

**0T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

ANONİM ŞİRKETLERDE BORÇLANMA YASAĞI

BURAK KEÇECİOĞLU

**Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YILDIRIM**

İZMİR-2018

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağı ”adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../.....

Burak KEÇECİOĞLU

İmza



ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağı

Burak KEÇECİOĞLU

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlük tarihine kadar basiretli olmayan bazı pay sahipleri ve yöneticiler, şirketlerinin kasalarını kişisel kasaları gibi kullanmışlardır. Bu kişiler, şirketlerinin kasalarından istedikleri zamanda ve miktarda para çekmişlerdir. Bunun yanında söz konusu kişiler, şirketlerinin borcunu ödememek adına gerektiğinde şirketlerinin tüzel kişiliklerinin arkasına saklanmışlardır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kabul edilmesiyle birlikte bu durum tersine dönmüştür. İlk kez bu Kanunda şirkete borçlanma işlemi, üç farklı maddede “yasak” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle anonim şirketin malvarlığı korunması ve şirketin çıkar gruplarının menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır. Ancak kamuoyu tarafından yapılan eleştiriler sonucunda düzenlemeler henüz yürürlüğe girmeden köklü değişikliklere uğrayarak yürürlüğe girmiştir. Değişikliklerle beraber her ne kadar borçlanma yasağının amacından sapılmış ve kapsamı daraltılmışsa da şirkete borçlanma yasağı düzenlemeleri halen Türk Ticaret Kanunu'nu modern ticaret kanunları kümesine taşıyan “kolon” niteliğinde düzenlemeler olma özelliğini korumaktadır.

Bu tez kapsamında anonim şirkete borçlanma yasağı, mukayeseli hukuktaki düzenlemeler dikkate alınarak incelenmiş, şirketin çıkar grupları arasındaki çatışmaların borçlanma yasağı ile ilişki ve şirketler hukukundaki malvarlığının korunması ilkesi, kurumsal yönetim ilkeleri açısından şirkete

borçlanma yasağının rolü ve Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleniş şekli incelenmiştir. Anonim şirkete borçlanma yasağının düzenleme amacı ve uygulamada bu amacın ne oranda başarılı olunabileceği; hükümlerdeki eksiklikler ve doktrindeki görüşler ışığında öncelikle pay sahipleri açısından ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yakınları açısından ele alınmıştır. Buna ek olarak şirketler topluluğundaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemeleri, banka anonim şirketleri ile halka açık anonim şirketlerin kendi mevzuatlarındaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemeleri ve anonim şirketlerde şirkete borçlanma yasağına ilişkin vergi mevzuatındaki düzenlemelere de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Borçlanma İşlemi, Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı, Pay Sahipleri, Yönetim Kurulu Üyeleri

ABSTRACT

Master's Thesis

The Prohibition of Borrowing From The Joint-Stock Company

Burak KEÇECİOĞLU

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

Some shareholders and board members exploited to treasury of the company as own treasury from first years of the foundation of the Republic of Turkey to the date the Turkish Commercial Code No: 6102 (TCC) entered into force. These people withdrew funds from the treasury of the company whenever and in the amounts they wished for their own purposes. Furthermore, they hid themselves behind business entity concept not to be held responsible for any corporate debt.

Since the TCC came into force, the winds have changed. For the first time, promissory transactions were enacted as “prohibited” in three different articles in the TCC. The regulations aim to protect corporate assets and benefits of the joint-stock company's interest group. However, as a result of public criticism, the regulations have undergone radical changes. Along with the amendments, even though the prohibition of borrowing was deviated from its purpose and its scope was narrowed, the prohibitions on borrowing from the corporation still remain as a "column" regulation which carries the TCC to a set of modern commercial laws.

In this work, the prohibition of borrowing from the joint-stock company is examined by considering the legal regulations in the comparative law and relationship between conflict of interest groups of joint-stock company and the prohibition of borrowing from the company by examining the regulations in the TCC and by considering the principles of conservation of assets and corporate governance. The goal of the prohibition of borrowing from the joint-stock

company is examined in the light of shortcomings in the decree and opinions on doctrine with regard to shareholders and non-shareholders, board members and their relatives. In addition, the study analyzes the regulations of the prohibition of borrowing from the company in the group of companies, banking companies and public companies and the prohibition of borrowing from the company in tax regulations.

Keywords: Joint-stock company, Promissory Transactions, the Prohibition of Borrowing from the Joint-Stock Company, Shareholders, Board Members



**ANONİM ŞİRKETLERDE BORÇLANMA YASAĞI
İÇİNDEKİLER**

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xx

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

1.1. “BORÇLANMA İŞLEMİ” VE TÜRK TİCARET KANUNU’NDAKİ “ŞİRKETE BORÇLANMA İŞLEMİ” İLE ”ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI” KAVRAMLARI	5
1.1.1. “Borçlanma İşlemi” Kavramı	5
1.1.2. Türk Ticaret Kanunu’ndaki “Şirkete Borçlanma İşlemi” ve ”Şirkete Borçlanma Yasağı” Kavramları	7
1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI	10
1.2.1. Amerikan Hukuku	10
1.2.2. Rus Hukuku	11
1.2.3. Avrupa Ülkelerinde Şirkete Borçlanma Yasağı	12
1.2.3.1. Fransız Hukuku	12
1.2.3.2. İspanyol Hukuku	13
1.2.3.3. İngiliz Hukuku	14
1.2.3.4. Alman Hukuku	15
1.3. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ TÜRK TİCARET HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ	16

1.3.1. Borçlanma Yasağının Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenlemelerinden Önce Türk Hukukundaki Görünümleri	16
1.3.2. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Borçlanma Yasağı Düzenlemelerinin Kanunlaşma Süreci ve Bu Sürece İlişkin Eleştiriler	20
1.3.3. Borçlanma Yasağı Düzenlemelerinin Türk Ticaret Hukuku Bakımından Önemleri	30
1.3.4. Borçlanma Yasağına Tâbi Olan Şirketler ve Özellik Arzeden Durumlar	32
1.3.4.1. Borçlanma Yasağına Tâbi Olan Şirketler	32
1.3.4.2. Özellik Arz eden Durumlar	34
1.3.4.2.1. Tek Ortaklı Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı	34
1.3.4.2.2. Ön Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı	34
1.3.4.2.3. Tasfiye veya Ek Tasfiye Aşamasında Olan Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı	35
1.4. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ DAYANAĞINI TEŞKİL EDEN ŞİRKETLER HUKUKU İLKELERİ	36
1.4. 1. Malvarlığının Korunması İlkesi	36
1.4.2. Kurumsal Yönetim İlkesi	38
1.4.3. Kamuyu Aydınlatma İlkesi	41
1.4.4. Eşit İşlem İlkesi	42
1.4.5. Emredici Hükümlerle Düzenlenme İlkesi	44

İKİNCİ BÖLÜM
ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN TTK M.358 VE 395/II
DÜZENLEMELERİ

2.1. PAY SAHİPLERİ AÇISINDAN ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI (TTK M.358)	46
2.1.1. Yasal Düzenleme	46
2.1.2. Borçlanma Yasağının Søjeleri	47
2.1.2.1. Pay Sahipleri	47

2.1.2.2. İntifa Hakkı Sahibi	49
2.1.3. Şirkete Borçlanma Yasağına Tâbi Olmayan Sûjeler	50
2.1.3.1. İntifa Senedi Sahipleri	50
2.1.3.2. Çeşitli Türlerdeki Kıymetli Evrak Niteliğine Sahip Senetlerin Sahipleri	51
2.1.3.3. Rehin ve Hapis Hakkı Sahipleri	52
2.1.3.4. Pay Sahibinin İradi veya Yasal Temsilcisi	53
2.1.4. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanabilmesinin Şartları	54
2.1.4.1. Ön Açıklamalar	54
2.1.4.2. Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçların İfa Edilmiş Olması	55
2.1.4.2.1. “Sermaye Taahhüdü” Kavramı ve “İştirak Taahhüdü” Kavramı İle Karşılaştırılması	55
2.1.4.2.2. Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Kapsamı	57
2.1.4.2.2.1. Tek Borç İlkesi Kapsamındaki Sermaye Taahhütleri	59
2.1.4.2.2.1.1. Nakdi Sermaye Taahhütleri	59
2.1.4.2.2.1.2. Ayni Sermaye Taahhütleri	61
2.1.4.2.2.1.3. Alacak Hakkı Niteliğindeki Sermaye Taahhütleri	63
2.1.4.2.2.2. Pay Sahibinin Tek Borç İlkesi Dışında Tâbi Olduğu Çeşitli Yükümlülükler ve Sermaye Taahhüdü İle İlişkileri	65
2.1.4.2.2.2.1. Prim (Agió)	65
2.1.4.2.2.2.2. İkincil Yükümlülükler	68
2.1.4.2.2.2.3. Kuruluşta Halka Arz Edilen Payların Bedelleri	69
2.1.4.2.2.2.4. Sözleşme Cezası	71
2.1.4.2.2.2.5. Temerrüt Faizi	72
2.1.4.2.2.2.6. Gecikmeden Doğan Zarar Sebebiyle Tazminat	73
2.1.4.2.2.3. Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçların İfa Edilmesiyle İlgili Diğer Bazı Hususlar	75

2.1.4.2.2.3.1.Birden Fazla Sermaye Koyma Borcuna Sahip Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması	75
2.1.4.2.2.3.2.Aynı Paya Malik Olan Birden Fazla Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması	76
2.1.4.2.2.3.3.Sermayeyi Taahhüt Etmiş veya Ödenmiş Gibi Gösterenlerin Durumu	77
2.1.4.3.Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Şirketin Kârının, Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olması	79
2.1.4.3.1.Ön Açıklamalar	79
2.1.4.3.2. “Yedek Akçe” Kavramı, Yedek Akçenin Türleri ve TTK m.358 Kapsamında “Serbest Yedek Akçe”nin Anlamı	80
2.1.4.3.2.1. “Yedek Akçe” Kavramı	80
2.1.4.3.2. 2.Yedek Akçe Türleri	81
2.1.4.3.2.2.1.Kanûnî Yedek Akçeler	81
2.1.4.3.2.2.2.İsteğe Bağlı Yedek Akçe	82
2.1.4.3.2.3.TTK m. 358 Kapsamında “Serbest Yedek Akçe”nin Anlamı	84
2.1.4.3.3. “Şirketin Kâr Etmesi” Kavramı, Kârın Türleri ve TTK m. 358 Kapsamında Kârın Anlamı	86
2.1.4.3.3.1. “Şirketin Kâr Etmesi” Kavramı	86
2.1.4.3.3. 2.Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Kârın Türleri	87
2.1.4.3.3.2.1.Yıllık Kâr (Ticarî Kâr)	87
2.1.4.3.3.2.2.Net Dönem Kârı	89
2.1.4.3.3.2.3.Dağıtılabılır Net Dönem Kârı	89
2.1.4.3.3.2.4.Bilânço Kârı	90
2.1.4.3.3.2.5.Türk Ticaret Kanununun 519/I. Maddesi Anlamında Yıllık Kâr	90
2.1.4.3.3. 3.TTK m.358 Kapsamında Kârın Anlamı	91
2.1.4.3.4.TTK m. 358 Anlamında “Şirketin Geçmiş Yıl Zararları” Kavramı	93

2.1.4.3.5.Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Kârın Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olduğunun Tespit Edilmesi	94
2.1.4.4.Pay Sahibinin Talebi	97
2.1.4.5.Şirketin Borç Verilmesi Yönündeki Kararı	99
2.1.5.Şirkete Borçlanma Araçları ve Verilecek Borçta Bulunması Zorunlu Nitelikler	101
2.1.5.1. Ön Açıklamalar	101
2.1.5.2. Şirkete Borçlanma Araçları	102
2.1.5.3. Verilecek Borçta Bulunması Zorunlu Nitelikler	104
2.1.6.Pay Sahibinin Şirkete Borçlanmasının Alternatif Yolu: Kâr Payı Avansı	110
2.2.PAY SAHİBİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN PAY SAHİBİ OLMAYAN YAKINLARI AÇISINDAN ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI (TTK M. 395/II)	113
2.2.1.Yasal Düzenleme	113
2.2.2.Şirkete Borçlanma Yasağının Søjeleri	114
2.2.2.1.Ön Açıklamalar	114
2.2.2.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri	115
2.2.2.3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Pay Sahibi Olmayan Yakınları	116
2.2.3.Türk Ticaret Kanununun 395/II. Hükmü Uyarınca Borçlanma Yasağı Araçları	119
2.2.3.1. Ön Açıklamalar	119
2.2.3.2. Nakit Borçlanma	120
2.2.3.3. Şahsi Teminat Sözleşmeleri	121
2.2.3.3.1.Kefalet Sözleşmesi	121
2.2.3.3.2.Aval	122
2.2.3.3.3.Garanti Ciro	122
2.2.3.3. 4.Garanti Sözleşmesi	123
2.2.3.3.5.Borca Katılma	123
2.2.3.4.Ayni Teminat Sözleşmeleri	124
2.2.3.4.1.Taşınmaz Rehni	124
2.2.3.4.2.Taşınır Rehni	124

2.2.3.5.Borcun Üstlenilmesi	125
2.2.3.6.Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma	125
2.3.ANONİM ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRI BORÇLANMANIN SONUÇLARI VE YAPTIRIMLARI	126
2.3.1.Borçlanma İşlemi Açısından Sonuçları	126
2.3.1.1. 358. Maddeye Aykırı Borçlanma İşleminin Sonuçları	126
2.3.1.2. 395. Maddenin İkinci Fıkrasına Aykırı Borçlanma İşleminin Sonuçları	130
2.3.2.İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları	131
2.3.2.1.İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sonuçlar	131
2.3.2.1.1.Borç Veren Yönetim Kurulu Üyelerinin Açısından Hukukî Sorumluluk	131
2.3.2.1.1.1.Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunun Anlamı	131
2.3.2.1.1.2.Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunun Şartları	132
2.3.2.1.1.2.1.Ön Açıklamalar	132
2.3.2.1.1.2.2.“Kanun ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler”in İhlali	132
2.3.2.1.1.2.3.Zarar	133
2.3.2.1.1.2.4.Kusur	133
2.3.2.1.1.2.5.Uygun İlliyet Bağı	133
2.3.2.1.1.3.Sorumluluk Davası	134
2.3.2.1.1.3.1.Ön Açıklamalar	134
2.3.2.1.1.3.2.Davacı- Davalı Sıfatı	136
2.3.2.1.1.3.3.Yetkili Mahkeme	136
2.3.2.1.1.3.4.İspat Yükü ve Delil İkame Yükü	136
2.3.2.1.1.3.5.Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davalarını Sona Erdiren Sebepler	138
2.3.2.1.2.Borç Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk	139
2.3.2.1.2.1.Ön Açıklamalar	139

2.3.2.1.2.2.Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Borç Alan Pay Sahibinin Aynı Zarardan Çeşitli Sebeplerden Dolayı Birlikte Sorumlu Olmaları	140
2.3.2.1.2.3.Müteselsil Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları	140
2.3.2.1.2.3.1.Ön Açıklamalar	140
2.3.2.1.2.3.2.Dış İlişki: Müteselsil Sorumluluk İlkesi	141
2.3.2.1.2.3.3.İç İlişki: Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi	142
2.3.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sonuçları	143
2.3.2.2.1.Borç Verenler Açısından Cezai Sorumluluk	143
2.3.2.2.1.1.Türk Ticaret Kanunu Kapsamında 358. ve 395/II. Maddelere Aykırı Borçlanma Sonucu Cezai Sorumluluk	143
2.3.2.2.1.1.1.Cezanın Muhatabı ve Yaptırımı	143
2.3.2.2.1.1.2.Cezanın Uygulanması	145
2.3.2.2.1.2.Türk Ceza Kanunu Kapsamında Cezai Sorumluluk	149
2.3.2.2.1.2.1.Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.155)	149
2.3.2.2.1.2.2.Hileli İflâs Suçu (TCK m. 161)	152
2.3.2.2.2.Borç Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk	155
2.3.2.2.2.1.Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Cezai Sorumluluk	155
2.3.2.2.2.2.Türk Ceza Kanunu Açısından Cezai Sorumluluk	155

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

3.1.ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI İLE İLGİLİ DÜZENLEME (TTK M.395/III)	158
3.2. “NAKİT HAVUZU” KAVRAMI VE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞIYLA İLİŞKİSİ	158

3.3.ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA DAHİL ŞİRKETLERİN BİRBİRLERİNE BORÇLANMASI	159
3.3.1.Ön Açıklamalar	159
3.3.2.Şartları	160
3.3.2.1. Türk Ticaret Kanunu Anlamında Bir Şirketler Topluluğunun Varlığı	160
3.3.2.2.Hâkim Şirketin Hâkimiyetini Hukuka Aykırı Kullanmasından Dolayı Bağlı Şirketin Kayba Uğramamış Olması veya Uğrasa Bile Kaybın Denkleştirilmiş Olması ya da Kaybın Denkleştirilmesi Konusunda Bağlı Şirkete İstem Hakkı Tanınmış Olması	162
3.3.3.Şirketler Topluluğu İçerisindeki Şirketlerin Birbirlerine Kefil Olabilmesi veya Garanti Verebilmesi Şeklinde Borçlanması	165
3.3.4.Şirketler Topluluğunda Şirkete Borçlanma Yasağına Aykırı Borçlanmanın Sonuçları ve Yaptırımları	166
3.3.4.1. Borçlanma İşlemi Açısından Sonuçları	166
3.3.4.2. İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları	166
3.3.4.2.1. İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sonuçları	166
3.3.4.2.1. 1.Borç Verenler Açısından Hukukî Sorumluluk	166
3.3.4.2.1. 1.1.Ön Açıklamalar	166
3.3.4.2.1.1.2.Tam Olmayan Hâkimiyet Durumunda Hukukî Sorumluluk	167
3.3.4.2.1.1.3.Tam Hâkimiyet Durumunda Hukukî Sorumluluk	169
3.3.4.2.1.2.Borç Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk	170
3.3.4.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sonuçları	171
3.3.4.2.2.1.Borç Verenler Açısından Cezai Sorumluluk	171
3.3.4.2.2.2.Borç Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk	171

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
BANKACILIK VE SERMAYE PİYASASI KANUNLARINA TABİ ANONİM
ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

4.1.BANKA ANONİM ŞİRKETLERİNDEKİ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ BANKACILIK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ: YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE KANUNDA DÜZENLENEN YAKINLARI İLE ORTAĞI OLDUKLARI ŞİRKETLERE KREDİ KULLANDIRMA YASAĞI (BANK M. 50 VE TTK M. 395/IV)	173
4.1.1.Yasal Düzenleme	173
4.1.1.1. Kredi Kullandırma Yasağına İlişkin Tarihsel Gelişim ve Mevcut Yasal Düzenleme	173
4.1.1.2. Türk Ticaret Kanununun 395/IV. Maddesindeki Düzenleme ve Türk Ticaret Kanununun 395/II. Maddesinin Bankacılık Kanunu'ndaki Kredi Kullandırma Yasağı Hükümlerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu	178
4.1.1.2. 1.Türk Ticaret Kanununun 395/IV. Maddesindeki Düzenleme	178
4.1.1.2.2.Türk Ticaret Kanununun 395/II. Maddesinin Bankacılık Kanunu'ndaki Kredi Kullandırma Yasağı Hükümlerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu	178
4.1.2.Kredi Kullandırma Yasağının Søjeleri	180
4.1.2.1. Banka Yönetim Kurulu Üyeleri, Genel Müdürler, Genel Müdür Yardımcıları ve Kredi Açmaya Yetkili Mensuplar	180
4.1.2.2.Yönetim Kurulu Üyelerinin, Genel Müdürlerin, Genel Müdür Yardımcılarının ve Kredi Açmaya Yetkili Mensupların Eş ve Velayet Altındaki Çocukları	181
4.1.2.3.Yönetim Kurulu Üyelerinin, Genel Müdürlerin, Genel Müdür Yardımcılarının, Kredi Açmaya Yetkili Mensupların ve Eş ile Velayet Altındaki Çocuklarının Tek Başlarına ya da Birlikte Sermayesinin Yüzde Yirmibeş veya Fazlasına Sahip Olan Ortaklıklar	182
4.1.3.Kredi Kullandırma Yasağı Kapsamında Borçlanma Yasağı Araçları	183

4.1.4.Kredi Kullandırma Yasağının Süje ve Borçlanma Araçları Bakımından İstisnaları	184
4.1.5.Kredi Kullandırma Yasağına Aykırılığın Sonuçları Yaptırımları	187
4.1.5.1. Kredi Kullandırma İşlemi Açısından Sonuçları	187
4.1.5.2. İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları	188
4.1.5.2. 1.İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sonuçları	188
4.1.5.2. 1.1.Kredi Verenler Açısından Hukukî Sorumluluk	188
4.1.5.2. 1.2.Kredi Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk	188
4.1.5.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sonuçları	189
4.1.5.2.2.1.Kredi Verenler Açısından Cezai Sorumluluk	189
4.1.5.2.2.1.1.Yönetim Kurulu Üyeleri Açısından Cezai Sorumluluk	189
4.1.5.2.2.1.2.Kredi Alınan Bankanın Cezai Sorumluluğu	190
4.1.5.2.2.1.2.1.5411 sayılı Kanun Bakımından Cezai Sorumluluk	190
4.1.5.2.2.1.2.2.Türk Ceza Kanunu Açısından Cezai Sorumluluk	191
4.1.5.2.2.2.Kredi Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk	191
4.2.HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDEKİ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDAKİ GÖRÜNÜMÜ: ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIM YASAĞI (SPK M.21)	192
4.2.1. “Örtülü Kazanç Aktarımı” Kavramı ve Kavrama İlişkin Sermaye Piyasası Mevzuatındaki Tarihsel Gelişim	192
4.2.2.Örtülü Kazanç Aktarım Yasağının Uygulanma Şartları	194
4.2.2.1.Kazanç Aktaran Şirketin 6362 sayılı Kanun Uyarınca Bir Anonim Şirket ya da Onun İştirak veya Bağlı Bir Şirketin Olması	194
4.2.2.2.Kazanç Aktarımı Yapılan Kişinin, Halka Açık Anonim Şirket ya da Onun İştirak veya Bağlı Bir Şirketle Bağının Bulunması	195
4.2.2.3.İlişkili Şirketler Arasındaki Kazanç Transferlerinin Konusunu Örtülü İşlemlerin Oluşturması	195

4.2.2.4.Yapılan Örtülü İşlem Sonucunda Halka Açık Anonim Şirketin Kârının veya Malvarlığının Azalması ya da Artmasının Aktif veya Pasif Bir Fiille Engellenmesi	196
4.2.2.Örtülü Kazanç Aktarım Yasağına Aykırılığın Sonuçları ve Yaptırımları	197
4.2.3.1. Örtülü Kazanç Aktarım İşlemi Açısından Sonuçları	197
4.2.3.2.İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları	198
4.2.3.2.1.İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sorumluluk	198
4.2.3.2.1.1.Borç Verenler Açısından Hukukî Sorumluluk	198
4.2.3.2.1.2.Borç Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk	199
4.2.3.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sorumluluk	199
4.2.3.2.2.1.6362 sayılı Kanun'a Göre Borç Verenler Açısından Cezai Sorumluluk	199
4.2.3.2.2.2.Borç Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk	200

BEŞİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN VERGİ MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER

5.1.ANONİM ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ VERGİ MEVZUATINDAKİ GÖRÜNÜMÜ: TRANSFER FİYATLANDIRILMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI	201
5.1.1. “Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım” Kavramı	201
5.1.2.Örtülü Kazanç Dağıtımının Unsurları	205
5.1.3.Emsallere Uygunluk İlkesi	205
5.1.4.Şirketin Nakdî Borçlanması Sonucu Faiz Açısından Örtülü Kazanç Dağıtımı	206
5.1.5.Örtülü Kazanç Dağıtımı Sayılmayan Durumlar	208
5.1.5.1. Vergi Kaybına Sebep Olmayan Durumlar	208
5.1.5.2.İş Kapsamında Kullanılan Avanslar	208
5.1.5.3.Ortaklar Cari Hesabının Kullanılması	208

5.1.6.Yasağın Yaptırımı	209
5.1.7.Örtülü Kazanç Dağıtımında Zamanaşımı	210
5.2.PAY SAHİBİNİN NAKDÎ BORÇLANDIĞI DURUMLARDA KDV	210
SONUÇ	212
KAYNAKÇA	217



KISALTMALAR

208-FZ	Federal Law NO. 208-FZ Of December 26, 1995 Of Joint-Stock Companies- Rusya Federal Anonim Şirketler Kanunu
213 sayılı Kanun	213 sayılı Vergi Usul Kanunu
2499 sayılı Kanun	2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
5520 sayılı Kanun	5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
6098 sayılı Kanun	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
6102 sayılı Kanun	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
6103 sayılı Kanun	Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
6335 sayılı Kanun	6335 sayılı Kanunla Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük
6361 sayılı Kanun	6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
6362 sayılı Kanun	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
6762 Sayılı Kanun	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
7129 sayılı Kanun	7129 sayılı Bankalar Kanunu
90 sayılı KHK	90 sayılı Ödünç Para Verme İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
AktG	Aktiengesetz- Paylı Ortaklıklar Kanunu
BanK	5411 sayılı Bankacılık Kanunu
bkz.	Bakınız
CA	Companies Act 2006- İngiliz Şirketler Kanunu
CC	Code de Commerce- Fransız Ticaret Kanunu
CEA	Corporate Enterprises Act- Şirketler Kanunu
CGTİHK	5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
DGCL	Delaware General Corporation Law- Delaware Genel Şirketler Kanunu
GİB	Gelir İdaresi Başkanlığı
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung- Alman Limited Şirketler Kanunu
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

	Kanununda Yapılan Değişiklikler
KDV	Katma Değer Vergisi
MBCA	Model Business Corporation Act- Model Ticaret Şirketler Kanunu
s.	Sayfa No
SPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK 2011	Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ
Tasarı	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı
TCK	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMS	Finansal Tabloların Sunuluşuna İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 1) Hakkında Tebliğ
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Türk Ticaret Kanunu	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan önce basiretli olmayan bazı pay sahipleri ve yöneticiler, Cumhuriyet'in ilk yıllarından beri şirketlerinin kasalarını kişisel kasaları gibi kullanmışlar, şirketlerinin kasalarından istedikleri zamanda ve miktarda para çekmişler ve şirketlerinin borcunu ödememek adına gerektiğinde şirketlerinin tüzel kişiliklerinin arkasına saklanmışlardır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun düzenlenmesiyle birlikte rüzgar tersine dönmüş ve ilk kez bu Kanunda anonim şirkete borçlanma işlemi, üç farklı maddede "yasak" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler; "Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı" başlığı altında düzenlenen 358. madde, "Şirketle İşlem Yapma, Şirkete Borçlanma Yasağı" başlığı altında düzenlenen 395. maddenin ikinci fıkrasıdır. Söz konusu maddeler yanında 395. maddenin üçüncü fıkrasındaki atıfla "Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması" başlığı altında düzenlenen 202. maddede şirkete borçlanma yasağıyla doğrudan bağlantılıdır. Söz konusu düzenlemeler pay sahipleri ve yöneticilerde öylesine "travma" etkisi yaratmıştır ki; maddeler henüz yürürlüğe girmeden tekrar değiştirilmiş ve mevcut hali 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 358. maddesi ile pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamayacaklardır. Buna göre maddede borçlanma işlemi, her ne kadar "yasak" şeklinde düzenlenmiş olsa da şirket içerisindeki bazı çıkar grupları TTK m. 358'deki şartları sağladıkları takdirde belirli borçlanma türleriyle ve belirli zorunlu niteliklere uymaları şartıyla şirkete borçlanabileceklerdir. Söz konusu bu şartlardan en az birine uyulmadığı takdirde ise şirketin verdiği borçlanma kararı geçersiz olacaktır. TTK m.395/II'de ise, 358. maddenin aksine, mutlak bir borçlanma yasağı öngörülmüştür. Buna göre TTK m.395/II'de sayılan kişiler belirli borçlanma türleriyle şirkete borçlanamayacak aksi takdirde şirket alacaklıları tarafından şirketin tüzel kişilik perdesi ayrılıp borçlular doğrudan takip edilebileceklerdir. TTK m.358'e veya m.395/II'ye aykırı borçlanması sonucu, işlemin borç veren ve borç alan taraflarının da hem hukuki hem de cezai sorumluluklarının doğması mümkündür. Bu noktada

önemle belirtilmelidir ki çalışma konusu şirkete borçlanma yasağı esasen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemeleri olsa da konunun daha net anlaşılması adına Bankacılık, Sermaye Piyasası ve Vergi Mevzuatlarındaki söz konusu yasağın görünümüne de temas edilmiş ve konu kül olarak incelenmiştir.

Çalışma kapsamında yorum türleri içerisinde yasama ve bilimsel yorum çeşitlerine ağırlık verilmiştir. Çalışma konusunun yeni olması ve henüz mahkeme kararlarına çok fazla yansımaması sebebiyle yargı yorumu diğer yorum çeşitlerine göre ikinci planda kalmıştır. Yorum metodları açısından çalışma kapsamında yer yer bütün yorum metodları kullanılmışsa da, şirkete borçlanma işleminin şirket içerisindeki çıkar gruplarının menfaatlerinin arasındaki hassas dengeyi nasıl bozabileceğinin ve söz konusu dengenin nasıl tekrar sağlanabileceğinin üzerinde durulması sebebiyle, özellikle menfaatler içtihadı yorum metodu kullanılmıştır. Yorumda kullanılan mantık kuralları açısından da özellikle aksi ile kanıt kuralı tercih edilmiştir.

Yukarıda belirtilen esasları dikkate alan bu çalışma, beş bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde ilk olarak; “borçlanma işlemi”, “şirkete borçlanma işlemi” ve “şirkete borçlanma yasağı” kavramlarına değinilmiştir. Bu bölümde ikinci olarak çalışmanın gereğinden fazla uzamaması adına sınırlı şekilde, şirkete borçlanma yasağının mukayeseli hukukta nasıl düzenlendiği incelenmiştir. Söz konusu inceleme sonrasında şirkete borçlanma yasağının kanunlaşma sürecine, düzenlemelerin Türk Ticaret Hukuku bakımından önemine değinilmiş ve hangi şirketlerin borçlanma yasağına tabi olduğu incelenmiştir. Son olarak şirkete borçlanma yasağının temeli olan beş şirketler hukuku ilkesi ayrı ayrı incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, şirkete borçlanma yasağına ilişkin TTK m.358 ve 395/II düzenlemeleri kapsamlı şekilde incelenmiştir. Bölüm kendi içerisinde; pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı (TTK m.358), pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları açısından şirkete borçlanma yasağı (TTK m.395/II) ve şirkete borçlanma yasağına aykırı borçlanmanın sonuçları ve yaptırımları şeklinde üç alt bölüme ayrılmıştır. İlk alt bölümde sırasıyla; TTK m.358 düzenlemesi, TTK m.358 kapsamında borçlanma yasağına tabi olan ve olmayan süjeler ve her bir şart ayrı şekilde incelenmek üzere

pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesinin şartları incelenmiştir. İkinci alt bölümde; TTK m.395/II düzenlemesine, TTK m.395/II kapsamında borçlanma yasağının sùjelerine ve borçlanma yasağının türlerine ayrıntılı olarak temas edilmiştir. Son alt bölümde ise sırasıyla, şirkete borçlanma yasağına aykırı işlemin sonuçları ve işlemin tarafları açısından hukuki ve cezai açıdan yaptırımları incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise TTK m.395/III'de düzenlenen şirketler topluluğundaki şirkete borçlanma yasağına temas edilmiştir. Bölümde sırasıyla; nakit havuzu kavramı ve borçlanma yasağıyla ilişkisi, şirketler topluluğuna dahil şirketlerin birbirlerine borçlanmasının şartları ile borçlanma türleri ve şirketler topluluğunda şirkete borçlanma yasağına aykırı borçlanma işleminin ve işlemin tarafları açısından sonuçlarına değinilmiştir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, Bankacılık Kanunu'na ve Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim şirketlerin şirkete borçlanma yasaklarına ilişkin kendi mevzuatlarındaki görünümüleri incelenmiştir. Bölüm, Bankacılık Kanunu'ndaki yönetim kurulu üyelerine ve Kanunda düzenlenen yakınları ile ortağı oldukları şirketlere kredi kullandırma yasağı ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki örtülü kazanç aktarım yasağı şeklinde iki alt bölümden oluşmuştur. İlk alt bölümde sırasıyla Bankacılık Kanununun 50. maddesindeki kredi kullandırma yasağı düzenlemesi ve düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirkete borçlanma yasağıyla ilişkisi, kredi kullandırma yasağının sùjeleri ile türleri ve kredi kullandırma yasağına ilişkin işlemin ve işlemin tarafları açısından sonuçlarına değinilmiştir. İkinci alt bölümde ise halka açık anonim şirketlerdeki şirkete borçlanma yasağının Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki görünümüne temas edilmiştir. Söz konusu alt bölümde sırasıyla "örtülü kazanç aktarımı" kavramı ve Sermaye Piyasası Mevzuatındaki düzenlemeleri, örtülü kazanç aktarımı yasağının uygulanma şartları ve son olarak örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin işlemin ve işlemin tarafları açısından sonuçlarına değinilmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise şirkete borçlanma yasağının vergi mevzuatındaki görünümü olan transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı incelenmiştir. Bölümde sırasıyla; transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kavramı, örtülü kazanç dağıtımının unsurları, emsallere uygunluk

ilkesi, örtülü kazanç dağıtımı sayılmayan durumlar, yasağın yaptırımı ile zamanaşımı ve pay sahibinin nakdi borçlandığı durumlarda KDV incelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

1.1. “BORÇLANMA İŞLEMİ” VE TÜRK TİCARET KANUNU’NDAKİ “ŞİRKETE BORÇLANMA İŞLEMİ” İLE ”ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI” KAVRAMLARI

1.1.1. “Borçlanma İşlemi” Kavramı

Hukukî işlem, bir ya da birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar dâhilinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması ya da açıklamalarından oluşan hukukî bir kavramdır¹. Belirli bir hukukî sonucun meydana gelmesine ve dolayısıyla belirli bir amacın gerçekleşmesine yönelmesi sebebiyle geniş anlamda hukukî fiiller içerisinde yer alan hukukî işlem², üç unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar; irade açıklaması, irade açıklamasının kendi içeriğinde meydana gelen bir hukukî sonuca yönelmiş olması ve hukuk düzeni tarafından hukukî sonucun ancak bu sonuca yönelen irade açıklamasına bağlanmış bulunmasıdır³.

Hukukî işlemler, kendi içerisinde çeşitli türlere göre sınıflandırılmaktadır. Bunlar; düzenlendikleri hukukî içeriğine, katılanların sayısına, ivazlı olup olmamalarına göre, hukukî sonuçlarını meydana getirdikleri zamana göre ve malvarlığına yaptıkları etkilere göre hukukî işlemlerdir⁴. Tez konumuzun ana omurgasını oluşturan işlem olan borçlanma işlemi, malvarlığına yaptıkları etkilere göre hukukî işlem çeşitleri arasında yer almaktadır. Borçlanma işlemi (borçlandırıcı işlem, borç doğurucu işlem, taahhüt işlemi), hukukî işlem yapan kişinin

¹ Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.119. Doktrindeki farklı tanımlar için bkz. Selahattin Sulhi **Tekinay**, Servet **Akman**, Haluk **Burcuoğlu** ve Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 5. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s.48; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Hüseyin **Hatemi**, Rona **Serozan** ve Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s.90-91; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.41; İrfan **Baştuğ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1984, s.32.

² Geniş ve dar anlamda hukukî fiiller için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.87.

³ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s.50; **Kılıçoğlu**, s.41-43. Hukukî işlemlerin unsurları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.130-164.

⁴ **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 51-61; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 94-129. Hukukî işlem çeşitleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Eren**, s. 164-172.

malvarlığının pasif kısmını arttıran işlemlerdir⁵. Borçlanma işlemi ile borçlu, alacaklıya karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, bir başka ifade ile ona maddi veya manevi bir yarar sağlamayı üstlenmektedir. Buna göre borçlanma işlemleri, alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi kuran işlemlerdir. Borçlanma işlemin meydana getirdiği en önemli sonuç ise aslı edim yükümlülüğü içeren bir borç ilişkisi meydana getirmesidir⁶.

Borçlanma işlemleri, malvarlığının aktif kısmını ya da aktif kısımdaki herhangi bir hakkı doğrudan etkilememekte olup böyle bir hakkı derhal başkasına devretme, sınırlama, değiştirme ya da ortadan kaldırma sonucunu doğurmayan işlemlerdir. Bir başka ifade ile borçlanma işlemleri, bir hakka ya da hukukî ilişkiye doğrudan değil sadece dolaylı olarak etkide bulunmaktadır. Söz konusu işlemler, sadece borçlanılan edimin konusunu meydana getiren hakkın devir, sınırlama, değiştirme veya ortadan kalkmaması taahhüdünü kapsamaktadır⁷. İşte borçlanma işlemi ile malvarlığına yaptıkları etkilere göre diğer bir hukukî işlem çeşidi olan tasarruf işlemi arasındaki ilişki bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Borçlanma işlemi, tasarruf işlemine atılmış ilk adım olup daima tasarruf işleminden önce yapılmaktadır⁸.

Borçlanma işlemleri kural olarak sebebe bağlıdır. Örneğin satış, kira veya hizmet sözleşmelerinde durum böyledir. Fakat istisnai olarak borçlanma işleminin soyut olarak da meydana gelmesi mümkündür. (A)'nın (B) lehine ikibin Türk lirası düzenlemesi örneğinde (B)'nin (A)'ya karşı olan ikibin lira borç altına sokan borç sözleşmesinde hukukî sebep belli değildir. Buna göre (A), örneğin daha önce yaptıkları kira sözleşmesinden doğan kira borcu dolayısıyla söz konusu bonoyu düzenlemiş olabilir. İşte bu ve buna benzer borçlanma işlemleri, hukukî sebepten soyutlanmış olup 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun⁹ 18. maddesi anlamında geçerlidir¹⁰.

Borçlanma işlemlerinde, borçlanılan edimin konusunu meydana getiren şeyin mülkiyetini doğrudan doğruya geçirmeye elverişli olmadığı için borçlu başka bir

⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 57; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 119.

⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.57; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 119.

⁷ Eren, s. 171.

⁸ Borçlanma işlemi ile tasarruf işlemi arasındaki farklar için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 57-58; Eren, s. 178-179.

⁹ RG.:4.2.2011, S.27836.

¹⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 57; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 120.

borçlanma işlemi ile üçüncü bir kişiye de borç konusu şeyi devretmeyi taahhüt edebilmekte ve söz konusu taahhüdünü de borçlanılan edimi ifâ etmek amacıyla yerine getirip, örneğin satılan taşınır malın zilyetliğini ve mülkiyetini başka bir alıcıya geçirebilmektedir¹¹.

Borç konusu olan şeyin, birden çok borçlanma işlemi ile farklı tarihlerde birden çok kişiye vaad ve taahhüt edilmiş olması mümkündür. Bu durumda söz konusu işlemlerin yapılış tarihleri alacaklılara öncelik hakkı tanımamakta ve borçlanma işlemlerinde bütün borçlar, doğrum tarihlerine bakılmaksızın aynı sırada yer almaktadırlar. Bir başka ifâde ile bu tür işlemlerde alacaklıların zaman bakımından bir öncelik hakkı bulunmamaktadır¹².

1.1.2. Türk Ticaret Kanunu'ndaki “Şirkete Borçlanma İşlemi” ve “Şirkete Borçlanma Yasağı” Kavramları

Gerek mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda¹³ gerekse de 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁴ şirkete borçlanma yasağına ilişkin herhangi bir hükmün yer almamasına karşılık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁵, şirkete borçlanılmasıyla ilgili üç farklı düzenleme öngörülmüştür. Söz konusu maddeler; “Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı” başlığı altında düzenlenen 358. madde, “Şirketle İşlem Yapma, Şirkete Borçlanma Yasağı” başlığı altında düzenlenen 395. maddenin ikinci fıkrası ve 395. maddenin ikinci fıkrasındaki atıfla “Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması” başlığı altında düzenlenen 202. maddedir. Bu noktada şirkete borçlanma yasağının daha net ortaya konulabilmesi için maddelerdeki düzenlemelere göre “şirkete borçlanma” ve “şirkete borçlanma yasağı” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği sorusuna cevap bulunmalıdır.

Türk Ticaret Kanununun 358. maddesinde, pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının yasak olması düzenlenmiş ve istisnai olarak belirli koşulların

¹¹ Eren, s. 172.

¹² Eren, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 124.

¹³ RG.:26.061926, S. 406.

¹⁴ RG.:09.07.1956, S.9353. Çalışmanın bundan sonraki kısmında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu ifâde etmek için “6762 sayılı Kanun” terimi kullanılacaktır.

¹⁵ RG.: 14.02.2011, S.27846. Çalışmanın bundan sonraki kısmında, anılan 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrası bugünkü halini alan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu ifâde etmek için “Türk Ticaret Kanunu” ve “TTK” terimleri kullanılacaktır.

kümülatif şekilde gerçekleşmiş olması durumunda borçlanmaya izin verilmiştir. Buna göre pay sahiplerinin, “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça*” şirkete borçlanmaları yasaktır. Söz konusu düzenlemenin mefhum-ı muhalifine göre pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ ederler ve şirket de serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olursa şirkete borçlanabilmektedirler. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki pay sahipleri, şirkete borçlanırken şirketin çıkarlarını korumakla ve hileli anlaşmalar yapmamakla yükümlüdürler¹⁶. Buna ek olarak hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere¹⁷ pay sahiplerinin borçlanması, üçüncü bir kişinin şirkete borçlanmasına ilişkin yapılacak sözleşmelerle aynı şartları içermelidir.

Yukarıda belirtilen tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde pay sahipleri açısından şirkete borçlanma, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmeleri ve şirketin de serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması kaydıyla pay sahiplerinin şirketin çıkarlarını korumak bilinciyle hareket ettikleri sebebe bağlı olması gerekmeyen borçlanma işlemleridir¹⁸. Şirkete borçlanma işlemi ile borçlu pay sahibi, alacaklı şirkete karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun olarak belirli bir edimde bulunmayı, bir başka ifâde ile ona maddi veya manevi bir yarar sağlamayı üstlenmektedir.

Türk Ticaret Kanununun şirkete borçlanma yasağını düzenleyen ikinci madde olan 395. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi, 358. maddenin aksine, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddesinde sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanmasını yasaklamıştır. Nakdî borçlanma yasağının yanında aynı maddede yasak kapsamında sayılan kişiler için şirketin kefil olması, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklemesi ve bu

¹⁶ İsmail **Kırca**, Feyzan Hayal **Şehirli Çelik** ve Çağlar **Manavgat**, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 681; Güzin **Üçışık** ve Aydın **Çelik**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 533.

¹⁷ “...*paysahiplerinin, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmasını gerekli kılar...*” (Türk Ticaret Kanununun 358. maddesinin gerekçesi).

¹⁸ Serdar **Hızır**, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXIX, Sayı: 2, 2013, s.228-229.

kişilerin borçlarını devralması da yasak kapsamındadır¹⁹. Dolayısıyla 395. madde bakımından şirkete borçlanma yasağı, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanmadığı ve bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat verememesi, sorumluluk yüklenememesi, bunların borçlarını devralamamasıdır. Söz konusu durumun mefhum-ı muhalifine göre TTK m. 395/II bakımından şirkete borçlanma işlemi; pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete aynı şekilde borçlanabildiği işlemlerdir.

Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin üçüncü fıkrasına göre şirketler topluluğuna dahil şirketler, TTK m.202'deki düzenleme saklı kalmak kaydıyla, birbirlerine kefil olabilmekte ve garanti verebilmektedirler. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu hükümdeki borçlanma işlemlerini sınırlı olarak belirtmiş olup şirketler topluluğundaki şirketlerin birbirlerine sadece kefil olabileceklerini ve garanti verebileceklerini öngörmüştür. Fakat kanun koyucu, bu borçlanma işlemlerinin geçerliliğini 202. maddedeki düzenlemelere uygun olması şartına bağlamıştır. TTK m. 202/I'e göre hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez; meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınsın.

¹⁹ Fatih **Bilgili** ve Ertan **Demirkapı**, Şirketler Hukuku, Dora Basım Yayın, Bursa, 2013, s. 395.

1.2. MUKAYESELİ HUKUKTA ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI²⁰

1.2.1. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukukunda şirketler hukukuna ilişkin düzenleme yapma yetkisi her eyalete tanınmış olup her eyaletin şirketler hukukuna ilişkin çeşitli düzenlemeleri mevcuttur²¹. Ancak Delaware eyaletindeki düzenleme olan Delaware Genel Şirketler Kanunu (Delaware General Corporation Law: DGCL), başta yönetim kurulu üyelerinin yetki, görev ve sorumlulukları olmak üzere şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerin detaylı bir şekilde kaleme alınışı bakımından gerek diğer eyaletlerdeki düzenlemeler içerisinde gerekse de Amerikan Barolar Birliği tarafından hazırlanan Model Ticaret Şirketler Kanunu'na (Model Business Corporation Act: MBCA) alternatif olması sebebiyle Amerikan Şirketler Hukukunda bir adım öne çıkmaktadır²². Öyle ki bugün toplamda 850.000 şirket olmak üzere “Amerikan Fortune 500” şeklinde ifade edilen Amerikanın en çok kazanan 500 şirketinin %63'lük kısmı, Delaware Genel Şirketler Kanunu kapsamında olup²³ birçok eyalet de söz konusu kanuna benzer düzenlemeleri hüküm altına almıştır²⁴.

²⁰ Çalışmanın kapsamının çok genişlememesi için incelenen ülke sayısı sınırlı tutulmuş olup söz konusu ülkelerdeki şirkete borçlanma yasağına ilişkin de sadece temel düzenlemeler esas alınarak incelenmiştir.

²¹ Amerikan şirketler hukukuna ilişkin düzenlemeler konusunda detaylı bilgi için bkz. Andreas **Cahn** ve David **Donald**, *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, Newyork, 2010, s. 17-19.

²² **Cahn/Donald**, s. 17. Delaware Genel Şirketler Kanununun tarihsel gelişimi konusunda detaylı bilgi için bkz. Samuel **Arsht**, “A History Of Delaware Corporation Law”, *Delaware Journal Of Corporate Law*, Vol. 1, Issue.1, 1976, s.1 vd.; Amerikan şirketler hukukunda şirkete borçlanmaya eleştirel yaklaşımların ve çekincelerin Delaware Genel Şirketler Kanunu'ndaki düzenlemeleri üzerinden anlatımı konusunda bkz. Jayne **Barnard**, “Corporate Loans to Directors and Officers- Every Business Now a Bank?”, *Wisconsin Law Review*, 1988, s. 237 vd. Şirkete borçlanmaya yönelik amerikan mahkemelerine yansıyan uyumsuzluklar konusunda detaylı bilgi için bkz. Melvin Aron **Eisenberg**, “Self-Interested Transactions in Corporate Law”, *Berkely Law Faculty Publications*, Vol.XII, Issue.4, 1988, s. 997 vd.

²³ **Cahn/Donald**, s.17.

²⁴ Söz konusu düzenlemeler için bkz. Florida Ticaret Hukuku Kanununun (Florida Business Act) 607.0833 numaralı maddesi (http://form.sunbiz.org/pdf/607_Booklet.pdf, E.T.29.03.2017); Oregon Ticaret Kanunu (Business Organizations, Commercial Code) 65.364 numaralı maddesi (<https://www.oregonlaws.org/ors/65.364>, E.T.29.03.2017); Columbia Bölgesi Kanununun 31-1371.06 numaralı maddesi (<https://beta.code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/31-1371.06.html>, E.T.29.03.2017); Şirketlerin borç vermesine izin vermeyen eyalet kanunları için bkz. Minnesota Genel Kanunu (Minnesota Statutes) 317. maddesinin “a” bendi (<https://www.revisor.mn.gov/statutes/?id=317A.501&year=2017>, E.T.29.03.2017); Eyaletlerin şirketin borçlanmasına ilişkin düzenlemeleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Barnard**, s. 237-291; **Eisenberg**, s. 997-1002.

Şirkete borçlanmaya ilişkin düzenlemeler, Delaware Genel Şirketler Kanununun “Şirketler” ana başlıklı ve “Yöneticiler ve Görevliler” dördüncü alt başlıklı 143. ve 144. maddelerdir²⁵.

“Çalışanlara ve Yöneticilere Borç ve Garanti Verilmesi” başlıklı 143. maddeye göre şirket, örf ve âdet hukukuna aykırı olunmaması kaydıyla, makul derecede sayılabilecek bir yarar elde edeceği düşüncesiyle yönetim kurulu kararıyla yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere çalışan veya görevlilerine veyahut da bağlı şirkete nakdî borçlanabilir, garanti verebilir veyahut da başka bir borçlanma aracı adında borçlanma işlemi yapabilir. Ancak “İlgili Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yönetim Kurulu Toplantısına Katılım” başlıklı 144. maddeye göre şirket ile borçlanma kararına katılacak yönetim kurulu üyesi veya yönetim kurulu üyesinin çalıştığı veya yönetiminde bulunduğu diğer bir şirket arasında yapılacak borçlanma işlemine yönelik kararlar batıl sayılmaktadır²⁶.

1.2.2. Rus Hukuku

Rus Hukukunda ayrı bir ticaret kanunu bulunmamakta olup ticaret hukukuna ilişkin temel düzenlemeler, Rusya Federasyonu Medenî Kanunu²⁷ içerisinde toplanmıştır . Ticaret hukukundaki usul kuralları ise Rusya Federasyonu Ticaret Usûl Kanunu²⁸ nda toplanmıştır²⁹ . Bunlara ek olarak Rusya Federasyonu Medenî Kanununun “Genel Hükümler” ine bağlı olarak federal düzeyde kanunlar bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerden biri de 1995 yılında düzenlenen ve

²⁵ Kaynak için bkz. <http://delcode.delaware.gov/title8/title8.pdf>, E.T. 15.02.2018.

²⁶ **Cahn/Donald**, s. 345; **Eisenberg**, s. 1008; Luca **Enriques**, “The Law on Company Directors’ Self-Dealing: A Comparative Analysis”, *International And Comparative Corporate Law Journal*” Vol.II, 2000, s. 297-333.

²⁷ Konu ile ilgili resmi ingilizce kaynaklar, kanunu “The Civil Code Of Russian Federation” şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına türkçeye “Rusya Federasyonu Medenî Kanunu” şeklinde çevrilmiştir; Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. http://www.eng.rushydro.ru/file/main/english/investors/corp_law/FEDERAL_LAW_ON_JOINT_2002.pdf, E.T. 15.02.2018.

²⁸ Konu ile ilgili resmi ingilizce kaynaklar, kanunu “Commercial Procedure Code of the Russian Federation” şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına türkçeye “Rusya Federasyonu Ticaret Usûl Kanunu” şeklinde çevrilmiştir; Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. http://www.arbitr.ru/_upimg/B722EA8F0FB9196A465ADC315B86B16B_Commercial%20Procedur e%20Code%20of%20the%20Russian%20Federation.pdf, E.T. 21.03.2018.

²⁹ Başta Rus Medenî Kanunu olmak üzere Rusya’daki ticaret hukuku üzerine düzenlemeler konusunda detaylı bilgi için bkz. Hiroshi **Oda**, *Russian Commercial Law*, 2. Edition, Martinus Nijhoff, Boston, 2007, s. 63 vd.

2002 yılına kadar bir takım değişikliklerle günümüze ulaşan anonim şirketlere ilişkin Rus Federal Anonim Şirketler Kanunu'dur³⁰.

208-FZ no'lu Rus Federal Kanununun "Şirkete Borçlanmanın Sonuçları" başlıklı altıncı bölümün 81. ile 84. maddelerinde şirkete borçlanma kurumu düzenlenmiştir. Buna göre pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin, yürütme organı üyelerinin ve şirket hisselerinin %20 ve daha fazlasına sahip pay sahiplerinin ve söz konusu kişilerin eşlerinin, ana ve babalarının, evlatlık da dahil çocuklarının ve kardeşlerinin yönetim kurulu veya genel kurul kararıyla şirkete nakdî borçlanmaları, şirketin teminat ve garanti vermesi mümkündür³¹.

1.2.3. Avrupa Ülkelerinde Şirkete Borçlanma Yasağı

1.2.3.1. Fransız Hukuku

Fransız Hukukunda şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerin başlıca kaynağı Ticaret Kanunu'dur (Code de Commerce: CC)³². Kanundaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemelerine bakıldığında konu hakkında başlıca üç tane düzenleme bulunmaktadır³³.

Şirkete borçlanma yasağına ilişkin Ticaret Kanununundaki ilk düzenleme, "Sınırlı Sorumlu Şirketler" başlığında ve üçüncü bölümde düzenlenen 223. maddenin 21. fıkrasıdır (CC L 223-21). Maddeye göre anonim şirketin, şirket içerisindeki konumları önem taşımaksızın bütün yönetim kurulu üyelerine ve pay sahiplerine ve onların eş ile alt ve üstsoylarına kredi hesabı açması veya nakdî borçlanması veyahut da kefil olması yasaktır. Söz konusu yasağın üçüncü kişilerin borçları için şirketin

³⁰Konu ile ilgili resmi ingilizce kaynaklar, kanunu "Federal Law NO. 208-FZ Of December 26, 1995 Of Joint-Stock Companies" şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına türkçeye "Rusya Federal Anonim Şirketler Kanunu" şeklinde çevrilmiştir. Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. http://www.eng.rushydro.ru/file/main/english/investors/corp_law/FEDERAL_LAW_ON_JOINT_2002.pdf, E.T. 15.02.2018.

³¹ Oda, s. 179-185.

³² Konu ile ilgili resmi ingilizce kaynaklar, kanunu "French Commercial Code" şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına türkçeye "Fransız Ticaret Kanunu" şeklinde çevrilmiştir. Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1951/13685/version/5/.../Code_32.pdf, E.T. 15.02.2018.

