması hakkındaki hükümlerin ihlal edildiği kabul edilir. Burada belirleyici olan, teminatın piyasa koşullarında tesis edilip edilmediğidir. Teminatın bağımsız üçüncü kişi testini geçememesi ve ayrıca korunan sermayeye de müdahale etmesi halinde, sermayenin iadesi yasağı çiğnenmiş olacaktır¹³⁴. Buna karşılık, yeterli miktarda üzerinde serbestçe tasarruf edilecek malvarlığı değeri mevcutsa, teminatın piyasa koşullarına aykırı olarak kullanılması halinde dahi OR m. 680 hükmü ihlal edilmiş olmayacaktır¹³⁵. Kanaatimizce, İsviçre öğretisinde kabul edilen bu görüşün TTK açısından da benimsenmesi mümkündür. Böylece, grup şirketlerinin serbest malvarlığından piyasa koşullarına aykırı kefalet ve teminat vermesi halinde, kayıp doğuran bu işlemler denkleştirilmek şartıyla yapılabilir¹³⁶. Teminatın, piyasa koşullarına aykırı ve bağlı malvarlığından

¹³² VoN BüREN, s.125.

JJJ FRIZ, s. 328; VON BüREN, s. 125.

¹³⁴ VoN BüREN, s. 126, 127.

¹³⁵ VoN BOREN, s. 127. Ancak bu ihtimalde işlemin, OR 678/2 kapsamında örtülü kar dağıturuna sebep olması mümkündür.

¹³⁶ Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi 01.12.2008 tarihli kararında (BGH 01.12.2008, II ZR 102/07, AG 2009, Heft 3, s. 82), sözleşmese! şirketler topluluğunda hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanması halinde sorumluluğunu düzenleyen hüküm ile sermayenin iadesi yasağı hakkındaki hükmün uygulama alanlarını belirlemiştir. Söz

sağlanması ihtimalinde ise, ancak bu teminatın paraya çevrilmesi ve dışarıya bir fon çıkışının gerçekleşmesi halinde, işlemin sermayenin iadesi yasağını ihlal ettiği sonucuna varılmalıdır.

3. Hükümde Açıkça Sayılmayan Diğer Teminat İşlemleri ve Özellikle Nakit Havuzu Uygulaması

TTK m. 395/3'te şirketler topluluğuna dahil şirketlerin birbirlerine sadece kefalet ve garanti verebileceklerinin belirtilmesi, saklı tutulan teminat işlemlerinin belirtilenlerle sınırlı olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. Bu kapsamda yanıtsız kalan bir diğer önemli soru da, istisna hükmünün grup şirketlerinin birbirlerine ödünç vermesine de olanak tanıyıp tanımadığıdır. Kanaatimizce, her ne kadar TTK m. 395/3'te açıkça belirtilmiş olmasa da, teminat işlemlerinin kefalet ve garanti ile sınırlı olduğunun kabul edilmesi TTK m. 202 çerçevesinde mümkün değildir¹³⁷. Zira anılan hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hakimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması halleri sınırlı sayı olmadan gösterilmiştir¹³⁸. Diğer bir ifadeyle, kayıp doğuran işlemin, kefalet ve garanti verilmesi dışında, taşınmaz, taşınır veya alacağın rehnedilmesi, borcun üstlenilmesi ya da borca katılma, aval ve itibar emri verilmesi veya üçüncü şahıs yararına sözleşme¹³⁹ şeklinde yapılması da mümkündür.

Teminatlar konusunda son olarak eklemek gerekir ki, her ne kadar saklı tutulan TTK m. 202 kapsamında ele alınmasa da, TTK m. 209'un tereddütsüz kapsamında bulunan himaye beyanlarının¹⁴⁰ da TTK m. 395/3'te saklı

konusu kararda, AktG § 311, § 57'ye nazaran özel hüküm niteliğinde kabul edilerek, § 311'in kapsamının belirlenmesinde § 57'den daha ağır şartlar aranmayacağı belirtilmiştir. Başka bir söyleyişle, şirket tarafından pay sahibine verilen borç, sermayenin iadesi niteliğinde değilse, bu işlem dolayısıyla hakim şirketin bağlı şirketi kayba uğrattığı gerekçesiyle tazmin borcu da bulunmayacaktır. Karar doktrinde, hükümlerin koruma amacı gözden kaçırıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. ALTMEPPEN, NGZ 11/2010, s. 402. Ayrıca bkz. ÖzniN, s. 33, 34; KIRCA/GOREL, s. 7.

m Aksi yönde, AKDAC GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 234.

¹³⁷ Bkz. Gerekçe m. 202.

¹³⁹ VON BÜRBEN, s. 117.

¹⁴⁰ Aşağı doğru sağlanan bir teminat olan himaye beyanlarının formüle ediliş tarzına göre, hukuken hiçbir bağlayıcılığı olmaması ya da çok katı garanti yükümlülükleri doğurması

tutulan işlemler arasında bulunduğu kabul edilmelidir. Zira, himaye beyanı verilmesi bazı hallerde, haklın şirketin güvenden doğan sorumluluğuna sebep olacaktır. Halbuki, himaye beyanı verilmesine TTK m. 395/2'nin engel olduğunun kabul edilmesi, TTKm. 209'un kısmen uygulanabilirliğini kaldıracaktır.

TTK m. 395/3'te tanınan istisna, saklı tutulan teminat işlemlerinin kapsamının belirlenmesi yanında, grup şirketlerinin birbirlerine ödünç vermesinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanmasında da güçlük yaratmıştır. Halbuki, özellikle nakit havuzu yöntemi nedeniyle, TTK m. 202 uygulaması açısından önem arz eden şirketler topluluğu içindeki borçlanmaların TTK m. 395/2'ye tabi olup olmadıklarının açıklığa kavuşturulması faydalı olurdu¹.

Nakit havuzu (*cash pool*) şirketler topluluklarında, hakim şirketin talimatıyla, finansal kaynakların merkezileştirilmesi için kullanılan bir yöntem-

mümkündür. Bu nedenle, söz konusu beyanlar hakkında genel geçer standartlar koymak mümkün değildir. Örneğin bilgi edinme kaydı içeren himaye beyanlarında haklın şirket sadece, kredi alacaklısına, kredi hakkında bilgisi olduğunu ve bunu kabul ettiğini belirtir. Bu belirsiz ifadeyle hakim şirketin herhangi bir yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bazen de, hakim şirket, kredi kullanacak bağlı şirketteki iştirak oranını himaye beyanında belirterek, payını devretmemek ya da devretmeden önce kredi vereni bilgilendirmek borcu altına girebilir. Himaye beyanlarındaki, finansman kaydı uyarınca ise haklın şirketin üstlendiği sorumluluk çok daha fazladır. Somut olaydaki ifade tarzına göre, finansman kayıtlarında bir üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olabilir. Himaye beyanlarında bulunan kayıtların hukuki sonuçları hakkında bkz. YILMAZ, Güvenden Doğan Sorumluluk, s. 199-212; VoN BÜREN, s. 120 vd.; KIRCA, Himaye Beyanı, s. 475. Şirketler hukuku bağlamında güven sorumluluğu tartışmalarının çıkış noktasını oluşturan *Swissair* kararına (BGE 120 II 331) konu olan himaye beyanında ise, hakim şirket, iştirakinin arkasında durduğunu yapılan tüm reklamlarda ifade etmiştir. Ancak Federal Mahkeme, *Swissair* iştirakinin başarıya ulaşmasının birçok farklı değişkene bağlı olması sebebiyle, kullanılan "arkasında durmak" ifadesinin, *Swissair* tarafından yatırım başarısının garantilenmiş olduğu şeklinde yorumlanabileceğini kabul etmemiştir. Buna karşılık Federal Mahkeme'ye göre, şirket asgari olarak, başlangıç safhasında iştirakine yeterli mali kaynağı sağlamak yükümlülüğü altındadır. *Swissair* kararının analizi için bkz. OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 464-470, kararın Türkçe çevirisi için bkz. AK.KANAT/AYDINCIK, s. 218-222.

¹⁴¹ OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 237; KENDİGELEN, İlk Tespitler, Birinci Bası, s.245.

dirm. Bu nakit yönetim aracı¹⁴³, topluluk şirketlerindeki nakit rezervlerinin optimize edilmesi ile dış borçlanma ve buna bağlı masrafların azaltılması amacıyla kullanılmaktadır¹⁴⁴. Topluluk şirketlerinden, nakit fazlası (*cash positive*) bulunanların, söz konusu nakitlerini bankada değerlendirmeleri durumunda elde edecekleri faizgeliri/oranı, yeterli nakdi bulunmayan diğer grup şirketlerinin bankadan kredi almaları halinde ödemeleri gereken faizden/ masraftan azdır¹⁴⁵. Bu durumda, nakit fazlası bulunan grup şirketleri, fazla nakit rezervlerini topluluğun ortak nakit havuzunda biriktirmekte ve ancak, topluluğun bakiyesinin eksiye olması halinde dış borçlanma yöntemine gitmektedirler¹⁴⁶. Ayrıca, tüm nakdin ortak bit hesapta toplanması suretiyle elde edilen meblağ artacağından, topluluğun kredibilitesi ve pazarlık gücü olumlu yönde etkilenmektedir. Buna karşılık, nakit havuzu yöntemi, havuzu yöneten grup liderinin finansal durumunun kötüleşmesi halinde havuza aktarılan nakdin geri ödenememe riskini de taşımaktadır¹⁴⁷.

Nakit havuzu uygulamasının, bilançonun sıfırlanması yöntemi¹⁴⁸ ile sanal/hayali nakit havuz sistemi olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Bilançonun sıfırlanması yönteminde, örneğin her bir iş günü sonunda topluluğa dahil tüm şirketlerin hesaplarının, ortak nakit havuzuna aktarılması suretiyle topluluk şirketlerinin hesaplarının sıfırlanması söz konusudur. Bu havuzun idaresi genellikle şirketler topluluğunun hakimi¹⁴⁹ ya da nakit havuzunun

¹⁴² TEICHMANN, Report, s. 29.

¹⁴³ ÖzoiN, s.4, dn. 17'de anılan eserler.

¹⁴⁴ TEICHMANN, Report, s. 29; VETTER/SCHWANDTNER, s.1156; OKUTAN NİLSSON, Şirketler Topluluğu, s. 237, 238.

¹⁴⁵ I<ROPFF, Münchener Kommentar, § 311, N.181.

¹⁴⁶ ALTMEPPEN, ZIP 22/2006, s. 1025, 1026; VETTER/SCHWANDTNER, s.1156.

¹⁴⁷ VETTER/SCHWANDTNER, s.1156. Nakit havuzu uygulamasının ekonomik açıdan analizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖzoiN, s. 7-12. Grup liderinin, yaşanan finansal krizin sebep olacağı geri ödeme talepleriru karşılayamama ihtimalinde, bu risk hakkında topluluk şirketleriru derh❖ bilgilendirmesi ve bunun sonucunda da topluluk şirketleri yöneticilerinin havuza aktarmış oldukları fonu talepetmeleri, onların sorumluluklarının doğmasını engellemesi açısından önemlidir. Bkz, a.e., s.21.

¹⁴⁸ Bu yöntem gerçek nakit havuzu, (*effektives/physischescash pooling*) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. ÖzDiN, s. S, 6.

¹⁴⁹ TEICHId.A1"N, Report, s.29.

yönetimi amacıyla kurulmuş bir şirket olan grup lideri¹⁵⁰ tarafından yürütülür. Nakit fazlası bulunan şirketler fazla tutarı grup liderine gönderirken, nakit ihtiyacı olan şirketlere de grup liderinden nakit gönderimi söz konusu olmaktadır. Böylece grup liderinin tasarrufu altında bulunan şirketin toplam bakiyesinin artı olması durumunda bu fazlalık bankada değerlendirilir ya da toplam bakiyenin ekside olması durumunda bankadan kredi alınır¹⁵¹.

Hayali/sanal (*notional/virtual*) nakit havuz yönteminde ise, nakit fazlası bulunan şirketten nakit ihtiyacı olan bir grup şirketine gerçekte bir fon aktarımı söz konusu olmamaktadır. Bunun yerine sisteme banka da dahil edilmekte ve bankanın grup şirketlerinin ortak bakiyesine faiz işletmesi söz konusu olmaktadır. Bu yöntemde banka sanal olarak topluluğun toplam bakiyesini tespit eder¹⁵². Grubun konsolide mali durumunun iyi olması, topluluğa verilecek kredinin şartlarını, örneğin faiz oranını belirlerken dikkate alınır ve finansman maliyetinin azalmasına sebep olur¹⁵³.

Hayali/varsayımsal nakit havuz sisteminde gerçek bir fon aktarımı söz konusu olmadığından, bu sistem hukuki açıdan bir sorun yaratmamaktadır. Ancak, fiziksel fon akışının söz konusu olduğu bilançonun sıfırlanması yöntemi üzerinde durmakta fayda vardır. Zira, nakit havuzu uygulamalarında topluluk şirketlerinin hakimi ya da özel amaç için kurulmuş bir şirket olan grup lideri ile topluluğa dahil diğer bir şirket arasında ödünç sözleşmesi¹⁵⁴

İSO ÖZDİN, s. 5.

¹⁵¹ VETTER/SCHW.ANDTNER, s. 1156i ÖZDİN, s. 4, 5.

¹⁵² VETTER/SCHW.ANDTNER, s. 1156.

¹⁵³ Bankanın bakiyeyi tespit ettiği hesap "gölge hesap" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. ÖZDİN, s.6.

¹⁵⁴ ÖZDİN, s.6

¹⁵⁵ Alman hukukunda, nakit havuzuna aktarılan bedelin her zaman geri ödenmesinin talep edilebilir olması, bu sözleşmenin düzensiz emanet sözleşmesi olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Ancak nakit havuzu sisteminde aktarılan meblağın korunması ve saklanması söz konusu olmadığından, bu görüş genel olarak kabul görmemiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDİN, s.12, 13.

yapılmaktadır¹⁵⁶. Bu nedenle, nakit havuzu yönteminin geçerliliği, şirketlerin birbirlerine serbestçe ödünç verebilmesine¹⁵⁷ bağlıdır.

Alman hukukunda, özellikle nakit havuzu sistemine işlerlik kazandırmak amacıyla, MoMiG ile GmbHG § 30'da değişiklik yapılmış ve sermayenin iadesi yasağının hakimiyet sözleşmesi ya da karın devri sözleşmesi , gereği sağlanan menfaatlere uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Benzer hükme AktG § 57 ile AktG § 291/3'te de rastlanmaktadır. Anılan düzenlemeler neticesinde, artık nakit havuzu uygulamasında, şirketin pay sahibine fon aktarımında bulunması sadece şirketin yedek akçeleri ve karı ile sınırlı olmayacaktır ¹⁵¹.

¹⁵⁶ ALTMEPPEN, ZIP 22/2006, s. 1025, 1026; TEICHMANN, Report, s. 29; ÖzoiN, s. 13; KORTUNAY, s. 330.

¹⁵¹ Bu ödünç sözleşmesinde, fonun akış yönüne göre farklı sorunlar mevcuttur. Topluluğa dahil bir şirketin nakit fazlası olması durumunda şirket, grup liderine fon transfer etmektedir. Bu durumda gruba dahil olan şirket tarafından, grup liderine yapılan fon aktarımı, şirketin pay sahibine kredi kuşlandırmasıdır (GmbHG § 30, AktG § 57). Alman Federal Mahkemesi, 2001 yılında verdiği *Bremer Vulkan* kararında, havuza aktarılan fonun geri ödenmemesi sebebiyle yavru şirketlerin iflasına sebep olan nakit havuzu uygulaması neticesinde hakim ve bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluklarını belirlemiştir. Anılan kararda, grup liderinin, yaşayacağı muhtemel finansal krizlerden, nakit havuzuna fon aktaran grup şirketin zarara uğramasını engelleme yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, grup lideri hakim şirket, havuza katılan şirketlerin esas sermayelerine karşılık gelen malvarlığı ile bu şirketlerin borçlarını zamanında ödeyebilmelerini sağlamak ve acze düşmemeleri için gerekli olan nakdi, şirketlerin kullanımına hazır bulundurmakla yükümlüdür. Federal Mahkeme'nin nakit havuzu yöntemi hakkında verdiği bir diğer emsal nitelikteki karar, *November* kararıdır. Anılan kararda belirtilen istisnaların koşulları yeterince açık olmadığından, GmbHG § 30'a MoMiG ile yapılan eklemeye kadar uygulama, yasaktan kaçınma yollarını aramıştır. Bulunan çözümlerden bir tanesi, nakit havuzu sistemine katılan şirketlerin, grup lideri olması zorunlu bulunmayan pay sahibi ile hakimiyet sözleşmesi akdedilmesidir. Zira, AktG § 291/3 uyarınca, hakimiyet sözleşmesi gereği verilen talimatlara uygun olarak yapılan ödemeler, sermayenin korunması hakkındaki hükümlere ve özellikle AktG § 57'ye tabi değildir. Hakimiyet sözleşmesinde, kontrol eden ortaklığın, kontrol edilen ortaklığa ve onun alacaklılarına karşı sorumluluğu düzenlendiğinden, kendileri için yeterli korumanın var olduğu kabul edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b, (1), lb.

Topluluk üyesi şirketin nakde ihtiyacı olması durumunda ise, bu sefer grup lideri -aynı zamanda şirketin pay sahibi- tarafından şirkete kredi tesis edilmesi söz konusu olacaktır. Özkaynak yerini tutan ödünçler hakkında bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1, b, (1), le, ili

15, Ayrıca, Federal Mahkeme'nin *November* kararında sayılan istisnalar da (kredinin şirketin menfaatine ve piyasa koşullarına uygun olması) yeni hukuki düzen ile kaldırılmış olmak-

Alman limited ve anonim ortaklıklar hukukunda benimsenen istisnai hükümlere TTK'da rastlanmaması, şirketler topluluğunda, şirketlerin denkleştirme yapmak kaydıyla birbirlerine borç vermelerinin mümkün olup olmadığı, mümkün ise bu borcun tutarına ilişkin soruların yanıtlanmasını gerektirmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere TTK'da topluluk şirketleri hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının sonuçları hakkındaki TTK m. 202, pay sahipleri ile yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve özel denetim talep etme hakkı ve son olarak grup içi işlemlerin raporlanması hakkındaki hükümler ile bağlı şirket azınlık pay sahibi ve alacaklılarının menfaati için yeterli koruma sağlanmaktadır. Bu nedenle, ödünç ve diğer teminat işlemlerinin, özel hüküm niteliğindeki TTK m. 202 nedeniyle, TTK m. 395/2'de öngörülen borçlanma yasağına tabi olmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan, TTK m. 480/3'te öngörülen sermayenin iadesi yasağının topluluk şirketlerine uygulanması konusunda bir istisna¹⁵⁹ tanınmamış olması sebebiyle, kayıp doğuran işlemin grup şirketinin bağlı malvarlığına zarar vermemesi gereklidir.

tadır. Bkz. VETTER/SCHWANDTNER₁ S. 1167.