³³ Mads **Andenas** ve Frank **Wooldridge**, European Comparative Company Law, Cambridge University Press, New York 2009, s. 284, 293; Mukayeseli hukuk çerçevesinde maddeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Neada **Mullalli**, "The Liability Of Directors In The Case Of Insolvency Of The Companies- Comparative Analysis Of The Albanian, German, French and UK Company Law", Central European University Collection, Hungary 2011, s. 11-13; **Enriques**, s. 306-309.

garanti vermesi için de geçerlidir. Aksi taktirde borçlanma işlemine yönelik karar butlanla batıldır. Bununla birlikte şirket, bir kredi kuruluşu ise mevcut borçlanma işlemleri, normal şart ve koşullara tâbi olması kaydıyla geçerlidir (CC L 223-21)³⁴. Söz konusu yasak, 225. maddenin 43. fıkrası (CC L 225-43) uyarınca şirketin genel müdürü, genel müdür yardımcısı ve geçici yönetim kurulu üyeleri ile onların eş ve alt ile üstsoyları için de geçerli ancak çalışanlar tarafından seçilmiş yönetim kurulu üyeleri bakımından geçerli değildir³⁵.

Borçlanma işlemine ilişkin L 223-21 ile L 225-43. maddelere aykırı işlem yapanlar için yaptırım aynı Kanunun 241-3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre borçlanma yasağına aykırı işlem yapanlar 5 yıl hapis cezası ve 37.000 euro para cezası öngörülmüştür³⁶.

1.2.3.2.İspanyol Hukuku

İspanyol hukukunda şirkete borçlanma yasağı bakımından başlıca düzenleme Şirketler Kanunu'dur (Ley de Sociedades de Capital)³⁷. Kanundaki şirkete borçlanma

³⁴ Andenas/Wooldridge, s. 284; Mullalli, s. 11.

³⁵ Mullalli, s. 12.

³⁶ Fransız Ticaret Kanununun L 241-3. maddesinin, Türk Ticaret Kanununun tartışılma sürecinde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'in örnek olarak kullanması hakkında açıklamaları için bkz. "AB ülkelerinin modern ticarî ceza hukuku, piyasa aktörlerini hem korur hem de kuralların ihlalini cezalandırır. 'Ekonomik suça ekonomik ceza' ilkesi sadece idari para cezalarını değil, hapis cezasını da kapsar. Kaldı ki, envanter hilesi yapmak, sahte bilanço düzenlemek, finansal tabloları karartmak, gayrimeşru işlemleri peçelemek ekonomik değil, yüz kızartıcı ağır suçlardır. Ekonomik suç demek, işlenmesi meşru suç demek değildir." Tekinalp'in ikinci saldırıya cevabı da şöyle: "AB, yatırım iklimi kuralları, ortaklar cari hesabından sınırlı sorumlu anonim ve limited şirketlerde, ortağın şirketten geri ödememek üzere borç almasını, şirketi kasası gibi kullanmasını kabul etmiyor. Yeni Ticaret Kanunu'nun hapis cezası bile vermediği bu suça, Avrupa'da küçük limited şirketler de dahil beş yıl hapis ve 375.000 Euro para cezası veriliyor" (Süleyman Yaşar, "TOBB ve TÜSİAD... Hani kayıt dışına karşıydınız?", Sabah Gazetesi, 3.2.2012, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/yasar/2012/02/03/tobb-ve-tusiad-hani-kayit-disina-karsiydiniz>, E.T. 2.10.2017).

³⁷ Konu ile ilgili resmi İngilizce kaynaklar, kanunu "Corporate Enterprises Act" şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına Türkçeye "İspanyol Şirketler Kanunu" şeklinde çevrilmiştir. Kanunun İngilizce kaynağı için bkz. http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/Corporate_Enterprises_Act__28Ley_de_Sociedades_de_Capital_29.pdf, E.T. 15.02.2018.

Her ne kadar İspanya'nın başlıca ticaret hukuku düzenlemesi 1885 tarihli İspanyol Ticaret Kanunu (Code Of Commerce) olsa da söz konusu Kanun'da borçlanma yasağının düzenlendiği 48. maddenin "7a" bendi, İspanyol Şirketler Kanununun giriş kısmının 5. bölümü uyarınca mülga haline gelmiştir. Böylece İspanyol Şirketler Kanunu, borçlanma yasağı bakımından güncel ve en önemli düzenleme haline gelmiştir.

yasağı düzenlemelerine bakıldığında konu hakkında başlıca iki tane düzenleme bulunmaktadır.

Şirkete borçlanma yasağına ilişkin ilk düzenleme Kanunun “Sınırlı Sorumlu Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı” başlıklı 143. maddesidir. Maddeye göre sınırlı sorumlu şirketlerin kendi pay sahiplerine başta nakdî borçlanma ve bağışlama sözleşmeleri olmak üzere herhangi bir isimde pay sahiplerine finansal yardım amaçlı sözleşme yapmaları yasaktır. Ancak “Yöneticilere Borç Verilmesi veya Kefil Olunması” başlıklı 163. madde uyarınca genel kurul kararıyla duruma göre başta nakdî borçlanma, bağışlama ve kefalet sözleşmeleri olmak üzere herhangi bir isimde pay sahiplerine finansal yardım amaçlı sözleşme yapmaları mümkündür.

1.2.3.3. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda şirketler hukukuna ilişkin başlıca düzenleme 2006 tarihli Şirketler Kanunu’dur (Companies Act 2006: CA)³⁸. Şirkete borçlanmaya ilişkin düzenlemeler de söz konusu kanunda bulunmakta olup kanunun birçok yerinde farklı kişilere ve durumlara hitaben düzenlenmiştir. Buna göre şirkete borçlanmaya ilişkin temel düzenlemeler, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Görevleri” ana başlıklı ikinci bölümdeki 176. ve 177. maddeler ve “Nakdî Borçlanma, Nakdî Borçlanma Benzeri Borçlanmalar ve Kredi İşlemleri” ana başlıklı 197. ile 214. maddelerdir³⁹.

Şirketler Kanununun 176. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri, görevleri dolayısıyla bir üçüncü kişiye menfaat temin etmeme yükümlülüğü altındadır. 177. madde uyarınca ise şirketle borçlanma işleminden doğan bir çıkar çatışması olduğunda diğer yönetim kurulu üyelerine bilgi verme yükümlülükleri bulunmaktadır⁴⁰.

Şirketler Kanununun 197 vd. maddelerine göre yönetim kurulu üyelerinin şirkete nakdî boçlanması, garanti veya kefalet vermesi şirket pay sahiplerinin

³⁸ Anlamının tam karşılanması adına türkçeye “İngiliz Şirketler Kanunu” şeklinde çevrilmiştir. Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, E.T. 20.3.2018; **Cahn/Donald**, s. 226; **Andenas/Wooldridge**, s. 53-54. İngiliz hukukunda başta 2006 tarihli Şirketler Kanunu olmak üzere şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerin tarihsel gelişimi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Rob McQueen**, A Social History Of Company Law, Ashgate Publishing, Farnham Surrey, 2009, s. 17 vd.

³⁹ **Mullalli**, s. 41; **Andenas/Wooldridge**, s. 271-274.

⁴⁰ **Mullalli**, s. 41; **Andenas/Wooldridge**, s. 271-272.

onayına sunulmuştur. Borçlanma işlemine hangi işlemlerin girmeyeceği Şirketler Kanununun 204. ila 209. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre kanunda şirketin faaliyetleri dolayısıyla yapılan harcamalar (CA 204), şirketin taraf olduğu davalardan doğan masraflar (CA 205), şirket içi düzenleyici işlemler sebebiyle yapılan masraflar (CA 206), tutar bakımından değeri düşük ticarî işler (CA 207), grup içi işlemler (CA 208) ve şirketin faaliyet konusuna giren kredi verme işlemleri (CA 209) borçlanma işlemi kapsamına girmemektedir⁴¹.

1.2.3.4. Alman Hukuku

Alman Hukukunda sermaye şirketlerine ilişkin iki tane temel düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, Alman Limited Şirketler Kanunu (GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)⁴² ve Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG: Aktiengesetz)'dur⁴³.

Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte "Sermayenin Geri Ödenmesi Yasağı ve Bağış Niteliğinde Faiz Ödenmesi Yasağı" başlıklı 57. maddesi ve Limited Şirketler Kanununun "Sermayenin Korunması" başlıklı 30. maddesi uyarınca sermayenin ve dolaylı olarak da alacaklıların korunması amacıyla şirkete özgülenmiş sermayenin geri alınmayacağı düzenlenmiştir⁴⁴. Söz konusu durum şirket kazancının borçlanma işlemine konu olamayacağına dair Alman Limited Şirketler Kanununun "Şirket Kazancı Üzerinden Şirkete Borçlanma" başlıklı 43a. maddesinde de kendisini göstermektedir⁴⁵. 43a. madde, başta yönetim kurulu üyeleri ve şirketin yasal temsilcileri olmak üzere şirketin ticarî gücünü elinde bulunduran kişilerin, şirketin

⁴¹ **Mullalli**, s. 41-43; **Enriques**, s. 309; **Andenas/Wooldridge**, s. 272.

⁴² Konu ile ilgili resmi ingilizce kaynaklar, kanunu "Limited Liability Companies Act" şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına türkçeye "Alman Limited Şirketler Kanunu" şeklinde çevrilmiştir. Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.pdf, E.T. 21.03.2018.

⁴³ Konu ile ilgili resmi ingilizce kaynaklar, kanunu "Stock Corporation Act" şeklinde çevirmiş olup anlamının tam karşılanması adına türkçeye "Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu" şeklinde çevrilmiştir. Kanunun ingilizce kaynağı için bkz. <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-147035.pdf>, E.T. 20.3.2018. Söz konusu kanunların yapısı ve sistematigi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Cahn/Donald**, s.73-76.

⁴⁴ Düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Jochen **Herbst**, "Management Buy-Out, Cash Pooling, Up-Stream Loans and Guarantees in German Group Companies: Old Concepts – New Developments", German Law Journal, Vol.V, Issue. 10, 2004, s. 1217 vd.

⁴⁵ **Cahn/Donald**, s. 224; **Herbst**, s. 1219-1220.

faaliyetleri sürdürebilmesi açısından gerekli olan şirket kazancı üzerinden şirkete borçlanamayacakları, borçlandıkları takdirde ise borçlanmaya yönelik sözleşmeye bakılmaksızın borçlandığı miktarı ivedi bir şekilde ödemekle yükümlü olacaklarını düzenlemektedir⁴⁶.

Paylı Ortaklıklar Kanununun “Hileli İşlemler” başlıklı 71a. maddesine göre üçüncü kişilerin şirketten pay elde etmesi amacıyla şirket tarafından yapılan bağışlama, nakdî borçlanma veya garanti verme işlemleri kesin hükümsüzdür. Alman kanun koyucu, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması konusunda ise, pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının aksine, “Yönetim Kurulu Üyelerine Borç Verilmesi” başlıklı 89. maddeye göre şirketin gözetim kurulunun kararı ile yönetim kurulu üyelerine borç verilebileceğini düzenlemiştir. Şirkete borçlanmaya ilişkin talepler sadece belirli borçlanma işlemleri için geçerli olup şirkete borçlanmanın gerçekleşmesi, borçlanılan tutara ilişkin faizin ve geri ödemenin nasıl ve ne zaman olacağına dair gözetim kurulunun kararına bağlıdır (AktG:89/I). Borç verilmesi yalnızca gözetim kurulunun izin verdiği yönetim kurulu üyeleri ile yetkili diğer kişiler ve onların eşleri, ergin olmayan çocukları ve üst-altsoy üçüncü derece dahil olmak üzere kan hısımları için geçerlidir (AktG:89/II-III). Söz konusu kişilere borç verilmesi sonrası borcun geri ödenmesi noktasında herhangi bir ihlal meydana geldiğinde borç alan kişi, şirket ile yaptığı borçlanmaya yönelik sözleşmeye bakılmaksızın borçlandığı miktarı ivedi bir şekilde ödemekle yükümlüdür (AktG:89/V)⁴⁷.

1.3. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ TÜRK TİCARET HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

1.3.1. Borçlanma Yasağının Türk Ticaret Kanunu’ndaki Düzenlemelerinden Önce Türk Hukukundaki Görünümleri

865 sayılı Ticaret Kanunu’nda ve 6762 sayılı Kanun’da pay sahiplerinin veya pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan hısımlarının şirkete borçlanmasını yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirkete borçlanma yasağı, Türk Ticaret Mevzuatı’na ilk kez Türk

⁴⁶ Cahn/Donald, s. 303, 339; Mullalli, s. 7, 33-35; Herbst, s. 1223.

⁴⁷ Cahn/Donald, s. 303, 339; Mullalli, s. 11.

Ticaret Kanunu ile girmiştir. Fakat buna karşılık mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda⁴⁸, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda⁴⁹, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun⁵⁰ hükümleri uyarınca yayınlanan 32 sayılı karara ilişkin 2008/32-34 sayılı Tebliğ'de⁵¹, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de⁵² ve Türk Bankacılık Mevzuatı hükümlerinde Türk Ticaret Kanunundan önce de şirkete borçlanma yasağına benzer düzenlemeler bulunduğu unutulmamalıdır.

Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda şirkete borçlanma yasağının sermaye piyasası bakımından görünümü olan örtülü kazanç aktarım yasağı, 15/VI. ve 47/I-6. maddelerinde düzenlenmişti. Buna göre 15. maddenin dördüncü fıkrası, *“Halka açık anonim ortaklıklar; 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 kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz.”* şeklinde ve 47/I-6. madde, *“Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler.. fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenlenmişti. Düzenlemeye göre 15. maddenin son fıkrası halka açık anonim şirketlerin 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 kârını ve/veya mal varlığını azaltamayacağını, 47/I-6. maddesi ise söz konusu işlemlerde bulunarak kârı veya malvarlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenlerin 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5.000 günden 10.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağını hükme bağlamaktaydı. Söz konusu şirkete borçlanma yasağı hükümleri, aşağıda detaylıca inceleyeceğimiz 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun⁵³ *“Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı”* başlıklı 21. maddesinde varlığını sürdürmektedir.

⁴⁸ RG.:30.07.1981, S.17416.

⁴⁹ RG.: 13.06.2006, S. 26205.

⁵⁰ RG.: 25.02.1930, S. 1433.

⁵¹ RG.: 28.02.2008, S. 26801.

⁵² RG.: 06.10.1983, S. 18183.

⁵³ RG.: 30.12.2012, S. 28513.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemelerinden önce mevzuattaki bir diğer düzenleme, bugün hâlen yürürlükte olan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesidir. Buna göre 13. maddenin birinci fıkrası, *“Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir”* şeklinde düzenlenmektedir. 13. maddenin birinci fıkrasına göre kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları durumunda, kazancın tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı öngörülmektedir. Bu yüzden, vergi kanunlarında şirkete borç veren veya borç alan ortakların bu davranışı “örtülü kazanç aktarımı” olarak kabul edilmekte ve faiz tahakkuk ettirilmek koşuluyla bu tür işlemlere onay verilmektedir⁵⁴.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemelerinden önce mevzuattaki bir başka düzenleme de bugün hâlen yürürlükte olan 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri uyarınca yayınlanan 32 sayılı karara ilişkin 2008/32-34 sayılı Tebliğ'in 11. maddesidir. 11. maddenin 12. fıkrası, *“Türkiye’de yerleşik kişilerce yurt dışında pay sahibi olduğu ortaklıklara, yurt dışındaki ana şirkete ve grup şirketlerine döviz veya Türk Lirası kredi açılabilir.”* şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre 11. maddenin 12. fıkrası uyarınca Türkiye’de mukim bulunan şirketlerin yurt dışındaki ortak, ana şirket ve grup şirketleri ile ödünç işlemleri yapmasına kambiyo mevzuatı kapsamında izin verilmektedir.

Faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle sürekli olarak ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek kişiler, finansman şirketleri ve faktoring şirketlerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi

⁵⁴ Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki düzenlemelerin vergi hukuku bakımından tek başına şirkete borçlanma yasağının yasal görünümü olmadığı hakkında görüş için bkz. Arif **Akarca** ve Mehmet **Şafak**, “Ortağın Şirkete Şirketin Ortağa Borçlanmasında Hukukî Durum”, Dünya Gazetesi, 31.10.2013, <http://www.dunya.com/kose-yazisi/ortagin-sirkete-sirketin-ortaga-borclanmasinda-hukuki-durum/18040>, (E.T. 19.3.2017).

amacıyla düzenlenmiş olan 90 sayılı Ödünç Para Verme İşlemleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname de Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirkete borçlanma yasağı düzenlemelerinden önce mevzuattaki düzenlemelerden biridir. 90 sayılı KHK'nın 2. maddesi uyarınca; ikrazatçılar, finansman şirketleri ve faktoring şirketleri ödünç para verme işi ile iştigal edebilecek olan kişiler olarak belirlenmişti. Söz konusu 2. maddenin 2. fıkrasında ise, "*bankalar, sigorta şirketleri ve özel Kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemler hakkında bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerinin uygulanmayacağı*" hususu yer almaktaydı. Ancak 90 sayılı KHK, 6361 sayılı Kanunun 13.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte bu tarihte yürürlükten kaldırılmıştır. 90 sayılı KHK'nın grup içi borçlanmalara dayanak teşkil eden yukarıda yer verilen hükmüne benzer bir düzenlemeye 6361 sayılı Kanun'da yer verilmemiş olmasına karşın şu ana kadar iptal edilen düzenlemenin yerine geçen yeni bir yasal düzenleme de yapılmamıştır⁵⁵.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndan önce de şirkete borçlanma yasağını düzenlemiş olan ve hâlen yürürlükte olan bir diğer hüküm de 5411 sayılı Bankacılık Kanununun⁵⁶ 50. maddesidir. "Dahil Olunan Risk Grubu ve Mensuplara Kredi Kullandırma Koşulları" başlıklı 50. maddenin birinci fıkrası, "*(1) Bankalar; a) Yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; bunların eş ve velâyet altındaki çocuklarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara, b) (a) bendinde sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velâyeti altındaki çocuklarına, c) Mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara, Her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi veremez, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar.*" şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre kanun koyucu, bankaların, 50. maddede sayılan kişilere her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayri nakdî kredi

⁵⁵ Şirketlerde borçlanma ile ilgili özel düzenlemeyi içeren 90 Sayılı KHK kalmış olsa da diğer yasal düzenlemeler mevcut uygulamanın devamına imkân vereceği konusundaki görüş için bkz. **Akarca/Şafak**.

⁵⁶ RG.: 01.11.2005, S. 25983.

veremeyeceklerini, tahvil ya da benzeri menkul kıymetleri satın alamayacaklarını, kısacası bankaya borçlanamayacaklarını düzenlemektedir.

1.3.2. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Borçlanma Yasağı Düzenlemelerinin Kanunlaşma Süreci ve Bu Sürece İlişkin Eleştiriler

Yarım yüzyılın üzerinde bir süre yürürlükte kalan 6762 sayılı Kanun, artık ekonomik ve ticarî ihtiyaçlara cevap veremez duruma gelmiş ve bu durumun 1990'lı yıllarda yüksek sesle vurgulanmaya başlanması üzerine dönemin adalet bakanı Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK'ün oluruyla 8.12.1999 tarihinde yeni ticaret kanununun görüşülmesi amacıyla bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon, bilimsel çalışmalarda ve uygulamada "TK Komisyonu" olarak adlandırılmıştır. Alt komisyonların çalışmaları sonucunda hazırlanan madde önerileri Genel Komisyon'a arz edilmiş ve buradaki görüşmeler sonucunda ortaya çıkan metin, Bakanlar Kurulu'nda kabul edilerek Türk Ticaret Kanunu Tasarısı niteliği kazanmış ve 9.11.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiştir⁵⁷. Mülga Ticaret Kanunlarımızda yer almayan şirkete borçlanma yasağı da Tasarı ile birlikte ilk kez Türk Hukukunda gündeme gelmiştir.

Tasarıda borçlanma yasağının pay sahipleri açısından önemini belirten "Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı" başlıklı 358. madde, "*(I) İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz; meğer ki borç şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun*" şeklinde^{58 59} ve 395. madde, "*(I) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin*

⁵⁷ Türk Ticaret Kanununun kanunlaşma süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Hüseyin **Ülgen**, Mehmet **Helvacı**, Abuzer **Kendigelen**, Arslan **Kaya** ve Füsün **Nomer Ertan**, Ticarî İşletme Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 6 vd.

⁵⁸ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1078/4903, 9.11.2005, s. 86 (<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, E.T. 17.3.2017).

⁵⁹ 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki Türk Ticaret Kanununun 358. maddesindeki şirkete borçlanma yasağının kaleme alınış şekli ile uygulamada karşılaşılabilecek olası sorunlar konusunda detaylı bilgi için bkz. **Türkiye Barolar Birliği**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:138, Ankara, 2008, s. 688 vd. 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki Türk Ticaret Kanununun 358. maddesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Soner **Altaş**, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Öngörülen, Şirkete Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 222, 2011, (Cezai), s. 240; Ahmet **Tamer**, "Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: "Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK. m.358)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 102, 2012, s. 99 vd.; Aydın Alber **Yüce**, "Anonim ve

almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

(2) Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları⁶⁰ sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve güvence veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirdiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler.

(3) Bankalar Kanununun, bir bankanın iştirak ve kuruluşlarının yönetim kurullarında bulunan kişilerin aynı zamanda bu bankanın mensubu olmaları hâline ilişkin istisnai hükümleri saklıdır” şeklinde düzenlenmişti^{61 62}.

Tasarının kanunlaşma sürecinde, gerek 358. madde gerekse de 395. maddenin şirkete borçlanmaya ilişkin düzenlemelerinde bir değişiklik yapılmamış olup sadece hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla şirketler topluluğuna dahil olan şirketlerin birbirlerine kefil olabileceğini ve garanti verebileceğini düzenleyen bir hüküm, üçüncü fıkrada düzenlenmişti⁶³. Buna göre Tasarının eski üçüncü fıkrası, Bankacılık Kanunu’nda yer alan özel hükümlerin

Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. II, Sayı: 2, 2012, (Borçlanma Yasağı), Borçlanma Yasağı, s. 74 vd.; **Hızır**, s. 230 vd.

⁶⁰ Kanun koyucunun neden “yüzde yirmi”lik oranı düzenlediği hükümde veya gerekçede bulunmamaktadır. Söz konusu oran, bir şirketin “ele geçirilmesi” bakımından da yeterli değildir. Kanımızca kanun koyucu Türk Ticaret Kanunu’ndaki yüzde yirminin düzenlendiği diğer düzenlemelerle söz konusu düzenlemeyi uyumlu hale getirmek istemiştir. Türk Ticaret Kanunu’nda “yüzde yirmi” oranının geçtiği diğer maddeler için bkz. m.400/I-c-d-h, m.519, m. 521, m. 612.

⁶¹ Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1078/4903, 9.11.2005, s. 95 (<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, E.T. 17.3.2017).

⁶² 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki Türk Ticaret Kanununun 395/II. maddesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Reha **Poroy**, Ünal **Tekinalp** ve Ersin **Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, Ortaklıklar Hukuku I), s. 372; Korkut **Özkorkut**, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXVIII, Sayı: 2, 2012, (Değişiklikler), s. 56 vd.; Mustafa **Çeker**, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, Sayı: 2, 2012 (Özel Sayı), s. 662; Abuzer **Kendigelen**, Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 286 vd.; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, s. 679.

⁶³ Şirketler topluluğu ile ilgili 395. maddeye eklenen hüküm (395/III), şirketler topluluğu dikkate alınarak şirketlerin birbirlerine kefil olma ve garanti verme yasaklarının uygulamada sakınca yaratacağı ve ticarî faaliyetlerin aksamasına yol açacağı düşüncesiyle Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir (3.05.2007 tarihli Adalet Komisyonu Raporu, s. 42).

tümünün saklı olması yönünde değiştirilerek dördüncü fıkra olarak düzenlenmişti. Kanun koyucu, şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümler yanında Tasarının 562. maddesinin dördüncü fıkrasında şirkete borçlanmanın cezai yaptırımını da “*Bu Kanunun; c)358’inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, d)395’inci maddelerine aykırı olarak şirkete borçlananlar üçyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmişti.

Tasarıdaki borçlanma yasağını düzenleyen 358., 395. ve 562. maddeler, 13.01.2011 tarihinde TBMM’de ilgili oturumlarda tartışılmaksızın kabul edilmiş olup 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır⁶⁴. Ancak Tasarının yürürlük maddesi olan 1534. madde, aynı maddede yer alan istisnai durumlar dışında, hükümlerin 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe gireceğini öngörmüştür. Buna göre şirkete borçlanma yasağı başta olmak üzere birçok düzenlemenin tartışılması ve Türk Ticaret hayatına sorunsuz adaptasyonun sağlanması amaçlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce Tasarının görüşmeleri ve oylanma işlemlerinden sonra Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Tasarısı görüşmeleri ve oylanma işlemlerine başlanmıştır. Söz konusu Tasarının “Pay Sahiplerinin ve Limited Şirket Ortaklarının Şirkete Borçlanma Yasağı” başlıklı 24. maddesi, “*(1) Türk Ticaret Kanununun 358 inci maddesine aykırı şekilde, anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. Borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, borç için kambiyo senedi verilmesi, ödeme planı yapılması veya benzeri yollara başvurulması bu madde anlamında tasfiye sayılmaz. (2) Birinci fıkrada belirtilen süre içinde tasfiye gerçekleşmemişse, Türk Ticaret Kanununun 562 nci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanır. (3) Tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketin alacaklıları, alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir.*” şeklinde düzenlenmekteydi⁶⁵. Söz konusu 24. madde, tıpkı Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki

⁶⁴ TBMM Tutanak Dergisi, C. XC, 51’inci Birleşim (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil5/bas/b051m.htm> , E.T. 17.3.2017).

⁶⁵ “*Türk Ticaret Kanunu’un 358 inci maddesi ile 644 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi hükmü, anonim ve limited şirketlerde, pay sahipleri ile limited şirket ortaklarının şirkete karşı borçlanmalarını yasaklamıştır. Aynı Türk Ticaret Kanununun 562 nci maddesi, bu yasağın ihlalini*

şirkete borçlanma yasağı hükümlerinde olduğu gibi, tartışılmaksızın oylanarak kabul edilmiş⁶⁶ olup Türk Ticaret Kanunu'la aynı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

Düzenlemeler, ticaret hukuku ile uğraşan toplumun her kesimini rahatsız etmiştir. Buna göre madde, malî müşavirler ve vergi müfettişleri tarafından “*şirketten para çekilmesini yasaklayan düzenleme*” şeklinde yorumlanırken⁶⁷ iş dünyasında “*çekince*” , “*aksak yön*” ve “*ticareti kilitleyen düzenleme*” şeklinde yorumlanmış⁶⁸ hukukçular arasında ise görüş farklılıkları yaşanmıştır. Türk Ticaret Kanununun bilim komisyonunda olanlar “*taşıyıcı kolon*” ve “*kati yasak*” şekillerinde⁶⁹ bilim komisyonunda olmayanlar ise maddenin içeriğini yorumlamaktan çok söz konusu yasağa aykırılığa karşı uygulanacak cezai yaptırımları sert bir şekilde eleştirmişlerdir⁷⁰.

Borçlanma yasağı düzenlemeleri kamuoyunun da gündemini bir süre meşgul etmiş olup o dönemki düzenlemelere ilişkin köşe yazıları, *Dede, Nine, Teyze ve*

cezaî müeyyideye bağlamıştır. Şirketin, pay sahiplerinin ve limited ortakların kasası olarak kullanılması ülkemizde yaygın ve sonuçları çok olumsuz olan bir uygulamadır. Mevcut borçların tasfiyesi için süreye ihtiyaç olduğu şüphesizdir. Onun için, bu Türk Ticaret Kanunu'la mevcut borçların tasfiyesi için üç yıl gibi uzun bir süre verilmesi gereği duyulmuştur. İkinci ve üçüncü fıkralar bu süreye bağlı olarak yasağa uymamanın sonuçlarını düzenlemektedir.” (6335 sayılı Kanun Taslağı'ndaki 24. maddenin gerekçesi).

⁶⁶ TBMM Tutanak Dergisi, C.XC, 51. Birleşim (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/yil5/bas/b051m.htm> , E.T. 17.3.2017).

⁶⁷ Tayfun **Şenol**, “Şirketten Borç Alan Ortağa Üçyüz Gün Ceza”, Muhasebe Web, 21.09.2011, https://www.muhasabeweb.com/387_irketten-Borc-Alan-Ortaa-Ucyuzgun-Ceza.html, (E.T.30.03.2017); Seçkin **Altınel**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Şirkete Borçlanma Yasağının Kapsamının ve Uygulamada Yaşanabilecek Sorunların Değerlendirilmesi”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 229, 2012, s.253-254; Doğan **Yılmaz**, “Yeni TTK'nın Son Durumu ve Temettü Avansı Tebliği Karşısında Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanmaları”, Yaklaşım Dergisi, Sayı: 238, 2012, s. 121-123.

⁶⁸ Yaşar **Kızılbağ**, “İş Dünyasının 1535 Maddelik TTK'da 13 Ayrı Çekincesi Var”, <http://www.ticaretkanunu.net/is-dunyasinin-1-535-maddelik-ttkda-13-ayri-cekincesi-var/>, (Çekince) (E.T. 30.03.2017); Yaşar **Kızılbağ**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu”, Star Gazetesi, 03.05.2012, <http://www.star.com.tr/ekonomi/hortumcu-35-kisi-icin-ticareti-kilitlemeyelim-haber-561317/>, (Ticaret Kanunu) (E.T. 30.03.2017).

⁶⁹ Sami **Karahan**, “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonucu”, Grant Thornton Haber Bülteni, Sayı: 6, 2012, (Borçlanma), s. 8; **Kendigelen**, s.242-243. Örnekle yorum için bkz. *Tekinalp*, 18.11.2011 tarihli Hürriyet Gazetesi'ne verdiği röportajda söz konusu düzenleme hakkında” “*YENİ Türk Ticaret Kanunu'nu hazırlayan komisyonun başkanı Ünal Tekinalp, ortaklar cari hesabı ve gayriaktif şirketlerle ilgili yapılan düzenlemelerin kanunun taşıyıcı kolonları olduğunu belirterek, “Ancak bu kolonlar kesilmek isteniyor. Bu kolonlar kesilirse sonucun ne olacağını düşünmek bile istemiyorum. Kolonların kesilmemesi için komisyon mensupları çaba göstermeye devam edecek. Ödediğimiz ve ödeyeceğimiz sosyal maliyet yüksektir”* dedi. “ *şeklinde yorum yapmıştır* (E.T. 30.03.2017, <http://www.hurriyet.com.tr/yeni-ticaret-kanunu-nun-tasiyici-kolonlari-ni-kesmek-isteyenler-var-19490265>).

⁷⁰ 358. maddenin değişmesindeki en büyük etkenin kamuoyundaki 358. maddenin cezai yaptırımına yönelik haberler olduğu yönündeki görüş için bkz. **Özkorkut**, Değişiklikler, s. 51 vd.

*Baldıza Hapis Şoku*⁷¹, *“Kanun Böyle Çıkarsa Yabancı Sermaye Gelmekten Vazgeçecek, Kayıtdışılık Artacak”*⁷², *“Yeni Ticaret Kanunu İle Şirket Ortaklarının Şirketten Para Çekmeleri Yasaklanıyor”*⁷³, *“Ortaklar Şirketten Borç Alamaz Maddesinin Yumuşatılması Gerekir”*⁷⁴ ve *“TTK’da Değişmesi İstenen Madde”*⁷⁵ gibi başlıklarla yayımlanmıştır.

Kanımızca söz konusu düzenlemelere tepkilerin çıkış noktasını iki olgu oluşturmaktadır. Bunlar, şirketin ortak ve yöneticilerinin gerek borçlanma yasağı

⁷¹ “...Bitmedi; dayı, hala, kayınpeder, görümce, baldızın, teyzenin ve görümcenin çocukları.. Durun daha bitmedi eşinizin dayısı, amcası, halası, teyzesi kayınbirader.. Liste uzayıp gidiyor ama bu kadarı yeter. BU DA NEREDEN ÇIKTI? Nereden olacak, Yeni Türk Ticaret Kanunu’ndan! Gelin birlikte okuyalım. MADDE:395/2: Yönetim kurulu üyesi, eşi ve kendisi ya da eşinin; üçüncü derece dahil kan ve kayın hısımlarından biri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Şirkete nakit veya ayın BORÇLANANLAR (yani şirketin yönetim kurulu üyesi ve eşi ile anne, baba, kayınvalide, teyze, kayınbirader, hala, baldız, dayı vs.) için “Kırk katur mı kırk satır mı?” cinsinden “adli para veya hapis cezası” var. Bu düzenleme, hayatın olağan akışına aykırı. Adam mal alacak, gitmiş akrabasının yönetim kurulu üyesi olduğu şirketten taksitle ya da iki ay sonra ödemek üzere mal almış. Bunda ne var? İşin ilginç yönü şu; malı verene değil borçlanarak alana yani baldıza, görümceye, dayıya,vhalaya, hapse kadar varan ceza var!” Şükrü **Kızılot**, “Dede, Nine, Teyze ve Baldıza Hapis Şoku”, Hürriyet Gazetesi, 26.1.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/dede-nine-teyze-ve-baldiza-hapishane-yolu-19772850>, (Hapis), (E.T. 18.3.2017). Yazarın aynı yönde şirkete borçlanma yasağı konusundaki diğer yazıları için bkz. Şükrü **Kızılot**, “Şirket Müdürlerinin Borcu Unutulmuş”, Hürriyet Gazetesi, 18.01.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/sirket-mudurlerinin-borcu-unutulmus-19710255>, (Şirket Müdürü), (E.T. 18.3.2017); Şükrü **Kızılot**, “Kendi Şirketinden Borç Alana Hapis Komedi”, Hürriyet Gazetesi, 28.12.2011 <http://www.hurriyet.com.tr/kendi-sirketinden-borc-alana-hapis-komedi-19551801>, (Şirket) (E.T. 18.3.2017); Şükrü **Kızılot**, “Şirketten Para Çekmek, Bombanın Pimini Çekmek Gibi”, Hürriyet Gazetesi, 5.4.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/sirketten-para-cekerek-bombanın-pimini-cekerek-gibi-20276334>, (Para Çekmek) (E.T. 18.3.2017); Şükrü **Kızılot**, “Yeni TTK ve Hapis Bombardımanı”, Hürriyet Gazetesi, 28.3.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/yeni-ttk-ve-hapis-cezasi-bombardimani-20220303>, (Yeni TTK), (E.T. 18.3.2017).

⁷² Başbakan Yardımcısı’nın 15.06.2012 tarihinde gazetelerde çıkan açıklamalarında geçen bu ifadeler için bkz. Abdurrahman **Yıldırım**, “Yabancı Sermayeyi Engeller Aile Faciaları Yaşattı”, Başbakan Yardımcısı Ali Babacan’la röportaj, Gazete Habertürk <http://www.gazetearsivi.info/2012/06/haberturk-gazetesi-15062012-manseti.html?ref=nav>, (E.T. 18.3.2017).

⁷³ Gazi **Ağkurt**, “Yeni Ticaret Kanunu İle Şirket Ortaklarının Şirketten Para Çekmeleri Yasaklanıyor”, Bodrum Mavi Dergisi (Bodrum Ticaret Odası Yayınları), Eylül 2011, s. 10.

⁷⁴ “Nisan 2011’den sonra Deloitte ile bugünlerde ise Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve TÜRMOB’la birlikte yeni Türk Ticaret Kanunu konusunda Türkiye genelinde bilgilendirme toplantılarına imza atan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Başkanı Rifat Hisarcıkhoğlu, yasanın ‘rötuş’a ihtiyacı olduğunu söyledi. Tasarının yasalaşma sürecinde partiler arasında mekik dokuduğunu hatırlatan Hisarcıkhoğlu, yasadaki ‘ortaklar şirketten borç alamaz, maddesinin yumuşatılmasını istedi. Hisarcıkhoğlu “Kötü niyetli bazı ortaklar şirketin içini boşaltıyor, hortumluyor diyorlar. Bakın, bu sözün altına imzama atarım. Ancak 3-5 dolandırıcıyı cezalandıracağım diye sistemi kilitlemeyelim, kısa süreli ve limitli borçlanmanın önünü açalım” dedi.” (Yaşar **Kızılbağ**, “Hortumcu 3-5 Kişi İçin Ticareti Kilitlemeyelim”, Star Gazetesi, 03.05.2012, <http://www.star.com.tr/ekonomi/hortumcu-35-kisi-icin-ticareti-kilitlemeyelim-haber-561317/>, (E.T. 23.05.2017).

⁷⁵ İbrahim **Ekinci**, “TTK’da değişmesi istenen 11 madde”, Dünya Gazetesi, 11.02.2012, <http://www.dunya.com/gundem/ttk039da-degismesi-istenen-11-madde-haberi-166112>, (E.T. 23.5.2017).

düzenlemelerinin yapılması sırasında⁷⁶ gerekse de kanun çıktıktan sonra söz konusu yasak ile ilgilenmemesi ve bilgilenmemesi⁷⁷ ve yukarıda belirttiğimiz kamuoyunda konuyla ilgili sürekli çıkan hapis cezaları ile ilgili yazılardır. Daha geniş bir ifâde ile Türk Ticaret Kanunu'ndan önce pay sahipleri ve yöneticiler, Cumhuriyet'in ilk yıllarından beri şirketlerinin kasalarını kişisel kasaları gibi kullanmışlar, şirketlerinin kasalarından istedikleri zamanda ve miktarda para çekmişler ve şirketlerinin borcunu ödememek adına gerektiğinde şirketlerinin tüzel kişiliklerinin arkasına saklanmışlardır. Yeni düzenlemelerle birlikte rüzgar tersine dönmüş olup tacirlerin artık istedikleri gibi şirketten para çekmelerinin önü kapatılmıştır. Pay sahipleri ve yöneticilerde “travma” etkisi yaratan bu duruma ek olarak 358. ve 395/II maddelere aykırılığın cezai yaptırımının hapis cezası olduğu üzerine basıla basıla vurgulanmıştır. Oysa ki söz konusu düzenleme, *Tekinalp*'in de bahsettiği gibi Türk Ticaret Kanunu ile kurulmak istenen yeni yapının en önemli “kolon”larından biriydi.

Henüz uygulanma şansı verilmemesine rağmen toplumun her kesimini rahatsız etmeyi başaran şirkete borçlanma yasağı düzenlemelerinin de içinde bulunduğu “rahatsız eden Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri”nin değiştirilmesi amacıyla yasama faaliyetleri tekrar başlamıştır. Yasama faaliyetleri sonucu 358., 395/II. ve 562. maddeler, TBMM'de tartışılmaksızın⁷⁸ değişikliğe uğramıştır. 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli

⁷⁶ “Kanununun 18 aylık intibak süresinin ilk 12 ayında hükme karşı herhangi bir eleştiri gelmemiştir. Zaten Türk Ticaret Kanunu Tasarısını hazırlayan komisyondaki (Komisyon) TOBB temsilcisi de beş yıllık çalışmalarda bu maddeye karşı çıkmadığı gibi, TK Tasarısı hakkında görüş ve öneri sürenler ile Komisyona çağrılan 16 sivil toplum örgütünden de maddeye itiraz eden olmamıştır.” **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323.

⁷⁷ 2011 yılında, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) ve uluslararası danışmanlık şirketi Deloitte, şirketlerin yeni kanuna ne kadar hazır olduklarını ölçen “TTKMetre” adını taşıyan ve çeşitli soruların sorulduğu anket düzenlemiştir. TOBB'un internet sitesinden firmalarla yaptığı ‘TTKMetre’ isimli ankete 51 ilden bine yakın şirket katılmış ve katılan şirketleri yüzde sekseni anket sorularının tamamını cevaplandırmıştır. Anketi cevaplandıran şirket yetkililerinin yüzde ellisi şirket ana sözleşmelerini yeni kanun ile uyumlu hale getirmeleri gerektiğini bildiklerini vurgularken, yüzde kırk gibi bir oran yönetici, ortak ve yakınlarının şirkete borçlanmaya devam ettiğini ifâde etmiştir. TTKMetre hakkında detaylı bilgi için bkz.Sait **Gözüm**,”TTK Metre Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Ne Kadar Hazırım?”, <https://www.tobb.org.tr/Documents/ttk/sunumlar/SaitGuzum.pdf>, E.T. 24.12.2017; TTKMetre konusunda basında ön plana çıkan haberler için bkz. “Şirketlere TTKmetre uygulaması”, 24.12.2017, Dünya Gazetesi, <https://www.dunya.com/gundem/sirketlere-ttkmetre-uygulamasi-haberi-142483>, (E.T. 24.12.2017); “TOBB, ‘TTKMetre’yle ölçüm yaptı, şirketlerin yüzde seksensekizi risklere hazırlıksız çıktı”, 10.10.2011, Hürriyet Gazetesi, <http://www.hurriyet.com.tr/tobb-ttkmetre-yle-olcum-yapti-sirketlerin-yuzde-88-i-risklere-hazirliksiz-cikti-18941995>, (E.T. 24.12.2017).

⁷⁸ İlgili TBMM tutanakları için bkz. http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/Türk_Ticaret_Kanunumaddeleri?_adf.ctrl-state=yxp6pd15x_24&pTürk_Ticaret_Kanunularno=108030&pTürk_Ticaret_Kanununumarası=6335, E.T. 24.03.2018.

Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷⁹ ⁸⁰ da kendilerine yer bulmuşlardır. 6335 sayılı Kanun, 30.06.2012 tarihli ve 28339 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 6335 sayılı Kanun’un 49. maddesi uyarınca 1.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸¹.

6335 sayılı Kanun’la şirkete borçlanma yasağı maddelerinin hangi değişikliklere uğradığına baktığımızda, 358. maddenin, 6335 sayılı Kanun’un 15. maddesi uyarınca, *“Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”* şeklinde, 395. maddenin ikinci fıkrasının, 6335 sayılı Kanun’un 17. maddesi uyarınca, *“Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.”* şeklinde ve şirkete borçlanmanın Türk Ticaret Kanunu uyarınca cezai yaptırımını düzenleyen 562. maddenin beşinci fıkrasının b ve c bentlerinin, 6335 sayılı Kanunun 30. maddesi uyarınca, *“(5) Bu Kanunun; b) 358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler, c) 395 inci maddesinin*

⁷⁹ RG.: 30.06.2012, S. 28339.

Hükümetin değişiklik Tasarısı’nın Genel Gerekçesi oldukça kısadır:

“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 Türk Ticaret Kanununda yer alan bazı düzenlemelerin değiştirilmeden yürürlüğe girmesi halinde ticarî hayatın olumsuz etkilenebileceği ve uygulamada sorunların yaşanabileceği değerlendirilmiştir.

Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların asgariye indirilebilmesi için gerek Türk Ticaret Kanununda gerekse de 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda değişiklik yapılmasını teminen bu Türk Ticaret Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır.” (Türk Ticaret Kanunu İle 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: 303, s. 4).

⁸⁰ Çalışmanın bundan sonraki kısmında 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’u ifade etmek için “6335 sayılı Kanun” terimi kullanılacaktır.

⁸¹ 6335 sayılı Kanun ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda hangi değişikliklerin gerçekleştiği ve söz konusu değişikliklerin değerlendirilmesi konusunda bkz. Hasan **Pulaşlı**, “6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısmın Değerlendirilmesi”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. II, Sayı: 2, 2012, (Değerlendirme), s. 9 vd.; Korkut **Özkorkut**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Sermaye Şirketleri Açısından Değişiklik Depremi”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 286, 2012, (Değişiklik Depremi), s. 19 vd.

ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.” şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

6335 sayılı Kanun ile beraber söz konusu hükümleri eleştiren bir grup yazar rahat bir nefes almıştır⁸². Ancak bu sefer de ticaret doktrinindeki birçok yazar, değişiklikleri farklı açılardan eleştirmişlerdir. Buna göre,

*358. madde kapsamında yeni düzenleme, şirketin çıkar gruplarının menfaatlerini tehlikeye düşürmüş ve kurumsal yönetim ilkeri olan hakkaniyet ve şeffaflık ilkelerine aykırılık teşkil etmiştir⁸³.

*“*hukukî işlemin, emsalleriyle aynı veya benzer şartlarda gerçekleştirilmiş olması kaydıyla, anonim şirketin işletmesi konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak gerçekleştirilmiş olması*” ifadesi kaldırıldığı için madde, temel ilke olmaktan çıkartılmış ve borçlanma kural yasağın istisna haline gelmiştir⁸⁴.

⁸² 6335 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'ndaki şirkete borçlanma yasağı hükümlerinin değişmesi sonucu yazılan köşe yazıları örnekleri için bkz. Şükrü **Kızılot**, "Hapse Girmeyen Şirket Ortağı ve Vatandaş Kalmayacaktı", Hürriyet Gazetesi, 19.6.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/hapse-girmeyen-sirket-ortagi-ve-vatandas-kalmayacakti-20789800>, (Şirket Ortağı), (E.T. 18.3.2017); Şükrü **Kızılot**, "Mızrak Çuvala Sığmadı Tepkiler Yüzünden Yeni TTK Değiştirildi", Hürriyet Gazetesi, 18.6.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/mizrak-cuvala-sigmadı-tepkiler-yuzunden-yeni-ttk-degistirildi-20782009>, (Mızrak), (E.T. 18.3.2017); Şükrü **Kızılot**, "Demek ki Kral Çıplakmış", Hürriyet Gazetesi, 30.6.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/demek-ki-kral-ciplakmis-20881220>, (Kral), (E.T. 18.3.2017); Şükrü **Kızılot**, "70'inden Sonra Servetimi Kaybetmek İstemiyorum", Hürriyet Gazetesi, 25.06.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/70-inden-sonra-servetimi-kaybetmek-istemiyorum-20836262>, (Servet), (E.T. 18.3.2017); Süleyman **Yaşar**, "Sakin Şirketten Patrona Para Çektirmeyin", Sabah Gazetesi, 06.07.2012, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/yasar/2012/07/06/sakin-sirketten-patrona-para-çektirmeyin>, (Patron), (E.T. 18.3.2017); Korkut **Özkorkut**, "Düzenlenen Şirkete Borçlanma Yasağı Mı Yoksa Yasal Hortumculuk Mu?", Vergi Sorunları Dergisi, 14.10.2012, <http://vergisorunlari.com.tr/yazi/korkut-ozkorkut/duzenlenen-sirkete-borçlanma-yasagi-mi-yoksa-yasal-hortumculuk-mu/36>, (Borçlanma), (E.T. 18.3.2017).

⁸³ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 78 vd.; **Karahan**, Borçlanma, s. 9; Sami **Karahan**, (Ed.), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 363; **Üçışık/Çelik**, s. 501.

⁸⁴ **Karahan**, Borçlanma, s. 8; **Karahan/Coşkun**, s. 363; **Bilgili/Demirkapı**, s. 395 vd.; **Üçışık/Çelik**, s. 501; **Hızır**, s. 233; **Tamer**, s. 102; Mustafa Eser **Cinbaş**, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı ve Müeyyidesi", Konya Barosu Dergisi, Sayı: 22, 2012, s. 82. **Özkorkut**, maddenin, 6335 sayılı Kanun değişikliğiyle beraber şirkete borçlanmanın "yasal" hale geldiğini savunmaktadır (**Özkorkut**, Değişiklikler, s. 51). **Kendigelen** borçlanma yasağının "neredeyse" kaldırıldığını savunmaktadır (**Kendigelen**, s. 242). Kanun koyucu da yeni metindeki borçlanmanın kural yasağın istisnai olduğunu 358. maddedeki değişikliği öngören 6335 sayılı Kanun'un 15. maddesinin gerekçesinde "*Maddeyle, borçlanma yasağı yumuşatılmış ancak kaldırılmamıştır.*" şeklinde belirtmiştir; Aksi görüş için bkz. Soner **Altaş**, "Anonim Şirket Pay Sahiplerine İlişkin Borçlanma Yasağı'nda Ne Değişti?", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 236, 2012, (Değişiklik), s. 287.

*Mevcut düzenlemede şirketten alınabilecek borcun tutarı, oranı, vadesi veya geri ödemeye ilişkin ifadeler ve açıklamalara yer verilmemiş⁸⁵ ve maddenin uygulama alanı oldukça daralmıştır⁸⁶.

Söz konusu haklı eleştirilere ek olarak kanımızca borca batıklıktan (TTK m.376) veya “şirket kasasının boşaltılması”nın haklı bir sebep oluşturması sebebiyle azınlığın, şirketin feshi talepli mahkemeye başvurması (TTK m.531) ya da Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca, bu tür işlem, hazırlık veya faaliyetlerin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde fesih davası açılmasından dolayı anonim şirketin sona ermesi riskleri de bulunmaktadır (TTK m.210/III).

TTK m.395/II bakımından eleştirilere baktığımızda,

*Şirkete borçlanma yasağı süjelerinden olan “*yönetim kurulu üyesinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri*”, yeni metne alınmayıp söz konusu borçlanma yasağı süjelerinin yasak kapsamı dışında bırakılmıştır⁸⁷.

⁸⁵ Mustafa **Yavuz**, “ Son Değişikler Kapsamında Anonim ve Limited Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 288, 2012, (Borçlanma Yasağı), s. 157; **Kendigelen**, s. 244; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 280; **Özkorkut**, Değişiklikler, s. 51; **Altaş**, Değişiklik, s. 287. Söz konusu durum, 358. maddedeki değişikliği öngören 6335 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesinde “*Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirkete 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 tanımlayabiliriz. Bu durumda, yani şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullandırılması halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 155 inci maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun veya bu şekilde gerçekleşen borçlanma sonucunda şirketin iflâsı halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 161 inci maddesinde düzenlenen hileli iflâs suçunun oluşabileceği açıktır*” şeklinde ifade edilmektedir. Gerekçedeki söz konusu ifade bağlayacağı niteliğe sahip olmamakta olup sadece bir temenniden ibarettir. Çünkü 358. maddenin yeni metninde şirketten alınabilecek borcun tutarı, oranı, vadesi ve geri ödeme usûlü belirtilmemiş olup gerekçede sadece “*şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarını makul bir vade içerisinde ve şirkete zarara uğratmayacak şekilde karşılamasından söz edilmekte*” ancak maddedeki “makul vadenin” ne olduğu ve borcun tutarı ve alınma koşulları hakkında hiçbir düzenlemeye yer verilmemektedir. Gerekçedeki Türk Ceza Kanunu hükümleri ise sadece bir “uyarı” niteliğindedir. 358. maddeyi değiştiren 6335 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesinin 358. maddedeki düzenlemeleri gerekçelendirmek konusunda yetersiz olduğu konusundaki düşünceler için bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 280.

⁸⁶ **Üçışık/Çelik**, s. 501; **Çeker**, s. 661-662; **Karahan/Coşkun**, s. 362; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 79; **Cinbaş**, s. 83.

⁸⁷ **Kendigelen**, s.284; **Bilgili/Demirkapı**, s. 492; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 670.

*Yeni hükümde maddede belirtilen kişilerin şirkete nakdî borçlanmaları yasaklanmış olmakla birlikte bu kişilerin aynı borçlanmaları, mümkün hâle gelmiştir⁸⁸.

*Değişiklik, malvarlığının korunması ilkesinin korunacağı düşüncesine aykırılık teşkil etmiştir⁸⁹.

Kanımızca da 395. maddenin ikinci fıkranın, 6335 sayılı Kanun değişikliği sonrası hem borçlanma yasağının sùjeleri hem de borçlanma yasağı araçları bakımından kapsamı oldukça daraltılmış olup yönetim kurulu üyesi veya 393. maddede sayılan yakınların aynı zamanda pay sahibi olmaları durumunda 395/II'deki yasağın delinmesi mümkündür. Buna ek olarak TTK m.395/II'de öngörülen yasağın, “mutlak” nitelikte olmaktan çıkmış olması sebebiyle artık pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının, 358. maddede sayılan borçlanma koşulları uygulanmaksızın şirkete aynı şekilde borçlanmaları mümkündür.

Türk Ticaret Kanunundaki şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümler yanında 6103 sayılı Kanunun şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 24. maddesi de bu değişikliklerden nasibini almıştır. 6103 sayılı Kanunun 24. maddesini yürürlükten kaldıran 6335 sayılı Kanunun 47. maddesi, tıpkı yukarıda belirttiğimiz diğer maddeler gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce tartışılmaksızın kabul edilmiş⁹⁰ ve 6103 sayılı Kanunun 24. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır⁹¹.

6335 sayılı Kanun sonrası şirkete borçlanma yasağına ilişkin maddelerin bugünkü hâllerine baktığımızda 358. madde, “(1) Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz” ve 395. madde, “(1) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin

⁸⁸ **Bilgili/Demirkapı**, s. 396; **Bahtiyar**, Değerlendirme, s. 75; **Karahan**, Borçlanma, s. 10.

⁸⁹ **Kendigelen**, s.283; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.461; **Bilgili/Demirkapı**, s. 492; **Karahan**, Borçlanma, s. 466; **Üçışık/Çelik**, s. 501; **Atlıhan**, s. 1972.

⁹⁰ İlgili TBBM oturum tutanakları için bkz. [http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/Türk Ticaret Kanunumaddeleri?_adf.ctrl-state=yxp6pd15x_24&pTürk Ticaret Kanunularno=108030&pTürk Ticaret Kanunumarasi=6335](http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/Türk_Ticaret_Kanunumaddeleri?_adf.ctrl-state=yxp6pd15x_24&pTürk_Ticaret_Kanunularno=108030&pTürk_Ticaret_Kanunumarasi=6335), (E.T. 29.3.2017).

⁹¹ 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 24. maddesi konusunda detaylı bilgi ve ceza hukuku açısından eleştirisi için bkz. Cenker **Değirmenci**, “6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Madde 24/II (Pay Sahiplerinin ve Limited Şirket Ortaklarının Şirkete Borçlanma Yasağı) Suçların ve Cezaların Kanûniliği İlkesine Uygun Mudur?”, Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 655 vd.

almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

(2) Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.

(3) 202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler.

(4) Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır” şeklinde ve 562. maddenin, “(5) Bu Kanunun; b) 358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler, c) 395 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler, üçyüz gündен az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.” şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

1.3.3. Borçlanma Yasağı Düzenlemelerinin Türk Ticaret Hukuku Bakımından Önemleri

Yaklaşık 56 yıl varlığını sürdüren 6762 sayılı Kanunun, günümüz Türk Şirketler Hukukunun gelişim ve faaliyet hızına yetişememesi sebeplerinden dolayı uzun uğraşlar sonucu Türk Ticaret Kanunu düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu ile birlikte Türk Şirketler Hukukunda önemli sıçramalar meydana getirecek düzenlemeler de yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenlemelerden iki tanesi de 358. ve 395/II. maddelerde düzenlenen şirkete borçlanma yasağıdır.