¹⁵⁹ 2017/ 1132 sayılı Yönerge'nin, grup şirketleri hakkında da geçerli olup olmayacağı konusunda Alman öğretisinde tartışma bulunmaktadır. Grup şirketlerine istisna tanınması görüşünü reddeden bir grup yazar, bu şirketlerin de Yönerge'nin kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve bu nedenle AktG § 311'in Yönerge'ye aykırı olduğunu savunmaktadır. Karşı görüşteki yazarlara göre ise, grup şirketlerine sermayenin iadesi yasağı hakkındaki § 57'nin uygulanmayacağını belirten AktG § 291/3, Yönerge'nin dağıtımlar hakkındaki 56. maddesini ihlal etmektedir. Yönerge'nin 56. maddesinin kabir bir şekilde yorumlanması Fransız mahkemelerince benimsenen, bağlı şirketin zarara uğramasına sebep olan işlemlere belirli şartlarda izin veren *Rozenblum* ilkesinin uygulanmasını engelleyecektir. Bkz. FLEISCHER, *Disguised Distributions*, s.109, dn. 89, 90ve 91'de anılan eserler. *Rozenblum* ilkesine göre hakim şirket üç şartın birlikte bulunması halinde, bağlı şirketlerinden kaynak aktarımı yapabilir: (i) Grubun yapısı istikrarlı (*stable*) ise, (ii) yapılan işlem grup politikası için gerekli ve ona uyumlu ise ve (iii) genel olarak grup içinde kar-zarar paylaşımı adaletli bir şekilde yapılıyorsa. Bkz. ENRIQUES/HERTIG/KANDA, S. 177. Hakim görüş sayılan aksi yoruma göre, 2017/1132 sayılı Yönerge'nin 56.maddesi, grup şirketlerinin doğası ile bağdaşmamaktadır, bu nedenle sadece bağımsız şirketlere uygulanmalıdır. Bu görüşe göre AktG § 311, Yönerge ile çelişmemektedir zira geri ödeme talebi, AktG 62 hükmü ile de geçerli olmaktadır. FLEISCHER, *Disguised Distributions*, s.110, dn.95'te anılan eserler.

B. Bankacılık Mevzuatında

İşlem yapma yasağı ile borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395/4'te, Bankacılık Kanunu'nun özel hükümleri saklı tutulmuştur. Doktrinde, özel kanunlara bağlı anonim şirketlerin özel hükümlerini saklı tutan TTK m. 330'ın varlığına rağmen TTK m. 395/ 4'te aynı hususun tekrarlanması haklı olarak eleştirilmiştir¹⁶⁰.

Gerçekten de, eTK m. 270'in karşılığı olan¹⁶¹ TTK m. 330'da, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler¹⁶² saklı kalmak şartıyla, anonim şirketlere ilişkin 4. kısım hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece, TTK m. 330 uyarınca, özel kanuna tabi olan anonim ortaklık hakkında öngörülen tüm "kanun hükümleri"¹⁶³ saklıdır. Öte yandan, TTK m.

¹⁶⁰ MoROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s. 138; MANAVGAT, Sermaye Piyasası, s. 529-531; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 283; KARA.SU, s. 66, 67; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), C. 1, s. 679.

¹⁶¹ eTK'daise, özel kanunlarla kurulan şirketlere ilişkin hükümler saklı tutulmaktaydı. Hükümün gerekçesinde, günümüzde özel bir kanunla kurulmuş anonim şirketlere rastlanmadığı, bunun yerine, sermaye piyasasına tabi anonim şirketler, bankalar ve finansal kiralama şirketleri gibi, daha çok özel kanunlara ve hükümlere tabi anonim şirketlerin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Günümüzde özel kanunla kurulmuş ve faaliyet gösteren anonim şirketlere rastlanması sebebiyle Gerekeç'deki bu tespit öğretide eleştirilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 219.

¹⁶² TTK m. 330, TBMM Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen bir önergeyle değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesi hüküm, "özel kanunlara bağlı anonim şirketlere, kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kısım hükümleri uygulanır." şeklinde idi. Böylece, özel bir kanunu bulunan anonim şirketler için sadece kendi kanunlarında sevk edilmiş hükümler saklı tutulmaktaydı. Meclis görüşmeleri sırasında *kanunlarındaki hükümler dışında* ibaresi ile, diğer kanun hükümlerinin dışındığı ifade edilerek hükümde değişiklik yapılması istenmiştir. Böylece yapılan değişiklik neticesinde, saklı tutulan özel hükümlerin sadece özel kanunlarda yer almasına gerek olmayacaktır. Örneğin, özel kanunu bulunan banka anonim ortaklığı hakkında, BankK'da yer alan hükümler yanında banka anonim ortaklığı hakkında diğer kanunlarda öngörülen hükümler de saklı tutulmuş olacaktır.

¹⁶³ Her ne kadar önerge ile yapılan değişikliğin saiki, özel kanunu olan şirketler hakkında diğer kanunlarda sevk edilmiş hükümlerin saklı tutulması olsa da, madde metninde, sadece özel hükümler ifadesi yer almıştır. Buna karşılık, bu hükümlerin bir kanun hükmü olduğu açıkça belirtilmemiştir. Öğretide, yapılan değişikliğin, ikincil mevzuatın hükmün kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi açısından önem taşımadığı ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, önergenin gerekçesinde kanun hükümlerinden söz edilmiş

395/4'te sadece Bankacılık Kanunu'nun özel hükümleri saklı tutulmuştur. Yani, TTK m. 330 uyarınca saklı tutulan hükümler BankK hükümlerinden daha geniştir. Ancak kanaatimizce, TTK m. 395/4'teki düzenlenmenin, özel kanunlara bağlı anonim şirketlere uygulanacak diğer kanun hükümlerini dışlamak gibi bir amaçla ihdas edildiği söylenemez. Zira, öğretide ifade edildiği gibi yapılan düzenleme sadece bir tekrardan ibarettir¹⁶⁴. Bu nedenle, saklı tutulan hükümlerin, BankK yanında, banka anonim ortaklığı hakkında öngörülen tüm kanun hükümleri olduğu kabul edilmelidir.

Gerek TTK m. 330 gerek m. 395/4 hükmü gereği, şirkete borçlanma açısından öncelikle BankK hükümleri uygulanacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde açıklandığı üzere, BankK m. 50/1 (a) hükmünde, banka ile ilişkileri nedeniyle kredi verilemeyecek kişiler, TTK m. 395 hükmüne göre çok daha geniş şekilde düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca bankaların, yönetim kurulu üyelerine, genel müdürüne, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili kılınmış kişilere, sayılan kişilerin eşleri ile velayetleri altındaki çocuklarına ve nihayet tüm bu kişilerin tek başlarına veya birlikte sermayesinin yüzde yirmi beşine veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara¹⁶⁵

olması yeterlidir. Bkz. ŞiT, Banka Anonim Şirketi, s. 179. Kanaatimizce, Komisyon tarafından hazırlanan ilk taslakta "kanunlar" ifadesi özellikle tercih edilmiş ve saklı tutulan hükümlerin yine bir Kanun hükmü olması ararurustur. Bu tercih değişiklik öncesi hazırlanan hükmün gerekçesinde de vurgulanmıştır. Hükmün gerekçesinde ifade edildiği üzere, "*Özel kanunlar*" ibaresiyle sadece kanunlar kastedilmiştir. Zira, daha alt düzeydeki normların kapsama alınmasına Kanun'un amacı ve lafzı engeldir. Bu bağlamda her ne kadar, madde gerekçesinde açıklama yapılması yerine madde metninde saklı tutulan hükümlerin yine bir kanun hükmü olduğunun belirtilmemiş olması bir eksiklik ise de, TTK ile çelişen ikincil mevzuatın saklı tutulması Kanun'un lafzına ve ruhuna aykırı olduğu gibi normlar hiyerarşisine de aykırılık teşkil edeceğinden, saklıtutulan hükümlerin yine bir kanun hükmü olması zorunluluktur.

¹⁶⁴ Söz konusu tekrarın yapıldığı diğer maddeler için bkz. TTK m. 332, 344, 387, 414, 460, 528. Öte yandan, TTK m. 460'ta SerPK hükümleri saklı tutulurken, esas sermaye sistemi hakkındaki TTKm. 459'da SerPK hükümleri saklı tutulmamıştır. Bkz. KARASU, s.66, 67.

¹⁶⁵ Anılan hüküm ayrıca, (a) bendinde sayılanlar dışındakiler banka mensupları ile onların eş ve velayetleri altındaki çocukları ve mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıfları da kapsamına almıştır. Bkz. BankK m. 50/1 (b), (c). Ancak bu kişilerin, TTKm.395 kapsamında olmamaları sebebiyle bu kişiler hakkında ayrıntılı açıklama yapılmasına gerek duyulmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, s.986, 987; TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 24-34, 24-35.

kredi vermeleri yasaktır¹⁶⁶.

Ancak, anılan hükmün ikinci fıkrasında, nitelikli pay sahipleri (BankK m. 3) için bir istisnaya yer verilmiştir¹⁶⁷. Buna göre, Bank.Km. 50/1'de öngörülen kredi yasağı, doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan gerçek ya da tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri için¹⁶⁸ uygulanmaz¹⁶¹. Böylece, banka yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda nitelikli pay sahibi olması halinde bu üye BankK m. 50/1 hükmü uyarınca kredi yasağına tabi olmayacaktır.

Öte yandan, anılan hükümde saklı tutulan nitelikli pay sahibi ile yönetim kurulu üyelerinin BankK m. 49/2'de¹⁷⁰ düzenlenen bankanın dahil

¹⁶⁶ Hükümde sayılanlar sınırlı sayı kuralınca belirlenmişlerdir. Bu nedenle, yasağın yorumla genişletilmesi mümkün değildir. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 24-31.

¹⁶⁷ Bankanın, kredi açmaya yetkili olmayan yönetim kurulu üyeleri ile, bunların yakınları, banka mensuplarının kurdukları sandık, dernek, vakıflara kadar birçok çalışanlarına kredi verilmesi yasaklanmışken, nitelikli pay sahiplerine istisna tanınması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. ŞiT, Banka Kredisi, s. 197.

¹⁶⁸ BankK m. 50/2, "*Birinci fıkra hükümleri, yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmaz.*" hükmünü içermektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, Bankacılık Kanunu'nun kabul edildiği 2005 yılında yürürlükte olan eTK uyarınca, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeleri mümkün değildi. Bunun yerine eTK, pay sahibi olan tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine izin vermektedir (eTK m. 312/2). Ancak, tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmasına izin veren TTK m. 359/2 hükmü nedeniyle, BankK'daki istisnanın, yönetim kurulu üyesinin, nitelikli pay sahibi olduğu hallerde geçerli olacağı kabul edilmelidir. Bu pay sahibinin gerçek ya da tüzel kişi olmasının ise bir önemi olmamalıdır. Öte yandan BDDK, tüzel kişi pay sahibinin banka yönetim kurulu üyesi olamayacağına karar vermiştir. Bkz. 25 Eylül 2012, S. 19304. Ayrıca, anılan düzenleme gerçek kişilerin yönetim kurulunda temsilci bulundurabileceği şeklinde kaleme alındığından öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. REİSOĞLU, s. 989, 990.

¹⁶⁹ Öğretide bu istisnanın, banka patronlarının kredi yasağını dolanmak için yönetim kurulu üyesi olmayarak, bu işi taşeronlara delege etmelerinin engellenmesi amacıyla öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 24-33.

¹⁷⁰ Anılan düzenlemede, "bankanın dahil olduğu risk grubu" şu şekilde tanımlanmıştır: "*Bir banka ile bu bankanın nitelikli pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bunların birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları*

olduğu risk grubunu¹¹¹ oluşturacağı belirtilmiştir. Bankanın dahil olduğu risk grubundaki kişilere kredi kullandırılması ise BankK m. 50/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, bankanın dahil olduğu risk grubundaki kişilere kredi kullandırması için, gerekli kararın yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve sağlanan kredinin piyasa koşullarına uygun olması gereklidir. Dikkat edileceği üzere, anılan düzenleme ile kredi verme yasağı ya da sınırı öngörülmemiş, sadece kredi kullandırılması bazı ek şartlara tabi tutulmuştur.

Kredi yasağının ikinci istisnası BankK m. 50/6'da öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, banka yöneticileri ile diğer çalışanları ve onların yakınlarına belirli tutarla sınırlı olarak kredi verilmesine olanak tanıyarak kredi yasağını yumuşatmıştır. Hüküm uyarınca, yasak kapsamındaki gerçek kişilere, (i) aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere ücrete bağlı kredi, (ii) üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı, (iii) karşılığı nakit, nakit benzeri değerler ve hesaplar ile madenler olan kredi ve son olarak (iv) belli kamu kuruluşlarının çıkardıkları menkul değer karşılığı kredi verilmesi mümkündür.

Kredi, BankK m. 48'de tanımlanmamış¹¹² ve fakat TTK m. 395/2'ye göre çok daha geniş bir şekilde sayılmıştır. Diğer bir ifadeyle, TTK m. 395 kapsamında yasaklanan tüm işlemler BankK uyarınca bir kredi işlemidir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, banka yönetim kurulu üyeleri ile onların yakınlarına kredi verilmesi hakkında BankK uyarınca benimsenen sistemin şu şekilde özetlenmesi mümkündür: Yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda nitelikli pay sahibi olması halinde kredi yasağı ya da sınırı söz konusu değildir. Sadece verilen kredinin piyasa koşullarında olması ve kredi tahsis kararının nitelikli çoğunluk ile yönetim kurulunda onaylanması ge-

*ortaklıklar bankanın dahil olduğu risk grubunu oluşturur.*¹¹

¹⁷¹ Öğretide, risk grubu "bir gerçek veya tüzel kişinin, aldığı krediyi ödeyememesi halinde, o kişinin olumsuz bir şekilde etkileyebileceği, ödeme darboğazına sokabileceği, takibe uğramasına, hatta iflasına sebep olabileceği kişiler çevresi" olarak tanımlanmıştır. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 24-38.

¹⁷² Öğretide krediden söz edebilmek için, ekonomik yönden hazır bir satın alına gücünün kullanılmasından belirli bir süre ile diğer bir kişi lehine vazgeçilmesi ya da bu gücün ona terk edilmiş olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 39-02.

reklidir (BankK m. 49/2, 50/3, 50/5). Yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olmaması ya da adi paya sahip olması halinde ise üyeye belirli tutara kadar kredi kullandırılması yine yasağın kapsamı dışındadır (BankK m. 50/6)¹⁷³. Sonuç itibariyle, yasağın mutlak şekilde uygulanması sadece, yasak kapsamındaki kişilerin maaşlarını belirli tutarda aşan krediler için geçerli olmaktadır. Yönetim kurulu üyesinin nitelikli ya da adi pay sahibi olması halinde zaten TTK m. 395 yerine TTK m. 358'in uygulanması söz konusu olacaktır. Ancak, TTKm. 395'in aksine Bank.Km. S0/6'da, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesine belirli tutara kadar kredi verilmesine izin verilmektedir.

BankK uyarınca benimsenen kredi düzeni ile TTK m. 395 hükmünde öngörülen borçlanma yasağı, yasağın ihlalinin sonuçları hakkında da ayrılmaktadır. Nitekim, verilen kredinin sonradan BankK'yı ihlal etmesi durumunda yaptırım, kredinin iptal edilmesi olmayıp, sadece muaccel kılınarak tasfiye edilmesidir (BankKm. 50/7)¹⁷⁴. 4389sayılı Kanun'da yer alan "*Kredininvadesi konusunda önceden tespit olunmuş şartlar saklıdır*"¹⁷⁵ ibaresine BankK'da yer verilmemiş olmasına rağmen aynı sonucun geçerli olduğu öğretide kabul edilmektedir. Örneğin kredinin bir yıl vadeli verilmesi ihtimalinde bu kredinin vadesinden önce, altı ay içinde, tasfiye edilmesi mümkün değildir¹⁷⁵. Ayrıca, BDDK, kanuna aykırı kullandırılan kredilerin, bankanın özkaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınmasına karar vermeye ve bu krediler tutarında ilave özkaynak temin edilmesini zorunlu tutmaya yetkilidir¹⁷⁶.

Öğretide, BankK'nın, kredi kullanım şartlarını düzenleyen hükümlerinin iç düzen hükümleri olduğu savunulmaktadır¹⁷⁷. Anılan görüşe göre, "*Sonradan bu maddeye aykırı hale gelen kredilerin 6 ay içinde tasfiye edilmesi*

^m Ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOÖLU, s. 997-1000.

¹⁷⁴ TEOMAN, Banka Kredisi, s. 1511, 1512. Atıf yapılan hukuki mütalaa, mülga Bankalar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde hazırlanmıştır. Ancak varılan sonucun dayandığı hükümde herharagi bir değişikliksöz konusu olmadığından, belirtilen mütalaadan yararlanılmasında bir sakınca görülmemiştir. Ayrıca, BankK m. 140/ggereğince, kredi yasaklarına uymayarı barika hakkında, cezai yaptırım öngörülmüştür. Kurulun gerekçeli kararı ile, beş bin TL'den az olmamak şartıyla, verilen kredinin yüzde beşi tutarına kadar idari para cezası uygulanır.

^m R.EİSOÖLU, s. 1001.

¹⁷⁶ TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, N. 24-56.

^{'''} TEOMAN, Banka Kredisi, s. 1512.

zorunludur."kuralını içeren m.50/7 hükmü ile, erken muaccel kılma olanağı düzenlenmektedir. BankK, bankaları öngörülen kredi açma sınırlamalarına uymakla yükümlerken, üçüncü kişilerin işlemin geçersiz sayılması sebebiyle mağdur olmasını tercih etmemiştir. Bu sebeple, BankK'da emredici hükümlere aykırı olarak kullandırılan kredilerin geçersiz olacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki, kredisözleşmesinin geçersiz olması kabul edildiğinde, bankanın verdiği parayı ancaksebpsiz zenginleşme kurallarına göre geri istemesi mümkündür. Bu ihtimalde ise, imzalanan sözleşmedeki faiz gibi banka lehine olan hükümlerden bankanın yararlanamaması sonucu kabul edilemez¹⁷¹. Öte yandan, TTK m. 395'e aykırı bir işlemin TTK m. 1530 hükmü nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür¹⁷⁹.

Dikkat edileceği üzere, TTKm. 395, BankK'nın ilgili hükümlerine nazaran daha katı bir yasak öngörmektedir. Her ne kadar BankK m. 54'teverilecek kredi miktarı hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olsa da TTK m. 395'in, şirketin finansal yeterliliğinden bağımsız, mutlak bir yasak öngörmesi sebebiyle, buyasak, BankK hükümlerine göre daha katıdır. Ayrıca hükmün ihlali halinde benimsenen müeyyideler de farklılık arz etmektedir. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyesinin çok küçük miktarda paya sahip olması halinde dahi TTK m.395'in uygulanması söz konusu olmayacağından anılan hükmün gerçek bir koruma tesis ettiği savunulamaz. Bu nedenle, eTK'dan doğrudan aktarıldığı için borçlanma yasağı açısından bir istisnaya yer vermek amacı taşımayan ve hatta TTK m. 330 hükmü nedeniyle bir ihtiyacı dahi karşılamayan TTK m. 395/4 nedeniyle BankK hükümleri özel hüküm niteliğinde kabul edilmeli ve banka yönetim kurulu üyelerine kredi verilmesi hususu sadece bankacılık mevzuatı hükümleri çerçevesinde yorumlanmalıdır.

V. BORÇLANMA YASAĞININ İHLALİNİN SONUÇLARI

Sermayenin korunması ilkesini ihlal eden genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu belirten TTK m. 447 ile m. 391 hüküm-

¹⁷¹ Özetlenen görüş için bkz. TEOMAN, Banka Kredisi, s.1512. Ancak, BankK'nın ilgili hükmünün uygulama alanının, verilen kredinin sonradan kredi düzenine aykırı hale gelmesiyle sınırlı olduğu kabul edilirse, baştan kredi sınırlamalarına aykırı kredilerin geçersizliğinin ileri sürülmesi de mümkündür.

¹⁷⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, V, B.

leri, şüphesiz, sermayeyi aşan tüm malvarlığının korunması amacıyla ihdas edilen TTK m. 395 hükmü için de uygulanacaktır. Bu nedenle, çalışmanın ikinci bölümünde pay sahibinin şirkete borçlanma yasağını ihlal eden genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının geçersizliklerine dair yapılan açıklamalar, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağı için de geçerli olacağından varılan sonuçların tekrar edilmesi tercih edilmemiştir. Yine, Kanun'un açık hükmünü¹⁸⁰ ihlal eden yönetim kurulu üyeleri aleyhine şirketin tüm zararının¹⁸¹ karşılanması talebiyle sorumluluk davası açılması da mümkündür. Benzer şekilde, diğer kanunlarda borçlanma yasağının kapsamında bulunan işlemler hakkında öngörülen düzenlemeler, pay sahibi yanında yönetim kurulu üyelerini de kapsadıklarından, konu hakkında yapılan açıklamalar TTK m. 395 için de geçerlidir. Bu nedenle, çalışmanın bu bölümünde sadece yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağının ihlaline özgü sonuçlar araştırılmıştır.

A. Şirket Alacaklılarının Doğrudan Takip Yetkisi

Birçok hukuksistemi, yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve şirket sözleşmesine aykırı eylemleriyle şirkete verdikleri zarar nedeniyle sorumluluklarını özel olarak düzenlemiştir. Nitekim TTK m. 553, kurucular ve tüm şirket yöneticilerinin şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlulukları hakkında kural koymaktadır. Öte yandan, şirket ile yöneticilerin menfaatlerinin çatıştığı hallerde, şirketin muhtemel zararı daha fazla olacağından, yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılmasının yeterli koruma sağlamayacağı ifade edilmiştir¹⁸². Gerçekten de, yöneticilerin şahsi menfaatlerini üstün tutma riski

¹⁶⁰ Şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine ödünç veya teminat vermesi açıkça yasaklanmamış olsaydı dahi, bu işlemlerin piyasa koşullarına aykırı yapılması halinde yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açılması mümkün olurdu. Zira, üyelerin sadakat yükümü bu işlemlerin piyasa koşullarına uygun yapılmasını gerektirir. Böylece sorumluluk davasının koşullarından biri olan hukuka aykırılık ortaya çıkmış olur. Bkz. VoN BÜREN, s. 129, 130. Bununla birlikte, TTK m. 395, yasağın kapsamına giren işlemlerin piyasa koşullarında dahi yapılmasına izin vermemektedir.

¹⁸¹ VEİL, s. 91.

¹⁸² BLACK/CHEFFINS/GELTER/KIM/NO LAN/SIEMS/PRAV A, s. 61, aynı yönde, ENGERT, Legal Capital, s. 680. Yönetim kurulu üyesi için öngörülen özelsorumluluk hükümleri (ITK m. 553 vd.) ile genel hükümlere istinaden haksız fiil sorumluluğu gibi düzenlemelerin yeterli koruma sağladığı yönünde bkz. A. KDAC GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 235.

bulunan işlemlere karşı başta şirket olmak üzere, pay sahipleri, alacaklılar ve diğer menfaat sahiplerinin özel olarak korunması gereklidir.

İşte bu amaçla, TTK m.395/2'nin son cümlesinde, alacaklı korumasına hizmet eden özel bir düzenleme öngörülmüştür. Anılan hüküm uyarınca, borçlanma yasağının ihlal edilerek şirkete borçlanması halinde alacaklılara, borçlanılan tutar için doğrudan takip yetkisi tanınmıştır. Görüldüğü üzere, hüküm öncelikle alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla öngörülmüştür. Öğretide ise haklı olarak, müeyyidenin sadece alacaklılar açısından düzenlenmesi eleştirilmiştir. İleri sürülen görüşe göre, özellikle şirket tüzel kişiliği ile pay sahipleri de dikkate alınarak yasağın ihlalinin sonuçlarının düzenlenmesi gerekirdi⁸³. Gerçekten de, şirket malvarlığının yöneticiler tarafından sömürülmesinin engellenmesi, en az alacaklılar kadar pay sahiplerinin de menfaati gereğidir. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlandığı tutar için kendisine takip yapılabileceğini bilen yöneticiler, yasağı ihlal etmekten çekineceklerinden bu müeyyide dolaylı da olsa şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerine hizmet edecektir.

TTK m. 395'in alacaklılara tanıdığı yönetim kurulu üyesinin borçlandığı tutarı doğrudan takip etme yetkisinin kullanılabilmesi için şüphesiz öncelikle, alacaklıların bu işlemlerden haberdar olması gereklidir. Kapalı şirketlerde, şirketle ilişkili kişiler arasında yapılan işlemlerin açıklanmasına ilişkin özel bir kural öngörülmemiş olması nedeniyle alacaklılara tanınan bu yetkinin fiilen kullanılması pek de mümkün olmayacaktır.

Bu kapsamda, alacaklıların borçlanma hakkında bilgi sahibi olabilmesi açısından şirketlerin internet sitesi açma yükümlülüğünden kısaca söz etmek gerekecektir. Bilindiği üzere, sermaye şirketlerinin internet sitesi açma yükümlülüğü hakkındaki TTK m. 1524 hükmü, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değiştirilen hükümle, sadece TTK m. 397/ 4 uyarınca bağımsız denetime tabi şirketler İnternet sitesi açmakla yükümlü kılınmış ve ayrıca sitenin içeriğinde bulunması gereken hususların kapsamı kanunen yapılması gereken ilanlarla sınırlandırılmıştır'... Konumuz bakımından en önemli değişiklik yeni hükümde, finansal tablolar, yönetim kurulu raporları ile kamuyu aydınlatma yönünden yararlı görülen tüm hizmet ve bilgilerin

⁸³ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 162.

„İnternet sitesinde yayımlanması gereken hususlar için bkz. Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m.6.(31.05.2013 tarih ve 28663 sayılı RG).

şirketin internet sitesinde yayımlanmasının aranmamasıdır. Kanaatimizce, bu müdahale alacaklıların TTK m. 395'e aykırı bir borçlanma yapıp yapılmadığını tespit edebilme imkanlarını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır¹¹⁵.

TTK m. 395'te alacaklılar lehine yapılan düzenleme, hükmün uygulanmasına dair birçok soruyu ve tartışmayı da içermektedir. Bu kapsamda özellikle şirket tarafından verilen teminatların nasıl takip edileceği belirlenmelidir. Şirketin kefalet, garanti veya teminat vermesinde, kefil olduğu, garanti veya temin ettiği; sorumluluk yüklenmesi veya borçları devralmasında, *sorumluluk* yüklendiği veya borç devraldığı tutarda takip yapılacaktır¹¹⁶. Ancak, verilen teminatlarda üstlenilen riskin gerçekleşmemesi ve bu nedenle şirket kasasından herhangi bir ödeme yapılmaması halinde dahi alacaklılara takip imkanı tanınmasının kabul edilmesi hükmün amacını aşan bir yorum olacaktır¹¹⁷. Bu nedenle, alacaklıların takip yetkisinin, teminatın paraya çevrilmesi şartıyla kullanılabileceği sonucuna varılmalıdır.

Şirketin, yasaklı kişilere para ödünçü vermesi halinde yapılacak takip ise, teminatlar neticesinde yapılacak takibe nazaran daha az sorunludur. Zira, nakit borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde alacaklı, şirkete borçlanılan tutar için takip yapacaktır. Şüphesiz alacaklının takip yapabilmesi, alacağının muaccel olmasına bağlıdır. Ayrıca, takip tutarının alacaklının şirketten olan alacağı ile sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Örnek vermek gerekirse, şirketin yönetim kurulu üyesine TTK m.395'e aykırı olarak 500.000 TL ödünç vermesi, şirketin alacaklısının ise şirketten muaccel 100.000 TL alacağı olması halinde, alacaklının takip tutarı 100.000 TL ile sınırlı olacak ve 100.000 TL'yi aşan kısım için şirketin takip yetkisi devam edecektir. Şir-

¹¹⁵ Puuşı, Şerh L s. 749; HızıR, s. 284. Öte yandan, değişiklik öncesi TTK m. 1524'te, yayımlanacak listenin son derece ayrıntılı şekilde düzenlenmesi ticarisırların açıklanmasına sebep olacağı *gibi*, bu ayrıntılı düzenlemeye rağmen, TTK'nın bazı maddelerinde yayıma ilişkin tekrara yer verilmesi öğretide eleştirilmiştir. Ayrıca, yayımlanacak hususların yeterli açdıkt olmanası (değiştirilen TTK m. 1524/ 1 (b)) da hükme dair yöneltilen bir diğer eleştiridir. Bh. KENDİGELEN, İlk Tespitler (1.Bası), s.529-531.

iii KIRCA (ŞEHİRALİÇELİK/MAJ.LAVGAT), C. 1, s.674.

¹¹¹ Öğretide, şirket alacılıhsının. teminat ile üstlenilen riskin gerçekleşmemesi ve dohyısıyla şirket kasasından bir ödeme yapılmaması halinde dahi, lehine teminat verilen kipyeye başvurmasıom kabul edilebilir olmadığı bildirilmiştir. Bkz. KacA (ŞEHUALİĞ Etti. MANA"\"GAY), C.1, s.6...5.

ket alacaklısının alacağının kanuna aykırı şekilde borçlanılan tutarı aşması hâlinde ise, aşan kısımdan şüphesiz sadece şirket sorumlu olacaktır".

Ayrıca eklemek gerekir ki, hükmün lafzı alacaklılara şirkete başvuru yapması şartına bağlı olmadan yönetim kurulundan alacaklarını talep etme yetkisi tanımaktadır. Diğer bir ifadeyle borçlanma yasağının kapsamındaki kişilerin sorumlulukları ikinci derecede olmayıp, müteselsildir¹⁸⁹.

Alacaklılar lehine TTK m. 395'te düzenlenen takip yetkisinin sebep olduğu diğer bir tartışma da, anılan hükmün İİK m. 89 çerçevesinde tanınan hakkı kaldırıp kaldırmadığıdır. Bilindiği üzere, İİK m. 89 uyarınca alacaklı, ayrıca bir takip başlatmak zorunda olmaksızın şirkete borçlanan kişilerden, borçlandıkları tutarı icra dosyasına yatırmalarını talep edebilir. Bu nedenle öğretide, anılan düzenlemenin varlığına rağmen, TTKm. 395/2'deki düzenlemenin gerekliliği ve dahası TTK m. 395'in özel hüküm olarak değerlendirilip İİK m. 89'u dışlayıp dışlamadığı sorgulanmıştır¹⁹⁰. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, TTK m. 395'in İİK m. 89'dan farkı, alacaklıya doğrudan başvuru hakkını tanımış olmasıdır¹⁹¹. İleri sürülen bir başka görüşe göre ise, şirkete karşı yürütülen takipte tekerrüre düşmemek kaydıyla şirket alacaklısı TTK m. 395/2'de tanınan imkan yanında, İİK m. 89 çerçevesinde ayrıca bir takip başlatmadan borçlanılan tutarın icra dosyasına yatırılmasını talep edebilir¹⁹².

İB8 KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 675.

¹⁸⁹ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 285; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 674, 675. Belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyesinin şirket borçlarından dolayı sorumluğu özel olarak 6183sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da da düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun, mükerrer 35. maddesi uyarınca, tüzel kişilerin malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin şahsi mal varlıklarından tahsil edilir. Temsilciler, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler. Anılan hükmün açık ifadesinden anlaşıldığı üzere, yönetim kurulunun amme borcu nedeniyle sorumluluğu ikinci derecededir. Zira borç, öncelikle anonim ortaklığın borcudur, ancak, anonim ortaklıktan tahsil edilemeyen ve edilemeyeceği anlaşılan kamu borcu nedeniyle yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

¹⁹⁰ KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 285. Moroğlu ise, İİK m. 89 hükmü varken, TTK m. 395 ile şirket alacaklılarına takip yetkisi tanınmasını gereksiz bularak, anılan düzenlemenin Kanun'dan çıkarılmasını önermiştir. Bkz. MOROĞLU, Değerlendirme ve Öneriler, s. 203.

¹⁹¹ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 162.

¹⁹² KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 675.

Kanaatimizce, alacaklılara tanınan takip yetkisi ile neyin kastedildiği ancak borçlanma yasağını ihlal eden işlemin akıbetinin belirlenmesiyle anlaşılabilir. Şöyle ki, aşağıdaki satırlarda açıklandığı üzere, TTK m. 395/2'de alacaklılar lehine öngörülen özel düzenleme, hükme aykırılığın akıbeti konusunda tartışma gündeme getirmiştir. Alacaklılar lehine takip yetkisi tanınması, hükmün ihlalinin yegane sonucu olduğu kabul edildiğinde, borçlanma yasağını ihlal eden işlemin geçerli olduğu sonucuna varılacaktır. Bu ihtimalde ise, alacaklılara TTK'da düzenlenen özel bir "tasarrufun iptali davası" (İİK m. 277 vd.) açma hakkı verildiği sonucuna ulaşılabilecektir. Yani, hukuka aykırı şekilde şirkete borçlanması halinde borçlanılan tutar adeta şirket malvarlığında kabul edilerek, alacaklıların şirket malvarlığından alacaklarını tahsil etmeleri sağlanacaktır. Bu davanın TTK'ya özgü bir dava alınması nedeniyle, İİK hükümleri uygulanmayacaktır. Örneğin, TTK ile alacaklıya "doğrudan" takip yetkisi verilmesi nedeniyle bu davanın açılması şirketin iflas etmesi şartına bağlı olmayacaktır. Ancak bu ihtimalde uygulanan hükümler nedeniyle ulaşılabilecek çözümün sadece alacaklılar açısından bir koruma sağlayacağı göz ardı edilmemelidir.

Alacaklılara tanınan takip yetkisinin, işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesine engel olmadığı kabul edildiğinde ise, geçersiz işlem nedeniyle verilenlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilecektir. Bu ihtimalde ise, TTK m. 395/2'deki yetkiyle, geçersiz bir borçlanma nedeniyle sebepsiz zenginleşen yönetim kurulu üyesi aleyhine şirket alacaklılarına takip yetkisinin verildiği sonucuna ulaşılabilecektir. Zira, *'...dava takip yetkisi, talep sonucuhakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göretayin edilir.'* hükmünü içeren HMK m. 53 uyarınca, kural olarak dava takip yetkisi maddi hak sahibine aittir. Ancak bu hüküm, kanunda sayılan istisnai hallerde⁹³, maddi hak sahibi olmayan kişilerin de dava takip hakları olabileceğini belirtmektedir. Böylece sebepsiz zenginleşme davasının kural olarak şirket tarafından açılması mümkünken, TTK m. 395/2 ile bu yetki alacaklılara da tanınmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda açıklanan her iki ihtimalde de alacaklıya dava takip yetkisi verilmektedir. Bu nedenle TTK m. 395/2 hükmünün İİK m. 89'u dışlamadığı kabul edilmelidir. Zira İİK m. 89'un

^m İTK'da alacaklıların sorumluluk davası açmasına izin veren m.553 bfrhnü bo yöde b istisna hükümlerden birini oluşturma.k.tad.1 Ayna bb. İİK m.120.

uygulanabilmesi için geçerli bir alacağın bulunması gerekli ve yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, bu alacağın sözleşmeden yahut sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması hükmün uygulaması açısından bir farkyaratmamaktadır.

B. İşlemin Geçersizliğinin İleri Sürülmesi

1. Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler

Şirket alacaklıları lehine TTK m. 395/2'de öngörülen özel düzenleme, takip yetkisinin kullanımına ilişkin yarattığı tartışmalar yanında ayrıca, hükme aykırılığın akıbeti hakkında öğretide farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Zira, yasağın ihlal edilmesine bir sonuç bağlanmış olması, yasağa aykırılığın tek sonucunun ilgili özel düzenleme olduğu izlenimini yaratmaktadır¹⁹⁴. Ancak, anılan özel düzenleme yanında, özellikle TTK m. 1530 ile temsil yetkisinin kullanımı hakkında kabul edilen kurallar çerçevesinde işlemin geçersizliğinin ileri sürülebilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gereklidir¹⁹⁵.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, TTK m. 395/2'de yasağın ihlali halinde alacaklılara takip yetkisi verilmesi ile hukuka aykırılığın sonucu Kanun'da özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu özel düzenleme nedeniyle yasağı ihlal eden işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁹⁶. Zira, TTK m. 1530/1 uyarınca, ticari hükümlerle yasaklanmış bir işlemin batıl olabilmesi, bu konuda aksine bir hüküm bulunmamasına bağlıdır. Halbuki, TTK m. 395/2'nin son cümlesindeki müeyyide, "aksine hüküm" niteliğinde olduğundan, bu işlemin geçersizliği ileri sürülemez¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Doktrinde, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının düzenlendiği TTK m. 396 düzenlemesinde olduğu gibi, TTK m. 395/2 c. 3'te borçlanma yasağına aykırılığın sonucunun hükme bağlanmış olması nedeniyle geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmayacağını ileri sürülmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, s.50.

¹⁹⁵ Konu hakkında ileri sürülebilecek görüşlerin değerlendirilmesi için bk.z. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.285, 286; KENDİGELEN, Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, s. 50-52.

¹⁹⁶ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N.12-122.

¹⁹⁷ PASLI, TTK Genel Hükümler, s. 161, 162; Tamer de, TTK m. 358'e aykırı işlemlerin, kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle batıl olacağını belirtirken, TTK m. 395 hükmü için aynı sonucun uygulanmamasını eleştirmiş ve şirket malvarlığına sömür-

Aşağıda işlemin geçersizliğinin mümkün olup olmadığı konusundaki tartışmaya geçilmeden önce belirtilmelidirki, TTK m. 395'te hükme aykırılığın sonuçlarının özel olarak düzenlendiği ve bu nedenle işlemin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği kabul edilse dahi, bazı hallerde borçlanma işlemi yine batıl olacaktır. Zira pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine, şirketin paylarını edinmeleri amacıyla ödünç verilmesi aynı zamanda TTK m. 380 hükmünün kapsamında olacaktır. Kanaatimizce, TTK m. 380 hükmü, ihdas amacı göz önünde bulundurularak özel hüküm niteliğinde kabul edilmeli ve işlemin batıl olduğu sonucuna varılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, alacaklıların doğrudan takip hakkının varlığı ileri sürülerek işlemin geçerli olduğu kabul edilemez¹⁹⁸.

Kanaatimizce, şirket alacaklıları lehine öngörülen bu özel düzenlemenin, TTK m. 395/2'ye aykırılığın yegane sonucu olup olmadığının belirlenmesinde borçlanma yasağının amacı dikkate alınmalıdır. Her ne kadar, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda borçlanma yasağı ile amaçlanan korumanın sağlanması mümkün olmasa da bu yasak ile şirket rnalvarlığının ilişkili kişilerce kötüye kullanılmasının engellenmesinin amaçlandığı unutulmamalıdır. Amaçlanan bu koruma ise şüphesiz başta şirketin kendisi olmak üzere¹⁹⁹, pay sahiplerinin de menfaatinedir. Bu nedenle, sadece alacaklılar için öngörülen bir sonucun benimsenmesi hükmün amacı ile bağdaşmayacaktır²⁰⁰. Çünkü, şirket ödeme gücünü yitirmediği sürece alacaklıların zarar görme tehlikesi bulunmamaktadır²⁰¹. Diğer bir ifadeyle,

me riski daha fazla olan yönetim kurulu üyeleri için TTK m. 358'e nazaran yumuşak bir müeyyide öngörülmesini çelişki olarak değerlendirmiştir. Bkz. TAMER, s.95-97, 112, 113. Geçersizlik yaptırımının söz konusu olmayacağı görüşünün kabul edilmesi halinde dahi, kendisine tanınan takip yetkisini kullanan alacaklıya karşı yönetim kurulu üyesinin, ödünç sözleşmesinde öngörülen örneğin vadeye ilişkin şartları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınamayacağı doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. .KENDİGELEN, Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, s.52.

¹⁹¹ GÜREL, s. 107, 108.

¹⁹⁹ AKDAC GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 235.

²⁰⁰ Öte yandan öğretide, hükmün amacı alacaklı koruması açısından değerlendirilerek, TTK m. 395/2'nin alacaklılar açısından yeterli teminat yaratması gerekçesiyle işlemin geçersiz sayılamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C. 1, s. 676, 677.