Türk Ticaret Kanununun 358. ve 395/II. maddelerinde düzenlenen şirkete borçlanma yasağı düzenlemeleri ile aile tipi şirketlerin yerine kurumsal yönetim ilkelerinin ön planda tutulması amaçlanmaktadır. Türk şirketlerinin % 60’ını etkileyen⁹² 358. ve 395/II. maddeler, pay sahiplerinin ve 395/II’de sayılan kişilerin

⁹²Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın Haziran 2014 istatistiklerine göre ticarî işletmeler de dahil toplam 1.351.212 şirket bulunmaktadır. Söz konusu şirketlerden 808.698’i Türk Ticaret Kanunu’un 358. ve 395/II. maddelerinde düzenlenen şirkete borçlanma yasağına tâbidir,

“şirketin kasasını boşaltmalarını” önlenmekte ve bu sayede başta şirket alacaklıları olmak üzere bütün çıkar gruplarının menfaati korunmaktadır⁹³.

Türk Ticaret Kanununun ve doğal olarak 358. ve 395/II. maddelerinin, yürürlüğe girmeleriyle birlikte söz konusu düzenlemeler, Türk Ticaret Kanunu’ndan önce çeşitli mevzuatlarda farklı gruptaki süljelerin şirkete borçlanma yasağını öngören maddeleriyle uyumlu hale gelmiş ve tabiri caiz ise “yapbozun kayıp parçasından ikisi” bulunmuş ve yerine koyulmuştur.

Yukarıda belirtilen hususlar yanında şirket alacaklıları, alacakları için kural olarak sadece anonim şirketin tüzel kişiliğine başvurmaları gerekirken TTK m.395/II hükmü bu konuda istisnai nitelik taşımaktadır. Buna göre şirket alacaklılarının, TTK m.395/II hükmüne aykırı bir fiil hâlinde alacakları için maddede sayılan kişileri doğrudan takip etmeleri mümkündür (TTK m.329). Dolayısıyla şirket alacaklıları bakımından, TTK m.395/II hükmü uyarınca alacaklısı oldukları anonim şirketin tüzel kişilik perdesini ayırıp doğrudan maddede sayılan kişileri takip edebilmeleri sebebiyle 395/II. maddedeki düzenleme, yukarıda da belirttiğimiz gibi Türk Ticaret Hukukunda yeni bir düzenleme olmasının yanında aynı zamanda tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin de yasal bir görünümüdür⁹⁴.

[http://iticaret.gtb.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20\(Haziran-2014\).pdf](http://iticaret.gtb.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20(Haziran-2014).pdf), (E.T. 03.04.2017).

⁹³ Ayşe **Odman Boztosun**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi”, http://icongfesr2011.tolgaerdogan.net/documents/national_presentations/UL01.pdf, (E.T. 26.03.2016), s. 4; **Karahan/Coşkun**, s. 363; **Bilgili/Demirkapı**, s. 492.

⁹⁴Aynı yönde bkz. Sevda **Bora**, Şirkete Borçlanma Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 44. Mevzuattaki diğer örneklere baktığımızda kollektif şirketlerin borçları sebebiyle pay sahiplerinin mallarına ihtiyati haciz konulması (TTK m.237/II), limited şirketin kamu borçlarının pay sahiplerinden tahsil edilmesi (6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usûlü Hakkında Kanun ((RG.: 28.07.1953, S. 8469)) m. 35), 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 110. maddesi uyarınca, anılan Kanunun 71. maddesi çerçevesinde, kanuna aykırı karar ve işlemleriyle, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ya da temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilmesine neden olan banka yönetici ve denetçilerinin, bankaya verdikleri zararlar ile sınırlı olarak şahsi sorumluluklarına gidilerek, Fonun talebine dayalı olarak şahsen iflâslarına mahkemece karar verilmesi veya Çek Kanununun (RG.: 20.12.2009, S. 27483) 4. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilmesidir (Veliye **Yanlı**, Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2000, (Tüzel Kişilik Perdesi), s. 70 vd.). Konu hakkında örnek vakıa üzerinden tüzel kişilik perdesinin aralanması konusunda detaylı bilgi için bkz. Vural **Seven** ve Yaşar Can **Göksoy**, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.LXXX, Sayı: 6, 2006, s.2455 vd. Aksi görüş için bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 395.

1.3.4. Borçlanma Yasağına Tâbi Olan Şirketler ve Özellik Arzeden Durumlar

1.3.4.1. Borçlanma Yasağına Tâbi Olan Şirketler

Türk Ticaret Kanununun 124. maddesi, ticaret şirketlerinin numerus clausus ilkesine uygun olarak sadece kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden⁹⁵ ibaret olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeden yola çıkarak hangi şirketlerin borçlanma yasağına tâbi olup olmadığının tek tek incelenmesinde yarar vardır.

Şirkete borçlanma yasağı esas olarak, 358. ve 395. maddeler uyarınca anonim şirketler için geçerlidir. Yasak kapsamında anonim şirketin büyüklüğünün veya halka açık olup olmamasının bir önemi yoktur⁹⁶.

Bir diğer sermaye şirketleri olan limited şirketler, Türk Ticaret Kanununun 644. maddesindeki “*(1) Aşağıda madde numaraları bildirilen anonim şirketlere ilişkin hükümler limited şirketlere de uygulanır. b) (Değişik: 26/6/2012-6335/32 md.) Feshe ilişkin 353 üncü madde, şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin 358 inci madde, müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümleri, kâr payı avansına ilişkin 509 uncu maddenin üçüncü fıkrası*” şeklindeki düzenleme uyarınca şirkete borçlanma yasağına tâbidir⁹⁷.

Anonim şirket hükümlerine, limited şirketler yanında bir diğer sermaye şirketine atıf, komandit şirketlerin bir türü olan sermayesi paylara bölünmüş (paylı) komandit şirketler kısmında bulunmaktadır. Sermayesi paylara bölünmüş olan komandit şirketlerin “Uygulanacak Hükümler” başlıklı 565. maddesi, “*(1) Komanditelerin birbirleriyle, komanditerlerin tümüyle ve üçüncü kişilerle hukukî ilişkileri, özellikle şirketin yönetimine ve temsiline ilişkin görev ve yetkileri, şirketten ayrılmaları, komandit şirketlerdeki hükümlere tabidir. (2) Birinci fıkrada gösterilen hususların dışında, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri*

⁹⁵ Kooperatiflerin madde kapsamında ticaret şirketi sayılmasının nedenleri için bkz. Türk Ticaret Kanununun 124. maddesinin gerekçesi.

⁹⁶ Çeker, s. 664.

⁹⁷ Limited şirketlerin şirkete borçlanma yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Yavuz, “Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Borçlanabilmesinin Koşulları”, Mali Çözüm Dergisi, 2017, (Limited Şirketler), s. 183 vd.

uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları da şirkete borçlanma yasağına tâbidir⁹⁸.

Şahıs şirketleri olan kollektif ve (adî) komandit şirketlerde, ortaklarının şirket borçlarından dolayı kişisel sorumluluk taşıması (TTK m.211 ve 325) ve şirkete borçlanma yasağının ana ilkesini oluşturan malvarlığının korunması ilkesinin sermaye şirketlerine özgü olması sebeplerinden dolayı⁹⁹ şirkete borçlanma yasağı geçerli değildir. Bir başka ifâde ile kollektif ve komandit şirketlerde şirkete borçlanma yasağı uygulanmayacaktır¹⁰⁰. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki bir anonim veya limited şirket ortağının kendisi veya yakınlarından birinin ortak olduğu şahıs şirketlerinin, diğer şartları mevcut olmak koşuluyla şirkete nakit veya ayın cinsinden borçlanması mümkün değildir¹⁰¹.

Kendine özgü yapıya sahip olan kooperatiflerin¹⁰² durumuna baktığımızda şirkete borçlanma yasağının ana ilkesi olan malvarlığının korunması ilkesinin kooperatifler açısından da geçerli olması ve şirkete borçlanma yasağına ilişkin 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda¹⁰³ aksi bir düzenleme olmaması sebebiyle, aynı Kanununun 98. maddesinin anonim şirketlere yaptığı yollama gereğince şirkete borçlanma yasağı, kanımızca kooperatifler açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz ticaret şirketlerinin yanında adî şirketlerin şirkete borçlanma yasağına tâbi olup olmadıklarına baktığımızda, adî şirketin, kişi ortaklığı olması, bir tüzel kişiliğinin olmaması ve ortaklık malvarlığı üzerinde- kural olarak- elbirliği mülkiyeti olması sebebiyle¹⁰⁴ şirkete borçlanma yasağı hükümleri

⁹⁸ Çeker, s. 664; Huriye Kubilay, 6102 sayılı Kanun’un İş Dünyasına Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler Toplantısı’nda Sorulan Sorular ve Cevapları, İzmir Ticaret Odası Yayınları, 7.5.2012, http://www.izto.org.tr/portals/0/iztogenel/dokumanlar/yeni_ticaret_kanunu_soru_cevap_07.05.2012%2014-31-26.pdf, (E.T. 19.11.2017), s.1.

⁹⁹ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s.287; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 263; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 130.

¹⁰⁰ Çeker, s. 664; Kollektif ve adî komandit şirketlerde şirkete borçlanma konusunda detaylı bilgi için bkz. Odman Boztosun, s.4.

¹⁰¹ Çeker, s. 664.

¹⁰² Kooperatiflerin kişi ve sermaye şirketleri ayırımında ayrı bir yerde olduğu görüşü için bkz. Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, (Ortaklıklar Hukuku), s. 106-107.

¹⁰³ RG.:10.05.1969, S.13195.

¹⁰⁴ Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 23 vd. Söz konusu durum ön kuruluş şirketinde de geçerlidir. Buna göre; taraflar, bir anonim şirket kurmayı aralarında yapacakları bir ön sözleşmeyle birbirlerine karşı üstlenirlerse, artık planlama ve diğer görüşmelerle ilgili esik aşılmış olmaktadır. Bu durumda taraflar, sözleşmede şartları belirlenen şirketi kurmak için açıkça yükümlülük altına girmektedirler. Hedeflenen şirketi kurmak isteyen taraflar arasında böyle bir ön sözleşmenin yapılması ile “ön kuruluş şirketi” meydana gelmektedir (Ön kuruluş şirketi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kervankıran, s.

uygulanmamaktadır¹⁰⁵. Buna ek olarak şahıs işletmesi şeklinde ticarî faaliyette bulunanlar bakımından da şirkete borçlanma yasağı hükümleri uygulanmamaktadır¹⁰⁶.

1.3.4.2. Özellik Arz eden Durumlar

1.3.4.2.1. Tek Ortaklı Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı

Anonim ve limited şirketlerin tek ortaklı olarak kurulması mümkündür (TTK m.338 ve 573). Buna göre uygulamada oldukça popüler olan¹⁰⁷ tek ortaklı anonim/limited şirketlerde de şirkete borçlanma yasağı uygulama alanı bulmaktadır¹⁰⁸.

1.3.4.2.2. Ön Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı

Şirket; kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur (TTK m.335) ve ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır (TTK m.355). Şirket esas sözleşmesinin kurucular tarafından imzalanması ve imzaların noterce onaylanması aşamasında şirketi meydana getiren dört unsurun tam olarak gerçekleşmesi durumunda ön anonim şirket meydana

354). Ön kuruluş şirketinin, adı şirket karakteri taşıması sebebiyle ön kuruluş şirketi aşamasında şirkete borçlanma yasağı uygulanmamaktadır.

¹⁰⁵ Çeker, s. 664.

¹⁰⁶ Çeker, s. 664.

¹⁰⁷ Tek kişi ortaklığının tercih nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih **Aydoğan**, Tek Kişi Ortaklığı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 59-86. 2014 yılı uyarınca Türkiye'deki anonim şirketlerin %47,20'si ve limited şirketlerin %58,69'u tek ortaklı olarak oluşmaktadır [http://iticaret.gtb.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20\(Haziran-2014\).pdf](http://iticaret.gtb.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20(Haziran-2014).pdf), E.T. 26.11.2017).

¹⁰⁸ **Aydoğan**, s. 200-201. Tek kişilik sermaye şirketlerinde 358. ve 395/II. maddelerin uygulanma alanının daraltılması konusundaki haklı eleştiriler için bkz. **Aydoğan**, s. 202. **Tekinalp**, şirkete borçlanma yasağı maddelerinin tek kişilik şirketlerin koruyucu sigortalarından olduğunu ve bu sayede tek pay sahibinin, pay sahibi olduğu şirketi kasası gibi kullanmasına, iki malvarlığının birbirine karıştırılmasına ve bir bütün olarak işlemlere konu yapılmasına engel olacağını savunmuş ve söz konusu yasakların bizim de katıldığımız üzere çok pay sahipli/ortaklı şirketlere nazaran tek pay sahipli/ortaklı şirketlere hizmet edeceğini savunmuştur (Ünal **Tekinalp**, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, (Tek Kişi Ortaklık), s. 48).

gelmektedir¹⁰⁹. Hukukî nitelik olarak kendine özgü (sui generis) bir elbirliği ortaklığı¹¹⁰ olduğu kabul edilen ön anonim şirkete iç ilişkide, kuruluş hükümlerinden, ana sözleşme hükümlerinden ve tescil edilmiş şirket için geçerli olan anonim şirket ile ilgili düzenlemelerden oluşan özellikli bir hukuk uygulanırken, dış ilişkide ise adı şirket hükümleri uygulanmaktadır¹¹¹. Dolayısıyla ön anonim şirket aşamasında kuruculardan oluşan pay sahipleri ve 395. maddenin ikinci fıkrasında sayılan kişiler, ön anonim şirket ticaret siciline tescil edilinceye kadar şirket yapısını korumakla yükümlü olmaları sebebiyle şirkete borçlanma yasağı bu aşamada da uygulanmalıdır.

1.3.4.2.3. Tasfiye veya Ek Tasfiye Aşamasında Olan Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı

Anonim şirketin tasfiyesi, şirketin feshinin doğal bir sonucu olup tasfiye ile şirketin malvarlığı paraya çevrilmekte, alacaklar tahsil edilmekte, borçlar ödenmekte ve bu işlemler sonucunda elde kalan net malvarlığı, tasfiye payı hükümleri uyarınca pay sahiplerine dağıtılmaktadır¹¹². Anonim şirketin tasfiyesi aşamasında, artık şirketin amacı “*kâr etmek ve paylaşmak*”tan çıkıp “*tasfiye edilmeye*” dönüşmektedir (TTK m.536). Kanımızca bu aşamada hem yönetim kurulunun yetkileri ile pay sahiplerinin haklarının daralması sebebiyle hem de şirketin amacının “*tasfiye edilmek*” olması sebebiyle pay sahipleri, 358. maddedeki şartları sağlasalar bile şirkete borçlanamayacaklardır. Söz konusu durum 395. maddenin ikinci fıkrası için de geçerli olup söz konusu fıkra adı geçen kişiler, şirkete borçlanma yasağını ihlal

¹⁰⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 315; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Şirketler Hukuku), s. 242-243; **Bilgili/Demirkapı**, s. 235; Emrullah **Kervankıran**, “Ön Şirket ve Hukukî Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, Sayı: 2, 2012 (Özel Sayı), s. 355; Ön şirketin ortaya çıkması ve hukukî niteliği konusunda detaylı bilgi için bkz. **Kervankıran**, s. 350 vd.

¹¹⁰ “*Madde ön-anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturur. Ön-anonim şirket, tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Anılan nokta 355 inci maddenin birinci fıkrasının saklı tutulması ile vurgulanmıştır. Ön-anonim şirket ile anonim şirketin ayrışması sadece Tasarımın 12 nci maddesi bakımından değil, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemlidir. Hakim görüş uyarınca, ön-anonim şirket bir adı şirket ve dernek olmayıp; bir elbirliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön-şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön-şirket tasfiyesiz sona erer. Tek kişi anonim şirketinde ise ön-şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşır. Türk hukukunda ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır.*” (Türk Ticaret Kanununun 335. maddesinin gerekçesi).

¹¹¹ **Bilgili/Demirkapı**, s. 237; Aksi görüş için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 315.

¹¹² **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 579.

ettikleri zaman hukukî ve cezai yaptırımları saklı kalmak üzere borçlandıkları miktar, tasfiye memuru tarafından tahsil edilecektir. Tasfiye sürecindeki durum ek tasfiye için de geçerlidir¹¹³. Ek tasfiyede, şirketin amacı tasfiye aşamasındaki amaçtan çok farklı olmayıp ek tasfiye de tıpkı tasfiyede olduğu gibi şirketin tamamen sona erdirilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle tasfiyeye ilişkin yaptığımız açıklamalar ek tasfiye sürecinde de geçerlidir.

1.4. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ DAYANAĞINI TEŞKİL EDEN ŞİRKETLER HUKUKU İLKELERİ

1.4. 1. Malvarlığının Korunması İlkesi

Anonim şirketlerde (ve hatta bütün sermaye şirketlerinde) en önemli ilkelerden birisi malvarlığının korunması ilkesidir¹¹⁴. İlke, şirketin malvarlığının pay sahiplerine dağıtılmasını engellemesi bakımından şirket alacaklıları için asgari bir teminat oluştururken anonim şirketin faaliyetlerini sürdürmeye devam ederken kâr payı ya da anonim şirketin sona ermesinde tasfiye payı ödenmesi suretiyle pay sahiplerinin mali hakları korunmaktadır¹¹⁵. Şirketin tüzel kişiliği bakımından ise ilke

¹¹³ Ek tasfiye konusunda detaylı bilgi için bkz. Oruç Hami **Şener**, Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Ek Tasfiye), s. 29 vd.

¹¹⁴ “Malvarlığının korunması ilkesi”nin terminolojisi doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki birçok yazar, anonim ortaklık alacaklılarının yalnızca ortaklık sermayesini teşkil eden miktara değil, ortaklığın tüm malvarlığına başvurabileceklerinden yola çıkarak, Kanun koyucunun ortaklık sermayesi yanında ortaklığın tüm malvarlığını korumayı amaçladığı gerekçesiyle, “Malvarlığının Korunması İlkesi” terimini tercih etmektedir (Halil **Arslanlı**, Anonim Şirketler: Umumi Hükümler, C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, (C.II), s. 100; Hayri **Domaniç**, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul, 1988, s. 434; Fahiman **Tekil**, Anonim Şirketler Hukuku, C.II, 2. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 84; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 263; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 130; **Üçışık/Çelik**, s. 53); Doktrinde malvarlığı ilkesi yerine “sermayenin korunması ilkesi” terimini tercih eden yazarlar için bkz. **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s.305-306; **Bilgili/Demirkapı**, s.204; **Karahan/Coşkun**, s. 355; Söz konusu terimlerin değerlendirilmesi için bkz. **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 121 vd.

Türk Ticaret Kanunu’nda bazı hükümlerin sermayeyi, bazılarının da şirket malvarlığını korumak için öngörüldüğü, sermayenin korunması ilkesinin bu iki kategori hükümlerini de kapsayacak şekilde okunması şeklindeki yorumun amaca daha uygun olacağı yönünde bkz. Ünal **Tekinalp**, “Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, (Sermayenin Korunması İlkesi), s. 1692.

¹¹⁵ Halil **Arslanlı**, Anonim Şirketler: Umumi Hükümler, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, (C.I), s. 17; **Tekil**, s. 84; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 126; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 305-306; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 263; **Karahan/Coşkun**, s. 355; **Üçışık/Çelik**, s. 56; **Bilgili/Demirkapı**, s. 204; **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1693.

ve ilkeyle paralel şekilde yapılan düzenlemeler sayesinde¹¹⁶ şirket malî gücünü korumakta ve borca batık hâle gelme (TTK m.376) veya malvarlığının hukuka aykırı şekilde azalması sebebiyle açılacak haklı sebeple fesih davaları risklerinden (TTK m.531) kurtulmaktadır¹¹⁷.

Çıkar grupları olan şirket alacaklılarının, pay sahiplerinin, şirket yöneticilerinin ve anonim şirketin faaliyetlerine devam etmesi, şirketin yeterli malvarlığının varlığıyla doğru orantılıdır. Şirketin yeterli malvarlığı sayesinde şirket alacaklıları, alacaklarını tahsil edebilecek, pay sahipleri ile şirket yöneticileri kâr paylarını alabilecek, şirket de borca batık olma gibi risklerle karşı karşıya gelmeyecektir. İşte kanun koyucu, çıkar grupları arasındaki bu huzur dolu ortamın bozulmaması adına 358. ve 395/II. maddelerde şirkete borçlanma yasağını düzenlemiştir.

TTK m. 358’de pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri belirli şartlara tâbi tutulmuşken 395. maddenin ikinci fıkrasında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddesinde sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanması yasaklanmıştır. Nakit borçlanma yasağına ek olarak kanun koyucu, şirketin kasasının boşaltılmamasını ve şirketin hortumlanmamasını¹¹⁸ garantiye almak adına anonim şirketin yukarıda saydığımız bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceğini, sorumluluk yüklenemeyeceğini ve bunların borçlarının devralınamayacağını düzenlemiştir. Her ne kadar bizim de katıldığımız doktrinde bazı yazarlarca¹¹⁹ söz konusu düzenlemelerin malvarlığının korunmasına ilkesine uygun şekilde düzenlenmediği savunulsa da, kanun koyucunun 358. ve 395. maddelerde düzenlenen şirkete

¹¹⁶ İlkenin somutlaştığı başlıca Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri için bkz. **Tekinalp**, Sermayenin Korunması İlkesi, s. 1683 vd.

¹¹⁷ **Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 129.

¹¹⁸ “Şirket kasasının boşaltılması” ve “şirketin hortumlanması” terimleri, 6335 sayılı Kanun’la değiştirilen 358. maddenin gerekçesinde, “*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 tanımlayabiliriz.*” şeklinde kendine yer bulmuştur.

¹¹⁹ Eleştiriler, 6335 sayılı Kanun sonrası hükümlerdeki düzenlemelerde toplanmaktadır. Söz konusu hükümlerle malvarlığının korunması ilkesi arasında bir bağ olmadığı konusundaki eleştiriler için bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 279; **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 373; **Veysel Demir**, “Kurumsal Yönetim İlkesi Bağlamında Ortakların Şirkete Borçlanma Yasağı”, Leges Hukuk Dergisi, Sayı: 70, 2015, s. 70-71; **Bilgili/Demirkapı**, s. 395; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 78; **Tamer**, s. 105; **Odman Boztosun**, s. 4; **Hızır**, s. 228-229; **Üçışık/Çelik**, s. 501; **Özen Athhan**, “Türk Ticaret Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirkete İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı”, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2009, s. 1972.

borçlanma yasaklarıyla, malvarlığının korunması ilkesi kapsamında şirketin malvarlığını korumayı amaçladığı hükmün gerekçesinden de görülmektedir¹²⁰.

1.4.2.Kurumsal Yönetim İlkesi

2000’li yılların başında Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan Enron gibi skandalların etkilerinin bu ülke ile sınırlı kalmayıp başta Avrupa Birliği olmak üzere bütün dünyada hissedilmesi, başta Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği olmak üzere dünyadaki çoğu ülkenin, anonim şirketlerin yönetimi konusunda bir takım önlemler almalarına neden olmuştur¹²¹. Buna göre şirketlerin kurumsal yönetim sistemleri ve iç dinamikleri yeniden gözden geçirilmiş, sermaye piyasalarından hızla uzaklaşan yatırımcının geri kazanılması amaçlanmıştır. İngiltere’de 1992 yılında yayımlanan “The Cadbury Committee Report: Financial Aspect of Corporate Governance” (daha sonra Cadbury Report/Raporu adıyla anılmaya başlanmıştır) ¹²² raporla başlayan kurumsallaşmaya yönelik süreç,

¹²⁰ **Karahan/Coşkun**, s. 356; **Bora**, s. 31. Kanun koyucu, Türk Ticaret Kanununun 358. ve 395. maddelerinin malvarlığının korunması ilkesi ile olan ilişkisini söz konusu düzenlemelerin gerekçelerinde belirtmiştir. Buna göre 358. maddenin, 6335 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki gerekçesi, “*Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü, hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Hükme aykırılık, aynı zamanda cezaî yaptırıma da bağlanmıştır*” ve 6335 sayılı Kanun’la değiştirildiği sıradaki gerekçesi, “*Bu maddeyle, borçlanma 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 imkân tanındığı sonucuna da ulaşılmamalıdır. Zira bu husus, bu Türk Ticaret Kanununun 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, şirkete zarara uğratmayacak şekilde karşılamasıdır...*” şeklinde düzenlenirken ilgili ilkenin yerlerini koyult 395. maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde “*İkinci fıkra tamamen yeni olup, bir açıdan sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir. Hüküm bir anlamda 358 inci maddenin tamamlayıcısıdır ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır.*” şeklindedir.

¹²¹ **Gillan** ve **Martin**’e göre kurumsal yönetim kurumunun iç ve dış denetleme şeklinde iki tane mekanizması bulunmakta olup Enron vakıası, yönetim kurulunun söz konusu denetleme mekanizmalarını kullanmadığı için meydana gelmiştir (Enron vakıası ve Enron vakıasının kurumsal yönetim kurumuyla ilişkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Stuart Gillan** ve **John Martin**, “Corporate Governance Post-Enron; Effective Reforms Or Closing The Stable Door?”, *Journal Of Corporate Finance*, C.XIII, S.5, 2007, s. 929 vd.

¹²² Cadbury Raporu konusunda detaylı bilgi için bkz. Ünal **Tekinalp**, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, (Dinamikler), s. 227 vd.; Hasan **Pulaşlı**,

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)'nün ilk olarak 1999 yılında ve daha sonra gözden geçirerek 2004 yılında yeniden yayımladığı OECD İlkeleri ve Amerika'da 2002 yılında kabul edilen Halka Açık Şirketler Muhasebe Reformu ve Yatırımcıyı Koruma Yasasıyla (Serbanes-Oxley Yasası) gelişimini devam ettirmiştir¹²³. Türkiye de dünyadaki bu kurumsallaşma modasından nasibini almıştır. İlk olarak 2002 yılında TÜSİAD tarafından "Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi" başlığı altında kurallar yayımlanırken 2003 yılında SPK tarafından OECD'nin belirlediği ilkeler benimsenerek yayımlanmış ve son olarak 2011 yılında Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'in¹²⁴ 5. maddesi uyarınca payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine uymalarının zorunlu olması düzenlenmiştir¹²⁵.

Anonim ortaklıkların, yönetimini, denetimini ve işleyişini, anonim ortaklığın bekası bakımından en iyi seviyede tutmayı hedef edinmiş anonim şirketlere özgü bir yönetim olan kurumsal yönetimin¹²⁶ bütün dünyada kabul görmüş ve Türk Ticaret Kanunu'nda da kendine yer bulmuş başlıca dört ilkesi mevcuttur¹²⁷. Bunlar; şeffaflık, hakkaniyet, hesap verebilirlik ve sorumluluktur¹²⁸.

Kurumsal Yönetim İlkeleri Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2003, (Kurumsal Yönetim), s. 19-20.

¹²³ Ali **Paslı**, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi- Corporate Governance, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004, (Kurumsal Yönetim), s. 42; **Pulaşlı**, Kurumsal Yönetim, s. 77.

¹²⁴ Söz konusu ilkeler konusunda detaylı bilgi için bkz. [http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf&submenuheader=ull](http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=66&fn=66.pdf&submenuheader=null), E.T. 21.3.2017).

¹²⁵ Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Haziran 2014 verilerine göre Türkiye'de 94.828 anonim şirket bulunmaktadır([http://icticaret.gtb.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20\(Haziran-2014\).pdf](http://icticaret.gtb.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20(Haziran-2014).pdf)). Sermaye Piyasası Kurulu'nun Temmuz 2017 istatistiklerine göre halka açık 433 tane anonim şirket bulunmaktadır (E.T. 21.3.2017, <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/9/0/5>, E.T. 21.03.2017). Söz konusu istatistiklere göre kurumsal yönetim ilkeleri, Türkiye'deki anonim şirketlerin **sadece % 0,5'**i için zorunludur.

¹²⁶ **Pulaşlı**, Hasan; Kurumsal Yönetim, s.1. Doktrinde kurumsal yönetim kavramı konusunda farklı tanımlamalar yapılmıştır. Buna göre *Tekinalp*, "kurumsal yönetimin hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmesi, uyulması isteğe bağlı, iyi yönetim, gözetim ve denetim kuralları" şeklinde (**Tekinalp**, Dinamikler, s. 228) tanımlarken *Paslı*, "kurumsal yönetim, özellikle halka açık anonim şirketlerde görülen mülkiyet kontrol ayırımının ortaya çıkardığı sorunları asgariye indirmeyi amaçlayan, esasen hakkaniyet, şeffaflık, iç sorumluluk ve dış sorumluluk temel ilkeleri üzerine oturan, şirketin yönetim ve denetim esaslarını temel kurallara bağlayan, anonim şirketi kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün ve çok önemli bir ekonomik birim olarak ele alan, ülkeden ülkeye değişmekle beraber uluslararası geçerliliği olan bazı kuralları bünyesinde barındıran özel bir yönetim sistemidir" şeklinde tanımlamıştır (**Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 37).

¹²⁷ **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 73. Kurumsal yönetim sistemleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Paslı**, Kurumsal Yönetim, s. 53 vd. Kurumsal yönetime hakim olan dört ilke, Türk Ticaret Kanununun

Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği 358. madde uyarınca pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi, pay sahipleri arasında bir ayırım yapılmaksızın emredici nitelikte bir takım şartlara bağlanmıştır. Bir başka ifade ile pay sahipleri, ancak 358. maddede sayılan söz konusu şartların sağlanması durumunda şirkete borçlanabilmektedirler. Buna ek olarak kurumsal yönetim ilkelerinden hakkaniyet ilkesi gereği pay sahibi olduğu şirketle iş yapan pay sahipleri, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmaktadır¹²⁹. Bu sayede başta pay sahipleri olmak üzere bütün çıkar gruplarının menfaatleri korunmaktadır¹³⁰.

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan Türk Ticaret Kanununun 393. maddesinde sayılan yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen 395. maddenin ikinci fıkrası ile kurumsal yönetim ilkeleri ilişkisine baktığımızda ise kurumsal yönetim felsefesi dikkate alındığında yönetim kurulu üyelerinin malî hakları ve sadakat yükümlülüğünü ilgilendiren 395/II hükmünün, tıpkı 358. madde hükmü gibi, şirket içerisindeki tüm çıkar gruplarını korumakta olması sebebiyle kurumsal yönetim çizgisi ile uyum hâlinde olduğu görülmektedir¹³¹.

“taşıyıcı kolonları” olarak adlandırılmakta olup Genel Gereğesi'nin “Kurumsal Yönetim” başlığı altında 88. ila 92. paragrafları arasında kendine yer bulmuştur.

¹²⁸ İlkeler konusunda detaylı bilgi ve Türk Ticaret Kanunu bakımından değerlendirilmesi için bkz. Seçkin **Gönen** ve Emin **Yürekli**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi”, Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies, C.II, S.4, 2016, s. 129 vd.

¹²⁹ Söz konusu durum, 358. maddenin gereğesinde de kendine yer bulmuştur. Gereğeye göre, “...Ancak bu hükmün istisnasız bir şekilde ve katı bir tarzda uygulanması haksızlıklara yol açabilirdi. Onun için hükmün ikinci kısmına yer verilmiştir. Bu kısımda işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır. İstisna pay sahiplerinin, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmasını gerekli kılar. Şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹³⁰ Aynı yönde bkz. Soner **Altış**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı”, Kurumsal Yönetim, S. 17, 2012, s. 16; Zehra **Badak**, Kurumsal Yönetim İlkeleri Doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yönetim Kurulları Konusunda Yapılan Değişiklikler, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 60; **Gönen/Yürekli**, s. 137; **Demir**, s. 69.

¹³¹ Aynı yönde bkz. **Gönen/Yürekli**, s. 137; **Bora**, s. 48; **Badak**, s. 99.

1.4.3.Kamuyu Aydınlatma İlkesi

*Poroy ve Tekinalp'e göre "anonim şirketler, ticarî sırlar istisna edilirse, camdan bir evde oturtulmalıdır"*¹³². Bu anlayıştan yola çıkarak, nasıl ki şirketin ekonomik durumu ve faaliyetleri hakkında verilen açık, tarafsız, güvenilir ve tam bilgiler pay sahiplerinin şirket içerisindeki hakları bilinçli bir şekilde kullanmasını sağlıyorsa aynı zamanda şirket dışarısındaki ilgililer olan müstakbel pay sahipleri/yatırımcıları, şirket alacaklıları ve kamunun da şirket hakkında bilgilenmesini ve yatırım yapmasını sağlamaktadır¹³³. Dolayısıyla kamuyu aydınlatma ilkesinin uygulama alanı, halka açık olsun veya olmasın¹³⁴ şirket içi çıkar grupları yanı sıra şirket dışarısındaki ilgilileri de kapsayacak genişliktedir¹³⁵.

Şirkete borçlanma yasağının sùjeleri ve aynı zamanda şirketin çıkar gruplarından olan 358. madde uyarınca pay sahipleri ve 395. maddenin ikinci fıkrası uyarınca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ve yönetim kurulu üyelerinin 393. maddede sayılan yakınları bakımından kamuyu aydınlatma ilkesini değerlendirdiğimizde¹³⁶ karşımıza anonim şirketin finansal tabloları ve söz konusu tablolarla bağlantılı bilgi alma ve inceleme hakkı çıkmaktadır.

¹³² **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 288.

¹³³ Ünal **Tekinalp**, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, (Bilanço ve Yedek Akçeler), s. 25 vd; **Tekil**, s. 92-93.

¹³⁴ Kamuyu aydınlatma ilkesinin, esasen 2499 ve 6362 sayılı Kanun'larda halka açık şirketler için düzenlenmesine rağmen halka açık olmayan şirketlere de uygulanması gerektiği görüşü için bkz. **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 204 vd.; Aksi görüş için bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 217-218. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki maddelerin ve konuya ilişkin tebliğ düzenlemelerinin kamuyu aydınlatma ilkesi arasındaki ilişkisi için bkz. **Yanlı**, Sermaye Piyasası, s. 95 vd.

¹³⁵ **Tekil**, s. 92; **Tekinalp**, Bilanço ve Yedek Akçeler, s.25; **Bilgili/Demirkapı**, s. 218. Kamunun aydınlatılması ilkesini, şirket içerisindeki çıkar gruplarıyla ilgili ilişkisi için bkz. Veliye **Yanlı**, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, (Sermaye Piyasası), s. 101 vd. **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 198; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 265; **Karahan/Coşkun**, s. 358; **Üçışık/Çelik**, s. 61; Kamuyu aydınlatma kavramına ilişkin farklı hukuk sistemlerindeki tanımları ve tarihsel süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Bilanço ve Yedek Akçeler, s. 10 vd.

¹³⁶ Türk Ticaret Kanununun 1524. maddesinin birinci fıkrasında, 6335 sayılı Kanun değişikliğinden önce "...finansal tablolar, bunların dipnotları, ekleri, yönetim kurulunun yıllık raporu dahil, hesap durumlarına, ara finansal tablolara, yönetim kurulunun kurumsal yönetim ilkelerine ne oranda uyulduğuna ilişkin yıllık değerlendirme açıklamasına; denetçinin, özel denetçinin, işlem denetçilerinin raporlarına ve yetkili kurul ve bakanlıkların konulmasını istedikleri pay sahiplerini ve sermaye piyasasını ilgilendiren konulara ilişkin olarak, şirketin cevapları ve bildirimleri ve diğer ilgili hususlar şirketin web sitesinde yayınlanır. Bu hükümdeki yükümlülüğe uymama, kanuna aykırılığın ve yönetim kurulunun görevini yerine getirmemesinin bütün hukukî sonuçlarını doğurur. Ceza hükümleri saklıdır. Finansal tabloları ile her türlü rapor üç yıl sitede kalır" şeklinde düzenlenmiş ve ikinci fıkrada web sitesinin herkese açık nitelik taşıdığı hüküm altına alınmıştı. Söz konusu hüküm uyarınca şirket alacaklıları da kamunun aydınlatılması ilkesi uyarınca şirket borçlarını ve alacaklarını web

Şirkete borçlanma yasağı ile ilişkili 437. maddede sayılan hazır bulundurulmak zorunda olan tablolar finansal tablolar¹³⁷, konsolide finansal tablolar¹³⁸ ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu¹³⁹ olup söz konusu tabloların hepsinde şirkete kimin ve ne kadar borçlandığına dair kısım bulunmaktadır¹⁴⁰. Bir başka ifade ile anonim şirketin her bir pay sahibi, hangi pay sahibinin veya pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin veyahut yönetim kurulu üyelerinin 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete borçlandığını ve dolayısıyla 358. ve 395/II. maddelerdeki şirkete borçlanma yasağının delinip delinmediğini kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde öğrenme hakkına sahiptir. Söz konusu tabloların genel kurula sunulması, yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görevleri arasında sayılması (TTK m.375/I-g) sebebiyle tablolardaki eksiklik veya hata, yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğunu doğurmaktadır (TTK m.553).

1.4.4.Eşit İşlem İlkesi

Pay sahiplerinin haklı bir gerekçe olmaksızın keyfi olarak farklı muameleye tâbi tutulması yasağı anlamına gelen anonim şirketler hukukunun evrensel

sitesinden görebilme imkânına sahiptirler. Söz konusu imkân, 6335 sayılı Kanun değişikliği sonrası 1524. ve 1524. maddelere istinaden çıkartılan 31.05.2013 tarihli ve 28663 sayılı Resmi Gazete yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik'ten kaldırılmıştır. Dolayısıyla şu anda şirket alacaklılarının doğrudan kamuyu aydınlatma ilkesinden yararlanabilecekleri bir madde bulunmamaktadır. Türk Ticaret Kanununun 1524. maddesindeki değişiklik konusundaki eleştiriler için bkz. **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s.289.

¹³⁷ Finansal tablolar, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından 16.01.2005 tarihli ve 25702 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren Finansal Tabloların Sunuluşuna İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 1) Hakkında Tebliğ (Sıra No:1)' e göre düzenlenmektedir.

¹³⁸ Konsolide finansal raporlar, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından 17.12.2005 tarihli ve 26026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 27) Hakkında Tebliğ (Sıra No: 11)'e göre düzenlenmektedir.

¹³⁹ Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu 28.08.2012 tarihli ve 28395 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı gün yürürlüğe giren Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre düzenlenmektedir.

¹⁴⁰ Finansal Tabloların Sunuluşuna İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 1) Hakkında Tebliğ'in 68. ve 75. paragrafları, Konsolide ve Bireysel Finansal Tablolara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 27) Hakkında Tebliğ'in 13. ve 22. paragrafları ve Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesi; Söz konusu raporların değerlendirilmesi sırasında özellikle Türk Ticaret Kanununun "Sorumluluk İlişkileri" başlıklı 77. maddesindeki hükümlerine uygun hareket edilmesi, 395. maddenin ikinci fıkrasındaki şirkete borçlanma yasağının somut olayda var olup olmadığının açıklanmasında büyük önem taşımaktadır.

kurallarından biri olan eşit işlem ilkesi¹⁴¹, nispi niteliğe sahip olup¹⁴² Türk Ticaret Kanununun “Temel İlkeler” üst başlıklı ve “Eşit İşlem İlkesi” başlıklı 357. maddesinde “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*” şeklinde düzenlenmiştir. Eşit işlem ilkesinin dört fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar, pay sahipleri arasında menfaatin sağlanması, affectio societatisin sağlanması, anonim şirketler hukukuna ilişkin Türk Ticaret Kanunu veya esas sözleşmede bir hüküm bulunmadığı durumlarda yorumlayıcı ve boşluk doldurucu bir görev ifâ etmesi ve pay sahipliği haklarının korunmasıdır¹⁴³. Eşit işlem ilkesine aykırı bir kararın yönetim kurulunda veya genel kurulda alınması mümkündür. Eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları butlana tabidir (TTK m.391/I-a)¹⁴⁴.

Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin ikinci fıkrasında şirkete borçlanma yasağının sükûti olan pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin 393. maddede sayılan yakınlarının, “pay sahibi” sıfatı olmaması ve 357. maddedeki eşit işlem ilkesinin sadece pay sahiplerine özgü olması¹⁴⁵ sebeplerinden dolayı eşit işlem ilkesi, 395. maddenin ikinci fıkrası bakımından uygulama alanı bulamamaktadır.

Eşit işlem ilkesinin, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağına uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışma konusudur. Doktrindeki bir grup yazar¹⁴⁶, 357. maddenin pay sahiplerine anonim şirketle olan borçlar hukukuna ilişkin ilişkilerine müdahale edemeyeceği ve ilkenin doğrudan pay sahipliği sıfatı ile ilgili olması sebebiyle şirket dışı işlemlerle ilgili durumlara uygulanmayacağı gerekçelerine dayanarak 357. maddenin, 358. maddeye uygulanmayacağını savunmaktadır. Buna

¹⁴¹ **Tekil**, s. 96; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 619; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 267 vd.; **Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 132; **Bilgili/Demirkapı**, s. 218; **Üçışık/Çelik**, s. 58; İsviçre ve Alman hukuklarında eşit işlem ilkesinin uygulanma alanları konusunda detaylı bilgi için bkz. Necla **Akdağ Güney**, “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Sayı: 3-4, 2014, (Eşitlik İlkesi), s. 116-117; Türk Ticaret Hukukunda eşit işlem ilkesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Şükrü **Yıldız**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, (Eşit İşlem İlkesi), s. 20 vd. Pay sahipleri açısından eşit işlem ilkesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Cafer **Eminoğlu**, “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Sayı: 1, 2015, s. 80-85.

¹⁴² İlkenin mutlak şekilde de uygulanabileceğine dair görüş için bkz. **Yıldız**, Eşit İşlem İlkesi, s. 75; **Akdağ Güney**, Eşitlik İlkesi, s. 123.

¹⁴³ **Yıldız**, Eşit İşlem İlkesi, s. 60 vd.

¹⁴⁴ Türk Ticaret Kanununda eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturabilecek durumların madde bağlamında incelenmesi için bkz. **Eminoğlu**, s. 84; **Akdağ Güney**, Eşitlik İlkesi, s. 123-124.

¹⁴⁵ **Akdağ Güney**, Eşitlik İlkesi, s. 124; **Eminoğlu**, s. 84-85.

¹⁴⁶ **Eminoğlu**, s. 85; **Akdağ Güney**, Eşitlik İlkesi, s. 124.

ek olarak 357. maddenin gerekçesinde de maddenin 358. maddeye uygulanmayacağı belirtilmiştir¹⁴⁷. Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir grup yazar¹⁴⁸ ise pay sahipleri arasında yönetim kurulu üyesi olup olmama ayrımı yapmakta olup yönetim kurulu üyesi pay sahiplerinin, 358. maddede sayılan koşullara uyulmaksızın ya da yumuşatılarak anonim şirkete borçlanmasını eşit işlem ilkesine aykırılık olduğunu savunmaktadır. Gerçekten de uygulamada bazı anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin kendilerini yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinden üstün görmesi, Türk Ticaret Kanunu veya esas sözleşmeyle kendilerine tanınan hakları yeterli görmeyip Türk Ticaret Kanunu'na aykırı haklar talep etmesi ve Türk Ticaret Kanunu'na aykırı hukukî işlemler yapması mümkündür. Çalışma konumuz bakımından söz konusu durumlar üzerinde durulması gereken nokta yönetim kurulu üyesi pay sahiplerinin, 358. maddeye aykırı olarak borçlanmasıdır. İşte böyle durumlarda eşit işlem ilkesi devreye girmektedir.

1.4.5.Emredici Hükümlerle Düzenlenme İlkesi

Kaynağını Alman hukukundan alan¹⁴⁹ emredici hükümler ilkesi, Türk Ticaret Kanununun “Emredici Hükümler” başlıklı 340. maddesinde “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer Kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o Kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*” şeklinde düzenlenmiştir¹⁵⁰. 340. maddede düzenlenen emredici hükümler ilkesinin en önemli amacı, anonim şirketlerin esas sözleşmelerine belli bir standart getirerek, hukukî

¹⁴⁷ “Paysahipleri eşit işlem ilkesinden oyları ile ve somut olaya özgü olarak vazgeçebilirler. Ancak ilke bütünü ile ve her hâl için kaldırılamaz. Eşit işlem ilkesi bazı durumlarda mutlaktır. Eşit işlem ilkesine aykırılığın hukukî sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir. İlke paysahiplerinin “paysahibi” sıfat ve konularıyla ilgili olduğu için, şirket dışı işlemleri düzenleyen bir hüküm olan 358 inci maddeye uygulanmaz.” (Türk Ticaret Kanununun 357. maddesinin gerekçesi).

¹⁴⁸ **Poroy/ Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s.324.

¹⁴⁹ Türk Ticaret Kanunu'nda ve Alman Anonim Şirketler Kanunu'nda düzenlenen emredici hükümler ilkesinin benzer ve farklı yönleri için bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 271-272.

¹⁵⁰ İlke konusunda detaylı bilgi için bkz. Rauf **Karasu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 43 vd.; Hükmün lafzındaki ifadelerin muğlaklığı konusunda değerlendirmeler için bkz. Mehmet **Bahtiyar** “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 65, 2005, s. 70-73; **Karasu**, s. 47 vd.; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 298; **Bilgili/Demirkapı**, s. 233 vd.

güvenlik, açıklık ve öngörülebilirliği sağlamak, şirket içi ve dışı çıkar gruplarının menfaatlerini korumaktır¹⁵¹. Bu ilkenin kabulü ile anonim şirketin yapısı ve ihtiyacına göre şirketin yönetim kurulu üyeleri ve pay sahipleri tarafından düzenlenmesi gereken iç ilişkiler bile bizzat Türk Ticaret Kanunu tarafından düzenlenecek, dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin esas sözleşme düzenleme serbestisi büyük ölçüde sınırlandırılmış olacaktır. Buna ek olarak anonim şirketler, sadece pay sahiplerini değil, ileride pay sahibi olabilecek kişileri ve şirket alacaklılarını da ilgilendirmektedir.

Malvarlığının korunması ilkesi hem şirketin temel yapısının bozulmamasını (özellikle ekonomik açıdan) hem de şirketin iç ve dış çıkar gruplarının menfaatlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla şirkete borçlanma yasağı maddelerinin gerek madde başlıkları¹⁵² ve lafızları¹⁵³ gerekse de düzenleniş amaçları¹⁵⁴ dikkate alındığında emredici hükümler ilkesine tâbi olduğu görülmektedir¹⁵⁵. Buna göre Türk Ticaret Kanunu, şirkete borçlanma yasağı hükümlerinde açıkça sapmaya izin vermemiş hatta sapılması durumunu cezai yaptırıma bağlamıştır (TTK m.562).

Emredici hükme sahip 358. ve 395/II. maddelere aykırı hükümler, anonim şirketin esas sözleşmesine konulmuşsa veya genel kurulda söz konusu maddelerin düzenleniş biçimlerine aykırı bir karar çıktığında, esas sözleşmedeki hüküm veya genel kurul kararı, anonim şirketin temel yapısını bozacağı ve malvarlığının korunması ilkesine aykırılık oluşturacağı düşüncesinden hareketle butlan yaptırımına tâbi olmaktadır.

¹⁵¹ **Karasu**, s. 50.

¹⁵² Türk Ticaret Kanununun yürürlük maddesi olan 1534. maddenin birinci fıkrasının, “*Kenar başlıkları metne dahil olan bu Kanun..*” şeklinde başlaması uyarınca Türk Ticaret Kanununun her bir maddesi okunmadan ve incelenmeden önce söz konusu maddenin kenar başlığı okunmalı ve incelenmelidir. Dolayısıyla gerek 358. maddenin gerekse de 395/II. maddeleri incelenmeden önce söz konusu maddelerin kenar başlıklarına bakılmalıdır. Her iki maddenin de kenar başlığı içerisinde sözlük anlamınca “*Bir işin yapılmasına karşı olan yasal veya yasa dışı engel*” anlamında olan (TDK, “yasak”, E.T.27.03.2007, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58d8fc0dba8a00.42501092) “yasak” teriminin geçmesi sebebiyle hükmün emredici nitelikte olduğuna kuşku bulunmamaktadır.

¹⁵³ Gerek 358. madde gerekse de 395/II. maddenin kaleme alınış biçimi, 340. maddede belirtilen “*ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*” hükmüne uygun düşmemekte olup söz konusu maddelerin lafızlarında borçlanma yasağının aksini düzenleyecek bir terim bulunmamaktadır.

¹⁵⁴ “*...hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır.*” (358. maddenin gerekçesi); “*İkinci fıkra ...sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir*” (395/II. maddenin gerekçesi).

¹⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Karasu**, s. 79-80.

İKİNCİ BÖLÜM
ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN TTK m.358 ve 395/II
DÜZENLEMELERİ

2.1. PAY SAHİPLERİ AÇISINDAN ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI (TTK M.358)

2.1.1. Yasal Düzenleme

Şirkete borçlanma yasağına ilişkin Türk Ticaret Kanununun 358. maddesi, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramasından sonra “Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı” başlığı altında, “(I) *Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

TTK m.358’den de görüleceği üzere 6335 sayılı Kanun’dan önce öngörülen metnin hem lafzının hem de içeriğinin tamamen değiştiği görülmektedir. 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesi öngörülen iki şarttan birinin kaldırıldığı ve yeni bir şartın getirildiği görülmektedir. Buna göre 6335 sayılı Kanun değişikliğinden önceki 358. maddenin “*iştirak taahhüdünden doğan borç*” şartı, 6335 sayılı Kanun değişikliği sonrası yeni metinde “*sermaye taahhüdünden doğan borç*” ifâdesine dönüşmüş ve borçlanma yasağının kapsamını belirten “*hukukî işlemin, emsalleriyle aynı veya benzer şartlarda gerçekleştirilmiş olması kaydıyla, anonim şirketin işletmesi konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak gerçekleştirilmiş olması*” şartı mevcut metne konulmamıştır. 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesi 358. maddede bulunmayan “*Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılaması*” şartı ise mevcut metne dahil edilmiştir¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Özkorkut, Değişiklikler, s.50-51; Altaş, Değişiklik, s. 287.

2.1.2.Borçlanma Yasağının Søjeleri

2.1.2.1.Pay Sahipleri

Türk Ticaret Kanununun 329. maddesinde anonim şirket, “*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Maddeden de anlaşılacağı üzere anonim şirketi meydana getiren unsurlardan biri de anonim şirketin paylara bölünmüş olmasıdır. İşte bu noktada “pay sahipliği” kavramı gündeme gelmektedir.

Pay sahibi, payın ya da pay senedinin malikidir¹⁵⁷. Pay sahibi olabilmek için “pay senedi”ne sahip olmak zorunlu olmayıp senede bağlanmamış pay olan “çıplak pay” a da sahip olunması pay sahipliği için yeterlidir¹⁵⁸. Pay sahipliği gerçek kişilerden meydana gelebileceği gibi tüzel kişilerin de pay sahibi olmaları mümkündür. Pay sahipliği, “büyük pay sahibi-küçük pay sahipliği”, “devamlı pay sahibi- değişken pay sahipliği”, “işletmeci pay sahibi- yatırımcı pay sahibi”, “azınlık oluşturan pay sahibi- azınlık oluşturmayan pay sahibi” ve “yöneten pay sahibi-yönetilen pay sahibi” şeklinde çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır¹⁵⁹.

Türk Ticaret Kanununun 358. maddesinin gerek lafzından gerekse de madde başlığından anlaşılacağı üzere şirkete borçlanma yasağının yegâne sűjesi “pay sahibi”dir. Pay sahipliği sıfatını taşımak borçlanma yasağının kapsamına girmek için yeterli olup pay sahipleri, yukarıda belirttiğimiz pay sahipliği çeşitlerinden hangisine girerse girsin 358. maddedeki şirkete borçlanma yasağına tâbidir¹⁶⁰. Bu noktada özellik arz eden iki tane husus bulunmaktadır. Söz konusu hususlardan ilki aynı paya

¹⁵⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 577 vd.; Doktrindeki pay sahipliği konusundaki tanımlar için bkz. Halil **Arslanlı**, “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXIII, Sayı: 3-4, 1958, (Pay Sahipliği), s. 263; **Tekil**, s. 459; **Bilgili/Demirkapı**, s. 471; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 506; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 278. Pay ve pay sahipliği konusunda detaylı bilgi için bkz. **Arslanlı**, Pay Sahipliği, s. 248 vd.

¹⁵⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 547; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 279; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 65; **Hızır**, s. 238. Payın senede bağlanması, borçlanma talep eden pay sahibinin gerçekten pay sahibi olup olmadığına ispatı noktasında büyük öneme sahiptir. Ancak söz konusu ispat hususunda pay sahipliği defterinin de (TTK m. 64) kullanılabilineceği unutulmamalıdır.

¹⁵⁹ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 163; **Bilgili/Demirkapı**, s. 471 vd. Pay sahiplerinin çeşitleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Arslanlı**, Pay Sahipliği, s. 252 vd.

¹⁶⁰ **Poroy/Tekinalp(Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323-324; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 279; **Bilgili/Demirkapı**, s. 396; **Hızır**, s. 238-239; **Çeker**, s. 664; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 66. Hakim pay sahipliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali **Paslı**, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, Sayı: 2, 2008, (Kontrol Sahibi), s. 345 vd. Hakim pay sahiplerinin şirkete borçlanması konusundaki çekinceler ve eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, s. 244-245.

birden çok kişinin malik olduğu durumdur. Bu durumda aynı pay üzerinde birden çok malik olması durumunda pay üzerinde her bir malik, borçlanma yasağının süjesidir (TTK m.477). İkinci olarak payın devri ilişkisinde yeni malikin borçlanmaya ilişkin haklarının kullanabilmesi için mutlaka şirketin devir için gerekli onayı vermesi şartıdır. Şirketin onayı olmadığı sürece, payın mülkiyeti devredende kalmaya devam edecektir (TTK m.494).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere pay sahipliği için pay senedinin maliki olunması zorunlu olmayıp çıplak paya sahip olan kişi de pay sahibi olarak kabul edilmektedir. İşte bu aşamada “ilmühaber” devreye girmektedir. İlmühaber, anonim şirkette pay için henüz pay senedi çıkarılmamış olduğu durumlarda, pay senetlerinin yerini tutmak üzere düzenlenen senettir¹⁶¹. İlmühaber, çıplak paydan, senede bağlanmış olan paya geçişte tabiri caiz ise bir “araf” görevi görmektedir. İlmühabere kıyas yoluyla nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır¹⁶². İlmühaber sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı ile olan ilişkisine baktığımızda söz konusu kişilerin de pay sahibi olmaları sebebiyle şirkete borçlanma yasağına tâbi olduğu görülmektedir.