²⁰¹ Kanaatimizce, alacak Wann ancak ifias halinde yöneticiler aleyhine sorumluluk davası açabileceğini öngören TTK m. 556 hükmü bu görüşün TTK Kom.isyonu'ncada benim-

şirketten alacağını tahsil edebilen bir alacaklının TTK m. 395/2'deki imkanı kullanmasına gerek dahi olmayacaktır. Halbuki işlemin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi halinde, şirket sebepsiz zenginleşme kuralları gereği verdiği ödünçün iadesini talep edebilecek, gösterdiği teminatı kendi borçları için kullanabilecektir²⁰². Dahası, TTK m. 395/2 c. 3'te öngörülen alacaklılar için takip yapma yetkisi, sadece yasaklı kişilere şirketin ödünç vermesi²⁰³ ve verdiği teminatın paraya çevrilmesi ihtimallerinde kullanılabilir. Diğer bir ifadeyle, riskin gerçekleşmemesi nedeniyle henüz paraya çevrilmeyen teminat işlemleri hakkında bir kural öngörmeyen hükmün TTK m. 1530/ 1 bağlamından "aksine hüküm" olarak değerlendirilmesine imkan yoktur.

Kanaatimizce borçlanma yasağı hakkındaki TTK m. 395/2 ile TTK m. 358 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi halinde de aynı sonuca varılması gerekir. Bilindiği üzere, alacaklılar lehine tanınan takip yetkisine 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki düzenlemede de rastlanmaktaydı. Diğer bir ifadeyle bu imkana, değişiklik öncesinde tüm yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m. 395/2'de yer verilmişti. Hatırlanacağı üzere, hükmün ilk halinde pay sahibinin belirli şartlarda şirkete borçlanmasına izin verilirken, şirket yönetim kurulu üyelerinin borçlanmaları mutlak suretle yasaklanmaktaydı. Bu tercih ise, kanun koyucunun asıl amacının, şirket malvarlığını özellikle yöneticilerin faydacı işlemlerinden korumak yönünde olduğunu göstermektedir. TTK m. 358'de özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle işlemin geçersizliği ileri sürülebilecekken, kanun koyucunun daha riskli gördüğü ve bu nedenle mutlak suretle yasakladığı borçlanma yasağının ihlali halinde işlemin geçersizliğinin ileri sürülmeyeceği kabul edilmemelidir.

sendiğini göstermektedir. Öte yandan, TTK m. 395/2 ile, şirketin ödeme gücü bulunsa dahi, alacaklılara hükmün kapsamındaki kişileri doğrudan takip etme yetkisi tanınarak bu görüşten bir anlamda sapılmıştır. Benzer yönde, AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 235,236.

²⁰² İşlemin geçersiz kılınmasının hukuka aykırı dağıtımları engellediği yönünde bkz. ENGERT, Legal Capital, s.694.

²⁰³ KENDİGELEN, Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, s. 51.

Açıklanan gerekçeler nedeniyle, TTK m. 395/2'ye aykırı bir işlemin geçersizliğinin, TTK m. 1530^{21H} ile TBK m. 27²⁰⁵ hükümleri gereği ileri sürülmesi mümkündür. Bu bağlamda, alacaklılara takip yetkisi veren hükmün, TTK m. 1530 hükmü kapsamında "aksine bir hüküm» olarak değerlendirilmemesi gerektiği; geçersiz bir işlem nedeniyle sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iade talebinin, AktG § 62/2'de olduğu gibi iflas şartı aranmadan alacaklılar tarafından da yöneltilmesine izin veren bir düzenleme olarak yorumlanması gerektiği görüşündeyiz. Ancak ne yazık ki, iade borcunun kapsamına ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle, işlemin geçersizliği sonucunda uygulanacak sebepsiz zenginleşme kurallarının^{UM} şirketin tüm zararını gidermeyeceğininve bu nedenle bakiye zararın sorumluluk davasının konusunu oluşturacağını hatırlatmak isteriz.

Bu bağlamda son olarak, yönetim kurulu üyesinin bilerek şirketin zararına hareket etmesi durumunda işlemin, borçlar hukukunun temel prensiplerinin uygulanması ile geçersizliğinin de iddia edilebileceğini belirtelim²⁰¹. Zira şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine ödünç veya teminat vermesi, bazı hallerde temsilcinin kendisiyle işlem yapması bazı hallerde de temsil yetkisinin kötüye kullanılması hakkındaki kuralların uygulanmasını gerektirir. Bilindiği üzere, temsilcinin kendi kendisiyle veya her iki tarafı temsilen işlem yapmasına ilişkin yasağın, kural olarak, tüzel kişilerin temsil organlarına kıyas yoluyla uygulanacağı kabul edilmektedir²⁰⁸. Anonim şirketin yönetim kurulu tarafından idare ve temsil olunması sebebiyle, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında yapılan işlem üyenin, "kendi kendisiyle sözleşme yapması"na örnek oluşturur. Bu durumda ise, açıkça şirket malvarlığının sömürüldüğü ve üye-

^{uu} TTK m. 1530 hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, V, E.

^{ws} Burada hukuk düzeninin doğrudan doğruya böyle bir sözleşmenin yapılmasını yasaklaması sebebiyle hukuka aykırılık gerçekleşmektedir. Konu hakkında bkz. KocAYUSUFPAŞAOCLU (HATEMi/SEROZAN/ ARPACI), s. 535. Öğretide TTK m. 395'in sonuçlan bakımından yeterli açıklık taşınamaması nedeniyle, hükme aykırı verilen teminatların TBK m. 27 uyarınca geçersizliğinin ileri sürülmesinin de mümkün olduğubelirtilmiştir. Bkz. KENDİGELEN, Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, s.50-52.

^{ID6} işlemin geçersiz kabul edilmesi halinde iade sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilecektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, V, E, 1.

²⁰⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CoNAC/ENRIQU.ES/GELTER, s.500.

* KoCAYUSUFPAŞAOCLU (HAT.EMi/SEROZ.AN/ AlIPACı), s. 675; İNcEotLu, s.211.

nin kayındığı sözleşmelerin geçersiz olacağı öğretide kabul edilmektedir²⁰⁹. Kanaatimizce, işlemin geçersizliğinin ileri sürülmesinde kullanılabilecek bu dayanaktan kısaca söz edilmesinde fayda vardır.

2. Temsilcinin Kendisiyle İşlem Yapma Yasağı

Temsilcinin kendisi ile işlem yapması, bir yandan temsil olunan adına irade beyanında bulunurken diğer yandan da işlemin karşı tarafında bulunarak kendi irade beyanı ile işlem yapması şeklinde tarumlanmaktadır²¹⁰. Temsilcinin kendisi adına ya da bir başkasının temsilcisi olarak müvekkil ile işlem yapması durumunda sözleşmenin "tek bir kişi"nin iradesi ile kurulduğu kabul edilm. Hukuk tekniği açısından mümkün görülen²¹² bu durum ise müvekkil açısından büyük bir risk taşımaktadır. Temsilcinin kendi kendisiyle işlem yapması durumunda, kendi menfaatini üstün tutması ve temsil olunanın çıkarlarını çiğnemesi, iki tarafın temsilcisi sıfatıyla hareket ederken de temsil olunanlardan birinin menfaatini diğerine tercih etmesi söz konusu olabilir. Belirtilen riskleri dikkate alan Alman kanun koyucu, BGB § 181'de iki istisna dışında temsilcinin kendisiyle ya da iki tarafın temsilcisi olarak işlem yapmasını yasaklamıştır. İstisnalardan birincisi, temsil olunanın bu tür işlemlere izin vermesi, diğeri de gerçekleşecek işlemin sadece bir borcun ifasından ibaret bulunmasıdır.

Ancak, TBK'da, Alınan BGB § 181 hükmü gibi, temsilcinin temsil olunanla işlem yapmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır²¹¹. Buna

²⁰⁹ HOPT/ROTH, N. 44. Mahkemeler, belirtilen kuralı katı bir şekilde yorumlamakta ve yönetim kurulu üyesi ile üçüncü kişi arasındaki ekonomik özdeşlik hali saklı kalmak üzere, kıyas yoluyla diğer ilişkili kişi işlemlerine uygulamamaktadırlar. Örneğin, Federal Mahkeme, yönetim kurulu üyesinin bu sıfatını kullanarak, şirketin, üyenin büyük oranda hisse sahibi olduğu diğer bir şirkete kredi vermesi durumunda yukarıda açıklanan kuralların uygulanmasını reddetmiştir. Bkz. CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 500. Karş. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 12-90.

²¹⁰ İNCEOĞLU, s. 209.

²¹¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMi/SEROZAN/ARPACI), s.671; İNCEOĞLU, s. 209.

²¹² İNCEOĞLU, s. 210.

²¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMi/SEROZAN/ARPACI), s. 672-675; İNCEOĞLU, s. 210.

²¹⁴ Buna karşılık, konu komisyon sözleşmeleri açısından yeni Borçlar Kanunu m. 543'te (eBK m. 427) ele alınmıştır. Söz konusu hükmün 1. fıkrasına göre, "Borsada kayıtlı veya

karşılık, doktrinde temsilciyle temsil olunan veya temsilcinin temsil ettiği iki taraf arasında menfaat çatışması bulunması halinde, sadece iki durumda temsilcinin söz konusu işlemleri yapabileceği kabul edilmektedir. Bu konudaki birinci istisna, müvekkilin açık veya zımni onayı²¹⁶ olmasıdır. Temsil olunan tarafından tehlikenin öngörülebilir olması hatta tehlikenin kendisi tarafından bilinmesi durumunda dahi bu onayın geçerli olduğu kabul edilir. Onayın geçerliliğine ilişkin tek sınır, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılıktır²¹⁷. İşlemin niteliği dikkate alınarak tanınan ikinci istisna ise, temsilcinin kendisiyle ya da bir başkasının temsilcisi olarak işlem yapmasının müvekkil açısından bir zarar tehlikesi doğurmaması halidir²¹⁸. Yargıtayın da anılan kriterleri benimsediği görülmektedir²¹⁹.

piyasa fiyatı bulunan kambiyo senetleri veya diğer kıymetli evrakı ya da ticari malları satmaya veya satın almaya yetkili kılınan komisyoncu, veklet veren tarafından aksine talimat verilmemişse, satın alacağı mal yerine kendi mallarını satabilir veya satacağı malı kendisi için sahn alabilir. Bu hallerde, komisyoncunun kendisiyle işlem yaptığı andaki değerler esas alınır komisyoncunun, komisyon işlerinde alışılmış olan ücret ve giderlerini, bu hallerde bile isteme hakkı vardır".

115 ESENER, s. 72-110; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ALU>ACI), s. 671; TANDOĞAN, s. 222; İNCEOĞLU, s. 218-223.

²¹⁶ Buradaki onayın, temsil yetkisinin verilmesi aşamasında ya da temsil yetkisinin verilmesinden sonra ancak işlemin yapılmasından önce verilmesi gerekir. İşlemin yapılmasından sonra verilen onay, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işleme icazet verilmesidir. Bkz. İNCEOĞLU, s. 212, 213.

²¹⁷ İNCEOĞLU, s. 212.

²¹⁸ İkinci istisnaya örnek olarak, temsilci tarafından satılacak veya satın alınacak malın borsaya kayıtlı olması veya belirli bir piyasa değerinin bulunması verilmektedir. Bu durumda, malın piyasa değeri belirli olduğundan, müvekkil açısından bir zarar doğması söz konusu olmayacaktır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 230. Ancak, varılan bu sonuç, piyasa fiyatlarının istikrarlı olduğu, kısa zamanlarda büyük fiyat dalgalanmalarının yaşanmadığı piyasalar için uygulanabilir. Zira, fiyatların sürekli değişkenlik gösterdiği bir borsadan temsilcinin kendisi için en uygun zamanda işlem yapması durumunda müvekkil için bir zarar tehlikesi olmayacağını savunmak mümkün değildir. Ancak, yapılacak işlemin zamanının müvekkil tarafından belirlenmesi durumunda, temsilcinin kendi adına işlem yapabilmesi kabul edilmelidir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ARPA-CI), s.672, 673. İnceoğlu, tehlikenin mevcut olup olmadığının tespitinde kesin kriterler koymanın mümkün olmayacağını, değerlemenin somut olayın özelliklerinin dikkate alınması suretiyle yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. İNCEOĞLU, s. 214-216.

²¹⁹Yargıtay, 11.HD., 19.10.1981, E. 4359, K. 4309.

Yukarıda açıklanan istisnai haller dışında işlem yapılması durumunda yetkisiz temsil hali ortaya çıkacak ve işlemin geçerliliği temsil olunanın icazet vermesine bağlı olacaktır¹²⁰. Bu sonuca, vekilin sadakat borcum ve vekaletin kapsamının aşılması halinde dış ilişkide yetkisiz temsil esaslarının uygulanması ile ulaşılmaktadır. Yetkisiz temsile ilişkin, TBK m. 46 ve 47 hükümleri uyarınca, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlem askıda hükümsüzdür. Temsil olunan kişinin icazet vermesi halinde işlem yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanırm.

3. Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması

Temsil yetkisinin kötüye kullanılması halinde ise temsilci, işlemi kendisiyle yapmamakta ancak, temel (iç) ilişkiden doğan yükümlülüklerini çiğneyerek, temsil olunanın çıkarlarına ters düşen bir işlemi üçüncü kişi ile yapmaktadır²²⁴. Bu hallerde, "temsil olunan" şirketin çıkarları açısından yapılan işlemi geçersiz saymak gerekir. Öte yandan bu sonuç, temsilcinin yetkisini aşarak işlem yaptığı üçüncü kişinin menfaatleri ile çelişmektedir. Üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığına haklı olarak güvendiği durumlarda ise işlemin ayakta kalması açısından korunmaya değer menfaati bulunmaktadır. Söz konusu zıt çıkarlar arasında doktrinde şöyle bir denge çözümü önerilmektedir: Kural olarak, temsilcinin yetkisini aşarak üçüncü

¹²⁰ ESENER, s. 171; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/A.LTOP, s. 180; TANDOĞAN, s. 222; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI), s. 673-675; ÜĞÜZMAN/ÖZ, C. I, s. 230; EREN, s. 464.

²²¹ TANDOĞAN, s. 222. Ancak burada, temsil yetkisinin kötüye kullanılması durumundan farklı olarak, geçersizlik iddiasında bulunan kişi, temsilcinin temel (iç) ilişkiden doğan sadakat borcunu çiğneyerek, temsil olunan aleyhine hareket ettiğini ispatlamak zorunda değildir.

²²² İnCEOğlu, işleme icazet verilmemesi durumunda temsilcinin kendisiyle yaptığı işlemin geçersiz olacağını savunmakla beraber, yetkisiz temsilcinin işlemi kendisiyle yapmış olmasından dolayı, ortada bir üçüncü kişi bulunmaması sebebiyle, yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 47'nin (eBK m. 39) ve iyi niyetli üçüncü kişiyi koruyan hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Ancak yazar, TBK m. 46 (eBK m. 38) uyarınca, temsilcinin temsil olunana süre vermesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz. İNCEOĞLU, s. 218.

²²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI), s. 673.

²²⁴ KocAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI), s. 674; İNCEOĞLU, s. 223.

kişiyle yaptığı işlem geçerlidir. Böylece kural olarak üçüncü kişinin menfaatine üstünlük tanınmıştır. Buna karşılık, temsilci ile üçüncü kişinin, temsil olunanın aleyhine hileli bir anlaşma yapmaları durumunda ya da böyle bir anlaşma bulunmasa bile üçüncü kişinin iyi niyetli olmadığı hallerde temsil olunanın çıkarları korunup işlem geçersiz sayılacaktır".

4. Ara Değerlendirme

Yukarıda da açıklandığı üzere, TTK m. 39S/2'de alacaklılara takip yetkisinin tanınmış olması, bu hükme aykırı işlemlerin TTK m. 1530 hükmü nedeniyle batıl sayılmasına engel değildir. Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına ilişkin anonim ortaklıklar hukukunda özel bir düzenleme mevcuttur. TTK m. 395/1 uyarınca, yönetim kurulu üyesinin, genel kuruldan izin almaksızın şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapması yasaktır. Şirketin temsil yetkisini haiz üye ile işlem yapması halinde, işlemin her iki tarafında bu üye olacağından, burada temsilcinin kendisiyle işlem yapması söz konusudur. Temsilcinin bu işlemi bir başkası hesabına yapması ihtimalinde ise temsil yetkisinin kötüye kullanılması düşünülebilir. Ancak TTK m. 395/1 hükmü mutlak bir yasak öngörmemiş, işlemin genel kurulun onayı ile yapılmasına izin vermiştir. Öte yandan kanun koyucu, TTK m. 39S/2'de, şirket açısından daha büyük bir risk olarak değerlendirdiği ödünç ve teminat işlemlerinin genel kurul onayıyla bile yapılmasına izin vermemiştir. Bir diğer ifadeyle, genel kurulun izni ile yapılabilecek işlemler, TTK m. 39S/2'nin kapsamına girmeyen işlemlerdir. Bu nedenle, temsil olunanın onayı ile temsilcinin kendisiyle işlem yapabileceğini kabul eden görüşlerden borçlanma yasağı bakımından yararlanılması mümkün değildir. Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına izin verilen bir diğer hal olan, işlemin temsil olunan açısından bir risk teşkil etmemesi de kanımızca çoğunlukla uygulanabilir olmadığından, kural olarak TTK m. 395/2 hükmünü ihlal eden işlemlerin aynı zamanda temsile ilişkin kurallar nedeniyle de geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir.

Şirketi temsil yetkisini haiz pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin, bir başka temsilci ataması ve yasak kapsamındaki işlemi atadığı diğer temsilci ile yapması da hükmün dolanılması amacını taşıdığı için, yasak kap-

²²⁵ KoCAYUSUFPAŞAOĞLU (HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI), s. 674; İNEOĞLU, s. 224,225 ve 351-353.

samında değerlendirilmektedir". Borç verilen yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olması halinde bu kişinin borçlanması TTK m. 358'e tabi olacağından burada, kural olarak Kanun'un temsilcinin kendisiyle işlem yapmasına izin verdiği kabul edilmelidir. Ancak, verilen ödünç karşılığında piyasa koşullarına aykırı şekilde düşük faiz oranı kararlaştırılması halinde temsil yetkisinin kötüye kullanılması hakkındaki kuralların uygulanması mümkündür.

C. Adli Para Cezası

Pay sahibinin borçlanma yasağı hakkındaki TTK m. 358'in ihlal edilmesine bağlanan cezai müeyyide²²¹, TTK m. 395 hükmü için de söz konusudur". Buna göre, hükme aykırılık halinde suçun faili üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır [TTK m. 562/5 (c)]²²⁹.

²²⁶ KocAYUSUF ♦ AOCLu (HATEMi/SEROZAN/ARPAcr), s. 675; İNcEoĞLu, s.211.

²²¹ Fransa'da da, özellikle yönetim kurulu üyeleri, başkanı ve yöneticilerin şirket malvarlığını kötüye kullanmaları hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Bkz. Fransız Ticaret Kanunu, m. 242-6. Anılan hüküm uyarınca, kötü niyetle şirket menfaatlerine hanel geleceğini bilerek, kendisine, bir başka şirkete ya da doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili olduğu diğer bir teşebbüse menfaat sağlayarak, şirket malvarlığındanyararlanan ya da kredi alan kişiler beş yıla kadar hapis ve 375.000 Avro'ya kadar para cezası ile cezalandırılmaktadırlar. Hükmün her türlü malvarlığı devrini içine alacak şekilde geniş kaleme alınmasına karşın, cezanın söz konusu olabilmesi için şirket malvarlığının şahsi menfaat elde edilmesi amacıyla kötüye kullanılması gereklidir. Bkz. FLEISCHER, Disguised Distributions, s. 103, 104; CONAC/ENRIQUES/GELTER, s. 518; ENRIQUES/HERTIG/IC.A.NDA, s. 175. Anılan hükümde ayrıca azınlık pay sahiplerine, şirket yerine şikayette bulunma hakkı tanınmıştır. Şikayetin kabul edilmesi için, şirket malvarlığının kötüye kullanılması ile muhtemel zarar arasındaki bağın kurulması yeterlidir. Şikayetin kabul edilmesinden sonra, araştırma yapmak savcının görev ve yetkisinde olduğundan, bu yöntemin azınlık pay sahiplerine herhangi bir maliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, Fransa'da cezai müeyyide yoluna sıklıkla başvurulmaktadır. Fransız Adalet Bakanlığı'nın açıklamasına göre, 2000 ila 2006 yılları arasında her yıl 416 ila 480 "şirket malvarlığının kötüye kullanılması davası(nda mahkumiyet kararı verilmiştir. Bkz. CoNAC/ENRIQUES/GELTER, s. 518. Fransız Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği kadar geniş kapsamlı olmamakla birlikte, TTK m.562'de kısmen şirket sermayesi ile malvarlığının korunması amacıyla öngörülen ve cezai müeyyideye bağlanan filler bulunmaktadır. Bununla birlikte bu konudaki asıl cezai müeyyidelere TCK'da malvarlığına karşı işlenen suçlar kapsamında rastlanmaktadır. Bkz. TCKm.141-169.