TTK m. 358’deki şirkete borçlanma yasağı süjesi hükmünün mefhum-ı muhalifine baktığımızda pay sahibi olmayan kişilerin 358. maddedeki yasağına tâbi olmadıkları görülmektedir. Bu noktada Türk Ticaret Kanunu’ndaki şirkete borçlanma yasağı ile ilgili bir diğer düzenleme olan 395/II. maddesindeki şirkete borçlanma yasağı süjelerinin, 358. maddeyle olan bağlantısının incelenmesinde yarar vardır.

TTK m.358’in kapsamına sadece pay sahipleri dahildir. Pay sahibi yönetim kurulu üyeleri ile 393. maddede belirtilen yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları, “pay sahipliği” sıfatını haiz olmamaları sebebiyle 358. madde kapsamına girmemektedirler¹⁶³. Fakat 395/II’de sayılan söz konusu kişiler, pay sahibi sıfatına sahip ise pekâlâ 358. madde söz konusu kişiler için de uygulama alanı bulmaktadır.

¹⁶¹ Hüseyin **Ülgen**, Mehmet **Helvacı**, Abuzer **Kendigelen** ve Arslan **Kaya**, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 23; **Arslanlı**, Pay Sahipliği, s. 274; **Tekil**, s. 621; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 453; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 334-335.

¹⁶² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 553; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 335; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s. 34-35.

¹⁶³ **Kendigelen**, s. 286; 358. maddenin borçlanma yasağı süjelerine 395/II’dekilerin de eklenmesi gerektiği hakkında görüş için bkz. **Tamer**, s. 108.

Bedeli tamamen ödenmemiş bir payı devralan kişi, anonim şirkete karşı geri kalan bedeli ödemekle sorumlu olur (TTK m.501). Böylece devredenin sermaye borcundan kurtulması ile birlikte borç, devralan yeni pay sahibine geçer¹⁶⁴.

2.1.2.2. İntifa Hakkı Sahibi

İntifa hakkı, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 794. maddesinde “(1) *İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. (2) Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. Başkasına ait bir eşya, hak ya da malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkânı sağlayan bir irtifak hakkı olan intifa hakkı, malikin eşyanın veya hakkın özdeğerini kendisinde tutmasıyla ve bunlardan elde edilecek yararları belirli bir kişiye tahsis edilmesiyle kurulmaktadır¹⁶⁵.

İntifa hakkının özelliklerine baktığımızda karşımıza, Türk Medenî Kanununun intifa hakkını bir eşya hukuku konusu olarak düzenlediği, intifa hakkının zorunlu olarak hak sahibine ayrılmaz bir şekilde bağlandığı, intifa hakkının hak sahibine başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde tam bir yararlanma yetkisi sağladığı çıkmaktadır¹⁶⁶.

Senede bağlanmamış anonim şirket payları üzerinde, nama ya da hamiline yazılı pay senetleri üzerinde intifa hakkı kurulabilir. Pay senetleri üzerinde kurulan intifa hakkı, pay sahibinin malî haklarından kâr payını (TTK m.519), hazırlık dönemi faizini (TTK m.609), tesislerden yararlanma hakkını ve yönetim haklarından oy hakkını, genel kurula katılma hakkını, bilgi alma hakkını, iptal davası açma hakkını kapsamaktadır. Görüldüğü üzere pay senedi üzerindeki intifa hakkı sahibi, pay sahibinin sahip olduğu çoğu hakkı kullanabilmektedir. Kullanma ve yararlanma haklarını intifa hakkı sahibine devreden pay sahibine ise “çıplak pay senedi sahibi” denir. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; peki pay senedi üzerindeki intifa hakkı sahibi şirkete borçlanma yasağına tâbi midir?

¹⁶⁴ Ali Murat **Sevi**, Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İadesi Yasağı”, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 141 vd.; **Arslanlı**, C.I, s.198; **Domaniç**, s. 1344; Celal **Göle**, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1976, s. 129 vd.

¹⁶⁵ Kemal **Oğuzman**, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay- Özdemir**, Eşya Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, (Eşya Hukuku), s. 817.

¹⁶⁶ **Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir**, Eşya Hukuku, s.817-820.

Doktrin bu konuda ikiye ayrılmaktadır. Bir grup yazar¹⁶⁷, pay üzerindeki bir takım malî ve yönetim hakkına sahip olmanın şirkete borçlanma yasağına tâbi olunması anlamına gelmediğini ve “pay sahipliği” sıfatının dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Bizim de katıldığımız *Yüce*¹⁶⁸ ise pay senedi üzerindeki intifa hakkı sahibi nasıl ki bu kadar hakka sahipse aynı zamanda Türk Ticaret Kanunundaki pay sahipliğinden kaynaklı bir takım yasaklara da tâbi olmasını ve sonuç olarak şirkete borçlanma yasağının bu kişiler için de uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Gerçekten de oldukça geniş haklara sahip olan pay senedi üzerindeki intifa hakkı sahibinin yasaktan muaf tutulması, başta malvarlığının korunması ilkesi olmak üzere şirkete borçlanma yasağı ilgili bütün şirketler hukukuna ilkelerine aykırı bir sonuç doğurur. Buna ek olarak pay sahipliği, payın sahibine değil “pay”a bağlıdır¹⁶⁹. Bir başka ifade ile nasıl ki pay senedi üzerinde intifa hakkına sahip olmayan pay sahipleri, TTK m. 358’deki şartların sağlanması durumunda şirkete borçlanabiliyorlarsa, birçok malî ve yönetim haklarını kullanma ve yararlanma yetkisine sahip olan intifa hakkı sahibi de pekâlâ 358. madde kapsamındaki yasağa tâbi olup düzenlemedeki şartların sağlanması durumunda şirkete borçlanabilmelidir.

2.1.3.Şirkete Borçlanma Yasağına Tâbi Olmayan Søjeler

2.1.3.1. İntifa Senedi Sahipleri

İntifa senetleri¹⁷⁰, payı temsil etmeyen ve pay sahibi sıfatından kaynaklanan hakları sağlamayan kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir¹⁷¹. İntifa senetleri, sahiplerine sadece net kâra ve tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni çıkarılacak payları alma hakları tanımaktadır (TTK m. 503). Buna göre özellikle yönetim hakları konusunda intifa senetleri sahiplerinin bir yetkisi bulunmamaktadır. İntifa senetleri kendi içerisinde kurucu, adî ve katılma intifa senetleri şeklinde üçe

¹⁶⁷ **Hızır**, s. 238 vd.; **Bora**, s. 72.

¹⁶⁸ **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 67-68.

¹⁶⁹ Aynı yönde bkz. **Arslanlı**, Pay Sahipliği, s. 248; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 507.

¹⁷⁰ İntifa senetleri ile pay senedi üzerindeki intifa hakkı kavramları farklı anlamlara gelmekte olup aralarında sadece terimsel bir benzerlik bulunmaktadır (**Bilgili/Demirkapı**, s. 561).

¹⁷¹ **Arslanlı**, Pay Sahipliği, s. 265; **Tekil**, s. 563; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 117; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 335; **Bilgili/Demirkapı**, s. 561; İntifa senetleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Oğuz **İmregün**, “Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLV, Sayı: 1-4, 1981, (Kurucu Senetler), s. 477-481.

ayrılmaktadır¹⁷². Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki intifa senetleri ister kurucu ister adî isterse de katılma şeklinde olsun bütün intifa senetleri emre veya hamiline yazılı olabilir (TTK m. 502/I)¹⁷³.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda intifa senedi, sahiplerine ancak sınırlı bir takım malî haklar tanımakta olup pay sahipliğinden kaynaklanan hakları tanımamaktadır (TTK m.503). Dolayısıyla 358. maddenin açıkça şirkete borçlanma yasağı süjesinin pay sahibi olduğunu belirtmesi karşısında intifa senetleri sahipleri, 358. maddedeki şirkete borçlanma yasağına tâbi değildir¹⁷⁴. Böylece sahibinin elinde ister kurucu ister adî isterse de katılma intifa senedi bulunsun 358. maddedeki şirkete borçlanma yasağı bu kişi için uygulanmamaktadır.

2.1.3.2. Çeşitli Türlerdeki Kıymetli Evrak Niteliğine Sahip Senetlerin Sahipleri

Başta Türk Ticaret Kanunu olmak üzere çeşitli mevzuatlarda çeşitli şekillerde sınıflandırılan ve sahiplerine sınırlı şekilde olmak üzere bir takım mali haklar tanıyan kıymetli evrak niteliğinde senetler düzenlenmiştir¹⁷⁵. Buna göre örneğin bir alacak hakkı veya çeşitli emtia üzerinde aynı hak türünden (mülkiyet veya rehin hakkı) bir hakkı içeren alacak ve emtia senetleri (TTK m. 834 ve 835), alacak hakkı içeren alacak senetleri olan tahviller (TTK m. 504 vd.), emre yazılı havaleler (TTK m. 826), emre yazılı ödeme vadeleri (TTK m. 830) ve konişmento (TTK m. 1228 vd.), sahibine kâr payı, rüçhan hakkı veya hazırlık dönemi faizi haklarını sağlayan kupon ve talon (TTK m.660), finansman ihtiyacının karşılanması amacıyla çıkartılan her çeşit tahvil, finansman bonoları, varlığa dayalı senetler Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen kıymetli evraklar iken menkul kıymetler, ipotekli borç senedi (TMK m.898 vd.), irat senedi (TMK m. 903 vd.), rehinli tahvil (TMK m. 930 vd. ve 970 vd.) ve rehin makbuzu Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen kıymetli evraklardır.

¹⁷² **Arslanlı**, Pay Sahipliği, s. 266; **İmregün**, s. 479 vd.; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 336; **Bilgili/Demirkapı**, s. 561. **Tekil**, s. 577-578; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 336; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 308-309.

¹⁷³ **İmregün**, s. 480 vd; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 308-309; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 336.

¹⁷⁴ **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 68-69; **Hızır**, s. 238; **Bora**, s. 72.

¹⁷⁵ Kıymetli evrak sınıflandırmaları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s.20-22.

Yukarıda belirttiğimiz kıymetli evrak niteliğini haiz senetler, “pay sahipliği” sıfatını kazandırmadıkları ve sadece bir takım haklar konusunda sınırlı şekilde güvence vermek üzerine çıkartıldıkları için söz konusu senetlerin sahipleri 358. maddede düzenlenen yasağa tabi değildir.

2.1.3.3. Rehin ve Hapis Hakkı Sahipleri

Rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, hak sahibine rehin konusu malı sattırarak paraya çevrilmesini ve elde edilen meblağdan öncelikle alacağını alma yetkisi tanıyan fer'i nitelikte sınırlı ayni haktır¹⁷⁶. Anonim şirketler hukukundaki rehin hakkı ise pay senedinin türüne göre değişiklik göstermektedir. Buna göre hamiline yazılı anonim şirket pay senetlerinin rehni, bu senetlerin rehin alana teslimi ile olurken nama yazılı pay senetlerinin rehni ise senedin rehin alana cirosu ile beraber teslimi ile mümkün olmaktadır¹⁷⁷.

Hapis hakkı, kanûnî şartların gerçekleşmesi durumunda, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri verilmesi gerekli olan borçluya ait kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni haktır¹⁷⁸. Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsediği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilmektedir (TMK m.953). Anonim şirketler hukukunda pay senedinin hapsi, borçlu pay senedi sahibinin rızasına, muaccel bir alacağın varlığına, alacaklının zilyetliğindeki pay senedi ile alacak arasında bağlantıya ve hapis hakkının kullanılmasının bertaraf edilmemiş olmasına bağlıdır. Buna göre hamiline yazılı pay senedinin rehni için bir yazılı rehin sözleşmesi gerekli olmayıp senedin rehin alana rehin kurma amacıyla teslimi yeterlidir (TMK m.956/I). Nama yazılı pay senetleri üzerinde rehin kurmak için ise rehin amacıyla temlik beyanı ve senedin rehin alana teslimi gereklidir (TMK m.956/II)¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. 879.

¹⁷⁷ Yüce, Borçlanma Yasağı, s. 69.

¹⁷⁸ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. 1019.

¹⁷⁹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. 1029-1031.

Görüldüğü üzere gerek rehin hakkı gerekse de hapis hakkı, istisnai durumlarda meydana gelmekte olup hak sahibine pay senedi üzerinde istisnai durumlarda tasarruf yetkisi vermektedir. Pay senetleri üzerinde rehin veya hapis hakkına sahip olan alacaklının esaslı amacı alacağını tahsil etmektir. Dolayısıyla rehin veya hapis hakkı sahipleri, söz konusu haklar üzerinden anonim şirkette herhangi bir pay sahipliği sıfatı ve pay sahiplerinin sahip olduğu yönetsel haklar ile tâbi oldukları yasakları taşımadıkları için ¹⁸⁰ borçlanma yasağına da tâbi olmayacaklardır¹⁸¹.

2.1.3.4. Pay Sahibinin İradi veya Yasal Temsilcisi

Temsil, hüküm ve sonuçları doğrudan ya da dolaylı, ad veya hesabına işlem yapılan kişiye ait olmak üzere; başkası ad veya hesabına işlem yapma yetkisidir¹⁸². Herkes, borçlar hukukunda düzenlenen temsil kurumu sayesinde temsilci aracılığıyla işlem yapabilir (TBK m. 40- 48). Anonim şirket pay sahipleri de, şirketle ilişkilerinden doğan, çeşitli nedenlerle bizzat gerçekleştiremedikleri tüm iş ve işlemleri bir temsilci aracılığıyla gerçekleştirebilirler¹⁸³.

Temsil üçgenine baktığımızda temsil olunan pay sahibi iken temsilci pay sahibini temsil yetkisi çerçevesinde temsil eden kişi ve üçüncü kişi de pay sahibinin de içerisinde bulunduğu anonim şirkettir. Temsilcinin 358. madde kapsamına girmesi temsilcinin de pay sahibi olup olmamasına bağlıdır. Şayet temsilciler pay sahibi değil iseler bu durumda 358. madde kapsamına girmeyeceklerdir. Bu noktada temsilcinin şirket içerisindeki konumu önem taşımamaktadır. Bir başka ifade ile temsilci ister ticari vekil isterse de ticari temsilci sıfatına sahip olsun pay sahibi değil iseler 358. madde kapsamına girmeyeceklerdir.

TTK m.358'deki şirkete borçlanma yasağının yasal temsilciler ile olan ilişkisine baktığımızda yasal temsilcilerin şirkete karşı borçlanma işleminde

¹⁸⁰ Arslanlı, Pay Sahipliği, s. 252.

¹⁸¹ Yüce, Borçlanma Yasağı, s. 69; Hızır, s. 238; Bora, s. 73.

¹⁸² Kılıçoğlu, s. 223. "Temsil yetkisi" kavramının doktrindeki farklı tanımları için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 219; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 620; Eren, s.424.

¹⁸³ İnceleme konumuz bakımından bu bölümde sadece pay sahibinin genel temsil ilişkisinden doğan sonuçları ele alınmakta olup Türk Ticaret Kanunu'ndaki anonim şirket genel kurul toplantılarında paydan doğan yönetsel hakların temsilci aracılığıyla kullanılmasındaki düzenlemeler incelenmemektedir.

buldukları 358. madde kapsamındaki şirkete borçlanma yasağının pay sahibi için geçerli olduğu görülmektedir. Buna göre pay sahibi olabilmek için özel ehliyet koşulu aranmamaktadır. Bu nedenle pay sahibi olabilmek için hak ehliyetine sahip olmak yeterli olup ayrıca fiil ehliyetine sahip olmak gerekmez. Buna göre fiil ehliyeti bulunmayanlar, kanunî temsilcileri aracılığıyla pay edinebilir veya kendilerine ait payları kanunî temsilcileri aracılığıyla yönetebilirler (TMK m.16)¹⁸⁴. Ancak söz konusu yasal temsilciler de tıpkı temsil ettikleri pay sahipleri gibi anonim şirkete pay sahibi iseler o zaman kendileri şirkete borçlanma yasağına tâbidirler. Fakat yasal temsilciler pay sahibi değil iseler o zaman söz konusu temsilcilere 358. maddedeki şirkete borçlanma yasağı hükümleri uygulanmamaktadır¹⁸⁵.

2.1.4. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanabilmesinin Şartları

2.1.4.1. Ön Açıklamalar

TTK m. 358'ye göre pay sahiplerinin anonim şirkete borçlanabilmesi, pay sahiplerinin sermaye taahhütlerinden vadesi gelmiş borçlarını îfâ etmelerine ve anonim şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasına bağlıdır. Zira 358. maddede kullanılan “ve” ibaresi, iki koşulun da olmazsa olmaz bir nitelik taşıdıklarını göstermektedir¹⁸⁶. Fakat pay sahibinin anonim şirkete borçlanabilmesi için söz konusu şartlar yeterli değildir. Şartların gerçekleşmesinden sonra şirkete borçlanmak isteyen pay sahibinin, borçlanma talebini yönetim kuruluna bildirmesi gerekmekte ve yönetim kurulunun

¹⁸⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 577. Kanun koyucu pay sahipliği için fiil ehliyeti aramasa da Türk Ticaret Kanununun “Üyelerin Sayısı ve Nitelikleri” başlıklı 359. maddesinin dördüncü fıkrasının 363. maddenin ikinci fıkrasına yaptığı yollama uyarınca yönetim kurulu üyeliği için fiil ehliyetine sahip olma şartını aranmaktadır.

Medenî hukukta velayet hükümleri çerçevesinde anne ve baba pay sahibi çocuklarının yasal temsilcisi (TMK m.342) sıfatına sahi iken vesayet hükümleri çerçevesinde vasiler, kısıtlının yasal temsilcisi (TMK m.16), kayımlık veya yasal danışmanlık hükümleri çerçevesinde kayyım veya yasal danışman, kayyım veya yasal danışman atanmasını gerektirecek ergin kişinin yasal temsilcisidir (TMK m.403).

Bu noktada önem arz eden husus Türk Medeni Kanununun 462. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde düzenlenen ödünç alma fiilidir. Buna göre vasiler, pay sahibi adına şirketten borç talep etmeden önce mutlaka vesayet makamının iznini almaları gerekir.

¹⁸⁵ Aynı yönde **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 70.

¹⁸⁶ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 279; **Üçışık/Çelik**, s. 500; **Tamer**, s. 109; **Özkorkut**, Değişiklikler, s. 50; **Hızır**, s. 231; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 76-77.

borçlanmaya ilişkin olumlu yöndeki kararı gerekir¹⁸⁷. Buna göre pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için dört şartın da bir arada bulunması gerekir. Bu şartlar,

1. Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların îfâ edilmiş olması,
2. Anonim şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması,
3. Pay sahibinin, yönetim kuruluna şirkete borçlanmak istediğine dair talepte bulunması,
4. Şirketin borç verilmesi yönündeki kararıdır.

2.1.4.2. Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçların İfa Edilmiş Olması

2.1.4.2.1. “Sermaye Taahhüdü” Kavramı ve “İştirak Taahhüdü” Kavramı İle Karşılaştırılması

“Sermaye taahhüdü” kavramı Türk Ticaret Kanununun çeşitli maddelerinde bahsi geçse de¹⁸⁸ kanun koyucu tarafından söz konusu düzenlemelerde tanımlanmamıştır. “Sermaye taahhüdü” kavramı, pay karşılığında îfâ edilmesi zorunlu olan bir borçlanma işlemidir¹⁸⁹. Buna göre sermaye taahhüdünde bulunmadan bir anonim şirkette pay sahibi olunması mümkün değildir¹⁹⁰. İrade açıklaması niteliğinde olan sermaye taahhüdü iki durumda gündeme gelmektedir. Bunlar anonim şirketin kuruluş aşaması ve anonim şirkette esas sermayenin arttırılması durumlarıdır. Böylece bu taahhütler ileride meydana gelmesi muhtemel anonim şirket için yapılmış olsa da taahhüdün muhatapları, söz konusu irade açıklamasının gerçekleştiği an itibariyle diğer kuruculardır. Esas sermaye artırımına baktığımızda ise taahhütte bulunan pay sahibinin muhatabı artık diğer kurucular değil, bizzat anonim ortaklık tüzel kişiliğidir¹⁹¹.

Pay sahibi tarafından yapılan tek taraflı irade açıklaması, geçerli bir sermaye taahhüdünün dogması için yeterli değildir. Gerçekten de, belli bir miktar pay

¹⁸⁷ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s. 323.

¹⁸⁸ Türk Ticaret Kanunu’nda “sermaye taahhüdü” kavramının geçtiği maddeler için bkz. m. 459/III, m. 468/III, m. 480/IV, m. 550/II.

¹⁸⁹ Bilgili/Demirkapı, s. 200; Hızır, s. 243; “Sermaye taahhüdü” kavramı konusunda detaylı bilgi için bkz. Sevi, 126 vd.

¹⁹⁰ Arslanlı, C.I, s.16.

¹⁹¹ Sevi, s. 131.

karşılığında gelecekte kurulacak anonim şirkete sermaye aktarma yönündeki irade açıklaması borçlar hukuku açısından öneriye benzemektedir.

Yazılı olarak yapılması gereken bu irade açıklamasının, hukuken geçerli bir sermaye taahhüdü niteliği taşıması, bunun diğer kurucular tarafından kabul edilmesine bağlıdır (TTK m.339). Buna göre, sermaye koyma borcunun kaynağı olarak nitelendirilen sermaye taahhüdü sadece diğer kurucuların anonim şirketin esas sözleşmesini imzalamaları suretiyle geçerli bir şekilde ortaya çıkar. Dolayısıyla kurucular oybirliği ile esas sözleşmeyi imzalamadıkları takdirde ortada geçerli bir sermaye taahhüdü de bulunmayacaktır (TTK m.339/I)¹⁹².

358. maddenin 6335 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki hâline göre pay sahiplerinin şirkete borçlanması kural olarak sadece “iştirak taahhüdü” ile mümkündür. Fakat 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası “iştirak taahhüdü” ile borçlanma terk edilmiş olup bunun yerine pay sahiplerinin şirkete borçlanabilme şartlarından biri olan “sermaye taahhüdü”nden doğan vadesi gelmiş borçların ifâ edilmiş olması şartı düzenlenmiştir. Bu noktada çalışma konumuzun ve kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin ne olduğunu daha iyi anlamamız adına “iştirak taahhüdü” ile “sermaye taahhüdü” kavramları arasındaki herhangi bir anlam farkının bulunup bulunmadığını incelememizde yarar vardır.

“İştirak taahhüdü” kavramı, hem 6762 sayılı Kanunun çeşitli maddelerinde hem de Türk Ticaret Kanununun çeşitli maddelerinde geçmektedir. Buna göre söz konusu kavram özellikle Türk Ticaret Kanunu’nda yer almayan 6762 sayılı Kanunun 283. vd maddeleri olan “tedrici kuruluş sistemi”nde kendine yer bulmaktaydı. Anılan düzenlemelerde geçen “iştirak taahhüdü” kavramı, pay sahibi olmak için “iştirak taahhütnamesi” olarak anılan bir belge aracılığıyla gerçekleştirilen borçlanma bir işlem olarak kabul edilmişti¹⁹³. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki “iştirak taahhüdü” ve “iştirak taahhütnamesi” kavramlarının arasında gerek işitsel gerekse görsel açıdan bir bağın olduğu düşünülse de söz konusu çıkarım isabetli değildir. Gerçekten de örneğin 6762 sayılı Kanunun 329. maddesinde şirketin kendi paylarını iktisabı, sadece “iştirak taahhüdü” dışındaki bir nedenden doğan şirket alacaklarının ödenmesi amacıyla düzenlenmişken söz konusu maddenin uygulanabilmesi

¹⁹² Sevi, s. 135.

¹⁹³ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., T. 4.6.1979, E. 1979/1281, K. 1979/2951 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

konusunda taahhüdün “iştirak taahhünamesi” ile gerçekleşmesi zorunluluğu aranmamıştır. Yine 6762 sayılı Kanunun 395. maddesinde esas sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan pay senetlerinin geçersiz olduğu kabul edilmekle beraber bu durumda “iştirak taahhüdünden” meydana gelen yükümlülüklerin devam edeceği düzenlenmişti. Fakat hükmün uygulanması için taahhüdün “iştirak taahhünamesi” ile gerçekleşmesi zorunlu olmayıp sermaye artırımına katılacak kişiler belirli ise esas sözleşme değişikliği yapılarak da artırım sonucu çıkarılacak paylar için taahhüt altına girilebilmekteydi¹⁹⁴. Söz konusu sonuç, Türk Ticaret Kanunu için de geçerlidir. Buna göre Türk Ticaret Kanununun 482. maddesinin ikinci fıkrası, sermaye koyma borcunu yerine getirmede temerrüde düşen pay sahibinin, yönetim kurulunca iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakılabileceğini ve payın satılarak yerine başkasının alınabilmesi ile kendisine verilen pay senetleri ele geçirilemiyorsa bunların iptal edilebileceğini düzenlemektedir. Anılan düzenlemede de pay sahibinin taahhüdünün bir “iştirak taahhünamesine” dayanması aranmamış olup “sermaye taahhüdünün” yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında gerek 6762 sayılı Kanun gerekse de Türk Ticaret Kanunu’nda geçen “iştirak taahhüdü” kavramının iştirak taahhünamesi ile arasında mutlak bir bağın olmadığı ve söz konusu kavramın iştirak taahhünamesi aracılığıyla gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin geniş anlamda “sermaye taahhüdü” kavramına işaret ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir başka ifade ile 358. maddenin 6335 sayılı Kanun ile öngörülen bu kavram değişikliği, hükmün uygulanma şartları açısından bir fark yaratmamıştır¹⁹⁵.

2.1.4.2.2.Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Kapsamı

Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen istisnalar dışında esas sözleşmeyle pay sahibine kural olarak pay bedelini veya payın itibari değerini aşan priminin ifâsı dışında bir borç yükletilemez (TTK m.480/I). İşte bu noktada karşımıza “tek borç” ilkesi çıkmaktadır. Anonim şirketlerde pay sahibinin tek ve aslî borcu, sermaye

¹⁹⁴ Hızır, s. 241-242.

¹⁹⁵ Hızır, s. 244.

taahhüdününün ifâsıdır¹⁹⁶. Pay, birden çok kişi tarafından taahhüt edildiği durumda ise, müşterek pay sahipleri taahhüt edilen borçtan müteselsilen sorumlu olacaklardır¹⁹⁷.

Genel hüküm niteliğindeki Türk Ticaret Kanununun “Sermaye Koyma Borcu” üst başlıklı ve “Konusu” başlıklı 127. maddesinin birinci fıkrasına göre aksi öngörülmemişse ticaret şirketlerine *para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikrî mülkiyet hakları, taşınurlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticarî itibar, ticarî işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer* pay sahipleri tarafından tek borç ilişkisi kapsamında sermaye olarak konulabilmektedir. 127. maddenin ikinci fıkrası ise 342. madde hükümlerinin saklı olduğunu düzenlemiştir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere tek borç ilkesi kural olup Türk Ticaret Kanununun çeşitli düzenlemelerinde tek borç ilkesinin istisnaları bulunmaktadır. Tek borç ilkesinin istisnalarının şu şekilde sıralanması mümkündür;

1. Çıkarma Primli (Agiolu) Paylarda Prim Borcu (TTK m. 480/II)
2. Kuruluşta Halka Arz Edilen Payların Bedelleri (TTK m. 346)
3. Ek Yükümlülükler (TTK m. 480/IV)
4. Temerrüt Faizi, Cezai Şart ve Tazminat (TTK m. 129, 482/I)¹⁹⁸.

Pay sahiplerinin anonim şirkete borçlanma yasağında, sermaye taahhüdüne ilişkin bütün borçların değil yalnızca vadesi gelmiş (muaccel) borçların ifâ edilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Dolayısıyla şirkete borçlanabilmek için henüz vadesi gelmemiş (müeccel) sermaye taahhütlerinin ifâ edilmesi gerekmez. Hangi sermaye taahhüdünün vadesinin gelip gelmediği, şirkete karşı borçlanma işleminin yapılacağı tarihe göre belirlenmelidir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Arslanlı, C.I, s. 191; Üçışık/Çelik, s. 51-52; Bilgili/Demirkapı, s. 487.

¹⁹⁷ Sevi, s. 141-142.

¹⁹⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 550-551.

¹⁹⁹ Hızır, s. 255; Tamer, s. 110; Konu hakkındaki haklı eleştiriler için bkz. Kendigelen, s. 244.

2.1.4.2.2.1. Tek Borç İlkesi Kapsamındaki Sermaye Taahhütleri

2.1.4.2.2.1.1. Nakdî Sermaye Taahhütleri

Şirketlerin kuruluşlarında en çok kullanılan sermaye türü kuşkusuz paradır. Nakdî sermaye, kendi değerini içerisinde taşıyan ve bu nedenle aynî sermayenin aksine ayrıca bir değer tespitine ihtiyaç göstermeyen bir sermaye kalemidir²⁰⁰. Buna göre pay sahibinin, anonim şirketin kuruluşunda (TTK m.127/I-a ve 344) ve esas sermaye artırımında (TTK m. 459/III ve 460/III) nakdî taahhütte bulunması mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu'na tâbi olan anonim şirketlerde nakdî sermaye taahhüdünden doğan borçların ne zamana kadar îfâ edileceğinin şirketin esas sözleşmesinde veya iştirak taahhütnamesinde gösterilmiş olması mümkündür. Pay sahibi, ilgili taahhüdü îfâ etmemiş olsa bile belirlenen tarihe kadar anonim şirkete borçlanabilir. Fakat belirlenen tarihe gelindiğinde sermaye taahhüdünden doğan borç tamamen ödenmiş değilse bu tarihten itibaren 358. maddedeki şirkete borçlanma yasağı devreye girmektedir²⁰¹.

Nakdî sermaye taahhüdünden doğan borçların ne zamana kadar îfâ edileceğinin şirketin esas sözleşmesinde veya iştirak taahhütnamesinde gösterilmemiş olması durumunda taahhüdün ne zaman ve hangi oranlarda ödeneceği hususu Türk Ticaret Kanununun 344. maddesinde (ve esas sermaye artırımında 344. maddeye atıf yapan 459/III. ve 460/III. maddelerinde) düzenlenmiştir.

TTK m. 344'ye göre nakdî şekilde taahhüt edilmiş payların itibarî değerlerinin en az %25'i tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenir. Dolayısıyla esas sözleşmede daha kısa bir süre kabul edilmedikçe nakdî sermaye taahhüdünün dörtte üçlük kısmının ödenmesi için pay sahibine tescilden itibaren yirmidört aylık yasal bir süre tanınmış olmaktadır. Pay sahibi, söz konusu süre boyunca sermaye taahhüdünü îfâ etme yükümlülüğü altında bulunmaya devam edecektir²⁰².

²⁰⁰ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 551; **Karahan/Bozgeyik**, s. 687; **Bilgili/Demirkapı**, s. 199; Nakdî sermaye taahhüdü konusunda detaylı bilgi için bkz. **Sevi**, s. 159 vd.

²⁰¹ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Özkorkut**, Değişiklikler, s. 51; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 76; **Hızır**, s. 256.

²⁰² **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 316; **Hızır**, s. 256; **Karahan/Bozgeyik**, s. 688-689.

TTK m. 344’de nakdî borcun ödenmesi için belirli bir vade değil, tescilden itibaren işlemeye başlayan bir süre esas alınmıştır. Bir başka ifade ile Türk Ticaret Kanunu’nda nakdî sermayenin ifâ edilmesi için kabul edilen yirmidört aylık süre, başlı başına bir vadeyi değil, pay sahibinin “*sermaye taahhüdünden doğan borcunu ifa yetkisine sahip olduğu süre*”yi belirtmektedir. Böylece 358. maddedeki şirkete borçlanma yasağı bakımından düzenlenen süre içerisinde vadenin hangi an geldiğinin tespiti büyük önem taşımaktadır. Zira ifâ edilmeyen sermaye taahhüdünden meydana gelen borcun şirkete borçlanmaya engel oluşturmaya başlayacağı an bu andır²⁰³.

Medenî hukuk doktrininde “*ifa fiilinin gerçekleştirileceği belirli bir zaman veya birim kesiti*” şeklinde tanımlanan vade²⁰⁴, TTK m. 344 anlamında pay sahibinin söz konusu yirmidört ayın sonuna kadar belirli tarihlerde taksitler hâlinde veya tek seferde bu borcu ifâ edebilmesini ya da sürenin sonuna kadar bekleyerek ödemeyi son gün yapmasını ifade etmektedir²⁰⁵. Bu noktada önemli olan ifanın bu sürenin tamamlanmasından önce gerçekleştirilmesidir (TBK m.92). Dolayısıyla vadenin ayrıca belirlenerek daha kısa bir süre öngörülmediği durumlarda tescilden önce Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen en az sermaye tutarını ödeyen pay sahibi, tescilden sonraki yirmi dört aylık süre sona erene kadar, henüz %75’lik kısmın vadesi gelmediği için, anonim şirkete borçlanabilecektir. Söz konusu süre sermaye taahhüdünden meydana gelen borç tamamen ifâ edilmeden geçtiği takdirde 358. madde hükmü uyarınca ilgili pay sahibinin anonim şirkete borçlanması imkânı, borç tamamen yerine getirilinceye kadar ortadan kalkmaktadır²⁰⁶.

Nakdî sermaye taahhüdünü halka arz edilecek paylar bakımından incelediğimizde halka arz edilip de süresinde halk tarafından satın alınmayan pay bedellerinin tamamı, süresinde halka arz edilmeyen pay bedellerinin ise %25’i, iki aylık halka arz süresini takip eden üç gün içerisinde, bunları esas sözleşme ile taahhüt eden kişiler tarafından ödenir (TTK m.346/II). Buna göre bu kişiler, ikinci

²⁰³ Hızır, s. 256.

²⁰⁴ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 1063; Eren, s. 948.

²⁰⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s. 316; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 305; Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 317-318; Bilgili/Demirkapı, s. 238-239.

²⁰⁶ Poroy/Tekinay (Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 279; Hızır, s. 257; Yüce, Borçlanma Yasağı, s. 76; Özkorkut, Değişiklikler, s. 50-51; Çeker, s. 663; Tamer, s. 110.

ayın sonundan itibaren, söz konusu taahhütlerini yerine getirmedikleri süre boyunca şirkete borçlanamayacaklardır²⁰⁷.

Yukarıdaki açıklamalar Türk Ticaret Kanunu'na tâbi anonim şirketler için geçerli olup 6362 sayılı Kanun'a tâbi olan anonim şirketlerin de konu kapsamında kısaca incelenmesinde yarar vardır. 6362 sayılı Kanunun 12. maddesinin birinci fıkrası, anonim şirketlerde, halka arz amacıyla ihraç edilen payların bedellerinin tamamen veya nakden ödenmesi kuralını düzenlemiştir. Böylece 6362 sayılı Kanun'a tâbi anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri konusunda paya ilişkin sermaye taahhüdünün îfâ edilmesi şartı henüz baştan karşılanmaktadır. Bununla birlikte Sermaye Piyasası Kurulu, satış süresi içerisinde satılmayan payların tamamının satın alınacağı ve bedellerinin ödeneceği konusunda anonim şirkete karşı taahhütte bulunulmasını isteyebilir. Söz konusu durumda olan kişiler, anılan taahhütleri yerine getirmedikleri sürece şirkete borçlanamazlar²⁰⁸.

2.1.4.2.2.1.2. Aynı Sermaye Taahhütleri

Pay sahiplerinin, anonim şirkete nakdî taahhüt dışında taşınır veya taşınmaz mallarını da sermaye olarak taahhüt etmeleri mümkündür (TTK m. 127/I- c. ve 342).

Kanun koyucu, aynı sermaye olarak hangi şeylerin anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilebileceğini tek tek düzenlememiş olup sadece taahhüt edilecek taşınır veya taşınmazda hangi hususların olmayacağını belirtmiş ve aynı taahhüt kapsamında geniş bir çerçeve belirlemiştir.

Taşınır²⁰⁹ ve taşınmaz²¹⁰ eşyanın ön plana çıktığı aynı sermayenin kapsamı geniş olup çeşitli ekonomik haklar da bu kapsamda değerlendirilmektedir²¹¹. Anonim şirketlere getirilebilecek olan aynı sermaye unsurları, taşınmaz ve taşınır mallar ile bunların üzerindeki kullanma ve yararlanma hakları, fikri mülkiyet hakları, maden

²⁰⁷ Hızır, s. 257.

²⁰⁸ Hızır, s. 255.

²⁰⁹ Taşınırların anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Necla Akdağ Güney ve Mustafa Alper Gümüş, "Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C.III, Sayı: 3, 2013, s. 7-31.

²¹⁰ Taşınmazların anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Özdamar, "6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Sayı:1, 2015, s. 143-155.

²¹¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 552; Özdamar, s. 145; Karahan/Bozgeyik, s. 689-690.

ruhsatnameleri, ticarî işletmeler, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerdir (TTK m. 127).

TTK m.127'yle bağlantılı olan anonim şirketlerdeki aynı sermayeye konulabilecek malvarlığı unsurlarını düzenleyen 342. maddeye göre de üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ile tedbir bulunmayan, ayıplı olmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil olmak üzere malvarlığı unsurları, aynı sermaye olarak konulabilir²¹².

Nakdî sermaye taahhüdünden farklı olarak aynı sermaye taahhütlerinde, anonim şirketin kuruluşunun ya da esas sermaye artırımının tescilinden önce sermaye borcunun îfâ edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Böylece sermaye taahhüdünden doğan “vadesi” gelmiş borçların îfâ edilmesi şartı, aynı sermaye taahhütleri için henüz baştan karşılanmış olmaktadır. Gerçekten de aynı sermaye taahhüdünün geçerli olabilmesi için tescilden önce tapuya şerh verilmesi, fikri mülkiyet hakların ve diğer değerlerin kendi özel sicillerine kaydedilmesi ve taşınırın da güvenilir bir kişiye tevdi edilmesi gerekir (TTK m.128/II).

Anonim şirket, konulan aynı sermayenin türüne göre kuruluşun ya da esas sermaye artırımının tescili ile birlikte sermaye üzerinde ya doğrudan malik sıfatıyla tasarrufta bulunabilmekte (TTK m. 128/IV) ya da ticaret sicili müdürünün veya gerekiyorsa bizzat anonim şirketin talebi üzerine ilgili sicilde gerekli kaydi değişikliklerin yapılmasıyla birlikte sermaye üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini elde etmektedir (TTK m. 128/V- VI). Her iki durumda da tescilden önce sermaye taahhütlerinin tamamen yerine getirilmesi gerekeceği için 358. maddede düzenlenen “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifa edilmesi*” şartının henüz baştan karşılanması zorunludur. Söz konusu zorunluluğu yerine getirmeyen pay sahibi, anonim şirket tescil edilse dahi 358. madde kapsamında şirkete borçlanamayacaktır²¹³.

²¹² Fikri mülkiyet haklarının aynı sermayede değerlendirilmesinin yerindeligi konusunda tartışmalar için bkz. **Özdamar**, s. 145; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 311. Üzerinde sınırlı bir hakkın veya haciz ya da tedbir bulunan aynı sermayenin de anonim şirkete sermaye olarak konulması gerektiği görüşü için bkz. **Kendigelen**, s. 230; **Akdağ Güney/Gümüş**, s. 9. Aynı sermaye borcunun ifası kapsamında taşınır veya taşınmaz eşyalar üzerindeki mülkiyetin ortaklığa devrinde kıyasen uygulanacak satış sözleşmesi hükümleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Sevi**, 287 vd.

²¹³ **Hızır**, s. 258.

2.1.4.2.2.1.3. Alacak Hakkı Niteliğindeki Sermaye Taahhütleri

Pay sahiplerinin alacak hakları da anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek ekonomik değerler arasındadır (TTK m. 127/I). Alacak hakkının sermaye olarak konulması, bir kişiden belirli bir edimi talep yetkisi veren bir hakkın anonim şirkete sağlanması anlamını taşımaktadır. Söz konusu alacak hakkı, çoğunlukla sözleşme ilişkisinden meydana gelmekle birlikte, kaynağı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme de olabilir. Alacak hakkının kaynağının ve muhatabının²¹⁴, anonim şirkete sermaye olarak konulabilmesi açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır²¹⁵. Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş olsa dahi, paraya çevrilebilir olma özelliğini barındırması kaydıyla, alacak hakları üzerindeki intifa hakları da anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilebilir²¹⁶.

Anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek alacak hakkının, şirketler hukukunun temel prensipleri çerçevesinde kuşkusuz belirli bir takım özelliklere de sahip olması gerekir. Öncelikle, alacak hakkının para ile ölçülebilen maddî bir edime ilişkin olması şarttır. Böylece bir para alacağı doğrudan bir borcun kaynağından meydana gelmese de, bir malın veya aynı hakkın devrine yönelik bir alacak hakkı, parayla ölçülebilen bir değere sahip olması ve bilançonun aktif kısmında gösterilebilmesi nedenlerinden dolayı, sermaye olarak anonim şirkete getirilebilir. İkinci olarak alacak hakkının devredilebilir nitelik taşıması gerekir. Zira devredilemeyen bir alacak hakkının anonim şirkete geçmesi mümkün değildir. Üçüncü ve son şart ise sermayenin eksik meydana gelmesi riski sebebiyle alacak hakkının geciktirici veya bozucu şarta bağlanmamış olmasıdır. Bunun gibi ihtilafli yahut henüz doğmamış alacak hakları da anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilemez²¹⁷.

²¹⁴ Bizim de katıldığımız görüş olan *Sevi*'ye göre alacak hakkının mutlaka üçüncü bir kişiden meydana gelmesi gerekmemekte olup taahhüt eden pay sahibinin anonim şirkete karşı gerçekten mevcut ve talep edilebilir bir alacak hakkı bulunmaktaysa, bunun değerinin olduğundan daha fazla takdir edilmemesi kaydıyla anonim şirkete sermaye olarak getirilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır (*Sevi*, s. 149-150).

²¹⁵ *Sevi*, s. 149-150.

²¹⁶ *Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir*, Eşya Hukuku, s. 848-850.

²¹⁷ *Sevi*, s. 166.

Buraya kadar alacak hakkının senede bağlanmamış şekilde anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesi incelenmiştir. Bu noktada senetli alacağın anonim şirkete nasıl sermaye olarak taahhüt edilebileceğinin de incelenmesi gerekir.

Adî senede bağlanmış alacaklar açısından senede bağlanmamış alacak hakları bakımından geçerli olan esaslardan farklı bir yönü bulunmamakta olup sadece sermaye taahhüdün îfâ edilmesi aşamasında pay sahibinin alacak senedi üzerindeki zilyetliğini anonim şirkete devretmesi gerekir.

Kambiyo senetlerinin Türk Ticaret Kanununun 127. maddesinin birinci fıkrasının “a” bendi uyarınca anonim şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesini bir takım durumlar çerçevesinde incelememiz yerinde olur. Nakdî sermaye borcunun îfâ uğruna edim şeklinde şirkete ciro edilmesi suretiyle ödenmesi, anonim şirketin çıkar gruplarının menfaatlerine, sermaye borcunun tecili yasağına aykırı olmaması ve eşit işlem yapma ilkesine aykırılık meydana getirmemesi şartı ile mümkündür (TBK m. 133/II)²¹⁸.

Yukarıda belirttiğimiz 127. ve 130. maddeler yanında anonim şirketlerde aynı sermaye getirilmesine ilişkin bir diğer düzenleme olan TTK m.342’de vadesi gelmemiş alacakların anonim şirkete sermaye olarak konulamayacağı düzenlemiştir. Bir başka ifade ile anonim şirketlerde sermaye olarak bir alacak hakkı taahhüt edilmek isteniyorsa söz konusu alacak hakkının müeccel olmaması şarttır. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır, 342. maddede düzenlenen “*vadesi gelmemiş alacak*” ifadesindeki vadeden ne anlamız gerekir?

Bizim de katıldığımız *Hızır*’a göre²¹⁹ söz konusu sorun, vadesi gelmiş bir alacağın sermaye taahhüdünün mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda vadenin sermaye taahhüdünden sonra ve fakat tescilden önce gelmesi ihtimâlinde gündeme gelmektedir. Yazara göre söz konusu sorun, Türk Ticaret Kanununun 130. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Alacak, vadesi gelmemiş ise aksi kararlaştırılmış olmadıkça, vade gününden, muaccel ise şirket sözleşmesi veya esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirketçe tahsil edilmelidir.*” şeklindeki düzenlemenin 342. maddeyle bağlantılı şekilde incelenerek çözümlenmelidir. Buna göre henüz vadesi gelmemiş sermaye olarak taahhüt edilen bir alacağın vadesinin anonim şirketin kuruluşunun ya da sermaye artırımı kararının tescilden önce gelmesi

²¹⁸ Sevi, s. 169.

²¹⁹ Hızır, s. 259.

durumunda taahhüdün geçerli olması gerekmekte olup alacağın anonim şirket tarafından tahsil edileceği bir aylık süre, esas sözleşmenin tescil işleminin gerçekleşmesinden sonra başlayacaktır²²⁰.

Alacağın vadesinin gelmiş olması, pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için yeterli değildir. Bu şarta ek olarak anonim şirketin ilgili alacağı bir aylık süre içerisinde tahsil etmesi gerekir (TTK m.130/II). Böylece sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibi, alacağının vadesi gelmiş olsa bile alacak, anonim şirket tarafından tahsil edilinceye kadar olan süre boyunca şirkete borçlanma yasağına tâbi olmaya devam eder.

Sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin kusuru olmaksızın alacağın, bir aylık süre boyunca anonim şirket tarafından tahsil edilmemesi, pay sahibinin sermaye koyma borcunu ortadan kaldırmamakta fakat alacaklı konumunda olan anonim şirketin temerrüdü meydana gelmektedir. Daha geniş bir ifade ile alacaklı anonim şirketin temerrüde düşmesi durumunda borçlu pay sahibi, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilmekte fakat bu borçtan kurtulma pay sahibinin sermaye koyma borcunu ortadan kaldırmamakta ve hâlen devam etmektedir (TTK m.107)²²¹.

2.1.4.2.2.2. Pay Sahibinin Tek Borç İlkesi Dışında Tâbi Olduğu Çeşitli Yükümlülükler ve Sermaye Taahhüdü İle İlişkileri

2.1.4.2.2.2.1. Prim (Agió)

Anonim şirketlerin paylarını itibari değerinin üstünde bir bedelle ihraç etmeleri durumunda elde tutulan itibari değere karşılık gelen kısmı, anonim şirketin sermayesini meydana getirir. Bunu aşan tutara agio, böyle paylara da agiolu paylar denir²²².

Agiodan söz edilmesi için öncelikle payın anonim şirket tarafından kuruluşta veya sermaye artırımında çıkarılırken öngörülmesi gerekir. Bunun dışında bir pay

²²⁰ Hızır, s. 259.

²²¹ Aksi yönde görüş için bkz. Hızır, s. 259.

²²² Arslanlı, C.I, s. 191; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s. 561; Tekil, s. 665; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 288; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 550; Üçışık/Çelik, s. 51; Agiolu paylar hakkında detaylı bilgi için bkz. Şükrü Yıldız, "Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agió)", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, Sayı: 1-2, 2000, (Agió), s. 547 vd.; İtibari değerın önemi hakkında bkz. Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s. 561.

sahibinin sonradan payını itibari değerinin üstünde bir bedelle satması durumunda “agio” söz konusu olmaz²²³. Agionun en önemli özelliği, özellikle sermaye artırımında agiolu paylar çıkartılarak dağıtılmayan kârlar ile yedek akçeleri belirli bir oranda paraya dönüştürmesi sonucu eski pay sahipleri ile yeni pay sahipleri arasında bir denge meydana gelmektedir²²⁴.

Pay sahiplerinin bir ödeme yükümlülüğü olan agionun meydana gelmesi esas sözleşmedeki bir hükme veya genel kurul tarafından alınacak karara bağlıdır (TTK m.347 ve 480/II). Kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim şirketlerde de aynı sonuç geçerli olup payın, itibari değerinin üzerinde çıkarılması, esas sözleşmeyle yetkilendirilen yönetim kurulu tarafından bu yönde bir kararın alınmasına bağlıdır (SPK m.18/V ve TTK m. 460/IV)²²⁵.

Agionun sermaye taahhüdü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu doktrinde tartışmalıdır. *Yıldız*²²⁶; pay sahiplerinin, bir ödeme yükümlülüğü olan agionun meydana gelmesi esas sözleşmedeki bir hükme veya genel kurul tarafından alınacak karara bağlı olup agioyu ifada temerrüde düşülmesi sonucu ıskat kurumu²²⁷ uygulanmayacağı için agionun, sermaye koyma borcu kapsamında olmadığını savunmaktadır (TTK m.480). Bizim de katıldığımız bir grup yazara göre ise²²⁸ agio da payların itibari değerleri gibi pay sahibi haklarının iktisabı için yapılması zorunlu ödemelerdendir. Buna göre pay sahipleri yönünden itibari değer tutarı ile birlikte payların maliyet bedelleri tek borç ilişkisinin istisnasını oluşturur ve nakdî sermaye koyma borcu kapsamındadır (TTK m.480/I)²²⁹. Dolayısıyla agionun ödenmemesi, sermaye taahhüdünden doğan borcun ifâ edilmemesi anlamına gelmesi sebebiyle aigoyu ifa etmeyen pay sahibi 358. madde uyarınca şirkete borçlanmaz²³⁰. Kaldı ki agionun sermaye koyma borcu kapsamında değerlendirilmeyeceği görüşü kabul edilecek olursa bile söz konusu durumda da pay sahibinin anonim şirkete TTK m.358 kapsamında borçlanmasına engel teşkil edeceği sonucu değişmemektedir. Daha geniş bir ifade ile 344. madde, 6762 sayılı

²²³ *Yıldız*, Agio, s. 548; *Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku I, s. 561.

²²⁴ *Yıldız*, Agio, s. 548.

²²⁵ *Yıldız*, Agio, s. 549.

²²⁶ *Yıldız*, Agio, s. 550.

²²⁷ İskat kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Aytekin *Çelik*, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 91-175.

²²⁸ *Arslanlı*, C.I, s. 191; *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 288; *Hızır*, s. 245; *Çelik*, s. 115.

²²⁹ *Bahtiyar*, Ortaklıklar, s. 288; Aksi yönde görüş için bkz. *Yıldız*, Agio, s. 550.

²³⁰ Aynı yönde *Hızır*, s. 246.

Kanun'dan farklı olarak²³¹ payların çıkarma primlerinin tamamının tescilden önce ödeneceğini hükme bağlamıştır. Pay sahibinin anonim şirkete yapacağı nakdî sermaye taahhütlerinden doğan ödemeler, 345. madde uyarınca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na bağlı bir bankanın, kurulmakta olan anonim şirketin adına özel bir hesabına yatırılması gerekir. Ödemelerin yapıldığı banka, tescilin gerçekleştirileceği ticaret sicil müdürlüğüne bir banka mektubu göndererek kuruluştaki en azından Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen asgari sermaye tutarının ve çıkarılmış primlerin tamamının fiilen yatırıldığını isbatlamaktadır (TTK m. 345). Banka mektubunu alan ticaret sicil müdürlüğü, gerekli ödemelerin yapıldığını ve diğer Türk Ticaret Kanunu ile diğer kanunlarda öngörülen gerekli şartların varlığını da tespit ettiğinde anonim şirket ticaret siciline tescil edilir ve tüzel kişilik kazanır (TTK m. 355). Fakat anonim şirketin kuruluşunda 344. madde uyarınca peşin ödeme yükümlülüğü yerine getirilmemişse ve söz konusu durum banka mektubu aracılığıyla ticaret sicil müdürlüğüne tespit edilmişse ticaret sicil müdürlüğü, anonim şirketin tescil başvurusunu reddeder. Böylece tüzel kişilik kazanamaması sebebiyle ön anonim şirket, tasfiye edilmeksizin sona erer. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; Peki agionun anonim şirketin kuruluşunda ödenmemesine rağmen şirketin hukuka aykırı şekilde tescil edilmesi durumunda ödemeyi gerçekleştirilmeyen pay sahibinin anonim şirkete borçlanması mümkün müdür?

Bu durumda TTK m.353 uyarınca şirketin feshi gündeme gelmektedir. Gerçekten de agionun ödenmemesi şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmesi niteliğinde olduğu ve şirketin çıkar gruplarının menfaatlerini önemli bir şekilde tehlikeye düşürüldüğü veya ihmal edildiği için yönetim kurulunun, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir (TTK m.353). Dolayısıyla bu durumda da agionun sermaye taahhüdü

²³¹ **6762 sayılı Kanun**

Sermaye koyma borcu:

I - Şümulü:

MADDE 405 – (1) Pay sahibi, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında tayin olunan ve hisse senetlerinin itibari kıymetine müsavi veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz. Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri istiyemezler; tasfiye payına mütaallik hakları mahfuzdur. Hisse senetlerinin devri şirketin muvafakatine bağlı olan hallerde esas mukavele hissedarlara esas sermayeye iştirak borcundan başka muayyen zamanlarda tekerrür eden mevzuu para olmıyan edalarda bulunmak mükellefiyetini de yükleyebilir. Bu mükellefiyetlerin mahiyet ve şümulü hisse senetlerine ve ilmuhaberlere yazılır. Bu gibi tali mükellefiyetler hakkında esas mukavele ile cezai şart kabul edilebilir.

kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu çözümlenmeye gerek kalmamakta ve primi ödemeyen pay sahibi, şirkete borçlanamayacaktır²³².

Anonim şirkette sermaye artırımı aşamasında artırılan sermayeyi temsil eden payların agiolu olması durumu, artırım kararının tescil edilmesinden önce prim kısmının peşin ve tam olarak yatırılıp yatırılmadığına göre değerlendirilmelidir (TTK m.344). Buna göre yukarıda anonim şirketin kuruluşunda agio ile ilgili yaptığımız açıklamalar, 459/III. ve 460/III. maddelerindeki 344. maddeye yapılan gönderme uyarınca anonim şirkette sermaye artırımındaki durum için de geçerli olup sermaye artırım kararının tescilden önce çıkarma primi tamamen ya da peşin olarak yatırılması zorunludur. Zorunluluğa uyulmaması hâlinde ticaret sicil müdürlüğü, sermaye artırım kararını tescil etmemekte ve böylece sermaye artırılmasına ve yeni pay oluşumu meydana gelmeyeceği için konu, 358. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir (TTK m.32)²³³.