²²⁸ Adli para cezasının niteliği ve hesaplanması hakkında yapılan açıklamalar için İkinci Bölüm, V, H.

²²⁹ Hukuka aykırı dağıtımların cezai müeyyideye bağlanmasının bu dağıtımları önleyici

Ancak, suçun faili TTK m. 358'de "*borç verenler*" olarak belirlenmişken, TTK m. 395/2'de suçun faili olarak, "*borçlanma yasağını ihlal edenler*" gösterilmiştir. Cezai müeyyideye bağlanan TTKm. 395/2 c. 1 ve 2, yasağı işlemin öznesi açısından düzenlediğinden, suçun faili öncelikle ödünç ve teminat alan üye ile üyenin yakınlarıdır. Ayrıca kanaatimizce, "*borçlanma yasağını ihlal edenler*" şeklindeki ifade ile müeyyide, bu borcu veren yöneticilere de uygulanacaktır²³⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki hüküm, yönetim kurulu üyeleri yanında borç verme işleminde katkısı olan ticari mümessil, ticari vekil ile terhis halinde diğer yöneticileri kapsamına alabilecek niteliktedir".

VI. YASAĞIN LİMİTED ŞİRKETLERE UYGULANMASI

Kanun'un kabul edilen ilkşeklinde, limited şirketlere uygulanacak olan anonim şirketlere ilişkin hükümleri gösteren 644. maddesinde, şirkete borçlanma yasağına dair 358. maddesine atıf yapılmış olmasına karşın, TTK m. 395/2 hükmüne yollama yapılması unutulmuştur²³².

Öte yandan, yollama listesindeki eksikler hakkında öğretide yapılan eleştirilerilJJdikkate alan kanun koyucu, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında bu listeyi zenginleştirmişve bu kapsamda TTKm. 395/2'ye yollamada bulunmuştur.

Ne var ki,TTKm. 395/2'yeyollama yapan TTKm.644/1 (b) hükmü, "*müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesihükümleri...*" hükmünü içermektedir. Anılan düzenleme bu kez, hükmün kişi açısından kapsamı ile hükmün ihlali halinde uygulanacak müeyyide konusunda eksiklikler içermektedir.

özelliği hakkında bkz. MAcEY/ENRIQ.UES, s.1171; VEIL,s.91, 93.

²³⁰ Öğretide, lehine teminat verilen kişinin, teminat işleminintarafı olmaması nedeniyle, bu kişinin adli para cezası ile cezalandırılmasının söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), C.1, s.676.

²³¹ ÖZKORKUT, Değişiklikler,s. 53; Hızır, s. 283.

^m Bu eksiklik, TTK m. 644'ün 358'e yaptığı gönderme sebebiyle limited şirketin ortak olan müdürünün borçlanma yasağına tabi olmasına; ortak olmayan müdürün ise şirkete serbestçe borçlanmasına sebep olacaktı.

²³³ Yollama listesindeki eksikliklerin eleştirisi için bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, Birinci Bası, s. 494, 495.

Gerçekten de, düzenlemenin ilgi çekici ilk özelliği hükmün kişi açısından kapsamına dairdir. Zira TTK m. 644/1 (b) hükmünün "*müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci*" ifadesinin lafzen yorumlanmasıyla, borçlanma yasağına sadece limited şirket müdürlerinin yakınlarının tabi olduğu sonucuna varılacaktır. Öte yandan, ortak olan müdür, yollama yapılan TTK m. 358 uyarınca şirkete borçlanabilecekken ortak olmayan müdürler, atıf yapılmasının unutulması sebebiyle herhangi bir koşula bağlı olmaksızın şirkete borçlanabilecektir²³⁵. Ancak kanaatimizce, hükmün, "müdürleri" ile "yakınlarının" sözcükleri arasında "ve" bağlacı ile birlikte okunması bir zorunluluktur²³⁵.

Düzenlemenin ikinci eksikliği ise, TTK m. 395/2'nin ihlali halinde uygulanacak olan TTK m. 562/ 5 (c) hükmüne atıf yapılmamasıdır. Söz konusu eksiklik nedeniyle, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, hükmün ihlali halinde adli para cezasının uygulanması mümkün değildir²³⁶. Son olarak eklemek gerekir ki, TTK m. 644'ün sadece TTK m. 395/2'nin ilk iki cümlesine yollama yapmış olması sebebiyle, limited şirket alacaklıları TTK m. 395/2 c. 3 hükmünden yararlanamayacak ve sadece İİK m. 89 uyarınca müdürler aleyhine takip yapabileceklerdir.

VII. BORÇLANMA YASAĞININ YÜRÜRLÜĞÜ MESELESİ

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin TTK m. 395/2 hükmü yalnızca TTK'nun yürürlüğe girmesinden sonra yapılan işlemlere uygulanabilecektir. Bu sonuca varılmasının gerekçeleri pay sahibinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358'in yürürlüğü bakımından yapılan açıklamalarda ifade edilen gerekçelerle paraleldir. Tekrardan kaçınmak amacıyla burada ilgili bölüme atıf yapmakla yetinilmektedir²³⁷.

^m ÖZKORKUT, Değişiklikler, s. 55; YAVUZ, Borçlanma Yasağı, s. 158.

²³⁵ KENDİGELEN, İİK Tespitler, s. 559, 560.

²³⁶ Bununla birlikte şüphesiz, hükme aykırılık neticesinde müdürlerin hukuki sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bkz. KENDİGELEN, ilk Tespitler, s. 560.

²³⁷ Bkz. İkinci Bölüm, VI.

SONUÇ

Bu çalışmada varılan sonuçların ve olması gereken hukuk yönünden önerilerin şu şekilde özetlenmesi mümkündür:

1. Pay sahibi ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı TTK'ya özgü ve yenidir. Bu nedenle, mukayeseli hukukta benzer düzenlemesi olmayan bu yasakla amaçlanan korumanın Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk geleneğine mensup ülkelerde nasıl sağlandığı çalışmanın ilk bölümünde araştırılmıştır.
2. TTK m. 395'in gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere borçlanma yasağı sermayenin korunması ilkesi gereği benimsenmiştir. Anılan ilke, 2017/ 1132 sayılı Yönerge'de benimsenen esas sermaye sisteminin bir sonucu olarak Kıta Avrupası hukukuna egemen olmuştur. Esas sermaye sistemi, sermayenin eksiksiz bir şekilde şirkete getirilmesini temin eden ve getirilen sermayenin pay sahiplerine iade edilmesini önleyen birçok kural barındırmaktadır. Ancak bu kurallar içerisinde borçlanma yasağı ile paralellik kurulabilecek düzenleme, sermayenin iadesi yasağı hakkındadır.
3. Sermayenin pay sahiplerine iade edilmesini yasaklayan hükümlerde benzer ifadeler kullanılmasına rağmen, bu yasak ile koruma altına alınan değer Alman ve İsviçre hukukunda farklılık göstermektedir. Alman limited şirketlerinde esas sermayenin karşılığını oluşturan malvarlığının korunması yeterli iken, anonim ortaklıklar hukukunda sermayeyi aşan malvarlığından dahi pay sahibine kanunen izin verilmeyen şekilde menfaat temin edilmesi sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu sonuca sermayenin

iade edilmesini yasaklayan AktG § 57/ 1 ve dağıtımın sadece kar payı şeklinde yapılabileceğini belirten AktG § 57/3'ün birlikte yorumlanmasıyla ulaşılmaktadır. İsviçre öğretisinde ise sermayenin iadesi yasağı ile, kapsamı tartışmalı olmakla birlikte, sadece bağlı malvarlığının korunduğu kabul edilmektedir. Bununla beraber, pay sahipleri ve yöneticiler ile onların ilişkili oldukları kişilere, şirkete tam değerli karşı talep hakkı verilmeksizin maddi çıkar sağlanması şeklinde nitelendirilen örtülü kar dağıtımlarına karşı şirket, OR m. 678/2 ile korunmaktadır.

4. Kıta Avrupası ülkelerinin aksine Anglo-Sakson ülkelerde, İngiliz anonim şirketler dışında, esas sermaye sistemine ve bu sistemin bir sonucu olan sermayenin iadesi yasağına rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, anılan ülkelerde de şirketin faaliyetleri neticesinde oluşan malvarlığının paysahiplerine dağıtılmasını engelleyen düzenlemeler ve mahkeme içtihatları bulunmaktadır. Bu ülkelerde koruma daha ziyade, örtülü dağıtımları engelleyen mahkeme kararlarıyla, kamunun aydınlatılmasına ilişkin düzenlemelerle, iflas hukuku kurallarıyla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması davasıyla ve yöneticilerin sorumlu kılınmasıyla sağlanmaktadır.
5. Kıta Avrupası ile Anglo-Sakson hukuk sistemleri, pay sahiplerine yapılacak dağıtımın şartları konusunda da farklı kurallar öngörmektedir. Kıta Avrupası'nda benimsenen bilanço testi ile, son yıllık bilançoda yer alan şirket net aktiflerinin, şirket bağlı malvarlığını aşması halinde pay sahiplerine dağıtım yapılmasına izin verilerek, esas sermaye ve dağıtılmasına izin verilmeyen yedeklerin toplamı koruma altına alınmıştır. MBCA uyarınca benimsenen Amerikan ödeme yeterliliği testi uyarınca ise dağıtım yapılabilmesi için, şirketin olağan ticari borçlarını ödeyebilecek durumda olması ve dağıtımdan sonra da bu özelliğini koruması gereklidir. Kanaatimizce bu kural, bilanço testinin sağlamadığı ek bir koruma tesis etmesi bakımından faydalıdır. Bu nedenle benzer bir düzenlenemin Türk hukukunda da benimsenmesi ile şirketin dağıtımlar neticesinde iflas etme riskinin bertaraf edilmesi mümkün olabilir. Nitekim Alman kanun koyucu da, bilançosal yaklaşıma geri dönerek sermayenin iadesi yasağını MoMiG ile yumuşatmış, ancak pay sahiplerine yapılan dağıtım ne-

ticesinde şirketin iflas etmesi halinde yöneticilerin sorumlulukları hakkında yeni bir kural ihdas ederek ek bir koruma öngörmüştür. Böylece, kanunda a_ çıkça öngörülmüş olmasa da yöneticiler sorumluluktan kurtulmak için ödeme yeterliliği testini uygulamak zorunda kalacaklardır.

6. Esas sermaye sistemi gereği kabul edilen kurallar özellikle Anglo-Sakson ülke yazarlarınca yoğun şekilde eleştirilmekte ve sistemin verimliliği sorgulanmaktadır. Yapılan eleştiriler esas itibarıyla iki gerekçeye dayanmaktadır: (i) Alacaklıların emredici kurallarla korunmasına gerek yoktur, zira alacaklılar için asıl koruma sözleşme hükümleri ile sağlanmaktadır. (ii) Maliyetli ve hantal bulunan bu sistemin alacaklılar için gerçek bir koruma tesis etmesi de mümkün değildir. Çalışmada, alacaklılar ile diğer menfaat sahiplerinin korunması için benimsenecek yegane sistemin esas sermaye sistemi olduğu ileri sürülmemekle birlikte, Anglo-Sakson ülkelerde kullanılan alternatif mekanizmalara Kıta Avrupası hukukunda sıklıkla başvurulmadığından, esas sermaye sistemi ve bu sistemin bir sonucu olan sermayenin korunması ilkesinden vazgeçilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Ayrıca, Anglo-Sakson ülkelerin tabana yayılmış pay sahipliği yapısı nedeniyle, pay sahiplerinin faydacı işlemlerine karşı şirketin korunması amacıyla ayrıntılı kurallar öngörülmesine gerek olmayacağı kabul edilebilirse de, bu görüş hakim pay sahipliği yapısı nedeniyle Kıta Avrupası hukuku için benimsenemez.
7. Türk hukukunda koruma altına alınan değerlerin dar ya da geniş yorumlanmasının sonucu olarak ilke "sermayenin korunması" ya da "malvarlığının korunması" şeklinde anılmaktadır. Çalışmada terminolojik açıdan bir tercihte bulunulabilmesi amacıyla TTK'da sermayeyi ve bu sermayeyi aşan malvarlığını koruyan hükümler incelenmiştir. Yapılan inceleme neticesinde hükümlerin büyük bir bölümünün sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeleri koruduğu tespit edildiğinden, ilkenin "sermayenin korunması ilkesi" olarak anılması tercih edilmiştir.
8. Sermayenin korunması ilkesi, sınırlı sorumluluk ilkesi ile ilişkilendirilerek ve daha ziyade alacaklı korunması açısından açıklanmakta-

dır. Ancak ilke alacaklılar kadar pay sahipleri, şirket çalışanları ve şirketin kendisi ile dahası kamunun menfaatinin temini açısından önemlidir. Her ne kadar TTK m. 357'nin gerekçesinde borçlanma yasağı ile eşit işlem ilkesi arasında bir bağlantı kurulamayacağı belirtilmiş olsa da, şirkete piyasa koşullarına aykırı şekilde ve uzun vadeli borçlanması, diğer pay sahiplerinin malvarlıksal haklarına zarar verecektir. Şirket bağlı malvarlığından borçlanmaya TTK m. 358 hükmü engel olduğundan, eşit işlem ilkesi özellikle serbest malvarlığından yapılan borçlanmalara karşı bir koruma sağlayacaktır. Yoksa ilkenin, borçlanma yasağının şartlarının oluşmadığı her koşulda pay sahiplerinin eşit işlem ilkesine uygun şekilde şirkete borçlanmasına izin verici bir yönü yoktur.

9. Çalışmanın ikinci bölümü TTK m. 358'de düzenlenen pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına ayrılmıştır. Anılan düzenleme, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklik öncesinde pay sahiplerinin iştirak taahhüdünden doğan borçlan dışında şirkete borçlanmaları yasaklanmakta, ancak söz konusu yasağa, üç şartın birlikte gerçekleşmesi koşuluyla istisna tanınmaktaydı. Aranan koşullardan ilki, borçlandırıcı işlemin şirketin işletme konusuna girmesi idi. Ancak işletme konusunun tespit edilmesinin zorluğu yanında, bu koşulun aranması özellikle işlemin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi riskini taşıması nedeniyle, değiştirilen hükümde bu koşula yer verilmemesi isabetli olmuştur. Benzer şekilde, işlemin pay sahibinin işletmesi gereği yapılması şartı da, ticari işletme işletmeyen sermaye şirketi pay sahiplerinin ya da tüketicilerin borçlanmalarının istisna kapsamında olup olmadığı tartışmasını yaratacak nitelikte olduğunda bu şarta da yeni hükümde yer verilmemesi yerinde bir tercihtir. Öte yandan, hükümde aranan son koşul olan işlemin emsalleriyle aynı veya benzer şartlarda yapılmış olması şartının aranması Kanun'un ruhu gereğidir. Bu nedenle, her ne kadar yapılan değişiklik neticesinde bu şarta açıkça yer verilmemesi eleştirilebilirse de değişikliğin işlemin piyasa koşullarında gerçekleşmesi şartını kaldırmadığı kabul edilmelidir.
10. Pay sahibinin şirkete borçlanabilmesinin ön koşulu olan, muaccel sermaye borcunun ifa edilmesi ve şirketin serbest yedek akçeleri ile

karının zararları karşılaması şartları değerlendirildiğinde, borçlanma yasağı ile korunmaya çalışılan değerle ilgili malvarlığı olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca yasağın, hakim pay sahiplerinin şirket malvarlığından orantısız olarak yararlanmasını engelleyici özelliği bulunması nedeniyle, yasağın benimsenmesine temel olan bir diğer ilkenin eşit işlem ilkesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

11. Yasağın pay sahibinin ilişkili olduğu kişilere borç verilmesi suretiyle dolanılmasının engellenmesi amacıyla, TTK m. 395 hükmünde olduğu gibi, belirli grup kişilerin pay sahibi hesabına hareket ettiği varsayılarak hükmün kapsamına açıkça alınmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmiş; ancak, hükümle amaçlanan korumanın sağlanabilmesi amacıyla yasağın pay sahibi hesabına hareket eden kişilere de uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca payın ilctisap edildiği andan itibaren paysahibinin yasağın muhatabı olacağı, yasağın uygulanması için ayrıca pay sahibinin bu sıfatının şirketçe bilinmesinin gerekmediği savunulmuştur.
12. Topluluk içinde gerçekleşen belirli işlemleri saklı tutan düzenlemeye pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağı hakkındaki TTK m. 395/2'de yer verilmiş olmasına karşılık, bu istisnanın TTK m. 358'de öngörülen yasak için de uygulanabileceği, diğer bir ifadeyle, grup şirketlerinin birbirlerine ödünç verebilmesinin TTK m. 358'deki koşulların varlığına bağlı olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.
13. Yasağın işlem açısından kapsamına ödünç ve teminat işlemleri, karşılıksız kazandırmalar ile kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemlerin girdiği ileri sürülmüştür. "Borçlanma" kavramının yasağın kapsamına ilişkin öğretide tartışma yaratması sebebiyle bu kavram yerine AktG § 89 hükmüne paralel şekilde kredi kavramının kullanılması, teminat işlemlerinin hükmün kapsamında olup olmadığı tartışmasını önleyeceğinden tercih edilebilirdi.
14. TTK m. 480/3'ün varlığına rağmen, TTK m. 358'in benimsenmesi kanun koyucunun ödünç işlemleri için bilançosal yaklaşımı reddettiğini göstermektedir. Bu nedenle, TTK m. 358'in ihdas amacı dikkate alınarak, borçlanılacak azami tutarın, şirket malvarlığından,

anılan hüküm uyarınca benimsenen bağlı malvarlığının çıkarılması suretiyle tespit edilmesi gereklidir. Diğer bir söyleyişle, kanaatimizce, şirketin pay sahibine ödünç verebileceği azami tutar serbest malvarlığı kadardır.

15. Şirketin verdiği ödünç nedeniyle kayba uğramaması için ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılması gerektiği ve bu amaçla faiz kararlaştırılmasının tefecilik suçunu oluşturmayacağı savunulmuştur.
16. TTK m.380 hükmü ile TTK m. 358'in öncelik sıraları araştırılmış ve TTK m. 380'in ihdas amacı değerlendirilerek anılan düzenlemenin özel hüküm niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır. Pay sahibinin aynı zamanda çalışan olması halinde ise, bu kişinin pay edinimi için şirketin ancak TTK m. 358'deki koşulların sağlanması şartıyla finansal destek sağlayabileceği ileri sürülmüştür.
17. Borçlanma yasağının işlem açısından kapsamına çalışmada savunulduğunun aksine tam iki tarafa borç yükleyen bütün işlemlerin girdiği kabul edildiğinde bu kez de TTK m. 358 ile TTK m. 379 ve 356 hükümlerinin uygulama alanları sorgulanmış ve TTK m. 379 ile 356 hükümlerinin yeterli koruma sağlaması sebebiyle, anılan hükümlerdeki koşullar yanında TTK m. 358'deki koşulların sağlanmasının gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır.
18. Borçlanma yasağının şartlarından pay sahibinin muaccel sermaye koyma borcunu ödemesi koşulunun pratik bir fayda sağlamayacağı, hükümde aranan finansal koşulun ise, şirket sermayesini koruyan diğer hükümlerle ve özellikle sermayenin iadesi yasağı ile örtüştüğü saptanmıştır.
19. Yapılan bu tespit, aynı amaca hizmet eden iki farklı hükmün benimsenmesi ihtiyacını sorgulatmıştır. Ancak bilançoda pay sahibine verilen ödünçün şirketin sahip olduğu alacak hakkı ile dengelenmesi sebebiyle, ödünç işleminin sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi hususu tartışmalıdır. Her ne kadar bilançosal yaklaşımın reddedilmesi ve sermayenin iadesi yasağının geniş yorumlanmasıyla ödünç işlemlerinin anılan yasağın kapsamında kabul edilebilmesi mümkün olsa da kanaatimizce ödünç işlemleri hakkında özel bir düzenleme yapılması hukuki belirliliğin sağlanma-

sı açısından faydalı olmuştur. Bununla birlikte borçlanma yasağına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olsaydı, piyasa koşullarına aykırı şekilde verilen ödünçün sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabileceğinden, daha özel bir koruma öngörmek amacıyla ihdas edilen borçlanma yasağının piyasa koşullarına aykırı işlemlere izin verdiği kabul edilemez.

20. Borçlanma yasağını ihlal eden yönetim kurulu kararları TTK m. 391 uyarınca batıldır. Çalışmada esas sözleşmede düzenleme yapmak suretiyle borçlanmalar hakkında genel kurulun yetkilendirilmesinin mümkün olduğu savunulduğundan, borçlanma yasağını ihlal eden genel kurul kararı da TTK m. 447 uyarınca batıl olacaktır.
21. Pay sahibine TTK m. 358'e aykırı şekilde verilen ödünç ve teminat işlemleri TTK m. 1530 uyarınca batıldır. Ancak butlanın herkeşe karşı ileri sürülmesi işlem güvenliğini tehlikeye atacaktır. Bu nedenle olması gereken hukuk bakımından borçlanma yasağının ihlal edilmesi halinde, bu ihlali bilmeyen ve bilmesi beklenemeyen üçüncü kişinin iyi niyetinin korunacağının açıkça hükme bağlanması gerekirdi. Ancak yine de menfaatler dengesi gereği aynı sonucun benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.
22. Borçlanma yasağını ihlal ederek pay sahibine ödünç verilmesi halinde bu işlem geçersiz sayılacak ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca pay sahibinin iade borcu ortaya çıkacaktır. Pay sahibinin kötü niyetli kabul edilmesi ve aldığını tam olarak iade etmesi dahi şirketin tüm zararını karşılamayabilir. Bu nedenle hükümde iade hakkında özel bir düzenleme yapılmamış ve pay sahibi ile işlemi yapan yöneticilerin sorumluluklarının açıkça düzenlenmemiş olması eksikliktir.
23. Kanaatimizce bağımsız şirketlerde bu eksikliğin, pay sahibinin haksız fiil sorumluluğu ile giderilmesi mümkündür. Ayrıca özellikle malvarlıklarının karışması, şirketin ayrı bir tüzel kişilik olarak değil, adeta paysahiplerinin temsilcisi, alter egosu ya da paravan şirketi gibi faaliyet göstermesi hallerinde, tüzel kişilik perdesinin aralanması davası da ikame edilebilir. Topluluk şirketlerinde ise, hakim şirketin sorumluluğu hakkındaki TTK m. 202 yeterli koruma sağlamaktadır.

Elbette, yasağı ihlal ederek pay sahibine borç veren yöneticilerden sorumluluk davasıyla şirketin zararının tazmin edilmesi de mümkündür.

24. Çalışmanın üçüncü bölümü ise pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağını konu edinmektedir. Anılan yasağın kapsamı 6335 sayılı Kanun ile kişi ve konu açısından daraltılmıştır. Aynı borçlanma ifadesinin yaratacağı muhtemel tartışmalar düşünüldüğünde, yasağın yapılan değişikliklerle nakdi borçlanmalarla sınırlandırılmış olması olumlu karşılanmıştır. Bununla birlikte, pay sahibinin ve dolayısıyla pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin belirli şartlarda borçlanmasına izin verilirken bu imkanın profesyonel yöneticilerden esirgenmesinin haklı bir gerekçesi bulunamamıştır.
25. Borçlanma yasağının dolanılmasının engellenmesi amacıyla yönetim kurulu üyelerinin belirli yakınlarının da açıkça hükmün kapsamına alınması yerinde bir tercihtir. Öte yandan, TTK m. 395'in gönderme yaptığı TTK m. 393 hükmünün yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi olması ihtimali düşünüldükçe ihdas edilmesi sebebiyle, borçlanma yasağının tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin ilişkili olduğu kişilere uygulanmaması eleştiriye açıktır.
26. Mukayeseli hukukta şirketle yöneticiler arasında yapılan işlemler nedeniyle şirketin zarara uğramasının nasıl engellendiği araştırılmış ve özellikle şirketin yöneticilere ödünç vermesi hakkında benimsenen kurallar irdelenmiştir. Yapılan araştırma neticesinde bu konuda iki farklı yaklaşım olduğu görülmüştür. Bunlardan ilki, Amerikan halka açık şirketler ile Fransız anonim şirketler hukukunda rastlanılan, şirketin yönetim kurulu üyelerine ödünç vermesinin mutlak suretle yasaklanmasıdır. İkinci yaklaşım uyarınca ise, ödünç işlemi yasaklanmamakta sadece belirli bir organın onayına tabi tutulmaktadır. Bu onayın İngiliz hukukunda genel kurul, Alman anonim ortaklıklar hukukunda ise gözetim kurulu tarafından verilmesi gereklidir. Kanaatimizce, hakim pay sahipliği yapısına sahip ülkemiz şirketlerinde, pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına izin verilirken bu imkanın yöneticilerden esirgenmesine gerek yoktur. Ayrıca ekonomik açıdan faydalı bulunan nakit havuzu yönteminin uygulanabilmesi için de

belirli koşullarda ödünç işlemi yapılmasına izin verilmelidir. Bununla birlikte, işleme genel kurul kararı ile onay verilmesi ancak paylan tabana yayılmış anonim ortaklıklar için koruma sağlayabilir. Benzer şekilde Alman hukukundaki gözetim organının Türk hukukunda bulunmaması sebebiyle, ödünç işlemine onaya bağlı izin verilmesi tercih edilmemelidir. Kanaatimizce, pay sahiplerinin borçlanma yasağına paralel şekilde şirketin bağlı malvarlığından yöneticilerine ödünç ve teminat vermesi yasaklanmalıdır. Diğer taraftan serbest malvarlığının korunması amacıyla, OR m. 678/2 hükmünde olduğu gibi, kapsamı ödünç ve teminat işlemleriyle sınırlı olmayan tüm örtülü dağıtımlar hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmesi ve bu düzenlemenin kişi açısından kapsamına pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ile tüm yöneticilerin alınmasıyla daha üstün bir korumanın tesis edilmesi mümkün olabilirdi.

27. TTKm. 395/3'te açıkça TTKm. 202 saklı tutularak grup şirketlerinin birbirlerine kefalet ve teminat vermelerine izinverildiğinden, bu teminat işlemlerinin, denkleştirme yapılması koşuluyla şirketi kayba uğratması mümkündür. Ancak bu kez, grup şirketlerinde kayıp doğuran teminat işleminin geçerliliği, sermayenin iadesi yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Teminatın, piyasa koşullarına aykırı ve bağlı malvarlığından sağlanması ihtimalinde, ancak bu teminatın paraya çevrilmesi ve dışarıya bir fon çıkışının gerçekleşmesi halinde, işlemin sermayenin iadesi yasağını ihlal ettiğisonucuna varılmalıdır. Ayrıca topluluğa ilişkin özel düzenlemeler, bağlı şirketin azınlık pay sahibi ve alacaklılarının menfaati için yeterli koruma sağladığından, TTK m. 395/3'te sayılmayan ödünç ve diğer teminat işlemlerinin de istisna kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.
28. TTK m. 395, BankK'nın ilgili hükümlerine nazaran daha katı bir yasağ öngörmektedir. Ayrıca hükmün ihlali halinde benimsenen müeyyideler de farklılık arz etmektedir. Her ne kadar TTK m. 395/ 4'ün eTK'dan doğrudan aktarıldığı için borçlanma yasağı açısından bir istisnaya yer vermek amacı taşımadığı ve hatta TTK m. 330 hükmü nedeniyle anılan düzenlemeye yer verilmesi gerekmediği ileri sürülebilirse de, kanaatimizce BankK hükümleri özel hüküm niteliğinde kabul edilmeli ve banka yönetim kurulu üyelerine kredi verilmesi

husussu sadece bankacılık mevzuatı hükümleri çerçevesinde yorumlanmalıdır.

29. TTK m. 395/2'ye aykırı bir işlemin TTK m. 1530 ile TBK m. 27 hükümleri gereği geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. Bu bağlamda, alacaklılara takip yetkisi veren hükmün, TTK m. 1530 hükmü kapsamında "aksine bir hüküm" olarak değerlendirilmemesi gerektiği; geçersiz bir işlem nedeniyle sebepsiz zenginleşme kurları uyarınca iade talebinin alacaklılar tarafından da yöneltilmesine izin veren bir düzenleme olarak yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir.
30. Borçlanma yasağını ihlal ederek iyi niyetli üçüncü kişiye verilen teminatın geçersiz sayılması işlem güvenliği açısından büyük bir risk teşkil etmektedir. Bu nedenle, üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması eksikliklerdir. Bununla birlikte kanaatimizce, iyi niyetin korunabilmesi için gerekli olan kanuni dayanağa TTKm. 371/3 ve 371/4 hükümlerinden kıyasen yararlanılarak ulaşılabilmektedir.
31. Çalışmada açıklandığı üzere, sermayenin iadesi yasağı hakkındaki TTK m. 480 hükmünün ödünç ve teminat işlemlerine uygulanabilir olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu nedenle kanaatimizce, borçlarına yasağı düzenlemesi ile şirketin bağlı malvarlığından ödünç ve teminat vermesi ve diğer kredilendirme amacı taşıyan işlemler yapması hukuki belirliliğin sağlanması açısından faydalıdır. Öte yandan, bu yasağın kişi açısından kapsamının belirlenmesinde pay sahipleri ile yöneticiler bakımından ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, TTK m. 395/2 ve 3 hükümlerinin kaldırılarak, genel ilkeler başlıklı TTK m. 358 hükmünün yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri kapsayıcı şekilde değiştirilmesi düşünülebilir.
32. Önerilen hükmün "*Borçlanma Yasağı*" kenar başlığı ile şu şekilde somutlaştırılması mümkündür:

"Şirketi pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve bunlarla ilişkili kişilere, esas veya çıkarılmış sermayesinden ve dağıtılmasına izin

verilmeyen yedek akçelerinden ödünç ve teminat veremez; bu kişilerle kredilendirme amacı taşıyan diğer işlemleri yapamaz.

202 ncimadde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketlere borçlanma yasağı uygulanmaz.

Birinci fıkrada sayılan kişileTj hükme aykırı şekilde aldıkları malvarlığı değerlerini tam olarak iadeetmekle ve şirketin tüm zararını karşılamakla yükümlüdürler. İade yükümlülüğüne ilişkin diğer hususlara 512 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları uygulanır.'

- 33.** Sermayenin iadesi yasağına ilişkin Türk öğretisinde yapılan bir diğer tartışma da korunan değere ilişkindir. Anılan hüküm ile tilin malvarlığının hukuka aykırı dağıtımlar ile aktanlmasının engellendiğini savunan yazarlar bulunduğu gibi, hükmün sadece sermayenin ya da sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedeklerin iadesini engellediği yönünde görüşler de mevcuttur. TTK m. 480/3 hükmünün sadece şirket bağlı malvarlığının iadesini engellediği görüşü kabul edildiğinde, serbest malvarlığından yapılan örtülü dağıtımlara karşı şirket yöneticilerinin sorumluluğu ve eşit işlem ilkesi ile kısmen korunmaktadır. Halbuki, bağlı malvarlığının şirket malvarlığının çok küçük bir bölümünü oluşturması nedeniyle kanımızca özellikle, serbest malvarlığının tereddüte yer bırakmayacak şekilde korunması gereklidir. Bu nedenle taslak İsviçre OR m. 678 düzenlemesinde olduğu gibi, serbest malvarlığından yapılan ödemelere ilişkin açık bir kural konulması faydalı olacaktır. Kanaatimizce, haksız ve kötü niyetli kar ve kazanç paylarının iadesi hakkındaki TTK m. 512 hükmünde değişiklik yapılması ve hükmün kapsamının genişletilmesi ile daha üstün bir koruma tesis edilmesi yerinde olacaktır.

- 34.** Önerilen hüküm şu şekildedir:

"Pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve bunlarla ilişkili kişileTj hak.sız olarak aldıkları kar payı, kazanç payı ile diğer geri ödemelerin iadesiyle yükümlüdürler.

Şirketin birinci fıkrada sayılan kişilerden bir malvarlığı değeri iktisap etmesi veya bunlarla sair hukuki işlemlerde bulunması halinde bu kişiler, edimler arası bariz bir orantısızlık bulunduğu ölçüde iade ile ve şirketin

tüm zararını karşılamakla yükümlüdürler.202 nci madde hükmü saklıdır.

Bu kişilerin iade yükümlülüklerin kapsamı ve iade alacağıının tabi olduğu zamanaşımı süresi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca belirlenir.

lade talebi; şirketin pay sahipleri ve iflas hdlinde alacaklılar tarafından ileri sürülebilir. Pay sahipleri ve alacaklılar ifanın şirkete yapılmasını talep ederler."

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, NECLA: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016 (*Yönetim Kurulu*).
- AKDAĞ GÜNEY, NECLA: Anonim Şirketlerde Kuruluş, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (*Kuruluş*).
- AKDAĞ GÜNEY, NECLA; GÜMÜŞ, ALPER: "Taşınmazların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", REGESTA 2013, C. 3, S.1, s.33-55 (*Taşınmazlar*).
- AKDAĞ GÜNEY, NECLA; GÜMÜŞ, ALPER: "Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", REGESTA 2013, C. 3, S. 3, s. 3-30 (*Taşınırlar*).
- AKER, HALİT: "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: "Hakim Teşebbüs"", BATİDER 2009, C. XXV, S. 2, s. 229-295.
- AKIN, İRFAN: Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2014 (*Sorumluluk*).
- AKIN, MURAT YUSUF: Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İMKB Yayınları, İstanbul 2002 (*Sadakat Borcu*).
- AKIN, MURAT YUSUF: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (*Bağlam*).
- AKKANAT, HALİL; AYDINCIK, ŞİRİN: "Grup Şirketleri Bağlamında Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", HPD 2005, S. 3.3, s. 218-222.
- AKÜNAL, TEOMAN: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1995.

- ALIŞKAN, MURAT: "İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", MÜHFHAD 2012, C. 18, S. 2, s. 207-242.
- ALLEN, WILLIAM T.; KRAAKMAN, R.EINER; SuBRAMANIAN, GuHAN: Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations, Aspen Publishers, 2009.
- ALTAY, SITKI ANLAM: Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- ALTMEPPEN, HoLGER: "Cash Pooling und Kapitalerhaltungim faktischen Konzern", NGZ 11, 2010, s. 401-407 (NGZ 11/2010).
- ALTMEPPEN, HoLGER: "Die Grenzen der Zulassigkeit des Cash Pooling", ZIP 22, 2006, s. 1025-1035 (ZIP 22/2006).
- ALTMEPPEN, HoLGER: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG, 5. Bası, Verlag C. H. Beck, München 2005 (*GmbHG*).
- ANDENAS, MADS; WooLDRIDGE, FRANK: European Comperative Company Law, Cambridge University Press, 2012.
- ANSAY, TuĞRUL: Anonim Şirketler Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1982.
- ANTALYA, GÖKHAN: "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", Sempozyum No:1 Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2008.
- ANTALYA, GÖKHAN; ACAR, FARUK: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017.
- ARAL, FAHRETTİN; AYRANCI, HASAN: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ARICI, M. FATİH: Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- ARICI, M. FATİH; VEZİROĞLU, CEM: Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- ARKAN, SABİH: Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018 (*Ticari İşletme*).

- ARKAN, SABİH:** "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Açısından Ticari İşletmenin Rehni", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu 16 Şubat 2018, Ed. Lale Sirmen, Barış Özbilen, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2018, s. 141-157 (*Ticari işletmenin Rehni*).
- ARMOUR, JOHN:** "Avoidance of Transactions as a "Fraud on Creditors" at Common Law", Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency, Hart Publishing 2003, s. 281-329 (*Fraud on Creditors*).
- ARMOUR, JOHN:** "Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law", The Modern Law Review Limited 2000, V. 63, No. 3, s. 355-378 (*Creditor Protection*).
- ARSLAN, ÇETİN:** "Tefecilik Suçu", Ankara Barosu Dergisi 2014, S. 1, s. 25-47.
- ARSLANLI, HALİL:** Anonim Şirketler, C. I Umumi Hükümler, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.
- ARTUK, MEHMET EMİN; GÖKÇEN, AHMET; YENİDÜNYA, CANER:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- ATLIHAN, ÖZEN:** "Türk Ticaret Kanunu'na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı (TTK m. 334-Tasarı m. 395)", İstanbul Barosu Dergisi 2009, C. 83, S. 4, s. 1949-1992.
- AYAN, ÖZGE:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- AYDIN, ALİHAN:** Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2008 (*Kendi Payını Edinme*).
- AYDIN, ALİHAN:** "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Sınırları ve Temsil Yetkisinin/Gücünün Kötüye Kullanılması Sorunu", BATİDER 2014, C. XXX, S. 1, s. 123-188 (*Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi*).
- AYDOĞAN, FATİH:** Tek Kişi Ortaklığı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (*Tek Kişi*).

- AYDOĞAN, FATİH: "Federal Almanya'da Limited Şirketler Kanunu'nda (GmbHG) Yapılan Değişiklikler- Yenilikler", BATİDER 2009, C. XXV, S. 3, s. 391-421 (*MoMiG*).
- BACHNER, THOMAS: *Creditor Protection in Private Companies Anglo-German Perspectives* for a European Legal Discourse, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- BALOTTI, R. FRANKLIN; FINKELSTEIN JESSE A.: *Delaware Law of Corporations & Business Organizations*, Wolters Kluwer Law & Business, 2010.
- BAHTİYAR, MEHMET: *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.
- BATTAL, AHMET: "Gerçek Kişilerin Tacir Sıfatına Sahip Olma ve İflası Tabi Tutulma Şartları Konusundaki Yargıtay Uygulaması", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2003, s. 97-121.
- BAUMAN, JEFFREY D.: *Corporations Law and Policy Materials and Problems*, West Academic Publishing, 2009.
- BAYER, WALTER: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, (Hrsg. Goette/Habersack), 1. Band, 3. Bası, Verlag C. H. Beck, München 2008.
- BERGLÖF, ERIK; BURKART, MIKE: "European Takeover Regulation", *Social Science Research Network*, <http://www.ssrn.com> (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- BEURSKENS, MICHAEL; NOACK, ÜLRICH: "The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?", *German Law Journal* 2008, V. 09, No. 09, s. 1069-1092 (*The Reform*).
- BEZZENBERGER, TILMAN: *Das Kapital der Aktiengesellschaft*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005 (*Kapital*).
- BEZZENBERGER, TILMAN: *Erwerb eigener Aktien durch die AG*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002 (*Erwerb*).
- BEZZENBERGER, TILMAN: *Aktiengesetz Kommentar*, (Hrsg. Schmidt/Lutter), 1. Bası, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008 (*AktG*).