2.1.4.2.2.2. İkincil Yükümlülükler

Türk Ticaret Kanununun 480. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen tek borç ilkesinin bir diğer istisnası da 480. maddenin son fıkrasında düzenlenen ikincil yükümlülüklerdir. 480. maddesinin son fıkrası olan dördüncü fıkrası, *“Pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilir. Bu ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamı pay senetlerinin veya ilmühaberlerin arkasına yazılabilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. 480. maddeden de anlaşılacağı üzere paya bağlı olarak öngörülen söz konusu yükümlülükler ikincil (tâli) yükümlülükler denir²³⁴.

İkincil yükümler, Türk Ticaret Kanununun 480. maddesinin dördüncü fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere ancak esas sözleşmede belirtmek suretiyle

²³² Aynı yönde **Hızır**, s. 248.

²³³ Aynı yönde **Hızır**, s. 248.

²³⁴ Mahmut Tevfik **Birsel**, “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.VIII, Sayı: 3, 1976, (Tali Yüküm), s. 41 vd.; **Arslanlı**, C.I, s. 207; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 288-289; **Bilgili/Demirkapı**, s. 493-494. Anonim şirketlerde tali yükümler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Birsel**, s. 41 vd.

öngörülebilirler²³⁵. TTK m.480/IV'nin mefhum-ı muhalifi uyarınca esas sözleşmede yer almayan yükümlülükler şirket anlamında bir öneme sahip olmamakta olup anonim şirket ile pay sahibi arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler alelade yükümlülük sayılır. İkincil yükümlülükler, yapma veya verme şeklindeki edimler olabileceği gibi olumsuz nitelikteki yapmama edimleri şeklinde de olması pekâlâ mümkündür²³⁶.

Esas sözleşme ile pay sahipleri için getirilebilecek ikincil yükümlülüklerin konusu, para haricindeki dönemsel nitelik taşıyan edimlerdir. Buna göre her ne kadar 480/IV. maddede “*konusu para olmayan borç*” ifâdesi kullanılmış olsa da söz konusu ifâdenin, *Sevi*²³⁷’ye göre dar yorumlanması ve doğrudan ya da dolaylı olarak ödeme yükümlülüğü meydana getirmeyen fakat malî yönü bulunan yükümlülükler olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, pancarı işleyerek şeker üretmek maksadı ile kurulmuş bir anonim şirkette, pay sahiplerinin her hasatta belli bir miktar şeker pancarını şirkete satmalarının veya balıkçılar tarafından kurulan anonim şirkete her yıl balık mevsiminde balık satılmasının kararlaştırılması mümkündür²³⁸.

İkincil yükümlülüklerin 358. madde kapsamında değerlendirdiğimizde, ikincil yükümlülüklerin sermaye koyma borcu kapsamında değerlendirilmedikleri, şirketin çıkar gruplarından olan şirket alacaklıları için bir teminat niteliği taşımadıkları için pay sahibinin üzerine düşen bir ikincil yükümlülüğü ifâ etmemesi, 358. madde anlamında anonim şirkete borçlanabilmesi konusunda başlı başına bir engel teşkil etmemektedir²³⁹.

2.1.4.2.2.3.Kuruluştaki Halka Arz Edilen Payların Bedelleri

6762 sayılı Kanun zamanındaki anonim şirketin kuruluş sermayesinin temin ediliş şekillerinden olan tedrici kuruluş sistemi, Türk Ticaret Kanunu’nda yer

²³⁵ **Arslanlı**, C.I, s.208; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 289; **Bilgili/Demirkapı**, s. 494; **Üçışık/Çelik**, s. 51. Pay sahiplerinin ikincil yükümlülüklerinin ancak anonim şirketin esas sözleşmesinde öngörülebileceği ve yönetim kurulunun vereceği bir kararla pay sahiplerinin ek yükümlülük altına sokulamaması yönünde örnek Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., 11.2.2002, E. 2001/8779, K. 2002/1087 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁶ **Birsel**, s. 41 vd.

²³⁷ **Sevi**, s. 119.

²³⁸ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 291.

²³⁹ **Hızır**, s.352.

almamış olup sadece ani kuruluş sistemi benimsenmiştir²⁴⁰. Türk Ticaret Kanunu, tedrici kuruluş sistemi yerine 346. maddede “halka arz edilecek payların taahhüdü” şeklinde yeni bir sistem getirmiştir²⁴¹.

Esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle anonim şirketin kuruluşunda payların halka arz edilmesinin öngörülmesi mümkündür (TTK m.346). Halka arz, anonim şirketin tüm payları için öngörülebileceği gibi bir veya birkaç pay için de öngörülebilir²⁴². Halka arz edilecek bu paylar, kurucular tarafından taahhüt edilmekte olup pay bedelleri halk tarafından ödenecektir. Halka arz sürecinde kurucular tarafından taahhüt edilen paylar, anonim şirketin tescilinden itibaren iki ay içerisinde pay senedine bağlanarak halka arz edilmelidir. Halka arz süreci, 6362 sayılı Kanun ve ilgili mevzuata göre yapılmakta olup satış süreci de dahil bütün süreç Sermaye Piyasası Kurulu’nun gözetimi ve denetimi altında yürütülür²⁴³.

Anonim şirketin esas sözleşmesinde taahhüt edilmiş olup da taahhüt sahiplerince anonim şirketin tescilinden itibaren en geç iki ay içerisinde halka arz edileceği esas sözleşmede düzenlenen ve garanti edilen nakdî sermaye karşılığı payların bedelleri, satıştan elde edilen gelirden karşılır. Fakat halka arz edilen paylar süresinde satılmazsa, bunların bedellerinin tamamı süresinde halka arz edilmeyen payların bedellerinin ise yüzde yirmibeşi satış için kanûnî süre olan iki aylık süre bitiminden itibaren üç gün içerisinde ödenir (TTK m. 346/II). Bu noktada

²⁴⁰ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.293; Kuruluş çeşitleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s.305 vd.

²⁴¹ “Hükümün mekanizması kısaca şöyle açıklanabilir: Halka arzedilmesi düşünülen nakit karşılığı paylar bir, birkaç veya tüm kurucular tarafından taahhüt edilir, ancak bu payların 344 üncü maddeye göre ödenmesi gereken peşin tutarı bankaya yatırılmaz. Çünkü, bu payların bedellerinin tamamı, halka satış süresinin sonunda, halktan elde edilecek satış hasılatından ödenecektir. Bu payların halka arz edilecekleri esas sözleşmede öngörülür. Bu, hem söz konusu payların sahiplerinin hem de şirket organlarının taahhüdüdür. Bu taahhüt kuruluşun bir parçasını oluşturur. Taahhüdün muhatabı sermaye piyasası yatırımcıdır. Bu kişisel temelde belirli olmayan kitlenin dava hakkına sahip olup olmadığı öğretisi faaliyetini gerektirir. Ancak, dava hakkı yönetim kurulundadır. Yönetim kurulunun ihmâli sorumluluğa neden olabilir. Hüküm Kanununun 350 nci maddesi tamamlar. Söz konusu payların şirketin tescilinden itibaren iki ay içinde pay senedine bağlanıp halka arz edilmeleri şarttır. Aksi halde, ödenmesi gereken asgarî bedel mezkûr payları taahhüt etmiş olanlarca ödenir. Ayrıca şirketin tazminat hakları saklıdır. Bu gereklilik, hükümün ikinci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme göre pay taahhüdünde bulunanlar öngörülen bedeli ödemedikçe söz konusu paylar için oy kullanamazlar” (Türk Ticaret Kanununun 346. maddesinin gerekçesi).

²⁴² **Kendigelen**, s.233.

²⁴³ “...Halka arzın SerPK hüküm ve tebliğlerine göre yapılacağı ve satış süresi dahil arz ve satışa ilişkin bütün sürecin SPK’nın gözetim ve denetimi altında bulunacağı şüphesizdir. Çünkü, “halka arz” SerPK’ya tâbidir. Halka arz için SerPK ve ilgili tebliğlere göre SPK’nın, payları taahhüt edenlerden gerekli garantileri alacağı, hatta bu garantilerin tam güvence sağlamak amacıyla tescilden önce istenmesine bir engel bulunmadığı açıktır....” (Türk Ticaret Kanununun 346. maddesinin gerekçesi).

önemle belirtmeliyiz ki her ne kadar hükmün lafzından ödemenin kim tarafından ve hangi kaynaktan gerçekleştirileceği belirtilmese de gerek hükmün gerekçesinden²⁴⁴ gerekse doktrindeki bir takım yazarların²⁴⁵ savunduğu görüş uyarınca ödemelerin “payları esas sözleşme ile taahhüt eden kişiler” tarafından gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır. Böylece süresinde halka arz edilen paylar, halk tarafından satın alınmaz ya da paylar süresinde halka arz edilmezse söz konusu paylar için taahhütte bulunan kişiler, taahhütlerini yerine getirmedikleri sürece anonim şirkete borçlanamayacaklardır²⁴⁶.

2.1.4.2.2.2.4.Sözleşme Cezası

Sözleşme cezası, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç ya da gereği gibi ifâ etmemesi durumunda ödemeyi üstlendiği, hukukî işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir²⁴⁷.

Sözleşme cezasının Türk Ticaret Kanunu’ndaki anonim şirketler hukukundaki uygulamasına baktığımızda 482. maddesinde pay sahibinin temerrüde düşmesi durumunda başvurulacak yollar kapsamında düzenlendiği görülmektedir²⁴⁸. 482. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen sözleşme cezası, “*Esas sözleşmeyle, pay sahipleri, temerrüt hâlinde, sözleşme cezası ödemekle zorunlu tutulabilirler.*” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşme cezasının, cezai şartın düzenlendiği Türk Borçlar Kanununun 179. vd. maddeleri ile 482. maddedeki hükümleri bir arada dikkate alarak değerlendirdiğimizde talep edilebilme koşulları, sözleşme cezasının esas sözleşmede öngörülmesi, ihtar ve ihbar yapılmış olması, borçlu pay sahibinin kusurlu olması gerekir²⁴⁹.

²⁴⁴ “Hükmün mekanizması kısaca şöyle açıklanabilir: Halka arzedilmesi düşünülen nakit karşılığı paylar bir, birkaç veya tüm kurucular tarafından taahhüt edilir, ancak bu payların 344 üncü maddeye göre ödenmesi gereken peşin tutarı bankaya yatırılmaz. Çünkü, bu payların bedellerinin tamamı, halka satış süresinin sonunda, halktan elde edilecek satış hasılatından ödenecektir. Bu payların halka arz edilecekleri esas sözleşmede öngörülür. Bu, hem söz konusu payların sahiplerinin hem de şirket organlarının taahhüdüdür. Bu taahhüt kuruluşun bir parçasını oluşturur. Taahhüdün muhatabı sermaye piyasası yatırımcılarıdır.” (Türk Ticaret Kanununun 346. maddesinin gerekçesi).

²⁴⁵ **Kendigelen**, s. 233.

²⁴⁶ **Hızır**, s. 249.

²⁴⁷ **Kılıçoğlu**, s.769.

²⁴⁸ Sözleşme cezasının pay sahibinin temerrüde düşmesi durumunda başvurulacak diğer yollar (özellikle iskat) arasındaki bağlantı konusunda bkz. **Çelik**, s. 141-149.

²⁴⁹ **Sevi**, s. 325-326.

Sözleşme cezasını 358. madde açısından değerlendirdiğimizde 482/III. maddedeki sözleşme cezasının sermaye koyma borcunun ifasına eklenen cezai şart niteliğinde olması sebebiyle pay sahibi, söz konusu sözleşme cezasını ödese de sermaye koyma borcunda temerrüde düştüğü için 358. madde kapsamında şirkete borçlanamayacaktır. Buna ek olarak sermaye koyma borcunun temerrüdü sebebiyle muaccel duruma gelen sözleşme cezası sonrası pay sahibi sermaye koyma borcunu ifâ edip sözleşme cezasını ödemediği durumunda ise söz konusu ceza, 358. madde anlamında şirkete borçlanma yasağı bakımından dikkate alınmamaktadır²⁵⁰.

2.1.4.2.2.5. Temerrüt Faizi

Anonim şirketler hukukunda temerrüt faizi, anonim şirkete taahhüt etmiş olduğu nakdî sermaye borcunu ödemekte temerrüde düşen borçlu pay sahibinin temerrüt faizi ödemekle yükümlü olmasında ortaya çıkmaktadır (TTK m.482)²⁵¹.

Sermaye koyma borcunun ifâ zamanı esas sözleşmede düzenlediği durumlarda temerrüt faizi, esas sözleşmede düzenlenmiş olan tarihten itibaren başlar. Vade, esas sözleşmede belirtilmemiş ise faiz, genel kurul ya da yönetim kurulu tarafından belirlenen vadenin gelmesinden itibaren başlar²⁵².

Temerrüt faizi oranına baktığımızda burada da tıpkı faizin başlangıcında olduğu gibi ikili bir ayırım yapılmaktadır. Faiz oranı esas sözleşmede veya sermaye taahhüdü sırasında TBK m. 26 ve 27'ye aykırı olmamak kaydıyla ile tarafların serbest iradesine göre belirlenir. Temerrüt faizi oranının taraflarca tespit edilmemesi durumunda, pay sahibinin sermaye koyma borcu, ticarî iş sayılması sebebiyle (TTK m.3) kanûnî faiz oranı da ticarî işlerde kanûnî temerrüt faizini düzenleyen 3095 sayılı Kanûnî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun²⁵³ 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre bulunur²⁵⁴.

²⁵⁰ Aynı yönde bkz. **Hızır**, s. 250.

²⁵¹ **Sevi**, s. 317.

²⁵² **Çelik**, s. 143. *Domaniç*, bakiye sermaye borçlarının vadesinin esas sözleşme ile belirlenmediği durumlarda derhal ifa edilmeleri gerektiğini ve taahhüt tarihinden itibaren faiz işletilebileceğini savunmaktadır (**Domaniç**, s. 727).

²⁵³ RG.:19.12.1984, S. 18610.

²⁵⁴ **Sevi**, s. 319-320. Söz konusu hüküm uyarınca nakdî sermaye borcunda temerrüt durumunda kanûnî ticarî temerrüt faizi olarak uygulanacak oran, 3095 sayılı Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen orandan yüksek olması koşuluyla Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranıdır. Buna göre kural olarak temerrüde düşen

Pay sahibinin sermaye taahhüdünü ifa ederken temerrüde düşmesi sonucu ödemek zorunda kalacağı temerrüt faizini 358. maddede düzenlenen şirkete borçlanma yasağı kapsamında değerlendirdiğimizde, temerrüt faizini ödemek durumunda kalan pay sahibinin “sadece pay bedeli kadar” ödemede bulunması, söz konusu ödemenin 358. madde anlamında “sermaye taahhüdünden doğan borç” kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği gündeme gelmektedir.

2.1.4.2.2.6.Gecikmeden Doğan Zarar Sebebiyle Tazminat

Sermaye koyma borcunun zamanında ya da gereği gibi ifâ edilmemesi, anonim şirketin zarar görmesine neden olmaktadır. Anonim şirket sermaye koyma borcu sebebiyle zarara uğradığında söz konusu zarar, temerrüt faizinden karşılanamıyorsa zararın tazmini pay sahibinden talep edilebilmektedir (TTK m.128/VII ve 482/IV)²⁵⁵. Anonim şirketin sermaye borçlarının tamamı ya da bir kısmını ödeyeceğine güvenerek taahhüde girmesi ile pay sahiplerinin sermaye koyma borcu kapsamında temerrüde düşmesi nedeniyle taahhüdünü yerine getirememesi ve bundan dolayı üçüncü kişiye karşı bir tazminat ödemesi veya sözleşmenin feshi nedeniyle kâr mahrumiyetine uğramış olduğu zarar, sermaye borcunun gereği gibi ifâ edilmemesi nedeniyle uğranılan zarara örneklerdir²⁵⁶.

Gecikme zararı, hukukî niteliği itibariyle müspet bir zarar olup ihtar ve diğer talep giderleri ile karşı edimi zamanında teslim almak için yapılan hazırlık masraflarını kapsar²⁵⁷. Örneğin anonim şirketin aynı sermaye yerine kullanmak üzere kiralama ya da satın alma suretiyle sağladığı şeyler için ödediği ücretler veya geciken nakdî sermaye yerine temin ettiği krediler için ödemiş olduğu faizler de bu zarar

borçlu pay sahibi, tacir sıfatı taşımasa dahi ticarî işlerde uygulanacak olan kısa vadeli avanslar için uygulanacak faiz oranı üzerinden temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılınabilmektedir. Bu oran, T.C. Merkez Bankası tarafından 01.01.2018 tarih ve 30288 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Mal ve Hizmet Tedarikinde Geç Ödemelerde Uygulanacak Temerrüt Faiz Oranı ve Alacağın Tahsili Masrafları İçin Talep Edilebilecek Asgari Giderim Tutarına İlişkin Karar” ile, 2018 yılı için uygulanacak temerrüt faiz oranını yıllık yüzde 10,75 olarak tespit edilmiştir. Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 12.HD., 29.2.2007, E. 3464, K. 6054 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Bununla birlikte Yargıtay’ın borçlunun tâcir sıfatına sahip olmadığı durumlarda avans faiz oranının uygulanmayacağı yönünde kararları da mevcuttur. Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için 6.HD., 2.2.2009, E. 11519, K. 720 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 7.HD., 3.4.2007, E. 951, K. 1178 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵⁵ Domaniç, s. 1125; Arslanlı, C.I., s. 194; Karahan/Bozgeyik, s. 692; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 291.

²⁵⁶ Domaniç, s. 1125.

²⁵⁷ Eren, s. 1110; Kılıçoğlu, s. 696-697.

içerisinde yer alır. Aynı şekilde alacaklı konumundaki anonim şirketin aynı sermaye olarak taahhüt edilen malı bir başkasına devretmeyi ya da onun işinde kullanmayı taahhüt etmesi durumunda geç ifâ dolayısıyla kendisinin de üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar da bu zarar türü kapsamına girer²⁵⁸. Anonim şirketin borçlu pay sahibinden tazminat talep edebilmesi, borçlunun kusurlu olmasına, anonim şirketin sermayeden doğan alacağını zamanında alamamış olması nedeniyle bir zarara uğramış olmasına, söz konusu zararın pay sahibinden alınmış temerrüt faiz tutarı ile karşılanmamış olmasına ve uygun bir illiyet bağının bulunmasına bağlıdır²⁵⁹.

Anonim şirketin uğradığı munzam zararı, 358. madde kapsamında değerlendirdiğimizde munzam zararın asıl borç olan sermaye koyma borcu kapsamında değerlendirilmeyip²⁶⁰ sermaye koyma borcunun ifası kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Buna ek olarak söz konusu hukuka aykırı fiil, ıskat yaptırımına dayanak teşkil eden bir olgu olmayıp ıskatın yanında istenebildiği²⁶¹ için munzam zararın pay sahibi tarafından ödenmemesi, 358. madde anlamında borçlanma yasağı bakımından dikkate alınmayacaktır. Bir başka ifâde ile pay sahibi munzam zararı ödemeyip asıl borcu olan sermaye koyma borcunu ödediğinde 358. maddedeki “sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borç” gerçekleşmiş sayılacaktır²⁶².

²⁵⁸ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 15. HD., 19.6.2014, E. 2013/3885, K. 2014/4268 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵⁹ **Arslanlı**, C.I, s. 180-181; **Sevi**, s. 323 vd.; **Çelik**, s. 145; **Kılıçoğlu**, s. 703. Ticarî hayat teamüllerine ve ticarî işlerin normal akışına göre geç ifa, somut olayda meydana gelen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibariyle elverişli ise zarar ile geç ifâ arasında uygun illiyet bağı kurulmuş olmasına yönelik örnek Yargıtay kararı için bkz. “*Munzam zarardan kaynaklanan tazminat borcunun, doğması için aranan kusur borçlunun temerrüde düşmekteki kusurudur. Kural olarak munzam zarar alacaklısı öncelikle temerrüde ugrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüd faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun nedensellik bağını kanıtlamakla yükümlüdür.*” 2. HD., 22.5.2000, E. 24720, K. 6693 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²⁶⁰ Munzam zarar borcunun asıl borçtan bağımsız bir borç olduğu yönünde örnek Yargıtay kararı için bkz. 13. HD., 1.11.1999, E. 1998/9711, K. 1999/7773 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁶¹ Aynı yönde **Çelik**, s. 144-146; Aynı yönde örnek Yargıtay kararı için bkz. “*TTK 407. maddesine göre, mütemerrit ortağın hissedarlık sıfatından mahrum edilmesi halinde şirketin ayrıca tazminat hakkı saklıdır*” 11. HD., 30.01.1964, E.3339, K.316 (**Çelik**, s. 145).

²⁶² Aynı yönde **Hızır**, s. 250.

2.1.4.2.2.3.Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçların İfa Edilmesiyle İlgili Diğer Bazı Hususlar

2.1.4.2.2.3.1.Birden Fazla Sermaye Koyma Borcuna Sahip Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması

TTK m. 358 kapsamında pay sahibinin anonim şirkete borçlanabilmesinin ilk koşulu “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların*” borç talep eden pay sahibi tarafından îfâ edilmesidir. Bu noktaya kadar pay sahibinin gerek tek borç ilkesi kapsamındaki sermaye taahhütlerini gerekse de tek borç ilkesi dışında tâbi olduğu çeşitli yükümlülükler ve sermaye taahhüdü ile ilişkilerinden doğan hususlar, “vadenin gelmiş olması”na göre incelenmiştir. Bu noktada haklı olarak doktrindeki bir grup yazar²⁶³ şu soruyu sormaktadır; peki pay sahibinin birden fazla vadeli sermaye koyma borcu bulunup içlerinden sadece vadesi gelmiş borçların îfâ edilmesi, şirkete borçlanabilme için yeterli midir?

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki Türk Ticaret Kanununda pay sahibinin birden fazla farklı sermaye koyabilmesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır (TTK m.127 ve 342 vd.). Bir başka ifade ile örneğin pay sahibinin anonim şirkete hem nakdî hem de aynı sermaye taahhüdünde bulunması mümkündür. İşte bu noktada pay sahibinin sermaye koyma taahhütlerinin vadesinin gelip gelmemesi önem teşkil eder. Pay sahibinin hem belirli bir nakdîni hem de bir taşınmazını anonim şirkete taahhüt ettiği örneğinde yukarıda belirttiğimiz gibi aynı nitelikte taşınmaz taahhüdü, vadesi gelmiş sayılıp henüz baştan karşılanırken nakdî sermaye taahhüdünün henüz vadesi gelmemiş ve dolayısıyla henüz nakdî sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi zorunluluğu bulunmayabilir (TTK m.128). Söz konusu durumun 358. madde kapsamındaki ilişkisini değerlendiren doktrindeki bir grup yazar²⁶⁴, durumu sert bir şekilde eleştirse de pay sahibinin böyle bir durumda şirketten borç alabileceğini belirtmektedirler²⁶⁵. Gerçekten de pay sahibi, vadesi gelmiş sermaye taahhüdünü îfâ edip vadesi gelmemiş sermaye taahhüdünü îfâ

²⁶³ **Kendigelen**, s.244; **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324.

²⁶⁴ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; Örneğin, *Kendigelen*, söz konusu durumu, “*pay sahibinin sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını îfâ etmesi şartı, açıkçası göz boyamaktan başka bir anlam taşımamaktadır*” şeklinde eleştirmiştir. (**Kendigelen**, s.244).

²⁶⁵ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Kendigelen**, s. 244.

etmemiş olsa bile 358. maddedeki “sermaye taahhüdünden vadesi gelmiş borç” ifâ edilmiş sayılacağı için diğer şartların da sağlanması durumunda şirkete borçlanabilecektir. Fakat söz konusu durumun gerek malvarlığının korunması ilkesine ve şirketin çıkar gruplarının menfaatlerine gerekse de eşit işlem ilkesine aykırılık taşınması muhtemeldir. Örneğin pay sahibi hem değeri çok düşük bir taşınmazı hem de yüksek miktarda bir nakdî sermaye olarak taahhüt etmesi durumunda taahhüt edilen düşük değerdeki taşınmazın vadesi hemen gelmiş sayılacağı için ve diğer şartların da sağlandığı takdirde pay sahibinin, anonim şirketten diğer pay sahiplerine nazaran daha kısa sürede borç alması mümkündür. Söz konusu problemin kanımızca anonim şirketin esas sözleşmesindeki şirkete borçlanmayla ilgili maddesini “*pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz*” şeklinde düzenleyerek veya şirket esas sözleşmesine söz konusu hükmü koyarak çözülmesi mümkündür. Dolayısıyla 358. maddedeki düzenlemenin aksine sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borcun vadesinin gelip gelmediği incelenmeyecek olup her pay sahibinin şirkete borçlanması, vadesi gelsin ya da gelmesin sermaye taahhüdünden doğan borçlarının ifâ edilmesine bağlı olacaktır. Esas sözleşmede şirkete borçlanma yasağı ile ilgili düzenlenecek bu hüküm, şirkete borçlanma yasağını hafifletmediği veya ortadan kaldırmadığı için TTK m. 340’da düzenlenen emredici hükümler ilkesine ve bütün pay sahiplerinin bu maddeye uyacak olmaları sebebiyle de TTK m. 357’de düzenlenen eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

2.1.4.2.2.3.2. Aynı Paya Malik Olan Birden Fazla Pay Sahibinin Şirkete Borçlanması

TTK m. 358’de şirkete borçlanabilecek azami pay sahibi sayısı belirtilmemiş olup bu noktada kanun koyucu takdir hakkını anonim şirketlere bırakmıştır. Bu hususta şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; peki aynı paya malik olan birden fazla pay sahibi nasıl şirkete borçlanacaktır?

TTK m. 358'deki şirkete borçlanma yasağının herhangi bir ayırım gözetmeksizin “pay sahipleri” için öngörülmesi sebebiyle aynı paya sahip müşterek maliklerden herhangi biri, şirkete borçlanırken anılan düzenlemeye tâbi olmalıdır²⁶⁶. Pay sahipleri, söz konusu taleplerini seçecekleri ortak temsilci aracılığıyla kullanacaklardır (TTK m.477/I).

Aynı paya sahip pay sahiplerinin şirkete borçlanmak üzere ayrı ayrı veya birlikte başvurmaları durumunda ise başvuruda bulunan tüm pay sahipleri, başta “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmeleri*” şartı olmak üzere 358. madde kapsamındaki tüm şartların sağlanması durumunda şirkete borçlanabilirler. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki pay sahiplerinin borçlanmayı talep ettikleri miktar, 358. maddedeki “*şirketin yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararları*”nı aşabilir. Buna göre kanımızca yukarıda da belirttiğimiz pay sahiplerinin talep ettikleri borçların nitelikleri göz önünde bulundurulması şartıyla ve eşit işlem ilkesine uygun olarak pay sahipleri arasında bir “borçlanma sırası”nın yapılması mümkündür²⁶⁷.

2.1.4.2.2.3.3.Sermayeyi Taahhüt Etmiş veya Ödenmiş Gibi Gösterenlerin Durumu

Türk Ticaret Kanununun “Sorumluluk Hâlleri” üst başlıklı ve “Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi” başlıklı 550. maddesinin birinci fıkrasına göre 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 edilir ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. 550. maddenin 358. madde açısından önem teşkil eden noktası, 550. madde uyarınca sorumluluğun doğması sonrası uygulanacak olan yaptırımdır. Zira 550. maddede anılan işlem veya eylemde bulunan kişiler, bu payları üstlenmiş kabul edilir ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler.

²⁶⁶ Hızır, s. 262.

²⁶⁷ Hızır s. 262.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca doktrinadaki bir grup yazar²⁶⁸, 550/I. maddede düzenlenen “*üstlenmiş kabul edilir*” ifadesinin, ilgili payların sorumluluğa tâbi kişiler tarafından “*taahhüt edilmiş sayılması*” anlamına geldiğini savunmaktadır. Bir başka ifade ile bir başkası tarafından taahhüt edilmeyen ya da bedeli ödenmeyen payların taahhüt edilmiş veya bedeli ödenmiş gibi gösteren kişiler, bu payları ödemeyi üstlenmiş sayılmakta olup söz konusu payların bedelini ödemeyi taahhüt altına girmiş olurlar. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır, 358. madde uyarınca bir pay sahibi, “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borcu*”nu ifa etmemiş olup 550/I. madde uyarınca sorumluluk altına girmesi durumunda söz konusu kişinin şirkete borçlanması mümkün müdür?

Kanun koyucu, başta 358. madde olmak üzere sermaye taahhüdü ile ilgili hiçbir maddede “*iradi sermaye taahhüdü-kanûnî sermaye taahhüdü*” şeklinde bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla 550/I. maddesinde anılan kişiler, maddedeki eylemleri işledikleri takdirde her ne kadar kendi sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmiş olsalar bile 550/I. madde uyarınca söz konusu payların bedeli ifâ edilinceye kadar 358. maddede şirkete borçlanabilme şartlarından olan “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borcu*” ifâ etmiş sayılmayacaktır²⁶⁹.

Türk Ticaret Kanununun 550. maddesinin ikinci fıkrası “*Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar*” şeklinde düzenlenmiştir. Burada sermaye taahhüdü, taahhütte bulunan kişilerin ödeme güçlerinin yeterli olmamasından kaynaklı anonim şirket alacaklılarının zarara uğraması düzenlemiş olup zarar verenlerin meydana gelen zarardan müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmektedir. Bu noktada tıpkı 550. maddenin ikinci fıkrada öngörülen “*zarar*” kavramı içerisinde “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borç*”un olup olmadığı ve söz konusu durumun 358. maddedeki sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borç şartına nasıl yansıdığına bakmamızda yarar vardır.

Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme konusunda yetersizliğini bilen ve buna onay verenler, borcun ödenmemesinden doğan zararları ancak dava yoluyla

²⁶⁸ **Kendigelen**, s.455; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.625; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 392; **Bilgili/Demirkapı**, s. 589.

²⁶⁹ Aynı yönde bkz. **Hızır**, s. 260.

talep edilebilirler (TTK m.550/II). Zararların başında hiç kuşkusuz 555. madde uyarınca sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borç bulunmaktadır. Buna göre sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, başta sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borç olmak üzere bütün zararlardan 553. madde uyarınca hem pay sahiplerine hem şirket alacaklarına hem de şirkete karşı sorumludurlar. *Hızır*²⁷⁰, bu noktada tıpkı 550. maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi ikinci fıkrada da sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay veren kişilerin, maddede anılan düzenlemeler neticesinde sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmediklerini ve bu sebeple 358. maddedeki “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borç*”un ifâ edilmediğini savunmaktadır. Kanımızca söz konusu görüş doğru değildir. 550. maddenin ilk fıkrasında maddede anılan eylemleri yapan kişiler için payların üstlenilmesi ve payların karşılıklarının ödenmesi yaptırımı öngörülmüşken ikinci fıkrada payların üstlenilmesi öngörülmemiş olup sadece düzenlemede öngörülen eylemlerden doğan zararın dava yolu ile tazmin edilmesi öngörülmüştür. Böylece 550. maddenin ikinci fıkrasına göre sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenlerin, borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumlu olsalar da kendi sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ ettikleri sürece ve diğer şartların da sağlanması şartıyla 358. madde kapsamında şirkete borçlanmaları mümkündür.

2.1.4.3.Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Şirketin Kârının, Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olması

2.1.4.3.1.Ön Açıklamalar

TTK m. 358 uyarınca pay sahiplerinin anonim şirkete borçlanabilmesi için ikinci şart, serbest yedek akçelerle birlikte şirketin kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır²⁷¹. Buna göre söz konusu düzeyi aşan nitelikte pay sahibine borç verilmesi, anonim şirkete getirilen sermaye payının iadesi anlamına

²⁷⁰ *Hızır*, s. 261.

²⁷¹ *Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)*, Ortaklıklar Hukuku I, s.324; *Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)*, s. 680; *Kendigelen*, s. 243; *Bilgili/Demirkapı*, s. 396; *Pulaşlı*, Şirketler Hukuku, s. 279; *Hızır*, s. 264; *Üçışık/Çelik*, s. 500. Şirketin kâr etmesi olgusunun 358. madde kapsamında bağımsız bir şart olduğu görüşü için bkz. *Yüce*, Borçlanma Yasası, s. 77.

gelmektedir²⁷². Dolayısıyla 358. maddedeki ikinci şartın taşıdığı unsurlar olan “şirketin kârı”, “serbest yedek akçe”, “geçmiş yıl zararları”nın genel nitelik taşımaları ve farklı şekillerde yorumlanmaya müsait olmaları sebebiyle söz konusu unsurların detaylı bir şekilde incelenmesi gerekir²⁷³.

2.1.4.3.2. “Yedek Akçe” Kavramı, Yedek Akçenin Türleri ve TTK m.358 Kapsamında “Serbest Yedek Akçe”nin Anlamı

2.1.4.3.2.1. “Yedek Akçe” Kavramı

Yedek akçe, anonim şirketin esas sermayesini aşan saf malvarlığıdır²⁷⁴. Yedek akçeler üç temel fonksiyona sahiptir. Bunlar, sermayenin korunması, sermayenin kuvvetlendirilmesi ve düzenli kâr dağıtımının sağlanmasıdır²⁷⁵. Bu üç fonksiyon içerisinde çalışma konumuz bakımından en önemlisi, yedek akçelerin zarar tehlikesine karşı anonim şirketin sermayesinin korunması fonksiyonudur.

Yedek akçeler sayesinde anonim şirketler, oto finansman imkânı elde etme ve sermaye pazarlarından bağımsız hareket etme imkânı elde etmektedir²⁷⁶. Türk Ticaret Kanunu’nda yedek akçeler ile kâr dağıtım arasındaki ilişkiye baktığımızda ise konuyla ilgili en dikkat çeken düzenleme, “Kâr Payı İle Yedek Akçeler Arasındaki İlgî” başlıklı 523. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Kanûnî ve esas*

²⁷² **Kendigelen**, s. 245; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. İsmail **Kırca**, “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)”, Prof. Dr. Halûk Konuralp Ansısına Armağan, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 641 vd.

²⁷³ Türk Ticaret Kanununun 358. maddesindeki “şirketin kârı”, “serbest yedek akçe”, “geçmiş yıl zararları”nın yorumlanmaya müsait olduğu görüşü için bkz. **Kendigelen**, s. 245; **Hızır**, s. 264; Bizim de katıldığımız görüş olan **Özkorkut ve Yavuz**’a göre Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Türk Ticaret Kanununun 210. maddesinde düzenlenen “*bu Kanunun ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili tebliğler yayımlamaya yetkilidir*” düzenlemesi uyarınca 358. maddenin uygulama usûlü hakkında tebliğ yayımlamalıdır (**Özkorkut**, Değişiklikler, s. 53; **M.Yavuz**, Borçlanma Yasağı, s. 157). Ancak bu noktada önemle belirtmeliyiz ki tespit edebildiğimiz kadarıyla Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın bu çalışmanın hazırlandığı dönem boyunca böyle bir çalışması bulunmamaktadır.

²⁷⁴ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 245; Doktrindeki diğer “yedek akçe” kavramının tanımları için bkz. Erimez, s. 283; Salih **Canözü**, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 65; Yaşar **Karayalçın**, Bilânço Hukuku, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1988 s. 61; Yüksel **Bilgin**, Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtım ve Kara Katılan Kişiler, Ankara İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi Yayın No.189, Ankara, 1982, s. 145; **Karahan/Arı**, s. 511; **Tekil**, s. 648; Yedek akçeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 245 vd.

²⁷⁵ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 248; **Canözü**, s. 66; **Karahan/Arı**, s. 511.

²⁷⁶ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 248; **Canözü**, s. 66; **Bilgin**, s. 148.

sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez.” şeklindeki düzenlemedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere kâr payı ancak kanûnî ve esas sözleşmede gösterilen yedek akçeler ayrıldıktan sonra ayrılabilir. Bir başka deyişle, kanun koyucu yedek akçelerin durumuna öncelik verip pay sahiplerinin kâr payı alma hakkını ikinci plana itmiştir.

2.1.4.3.2. 2.Yedek Akçe Türleri²⁷⁷

2.1.4.3.2.2.1.Kanûnî Yedek Akçeler

Kanûnî yedek akçeler, anonim şirketin yıllık kârlarından yedek akçeye konu olan miktarların varlığı ile başka hiçbir işleme gerek olmadan ayrılan, ayrılmış sayılan akçelerdir²⁷⁸. Emredici niteliği haiz kanûnî yedek akçe hükümleri esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla kaldırılamamaktadır. Söz konusu kural genel kurul kararı ile ihlal edilmesi hâlinde, ilgili genel kurul kararı, batıl veya iptal edilme yaptırımına tâbidir (TTK m.445 ve 447)²⁷⁹.

Pay sahiplerine kâr dağıtımını yapabilmeyen ve yönetim kurulu üyelerinin kârdan pay alabilmelerinin ön şartı olan kanunî yedek akçenin, Türk Ticaret Kanununun “Kanûnî Yedek Akçe” üst başlıklı ve “Genel Kanûnî Yedek Akçe” başlıklı 519. maddesinde olağan ve olağandışı olmak üzere iki temel kaynağı vardır. 519. maddeye göre kâr, olağan kaynak iken agio ve ıskat kazancı olağandışı kaynaktır²⁸⁰.

Kanunî yedek akçelerin temelini Türk Ticaret Kanunu meydana getirmesine karşılık kanun koyucu esas sözleşmeyle de kanunî yedek akçe ayrılmasına imkân vermektedir. Gerçekten de esas sözleşme ile yedek akçe olarak yıllık kârın %5’inden fazla bir miktarın ayrılacağı ya da yedek akçenin ödenmiş sermayenin %20’sini aşabileceği hükmü konulabilir (TTK m.521).

²⁷⁷ Yedek akçeler, kendi içerisinde hukukî sebeplerine göre, amaçlarına göre ve bilançoda yer alış şekillerine göre ayrılmaktadır . Bu bölümde söz konusu ayrımlar içerisinde aynı zamanda 358. maddede ifade edilen serbest yedek akçelerin de içinde bulunduğu grup olan ayrılışlarına temel olan hukukî sebep açısından yedek akçeler incelenecektir. Diğer yedek akçe ayrımları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 277 vd.

²⁷⁸ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 277; **Tekil**, s. 652; **Canözü**, s. 67; **Bilgin**, s. 152 **Karahan/Arı**, s.512.

²⁷⁹ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 277-278; **Canözü**, s. 67; **Karahan/Arı**, s. 512-513.

²⁸⁰ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 278; **Canözü**, s. 68; **Karahan/Arı**, s.513.

Doktrinde²⁸¹, 519. madde uyarınca kanûnî yedek akçeler, “I. Kanûnî Yedek Akçe” ve “II. Kanûnî Yedek Akçe” şeklinde ayrıma tâbi tutulmaktadır. 519. maddenin birinci fıkrası uyarınca yıllık kârın %5’i, ödenmiş sermayenin %20’sine ulaşıncaya kadar genel kanûnî yedek akçe, kanûnî yedek akçenin birinci ayrımı iken 519. maddenin ikinci fıkrasının “c” bendi uyarınca pay sahiplerine %5 oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onunun genel kanûnî yedek akçeye eklenmesi ise ikinci kanûnî yedek akçe ayrımıdır²⁸².

2.1.4.3.2.2.İsteğe Bağlı Yedek Akçe

İsteğe bağlı yedek akçeler, anonim şirketin kendi isteği ile ayırdığı kanuni zorunluluğu bulunmayan yedeklerdir. İsteğe bağlı olarak ayrılan yedek akçeler kendi içerisinde esas sözleşme ve genel kurul kararı ile ayrılan yedekler şeklinde ikiye ayrılmaktadır (TTK m.521 ve 523)²⁸³.

TTK m. 521’e göre yedek akçeye yıllık kârın % 5’inden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin %20’sini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konulabilmesi veya esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da mümkündür. 521. maddeye göre serbest yedek akçelerin, esas sözleşmede belirtilmesi şartı ile “*yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrılacağı*”, “*yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği*” veya “*başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülenme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir*” şeklinde üç farklı şekilde ayrılması mümkündür .

Serbest yedek akçenin 521. madde anlamında ayrılabilmesi birinci ve ikinci grupta, birinci kanûnî yedek akçenin yıllık kârın %5’inden fazla bir oranda meydana gelebilmesi ve yine birinci kanûnî yedek akçenin 519. maddenin birinci fıkrası ile kabul edilen “ödenmiş sermayenin %20’si” sınırını aşabilmesi gerekir. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki söz konusu şekilde birinci kanûnî yedek akçenin oranı ve sınırının artırılması ile meydana gelen yedek akçeler, isteğe bağlı kanûnî

²⁸¹ Tekil, s. 655; Canözü, s. 70; Karahan/Arı, s. 513.

²⁸² Kanûnî yedek akçe ayrımı konusunda detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 278 vd.

²⁸³ Kendigelen, s. 423.

yedek akçe sıfatını haiz değildir. Zira kanûnî yedek akçeye yapılan her ekleme, kanûnî yedek akçenin bir parçasını meydana getirmektedir. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen sınıra ulaşıldıktan sonra ayrıma devam edilmesi ya da Türk Ticaret Kanunu'nda gösterilen orandan yüksek bir oranda yedek akçe ayrılması için esas sözleşmeye konulan hükümler çerçevesinde ayrılan yedek akçeler, kanûnî yedek akçe niteliği göstermektedir .

Türk Ticaret Kanununun 521. maddesinin son fıkrası olan “*Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülenme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir.*” hükmü yedek akçelerin ayrılmasında üçüncü grubu oluşturmaktadır. Söz konusu yedek akçelerin, anonim şirketlerde işletme konusunun elde edilmesi, düzenli kâr dağıtımını sağlama, şirket için araştırma ve eğitimin yapılmasını sağlama ve sosyal amaçlar için kullanılabilmeleri mümkündür

Yukarıda belirttiğimiz 521. maddedeki serbest yedek akçe ayrımları dışında 522. maddede esas sözleşme gereği ayrılan serbest yedek akçelerin özel bir durumu düzenlenmiştir. Buna göre esas sözleşmede şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe de ayrılabilir.

Uygulamadaki “olağanüstü yedek akçe” olarak tanınan genel kurul kararı ile ayrılan serbest yedek akçeler, genel kurulun bilânçoyu onaylamasından, kanûnî yedek akçeleri ayırmasından ve kalan kârı dağıtılmasından sonra karşımıza çıkmaktadır. Genel kurul kararı ile ayrılan serbest yedek akçeler, Türk Ticaret Kanununun 523. maddesinin ikinci fıkrasında “*Genel kurul; Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse, Bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa, Kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükme göre olağanüstü yedek akçelerin ayrılabilmesi, hükümdeki üç şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre genel kurul, bütün pay sahiplerinin dikkate alındığında şirketin sürekli gelişimi ve aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse ve olabildiğince istikrarlı kâr dağıtımını yönünden haklı neden varsa Türk Ticaret Kanunu'nda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına karar verebilir .

2.1.4.3.2.3.TTK m. 358 Kapsamında “Serbest Yedek Akçe”nin Anlamı

358. maddede düzenlenen “*şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması*” şartına baktığımızda karşımıza “*serbest yedek akçe*” kavramı çıkmaktadır.

Serbest yedek akçe, Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ’in²⁸⁴ 4. maddesinde “*genel kanûnî yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı ile Kanun ve sözleşme gereği ayrılanlar dışında genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçeleri*” şeklinde tanımlanırken doktrinde, “*ortaklığın, otopfinansman ve kar dağıtma politikasına uygun olarak ve bu politikanın gayelerine erişmek için, isteği ile ayırdığı yedek akçeler*” şeklinde tanımlanmıştır²⁸⁵. Gerek Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ’deki tanımdan gerekse de doktrinde yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere serbest yedek akçeler, esas sözleşme ve genel kurul kararı ile ayrılan isteğe bağlı yedek akçeleri ve 519. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca harcanması serbest olan genel kanuni yedek akçeleri ifâde etmektedir²⁸⁶.

Öncelikle pay sahiplerine borç verilebilmesi için sermaye miktarı ile genel kanûnî yedek akçenin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısına kadar olan miktarından meydana gelen kanunen bağlı öz kaynak tutarını aşan bir malvarlığının olması gerekir. Dolayısıyla gerek ilgili Tebliğ hükmü gerekse de 519. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca esas veya çıkarılmış sermaye miktarının yarısını aşan değerdeki genel kanûnî yedek akçe, 358. maddedeki “serbest yedek akçe” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir²⁸⁷.

Esas sözleşmeyle düzenlenen serbest yedek akçelere baktığımızda 521. maddede öngörülen esas sözleşmeyle öngörülen serbest yedek akçeler de 358. madde kapsamında değerlendirilmektedir²⁸⁸. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki “serbest yedek akçe” kavramındaki “serbest” ifâdesinin dar yorumlanmaması gereklidir. Buna

²⁸⁴ RG.:09.08.2012, S. 28379.

²⁸⁵ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 279; Doktrinindeki diğer serbest yedek akçe tanımları için bkz. Reha **Poroy**, Ünal **Tekinalp** ve Ersin **Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (Ortaklıklar Hukuku II), s. 324 vd.; **Canözü**, s. 80.

²⁸⁶ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324.

²⁸⁷ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Hızır**, s. 267; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 680; Kanunen bağlı öz kaynak kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, s. 643 vd.

²⁸⁸ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Hızır**, s. 267.

göre örneğin kâr dağıtımı, borçlanma gibi alanlara tahsis edilmiş olan yedek akçeler de bu bağlamda serbest yedek akçe olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla anonim şirketin 358. madde kapsamında pay sahiplerinin anonim şirkete borçlanmalarında kullanılmak üzere yedek akçe tahsis etmesi durumunda söz konusu yedek akçeler (tahsis amacının belirli bir amaca bağlanması sebebiyle) serbest yedek akçe niteliği taşımaktadır²⁸⁹.

Son olarak, 523. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen genel kurul kararı ile ayrılan serbest yedek akçelerin 358. maddede düzenlenen “serbest yedek akçe” kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmemesi konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. *Hızır*, 523. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki düzenlemelere göre ayrılması mümkün olan serbest yedek akçelerin, söz konusu düzenlemeler kapsamında sınırlı olması ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ’deki genel kanûnî yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı ile Türk Ticaret Kanunu ve esas sözleşme gereği ayrılanlar dışında genel kurulca ayrılmasına karar verileceği hükmünün 521. maddeye aykırı şekilde düzenlendiği nedenlerine dayanarak genel kurul kararı ile ayrılan serbest yedek akçelerin 358. madde kapsamında değerlendirilmeyeceğini savunmaktadır²⁹⁰. Anonim şirketin çıkar gruplarının menfaatlerinin ihlal edilebileceği sebebiyle bu görüşe katılmıyoruz. Fakat bu noktada önemle ifâde etmeliyiz ki her ne kadar *Hızır*’a katılmasak da yazarın konu hakkında belirttiği birtakım hususlar kanaatimizce yerindedir. Söz konusu hususlardan ilki, Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ’deki düzenlemelerin 521. maddedeki düzenlemeye uygun olmamasıdır. İkinci husus ise 523. maddenin üçüncü fıkrasının 358. maddedeki serbest yedek akçelerin içine dahil edilmemesi gerektiğidir. Gerçekten de 358. maddenin üçüncü fıkrasında ayrılması kararlaştırılabilecek serbest yedek akçelerin ayrılma nedenleri maddede sınırlı ve açık bir şekilde belirtilmiş olup söz konusu nedenlerin şirkete borçlanma ile bir bağlarının olmadığı görülmektedir. Buna karşılık *Tekinalp*, 523/II hükmündeki genel kurulun serbest yedek akçe ayırma koşulları “tahdidi” olarak düzenlenmişse de söz konusu yedek akçelerin amaçların çok geniş olması sebebiyle “tahdidi” niteliğin

²⁸⁹ *Hızır*, s. 269.

²⁹⁰ *Hızır*, s. 268.

uygulamada bir önemi bulunmadığını ve dolayısıyla söz konusu yedek akçeler de “serbest yedek akçe” içerisinde değerlendirilmesini gerektiğini savunmaktadır²⁹¹.

Sonuç olarak, 358. maddedeki “serbest yedek akçe” kavramı, hiçbir amaca özgülmemiş olan esas sözleşme gereğince ve/veya genel kurul kararıyla yapılan (olağanüstü) ayrılan akçeleri (523. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenenler hariç) ve 519/III. maddeye göre harcanması serbest yedek akçeleri ifade eder²⁹².

2.1.4.3.3. “Şirketin Kâr Etmesi” Kavramı, Kârın Türleri ve TTK m. 358 Kapsamında Kârın Anlamı

2.1.4.3.3.1. “Şirketin Kâr Etmesi” Kavramı

İki veya daha fazla kişinin mal veya emeklerini belli bir amaç doğrultusunda birleştirmek suretiyle oluşturdukları ortaklık olan şirket, beş farklı unsurun birleşiminden meydana gelir. Bunlar; kişi, sözleşme, sermaye, amaç ve ortak çalışma iradesidir. Çalışma konumuz bakımından ”amaç” unsuruna yakından bakıldığında şirketin kuruluş ve varlık gayesinin kazanç elde edip bunu pay sahiplerine dağıtmak olduğu görülmektedir. İşte bu noktada “kâr” kavramı devreye girmekte olup kazancın pay sahiplerine dağıtılabilmesi için şirketin kâr etmesi gerekir. Bir başka ifade ile kâr elde etme, başta anonim şirket olmak üzere bütün şirketlerin “varlık sebebi”dir²⁹³.

²⁹¹ **Tekinalp**, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 343; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 26.03.2012 tarihinde verdiği kararla şirketin mali yapısının güçlendirilmesi, ortaklığın gelişmesinin ve şirketin oto finansmanının sağlanması gibi haklı sebeplerle kârın dağıtılmayarak, olağanüstü yedek akçeye ayrılmasının mümkün olduğu yönünde karar vermiştir (11.HD., 26.03.2012, E. 2010/13427, K. 2012/4691, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Her ne kadar 523/II. maddede düzenlenmemiş de olsa karardan da anlaşılacağı üzere olağanüstü yedek akçe ayrılma nedeni şirketin oto finansman sağlanması gibi haklı sebeplere bağlamıştır.

²⁹² Aynı yönde bkz. **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 680. Türk Ticaret Kanununun 400. maddesi uyarınca denetim yapan şirketler de aynı yönde görüş bildirmekte ve şirketlerin finansal denetimini (ve denetim sırasında inceleyecekleri pay sahiplerinin borçlanmalarını) bu esasa göre yaptıkları konusunda örnek görüş yazısı için bkz. **Galata Advisors**, “Holding Şirketlerin Bağlı Ortaklıklara, Şirketlerin Ortaklarına Borç Vermesinin Vergisel Durumu”, <http://www.galataadvisors.com/holding-sirketlerin-bagli-ortakliklara-sirketlerin-ortaklarına-borc-vermesinin-vergisel-durumu/#>, (E.T. 21.04.2017).

²⁹³ **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 20 vd.; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 45; **Bilgili/Demirkapı**, s. 1 vd.; **Karahan/Aral**, s. 21 vd.; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 12 vd.; **Üçışık/Çelik**, s.10 vd.

Sözlük anlamınca “Toplam gelir ile toplam maliyet arasındaki pozitif fark” şeklinde tanımlanan kâr²⁹⁴, ticaret hukukuna göre yıllık hesap devresi içinde şirketin gerçekleştirdiği faaliyetler neticesinde, o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi ile şirket bilançosunun pasif tablosuna yazılan; şirketin büyümesine ve pay sahiplerine dağıtılmasına ayrılan kalemdir²⁹⁵. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki belirli bir dönemde elde edilen hâsılatın tamamının kâr şeklinde ifâde edilmesi doğru değildir. Çünkü söz konusu hâsılatın elde edilmesinin içerisinde şirketin maliyetine katlandığı değerler de bulunmaktadır. Maliyetine katlanılan bu değerlerin elde edilen hâsılattan düşülmesi ile kâra ulaşılır²⁹⁶.

Genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri uyarınca bir anonim şirketin hesap dönem içerisindeki kârı şu şekilde ifâde edilir;

$$\text{Kâr} = (\text{Net Satışlar} + \text{Diğer Gelirler}) - (\text{Satışların Maliyeti} + \text{Faaliyet Giderleri} + \text{Diğer Giderler})^{297}$$

Türk Ticaret Kanunu’nda “kâr” kavramı, kendi içerisinde dörde ayrılmaktadır²⁹⁸. Bunlar; yıllık kâr, net dönem kârı, dağıtılabılır net dönem kârı, ve bilanço kârıdır²⁹⁹. Kanaatimizce 358. maddede geçen şirketin kârının, hangi kâr türüne özgü olduğunun kanun koyucu tarafından belirtilmemesi sebebiyle uygulamada tereddütlerin yaşanması mümkündür. Söz konusu tereddütleri ortadan kaldırmak adına her bir kâr türünün kısaca değerlendirilmesinde yarar vardır.

2.1.4.3.3. 2. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Kârın Türleri

2.1.4.3.3.2.1. Yıllık Kâr (Ticarî Kâr)

Uygulamada “vergi öncesi kâr”, “ticarî kâr”, “dönem kârı” veya “gayri safi kâr” şekillerinde ifâde edilen yıllık kâr, tek düzen hesap uygulamaları ve genel

²⁹⁴

Kar,

TDK,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58f5d6e05e0102.19012192, E.T. 18.04.2017.

²⁹⁵ Mahmut Tefik **Birsel**, Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, İzmir Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1973, (Kâr Kavramı), s. 18; Şirketler hukuku doktrinindeki kârın diğer tanımlamaları için bkz. Nazmi **Karyağdı**, Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, 4. Baskı, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 4; Yüksel **Bilgin**, Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kara Katılan Kişiler, Ankara İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi Yayın No.189, Ankara, 1982, s. 13; **Arslanlı**, C.I, s. 198; **Canözü**, s. 54.

²⁹⁶ **Karyağdı**, s. 4; **Birsel**, Kâr Kavramı, s. 18; **Canözü**, s. 55; **Bilgin**, s. 13-14.

²⁹⁷ **Karyağdı**, s. 5; **Canözü**, s. 55.

²⁹⁸ **Canözü**, s. 55.

²⁹⁹ **Canözü**, s. 55 vd.; **Karyağdı**, s. 6 vd.

muhasabe ilke ve standartlarına göre tutulan bir muhasabe sisteminde dönem sonunda meydana gelen kârdır³⁰⁰. Bir başka ifade ile anonim şirketin ilgili faaliyet yılı içerisinde gelirinden giderleri düşüldükten sonra geriye kalan tutar anonim şirketin yıllık kârını oluşturur³⁰¹.

Türk Ticaret Kanununun “Kâr ve Tasfiye Payı” üst başlıklı ve “Hesaplama Biçimi” başlıklı 508. maddenin ikinci fıkrasına göre yıllık kâr, yıllık bilânçoya göre hesaplanır. Yıllık bilânço ise anonim şirketin bir yıllık faaliyeti sonucunda kâr ya da zarar ettiğini ortaya konulmasını sağlayan bilânçodur³⁰². Yıllık kârın hesaplanmasında geçen yıldan aktarılan kâr ve zarar dikkate alınmaz³⁰³. Buna ek olarak o faaliyet yılı içerisinde kurulan ya da çözülen yedek akçeler ve vergisel yükümlülükler de hesaba katılmaz³⁰⁴. Söz konusu açıklamalar ışığında yıllık kâr şu şekilde formüle edilebilir;

$$\text{Yıllık Kâr} = \text{İlgili Faaliyet Yılı İçerisindeki Gelirler} - \text{İlgili Faaliyet Yılı İçerisindeki Giderler}^{305}$$

³⁰⁰ Karyagdı, s. 34.

³⁰¹ Karayalçın, s. 294.

³⁰² Tekinalp, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 58-59; Bilgin, s. 54-55. Bilânçolar konusunda detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 57 vd.

³⁰³ Karyagdı, s. 6; Canözü, s. 55.

³⁰⁴ Hızır, s. 271.

³⁰⁵ Gelir-Gider Tablosu

Gelirler	Giderler
60. Brüt Satışlar	62. Satışların Maliyeti(-)
600. Yurt İçi Satışlar	620. Satılan Mamuller Maliyeti(-)
601. Yurt Dışı Satışlar	621. Satılan Ticarî Mallar Maliyeti(-)
602. Diğer Gelirler	622. Satılan Hizmet Maliyeti(-)
	623. Diğer Satışların Maliyeti(-)
61. Satış İndirimleri(-)	63. Faaliyet Giderleri(-)
610. Satıştan İadeler(-)	630. Araştırma Ve Geliştirme Giderleri(-)
611. Satış İndirimleri(-)	631. Pazarlama Satış Ve Dağıtım Giderleri(-)
612. Diğer İndirimler(-)	632. Genel Yönetim Giderleri(-)
64. Diğer Faaliyetlerden Olağan Gelir Ve Kârlar	65. Diğer Faaliyetlerden Olağan Gider Ve Zararlar(-)
640. İştiraklerden Temettü Gelirleri	653. Komisyon Giderleri(-)
641. Bağlı Ortaklıklardan Temettü Gelirleri	654. Karşılık Giderleri(-)
642. Faiz Gelirleri	655. Menkul Kıymet Satış Zararları(-)
643. Komisyon Gelirleri	656. Kambiyo Zararları(-)
644. Konusu Kalmayan Karşılıklar	657. Reeskont Faiz Giderleri(-)
645. Menkul Kıymet Satış Kârları	658. Enflasyon Düzeltmesi Zararları(-)
646. Kambiyo Kârları	659. Diğer Gider Ve Zararlar(-)
647. Reeskont Faiz Gelirleri	
648. Enflasyon Düzeltme Kârları	
649. Diğer Olağan Gelir Ve Kârlar	
67. Olağan Dışı Gelir Ve Kârlar	66. Finansman Giderleri(-)
671. Önceki Dönem Gelir Ve Kârları	660. Kısa Vadeli Borçlanma Giderleri(-)
679. Diğer Olağan Dışı Gelir Ve Kârlar	661. Uzun Vadeli Borçlanma Giderleri(-)

2.1.4.3.3.2.2.Net Dönem Kârı

Net dönem kârı, anonim şirketin dönem kârından bilânço zararının düşülmesinden sonra kalan kârdır³⁰⁶. Bir başka tanımla, 6762 sayılı Kanun'da “safî kâr”³⁰⁷ şeklinde adlandırılan net dönem kârı, geçmiş yıllara ilişkin zararlar kapatılmadan kâr dağıtımını yapılamayacağı kuralı uyarınca dönem kârından geçmiş yıl zararlarının indirilmesi sonucunda ulaşılan kârdır³⁰⁸. Net dönem kârına ulaşabilmek için (varsa) geçmiş yıl zararlarının, vergi ile benzer malî yükümlülüklerin ve birinci kanûnî yedek akçelerin dönem kârından düşülmesi gerekir³⁰⁹. Söz konusu açıklamalar ışığında net dönem kârı şu şekilde formüle edilebilir;

$$\text{Net Dönem Kârı} = \text{Yıllık Kâr} - (\text{Geçmiş Yıl Zararları} + \text{Malî Yükümlülükler} + \text{Birinci Kanûnî Yedek Akçeler})^{310}$$

2.1.4.3.3.2.3.Dağıtılabilir Net Dönem Kârı

Kâr payı sadece net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir (TTK m.509/II). Genel kurul tarafından kâr payı olarak dağıtılmaya müsait olan toplam miktara dağıtılabilir kâr denir³¹¹. Söz konusu kâr, sadece net dönem kârından meydana gelebileceği gibi buna serbest yedek akçeler ile kâr dağıtımını amacıyla ayrılan yedek akçelerin eklenmesi sonucunda da ortaya çıkan tutar olabilir³¹².

Kâr dağıtımını yapılabilmesi için mutlaka ilgili dönemde kârın olması gerekmemektedir. Buna göre kâr dağıtımını, ilgili dönem kârından yapılabileceği gibi

68. Olağan Dışı Gider Ve Zararlar(-)

680. Çalışmayan Kısım Gider Ve Zararları(-)

681. Önceki Dönem Gider Ve Zararları(-)

689. Diğer Olağan Dışı Gider Ve Zararlar(-)

³⁰⁶ Karahan/Bozgeyik, s. 638; Canözü, s. 57; Karayalçın, s. 62.

³⁰⁷“Safî kâr” kavramının geçtiği ilgili maddeler: m. 466/I, m. 467, m.469, m. 470/II, m. 472/I, m. 533/I, m. 539/I.

³⁰⁸ Karyağdı, s. 95.

³⁰⁹ Birsal, 50; Canözü, s. 57; Domaniç, s. 834; Karahan/Bozgeyik, s. 639; Karşı görüş için bkz. Rüştü Erimez, Şirketlerde Kâr Dağıtımını, Yedek Akçeler ve Vergilendirme, 3. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1985, s. 133; Tekil, s. 610.

³¹⁰ Birsal, 50; Canözü, s. 57.

³¹¹ Canözü, s. 58.

³¹² Karyağdı, s. 96; Canözü, s. 58.

önceki dönemlerde elde edilmiş kârların dağıtılmayan bölümlerinden, istikrarlı kâr dağıtımını temin amacıyla ayrılmış yedek akçelerden veya belirli bir amaca tahsis edilmemiş serbest yedek akçelerden de yapılabilir (TTK m.523/II ve 509/II). İlgili dönemde zarar meydana gelmesi durumunda ise öncelikle serbest yedek akçelerden söz konusu zarar giderilmeli ve dağıtılmak isteniyorsa ancak bu aşamadan sonra kalan yedek akçeler üzerinden kâr dağıtım kararı alınmalıdır³¹³. Söz konusu açıklamalar ışığında dağıtılabilir net dönem kârı şu şekilde formüle edilebilir;

$$\text{Dağıtılabilir Net Dönem Kârı} = \text{Net Dönem Kârı} - (\text{Geçmiş Yıl(lar)dan Aktarılan Zarar} + \text{Türk Ticaret Kanunu'un 519/I. maddesi Uyarınca Ayrılması Gereken Kanûnî Yedek Akçe})^{314}$$

2.1.4.3.3.2.4. Bilânço Kârı

Bilânço kârı, net dönem kârını kapsayan ancak geçen yıldan dağıtılmayarak aktarılan kârı içine alan kârdır³¹⁵. Bilânço kârı, bilânçonun pasif tablosunun bir kalemidir ve yıllık kâr, varsa geçen yıldan aktarılan kâr ve çözülen yedek akçelerden meydana gelir. Böylece yıllık kârın ve dolayısıyla da net dönem kârının hesabında dikkate alınmayan geçmiş yıllardan aktarılan kâr ya da zarar da bilânço hesaplamasında dikkate alınır³¹⁶. Söz konusu açıklamalar ışığında bilânço kârı şu şekilde formüle edilebilir;

$$\text{Bilânço Kârı} = \text{Yıllık Kâr} + \text{Geçmiş Yıllardan Aktarılan Kâr} + \text{Çözülen Yedek Akçeler}^{317}$$

2.1.4.3.3.2.5. Türk Ticaret Kanununun 519/I. Maddesi Anlamında Yıllık Kâr

Her ne kadar kavram benzerliği olsa da 519/I. hükmü anlamında yıllık kâr, yukarıda açıkladığımız yıllık (ticarî/dönem) kârdan farklı anlam taşımaktadır. Yıllık kârdan farklı olarak bizim de katıldığımız görüş olan *Erimez*'e göre³¹⁸ buradaki kârın tespitinde vergiler de düşülmesi gerekir. Buna ek olarak, 519/I anlamında yıllık kâra

³¹³ Canöz, s. 58.

³¹⁴ Canöz, s. 58.

³¹⁵ Karahan/Bozgeyik, s. 638.

³¹⁶ Hızır, s. 275.

³¹⁷ Hızır, s. 275.

³¹⁸ Erimez, s. 304-305.

ulaşabilmek için anonim şirketin net dönem kârından geçmiş yıldan aktarılan zararların çıkartılması gerekir³¹⁹. Söz konusu açıklamalar ışığında 519/I. maddesi anlamında kâr şu şekilde formüle edilebilir;

**Türk Ticaret Kanununun 519/I. Maddesi Anlamında Yıllık Kâr= Net Dönem
Kârı- Geçmiş Yıl(lar)dan Aktarılan Zararlar³²⁰**

2.1.4.3.3. 3.TTK m.358 Kapsamında Kârın Anlamı

Kâr türleri ile ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde söz konusu kâr türlerinin hangisinin 358. madde anlamında uygun olup olmadığının teker teker değerlendirilmesinde fayda vardır.

Öncelikle yıllık (ticarî) kâra baktığımızda, söz konusu kâr türünde vergisel yükümlülükler, geçmiş yıl zararları ve Türk Ticaret Kanunu veya esas sözleşme uyarınca ayrılması zorunlu yedek akçeler dikkate alınmamaktadır.

358. maddedeki “kâr” kavramının “yıllık kâr” olduğu sonucuna erişilirse anonim şirketin kârı, olması gerekenden daha yüksek miktarda hesaplanacaktır. Zira anılan ihtimâlde, kâr hesabının temel alındığı miktarın içerisinde anonim şirket tarafından kullanılmayacak değerler de yer almaktadır. Oysa anonim şirketin söz konusu değerler üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânının olmaması sebebiyle bu değerlerin hesaplanan kârdan mutlaka düşülmesi gerekir. Aksi takdirde, pay sahibinin şirkete borçlanması işlemi sonucunda anonim şirketin malvarlığından daha fazla miktarda değer çıkışı meydana gelir ki söz konusu durum borca batıklık veya borç ödemeden aciz hâle gelinmesi risklerini doğurur (TTK m.376). Dolayısıyla 358. maddedeki “kâr” kavramı, “yıllık kâr” kavramı anlamına gelmemektedir³²¹.

Net dönem kârına baktığımızda söz konusu kâr türü, varsa geçmiş yıl zararlarının, vergi ile benzer malî yükümlülüklerin ve birinci kanûnî yedek akçelerin dönem kârından düşülerek hesaplanmaktadır. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki Türk Ticaret Kanunu uyarınca ayrılması her durumda zorunlu olan 519/I. maddesindeki genel kanûnî yedek akçe miktarı, kârdan düşülmeden şirkete borçlanma yasağına ilişkin bir hesaplama yapılamamaktadır. Buna ek olarak 358.

³¹⁹ Tekinalp, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 300; Hızır, s. 274.

³²⁰ Hızır, s. 275.

³²¹ Aynı yönde bkz. Hızır, s. 276.

maddede belirtilen “serbest yedek akçeler”, net kârın hesabına katılmamaktadır. Dolayısıyla net dönem kârı da, 358. maddedeki “kâr” kavramından farklı anlama gelmektedir³²².

Dağıtılabılır net dönem kârına baktığımızda ise net dönem kârı, geçmiş yıl (lar)dan aktarılan zarar ile 519/I. hükmü uyarınca ayrılması gereken kanûnî yedek akçelerin toplamından çıkarılmasıyla elde edilmektedir. Fakat 358. maddede anonim şirkete borçlanabilmek için geçmiş yıl zararlarının, kâr ile serbest yedek akçe toplamından fazla olması gerektiği aranmaktadır. Dolayısıyla söz konusu şartın tespiti yapılırken kârın ve serbest yedek akçelerin toplamının geçmiş yıl zararlarını karşılayıp karşılamadığı aranmaktadır. Buna göre eğer 358. maddedeki “şirketin kârı” ifâdesiyle dağıtılabılır kâr kastedildiği kabul edilirse geçmiş yıllardan aktarılan zararın şirketin kârından ikinci kere düşülmesi sonucu çıkmaktadır ki söz konusu sonuç, ticaret hukukunun olağan akışına uygun değildir. Böylece “dağıtılabılır net kâr”ın da, 358. maddedeki “kâr” anlamını taşımadığı görülmektedir³²³.

Son olarak bilânço kârına baktığımızda anonim şirketin yıllık kârının bilânço kârının bir parçası olması ve bilânço kârının, yıllık kârdan daha geniş bir kâr çerçevesini ifâde etmesi sebeplerinden dolayı bilânço kârı da 358. madde anlamında kâr anlamını taşımamaktadır³²⁴.

Sonuç olarak, yukarıda açıkladığımız hiçbir kâr türü, münferit olarak 358. maddedeki “şirket kârı” ifâdesini karşılamamaktadır. Bir başka ifâde ile 358. maddedeki “şirket kârı”, sui generis niteliğindedir.

358. madde kapsamında kârın sui generis formülüne baktığımızda öncelikle, malvarlığının korunması ilkesi uyarınca anonim şirketin, kârından serbestçe tasarrufta bulunabileceği kısma ulaşıncaya kadar gerekli kesintilerin kesilmesi ve giderlerin çıkarılması gerekir. Böylece ortaya 358. maddedeki kârın temeli olan yıllık kâr çıkacaktır. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki geçmiş yıllardan aktarılan kâr ise 358. maddedeki serbest yedek akçelerin içerisinde hesaplanacağı ve iki kere hesaplanma riski meydana geleceği için ayrıca bu madde anlamındaki kâr kavramı içerisinde değerlendirilmemelidir. Yıllık kârdan ise geçmiş yıl zararları, malî yükümlülükler ve birinci kanûnî yedek akçeler çıkarıldığında ortaya net dönem kârı

³²² Aynı yönde **Hızır**, s. 276.

³²³ **Hızır**, s. 277.

³²⁴ **Hızır**, s. 277.

çıkılmaktadır. 358. maddenin lafzından hareketle, bulunan net dönem kârının da Türk Ticaret Kanunu veya esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken kanûnî yedek akçeler ile esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla (523/III. maddedeki düzenlemeler dışında) ayrılan serbest yedek akçelerin toplamından çıkarılmalıdır. Söz konusu hesaplamalar sonucunda 358. madde anlamında kâr çıkmaktadır. Söz konusu açıklamalar ışığında 358. madde anlamında kâr şu şekilde formüle edilebilir;

358. Madde Anlamında Kâr= Net Dönem Kârı- (Türk Ticaret Kanunu Veya Esas Sözleşme Uyarınca Ayrılması Gereken Kanûnî Yedek Akçeler + Esas sözleşmeyle Veya Genel Kurul Kararıyla Öngörülmesi Olan Yedek Akçelerin Borçlanmadan Önce Gelenleri)

2.1.4.3.4.TTK m. 358 Anlamında “Şirketin Geçmiş Yıl Zararları” Kavramı

Anonim şirketin geçmiş yıl zararları, 358. maddede geçen pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmelerinde dikkate alınacak bir diğer kavramdır. 358. maddede geçen “şirketin geçmiş yıl zararları” kavramının da tıpkı “şirketin kârı” ve “serbest yedek akçe” kavramlarındaki gibi tanımlanmadığı görülmektedir.

Genel anlamda şirket zararı, şirket aktiflerindeki fiili bir azalma veya umulan kârdan eksilmedir. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki 358. maddede düzenlenen geçmiş yıl zararları, sadece önceki yıllardan aktarılan zarar şeklinde olacağı düşünülse de kanaatimizce pay sahibi ile anonim şirket arasında yapılacak borçlanma işleminin meydana gelebilmesi için sadece geçmiş yıllardan aktarılan zararlar değil; anonim şirketin mevcut faaliyet dönemi içerisinde borçlanma işleminin meydana geldiği ana kadar uğradığı zararlar da hesaba katılmalıdır. Aksi takdirde, 358. madde anlamında hukuka aykırı bir şirkete borçlanma meydana gelmektedir. Dolayısıyla “geçmiş yıl zararları” kavramı, son yıllık bilançoda görünen ve bu yıla aktarılan zararlara ek olarak borçlanma anına kadar söz konusu faaliyet yılı içerisinde meydana gelen zararları da içerecek şekilde değerlendirilmelidir³²⁵.

Doktrinde³²⁶ geçmiş yıl zararları, “gerçek zarar” ve “gerçek olmayan zarar” kavramları içerisinde incelenmektedir.

³²⁵ Hızır, s. 279; Tamer, s. 112.

³²⁶ Tekinalp, Bilanço ve Yedek Akçeler, s. 298- 300; Canözü, s. 61-62.

Gerçek zarar, anonim şirketin esas sermayesini azaltan zarara denir. Buna göre eğer geçen yıldan aktarılan zarar, doğrudan doğruya anonim şirket esas sermayesini azaltıyorsa gerçek bir zarar söz konusudur; bu zarar hesap dönemi kârından indirilir³²⁷.

Gerçek olmayan zarar ise yeterli kanûnî ya da serbest yedek akçe olmasına rağmen, gelecek yıla aktarılan zarardır. Eğer daha önce ayrılmış yedek akçelerle zararın karşılanması mümkün olmasına rağmen, söz konusu işlem yapılmayarak bir sonraki yıla zarar aktarılmış ise ortada gerçek olmayan bir zarar vardır³²⁸.

Kanaatimizce gerek malvarlığının korunması ilkesi ve anonim şirketin çıkar gruplarının menfaatlerinin korunması sebebiyle gerekse de kanun koyucunun 358. maddeyi, anonim şirkete borçlanabilmek için geçmiş yıl zararlarının kapatılmasını mecburi görmeyip sadece kâr ve serbest yedek akçe toplamının geçmiş yıl zararlarını “karşılatabilecek düzeyde” olması şeklinde yorumlanması gerekir. Dolayısıyla 358. maddedeki “geçmiş yıl zararları” kavramı, gerçek ya da gerçek olmayan zarar niteliği taşıyabilir. Buna göre 358. maddedeki “geçmiş yıl zararları” kavramının gerçek zarar mı yoksa gerçek olmayan zarar mı olduğunu somut olayın özelliğine göre değerlendirmek gerekir³²⁹.

2.1.4.3.5.Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Kârın Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olduğunun Tespit Edilmesi

Serbest yedek akçelerle birlikte kârın, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğunun tespiti, pay sahibinin 358. madde anlamında anonim şirkete borçlanabilmesi için büyük önem taşımaktadır. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki pay sahibinin anonim şirkete borçlanabilmesi için mutlaka kâr elde etmesi zorunlu değildir; hatta zarar etse bile ya da geçmiş yıldan aktarılan zararlar, kârdan yüksek olsa dahi serbest yedek akçelerin toplamı, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde ise pay sahibinin, diğer şartların da sağlanması koşuluyla şirkete borçlanması mümkündür³³⁰. Buna göre anonim şirketin faaliyetleri sonucunda elde

³²⁷ Tekinalp, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 299- 300; Canözü, s. 61-62.

³²⁸ Tekinalp, Bilânço ve Yedek Akçeler, s. 300; Canözü, s. 61-62.

³²⁹ Aynı yönde Hızır, s. 279.

³³⁰ Hızır, s. 270; Özkorkut, Değişiklikler, s. 50-51; Altaş, Değişiklik, s. 287; M.Yavuz, Borçlanma Yasağı, s. 157; Aksi yönde görüş için bkz. Yüce, Borçlanma Yasağı, s. 77.

ettiği kâr ile serbest yedek akçelerinin toplamı, şirketin geçmiş yıl zararlarına eşit veya daha fazla olmalıdır, aksi hâlde pay sahipleri şirkete karşı borçlanamaz. Söz konusu açıklamalar ışığında 358. madde anlamında pay sahibinin şirkete borçlanması için şu eşitliğin gerçekleşmesi gerekir;

358. Madde Anlamında Kâr + Hiçbir amaca özgülenmemiş olan esas sözleşme gereğince ve/veya genel kurul kararıyla yapılan (olağanüstü) ayrılan akçeleri (523. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenenler hariç) ve 519/III. maddeye göre harcanması serbest yedek akçeleri \geq Geçmiş Yıl Zararları

Serbest yedek akçelerle birlikte kârın, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğunun doğru şekilde tespitinde anonim şirketin yıllık bilânçosu ve malî tabloları büyük önem teşkil etmektedir³³¹. Anonim şirketler, kâr elde edip etmediklerini her faaliyet yılı sonunda meydana getirdikleri yıllık bilânçoya göre tespit etseler de yıllık bilânço, bir önceki faaliyet yılı ile ilgili bilgi vermesi ve mevcut bilânçonun faaliyet yılının sonunda oluşturulması sebeplerinden dolayı bizim de katıldığımız doktrindeki bir grup yazara göre³³² yıllık bilânçonun 358. madde kapsamında değerlendirilmesi sağlıklı değildir (TTK m.508/II). Örneğin bir anonim şirkette pay sahibinin 2015 yılının Eylül ayında şirketten bir miktar ödünç para alması durumunda, 358. maddedeki hesap için “son bilânço” (bir başka deyişle 2014 yılı bilânçosu) temel alındığında, şirketin 2014 yılının Aralık ayı ile borçlanma işleminin gerçekleştiği 2015 yılının Eylül ayı arasında meydana gelen şirketin faaliyetleri hesaba katılmamış olacaktır. Oysa anonim şirketin finansal durumu, 2014 yılı bilânçosuna göre 358. maddede hükmedilen “*şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması*” şartını karşılarken, borçlanma işleminin gerçekleştiği 2015 yılının Eylül ayı itibariyle söz konusu şartın karşılanmıyor olması muhtemeldir³³³. Söz konusu örnekte anonim şirkete borçlanma işleminin 358. maddedeki düzenlemeye aykırılık teşkil edeceği açıktır. Dolayısıyla konuyla ilgili muhtemel sorunların meydana gelmesini engellemek amacıyla anonim şirkette her bir borçlanma işlemi için ayrı ayrı mevcut finansal durumun belirlenmesi ve bunun için de borçlanma işleminin gerçekleşmesinden hemen önceki tarihte bir

³³¹ Kendigelen, s. 244.

³³² Kendigelen, s. 244; Hızır, s. 280; Yüce, Borçlanma Yasası, s. 77; Tamer, s. 111-112.

³³³ Hızır, s. 280.

“ara bilânço” çıkarılarak söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin bu ara bilânçoya göre tespit edilmesi gerekir³³⁴.

Pay sahibinin anonim şirkete borçlanabileceği miktar, 358. maddede tıpkı “vade”, “faiz” vb. kavramlarda olduğu gibi düzenlenmemiş olup sadece 358. maddenin değiştirildiği 6335 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesinde konuya ilişkin “temenni” ve “soyut” niteliğe sahip bir takım prensiplere yer verilmiştir. Konuyla ilgili 6335 sayılı Kanunun 15. maddesi “...*Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirkete zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır.*” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Gerekçeye göre şirkete borçlanma yasağına ilişkin düzenleme ile şirketin pay sahipleri ile yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının “şirkete zarar vermeyecek şekilde” karşılanmasının amaç edinildiği belirtildikten sonra anonim şirketin malvarlığı unsurlarının “uzun süreli” ve “yüksek oranlarda” kullanılmayacağı ifade edilmiştir. Fakat doktrinde³³⁵ haklı olarak eleştirildiği üzere hem gerekçede kullanılan ifadelerin “soyut” nitelikte olması hem de 358. maddede düzenlenmeyen “sınır” ın yaklaşık 56 yıldır şirkete borçlanma yasağının uygulanmadığı Türk Şirketler Hukuku’nda nasıl tespit edileceği önümüzdeki yıllarda sorunlar teşkil edecektir. Bu konuda bizim de katıldığımız görüş olan *Hızır*’a göre 358. maddede düzenlenen kâr ile serbest yedek akçelerin geçmiş yıl zararlarından fazla olması şartının, şirkete borçlanılacak miktar açısından doğal bir sınır oluşturacağı kabul edilebilir³³⁶.

Bu bölümde incelenmesi ve çözüm bulunması gereken bir başka husus da anonim şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması şartının borçlanma işleminin meydana gelmesinden sonra da aranıp aranmayacağıdır. Örneğin bir anonim şirketin kârı ile serbest yedek akçelerinin toplamı, geçmiş yıl zararlarından 75.000 TL fazla iken anonim şirkete borçlanılan miktarın 100.000 TL olması 358. madde kapsamında hukuka uygun mudur?

³³⁴ *Hızır*, s. 280; *Kendigelen*, s. 244.

³³⁵ *Pulaşlı*, *Şirketler Hukuku*, s. 280; *Üçşık/Çelik*, s. 501; *Hızır*, s. 281; *Özkorkut*, *Değişiklikler*, s. 52.

³³⁶ *Hızır*, s. 281.

Yukarıda da ifâde ettiğimiz üzere 358. maddede açık bir şekilde belirtilmesi de anonim şirkete borçlanabilmek için kâr ve serbest yedek akçelerin geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması şartı, sınırlayıcı bir özelliktir. Söz konusu sınır sadece borçlanma anına ait olmayıp borçlanmadan sonra söz konusu şartın aranmasının gerekli olması 358. maddenin de amacına uygundur³³⁷.

2.1.4.4. Pay Sahibinin Talebi

358. maddedeki “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını*” ifâ etmiş ve anonim şirket de “*serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde*” ise pay sahibi, yönetim kurulundan şirkete borçlanmak için talepte bulunacaktır. Pay sahibi, bizzat talepte bulunabileceği gibi varsa iradî temsilcisi de şirkete borçlanmaya ilişkin talepte bulunabilir. Bu noktada özellikle pay sahibinin vekili niteliğinde avukatlar üzerinde durmamız gerekir. İradî temsilcisi sıfatına sahip avukatların vekili olduğu pay sahibinin payının bulunduğu anonim şirketten borçlanma talep etme yetkisi verildiği durumlarda avukatlar da pekâlâ ilgili anonim şirketten vekili oldukları pay sahipleri adına borç talep edebileceklerdir. Söz konusu talep yetkisi, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 74. maddesi uyarınca özel yetki verilmesini gerektiren bir hâl değildir.

Pay sahibinin iradî temsilcisi olabileceği gibi ilgili mevzuattan doğan yasal temsilcisi de olabilir. Söz konusu durumda pay sahipleri, pay sahipliğinden doğan hakları ve uyulması gereken yasakları yasal temsilcileri aracılığıyla kullanabilmekte ve uymaktadırlar. Dolayısıyla pay sahibinin şirkete borçlanma talebini yasal temsilcisi aracılığıyla kullanacak ve yasal temsilci, pay sahibi adına borç talep edecektir. Ancak bu noktada önemle belirtmeliyiz ki pay sahibi, kısıtlanıp kendisine vasi atanmışsa ve borçlanma işlemi Türk Medeni Kanununun 462. maddesindeki veraset makamında izin alma hususlarından birini taşıdığı takdirde vasiinin vesayet makamından izin alması zorunludur.

Paya birden çok kişi malik ise borçlanma talebi ancak ortak bir temsilci aracılığıyla kullanılabilir (TTK m. 477).

³³⁷ Aynı yönde bkz. Hızır, s. 281.

Pay sahibinin tüzel kişi olduğu durumlarda da borçlanma talebi, tüzel kişinin temsil yetkisini haiz kişisi tarafından yapılacaktır.

358. maddede pay sahibinin yönetim kurulundan hangi şekilde borç talep edebileceği düzenlenmemiştir. Buna göre pay sahibi (veya temsilcisi), borçlanmaya ilişkin talebini sözlü şekilde yapabileceği gibi yazılı şekilde de yapabilir. Kanımızca gerek isbat hukukundaki kesin delil olması sebebiyle gerekse de borçlanma işleminde ve sürecinde hukuka aykırı işlem yapılmasını önlemek amacıyla yönetim kurulunun, “borçlanılacak miktar”, “faiz”, “vade” gibi konuları kapsayan bir matbu “Borçlanma Talebi Formu” nu da tasarlaması mümkündür³³⁸. Söz konusu form sayesinde pay sahibi, şirketten borç talep ederken hangi hususları talebinde belirtip belirtmeyeceği endişesi taşımayacak olup anılan form üzerinden borç talep edebilecektir.

358. maddede borçlanma talebinin ne zaman yapılabileceği de düzenlenmemiştir. Kanaatimizce pay sahibinin, her zaman borçlanma talebinde bulunması mümkündür. Bu noktada akıllara borçlanma talebinin esas sözleşmeyle belirli bir zaman dilimi içerisine sıkıştırılabileceği ihtimâli gelse de kanımızca söz konusu düşünce, hem 340. maddenin hem de 358. maddenin özüne ve sözüne aykırılık teşkil edecektir. Bir başka ifade ile 358. maddenin değişikliğe uğradığı 15. maddenin gerekçesinde “acil ihtiyaç”tan bahsedilmesi ve acil ihtiyacın her an olabileceği sebeplerinden dolayı pay sahibinin, her zaman şirketten borç talep edebilmesi mümkündür.

³³⁸ Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Talebi Formu Örneği

Pay Sahibinin Adı ve Soyadı

Varsa Temsilcisinin Adı ve Soyadı

Talep Ettiği Borç (Ayni veya Nakdî)

Talep Nedeni

Şirkete Taahhüt Ettiği Sermayeden Doğan

Vadesi Gelmiş Borçları İfa Edip Etmediği

Talep Ettiği Borcu İçin Kefili

Borcun Vade Tarihi

Borca Uygulanacak Faiz Miktarı

2.1.4.5.Şirketin Borç Verilmesi Yönündeki Kararı

Pay sahiplerine borç verilebilmesi için bir yönetim kurulu kararına ihtiyaç vardır³³⁹. Söz konusu sonuç bir taraftan 358.maddenin ifâdesinden ve şartların mevcut olup olmadığını inceleme görevinin yönetim kurulunda olmasından, diğer taraftan da Türk Ticaret Kanununun 562. maddesinin beşinci fıkrasının “b” bendinde düzenlenen “358’inci maddesine aykırı pay sahiplerine borç verenler” ibaresinden anlaşılmaktadır³⁴⁰. Ancak bu noktada önemle belirtmeliyiz ki borç verme yetkisinin yetki devri uyarınca murahhas üye veya müdürlere de devredilmesi mümkündür.

Doktrinde her ne kadar bir grup yazar³⁴¹, pay sahibine borç verilmesini yönetim kurulu kararının yerine genel kurul kararı ile de verilebileceğini savunsa da kanımızca Türk Ticaret Kanununun 408. maddelerinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca genel kurulun yetkilerinin “sınırlı” nitelikte olması ve söz konusu sınırlı yetkiler içerisinde borç verme yetkisinin öngörülmemesi sebebiyle pay sahibinin şirkete borçlanma talebinin genel kurulca karara bağlanması mümkün değildir.

Yönetim kurulu, esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde üye tam sayısı ile toplanıp pay sahibine borç verilmesi ile ilgili kararını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır (TTK m.390/II)³⁴².

Borçlanma talebine ilişkin kararda yönetim kurulu üyeleri, birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi toplantılara da vekil aracılığıyla katılamazlar (TTK m. 390/II). Kararda oylar eşit olduğu durumda borçlanma konusu gelecek toplantıya bırakılır ve ikinci toplantıda da eşitlik olursa pay sahibinin borçlanma talebi reddedilmiş sayılır (TTK m. 390/III).

Üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, borçlanma talebine ilişkin yönetim kurulu kararı, kurul üyelerinden birinin borçlanma talebi konusunda yaptığı karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam

³³⁹ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323; **Kendigelen**, s. 245; **Özkorkut**, Değişiklikler, s. 53; **Üçışık/Çelik**, s. 533; **Çeker**, s. 664-665; **Hızır**, s. 239; **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 70-71; *Kırca*'ya göre pay sahiplerine borç verilmesi için yönetim kurulu kararına ihtiyaç olmayıp ve şirket adına borç verme yetkisine sahip organ veya temsilci bu işlemi yapabilir, şirket adına pay sahibiyle ödünç sözleşmesi akdedebilir (**Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, s. 682).

³⁴⁰ Aynı yönde bkz. **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323; **Kendigelen**, s.244.

³⁴¹ **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, s. 681-682; **Cinbaş**, s. 83; *Hızır*, genel kurul onayını şirkete borçlanmanın zorlaştırılması yollarından biri olduğunu savunmaktadır (**Hızır**, s. 239).

³⁴² Şirketlerin, esas sözleşmede şirkete borçlanma kararını verecek yönetim kurulunun toplanma ve oylama oranlarının ağırlaştırması gerektiği konusunda görüş için bkz. **Hızır**, s. 237-238.

sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması bu yolla alınacak kararın geçerlilik şartıdır.

Onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi kararın geçerliliği için gereklidir (TTK m. 390/IV). Pay sahibinin borçlanmasına ilişkin yönetim kurulu kararının geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır (TTK m.390/V).

Yönetim kurulu, pay sahibinin borçlanma talebini incelerken öncelikle 358. maddede düzenlenen pay sahibinin vadesi gelmiş sermaye taahhüdünden doğan borçlarını îfâ edip etmediğini ve borçlanma talebi tarihinde şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olup olmadığını incelemelidir. 358. maddedeki şartların sağlandığı anlaşıldıktan sonra yönetim kurulu, (varsa) yukarıda belirttiğimiz Borçlanma Talebi Formu'ndaki bilgilerin eksiksiz doldurulup doldurulmadığına bakacaktır. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; peki yönetim kurulu, "Borçlanma Talebi Formu"nda bir eksiklikle karşılaşırsa pay sahibinin borçlanma talebini reddedilmeli midir?

Söz konusu sorunun cevabı formdaki eksiklikler sebebiyle borçlanma kararı verilip verilemeyeceğine göre değişmektedir. Örneğin, pay sahibi formda şirkete borçlanmak istediği miktarı belirtmemiş ise veya formda sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş ödenmemiş bir borcu belirtmiş ise yönetim kurulu, borçlanma talebini reddedecektir. Fakat pay sahibi, formu doldururken adını veya soyadını yanlış yazmış olmasına karşın pay sahibinin kim olduğu şirketin pay sahiplerine ilişkin bilgi sisteminden anlaşılabilirdiği durumda yönetim kurulunun, borçlanma talebini reddetmesi doğru değildir.

Yönetim kurulunun, sadece doldurulan formdaki bilgilere göre borçlanma karar vermesi yeterli değildir. Daha geniş bir ifade ile pay sahibinin aslında îfâ etmemiş olmasına karşın kasten veya ihmalen formda sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını îfâ ettiğini belirtmesi sonucu yönetim kurulu, formdaki beyanı esas alıp da borç verilmesi yönündeki kararını verdiğiğinde şirketin söz konusu hukuka aykırı borçlanmadan doğan zararlarını yönetim kurulu üyeleri tazmin

etmekle yükümlüdür (TTK m.553). Dolayısıyla borçlanma talebi incelenirken inceleme toplantısında mutlaka ara bilânço çıkaracak ve borç talep eden pay sahibinin sermaye taahhüdünden vadesi gelmiş borcunu ifâ edip etmediğini kontrol edebilecek yetkili birinin de (şirketin malî müşaviri gibi) olması gerekir.

Yönetim kurulu, “Borçlanma Talebi Formu” nun eksiksiz doldurulduğu kanaatine vardıldıktan sonra borçlanma talebinin esasının incelenmesine geçer. Borçlanma talebinin esasının incelenmesinde pay sahibine verilecek borcun niteliği, miktarı, faiz oranı ve vade hususları malvarlığının korunması ilkesi ve eşit işlem ilkesine göre değerlendirecektir. Söz konusu değerlendirmelere ek olarak yönetim kurulu, borç verilmesi işleminde şirket aleyhine hileli bir anlaşmanın olup olmadığını da araştırmakla yükümlüdür (TTK m.369)³⁴³.

2.1.5.Şirkete Borçlanma Araçları ve Verilecek Borçta Bulunması Zorunlu Nitelikler

2.1.5.1. Ön Açıklamalar

Kanun koyucu, 358. maddeyi düzenlerken sadece pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesinin şartlarını ve söz konusu şartların sağlanmaması durumunda şirkete borçlanma yasağının meydana geleceğini hüküm altına almış olup maddede geçen şartların sağlanması durumunda anonim şirketin pay sahibine hangi araçlarla ve şartlarla borç vereceğini düzenlememiştir. Kanımızca kanun koyucunun bu soruların cevabını hükme bilinçli olarak koymadığını söylemek güçtür. Çünkü şirkete borçlanma yasağının Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen bir diğer maddesi olan 395. maddenin ikinci fıkrasında hangi borçlanma araçlarının şirkete borçlanma yasağını meydana getirdiği tek tek sayılmışken 358. maddede borçlanma araçlarının sayılmamış olmaması yerinde değildir. Konunun daha iyi bir şekilde anlaşılması adına kanun koyucunun sorgulamadığı yukarıda belirttiğimiz soruların teker teker cevaplandırılmasında yarar vardır.

³⁴³ Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat), s. 681.

2.1.5.2. Şirkete Borçlanma Araçları

358. maddedeki şirkete borçlanabilme şartları sağlandıktan sonra, şirkete hem nakit hem de aynı borçlanılması mümkündür³⁴⁴. Bu noktada Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ödünç sözleşmeleri olan tüketim ödünç (karz) sözleşmeleri gündeme gelmektedir.

Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 386). Tüketim ödünç sözleşmesi için sözleşme konusu bir miktar para veya misli bir eşyanın bulunması, ödünç verenin tüketim ödünç konusunun mülkiyetini ödünç alana geçirmeye borçlanması ve ödünç alanın miktar ve vasıfta eşit aynı neviden diğer şeyleri geri vermeyi taahhüt etmesi gerekir. Sözleşmenin kurulması, herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir³⁴⁵.

Anonim şirket bir miktar parayı³⁴⁶ ya da tüketilen misli bir şeyi³⁴⁷ pay sahibine devretmeyi ve pay sahibi de makul bir vade içerisinde aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlenmektedir³⁴⁸.

Yukarıda belirttiğimiz aynı ve nakdî borçlanma araçlarının yanında bir diğer şirkete borçlanma yasağı düzenlemesi olan 395. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan borçlanma yasaklarının da 358. madde kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Doktrinde *Tamer*³⁴⁹, 395/II'de sayılan borçlanma yasağı araçlarının 358. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazar, 26 milyon derdest icra takibinin olduğu Türkiye'de³⁵⁰ optimist bir bakış açısıyla 358. maddedeki yasağın geniş yorumlanmaması ve 395/II'de sayılan borçlanma yasağının süjelerinin pay sahibi olmaması sebebiyle 395/II'deki borçlanma yasağı araçlarının

³⁴⁴ **Kendigelen**, s. 284; **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323; **Çeker**, s. 663; **Bilgili/Demirkapı**, s. 396; **Hızır**, s. 235-236; **Tamer**, s. 104; **Kırca**, şirkete borçlanmanın sadece nakdî şeklinde olacağını savunmaktadır (**Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 679).

³⁴⁵ Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 732-734.

³⁴⁶ Bu noktada paranın birimi önem taşımamakta olup kanımızca kripto paralar da borçlanma kapsamında sayılmalıdır.

³⁴⁷ Para dışında misli bir şeyin sözleşmeye konu olamayacağı konusunda görüş için bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 679.

³⁴⁸ **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 681.

³⁴⁹ **Tamer**, s. 106.

³⁵⁰ Kaynak için bkz. http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/icraiflâs/1.pdf, E.T. 19.1.2018.

358. maddede uygulanmaması gerektiğini iddia etmektedirler. Bizim de katıldığımız bir grup yazar³⁵¹ ise 358. maddedeki yasağın malvarlığının korunması ilkesine uygun olarak geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar. Gerçekten de 358. maddenin dar yorumlanması düzenlemenin ruhuna aykırılık teşkil edeceği anlamına gelmekte olup şirketin kasasının 395/II'de sayılan borçlanma yasağı araçlarıyla hızlıca boşaltılması içten bile değildir. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; tüketim ödünçü sözleşmeleri gibi doğrudan pay sahibi ile anonim şirket arasında olmayan 395/II'e kıyasen uygulanan işlemler için pay sahibi ile anonim şirket arasında yazılı bir sözleşme yapılmalı mıdır?

Tüketim ödünçü sözleşmeleri gibi işlemlerin taraflarının pay sahibi ve anonim şirket olması sebebiyle söz konusu borçlanma araçlarının yanında ek bir yazılı sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Bu noktada sorun, pay sahiplerinin borcundan dolayı şirketin üçüncü kişilere kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi, ortakların borçlarını devralması, şirketin pay sahibi lehine imzalanan kontrgarantiler, aval, ciro, kabul gibi taahhütlerde ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki anonim şirket, pay sahibine borç verirken kural olarak borcun verilmesine ilişkin yazılı bir sözleşme yapmak zorunda değildir. Fakat pekâlâ yukarıda belirttiğimiz borçlanma araçlarının yanında pay sahibi ile anonim şirket arasında borcun verilmesine dair yazılı bir sözleşmenin de yapılması mümkündür.

Yazılı sözleşme yapılmasının önemi özellikle bilânço düzenlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de anonim şirket pay sahibine aval, kefalet, garanti veya taahhüt vermişse bu borç araçları bilânçoda gösterilmesi gerekmekte olup (TTK m.77) özellikle genel kurul toplantılarında borçlanmaya ilişkin yazılı sözleşmelerin, hazırlanan bilânçoların yanında sunulması mümkündür. Yazılı sözleşme yapılması aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ve isbat hukuku ile de doğrudan bağlantılıdır. Anonim şirketin finansal durumunun röntgeni çektiirmekle yükümlü olan yönetim kurulu üyeleri (TTK m.375/I-c), pay sahipleri ile yazılı bir sözleşme yapmadan verdikleri borçları açıklayamaz ve anonim şirket zarara uğrarsa yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının doğması kaçınılmazdır (TTK m.553). Buna ek olarak yazılı sözleşme, yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası

³⁵¹ Hızır, s. 236; Çeker, s. 663; Bilgili/Demirkapı, s. 493; Üçışık/Çelik, s. 502.

açıldıktan sonra da önemini korumakta olup Hukuk Muhakemeleri Kanununun³⁵² 200. maddesi uyarınca senetle isbat kuralına uygunluk taşımaktadır.

Borcun verilmesine dair sözleşmenin yazılı şekilde yapılması iradî nitelikte olsa da söz konusu kuralın istisnası tek pay sahipli anonim şirketlerde kendisini göstermektedir. Sözleşmenin yapılması sırasında, şirket tek pay sahibi tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TTK m.371/VI).

Yukarıda belirttiğimiz hususlar dışında bazı işlemler, “anonim şirkete borçlanma” sonucu doğurmakla beraber 358. madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Buna göre pay sahibine borç yükleyen fakat şirketin malvarlığına herhangi bir yük yüklemeyen işlemler, malvarlığının korunması ilkesine ayrılık teşkil etmemesi sebebiyle şirkete borçlanma yasağının kapsamına girmemektedirler. Örneğin anonim şirkete bir miktar parayı bağışlamayı üstlenen pay sahibinin bu borcu ifa etmemesi, şirkete borçlanma kapsamında değerlendirilmemektedir. Yine anonim şirketin alacağı olduğu üçüncü kişinin borcunu pay sahibinin üstlenmesi örneğinde de aynı sonuca varılması mümkündür³⁵³.

2.1.5.3. Verilecek Borçta Bulunması Zorunlu Nitelikler

Türk Ticaret Kanununun 358. maddesinin, 6335 sayılı Kanunun 15. maddesiyle değişmesini kanun koyucu, “*Maddede yapılan değişikliklerle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hâle 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, şirkete zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. Diğer taraftan, şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler*

³⁵² RG.: 04.02.2011, S. 27836.

³⁵³ Hızır, s. 236; Tamer, s. 105-106.

tarafından (borçlanmak suretiyle) kullanılması söz konusu maddelerde yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hâli “şirketin içinin boşaltılması” veya “şirketin hortumlanması” şeklinde tanımlayabiliriz. Bu durumda, yani şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullandırılması hâlinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 155 inci maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun veya bu şekilde gerçekleşen borçlanma sonucunda şirketin iflâsı hâlinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 161 inci maddesinde düzenlenen hileli iflâs suçunun oluşabileceği açıktır” şeklinde gerekçelendirmiştir.

Gereke her ne kadar bir “temenniden” ibaret olsa da kanun koyucunun iradesi doğrultusunda maddenin yorumlanmasında yarar vardır.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, 358. maddeye göre şirkete ister nakdî isterse de aynı şekilde borçlanılsın, borçlanmanın ancak malvarlığının korunması ilkesine uygun olarak, acil ihtiyaçlar doğrultusunda, makul bir vade olacak şekilde, karşılıklı ve yüksek olmayan miktarda mümkün olabileceğini aksi takdirde güveni kötüye kullanma veya hileli iflâs suçunun oluşabileceğini belirtmiştir.

Öncelikle pay sahibi şirkete ister nakdî isterse de aynı borçlansın söz konusu borçlanma, şirketin malvarlığını ve çıkar gruplarının menfaatlerini riske atmamalıdır. Aksi takdirde kanun koyucunun deyiimiyle “şirketin içinin boşaltılması” veya “şirketin hortumlanması” durumlarının meydana gelmesi muhtemeldir. Dolayısıyla borçlanma işleminin her aşaması, malvarlığının korunması ilkesi göz önünde bulundurularak incelenmelidir.

Kanun koyucu şirkete borçlanılabilecek miktar veya şeyin niteliğini de düzenlememiş olup sadece gerekçesinde yüksek tutarda borçlanılamayacağını belirtmiştir. Buna göre 1 milyon TL veya 1000 TL’de borçlanılabılır³⁵⁴. Aynı şekilde şirketin ödünç olarak verdiği taşınır veya taşınmazın büyüklüğü de önem taşımamaktadır. Kanımızca bu noktada ölçüt, anonim şirketin borçlanma sonucu kâr edemeyecek hâle gelmemesidir.

Pay sahiplerinin ticarî faaliyetlerini sadece bir anonim şirkette pay sahipliği sıfatını kullanarak sürdürmeleri, ticarî hayatın olağan akışına aykırıdır. Pay sahiplerinin, malvarlıkları yettiği ölçüde istedikleri gibi ticaret yapmaları

³⁵⁴ Hızır, s. 237; Tamer, s. 104-105.

mümkündür. Pay sahiplerinin, ticarî faaliyette bulunurlarken pekâlâ gerek piyasa koşulları gerekse de basiretsiz hareketleri sonucu ekonomik açıdan zor durumda kalmaları mümkündür. İşte diğer şartların da sağlanması şartıyla pay sahiplerinin, söz konusu “acil ihtiyaçları”nı anonim şirketten temin etmeleri mümkündür. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki pay sahiplerinin “acil ihtiyaçları” sadece ticarî işleri ve ticarî iş sahası kapsamında değerlendirilmekte olup kişisel nitelikteki adî iş sahasından doğan “acil ihtiyaçlar” sebebiyle şirkete borçlanmaları mümkün değildir.³⁵⁵

Pay sahibinin borcun konusuna duyduğu ihtiyaç, borç verilmesi kararını verecek olan yönetim kurulu tarafından iyi bir şekilde araştırılıp borcu talep eden pay sahibi ile diğer bir pay sahibi, yönetim kurulu üyesi veya üçüncü bir kişi arasında şirketin çıkarlarına aykırı bir hileli anlaşma tespit edilmişse de hileli anlaşmayı yapan pay sahibinin şirkete borçlanması engellenmelidir.³⁵⁶

Anonim şirketten alınan borcun en geç hangi süre içerisinde şirkete ifâ edilmesi gerektiği de önem arz eden bir diğer husustur. İfâ için vadenin çok uzun süreli belirlenmesi, kimi zaman şirketin alacağına kavuşamamasıyla eş tutulmaktadır. Kanun koyucu bu riskleri ortadan kaldırmak için gerekçesinde vade olarak “makul süre”yi belirtmiştir. Son derece “muğlak” bir ifâde olan “makul süre” kavramını her somut olayda anonim şirketin borçlanacağı araca ve bilânçolarına göre değerlendirmekte yarar vardır. (A) Anonim Şirketi’nde pay sahibine verilen 100.000 TL’lik nakit borcun iki ay sonra ödenmesi örneğinde iki ay, söz konusu anonim şirket için makul bir süre iken, bu süre (B) Anonim Şirketi için makul olmayabilir. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; Peki pay sahibinin, 358. maddedeki şartlara uygun şekilde borçlanmasından sonra borçlandığı tutarı henüz ifâ etmeden ikinci kez borçlanması mümkün müdür?

Bizim de katıldığımız *Hızır*’a göre 358. maddedeki şartlar karşılandıktan sonra ilk borçlanma işleminden doğan ifâ yükümü yerine getirilmeden şirkete bu bölümde belirttiğimiz usûller ve şartlar doğrultusunda ikinci kez borçlanması mümkündür.³⁵⁷

³⁵⁵ Çeker, s. 663; Hızır, s. 235; Üçışık/Çelik, s. 501; Yüce, Borçlanma Yasağı, s. 79; Aksi yöndeki görüş için bkz. Tamer, s. 105; Karahan/Coşkun, s. 364.

³⁵⁶ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 681.

³⁵⁷ Hızır, s. 238.

Anonim şirketin karşılıksız olarak pay sahibine borçlanması, şirketler hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu duruma göre kimsenin şirket kurmakla uğraşması ve kurumsallaşması gerekmeyecek olup herkes ticarî faaliyetlerini adî şirket şeklinde gerçekleştirecektir.

Kanun koyucu, her ne kadar madde metnine yansıtmasa da, söz konusu riski görmüş olup 358. maddenin gerekçesinde anonim şirketten alınacak borcun mutlaka karşılığının olması gerektiğini belirtmiştir. Sözlük anlamınca “bedel” karşılığına gelen karşılık³⁵⁸, kanımızca şirkete borçlanma konusunda geniş yorumlanması gerekmekte olup şirkete nakdî veya aynı borca karşılık olan her türlü bedel ve menfaat şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin işletme konusu yarış atı satışı olan bir anonim şirket, bir yarış atını makul bir süre için aynı konuda ticarî faaliyette bulunan bir pay sahibinin acil ihtiyaçları sebebiyle vermesi sonrası yarış atının, pay sahibinin ihtiyaçları doğrultusunda tutacağı form, anonim şirket için bir menfaat ve karşılıktır. Bu noktada tartışılması gereken bir diğer husus nakdî borçlanmalarda faizin, “karşılık” kavramı içerisinde ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir.

Belirli bir meblağ paranın alacaklısının bundan kendi iradesiyle veya iradesi dışında belli bir süre yoksun kalması karşılığında, taraflarca ve/veya kanunla belirlenen yüzdeler ölçüsünde alacaklıya sağlanan medenî bir semere olan faiz³⁵⁹ de pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağındaki “karşılık” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle anonim şirket tarafından pay sahibine verilecek olan nakdî borcun faizle verilmesi anonim şirketin menfaatine olmaktadır. Hatta kanımızca anonim şirketin pay sahibine faizsiz borç vermesi sonucu anonim şirketin menfaatlerine aykırı olması ve oluşacak muhtemel zarar sebebiyle ticaret hukuku anlamında borç kararını veren yönetim kurulu üyelerinin Türk Ticaret Kanunu uyarınca hukuki sorumluluğunun vergi hukuku bakımından ise örtülü kazanç dağıtımının gündeme gelmesi muhtemeldir. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesin yarar vardır; pay sahibine verilecek borçtaki faiz oranı hangi kıstasa göre belirlenmelidir?

Söz konusu sorunun cevabı verilmeden önce 2013 yılındaki konumuzla ilgili bir mevzuat değişikliğine bakmamızda yarar vardır. 6361 sayılı Finansal Kiralama,

³⁵⁸ TDK, “Karşılık”, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=-TDK.GTS.5a61e8ae7f60e8.74911205, E.T. 19.1.2018.

³⁵⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/ Nomer Ertan, s. 73.

Factoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 52. maddesi uyarınca 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklik uyarınca 6361 sayılı Kanun uyarınca “ikrazatçılık” kavramı kaldırılmış ve borç para verilmesi konusunda sadece katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile finansal kiralama şirketleri yetkilendirilmiştir (6361 sayılı Kanun m. 3/I-d). İşte bu noktada karşımıza Türk Ceza Kanununun³⁶⁰ 241. maddesinde, “*Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenen tefecilik suçu çıkmaktadır³⁶¹. Söz konusu maddenin lafzına baktığımızda “kazanç elde edilmesi” ifâdesinden “faiz”, “kişi” ifâdesinden de “gerçek veya tüzel kişiler “ anlaşılmaktadır³⁶².

Söz konusu kanun değişikliği sonrası uygulamada “*Acaba pay sahibine faiz karşılığı borç verildiğinde tefecilik suçu mu meydana gelecektir?*” şeklinde sorular sorulmaya başlanmıştır. Buna göre 241. madde uyarınca anonim şirketin pay sahibine vereceği borcun tefecilik suçu kapsamına girmesi için anonim şirketin, borç vermesinin meslek hâline gelip gelmediğinin³⁶³ veya başka pay sahiplerine de ödünç para vermesinin bir önemi bulunmamakta olup³⁶⁴ “kazanç elde etmek amacıyla” yalnızca tek bir pay sahibine³⁶⁵ bir kereliğine verilmesi³⁶⁶ yeterlidir³⁶⁷. Söz konusu

³⁶⁰ RG.: 12.10.2004, S. 25611.

³⁶¹ Tefecilik suçu ile şirkete borçlanma arasındaki bağ konusunda detaylı bilgi için bkz. Çetin Arslan, “Tefecilik Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2014, s. 25 vd.

³⁶² Arslan, s. 40-47.