- BİLGİLİ, FATİH; DEMİRKAPI, ERTAN: Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013.
- BINDER, PETER M.: Das Verbot der Einlagerückgefahr im Aktienrecht, Verlag Hans Schellenberg, 1981.
- BİRTEK, FATİH: "Tefecilik Suçu", TürkHukukSitesi, (http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_988.htm) (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- BLACK, BERNARD; CHEFFINS, BRIAN; GELTER, MARTIN; KIM, HWA-JIN; NOLAN, RICHARD; SIEMS, MATHIAS; PRAVA, LINIA: "Comparative Analysis on Legal Regulation of the Liability of Members of the Management Organs of Companies", European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 103/2008, Şubat 2008, s. 1-304.
- BOMMERT, RAINER: Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Heymanns Verlag, 1989.
- BORA, SEVDA: Şirkete Borçlanma Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- BOZKURT YAŞAR, SEVGİ: Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulaması, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Bası, Schulthess Verlag, 2009.
- BÖCKLI, PETER; HUGUENIN, CLAIRE; DESSEMONTET, FRANÇOIS: Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, SchulthessJuristische Medien, Schulthess Verlag, 2004.
- CAHN, ANDREAS; VON SPANNENBERG, MICHAEL ALEXANDER SCHILD: Kommentar zum Aktiengesetz, (Hrsg. Spindler/Stilz), 1. Band, 2. Bası, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- CAHN, ANDREAS; DONALD, DAVID C.: Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2011.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM: "Die Rückgewahr von Gesellschaftereinlagen durch Zuwendungen an Dritte", Festschrift für Robert Fischer, de Gruyter Recht, 1979, s. 31-64.
- CENTEL, NUR; ZAFER, HAMİDE; ÇAKMUT, ÖZLEM: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

- CoNAC, PIERRE-HENRI; ENRIQUES, LucA; GELTER, MARTIN: "Constraining Dominant Shareholder's Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy", ECFR 4/2007, s. 491-528.
- ÇAMOĞLU, ERSİN: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (*Sorumluluk*).
- ÇAMOĞLU, ERSİN: "Anonim Ortaklık_Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu", İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 389-402 (*Özen Borcu*).
- ÇAPA, MEHMET SADIK: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- ÇELİKTAŞ, İLYAS: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006.
- ÇoNKAR, M. HALİL: Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016 (Ayni Sermaye).
- ÇoNKAR, M. HALİL: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sıfatının İspatlanması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (Pay Sahipliği Sıfatı).
- DEMİRBAŞ, TİMUR: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- DEĞİRMENCİ, CENKER: Anonim Ortaklıkta Iskat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- DEVELİOĞLU, H. MURAT: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- DJANKOV, SIMEON; LA PORTA, RAFAEL; LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO; SHLEIFER, ANDREI: "The Law and Economics of Self-Dealing", Journal of Financial Economics, 2008, V. 88, No. 3, s. 430-465.
- DOĞAN, BEŞİR FATİH: "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", TBB Dergisi 2005, S. 56, s. 48-60 (*Sermayenin İadesi*).
- DOĞAN, BEŞİR FATİH: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011 (*Yönetim Yetkisinin Devri*).

- DOĞANAY, İSMAİL: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.
- DoNAY, SüHEYL: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- DÖLLERER, GEORG: Verdeckte Gewinnausschüttungen und Verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 2. Bası, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg 1990.
- DÖNMEZER, SULHİ; ERMAN, SAHİR: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- DRINHAUSEN, FLORIAN: Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, (Hrsg. Thomas Heidel), 4. Bası, Nomos Verlag, 2014.
- DRUEY, JEAN NİCOLAS: Das Schweizerische Obligationenrecht (Hrsg. Guhl/Koller/Schnyder/Druey), 9. Bası, Schulthess Verlag, Zurich 2000.
- DRYGALA, TİM: "Directors Liability in the Member States of the European Union", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed), ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 232-253 (*Directors Liability*).
- DRYGALA, TİM: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 3. Bası, Cari Heymanns Verlag, Köln 2011 (*Kölner Kommentar* 2011).
- DRYGALA, TİM; STAAKE, MARCO; SZALAI, STEPHAN: Kapitalgesellschaftsrecht, Springer Publishing, 2012.
- DURGUT, RAMAZAN: Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- DÜRR, ROGER: Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Schulthess Verlag, 2005.
- EISENBERG, MELVIN ARON: "Self-Interested Transactions in Corporate Law", Journal of Corporation Law 1988, s. 1-15.
- EMİNOĞLU, CAFER: Konzern/Gesellschaftengruppe, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- ENGERT, ANDREAS: "Life Without Legal Capital: Lessons from American Law", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 646-694 (*Legal Capital*).
- ENGERT, ANDREAS "Kreditgewährung an GmbH-Gesellschafter und bilanzorientierter Kapitalschutz", Betriebs-Berater, 36/2005, s. 1951-1958 (*Kapitalschutz*).

- ENRIQUES, LucA; HERTIG, GERARD; KANDA, HIDEKI: "Related-Party Transactions", *The Anatomy of Corporate Law*, 2. Bası, Oxford University Press, 2009, s. 153-182.
- EREN, FİKRET: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, Yetkin Yayınları, İstanbul 2017.
- ERDEM, H. ERCÜMENT: "Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi", *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 393-419.
- ERİŞ, GÖNEN: *Açıklamalı, İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu*, C. 1, Ticari İşletme ve Şirketler, Adalet Matbaacılık, 1992.
- ERMAN, SAHİR: *Şirketler Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku VII*, İ.Ü. Basımevi, İstanbul 1993.
- EROL, HAYDAR: *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Yayın Matbaacılık, Ankara 2006.
- ESENER, THRHAN: "Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması", *AÜHFD* 1957, C. XIV, S. 1, s. 72-110.
- ESİN, İSMAİL: "Hissedarlar Sözleşmesi", *Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, (27-28 Mayıs 2005), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, Cilt II, S. 1, s. 475-481.
- FLEISCHER, HOLGER: "Disguised Distributions and Capital Maintenance in European Company Law", *Legal Capital in Europe*, Marcus Lutter (Ed), ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 94-111 (*Disguised Distributions*).
- FLEISCHER, HOLGER: "Legal Capital: A Navigation System for Corporate Law Scholarship", *EBOR* 2006, V. 7, No. 1, s. 29-38 (*Legal Capital*).
- FLEISCHER, HOLGER: *Aktiengesetz Kommentar § 1-149*, (Hrsg. Schmidt/Lutter), I. Band, 2. Bası, Verlag C. H. Beck, 2010 (*AktG Schmidt/Lutter*).
- FÖRSTMOSER, PETER; MEIER-HAYOZ, ARTHUR; NÖBEL, PETER: *Schweizerisches Aktienrecht*, Stampfli Verlag, Bern 1996.
- FRIDRICH, JOHANNES: *Der Schutz des Kapitals der Aktiengesellschaft bei fremdfinanzierter Übernahme*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

- FRIZ, ENRICO: "Darlehen an Konzerngesellschaften", GesKR, 2006, s. 325-330.
- GEVURTZ, FRANKLIN A.: Corporation Law, Publishers West Group, 2000.
- GEORGEN, MARC; RENNEBOOG, Luc: "Why Are the Levels of Control (So) Different in German and U.K. Companies? Evidence from Initial Public Offerings", The Journal of Law, Economics & Organization, V.19, No.1, s. 141-175.
- GEORGEN, MARC; MARTYNOVA, MARINA; RENNEBOOG, Luc: "Corporate Governance Convergence: Evidence From Takeover Regulation Reforms in Europe", Oxford Review of Economic Policy, V. 21, No.2, s. 243-268.
- GISSON, ROLAND J.: "Controlling Family Shareholders in Developing Countries: Anchoring Relational Exchange", ECGI Law Working Paper No. 79/2007, s. 1-31 (*Family Shareholders*).
- GISSON, ROLAND J.: "Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the Comparative Taxonomy", Harvard Law Review 2006, V. 119, No. 6, s. 1642-1679 (*Corporate Governance*).
- GOWER, LAURENCE C. B.; DAVIES, PAUL: Principles of Modern Company Law, 8. Bası, Sweet & Maxwell, 2008.
- GRUNDMANN, STEFAN; GLASOW, FALKO: European Company Law, 2. Bası, Intersentia, 2012.
- GÜMÜŞ, ALPER MUSTAFA: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (*Özen Borcu*).
- GÜMÜŞ, ALPER MUSTAFA: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (*Özel Hükümler*).
- GÜNAY, EcE DENİZ: Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı ve Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- GÜREL, MURAT: Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 380.1), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2014.

- HABERSACK, MATHIAS: GmbHG GroBkommentar, (Hrsg. Ulmer/Habersack/Winter), Ergänzungsband MoMiG, Mohr Siebeck Verlag, 2010.
- HABERSACK, MATHIAS; VERSE, DIRK: Europaisches Gesellschaftsrecht, Verlag C. H. Beck 2011.
- HACIMAHMUTOĞLU, SİBEL: "AT Komisyonu'nun Ortaklığın Kontrolünü Ele Geçirme Aracı Olarak Pay Alım Önerisine İlişkin 13. Ortaklıklar Hukuku Yönerge Teklifi Üzerine Bir İnceleme", BATİDER 2001, C. XXI, S. 1, s. 95-138.
- HAMILTON, ROBERT W.; MACEY, JONATHAN R.; MOLL, DOUGLAS K.: Corporations Including Partnerships and Limited Liability Companies, Publishers West Group, 2010.
- HATEMİ, HÜSEYİN; GÖKYAYLA, EMRE: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- HELVACI, MEHMET: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (*Sorumluluk*).
- HELVACI, MEHMET: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000 (*Faiz*).
- HENZE, HARTWIG: Aktiengesetz GroBkommentar § 53a-75, (Hrsg. Hopt/Wiedemann), 2. Band, 4. Bası, de Gruyter Recht, 2008.
- HIRTE, HERIBERT: Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Bası, RWS, 2001.
- HIZIR, SERDAR: "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasasını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", BATİDER 2013, C. XXIX, S. 2, s. 225-289.
- HOMMELHOFF, PETER: Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz Kommentar, 17. Bası, Verlag Schmidt, 2009.
- HOPT, KLAUSJ.; ROTH, MARKUS: GroBkommentar Aktiengesetz, 2005.
- HUBER, ULRICH; HABERSACK, MATHIAS: "Special Rules for Shareholder Loans: Which Consequences Would Arise for Shareholder Loans if the System of Legal Capital Should be Abolished?", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 308-324.
- HUECK, ALFRED; FASTRICH, LORENZ: GmbHG, (Hrsg. Baumbach/Hueck) 19. Bası, Verlag C. H. Beck, 2010.

- f-ÜPFER, UwE: Aktiengesetz, 9. Bası, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- İMREGÜN, OĞUZ: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005 (*Kara Ticaret Hukuku*).
- İMREGÜN, OĞUZ: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul 1989 (*Anonim Ortaklıklar*).
- İMREGÜN, OĞUZ: Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1962 (*Menfaat İhtilafları*).
- İNCEOĞLU, MURAT M.: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- JOHNSON, SIMON; LA PORTA, RAFAEL; LOPEZ-DE-SILANES, FLORENÇIO; SHLEIFER, ANDREI: "Tunneling", Capital Markets and Company Law, (Ed) Klaus Hopt/Eddy Wymeersch, OUP, 2003, s. 611-618.
- KAPLAN, İBRAHİM: "Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları", BATİDER 2009, C. XXV, S. 4, s. 37-46.
- KARAHAN, SAMİ: "Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliklerin Sonuçları", Grand Thornton Haber Bülteni 2012, S. 6, s. 7-11.
- KARASU, RAUF: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- KAYA, ARSLAN: "Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı", İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 193-204.
- KAYAR, İSMAİL: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Mimoza Yayınları, Kayseri 1997.
- KENDİGELEN, ABUZER: "Şirkete Borçlanma Yasağı (PaySahibinin/Şirketler Topluluğunda)", Hukuki Mütalaalar, C. XII: 2012-2013/1, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 45-48 (*Pay Sahibinin Borçlanma Yasağı*).
- KENDİGELEN, ABUZER: "Şirkete Borçlanma Yasağı (Yönetim Kurulu Üyelerinin)" Hukuki Mütalaalar, C. XII: 2012-2013/1, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 49-54 (Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı).

- KENDİGELEN, ABUZER: "Sermaye Şirketlerine İlişkin Bazı Sorunlar Finansal Yardım Yasağı-Örtülü Sermaye- Limited Şirket Esas Sermaye Payının Haczi/Rehni", Hukuki Mütalaalar, C. XI: 2010-2011, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 138-144 (*Mütalaalar XI*).
- KENDİGELEN, ABUZER: Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016 (*ilk Tespitler*).
- KENDİGELEN, ABUZER: "Yeni Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklere Toplu Bir Bakış", REGESTA 2012, C. 2, S. 3, s. 3-12 (*Değişiklikler*).
- KENDİGELEN, ABUZER: "Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığın Kuruluşu", Makalelerim Cilt I 1986-2001, İkinci Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2006, s. 289-333 (*Anonim Ortaklığın Kuruluşu*).
- KENDİGELEN, ABUZER: "Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İç Ticaret 1995/1 Sayılı "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi", Makalelerim Cilt I:1986-2001, İkinci Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2006, s.167-213 (*Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği Tebliği*).
- KENDİGELEN, ABUZER: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Yayınevi, İstanbul 1994 (*İntifa*).
- KENDİGELEN, ABUZER: "Sermaye Şirketlerinde Ehliyet-Temsil-Butlan ve Kuruluştan Doğan Sorumluluk", Makalelerim Cilt I: 1986-2001, İkinci Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2006, s. 509-536 (*Sorumluluk*).
- KERSHAW, DAVID: Company Law in Context, İkinci Bası, OUP, 2012.
- KIRCA, İSMAİL: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi -Özen Borcu", BATİDER 2004, C.XXII, S. 3, s. 85-96 (*Özen Borcu*).
- KIRCA, İSMAİL: "Kredi Teminatı Aracı Olarak Himaye Beyanı", AÜHFD 1995, C.44, S.1, s. 443-450 (*Himaye Beyanı*).

- KIRCA, İSMAİL: "Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11.HD'nin 10.06.2008 tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 3, Ankara 2009, s. 641-651 (*Sermayenin ladesi*).
- KIRCA, İSMAİL; ŞEHİRALİ ÇELİK, FEYZAN HAYAL; MANAVGAT, ÇAĞLAR: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013 (C.1).
- KIRCA, İSMAİL; ŞEHİRALİ ÇELİK, FEYZAN HAYAL; MANAVGAT, ÇAĞLAR: Anonim Şirketler Hukuku, C. il, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2016 (C. 2/2).
- KIRCA, İSMAİL; GÜREL, MURAT: "Bağlı ve Bağımsız Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması ve Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Özgül Ağırlığı", BATİDER 2014, C. XXX, S. 2, s. 5-19.
- KIRCHMAIER, THOMAS; GRANT, JEREMY: Financial Tunneling and the Revenge of the Insider System, 2005 (https://www.researchgate.net/publication/239436431_Financial_Tunneling_and_the_Revenge_of_the_Insider_System_How_to_Circumvent_the_New_European_Corporate_Governance_Legislation), s. 1-35 (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- KLEFFNER, THOMAS: Erhaltung des Stammkapitals und Haftung nach § 30, 31 GmbHG, Duncker & Humblot, 1993.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP; HATEMİ, HÜSEYİN, SEROZAN, RONAİ ARPACI, ABDÜLKADİR: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- KOLL-MÖLLENHOFF, RAINER: Das Prinzip des festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, Verlag C. H. Beck, 2005.
- KORT, MICHAEL: Aktiengesetz Großkommentar, 3. Band, 4. Bası, de Gruyter, Berlin 2006.

- KoRTUNAY, AYHAN: "Alman Limited Şirketler Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukukuna Yönelik Bazı Tespitler", BATİDER 2009, C. XXV S. 3, s. 317-344.
- KRAAKMAN, REINIER; ARMOUR, JOHN; DAVIES, PAUL; ENRIGUES, LUCA; HANSMANN, HENRY B.; HERTIG, GERARD; HOPT, KLAUS; KANDA, HIoEKI; RocK, EowARD B.: The Anatomy of Corporate Law, 2. Bası, OUP, 2009.
- KuMKALE, RÜKNETTİN: Hukukçular İçin Muhasebe Bilgileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- KURT, EKREM: Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- LA PORTA, RAFAEL; LOPEZ-DE-SILANES, FL0RENCIO; SHLEIFER, ANDREIj VISHNY, RoBERT W.: "Law and Finance", Journal of Political Economy 1998, V. 106, No. 6, s. 1113-1155 (*Law and Finance*).
- LA PORTA, RAFAEL; LOPEZ-DE-SILANES, FL0RENCIOj SHLEIFER, ANDREI; VısHNY, RoBERT W.: "Legal Determinants of External Finance", Journal of Finance 1997, V. 52, No. 3, s. 1131-1150 (*Legal Determinants*).
- LUTTER, MARCUS: "Legal Capital of Public Companies in Europe", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 1-14 (*Legal Capital*).
- LUTTER, MARCUS (En): Legal Capital in Europe, de Gruyter Recht, 2006 (*Legal Capital in Europe*).
- LUTTER, MARCUS: Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien-und GmbH-Rechten der EWG, C. F. Müller Verlag, 1964 (*Kapital*).
- LuTTER, MARCUS: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 1, 2. Bası, Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns Verlag, 1988 (*Kölner Kommentar*).
- LUTTER, MARcus; DRYGALA, TıM: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 3. Bası, Cari Heymanns Verlag, Köln 2011 (*Kölner Kommentar 2011*).

- MACEY, JoNATHAN R.; ENRIQUES, LucA: "Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules", Faculty Scholarship Series Paper 1413, (2001) (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1413), s. 1165-1204 (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- MACEY, JONATHAN R.: Macey on Corporation Laws, C. II, Aspen Publishers, 1997.
- MALKOÇ, İSMAİL: Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Malkoç Kitabevi, Ankara 2006.
- MANAVGAT, ÇAĞLAR: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasını Etkileyen Yönleri", YÜHFD 2005, C. II, S.1, s. 523-55 (*Sermaye Piyasası*).
- MANAVGAT, ÇAĞLAR: Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016 (*Halka Arz*).
- MANNING, BAYLESS; HANKS, JAMES JR.: Legal Capital, 3. Bası, Foundation Press, 1990.
- MARSH, HAROLD: "Are Directors Trustees? Conflict of Interest and Corporate Morality", 22 Business Law, 1966, s. 35-76.
- McCAHERY, JOSEPH A.; VERMEULEN, ERİK M.: "Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post- Parmalat Agenda", Corporate Governance in Context, Ed. Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, Heideki Kanda, Harald Baum, OUP, Oxford 2005, s. 215-245.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR; FORSTMOSER, PETER: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Stampfli Verlag, Bern 2012.
- MERKT, HANNO; SPINDLER, GERALD: "Direct Liability of Controlling Parties (Piercing the Corporate Veil) and Related Legal Constellations", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 166-231.
- MERTENS, HANS-JOACHIM; CAHN, ANDREAS: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/1, 3. Bası, Heymanns Verlag, 2009.
- MEYER, TOBIAS: Glaubigerschutz durch Kapitalschutz, Dike Verlag, 2009.

- WALLA, MASSIMO: "Legal Capital and Limited Liability Companies: the European Perspective", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2005, s. 413-486.
- MoROĞLU, ERDOĞAN: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017 (*Hükümsüzlük*).
- MoROĞLU, ERDOĞAN: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016 (*Değerlendirme ve Öneriler*).
- MoROĞLU, ERDOĞAN: "Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Paysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Paysahiplerine Karşı Korunması", Makaleler I, 3. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 215-224 (*Çoğunluk Paysahipleri*).
- MoROĞLU, ERDOĞAN: "Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı", Makaleler I, 3. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 45-53 (*İştirak Taahhütleri*).
- MoROĞLU, ERDOĞAN: "Ticaret Ortaklıklarına Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Bunun Üzerindeki Bir Ayni Hakkın Konulması Taahhüdü", Makaleler I, 3. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 27-40 (*Aynı Hak*).
- MoROĞLU, ERDOĞAN: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018 (*Sermaye Artırımı*).
- MoROĞLU, ERDOĞAN; KENDİGELEN, ABUZER: İċtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- MüLBERT, PETER O.; BIRKE, MAX: "Legal Capital - Is There a Case Against the European Legal Capital Rules?", EBOR 2002, V. 3, No. 4, s. 695-732.
- NARBAY, ŞAFAK: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 287-327 (*Denetim Usulü*).