³⁶³ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. “*Tefecilik suçu, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almamaktadır. Değişik zamanlarda ve farklı kişilere karşı tefecilik eylemini zincirleme biçimde işlediği kabul edilen sanık hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır.*” 5. CD., 1.12.2016, E. 2014/7739, K. 2016/9389 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁴ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. “*..tefecilik suçunun oluşabilmesi için kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para verilmesinin yeterli oluşu, ayrıca birden fazla kişiye sistemli olarak faiz karşılığı ödünç para verilmesinin suçun unsuru olarak aranmaması...*” 5.CD., 6.6.2016, E. 2014/6587, K.2016/5912 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁵ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. “*Tefecilik suçunu işleyen kişi, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi biçiminde tanımlanmıştır. Suçun oluşması için sanığın yalnızca bir kişiye ödünç para vermesi yeterli olup, bu işi meslek haline dönüştürüp dönüştürmemesinin öneminin bulunmamaktadır.*” 5.CD., 19.11.2015, E. 2013/13740, K. 2015/16500 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁶ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz.”... *maddede yazılı tipik hareketin bir kez işlenmesiyle oluşan sırf hareket suçu niteliğindeki tefecilik suçunun...*” 5. CD., T. 25.09.2013, E. 2012/10162, K. 2013/9307 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶⁷ Arslan, s. 42.

durum gerek uygulamada³⁶⁸ gerekse de doktrinindeki bir grup yazar³⁶⁹ tarafından da tartışılmış olup bizim de katıldığımız görüş uyarınca 241. maddede geçen “kazanç elde edilmesi” ifâdesinden “piyasadaki emsallere uygun hesaplanmayan faiz”in anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Bir başka ifâde ile pay sahibine verilecek borçtaki faizin “piyasa düzeyinde” belirlenmesi verilecek borçtaki faiz oranı bakımından hem ticaret hukukuna aykırılığın meydana gelmemesi³⁷⁰ hem vergi hukuku bakımından vergi zıyayı suçunun hem de Türk Ceza Kanunu bakımından tefecilik suçunun³⁷¹ vücut bulmaması açısından bir kıstastır.

Anonim şirketin pay sahibine borç vermesi ticarî iş sayılmaktadır (TTK m.3). Verilecek borçta kararlaştırılacak faiz, anonim şirket tarafından piyasa şartları göz önünde bulundurularak serbestçe belirlenmekte olup (TTK m.8) borç aracı, Türk Ticaret Kanunu kapsamında birleşik faizin uygulanacağı ticarî nitelikteki tüketim ödücü sözleşmeleri olan borçlanmalarda da anonim şirket pay sahibinden birleşik faizin talep edilmesi, TTK m. 533 uyarınca sorumluluğun meydana gelmemesi açısından zorunludur³⁷². Söz konusu durum, “malvarlığının korunması ilkesi” ve “karşılık” esası ile doğrudan bağlantılı olduğu gibi aynı zamanda pay sahibinin borç alacağı ve piyasanın dengeleriyle de ilgilidir. Bir başka deyişle pay sahibi, anonim şirkete karşı nakdî veya ayni borçlanmada anonim şirket yukarıda belirttiğimiz hususlar yanında kararlaştırılacak faiz de emsallere uygunluk ilkesine uygun olmalıdır³⁷³. Örneğin pay sahibine verilecek borcun faizi piyasada %10 ise anonim şirket de en az %10 üzerinden faizi belirlemelidir. Aksi takdirde söz konusu borçlanmalar pay sahipleri açısından bir kazanç kapısı hâline gelecektir³⁷⁴.

³⁶⁸ **Denge İstanbul Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş.**, “90 Sayılı KHK’nın Yürürlükten Kaldırılması Nedeniyle Şirketlerin Ortaklarına, Çalışanlarına, İştiraklerine ve Diğer Tüzel ve Gerçek Kişilere Faiz Karşılığı Verdikleri Borçlar Türk Ceza Kanunu Uyarınca Tefecilik Kapsamında Değerlendirilecektir (2013/205 sayılı sirküler)”, 1.11.2015, <http://www.dengeakademi.com/Files/Circular/1111.pdf>, (E.T. 12.05.2017); **Ankara Yeminli Mali Müşavirler Odası**, Mevzuat İzleme ve Değerlendirme Komisyonu Kararı <http://www.ankarabarasu.org.tr/upload/HD/Duyurular/20170203ymmo-ek.pdf>, (E.T. 12.05.2017).

³⁶⁹ Güray **Öğrendik**, “İlişkili Kişilere Faiz Karşılığı Borç Veren Bir Şirket Tefeci Midir?”, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Sayı: 138, 2015, s. 124-134; **Altınel**, s. 253.

³⁷⁰ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 324.

³⁷¹ **Öğrendik**, s. 124-134.

³⁷² **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s.680.

³⁷³ **Çeker**, s. 664.

³⁷⁴ **Tamer**, s. 107.

2.1.6. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanmasının Alternatif Yolu: Kâr Payı Avansı

Pay sahibinin şirkete borçlanmak istemesinin nedeni borçlanmak istediği andaki çektiği ekonomik sıkıntılardır. Gerçekten de pay sahibi şirketten alacağı borç ile çektiği ekonomik sıkıntıları kısmen veya tamamen giderme amacı taşımaktadır. Fakat yukarıda da görüldüğü üzere pay sahibine borç verilmesi işleminin uzun sürmesi veya borç verilmesi şartlarının hiç gerçekleşmemesi (örneğin şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını hiçbir zaman karşılamaması gibi) olasılığı da bulunmaktadır. Diğer taraftan şirketin kâr etmesinin beklenmesi ve akabinde kâr payının dağıtılmasının beklenmesi de pay sahibi açısından makul bir yol değildir. İşte bu noktada “kâr payı avansı” devreye girmektedir.

Türk Ticaret Kanununun 509. maddesinin üçüncü fıkrasına uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nca çıkarılan Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ’in “Tanımlar” başlıklı dördüncü maddesinde kâr payı avansı, “*kâr payından mahsup edilmek üzere ara dönem finansal tablolara göre oluşan kârlar üzerinden bu Tebliğ hükümlerine göre hesaplanan tutar*” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere pay sahiplerine, dönem sonunda hak kazanmaları muhtemel olan kâr paylarına mahsup edilmek üzere belli kurallar çerçevesinde avans niteliğinde kâr payı verilebilmektedir.

Anılan Tebliğ’in 5. maddesine göre şirketin kâr payı avansı dağıtabilmesi için, şirket genel kurulunca kâr payı avansı dağıtılmasına ilişkin karar alınması ve kâr payı avansı dağıtılacak hesap döneminde hazırlanan üç, altı veya dokuz aylık ara dönem finansal tablolara göre kâr edilmiş olması gereklidir.

Dağıtılacak kâr payı avansı; varsa geçmiş yıllar zararlarının tamamının, vergi, fon ve malî karşılıkların, kanunlara ve sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçelerin, varsa imtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri ve kâra katılan diğer kişiler için ayrılacak tutarların, oluşan ara dönem kârından indirilmesi suretiyle hesaplanır. Ödenecek kâr payı avansı, bu şekilde hesaplanan tutarın yarısını geçemez (Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ m. 7/I). Aynı hesap dönemi içinde izleyen ara dönemlerde de kâr oluşması hâlinde dağıtılacak kâr payı avansı tutarı

birinci fıkrada belirtilenlerin yanı sıra önceki ara dönem veya dönemlerde ödenmiş olan kâr payı avansı tutarları da indirilerek hesaplanır. Ödenecek kâr payı avansı, bu şekilde hesaplanan tutarın yarısını geçemez (Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ m. 7/II)³⁷⁵.

Kâr payı avansı, dağıtım tarihleri itibarıyla ortaklara payları oranında ödenir (Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ m.8/I). Kâr payı avansı, kârdan imtiyazlı paylara imtiyaz dikkate alınmadan ödenir. İntifa senedi sahiplerine, ortak olmayan yönetim organı üyelerine ve ortaklar dışında kâra katılan diğer kimselere kâr payı avansı ödenemez (Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ m.8/II). Pay sahiplerinin sermaye taahhüt borçları dışında şirkete borçlu olmaları hâlinde söz konusu borç, pay sahibine ödenecek kâr payı avansından mahsup edilir (Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ m.8/III).

Görüldüğü üzere yukarıda belirttiğimiz dağıtılabilir kâr payı avansı tutarının hesaplanması ve kâr payı avansının dağıtılmasına ilişkin genel kurul kararı ile birlikte pay sahibi, şirkete borçlanmak yerine pekâlâ söz konusu ekonomik

³⁷⁵ **Kâr Payı Avansı Tutarının Hesaplanmasına İlişkin Tablo**

ARA DÖNEM KÂRI
Varsa Geçmiş Yıl Zararları (-)
Kurumlar Vergisi (-)
Gelir Vergisi Kesintileri (-)
Diğer Vergi ve Benzerleri (-)
1. Tertip Kanûnî Yedek Akçeler[1] (-)
İsteğe Bağlı Yedek Akçeler[2] (-)
İmtiyazlı Pay Sahipleri İçin Ayrılan Tutar* (-)
İntifa Senedi Sahipleri İçin Ayrılan Tutar* (-)
Kâra Katılan Diğer Kimseler İçin Ayrılan Tutar* (-)
Varsa Daha Önceki Ara Dönemlerde Ödenen Kâr Payı Avansı Tutarı (-)
KÂR PAYI AVANSINA ESAS TEŞKİL EDEN TUTAR
Kâr Payı Avansına Esas Teşkil Eden Tutarın Yarısı (-)
DAĞITILABİLECEK KÂR PAYI AVANSI TUTARI
2. Tertip Kanûnî Yedek Akçeler[3](-)
ÖDENECEK KÂR PAYI AVANSI TUTARI

(-) İndirimleri ifade eder.

[1] Ara dönem finansal kârın %5'i, ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar genel kanûnî yedek akçe olarak ayrılır. Bu sınıra ulaşıldıktan sonra da;

a) Yeni paylar çıkarılmışsa sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı,

b) Varsa iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerlerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşürülmesinden sonra kalan kısmı, genel kanûnî yedek akçe olarak ayrılır.

[2] Kanununun 521 inci ve 522 nci maddelerine istinaden ayrılması gereken tutar belirtilir.

* Sözleşmede hüküm bulunması durumunda yer verilir.

[3] Dağıtılabilir kâr payı avansı tutarının %10'u 2. tertip yedek akçe olarak ayrılır.

ihtiyaçlarını dağıtılabılır kâr payından karşılması mümkündür. Bir başka ifade ile şirkete borçlanması alternatif, kâr payı avansıdır³⁷⁶. Bu noktada ilk bakışta dağıtılabılır kâr payı avansı için gereken genel kurul kararı için genel kurulun toplanma prosedürlerinin uzun olacağı ve söz konusu kurumun pay sahibinin “acil ihtiyaçları” ile bağdaşmayacağı şeklinde sonuç çıkabilir. Fakat her ne kadar olağan genel kurul toplantılarının ancak belirli bir süre (her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içerisinde) içerisinde gerçekleşecek idiyse de gerek yönetim kurulunun gerekse de azınlık niteliğine sahip pay sahiplerinin kâr payı avansının dağıtılmasına ilişkin olağanüstü genel kurul toplantısı yapılmasına ilişkin talepte bulunmaları mümkündür (TTK m.409 ve 411).

Olağanüstü genel kurul toplantısında bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, çağrıya ilişkin usûle uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilir ve toplantı nisabı varolduğu sürece karar alabilirler (TTK m.416/I). Olağanüstü genel kurul, Türk Ticaret Kanunu’nda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz (TTK m.418/I). Kâr payı avansının dağıtımına ilişkin karar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir (TTK m.418/II). Genel kurul tarafından kâr payı avansı dağıtılmasına karar verilmesi ve ara dönem finansal tablolara göre de kâr edilmiş olması sonrasında şirketin yönetim kurulu, Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ’in 9. maddesinde sayılan görevleri yerine getirdikten sonra pay sahiplerine kâr payı avansı dağıtılacaktır.

Görüldüğü üzere kâr payı avansı, çağrısız ve gündeme bağlı olmayan bir olağanüstü genel kurul toplantısıyla hızlı ve kolay bir şekilde alınabilmekte ve böylece pay sahibinin şirkete borçlanmasına gerek kalmamaktadır.

³⁷⁶ **Kendigelen**, s. 246; **Bora**, s. 103 vd. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. D. **Yılmaz**, s. 121-123.

2.2.PAY SAHİBİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN PAY SAHİBİ OLMAYAN YAKINLARI AÇISINDAN ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI (TTK M. 395/II)

2.2.1.Yasal Düzenleme

Şirkete borçlanma yasağına ilişkin Türk Ticaret Kanununun 395. maddenin ikinci fıkrası, 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramasından sonra “Şirketle İşlem Yapma, Şirkete Borçlanma Yasağı” başlığı altında “*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir*” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni metinde, 6335 sayılı Kanun dönemi öncesindeki düzenlemeye göre kimlere ve ne şekilde uygulanacağı konusunda değişikliklere gidilmiştir. Söz konusu bu hususlara değinmeden önce 395. maddenin birinci maddesinde bulunan “şirketle işlem yapma yasağı” düzenlenmesinin kısaca incelenmesinde yarar vardır³⁷⁷.

Genel kuruldan izin almadan, yönetim kurulu üyesi gerçek kişinin ya da tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin gerçek kişin temsilcisinin veyahut onların yetkilendirdiği temsilcilerin, kendisi veya başkası adına, bizzat veya dolayısıyla işletme konusuna giren ya da girmeyen bir hukukî işlemi anonim şirket ile yapması şeklinde tanımladığımız şirketle işlem yapma yasağı³⁷⁸ 865 sayılı ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunlarında düzenlenmiş olup³⁷⁹ 380 6102 sayılı Kanunun 395. maddenin

³⁷⁷ Türk Ticaret Kanununun 1534. maddesi uyarınca kenar başlıklarının metne dahil olması ve 395. maddenin kenar başlığının “Şirketle İşlem Yapma, Şirkete Borçlanma” şeklinde düzenlenmesi de “şirketle işlem yapma yasağı”nın kısaca incelenmesini bizler açıdan kanımızca zorunlu kılmaktadır.

³⁷⁸ Doktrindeki farklı tanımlar için bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s.370; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.460; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s.401; Şirketle işlem yapma yasağı konusunda detaylı bilgi için bkz. Erol **Ulusoy**, Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.1 vd.; Ali Haydar **Yıldırım**, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Düzenleyen veya Lehtar Sıfatına Sahip Olduğu Bononun Hukukî Durumu”, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi - Sayı:17, 2012, s. 92 vd.

³⁷⁹ **865 sayılı Türk Ticaret Kanunu**

MADDE 323-(1) Meclisi idare azasından biri heyeti umumiyeden izin almadan kendi veya şahsı ahar namına bizzat veya bilvasıta şirketle bir muamelei ticariye yapamaz. Aksi takdirde şirket muamelei vakıanın butlanını iddia edebilir. Aynı hak tarafı diğer için mevcut değildir.

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

birinci fıkrasında “Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.” şeklinde hüküm altına alınmıştır³⁸¹. Madde uyarınca şirketle işlem yapma yasağının kapsamına sözleşmeler, tek taraflı hukukî işlemler, kambiyo senedi düzenlenmesi ve tapu sicili işlemleri girermektedir. Tüketici sözleşmeleri, bir borcun ifası niteliğindeki işlemler, borsa ve cari fiyatlar üzerinde yapılan işlemler, şirkete sadece karşılıksız kazanma sağlayan işlemler, tali yükümlerin yerine getirilmesine yönelik işlemler, pay devrinin pay sahipleri defterine kaydı işlemleri, şirketin kendi paylarını satın ve rehin alması ve yeni payların sayın alınması işlemleri ise şirketle işlem yapma yasağı kapsamında değildir³⁸². Şirketle işlem yasağının meydana gelmesi için işlem yapan taraflardan birinin yönetim kurulu üyesi olması, yönetim kurulu üyesinin şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapması, esas sözleşmede şirketle işlem yapılmasına izin veren bir hüküm bulunmaması ve genel kuruldan izin alınarak yasağın kaldırılmamış olması gerekir³⁸³.

2.2.2.Şirkete Borçlanma Yasağının Süjeleri

2.2.2.1.Ön Açıklamalar

TTK 395/II’de kimlerin şirkete düzenlemedeki borçlanma araçlarına göre borçlanamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu kişiler, pay sahibi olmayan yönetim

Hareket Serbestisinin Tahdidi:

Şirketle Muamele Yapma Yasağı:

MADDE 334- (1) İdare meclisi azalarından biri umumi heyetten izin almadan kendi veya başkası namına bizzat veya dolayısıyla şirketle şirket konusuna giren bir ticarî muamele yapamaz. Aksi takdirde şirket yapılan muamelelerin batıl olduğunu iddia edebilir. Aynı hak diğer taraf için mevcut değildir. Bankalar Kanununun hususi hükümleri mahfuzdur.

³⁸⁰ 6762 sayılı Kanun dönemindeki şirketle işlem yapma yasağı düzenlemesine yönelik eleştiriler için bkz. Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XVII, S.2, 1970, İşlem Yasağı, s.85 vd.; Gönen **Eriş**, Açıklamalı- İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 2309; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.460; **Karahan/Arslan**, s. 429; **Athhan**, s.1961.

³⁸¹ Türk Ticaret Kanununun 395/I düzenlemesinin eski düzenlemelerle karşılaştırılması konusunda detaylı bilgi için bkz. Sabih **Arkan**, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 13-14.05.2005, s. 50; **Bahtiyar**, Değerlendirme, s.75; **Kendigelen**, s. 283; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 665; **Athhan**, s.1961-1962.

³⁸² **Yıldırım**, s. 92 vd.; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 669; **Ulusoy**, s. 154.

³⁸³ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 371-372; **Üçışık/Çelik**, s. 498-500. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ulusoy**, s. 127-152.

kurulu üyeleri ve yönetim kurulu üyelerinin, pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan alt veya üstsoyu, eşi veya üçüncü derece dahil kan ve kayın hısımlarıdır. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki 395/II'deki hükümlerin uygulanmasında bahsi geçen işlemleri şirket adına kimin yaptığının bir önemi yoktur. Anonim şirket adına bu işlemler ister ilgili yönetim kurulu üyesi ister başka bir kişi tarafından yapılsın, her iki durum da ikinci fıkranın kapsamına girmektedir. Böylece söz konusu işlemde şirket adına hareket eden başka bir üye olsa bile hüküm ihlal edilmiş olacaktır³⁸⁴.

Bu bölümde dikkat edilmesi gereken bir başka husus da 358. madde kapsamında borç vermeye yetkili yönetim kurulu ile 395/II'de sayılan kişiler arasında 395/II. maddedeki borçlanma yasağını delme saikiyle yaptıkları hileli sözleşmelerdir. Daha geniş bir ifâde ile örneğin anonim şirketin, şirketin yönetim kurulu üyesinin abisine 395/II. madde kapsamında nakit para vermesi mümkün değil iken söz konusu yönetim kurulu üyesinin, dış dünyaya kendisinin ihtiyacı varmış gibi gösterip 358. madde kapsamında şirketten nakit borç alması mümkündür³⁸⁵. Kanımızca bu gibi hileli anlaşmaların engellenmesi, anonim şirketlerin yukarıda belirttiğimiz gibi bir “Borçlanma Talebi Formu” hazırlamalarına ve söz konusu formdaki bilgilerin detaylı bir şekilde incelenmesine bağlıdır.

2.2.2.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri

Türk Ticaret Kanununun yönetim kurulunun niteliklerini düzenleyen 359. maddesi uyarınca, 6762 sayılı Kanunun 312/II'deki düzenlemesinden farklı olarak, kişinin yönetim kurulu üyesi olabilmesi için pay sahibi olması koşulu aranmamaktadır. Buna göre pay sahibi olmayan kişiler de 359. madde sayesinde yönetim kurulu üyesi olabilmektedir (TTK m.367). Söz konusu durumun çalışma konumuz bakımından önemi bu kişilerin 395. maddenin ikinci fıkrasındaki “Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeler” kapsamına girmesidir.

Kanun koyucu pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin yalnızca gerçek kişi olacakları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Buna göre tüzel kişilerin de

³⁸⁴ Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat), s. 674.

³⁸⁵ Doktrindeki konu ile ilgili aynı çekinceleri belirten yazarlar için bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s.461; Kendigelen, s. 284; Karahan/Arslan, s. 431.

pekâlâ pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi olması mümkündür. Bu noktada karşımıza pay sahibi olmayan tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin de 395. maddenin ikinci fıkrasındaki yasağın sùjelerinden biri olup olmadıkları sorunu ortaya çıkmaktadır. *Kendigelen*, tüzel kişiler için yasağın tamamen kaldırıldığını ve 395/II. maddenin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi tüzel kişiler için uygulanmayacağını savunurken³⁸⁶, bizim de katıldığımız görüş olan *Kırca*'ya göre hüküm hem tüzel kişinin kendisi hem de 359/II uyarınca tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi için de, gerçek kişinin pay sahibi olmaması koşuluyla, uygulama alanı bulmalıdır³⁸⁷. Gerçekten de her ne kadar hükmün lafzında konuyla ilgili bir ifâde bulunmasa da hükmün amacı, hükmün yukarıda belirttiğimiz şekilde yorumlanmasını gerektirir.

Bu sùje kümesinde cevaplanması gereken bir başka sorun yönetimin temsilinde görev yapması muhtemel üçüncü kişiler olan “muraahhas müdür”lerin 395/II'deki yasağın sùjesi olup olmadığıdır.

Türk Ticaret Kanununun “Temsil Yetkisi” üst başlığında 370. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen muraahhas müdürlerin yetkileri, yönetim kurulu tarafından kendilerine devredilen görevlerle sınırlıdır. Dolayısıyla kanımızca muraahhas müdürler 395/II kapsamında değerlendirilmemelidir. Söz konusu sonuç, Türk Ticaret Kanununun 371/VII. maddesi uyarınca temsile yetkili olmayan veya şirkete hizmet akdi ile bağı olan yönetim kurulu üyelerinin sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğere tacir yardımcıları olarak atanması durumunda da geçerlidir.

2.2.2.3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Pay Sahibi Olmayan Yakınları

Türk Ticaret Kanununun 395/II. hükmünde düzenlenen pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin yanında bir diğere şirkete borçlanma yasağının sùjeleri 393. maddede sayılan kişilerdir. 393. madde uyarınca şirkete borçlanma yasağına tâbi kişiler, yönetim kurulu üyesinin alt ve üst soyundan biri ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarıdır.

Bir kişinin belli bir kişi grubu içerisinde belli duruma gelmesinin sağlanmasını ifâde eden hısımlık, kendi içerisinde kan, kayın ve evlat edinmeden

³⁸⁶ *Kendigelen*, s.284, dn.119.

³⁸⁷ *Kırca* (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 672.

doğan hısımlık şeklinde üçe ayrılmaktadır. Kan hısımlığı, birbirinden üreyen ya da ortak bir kökten üreyenlerin aralarındaki bağıdır³⁸⁸. Türk Medenî Kanununun 17. maddesi kan hısımlığını, “üstsoy- altsoy hısımlık” ve “yansoy hısımlık” şeklinde şekilde ikiye ayırmıştır. Üstsoy-altsoy kan hısımlığı, birbirinden üreyenlerin hısımlığı şeklinde ifade edilirken ortak kökten üreyenlerin hısımlığına da yansoy hısımlığı denir³⁸⁹. Kan hısımlığının derecesinin hesaplanmasına baktığımızda hısımlık, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile ölçülmektedir (TMK m.17). Kayın hısımlığı ise bir kimsenin eşinin kan hısımları ile olan hısımlık bağıdır³⁹⁰. Kayın hısımlığının derecesi, kan hısımlığının derecesinin aynısıdır. Buna göre 395. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen borçlanma yasağının 393. maddede sayılan sülheleri; yönetim kurulu üyesinin, pay sahibi olmayan dedeleri, nineleri, büyük baba ve büyük anaları ile ana ve babası (üçüncü derece de dâhil üstsoy kan hısımları), çocukları, torunları ve torun çocukları (üçüncü derece de dâhil altsoy kan hısımları), yönetim kurulu üyesinin eşinin, anası ve babası, hem anasının hem babasının dedeleri, nineleri, büyük ana ve babaları (üçüncü derece dâhil üstsoy kayın hısımları), kardeşi ve kardeşinin çocuklarıdır (üçüncü derece dâhil altsoy kayın hısımlarıdır).

Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; yönetim kurulu üyesinin evlat edindiği kişi ve onun hısımları da 395/II'deki yasak kapsamında değerlendirilmeli midir?

Yapay hısımlık, mahkemece evlat edinme kararının verilmesiyle birlikte evlatlık ile evlat edinen arasında kanun gereği doğan hısımlıktır³⁹¹. Gerek 393. maddenin lafzında gerekse de gerekçesinde evlat edinmeden doğan hısımlığın söz konusu hükme uygulanacağına dair bir ifade bulunmamaktadır. Mahkemenin kararı sonrası evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlatlık arasında kendiliğinden bir soybağı ilişkisi meydana gelirse de söz konusu ilişki kan bağına dayanmaması sebebiyle hısımlık sadece evlat edinen ile evlatlık arasında doğmaktadır. Bu sebeple

³⁸⁸ Kemal **Oğuzman**, Özer **Seliçi**, ve Saibe **Oktay- Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, (Kişiler Hukuku), s. 116; Jale **Akıpek**, Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*, C.I, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 454.

³⁸⁹ **Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 116; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 455-456.

³⁹⁰ **Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 118-119; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 455-456.

³⁹¹ **Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, s. 119-120; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s.466.

evlatlık, evlat edinenin kan ve kayın hısımlarıyla hısım olamayacağı gibi, evlat edinen ile evlatlığın hısımları arasında da herhangi bir hısımlık ilişkisi meydana gelmez³⁹². Kanımızca evlat edinen yönetim kurulu üyesi ile evlatlık arasında hısımlığın meydana gelmesi sebebiyle 395/II'deki şirkete borçlanma yasağı evlat edinen için de geçerli olurken evlat edinilenin hısımları bakımından uygulama alanı bulamamaktadır. Yine aynı şekilde yönetim kurulu üyesi evlat edinildiğinde evlat edinenin 395/II kapsamında değerlendirilmesi gerekirken evlat edinenin hısımları, yasak kapsamına girmemektedir.

Soybağı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da yönetim kurulu üyesinin, bir çocuğu tanıdığına veya babalık hükmü sonucu babalığına karar verildiğinde tanınan veya yönetim kurulu üyesinin babası olduğu yargı yoluyla hükmedilen çocuğun, 395/II'deki borçlanma yasağına tâbi olup olmayacağıdır.

Yönetim kurulu üyesi, çocuğu tanıdığına veya çocuğun babası olduğu bir mahkeme kararı ile kesinleştiğinde, yönetim kurulu üyesi baba ile çocuk arasında soybağı kurulur (TMK m.282). Dolayısıyla tanınan veya mahkeme kararı ile soybağı kurulan çocuk, 393. maddede düzenlenen yönetim kurulu üyesinin altsoyu kapsamında değerlendirilmeli ve 395/II anlamında borçlanma yasağı sùjeleri kümesine dâhil olmalıdır.

Yukarıda belirttiğimiz kişiler yanında 395/II kapsamında bir diğer şirkete borçlanma yasağına tâbi kişi de yönetim kurulu üyesinin eşidir. Evlenme, yönetim kurulu üyesi ile eşinin evlenme töreninde olumlu cevap vermeleriyle kurulmakta olup Türk Medenî Kanunu'nda evliliğin sona ermesi durumlarına kadar varlığını devam ettirir (TMK m.142/I). Yönetim kurulu üyesi ile eşinin evliliği, nispi ya da mutlak butlan ile sakat olduğunda ise evlilik, mahkemenin sakatlığına tespitine ilişkin kararına kadar devam etmektedir³⁹³. Bunlar dışında hakim, boşanma davasında tarafların ayrılığına karar verirse, evlilik birliği halen devam ettiği için ayrılma kararı verilen eş 395/II.madde kapsamında kalmaya devam edecektir.

Dolayısıyla 395. maddenin ikinci fıkrası açısından yönetim kurulu üyesi ile evli olan eşin şirkete borçlanma yasağı, evlenme töreninde olumlu cevap

³⁹² Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, Türk Medenî Hukuku: Aile Hukuku, C.II, 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 384; Mustafa **Dural**, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, C.III, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 94-96.

³⁹³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.94-96; **Akıntürk/Ateş**, s. 230.

verilmesiyle başlayacak olup butlanın tespitine veya evliliği sona erdiren bir nedenin meydana gelmesine kadar devam edecektir. 393. maddede geçen “eş” ifâdesi sebebiyle yönetim kurulu üyesinin nişanlısı veya hukukumuzda resmi bir değeri olmayan imam nikâhlı eşi, 395/II. madde anlamında şirkete borçlanma yasağına tâbi değildir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar, 393. maddede sayılan kişilerin pay sahibi olmamaları durumu için geçerli olup söz konusu kişilerin pay sahibi olup şirketten borç talep etmeleri ise 358. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

2.2.3. Türk Ticaret Kanununun 395/II. Hükmü Uyarınca Borçlanma Yasağı Araçları

2.2.3.1. Ön Açıklamalar

TTK m. 395/II uyarınca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi veya yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınları, şirkete nakit şekilde borçlanamayacaklar, bankadan aldıkları kredi için bankayla kefalet sözleşmesi (TBK m. 581 vd.) ve garanti sözleşmesi (TBK m. 128) yapamayacaklar, Sözleşmenin devrine taraf olmayacaklar (TBK m.205), sözleşmeye katılmayacaklar (TBK m.206), taşınmazları (TMK m. 850), taşınırları (TMK m. 939 vd.) ve alacakları (TMK m. 954 vd.) ile tacirin ticarî işletmesi üzerinde rehin tesis edemeyecekler, kredi borcunu üstlenemeyecekler (TBK m. 195 vd.), kredi borcuna katılmayacaklar (TBK m. 201) ve şirket kendileri için aval veremeyecektir (TTK m. 700 vd.)³⁹⁴.

6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesi metinde aynı borçlanma yasağı da bulunurken değişiklik sonrası yeni metinde 395/II’de sayılan kişilerin şirkete aynı borçlanma yasağı konulmamıştır. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki her ne kadar 358. maddede şirkete aynı borçlanma mümkün olsa da 395/II’deki kişiler, pay sahipleri olmamaları sebebiyle şirkete aynı borçlanma talepleri, 358. madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak buna göre maddede anılan

³⁹⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 372; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 673; Karahan/Arslan, s. 432; Kendigelen, s. 284; Çeker, s. 663; Bilgili/Demirkapı, s. 396; Puluş, Şirketler Hukuku, s. 461. Bağış ve edimler arasında aşırı nisbetsizlik bulunan sözleşmelerinin de şirkete borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilmesi konusunda bkz. Atlıhan, s. 1974.

kişilerin diledikleri gibi şirkete aynı şekilde borçlanabilecekleri anlamı çıkmamalıdır. Söz konusu kişiler, anonim şirkete göre “üçüncü kişi” konumundadırlar. Bu noktada anonim şirket, iş yaptığı diğer üçüncü kişilerde gösterdiği basireti ölçüsünü TTK 395/II’deki kişilerin aynı borç taleplerinde de gösterilmelidir.

2.2.3.2. Nakit Borçlanma

TTK m. 395/II’deki şirkete borçlanma yasağı araçlarından ilki nakdî borçlanma yasağıdır. Hükümde sayılan kişilerin, şirket ile konusu para olan bir tüketim ödünçü sözleşmesi yapması yasaktır (TBK m.386 vd.). Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesi gerekir, acaba 395. maddenin ikinci fıkrasındaki borçlanma aracı, tüketim ödünçü sözleşmesi ile mi sınırlıdır, yoksa anonim şirketin kiralayan veya satıcı olduğu bir kira veya satış sözleşmeleri de fıkranın kapsamına girer mi?

Bizim de katıldığımız görüşe göre³⁹⁵, şirketle işlem yapma yasağının düzenlendiği 395. maddenin birinci fıkrasının, tüketim ödünçü dışında kalmasına rağmen şirkete nakit olarak borçlanması sonucunu doğuran borç ilişkilerinin de ikinci fıkradaki düzenleme kapsamına dahil edilmesinin birinci fıkranın uygulama alanını daralttığını ve ikinci fıkra kapsamındaki “nakit” ifâdesinden kastın, maddede sayılan kişilere şirket kasasından ya da hesabından borç para verilememesi olduğunu savunmaktadır. Bir başka ifâde ile 395. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin kapsamını düzenlemede sayılan kişilerin şirketten konusu sadece bir miktar para olan tüketim ödünçü almalarıyla ve benzeri işlemlerle sınırlanması gerekmekte olup bunun dışında kalıp şirkete nakit olarak borçlanması sonucunu doğuran diğer borç ilişkileri, 395. maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.

Anonim şirkete 395/II kapsamında nakdî borçlanma yasağı, borçlanmanın şekli bakımından bir önem taşımamakta olup şirketin, nakit şekilde belirli bir miktar parayı elden veya banka havalesi ile maddede anılan kişilere vermesi veya şirketin muhatap veya düzenleyen sıfatına sahip olduğu ve hatır ilişkisi niteliğinde bir kambiyo senedi şeklinde verilmesi yasaktır.

³⁹⁵ Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat), s. 673; Karahan/Arslan, s. 432-433.

Nakdî borçlanma yasağında borçlanmanın miktarı ve vadesi de borçlanma yasağına ilişkin istisnai bir imkan sağlamamaktadır. Bunlara ek olarak 358. madde kapsamında talep edilen borcun talep nedeninin yönetim kurulu tarafından 369. madde uyarınca özenli bir şekilde araştırılması gerekirken 395/II düzenlemesindeki yasağın “mutlak” nitelikte olması sebebiyle maddede sayılan kişiler için borçlanma ister acil nitelikte olsun isterse olmasın veya ister kendi ticarî işletmeleri için olsun isterse de kişisel harcamaları için olsun nakdî borçlanma konusunda talepler, yönetim kurulunca talebin esasına girilmeden reddedilmelidir.

2.2.3.3. Şahsi Teminat Sözleşmeleri

2.2.3.3.1. Kefalet Sözleşmesi

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifâ etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m.581). Kanûnî tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet öyle bir sözleşmedir ki, bununla kefil; borçlunun borcunu ödememesi durumunda, bu borçtan kendisinin kişisel olarak sorumlu olacağını alacaklıya karşı yükümlenir³⁹⁶. Kefalet sözleşmesiyle, alacaklı ve kefil arasında bir sözleşme kurulur³⁹⁷.

Türk Borçlar Kanununun 585. ila 588. hükümleri arasında kefaletin çeşitleri olan adî kefalet, müteselsil kefalet, birlikte kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet ve zarara kefalet düzenlenmiştir³⁹⁸.

Kefalet sözleşmesini, 395. maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirdiğimizde maddede sayılan kişiler lehine anonim şirketin kefil olamayacağını düzenlemiştir. Düzenleme ile kanun koyucu, şirketin kefil olunan borcun aslından, borçlunun kusur veya temerrüdünün kanûnî sonuçlarından, dava ve takip masraflarından ve işlemiş bir yıllık veya işlemekte olan akdi faizden korunmasını amaçlamıştır.

³⁹⁶ Haluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, C.II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1987, s. 693; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 283; C. **Yavuz**, s. 1397. Kefalet sözleşmeleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Burak **Özen**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 1 vd.

³⁹⁷ **Tandoğan**, s. 694; C. **Yavuz**, s.1400; **Özen**, s. 89 vd.; **Gümüş**, s. 329.

³⁹⁸ **Tandoğan**, s. 762-774; **Gümüş**, s. 372. Kefaletin türleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Özen**, s. 213 vd.

2.2.3.3.2.Aval

Aval, kambiyo senetlerinin bedellerinin tamamen veya kısmen güvence altına alındığı soyut bir kambiyo taahhüdüdür³⁹⁹. Aval veren (avalist), söz konusu taahhüdü ile kambiyo ilişkisine dahil olmaktadır (TTK m.700/I-II). Bononun ön yüzünde düzenleyen (poliçenin ve çekin ön yüzünde düzenleyen+ muhatap) dışında yer alan her imza aval şerhi sayılır (TTK m.701/III, 778/III).

Şirkete borçlanma yasağının düzenlenmediği 6762 sayılı Kanun döneminde şirketin yönetim kurulu üyesinin lehtar, şirketin düzenleyen veya avalist olduğu durumlarda şirketle işlem yapma yasağı gündeme gelmekteydi⁴⁰⁰. Türk Ticaret Kanunu ile birlikte şirketle işlem yapma yasağı düzenlemesinin altına şirkete borçlanma yasağı düzenlemesinin eklenmesiyle beraber şirketin avalist olma durumunun hangi fıkra kapsamında değerlendirileceği uyuşmazlıkların çözümü bakımından büyük önem teşkil etmektedir. Kanımızca temsil yetkisine sahip pay sahibi yönetim kurulu üyesinin lehtar olduğu ve şirketin avalist veya düzenleyen olduğu bir kambiyo ilişkisine 395. maddenin birinci fıkrası uygulanırken, 395/II'de anılan kişilerden birinin lehtar ve şirketin avalist olduğu kambiyo ilişkilerine ise ikinci fıkra hükümleri uygulanmalıdır.

2.2.3.3.3.Garanti Ciro

Kıymetli evrak hukukunda çalışma konumuz kapsamında avalin yanında incelenmesi gereken bir diğer şahsi teminat da garanti cirosudur.

Kıymetli evrak hukukunda ciro, kambiyo senedinin devredilmesi için yapılmakta, ancak devir işleminin yanında bir yan sonuç olarak teminat işlevi de meydana gelmektedir. Ancak garanti cirosunda devir ve teminat işlevleri ayrılmakta;

³⁹⁹ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s. 169; Ali **Bozer** ve Celal **Göle**, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s.121; Hasan **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Ankara, 2013, (Kıymetli Evrak), s.165. Kefalet ve aval kurumlarının karşılaştırılması konusunda detaylı bilgi için bkz. **Özen**, s. 42 vd. Aval konusunda detaylı bilgi için bkz. Ertan **Demirkapı**, Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, Güncel Yayınevi, İzmir, 2005, s. 11 vd.

⁴⁰⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yıldırım**, s. 92-106.

ciro yalnız teminat için yapılmaktadır. Buna göre ciro yapan kişi sadece cirantanın sorumluluğuna tabi kılınmaktadır (TTK m.685/I)⁴⁰¹.

2.2.3.3. 4.Garanti Sözleşmesi

Garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanın belli bir davranışta bulunması veya borç ilişkisi içinde bulunduğu üçüncü kişiye olan borcunu yerine getirmemesi neticesinde oluşacak zararların tehlikesini, bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir⁴⁰². Bu noktada uygulamada en çok karşılaşılan garanti sözleşmesi örneği banka teminat mektuplarıdır. Banka teminat mektupları ile banka, müşterisinin istemi üzerine müşterisiyle herhangi bir hukukî ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifâ edilmemesi ile alakası olmadan, sadece korkulan bir olayın vukuu hâlinde belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti ettiği sözleşmedir⁴⁰³. TTK m. 395/II kapsamında banka teminat mektupları karşımıza garanti verenin bankacılık faaliyeti kapsamında kurulan bir anonim şirket olması olasılığında çıkmaktadır. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki banka teminat mektubu alınması yasağı 395. maddenin dördüncü fıkrasının da atıf yaptığı özel kanun-genel kanun ilişkisi uyarınca Bankacılık Kanununun 50. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

2.2.3.3.5.Borca Katılma

Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir (TBK m.201/I)⁴⁰⁴. Borca katılma ile birlikte var olan borçlunun yanına yeni bir borçlu daha katılmaktadır.Buna göre herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmayan katılma sözleşmesi ile borca katılan olan üçüncü

⁴⁰¹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 167.

⁴⁰² Tandoğan, s. 804. Benzer tanımlar için bkz. Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in Banka Hususu Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, (Banka), s. 510; Gümüş, s. 501; Özen, s. 21.

⁴⁰³ Tekinalp, Banka, s. 372.

⁴⁰⁴ “Borca katılma” kavramı ve başta teminat amacıyla borca katılma olmak üzere borca katılma konusunda detaylı bilgi için bkz. Oruç Hami Şener, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.XI, Özel Sayı, 2009, s. 1279-1322.

kişi, alacaklıya karşı borcu asıl borçlu ile birlikte üstlenir. Dolayısıyla borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar (TBK m.201/II)⁴⁰⁵.

2.2.3.4.Ayni Teminat Sözleşmeleri

2.2.3.4.1.Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehni, hak sahibine bir taşınmazın değerinden alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır⁴⁰⁶.

Türk Medenî Kanunu'nda üç farklı taşınmaz rehni türü düzenlenmiştir. Bunlar, kişisel alacağı teminat altına alma görevini karşılamak üzere “ipotek”, arazi değerini tedavül ettirme görevinin aracı olan “ipotekli borç senedi” ve “irat senedi”dir⁴⁰⁷. Bütün taşınmaz rehni türlerinde ortak olan yön, bir taşınmazın alacağın teminatını teşkil etmesidir. Buna göre hak sahibi, şartların gerçekleşmesi ile rehin konusu taşınmazı icra organlarınca paraya çevirterek, alacağını öncelikle elde etme yetkisine sahip olup söz konusu hak bütün üçüncü kişilere, özellikle taşınmazın malikinin diğer alacaklılarına karşı ileri sürülebilir⁴⁰⁸.

2.2.3.4.2.Taşınır Rehni

Taşınır rehni, bir alacağı teminat altına almak için bir taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak üzerinde kurulan bir yük olup rehinli alacaklıya borcun yerine getirilmemesi durumunda teminat konusunu paraya çevirterek alacağını tahsil etme yetkisi verir⁴⁰⁹.

Türk Medenî Kanunu dışında diğer kanunlarda kabul edilen ve çalışma konumuzu ilgilendiren taşınır rehni tipleri; gemi ipoteği (TTK m. 1013 vd.), ticarî işletme rehni (6750 sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu⁴¹⁰), maden cevheri

⁴⁰⁵ Eren, s. 1254-1255.

⁴⁰⁶ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. 881.

⁴⁰⁷ Taşınmaz rehni türleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. s. 882 vd.

⁴⁰⁸ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. 881.

⁴⁰⁹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, Eşya Hukuku, s. 986.

⁴¹⁰ RG.:28.10.2016, S.29871.

rehni (3213 sayılı Maden Kanunu m. 39⁴¹¹) ve hava araçlarının rehnidir (2910 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 69⁴¹²).

2.2.3.5.Borcun Üstlenilmesi

Bir borç ilişki kurulduktan sonra borçlunun, ekonomik, malî, kişisel ya da ailesel durumlarında meydana gelen değişiklikler, borca uygun hareket etmesini ve borcu îfâ etmesini engelleyebilir. Söz konusu durumda alacaklının borçludan, bu duruma rağmen borcu borç ilişkisine uygun olarak îfâ etmesinde ısrar etmesi bir anlam ifâde etmeyeceği gibi borca aykırılıkla ilgili hükümlerden yararlanması alacak miktarı bakımından kendisini tatmin etmeyebilir. İşte bu gibi durumlarda gündeme “borcun üstlenilmesi” kavramı gelmektedir. Söz konusu kurum uyarınca borçlunun borca aykırılıkla ilgili hükümlerin işletilmesinden meydana gelecek risklerden kurtulması, alacaklının da gereksiz yere borçluyu ifaya zorlama veya borca aykırılıkla ilgili uzun ve masraflı yollara başvurulmasının önüne geçilmektedir. Borcu yerine getirebilecek yeni bir borçluyu kabul etmesi, karşılıklı yararlar dengesi bakımından da isabetli olmaktadır⁴¹³.

2.2.3.6.Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (TBK m.205/I). Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir (TBK m.205/II).

Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır (TBK m.206/I). Sözleşmeye katılmada, sözleşmedeki taraf

⁴¹¹ RG.: 15.06.1985, S. 18785.

⁴¹² RG.:19.10.1983, S.18196.

⁴¹³ Eren, s. 1243; Kılıçoğlu, s. 804.

sıfatı üzerinde bir tasarruf işlemi söz konusu değildir. Zira herhangi bir taraf sıfatının sona ermesi söz konusu değildir. Taraf sıfatlarından birisi üzerinde bir birliklilik kurulmakta, bu taraf sıfatına asıl sözleşmedeki kişinin yanında sözleşmeye katılan da sahip olmaktadır.

2.3.ANONİM ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRI BORÇLANMANIN SONUÇLARI VE YAPTIRIMLARI

2.3.1.Borçlanma İşlemi Açısından Sonuçları

2.3.1.1. 358. Maddeye Aykırı Borçlanma İşleminin Sonuçları

6335 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 6103 sayılı Kanunun 24. maddesine göre 358. maddeye aykırı şekilde anonim şirkete borçlanan pay sahiplerinin borçlarının, Türk Ticaret Kanununun yürürlük tarihinden itibaren üç yıl içerisinde tamamen kapatılması gerektiği düzenlenmişti. Düzenlemeye ek olarak aynı maddede bu kişilerin üç yıllık süre içerisinde borçlarını yerine getirmediikleri takdirde 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesi Türk Ticaret Kanununun 562. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca cezai sorumluluğa tâbi olacakları ve anonim şirket alacaklılarının da alacakları için söz konusu pay sahiplerini takip edebileceği düzenlenmişti.

Söz konusu düzenlemelerden de görüleceği üzere “*alacaklıların doğrudan pay sahiplerini takip edebilmesi yaptırım*” şeklindeki düzenleme ile 358. madde, 395. maddenin ikinci fıkrasına paralel bir şekilde düzenlenmişti⁴¹⁴. Oysa ki bu düzenleme 6335 sayılı Kanunun 42. maddesinin birinci fıkrasının “b” bendi uyarınca kaldırılmış ve yerine yeni bir hüküm konulmamıştır.

Cezai yaptırım bakımından ise 6335 sayılı Kanun’dan önce 562.maddede 358. maddeye yönelik yaptırım, “*358’inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar üçyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*” şeklinde borçlanana yönelik bir düzenleme var iken 6335 sayılı Kanun sonrası söz konusu yaptırım, 562/V-b’de “*358’inci maddesine aykırı olarak pay sahibine borç verenler üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde değişikliğe uğramıştır. Görüldüğü üzere yeni 562. maddede “borçlanana” açısından

⁴¹⁴ Bu düzenlemeye yönelik değerlendirme ve eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, s.246; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.281; **Çeker**, s. 666; **Hızır**, s. 282; **Atlıhan**, s. 1975.

herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Söz konusu bu değişiklikler sonrası “kardeş” niteliğe sahip 358. ve 395/II. maddeler, borçlanma işleminin sonuçları bakımından ayrılmışlardır. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; peki 358. maddeyle aykırı borçlanmaların akıbeti ne olacaktır?

Türk Ticaret Kanununun 358. maddesinde, hukuka aykırı borçlanma işleminin akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Bizim de katıldığımız üzere doktrindeki bazı yazarlar⁴¹⁵, 358. maddeye aykırı olarak yapılan borçlanma işleminin “kesin hükümsüzlük” yaptırımına tâbi olacağını savunmaktadır. Gerçekten de pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmeden veya şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılamayacak düzeyde olunmasına rağmen şirkete borçlanmışlarsa veyahut da söz konusu borçlanma, malvarlığının korunması veya eşit işlem ilkelerine aykırı ise borçlanma işlemi, Türk Borçlar Kanununun 27. maddesi ve Türk Ticaret Kanununun 391/I ve 1530/I. maddeleri uyarınca kesin hükümsüzdür⁴¹⁶.

Türk Ticaret Kanununun 391. maddesi uyarınca 358. maddeye aykırı olarak verilmiş yönetim kurulu kararının butlanı davası niteliği itibariyle bir tespit davasıdır⁴¹⁷. Söz konusu butlanın tespiti davası, yönetim kurulu kararının geçersiz olduğunun tespitine yönelik bir dava olduğu için menfi tespit davası niteliğindedir. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; peki ilgililer, mutlaka ilgili yönetim kurulu kararının butlanının tespitiyle ilgili dava açmak zorundalar mıdır?

⁴¹⁵ **Kendigelen**, s.245; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 680; **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; **Bilgili/Demirkapı**, s. 397-398; **Hızır**, s. 284; **Tamer**, s. 112; **Atlıhan**, s. 1976; **Bora**, s. 89-90. Maddede öngörülen yaptırımın 358. maddeye aykırı şekilde borçlanan pay sahipleri hakkında da kıyas yoluyla uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz. **Yüce**, Borçlanma Yasağı, s. 72-73; **Çeker**, s. 666.

⁴¹⁶ Söz konusu maddeler arasında yaptırım bakımından bir farklılık bulunmasa da borçlanma işlemi kararı yönetim kurulu tarafından verileceği için çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde yaptırım maddesi olarak 391. madde kullanılacaktır.

“Butlan” kurumunu ifâde için Türk Ticaret Kanununun 391. maddesinde “batıl kararlar”, dolayısıyla “butlan”, Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinde ise “kesin hükümsüzlük” ifâdesi tercih edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu, Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçası olması (TTK m.1/I) ve Türk Borçlar Kanununun da Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı ve onun tamamlayıcı olması (TBK m.646) karşısında *Kırca*’nın da belirttiği gibi Türk Ticaret Kanunu’nda da “kesin hükümsüzlük” ifâdesi tercih edilmelidir (**Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 513). Bizler de çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde “kesin hükümsüzlük” ifâdesini kullanacağız.

⁴¹⁷ Aydın Alber **Yüce**, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (Butlan), s. 145; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 417; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 343

İlgililer, butlanın tespitini dava edebilecekleri gibi; herhangi bir süreye bağlı olmaksızın anonim şirkete ya da başka herhangi bir makama karşı kesin hükümsüzlük iddiasını bir itiraz olarak da ileri sürebilirler⁴¹⁸.

TTK m. 358'e aykırı borçlanma kararını veren yönetim kurulu kararının kesin hükümsüzlüğün tespiti davası, ticarî dava niteliğinde olduğu için görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi iken yetkili mahkeme, anonim şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (TTK m.4/II-a)⁴¹⁹. Söz konusu davada, basit yargılama usûlü uygulanır (TTK m.1521).

TTK m. 358'e aykırı borçlanmaya izin veren yönetim kurulu kararının hükümsüzlüğüne yol açan hukuka aykırılığın birden fazla sebebe dayanması hâlinde davacının talep sonucunda yer verdiği isteklerini yalnızca bir hukukî sebebe değil; birden fazla hukukî sebebe dayandırdığı hâllerde mütelahik dava söz konusu olacaktır. Buna göre yönetim kurulu kararlarının kesin hükümsüzlüğünü talep eden davacının, iddialarını Türk Ticaret Kanununun 391. maddesindeki hükümsüzlük sebeplerinin yanı sıra Türk Borçlar Kanununun 27. maddesindeki hükümsüzlük sebeplerine de dayandırması hâlinde durum böyledir. Örneğin pay sahibinin sermaye taahhüdünden vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmeksizin şirkete borçlanmaya izin veren yönetim kurulu kararı, hem 391. maddesinin birinci fıkrasının “b” bendindeki “sermayenin korunması ilkesi”ne hem de 27.maddedeki “emredici hükümler”e aykırılık teşkil etmektedir⁴²⁰. Bu durumda hâkim, davacının dava dilekçesinde belirttiği hukukî sebeplerle bağlı olmaması sebebiyle davada Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesi uyarınca re'sen tespit edeceği hukuk kurallarını uygulayacaktır. Söz konusu tespit sonucunda davacının gösterdiği hukukî sebeplerde haklılık var ise bu durumda hâkim, yarışan hukuk kurallarından davacı için daha uygun olanını seçerek uygulayacaktır⁴²¹.

Yönetim kurulu kararının hükümsüzlüğünün tespiti davasında, hukuka aykırı olduğu düşünülen yönetim kurulu karardan etkilenen herkesin dava açmakta hukukî yararı vardır. Bu kişiler, başta diğer pay sahipleri olmak üzere, ilgili yönetim

⁴¹⁸ **Yüce**, Butlan, s. 146; **Karasu**, s. 75.

⁴¹⁹ **Yüce**, Butlan, s. 148.

⁴²⁰ **Yüce**, Butlan, s. 109.

⁴²¹ Hakan **Pekcanitez**, Oğuz **Atalay** ve Muhammet **Özekes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 307; Baki **Kuru**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 159-160.

kurulu kararının uygulanmasından dolayı sorumluluğu doğması riski taşıyan şirket görevlileri ve şirketle borç- alacak ilişkisi içerisinde olan kişilerdir. Anonim şirket iflâs etmiş ise, iflâs idaresi de hükümsüzlüğün tespitini dava edebilir⁴²². Bunlara ek olarak bizim de katıldığımız *Yüce*'ye göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Türk Ticaret Kanununun 210. maddesinin üçüncü fıkrasındaki fesih davası açma yetkisi göz önünde bulundurulduğunda Bakanlığın da şirkete fesih davası açmak yerine 358. maddeye aykırı borçlanma kararı veren yönetim kurulu kararının kesin hükümsüzlüğünün tespitini mahkemeden talep etmesi mümkündür⁴²³.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere hükümsüzlüğün tespitini dava edebilecek kişi sayısının bir hayli fazla olmasına karşın söz konusu davada davalı konumunda sadece anonim şirketin tüzel kişiliği bulunmaktadır⁴²⁴.

TTK m. 358'e aykırı verilen borçlanmaya yönelik yönetim kurulu kararının kesin hükümsüzlüğünün tespiti davasında 391. maddede herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımının bulunmaması sebebiyle ilgili olan herkes, hükümsüzlüğün tespitini dürüstlük kuralına aykırı olunmaması koşuluyla her zaman dava edebilir.

Yapılan yargılama neticesinde yönetim kurulu kararının kesin hükümsüz olduğuna karar verilirse buradaki kesin hüküm, davanın tarafları ve şirketten borç alan pay sahibi hakkında sonuç doğurur. Hükümün kesinleşmesi sonrası pay sahibi, aldığı borcu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorundadır (TBK m.77)⁴²⁵.

Kesin hükümsüzlüğün tespiti davasındaki asıl süje olan pay sahibinin, mahkeme ister hükümsüzlüğü tespit etsin ister etmesin, 358. maddedeki koşulların tekrar sağlanması şartıyla şirkete tekrar borçlanmasını talep etmesi mümkündür. Zira yönetim kurulunun, söz konusu pay sahibinin bir sonraki borçlanma talebini hükümsüzlüğün tespiti davasındaki sonucu gerekçe gösterip reddetmesi kararı da kanımızca kesin hükümsüzdür (TTK m.391/I-c).

⁴²² **Yüce**, Butlan, s. 153.