- NARBAY, ŞAFAK: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010 (*Özel Denetim*).
- NEUHAUS, MARKUS R.: Verdeckte Gewinnausschüttungen aus steuerlicher Sicht, Treuhand Kammer, 1997.
- NEUHAUS, MARKUS R.; BALKANYI PATRICK: Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, (Hrsg. Honsell/Vogt/Watter), 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- NOACK, ULRICH; BEURSKENS, MICHAEL: "Modernising the German GmbH-Mere Window Dressing or Fundamental Redesign?", EBOR2008, V.9, No. 1, s.97-124 (*Modernising the GmbH*).
- NOMER ERTAN, FÜSUN: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, Beta Yayınevi, İstanbul 1999 (*Sadakat Yükümlülüğü*).
- NOMER, FÜSUN: "Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s. 469-490 (*Eşit İşlem İlkesi*).
- NOMER; HALUK N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017 (*Borçlar*).
- ODMAN BOZTOSUN, AYŞE: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi", (<https://docplayer.biz.tr/15117259-Yeni-turk-ticaret-kanunu-nda-sirketlerde-yolsuzluga-karsi-duzenlemele-rin-elestirel-gozle-degerlendirilmesi.html>), s. 1-19 (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- OESCHLER, JÜRGEN: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 3. Bası, Verlag C. H. Beck, München 2008.
- ÜĞÜZMAN, KEMAL; ÖZ TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (*C. I*).
- ÜĞÜZMAN, KEMAL; ÖZ TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018 (*C. II*).
- ÜĞÜZMAN, KEMAL; BARLAS, NAMİ: Medeni Hukuk, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- ÜĞÜZMAN, KEMAL; SELİÇİ ÖZER, OKTAY-ÖZDEMİR, SAİBE: Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, 19. Bası, İstanbul 2016.

OKUTAN NILSSON, GüL: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2009 (*Şirketler Topluluğu*).

OKUTAN NİLSSON, GüL: "Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı", Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk-Alman Uluslararası Sempozyumu (25-26 Haziran 2010), İstanbul Borsası, İstanbul 2011, s. 90-100 (*Finansal Yardım Yasağı*).

OKUTAN NILSSON, GüL: "Prof. Dr. Hasan Pulaşlı, Doç. Dr. Şükrü Yıldız, Av. Barbaros Çağa ve Av. Dr. İsmail Esin'in Tebliğleri Hakkındaki Soru ve Cevaplar", Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, (27-28 Mayıs 2005), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. II, S. 1, s. 483-496 (*Sempozyum*).

OMAĞ, MERİH KEMAL: "Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi", Hukuk Araştırmaları Dergisi 1986, C. I, S. 1, s. 1-8.

ÖNAY, IŞIK: Yenileme, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.

Öz, TuRGUT: Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı Hukuk, İstanbul 1990.

ÖzDAMAR, MEHMET: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ÖzDiN, FUNDA: "Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik (§ 57/1/c. 3 AktG, § 3071/c. 2 GmbHG)", Arslanlı Bilim Arşivi, (www.arslanlibilimarsivi.com), s. 1-36 (Erişim tarihi: 11.10.2018).

ÖZEN, BURAK: Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

ÖZGENÇ, İZZET: "Tefecilik Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. XIV, S. 1, s. 543-553.

ÖzKORKUT, KORKUT: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetimle İlişkin Değişiklikler", BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 3, s. 45-71 (*Değişiklikler*).

ÖZKORKUT, KORKUT: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Sermaye Şirketleri Açısından Değişiklik Depremi", Vergi Sorunları Dergisi 2012, Yıl 35, S. 286, s. 19-26 (*Değişiklik Depremi*).

- ÖZTEK, SELÇUK; MEMİŞ, TEKİN: "Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması", Sempozyum No:1 Tüzel **Kişilik** Perdesinin Aralanması, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2008, s. 195-216.
- PASLI, ALİ:"Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4- Bölüm 1: Genel Hükümler ve Temel İlkeler", BATİDER 2011, C. 27, S. 3, s. 137-167 (*TTK Genel Hükümler*).
- PASLI, ALİ: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance, Beta Yayınevi, İstanbul 2004 (*Kurumsal Yönetim*).
- PASLI, ALİ: "Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu", İÜHFM 2008, C. LXVI, S. 2, s. 345-357 (*Kontrol*).
- PASLI, ALİ; YARALI, LEVENT: "10 Soruda Bağlılık Raporu", Dünya Gazetesi, 16.02.2013 ([http://www.dunya.com/yorum-inceleme/10-soruda-baglilık-raporu-181833h.htm](http://www.dunya.com/yorum-inceleme/10-soruda-bagliлик-raporu-181833h.htm)) (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- PELLENS, BERNHARD; SELHORN, THORSTEN: "Improving Creditor Protection Through IFRS Reporting and Solvency Test", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 365-393.
- PoROY, REHA; TEKİNALP, ÜNAL; ÇAMOĞLU, ERSİN: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (2010).
- POROY, REHA; TEKİNALP, ÜNAL; ÇAMOĞLU, ERSİN: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014 (I).
- PoROY, REHA; TEKİNALP, ÜNAL; ÇAMOĞLU, ERSİN: Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017 (II).
- PROBST, DIETER C.: Die Verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Juris-Verlag, 1981.
- PULAŞLI, HASAN: "6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısımının Değerlendirilmesi", REGESTA 2012, C. 2, S. 2, s. 9-34 (*Değişikliklerin Değerlendirilmesi*).

- PULAŞLI, HASAN: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, S. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017 (*Genel Esaslar*).
- PULAŞLI, HASAN: Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018 (*Şerh I*).
- PULAŞLI, HASAN: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018 (*Şerh II*).
- REİSOĞLU, SEZA: Bankacılık Kanunu Şerhi Genel Bölüm ve Madde 1-64, C. I, 2. Bası, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2015.
- RICKFORD, JONATHAN (Eo): "Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance", EBOR 2004, V. 15, No. 4, s. 921-1027 (*Rickford Grubu*).
- RÖMERMANN, VOLKER: "Der Entwurf des "MoMiG" - die deutsche Antwort auf die Limited", GmbH Rundschau 2006, Heft 13.
- SCHILLIG, MICHAEL: "The Development of a New Concept of Creditor Protection for German GmbHs", The Company Lawyer 2006, V. 27, s. 348-351 (*Creditor Protection 2006*).
- SCHILLIG, MICHAEL: "Creditor Protection for German GmbH's: The Next Instalment", The Company Lawyer 2008, V. 29, s. 251-254 (*Creditor Protection 2008*).
- SCHMID, CHRISTOPF: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Verlag, 2007.
- SCHMIDT, KARSTEN: Gesellschaftsrecht, Heymanns Verlag, 2002.
- SCHÖN, WOLFGANG: "The Future of Legal Capital", EBOR 2004, V. 5, No. 3, s. 429-448.
- SCHWARZ, GÜNTER CHRISTIAN: Europäisches Gesellschaftsrecht, Nomos Verlag, 2000.
- SENT, CHRISTOF H.: Aktiengesetz Kommentar § 1-149, (Hrsg. Schmidt/Lutter), I. Band, 2. Bası, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010.
- SEROZAN, RONA: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2018 (*Özel Bölüm*).
- SEROZAN, RONA: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007 (*Sözleşmeden Dönme*).

- SEROZAN, RONA; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, NECİP; **HATEMİ, HOSEYİN**; ARPACI, ABDÜLKADİR: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Piliz Kitabevi, İstanbul 2016.
- SEVEN, VURAL; GÖKSOY, CAN: "Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", İstanbul Barosu Dergisi 2006, C. 80, S. 6, s. 2455-2470.
- SEVİ, ALİ MURAT: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.
- SİRMEN, LALE: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Düzenleniş Biçimi, Niteliği ve Rehne Hakim Olan İlkeler", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu 16 Şubat 2018, Ed. Lale Sirmen, Barış Özbilen, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2018, s. 21-52 (*Taşınır Rehni*).
- SİRMEN, A. LALE: Eşya Hukuku, 5. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, 5. Bası, Ankara 2017 (*Eşya*).
- ŞAHİN, AYŞE: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ŞENER, ÜRUÇ HAMİ: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ŞİT, BAŞAK: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi", BATİDER 2012, C. XXVIII, S. 4, s. 175-205 (*Banka Anonim Şirketi*).
- ŞİT, BAŞAK: Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011 (*Banka Kredisi*).
- ŞİT, BAŞAK: "Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri", BATİDER 2011, C. XXVII, S. 2, s. 157-170 (*Sendikasyon Kredileri*).
- ŞİT İMAMOĞLU, BAŞAK: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017 (*Rehin Kanunu*).

- TAMBR, AHMET: "Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: "Pay Sahiplerinin (Ortakları) Şirkete Borçlanma Yasağı" (TTK. M. 358)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012, S. 102, s. 93-114.
- TANDOĞAN, HALUK: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4.Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TARHANLI, CEREN: Türk ve Alman Hukukunda Ön-Anonim Şirket, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- TEICHMANN, CHRISTOPH: "Reform des Glaubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht", Neue Juristische Wochenschrift 2006, V. 59, No. 34, s. 2444-2451 (*Reform*).
- TEICHMANN, CHRISTOPH: "Report from Germany", European Company Law 2007, V. 4, No. 1, s. 29-32 (*Report*).
- TEKİL, FAHİMAN: Anonim Şirketler Hukuku, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.
- TEKİNALP, ÜNAL: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015 (*Sermaye Ortaklıkları*).
- TEKİNALP, ÜNAL: "Yeni Türk Ticaret Kanununun İçerdiği Sermaye Ortaklıklarına İlişkin Yeni Yaklaşımlar", Vergi Sorunları Dergisi, Temmuz 2012, Yıl 35, S. 286, s. 9-18 (*Yeni Yaklaşımlar*).
- TEKİNALP, ÜNAL: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (*Bağlam*).
- TEKİNALP, ÜNAL: "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 1681-1699 (*Sermayenin Korunması*).
- TEKİNALP, ÜNAL: "Genel Kurul Kararlarının Butlanında Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı", BATİDER 2009, C. XXV, S. 4, s. 5-16 (*Butlan Sebepleri*).
- TEKİNALP, ÜNAL: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009 (*Banka Hukukunun Esasları*).
- TEKİNALP, ÜNAL: "Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/TMS-TFRS", BATİDER 2007, C. XXIV, S. 2, s. 33-66 (*IFRS/TMS-TFRS*).
- TEKİNALP, ÜNAL: Fondaki Bankanın Hukuku, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul 2003 (*Fondaki Banka*).

- TOICİNALP, ÜNAL: "4389 Sayılı Bankalar Kanununa Göre Kredi Sayılan
◆evdiat Suretiyle veya Herhangi Bir Şekil ve Surette Verilen
Ödünçler", Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul Üni-
versitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1999, s. 737-743
(*Kredi Sayılan Ödünçler*).
- TEKİNALP, ÜNAL: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları,
İstanbul 1982 (*Sermaye Piyasası Hukuku*).
- TEKİNALP, ÜNAL: Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2.
Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstan-
bul 1979 (*Bilanço*).
- TEKİNALP, GÜLÖREN; TEKİNALP, ÜNAL: "Perdeyi Kaldırma Teorisi",
Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakülte-
si Yayınları, İstanbul 1995, s. 387-404.
- TEKİNAY, S. SULHİ; AKMAN, SERMET; BURCUOĞLU, HALUK; ALTOP,
ATILLA: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz
Kitabevi, İstanbul 1993.
- TEOMAN, ÖMER: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından
Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,
Ankara 1983 (*Oydan Yoksunluk*).
- TEOMAN, ÖMER: "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Birden Fazla Paya
Sahip Olan Ortaklar Bir Öneri Konusunda Aynı Zamanda
Olumlu ve Olumsuz Oy Kullanabilirler", Otuz Yıl Ticaret
Hukuku Tüm Makalelerim, C. I 1971-1982, Beta Yayınevi,
İstanbul 2000, s. 11-29 (*Pay Sahibinin Değişik Yönde Oy Kul-
lanması*).
- TEOMAN, ÖMER: "İptal ve Butlanın Tespiti Davası", Yaşayan Ticaret
Hukuku, C. II: 1992-1999, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul
2011, s. 1589-1599 (*İptal ve Butlanın Tespiti*).
- TEOMAN, ÖMER: "İsviçre Federal Mahkemesinin Anonim Ortaklıklara
İlişkin 22 Eylül 1976 Tarihli Kararı", İktisat ve Maliye Dergisi
1978, C. XXV, S. 4, s. 176-179 (*İsviçre FM Kararı*).
- TEOMAN, ÖMER: "Tacir Ticari İşletmesini Üçüncü Bir Kişinin Borcunun
Güvencesi Olarak Rehnedebilir mi?", Tüm Makalelerim C. 3:
2002-2010, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 120-130 (*İşlet-
me Rehni*).

- TOOMAN, ÔMER: "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Dağıtım Yasağı", Tüm Makalelerim, C. 3: 2002-2010, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 240-243 (*örtülü Kazanç Dağıtımı*).
- TEOMAN, ÔMER: "Tacir-İflas Yolu ile Takip", Yaşayan Ticaret Hukuku, C. II: 1992-1999, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 2359-2372 (*Tacir-İflas*).
- TEOMAN, ÔMER: "Banka Mensubuna Kredi", Yaşayan Ticaret Hukuku, C. II: 1992-1999, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 1507-1513 (*Banka Kredisi*).
- TEOMAN, ÔMER: "Halka Açık Anonim Ortaklık", Yaşayan Ticaret Hukuku, C. II: 1992-1999, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 1892-1905 (*Halka Açık Anonim Ortaklık*).
- TERCIER, PIERRE; PICHONNAZ, PASCAL; DEVELİOĞLU, MURAT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016.
- TUŇOMAĞ, KENAN: Türk Borçlar Hukuku, C. I Genel Hükümler, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.
- ÜLRICH, CHRISTINE: Verdeckte Vermögensverlagerungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Frankreichs, Belgiens und Deutschlands, Heymanns Verlag, 1994.
- ÜLMER, PETER: "Gesellschafterhaftung gegenüber der GmbH bei Vorteils-gewahrung unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG", FS 100 Jahre GmbHG, 1992, s. 363-389.
- UZEL, NECDET: Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşme! Bağlam, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- ÜLGEN, HÜSEYİN: Anonim Ortaklığın Kuruluştan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması, Sermet Matbaası, İstanbul 1969.
- ÜLGEN, HÜSEYİN; HELVACI, MEHMET; KENDİGELEN, ABUZER; KAYA, ARSLAN; NÖMER-ERTAN, FÜSUN: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- VEIL, RÜDIGER: "Capital Maintenance", Legal Capital in Europe, Marcus Lutter (Ed) ECFR, de Gruyter Recht, 2006, s. 75-93.
- VERSE, DİRK A.: Scholz GmbHG, 1. Band, 11. Bası, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012.

- VETTER, JOCHEN; SCHWANDTNER, CHRISTIAN: "Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)", German Law Journal 2008, V. 09, No. 09, s. 1155-1175.
- VISCHER, MARKUS D.: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Hrsg. Kostkiewicz/Bertschinger/ Breitschmid/ Schwander), Orell Fuessli, Zurich 2002, Art. 675-682.
- VOGT, HANS-UELI: Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, (Hrsg. Honsell/Vogt/Watter), 5. Bası, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.
- VO N BÜREN, ROLAND (ÇEV. ŞİRİN AYDINCIK): "Konzernde Üçüncü Kişilerin Verdiği Kredilerin Teminat Altına Alınması", Banka ve Ticaret Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 113-136.
- VO N BÜREN, ROLAND; STOFFEL, WALTER A.; WEBER, ROLF H.: Grundriss des Aktienrechts, 2. Bası, Schulthess Verlag, 2007.
- VO N DER CRONE, HANS CASPAR: Vernehmlassungseingabe zur Revision des Aktienrechts, 13 Mart 2015, s. 1-25.
- VO N DER CRONE, HANS CASPAR; ANGSTMANN, LUCA: "Kernfragen der Aktienrechtsrevision", SZW/RSDA 1/2017, s. 3-24 (SZW/RSDA 1/ 2017).
- VO N DER CRONE, HANS CASPAR; ANGSTMANN, LUCA: "Vorschläge zur Aktienrechtsrevision", SZW/RSDA 5/2017, s. 607-617 (SZW/RSDA 5/ 2017).
- WAND, PETER; TILLMANN, TOBIAS; HECKENTHALER, STEPHAN: "Aufsteigende Darlehen und Sicherheiten bei Aktiengesellschaften nach dem MoMiG und der MPS-Entscheidung des BGH", AG 2009, s. 148-161.
- WIEDEMANN, HERBERT; FLEISCHER, HOLGER: "Das Recht der konzerninternen Verrechnungspreise, Konzernumlagen und verdeckte Gewinnausschüttungen im Konzern", Handbuch der Konzernfinanzierung, (Ed) Marcus Lutter/Eberhard Scheffler/Uwe H. Schneider, Schmidt, Dr. Otto Schmidt Verlag, 1998.
- WINDBICHLER, CHRISTINE: Gesellschaftrecht, 23. Bası, Verlag C. H. Beck, 2013.

- VVO\LIIRI n rn, FRANK: "Controlling Shareholders' Liabilities in German Private Companies", (2005) 26 Company Lawyer, s. 286-287.
- VI\ME◆RSCH, EDDY: "Das Bezugsrecht der alten Aktionäre in der Europäischen Gemeinschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung", AG 1998, s. 382-393 (*Das Bezugsrecht*).
- VI,7\MBBRSCH, EDDY: "Article 23 of the Second Company Law Directive: The Prohibition on Financial Assistance to Acquire Shares of the Company", Festschrift für Ulrich Drobning zum siebzehnten Geburtstag, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1998, s. 725-747 (*Article 23*).
- YANLI, VELİYE: "Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasası", BATİDER 2012, C. XXVIII S. 4, s. 29-44 (*Finansal Destek Yasası*).
- YANLI, VELİYE: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Beta Yayınevi, İstanbul 2000 (*Tüzel Kişilik Perdesi*).
- YANLI, VELİYE: "Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı", BATİDER2014, C. XXX S. 1, s. 5-32 (*Kar Dağıtımı*).
- YANLI, VELİYE: "Hakimiyet Sözleşmeleri", REGESTA 2013, C. 3, S. 1, s. 3-17 (*Hakimiyet Sözleşmeleri*).
- YANLI, VELİYE: "Hakimiyet Sözleşmesi ve Yönetim Yetkisi", Yeni Türk Ticaret Kanununun İş Dünyasına Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 65-78 (*Hakimiyet Sözleşmesi ve Yönetim Yetkisi*).
- YANLI, VELİYE: "Kar Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Düzenleme (Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olmayan Şirketlerde)", TTK'ya İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 15-31 (*Kar Payı Avansı*).
- YAVUZ, MUSTAFA: "Son Değişiklikler Kapsamında Anonim ve Limited Şirketlerde Borçlanma Yasası, Vergi Sorunları Dergisi 2012, Yıl 35, S. 288, s. 155-159 (*Borçlanma Yasası*).
- YAvuz, CEVDET: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014 (*Özel Hükümler*).
- YILDIZ, ŞÜKRÜ: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004 (*Eşit İşlem*).

- YILMAZ, BURÇAK: "TTK Tasarısı'nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki "Ultra Vires" Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi", AÜHFD 2006, C. 55, S. 1, s. 321-353 (*UltraVires*).
- YILMAZ, ASUMAN: "Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 27-48 (*Kendi Paylarını Devralma*).
- YILMAZ, ASUMAN: Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010 (*Güvenden Doğan Sorumluluk*).
- YURTOĞLU, B. BURÇİN: "Corporate Governance and Implications for Minority Shareholders in Turkey", 2003, <http://www.tek.org.tr> (*Corporate Governance*) (Erişim tarihi: 11.10.2018).
- YURTOĞLU, B. BURÇİN: "Kurumsal Yönetimde Hukuk Sistemleri ve İktisadi Aktörlerin Ekonomik Performansa Etkileri", Kurumsal Şirket Yönetimi, Ankara 2006 (*Kurumsal Yönetim*).
- YÜCE, AYDIN ALBER: "Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı", REGESTA 2012, C. 2, S. 2, s. 61-80.
- ZEVLİLER, AYDIN; GÖKYAYLA, EMRE: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.