⁴²³ **Yüce**, Butlan, s. 153.

⁴²⁴ **Yüce**, Butlan, s. 153.

⁴²⁵ **Hızır**, s. 285.

2.3.1.2. 395. Maddenin İkinci Fıkrasına Aykırı Borçlanma İşleminin Sonuçları

Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kanun koyucu, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacaklarını, bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve teminat veremeyeceğini, sorumluluk yüklenemeyeceğini ve bunların borçlarını devralamayacağını aksi hâlde şirket alacaklılarına, şirkete borçlanılan tutar için bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilme imkânını vermiştir.

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere kanun koyucu hukuka aykırı borçlanma işleminin akıbetini düzenlememiş olup sadece şirketin çıkar gruplarından olan şirket alacaklılarına, alacaklarına kavuşabilmeleri için açık bir kapı bırakmıştır. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesinde yarar vardır; peki 395/II'ye aykırı borçlanılan işlem, kanun koyucunun şirket alacaklılarına doğrudan takip yetkisi vermesi sebebiyle geçerli mi kabul edilmektedir?

Doktrinde *Kendigelen*⁴²⁶, tıpkı TTK m.358 gibi, TTK m.395/II'nin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu savunurken bizim de katıldığımız bir grup yazar⁴²⁷, 395/II'ye aykırı borçlanma işleminin geçerli olduğunu savunmuş ve savunmalarını, “*ticaret hayatında işlem güvenliği sebebiyle söz konusu işlemin ayakta tutulması*” ve “*hükümün lafzı gereği şirket alacaklılarına verilen takip imkânının işlemin yegâne yaptırımı olduğu*” şeklinde gerekçelendirmişlerdir. Gerçekten de örneğin TTK m.395/II'de anılan kişilerden birinin lehtar ve şirketin avalist olduğu bir kambiyo ilişkisinde hamilin, avaliste gidememesi düşüncesi ticari işlem güvenliğine zarar verecek başta kambiyo ilişkisi olmak üzere ticari hayatın hızını kesecektir. Bu noktada kanımızca hukuki işlem ayakta tutulmalı ve şirket alacaklıları, şirketin perdesini kaldırıp doğrudan TTK m.395/II'de sayılan kişilere icra takibinde bulunmalı veya alacaklarına ilişkin dava açmalılardır.

⁴²⁶ *Kendigelen*, s.285.

⁴²⁷ *Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)*, s. 676-676; *Karahan/Arslan*, s. 432; *Üçışık/Çelik*, s. 502; *Bilgili/Demirkapı*, s. 398; *Atlıhan*, s.1976.

2.3.2.İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları

2.3.2.1.İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sonuçlar

2.3.2.1.1.Borç Veren Yönetim Kurulu Üyelerinin Açısından Hukukî Sorumluluk

2.3.2.1.1.1.Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunun Anlamı

Anonim şirketin yönetim kurulu üyesinin sorumluluğundan bahsedildiğinde ilk akla gelmesi gereken husus, sorumluluğun yönetim kurulu üyesine isnat edilip edilemeyeceğidir⁴²⁸. Yönetim kurulu üyelerinin, kanun ya da esas sözleşmenin kendilerine yükledikleri görevleri kusurlu olarak ifâ etmemelerinden sorumlu tutulabilmeleri için bu sorumluluğun onlara isnat edilebilmesi gerekir. Örneğin, yönetim kurulunun, pay sahibinin 358. madde kapsamında talep ettiği borç konusunda verdiği karara muhalif kalarak, bunu zapta geçirten üyeye sorumluluk isnat edilememesi sebebiyle, bu kimsenin sırf yönetim kurulunda bulunması nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu ile kastedilen, bir kimsenin bir davranışından veya hareketinden meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğüdür⁴²⁹. Başka bir deyişle, yönetim kurulu üyeleri sorumlu buldukları takdirde zararı bütün malvarlıkları ile tazmin borcu altına girmektedir. Söz konusu zararın tazmini yaptırımına ek olarak anonim şirketler dışında şirkete borçlanma yasağına tabi diğer şirketlerin de ilgili mevzuatlarından kaynaklı ek yaptırımların uygulanabileceği de unutulmamalıdır⁴³⁰.

⁴²⁸ Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, (Sorumluluk), s. 11; Necla **Akdağ Güney**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, (Hukuki Sorumluluk), s. 33; Hamdi **Yasaman**, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2, 2013, s. 104.

⁴²⁹ **Akdağ Güney**, Hukukî Sorumluluk, s. 33; **Yasaman**, s. 104; **Bilgili/Demirkapı**, s.592; **Bora**, s. 100 vd.

⁴³⁰ Örneğin hukuka aykırı şekilde gerçekleşen borçlanma yasağı sonucunda limited şirketin, borç veren müdürleri şirketten çıkarması mümkündür (TTK m.640). Söz konusu yaptırım, somut olayın şartlarına göre borç alanlar için de geçerlidir.

2.3.2.1.1.2.Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunun Şartları

2.3.2.1.1.2.1.Ön Açıklamalar

Türk Ticaret Kanununun 553. maddesi, “(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, (2) hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin isbat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. (3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ile amaçlanan, zarar verene isnat edilebilecek ve onun hukuk düzenince onaylanmayan bir davranışından kaynaklanan zararın giderilmesidir. Söz konusu açıdan bakıldığında anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu esas itibarıyla tazminat alacağı doğuran diğer hukukî düzenlemelerden çok da bir farklılık göstermemektedir. Hukuk düzeni, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu hâllerinde de her türlü zarara sonuç bağlamamaktadır. Aksine burada da bir tazminatın söz konusu olabilmesi kanunda öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır⁴³¹.

2.3.2.1.1.2.2.“Kanun ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülükler”in İhlali

Türk Ticaret Kanununun 553. maddesi anlamında “yükümlülük” kavramı, yönetim kurulunun, bir görevi ve/veya yetkisi bağlamında ve Türk Ticaret Kanununun 369. maddesi uyarınca esas sözleşmede ve kanunda öngörülen hususlardaki yapma ve yapmama zorunluluklarını ifade etmektedir. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri, borçlanma yasağı düzenlemelerindeki koşulların yerine

⁴³¹ Akdağ Güney, Hukukî Sorumluluk, s. 49.

getirilip getirilmediğini araştırmadan borçlanma taleplerine olumlu karar verdiğinde 553. maddede düzenlenen “*kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlülükler*” ihlal edilmektedir.

2.3.2.1.1.2.3.Zarar

Her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın sorumluluk davalarının vazgeçilmez şartı ortada bir zararın olmasıdır. Bir başka ifade ile zarar olmayan yerde sorumluluk da olmamaktadır. 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç verilmesi sonrası çıkar gruplarının uğrayacağı zarar her bir çıkar grubundaki kişiler bakımından farklı şekillerde meydana gelmektedir. Buna göre yönetim kurulunun 358. veya 395/II. maddeye aykırı olarak vereceği şirkete borçlanma kararı nedeniyle anonim şirket tüzel kişiliğinin zararı, malvarlığında azalma şeklinde ortaya çıkarken pay sahipleri bakımından zarar, “kârdan yoksunluk” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Şirket alacaklıları bakımından ise zarar, şirketten olan alacaklarını vadesinde veya tam alamamaları şeklinde ortaya çıkmaktadır.

2.3.2.1.1.2.4.Kusur

Anonim şirketin zarar görmüş olduğu gerçeği sorumluluğun doğması için tek başına yeterli değildir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olup, hafif ihmal dâhil her türlü kusur, sorumluluğunun doğması için yeterlidir⁴³².

2.3.2.1.1.2.5.Uygun İliyet Bağı

Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için kanuna veya esas sözleşmeye aykırı borçlanma talebinin kabulü kararı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Buna göre öncelikle kanuna veya esas sözleşmeye aykırı

⁴³² Akdağ Güney, Hukukî Sorumluluk, s.69; Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s.649. Yargıtay da yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu için, hafif kusurlu davranışın da yeterli olduğu yönünde karar vermiştir. Örnek karar için bkz. 11. HD., 21.12.1992, E. 5424, K.11598 (Şener, Ortaklıklar Hukuku, s.405).

davranış ile zarar arasında “neden- sonuç” ilişkisi yani illiyet bağının varlığı aranacaktır. Ancak illiyet bağı tek başına yeterli olmayıp bunun yanında borçlanma talebinin kabulü kararının aynı zamanda zararlı sonucun “uygun sebebi” olması gerekmektedir. Uygun illiyet bağından söz edilebilmesi için de sorumluluğa konu olan borçlanma talebinin kabulü kararının, zararlı sonucun meydana gelme ihtimâlini arttırmış olmalıdır⁴³³.

2.3.2.1.1.3.Sorumluluk Davası

2.3.2.1.1.3.1.Ön Açıklamalar

TTK m. 553 uyarınca yukarıda belirttiğimiz dört unsurun bir arada gerçekleşmesi sonucunda pay sahipleri, anonim şirket tüzel kişiliği veya şirket alacaklılarının, 358. veya 395/II. maddeye aykırı borçlanma kararı veren yönetim kurulu üyelerinin aleyhine “sorumluluk davası” açmaları mümkündür. Pay sahipleri açısından sorumluluk davası açma hakkı vazgeçilmez nitelikte bir haktır. Buna göre dava açma hakkı doğmadan genel kurulda sorumluluk davası açılmayacağına ilişkin karar alınması butlan yaptırımına tâbidir (TTK m.447).

Doktrinde bir grup yazar⁴³⁴, anonim şirketin çıkar gruplarının uğradığı zararları, zararın doğrudan veya dolaylı olmasına göre ayırmaktadır. Buna göre 358. veya 395/II. maddeye aykırı borçlanma talebine olumlu karar sonrası 553. vd. maddeler kapsamında şirket alacaklıları ve pay sahipleri bizzat ve bireysel olarak doğrudan doğruya zarara uğrarlarken 555. madde uyarınca anonim şirket dolayısıyla zarara uğramaktadır⁴³⁵.

Şirket pay sahipleri ve şirket alacaklıları doğrudan doğruya uğradıkları zarar nedeniyle, şirket tüzel kişiliği zarara uğramamış olsa bile hükmedilecek tazminat kendilerine verilmek üzere dava açabilirler⁴³⁶.

Pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının doğrudan doğruya zararları, yönetim kurulu üyelerinin 358. veya 395/II. maddeye aykırılık taşıyan fiilleri sonucunda pay sahiplerinin pay sahipliğinden kaynaklanan haklarının zarar görmesi şeklinde ortaya

⁴³³ Akdağ Güney, Hukukî Sorumluluk, s.63.

⁴³⁴ Yasaman, s. 104 vd; Atlıhan, s.1976.

⁴³⁵ Yasaman, s. 104-105.

⁴³⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 399; Helvacı, Anonim Ortaklık, s.151-152; Çamoğlu, s.140-141; Akdağ Güney, Hukukî Sorumluluk, s.49-50; Üçışık/Çelik, s.552.

çıkabilir. Doğrudan doğruya uğranılan zararlar, anonim şirketin uğramış olduğu zarar pay sahibinin malvarlığında gerçekleştiği ve ortaklık mal varlığına zarar vermediği için mahkeme, hükmünü ortaklık değil davacılar lehine tesis eder⁴³⁷.

Yönetim kurulunun hukukî sorumluluğunu gerektiren 358. veya 395/II. maddeye aykırılık teşkil eden kararı neticesinde anonim şirket zarara uğramış ve bu zarar, pay sahiplerinin malvarlığında azalmaya veya alacaklıların alacaklarını tam veya vadesinde alamamasına neden olmuşsa dolaylı zarardan bahsedilir⁴³⁸. Dolaylı zarardan bahsedebilmek için öncelikle anonim şirketin zarara uğramış olması şarttır. Anonim şirketin doğrudan uğramış olduğu bu zarar, dolaylı zarar gören pay sahiplerinin mal varlığına yansımaktadır⁴³⁹. Örneğin yönetim kurulunun anonim şirket mal varlığını olumsuz yönde etkileyen 358. veya 395/II. maddeye aykırı davranışı neticesinde pay sahipleri temettü alamıyorsa veya alacaklılar alacaklarını tam veya zamanında alamıyorsa, anonim şirket doğrudan, pay sahipleri ve şirket alacaklıları ise dolaylı zarara uğruyor demektir⁴⁴⁰. Pay sahipleri, dolaylı zararlarına dayanan davalarında tazminatın kendilerine değil şirkete verilmesini istemelidir (TTK m.555)⁴⁴¹. Bir başka ifade ile her ne kadar davanın açılma gerekçesi pay sahibinin zararının giderilmesi ise de pay sahibinin tazminatın şirkete verilmesini talep etmesi zorunludur⁴⁴². Şirketin doğrudan, pay sahibinin ise dolaylı zararının, pay sahibi tarafından tazmininin istenilebilmesinin usûlî temelini usûl hukukundaki dava takip yetkisi oluşturmaktadır. Dava takip yetkisi, dava şartı olmakla birlikte (HMK m.114/1-e), talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanundaki istisnalar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenir (HMK m. 53)⁴⁴³. Şirketin zararının pay sahibi tarafından dava edilmesi, dava takip yetkisinin istisnasını oluşturmaktadır (TTK m.555/I). Dava takip yetkisinin bir başkası adına

⁴³⁷ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 399; **Yasaman**, s. 104-105; **Üçışık/Çelik**, s.551-552; **Atlıhan**, s. 1976. Konu hakkında örnek Yargıtay kararları için bkz. 11.HD., 11.3.2002, E. 2001/9498, K.2002/2079 (**Akdağ Güney**, Hukukî Sorumluluk, s.52); 11. HD., T.17.5.1994, E.1993/4314, K.1994/4368 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴³⁸ **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s.391; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s.122; **Yasaman**, 107; **Üçışık/Çelik**, s.554 vd.; **Atlıhan**, s.1976.

⁴³⁹ **Üçışık/Çelik**, s.554; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 391; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s.122; **Yasaman**, 107; **Helvacı**, Anonim Ortaklık, s.128; **Atlıhan**, s.1976-1977.

⁴⁴⁰ **Üçışık/Çelik**, s. 533. Konu ile ilgili örnek Yargıtay kararı için bkz. 11.HD., 15.3.2004, E.2003/7742, K.2004/2476 (**Akdağ Güney**, Hukukî Sorumluluk, s.54).

⁴⁴¹ **Çamoğlu**, Sorumluluk, s.126.

⁴⁴² **Kendigelen**, s.462; **Yasaman**, s. 108; Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir. Konu ile ilgili örnek Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., 9.2.2015, E. 380, K. 1524 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁴³ **Kuru**, s. 223.

kullanılmasının muhakkak kanundan kaynaklanan bir dayanağının olması gerekir. Sözleşmeyle dava takip yetkisi ihdas edilemez.

2.3.2.1.1.3.2.Davacı- Davalı Sıfatı

Türk Ticaret Kanunu sisteminde pay sahipleri, anonim şirket ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmin edilmesi konulu sorumluluk davasında davacı konumunda bulunurlarken yönetim kurulu üyeleri davalı konumundadır⁴⁴⁴. Dolaylı zarara ilişkin davalarda ise davacılar pay sahipleri, şirket alacaklıları ve anonim şirket tüzel kişiliği iken davalı yönetim kurulu üyeleridir⁴⁴⁵.

2.3.2.1.1.3.3.Yetkili Mahkeme

Sorumluluk davası, sorumlular aleyhine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılabilir (TTK m.561). Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki şirket merkezinde dava açılacak olması kesin yetki kuralı olmayıp Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen genel yetki kuralları da bu davada geçerlidir⁴⁴⁶.

Sorumluluk davası, mutlak ticarî dava olup basit yargılama usûlüne tâbidir (TTK m.4 ve 1521). Ticarî davalarda deliller ve bunların sunulması HMK hükümlerine tâbidir (TTK m.4).

2.3.2.1.1.3.4.İspat Yükü ve Delil İkame Yükü

Sorumluluk davasında davacı sıfatına sahip şirketin çıkar gruplarından olan pay sahipleri, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu dava ederken haksız fiil hükümlerine dayanmak zorunda değillerdir. Pay sahipleri pekâlâ sözleşmeye

⁴⁴⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 399; Yasaman, s. 106; Bilgili/Demirkapı, s. 596-597; Atlıhan, s. 1977. Ortaklıkta murahhas müdür varsa, bu murahhas müdür de yaptığı işlemlerden dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kurallara tâbidir (Şener, Ortaklıklar Hukuku, s.404); Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 11.HD., 13.6.1994, E.1104, K.5001 (Şener, Ortaklıklar Hukuku, s.404).

⁴⁴⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 401; Üçışık/Çelik, s.558 vd.; Bilgili/Demirkapı, s. 596-597; Athhan, s. 1977.

⁴⁴⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 401; Üçışık/Çelik, s.560; Kendigelen, s.469.

aykırılık sebeplerine de dayanabilir⁴⁴⁷. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki pay sahipleri sözleşme hükümlerine dayanacak olsalar dahi 553/I anlamında kusuru isbat yükü davacı pay sahiplerine yüklenilmiştir⁴⁴⁸. Yönetim kurulu üyesi o işte kendisinden beklenen özeni yerine getirmiş olduğunu isbatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁴⁴⁹.

Delil ikamesi, tarafların kendi vakıalarının doğru olduğu veya karşı taraf vakıalarının doğru olmadığı konusunda isbat sonucuna ulaşabilmek için, çekişmeli vakıalar hakkında deliller sunarak gerçekleştirmiş oldukları usûlî bir faaliyettir⁴⁵⁰. Davacıların yönetim kurulu üyelerinin kusurlu davranışlarına ilişkin isbat faaliyeti açısından bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması kolay görünmemektedir. Çünkü çoğunlukla kusurun isbatına yarayacak olan bilgi ve belgeler yönetim kurulunun elinin altında olacaktır. Davacılar, öncelikle açacağı sorumluluk davasında yönetim kurulu üyelerinin şirketi zarara uğratmış olduğuna dair bir iddiada bulunacak, sonra bu iddiayı isbata elverişli bir şekilde ortaya koyacak, vakıanın somutlaştırılmasından sonra o vakıa için kimin delil ikame edeceği belirlenecektir. Burada davacılar, genellikle şirket defter ve kayıtlarına dayanacaktır. Mahkemece istenmesi hâlinde, taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar (HMK m. 219/I). Ticarî defterler gibi devamlı kullanılan belgelerde ise ilgili kısımların örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir (HMK m. 219/II). Yönetim kurulu üyesi belgeyi ibraz etmezse ve ibraz edememesi konusunda kabul edilebilir mazeret gösteremezse mahkeme duruma göre belgenin içeriği konusunda davacıların beyanını kabul edebilir(HMK m. 220/III). Şirket zararlarının isbatına yönelik olarak ticarî defterlerin delil olması hususu burada önem kazanmaktadır.

⁴⁴⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 390.

⁴⁴⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 390.

⁴⁴⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 389.

⁴⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.391.

2.3.2.1.1.3.5.Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davalarını Sona Erdiren Sebepler

Sorumluluk davasını sona erdiren ilk sebep olan anonim şirketlerde ibra, genel kurulun, yönetim kurulunu, denetçilerin ve murahhas müdürlerin bir hesap yılı sonunda, o yıla ait iş ve faaliyetlerini onaylama ve şirketin ibra edilenlere karşı faaliyetlerinden dolayı alacak veya hak ileri sürmeyeceği ve onları sorumlu tutmayacağı anlamına gelmektedir⁴⁵¹. Buna ek olarak, kuruluş ve sermaye artırımında, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin, şirket kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumluluklarının genel kurul kararıyla kaldırılmasını ifade eder (TTK m.558/II). Dolayısıyla ibra, şirket dışındakilere etkisi olmayan sadece şirket içi bir hukukî işlemdir ve ilgililerin maddi sorumluluktan kurtarılmasıdır⁴⁵².

Doğrudan uğranılan zararlar açısından ibranın davanın konusunun şirketin pay sahiplerinin veya alacaklıların uğradığı zararların tazmini olması sebebiyle davada hukukî etkisi yoktur⁴⁵³. Pay sahiplerinin uğradığı dolaylı zararlar açısından ibra kurumunu değerlendirdiğimizde karşımıza, ibra kararının ortakların uğradıkları dolayısıyla zararlara dayanan dava hakkının Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmediği çıkmaktadır. Doktrindeki yazarlarca söz konusu husus tartışmalı olmakla beraber⁴⁵⁴ bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁵⁵, ibra kararının pay sahiplerinin dolayısıyla uğradıkları zararlara ilişkin dava hakkını ortadan kaldırmaz.

Genel kurulda ibra kararına olumsuz oy vermiş olan pay sahipleri, genel kurulun aldığı ibra kararı tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmalıdır (TTK m.558/II). Söz konusu altı aylık süre, hak düşürücü süre olması sebebiyle hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır⁴⁵⁶.

Sorumlu olanlara karşı sorumluluk davası açma hakkını sona erdiren zamanaşımı, Türk Ticaret Kanununun 560. maddesinde düzenlenmiştir. 560.

⁴⁵¹ “Geçerli bir ibranın söz konusu olabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için, sorumluluğa esas işlem veya faaliyetin genel kurulda ayrıca ve açıkça tartışılması, normal düzeydeki bir ortağın anlayacağı şekilde ortaya konulması veya bilânçoda gösterilmesi gerekir” 11. HD., T.7.12.2009, E. 2008/7766, K. 2009/12467 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁵² **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.683 vd.; **Bilgili/Demirkapı**, s. 602.

⁴⁵³ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.691.

⁴⁵⁴ Doktrindeki tartışmalar için bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.691.

⁴⁵⁵ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.691; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s.219.

⁴⁵⁶ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s.693.

maddeye göre zamanaşımı; “Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tâbi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda öngörölmüş olan zamanaşımı sürelerinin geçirilmesi hâlinde yönetim kurulu üyeleri aleyhine artık sorumluluk davası açıldığında, davalılar zamanaşımı def’ini ileri süreceklerdir.

2.3.2.1.2.Borç Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk

2.3.2.1.2.1.Ön Açıklamalar

TTK m. 358’e aykırı pay sahibine veya 395/II. maddeye aykırı maddede anılan kişilerden birine borç verilmesine yönelik karar sebebiyle anonim şirketin zarara uğraması sonrası yönetim kurulu, 553. vd. maddeleri uyarınca pay sahiplerinin, anonim şirket tüzel kişiliğinin ve şirket alacaklarının zararlarını tazmin etmektedir.. Fakat her somut olayda söz konusu zarar, sorumluluk davasıyla karşılanamamaktadır. İşte bu noktada tazmin yükümlülüğü ibresi yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerine dönmektedir. Her ne kadar doktrinde bir grup yazar⁴⁵⁷, zararların tazmini konusunda “kademeli bir sistem” uyarınca öncelikle 553. yönetim kurulu üyelerine gidilmesi gerektiğini ancak yönetim kurulu üyelerinin meydana gelen zararı tam olarak karşılayamadığı zaman haksız fiil hükümlerine göre 358. madde kapsamında pay sahiplerine ve 395/II. madde kapsamında maddede anılan borçlanma yasağına aykırı borçlanan kişilere gidilebileceğini savunsa da kanımızca bu yöntem pratik değildir. Gerçekten de bir sorumluluk davasının yıllarca sürebileceği ve davanın sonucunda şirketin çıkar gruplarının tam olarak tatmin olmaması sonrası 358. madde kapsamında pay sahiplerine veya 395/II. madde kapsamında anılan borçlanma yasağına aykırı borçlanan kişiye haksız fiil hükümlerine göre dava açılması ticarî hayatın karakteristik özelliği olan hızlı davranmaya aykırıdır. Kanımızca 358. maddeye aykırı borçlanma sonrası meydana gelen zararın mağdurları olan şirketin çıkar gruplarının, yukarıda belirttiğimiz

⁴⁵⁷ Hızır, s. 284; Özkorkut, Değişiklikler, s. 53-54.

kademeli tazminat sistemi yerine Türk Borçlar Kanununun 61. maddesi uyarınca müteselsil sorumluluk hükümlerine başvurmaları yerinde olacaktır. Böylece meydana gelen zararın tam olarak karşılanamama riski ortadan kalkmaktadır.

2.3.2.1.2.2.Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Borç Alan Pay Sahibinin Aynı Zarardan Çeşitli Sebeplerden Dolayı Birlikte Sorumlu Olmaları

Türk Borçlar Kanununun 61. maddesi, müteselsil sorumluluğun dış ilişkide yansımalarını “*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*” şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve pay sahiplerinin, şirkete borçlanma sebebiyle meydana gelen zarardan Türk Ticaret Kanununun 553. vd. maddeleri ve Türk Borçlar Kanununun 49. vd. maddeleri uyarınca sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Buna göre yönetim kurulu, 358. kapsamında borçlanma talep eden pay sahibine veya 395/II. madde kapsamında maddede anılan borçlanma yasağına aykırı borçlanan kişiye aykırı borçlanma talebine karar vermesi sonucu zarar meydana geldiğinde açılacak davada yönetim kurulu 553. madde uyarınca sorumlu olurken, pay sahipleri veya 395/II’de anılan kişiler de Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen haksız fiil esaslarına göre müteselsil şekilde sorumlu olacaktır.

2.3.2.1.2.3.Müteselsil Sorumluluğun Hüküm ve Sonuçları

2.3.2.1.2.3.1.Ön Açıklamalar

TTK m. 358 veya m. 395/II’ye aykırı verilen borç sonrası meydana gelen zararı yönetim kurulunun yanında 358. madde kapsamında borç talep eden pay sahiplerinin veya 395/II. madde kapsamında maddede anılan borçlanma yasağına aykırı borçlanan kişilerin tazmin yükümlülüğünün de doğması durumunda çözülmesi gereken iki sorun bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi, zarar veren yönetim kurulu ve 358. madde kapsamında borç alan pay sahibi veya 395/II. madde kapsamında maddede anılan borçlanma

yasağına aykırı borçlanan kişiler ile zarar gören anonim şirket tüzel kişiliği, borçlu olan dışında pay sahipleri ve şirket alacaklıları arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Söz konusu ilişkiye “dış ilişki” denir. Dış ilişki, zarar görenin, uğramış olduğu zararın tazminini zarar verenlerden hangi esaslara göre talep edeceği sorunuyla ilgilidir⁴⁵⁸.

Zarar veren yönetim kurulu ve 358. madde kapsamında borç talep eden pay sahiplerinin veya 395/II. madde kapsamında maddede anılan borçlanma yasağına aykırı borçlanan kişiler arasındaki ilişkiye ise “iç ilişki” adı verilir. İç ilişkide zararın tazmininden sonra zarar verenlerin birbirleriyle olan ilişkileri, özellikle rücu ilişkisi, yani hangi zarar verenin, zararın hangi kısmını kesin olarak üstleneceği, zararın zarar verenler arasında nasıl paylaşılacağı söz konusu olur⁴⁵⁹.

2.3.2.1.2.3.2.Dış İlişki: Müteselsil Sorumluluk İlkesi

Müteselsil sorumluluk, zarar görene diğer borç ilişkilerine oranla zarar verenler karşısında daha güçlü ve ayrıcalıklı bir durum sağlar. Zarar gören anonim şirket tüzel kişiliği, borçlu olan dışındaki pay sahipleri ve şirket alacaklıları tazminatın tamamını, diledikleri takdirde zarar verenlerin tamamından isteyebileceği gibi, sadece yönetim kurulundan veya hukuka aykırı borçlanarlardan da talep edebilir. Buna ek olarak zarar görenlerin, tazminat alacağına bir kısmını yönetim kurulundan bir kısmını da hukuka aykırı borçlanarlardan istemesi de mümkündür. Ancak burada “tek zarar, tek tazminat ilkesi” nin geçerli olması sebebiyle tazminat ödeme borcu zarar verenlerden biri tarafından ifâ edildiği oranda sona erer⁴⁶⁰. Zarar verenlerden biri, tazminatın tamamını ödemediği takdirde ise borç ortadan kalkar ve böylece zarar gören böyle bir durumda artık diğer zarar verenlerden tazminat talep edemez. Söz konusu kurallar, icra takibi yönünden de geçerlidir⁴⁶¹.

Tazminat yükümlülerinden her biri, zarar görene tazminatın tamamını ödemek zorundadır. Zarar verenlerin sorumluluğu tazminat borcunun tamamı ödeninceye kadar devam eder (TBK m.163/II). Buna göre örneğin dava edilen yönetim kurulu, 358. madde kapsamında tazminatın diğer zarar veren olan borçlu

⁴⁵⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 934; Eren, s. 817; Kılıçoğlu, s. 735.

⁴⁵⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 935; Eren, s. 817; Kılıçoğlu, s. 743.

⁴⁶⁰ Eren, s. 818; Kılıçoğlu, s. 740.

⁴⁶¹ Eren, s. 818; Kılıçoğlu, s. 740.

pay sahibinden istenmesini müteselsil sorumluluğun niteliğiyle bağdaşmadığı nedeniyle ileri süremez⁴⁶². Buna karşılık, zarar verenlerden biri olan borçlu pay sahibi, tazminat borcunu îfâ veya takas yoluyla sona erdirdiği oranda diğer zarar veren olan yönetim kurulu bundan yararlanır ve bu oranda borçtan kurtulurlar. Davalı zarar görenler, tazminatın tamamını ödemediği takdirde, diğer zarar verenlerin de tazminat ödeme borcu sona erer (TBK m. 163/II, 161/I)⁴⁶³.

TTK m. 358 veya m. 395/II'ye aykırı borçlanmadan meydana gelen zarar sonrası zarar veren yönetim kurulu ile borçluların müteselsil sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu tip müteselsil sorumluluklarda zarar verenlerin sorumlu tutulabilmesi, kusurlu olmalarına bağlıdır. Örneğin borçlu pay sahibi, kendisinden beklenen bütün özeni göstererek 358. maddeye uygun borçlanmasına rağmen yine de zarar meydana gelirse bu noktada pay sahibinin kusurundan bahsedilemeyecek ve ortada müteselsil sorumluluk da bulunmayacaktır.

Doktrinde⁴⁶⁴ kusurun hafiflik derecesine göre sorumlu tutulma konusu tartışmalı olup bizim de katıldığımız görüş⁴⁶⁵ uyarınca müteselsil bir borçta ne kadar borçlu varsa, o kadar da bağımsız borç vardır. Buna göre borçlardan biri hakkında indirim sebebi bulunursa lehine böyle bir sebep bulunan sorumlunun, bu indirimden zarar görenin tatmin edilmesinden sonraki safhada yararlanması gerekir⁴⁶⁶.

2.3.2.1.2.3.3.İç İlişki: Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi

Rücu ilişkisini düzenleyen iç ilişki, zarar ve tazminatın müteselsil sorumlular arasında kesin ve nihai olarak paylaşılmasıyla ilgili olup Türk Borçlar Kanununun 62. maddesinde, *“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin*

⁴⁶² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s. 935; Eren, s. 818.

⁴⁶³ Eren, s. 818; Kılıçoğlu, s. 740.

⁴⁶⁴ Doktrinadaki tartışmalar için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s. 668.

⁴⁶⁵ Eren, s. 821.

⁴⁶⁶ Eren, s. 821.

haklarına halef olur” şeklinde düzenlenmektedir. 62. madde, sorumluluk hukuku açısından bir rücu düzeni öngörmüştür.

Çalışma konumuz bakımından burada aynı zarar, çeşitli sebeplerden doğmakta, böylece sorumlular aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmaktadır. Buna göre çeşitli sebeplerden doğan müteselsil sorumlulukta da rücu ilişkisi 62. maddeye göre çözümlenmelidir⁴⁶⁷. Bir başka ifade ile borç veren ve alanlar aynı zarardan sorumlu olmaları durumunda rücu ilişkisinde yukarıdaki ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır.

Hukuka aykırı şekilde gerek borç veren yönetim kurulu üyeleri gerekse de borç alan pay sahipleri veya 395/II.’de sayılan kişilerin sorumluluğu kusur sorumluluğuna dayandığı için bu kişilerin rücu ilişkisi kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁶⁸. Dolayısıyla tazminatın yönetim kurulu üyeleri tarafından ödenmesi durumunda, tazminatı ödeyen yönetim kurulu üyeleri doğrudan doğruya hukuka aykırı borç alan pay sahibine veya 395/II.’de sayılan kişilere rücu edecektir. Kusur sorumluları sadece kendi aralarında ve kusurlarının ağırlığı oranında rücu hakkına sahip olurlar⁴⁶⁹.

2.3.2.2. İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sonuçları

2.3.2.2.1. Borç Verenler Açısından Cezai Sorumluluk

2.3.2.2.1.1. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında 358. ve 395/II. Maddelere Aykırı Borçlanma Sonucu Cezai Sorumluluk

2.3.2.2.1.1.1. Cezanın Muhatabı ve Yaptırımı

6335 sayılı Kanun’da 562. maddedeki 358. ve 395/II. maddelerdeki düzenlemelere aykırılığın cezai yaptırımını değiştirilmiş olup “**(5) Bu Kanunun; b) 358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler, c) 395 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.**” şeklinde düzenlenmiştir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 939; Eren, s. 824; Kılıçoğlu, s. 743.

⁴⁶⁸ Eren, s. 825.

⁴⁶⁹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/Altop, s. 939; Eren, s. 825; Kılıçoğlu, s. 746.

⁴⁷⁰ 6335 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 358. ve 395/II. maddelerde düzenlenen şirkete borçlanma yasağının Türk Ticaret Kanunu kapsamındaki cezai yaptırımını düzenleyen 562. maddenin dördüncü fıkrası, “*Bu Kanunun; c)358’inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, d)395’inci*

Anılan değişikliklerle beraber suçların hem failleri değişmiş hem de yaptırımlar hafifletilmiştir. Buna ek olarak, adli para cezası da 6335 sayılı Kanun değişliği sonrası yönetim kurulu üyelerinin, üst sınır belirtilmeksizin üçyüz günden az olmamak şeklinde muallâk bir ifâde ile adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki bu suçun faili, 358. veya 395/II. maddeye aykırı olarak borç verilmesi yönünde oy kullanmış yönetim kurulu üyeleridir. Söz konusu karar birden fazla yönetim kurulu üyesi tarafından karara bağlanmış ise borçlanmaya olumlu oy veren her bir yönetim kurulu üyesi, Türk Ceza Kanununun 37. maddesi uyarınca “iştirak” kapsamında sorumlu olmaktadır. 358. veya 395/II. maddeye aykırı borçlanma talebine olumsuz oy veren yönetim kurulu üyelerinin ise cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu noktada önemle belirtmeliyiz ki 562. maddede yer alan cezaî düzenleme, borçlanma yasağına her türlü aykırılığa değil; bilakis “*TTK m. 358’e aykırı şekilde borç verilmesine*” yöneliktir. Dolayısıyla, borçlanma işlemi 358. maddedeki düzenlemelere uygunsa, yapılan işlem, şirketin malvarlığına zarar verse dahi, 562/V-b’de yer alan adli para cezası uygulanmayacaktır⁴⁷¹.

6335 sayılı Kanun değişikliği ile beraber şirkete hukuka aykırı borçlanan pay sahipleri, adli para cezası yaptırımının kapsamından çıkartılmış olup yerine “*pay sahiplerine borç verenler*” sıfatına sahip yönetim kurulu üyelerinin cezai yaptırıma tâbi tutulması öngörölmüřtür⁴⁷². Buna göre 358. ve 395/II. maddelere aykırılığın cezai yaptırımını düzenleyen 562. maddenin beşinci fıkrasının “b” ve “c” bentlerindeki suçlar, yalnızca yönetim kurulu üyelerinin bu suçların failleri olabilmesi sebebiyle birer “özgü suç”tur⁴⁷³.

maddelerine aykırı olarak şirkete borçlananlar üçyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu hükme göre yukarıda belirttiğimiz 358. maddedeki şartları sağlamaksızın şirkete borçlanan pay sahiplerinin veya 395/II’de anılan kişilerin üçyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörölmüştü.

Kanun koyucu, limited şirketler hakkında anonim şirket düzenlemelerine atf yapan madde olan 644.maddeye, suç ve yaptırımlar bakımından 562. maddenin bu hükmüne atf yapmayı unuttuğu için limited şirketlerde borç veren müdürler bakımından 562. maddede düzenlenen suç ve yaptırımlar uygulanmayacaktır. Konu hakkındaki eleştiriler için bkz. **Kendigelen**, s. 560; **Özkorkut**, Değişiklikler, s. 53; **Altaş**, Cezai, s. 240.

⁴⁷¹ Serdar **Hızır** ve Duygu **Merki**, “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, Sayı: 63, 2014, s.784.

⁴⁷² **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 323; **Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat)**, s. 681; **Hızır**, s. 282; **Altaş**, Cezai, s. 240.

⁴⁷³ **Hızır/Merki**, s. 784.

2.3.2.2.1.1.2.Cezanın Uygulanması

TTK m. 358 veya m. 395/II'ye aykırı borçlanmaya aykırılık neticesine göre öngörülen 562. maddenin beşinci fıkrasının “b” ve “c” bentlerinde düzenlenen suçları yakından incelediğimizde söz konusu suçların tamamlanmasının 358. madde açısından pay sahibine ve 395/II. madde açısından ise madde anılan kişilere verilecek borcun, anonim şirketin hesabından çıkma tehlikesinin yönetim kurulu kararıyla yaratılmış olmasına bağlı olduğu görülmektedir. Bu noktada örneğin 562/V-b’deki suçun tamamlanması, yönetim kurulunun 358. madde kapsamında pay sahibine ve 395/II. madde kapsamında maddede anılan kişilere borç vermesi (562/V-b’de “borç vermek” ifadesi ve 562/V-c’de “ihlal etmek” ifadelerinin kullanılması nedenlerinden dolayı) yeterlidir. Pay sahibinin veya 395/II’de anılan kişilerin şirkete borçlandığı nakdî miktarın bir kısmını bankadan çekmesi, suçun tamamlanma anını yansıtmamaktadır. Bir başka ifade ile yönetim kurulunun, anonim şirketin hesabının pasif tarafını arttıracak borçlanma kararının alınması, suçun tamamlanması için yeterlidir.

Türk Ticaret Kanununun 562. maddesinin beşinci fıkrasının “b” ve “c” bentlerinde tanımlanan suçlar, söz konusu maddede 358. maddeye aykırı borç verilmesi veya 395/II hükümlerinin ihlal edilmesinden doğan suç tiplerini oluşturan fiillerin hangi hareketle gerçekleştirilebileceği konusunda bir özelleştirilmenin yapılmaması sebebiyle serbest hareketlidir⁴⁷⁴. Buna ek olarak yönetim kurulunun 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç verilmesine yönelik kararının varlığı yeterlidir. Dolayısıyla “borç verme kararı” hareketinin, “şirketin malvarlığının azalması” tehlikesi yaratmış olup olmadığının araştırılmaması sebebiyle 562/V-b ve c’de düzenlenen suçlar, soyut tehlike suçlarıdır⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Serbest hareketli suçlar konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Emin **Artuk**, Ahmet **Gökçen** ve Ahmet Caner **Yenidünya**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, , s. 233-246.

⁴⁷⁵ Soyut tehlike suçu konusunda detaylı bilgi için bkz. Veli Özer **Özbek**, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan**, Pınar **Bacaksız** ve İlker **Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012,(Genel Hükümler), s.217. Bu noktada 358. veya 395/II. maddelere aykırı borç verilmesi suçlarına teşebbüs mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. 562/V-b veya c hükmünde düzenlenen soyut tehlike suçlarını işlemeyi düşünen ve ilgili suçların koruduğu hukuksal menfaatleri olan “şirketin malvarlığının korunması” ve “şirketin çıkar gruplarının menfaatlerini tehlikeye sokulması”na yönelik bir hareketi gerçekleştirmeyi deneyen yönetim kurulu üyelerinin bu hareketlerinin cezalandırılması gerekir. İşte bu noktada da “teşebbüs” kurumu devreye girmektedir. Buna göre 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç verme suçu, teşebbüs aşamasında kaldığında 562/V-

Türk Ceza Kanununun 52. maddesinin birinci fıkrasında adli para cezası, “beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.” şeklinde tanımlanmıştır. Adli para cezası ile 52. maddedeki tanımdan da anlaşılacağı üzere adli para cezasının üst ve alt sınırı bulunmaktadır. Oysaki 358. ve 395/II maddelerin cezai yaptırımını öngören 562/V-b veya c de “üçyüz günden az olmamak üzere” şeklindeki ifadeyle sadece alt sınırın belirlendiği görülmektedir. Yaptırım, Türk Ceza Kanunu’nda tanımlanan adli para cezası sistemine aykırılık teşkil etmektedir. Hâkim, yönetim kurulu üyelerine takdir edeceği para cezasını, Türk Ticaret Kanunu’nda aksi belirtilmemiş olması sebebiyle, 730 gün üzerinden takdir edebilecektir. Söz konusu durumda örneğin, hâkimin adli para cezası miktarını, 100 Türk Lirası üzerinden ve 730 gün üzerinden hesaplaması sonucu ortaya 73.000 Türk Lirası ortaya çıkmaktadır. Hesaplanan bu rakam, Türk Ticaret Kanununun 332. maddesi uyarınca esas sermaye sistemini benimsemiş bir anonim şirketin asgari şekilde kuruluşunun bile 50.000 Türk Lirası olduğu Türk Ticaret Hukukunda yönetim kurulu üyelerinin pekâlâ mahvına neden olabilecek niteliktedir⁴⁷⁶. Kanımızca *de lege lata* yönünden hâkimler, adli para cezasının gerek miktarını gerekse de gün sayısını hesaplarken yukarıdaki örnekte belirttiğimiz yönetim kurulu üyesinin mahvına neden olma riskine göre adli para cezasına hükmetmelidir. *De lege feranda* açısından ise 358. ve 395/II maddelerin cezai yaptırımının öngörüldüğü 562/V-b veya c maddesinde bir üst sınır düzenlenmelidir.

Birim gün sayısı sisteminin benimsendiği Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen adli para cezaları, üç aşama göz önünde bulundurularak hesaplanmaktadır⁴⁷⁷. Birinci aşamada 562/V-b veya c bendi uyarınca 300 günden az ve Türk Ticaret Kanunu’nda aksi belirtilmediği için 730 günden fazla olmamak üzere birim gün sayısı

b veya c hükmünde düzenlenen verilecek adli para cezası, dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilecektir (TCK m.35/II). Soyut tehlike suçlarına teşebbüs kurumunun uygulanmayacağı görüşü için bkz. **Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 450; Nur **Centel**, Hamide **Zafer**, Özlem **Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011, (Giriş), s. 257. Bizim de katıldığımız aksi yönde görüş için bkz. Doğan **Soyaslan**, Teşebbüs Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları No: 131, Ankara, 1994, s. 205.

⁴⁷⁶ **Odman Boztosun**, s. 18.

⁴⁷⁷ **Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Genel Hükümler, s. 594; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 820; **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 556.

belirlenir⁴⁷⁸. İkinci aşamada ise suçlu yönetim kurulu üyesinin ekonomik ve kişisel durumu göz önünde tutularak bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar bulunur. Söz konusu miktar, en az 20 ve en fazla 100 Türk Lirası olabilir (TCK m. 52/II). Nihayet üçüncü aşamada ise belirlenen bu iki rakam birbiriyle çarpılır⁴⁷⁹. Örneğin yukarıda belirttiğimiz durumda *de lege lata* hâkimi, birim gün sayısını alt sınır olan 300 gün olarak ve suçlu yönetim kurulu üyesinin ekonomik durumuna göre alt sınır olan 20 Türk Lirası olarak hesapladığında, $300 \times 20 = 6000$ Türk Lirası adli para cezasına hükmedecektir.

Adli para cezası için 1 Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez (TCK m. 61/VI). Hâkim, kararında adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile 1 gün karşılığı olarak takdir edilen miktarı ayrı göstermek zorundadır (TCK m.52/III). Bu noktada akla iki soru gelmektedir; birim gün sayısı hangi esaslara göre belirlenecektir? ve bir gün karşılığı miktar neye göre ve nasıl belirlenecektir?

Birim gün sayısının belirlenmesinde Türk Ceza Kanununun 61. maddesinde düzenlenen cezanın belirlenmesine ilişkin kurallar esas alınmaktadır. Hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını ve failin güttüğü amaç ile saiki göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanûnî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler. Buna göre yönetim kurulu üyelerine verilecek temel ceza belirlenirken, fail yönetim kurulu üyelerinin 358. maddede düzenlenen şartlardan hangisini ihlal ederek borçlanma kararı verdiği veya 395/II. maddede anılan borçlanma araçlarıyla borç verilmeyecek kişilere borç verildiği, hukuka aykırı borçlanma sonucu şirketin borca batık duruma gelip gelmediği (TTK m.376), yönetim kurulu üyelerinin 358. veya 395/II. maddeyi kasten mi yoksa taksirle mi ihmal ettikleri ve borç talep eden pay sahibi ile kararı veren yönetim kurulu üyeleri arasında şirket aleyhine hileli anlaşmalar olup olmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Kanımızca bu hususlara ek olarak tedbirli bir yöneticinin

⁴⁷⁸ Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 594.

⁴⁷⁹ Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 595; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 556.

özen yükümlülüğü de temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır (TTK m.369).

Türk Ceza Kanunu'na göre bir gün karşılığı miktar, yönetim kurulu üyesinin ekonomik ve diğer şahsi durumları göz önünde bulundurularak takdir edilir. “Ekonomik durum” terimi ile yönetim kurulu üyesinin gerek şirket içerisindeki malî hakları gerekse şirket dışındaki ekonomik faaliyetlerinin bütünü olarak anlaşılırken “diğer şahsi hâller” terimi ile suçlu yönetim kurulu üyesinin yaşı, mesleği, medenî durumu, çocuk sahibi olup olmadığı gibi hususlar anlaşılmaktadır⁴⁸⁰.

TTK m. 562/V-b ve c’de düzenlenen 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç verilmesi suçunda görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun⁴⁸¹ 11. maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun⁴⁸² 12. maddesi uyarınca 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç verme suçunun işlendiği yer olan şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç verme suçu, teşebbüs aşamasında kalmış ise yine son icra hareketinin yapıldığı yer olan şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Yönetim kurulu üyesine hükmedilecek adli para cezasının infazı usûlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun⁴⁸³ 106. maddesinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Genel Hükümler, s. 595; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 620; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 557.

⁴⁸¹ RG.: 07.10.2004, S. 25606.

⁴⁸² RG.: 17.12.2004, S. 25673.

⁴⁸³ RG.: 29.12.2004, S. 25685.

⁴⁸⁴ Öncelikle adlî para cezasını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adlî para cezasının ödenmesi için hükümlü yönetim kurulu üyesine, 20 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder (CGTİHK m. 106/II). Hükümlü yönetim kurulu üyesi, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir (CGTİHK m. 106/III). Adlî para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile üçüncü fıkra hükmü Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanır (CGTİHK m. 106/V). Hükümde, adlî para cezası taksidde bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adlî para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. İlk taksidin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci taksidde ilişkin izin hükümsüz kalır (CGTİHK m. 106/VI). Adlî para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla

2.3.2.2.1.2.Türk Ceza Kanunu Kapsamında Cezai Sorumluluk⁴⁸⁵

2.3.2.2.1.2.1.Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.155)

Türk Ticaret Kanununun 358. maddesi uyarınca pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için yukarıda detaylı bir şekilde açıkladığımız üzere dört şartın bir arada bulunması gerekir. Fakat söz konusu şartların bulunması, pay sahibinin şirkete dilediği şekilde, miktarda, vadede ve faiz oranında borçlanabileceği anlamına gelmemektedir. Gerçekten de pay sahibi şirkete ancak acil ihtiyaçları sebebiyle, malvarlığının korunması ilkesine uygun, makul vadeyle, düşük miktarla ve karşılıklılık esasına göre borçlanabilmekte olup şayet söz konusu hususlara dikkat edilmeksizin borçlanmaya ilişkin karar verilirse söz konusu hukuka aykırılığın Türk Ceza Kanunu açısından yaptırımlarından biri “güveni kötüye kullanma suçu” olacaktır⁴⁸⁶. Söz konusu durum 395. maddenin ikinci fıkrası için de geçerli olup maddede anılan kişilerin, 358. maddenin aksine, mutlak nitelikteki borçlanma yasağına rağmen şirkete borçlanabileceğine dair karar verilmesi de Türk Ceza

hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez (CGTİHK m. 106/VII). Hükümlü, hapis yattığı veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer (CGTİHK m. 106/VIII). Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır (CGTİHK m. 106/IX). İnfaz edilen hapsin veya kamuya yararlı işte çalışmanın süresi, adli para cezasını tamamiyle karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’a göre kalan adli para cezası tahsil edilir (CGTİHK m. 106/XI).

⁴⁸⁵ Çalışmanın kapsamının çok genişlememesi adına ve çalışmanın kökeninin “ticaret hukuku” olması sebebiyle borçlanma yasağının Türk Ceza Kanunu kapsamındaki cezai yaptırımları, sadece borçlanma yasağı düzenlemelerinin gerekçelerindeki suçlarla sınırlı tutulmuş olup söz konusu suçların da borçlanma yasağıyla ilişkisi esas alınarak incelenmiştir.

⁴⁸⁶ Kanun koyucu da yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel bir açıklamayı 358. maddenin değişikliğe uğradığı 6335 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesinde “...*şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak suretiyle) kullanılması söz konusu maddelerde yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hâli “şirketin içinin boşaltılması” veya “şirketin hortumlanması” şeklinde tanımlayabiliriz. Bu durumda, yani şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullandırılması hâlinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 155 inci maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun oluşabileceği açıktır*” şeklinde belirtmiştir. Kanun koyucu, güveni kötüye kullanma suçunun işlenebileceğini sadece 358. maddenin gerekçesinde belirtmiş olup 395. maddenin ikinci fıkrasının gerekçesine koymayı kanımızca “unutmuş”dur.

Kanununun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçuna vücut verecektir^{487 488 489}.

TTK m. 358 ve m. 395/II açısından korunan hukukî değer, öncelikle başta anonim şirket olmak üzere bütün çıkar gruplarının malvarlığı değerleri ve mülkiyet haklarıdır⁴⁹⁰. Buna ek olarak zilyetlik, belirli bir şekilde kullanmak veya muhafaza etmek amacıyla devredildiğinden, bu ilişkinin oluşturduğu sözleşmeye olan güvenin korunması da yine korunması gereken hukukî değer bir parçasıdır⁴⁹¹.

Güveni kötüye kullanma suçu, ancak bir malın zilyetliğini muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere devralan kişi tarafından işlenebileceği sebebiyle “özgü suç” niteliğine sahip olup⁴⁹² borçlanma yasağı bakımından suçun faili, şirket adına borç verme yetkisine sahip borçlanmaya olumlu oy veren yönetim kurulu üyeleridir⁴⁹³. Suçun mağduru ise malın maliki ya da zilyedinden malın

⁴⁸⁷ Şirkete borçlanma yasağının güveni kötüye kullanma suçuyla ilişkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. Serdar **Hızır** ve Duygu **Merki**, “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S. 63, 2014, s. 779 vd.

⁴⁸⁸ Güveni kötüye kullanma suçu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan **Meraklı**, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.155)”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan (Özel Sayı), C.XI, 2009, s. 1657 vd. Veli Özer **Özbek**, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan**, Pınar **Bacaksız** ve İlker **Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 641 vd.; Nur **Centel**, Hamide **Zafer**, Özlem **Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, Beta Basım, İstanbul, 2007, (Kişiler), s. 409; Durmuş **Tezcan**, Mustafa Ruhan **Erdem** ve Rıfat Murat **Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 545.

⁴⁸⁹ **Türk Ceza Kanunu**

Güveni Kötüye Kullanma

MADDE 155- (1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

⁴⁹⁰ **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişiler, s.418; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.589, **Hızır/Merki**, s. 795.

⁴⁹¹ **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişiler, s.418; **Tezcan/Erdem/Önok**, s.589, **Hızır/Merki**, s. 795.

⁴⁹² Güveni kötüye kullanma suçunun “özgü suç” niteliği konusunda detaylı bilgi için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişiler, s.420; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 594 .

⁴⁹³ Şirket adına borç verme yetkisinin yönetim kurulu üyelerinden birine veya dışarıdan bir kişiye devredildiği hâllerde, bu kişiler için de aynı sonuca varmak mümkündür (TTK m.367, 370) (**Hızır/Merki**, s. 796). Bu noktada “iştirak” kurumunun da gündeme gelmesi mümkündür. Güveni kötüye kullanma suçu bakımından iştirakin bütün hâlleri mümkün olup 358. veya 395/II. maddeye aykırı borçlanma kararı verip anonim şirket tüzel kişiliğinin mallarının zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkâr eden her yönetim kurulu üyesi, iştirak kapsamındadır (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 649. Güveni kötüye kullanma suçunun “özgü suç” vasfına sahip olması sebebiyle suça iştirak eden kişiler, bu suçta sebebiyle ancak “azmettiren” ya da “yardım eden” sıfatıyla cezalandırılabilirler yönünde görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.588).

zilyetliğini devralan ve bu malı muhafaza etmesi veya belirli bir şekilde kullanması amacıyla bir başkasına zilyetliği devreden kişi olan anonim şirkettir⁴⁹⁴.

Yönetim kurulu üyeleri, anonim şirketin taşınır veya taşınmaz malları üzerinde hukuka aykırı bir şekilde borç verme işlemini gerçekleştirdiklerinde 155.madde uyarınca güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olurlar⁴⁹⁵. Devir olgusunu inkâr etmek ise, malın zilyetliğinin teslim edildiği olgusunu reddetme; yani teslim edilmediğini iddia etmek anlamına gelmektedir. Yönetim kurulu, 358. veya 395/II. maddeye aykırı borçlanma işlemindeki borç konusu malın zilyetliğini teslim edildiğini reddettikleri takdirde TCK m. 155 uyarınca güveni kötüye kullanma suçunu işlemiş olurlar⁴⁹⁶. Suçun tamamlanma anı, yönetim kurulu üyelerinin mülkiyeti anonim şirkete ait olan mal üzerindeki zilyetliğin, devri amacına aykırı olarak kullandığı ya da zilyetliğin devrini inkâr ettiği andır⁴⁹⁷. Böylece örneğin 358. madde uyarınca anonim şirket adına uzun vadeli ya da yüksek oranlarla pay sahibine borç verme kararı alındığında, güveni kötüye kullanma suçu meydana gelmektedir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ **Hızır/Merki**, s. 797; Pay sahipleri ve alacaklılarının neden suçun mağduru olamayacakları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Hızır/Merki**, s. 797.

⁴⁹⁵ **Hızır/Merki**, s. 797; Suçun tamamlanma anı suçun özel görünüş şekiller bakımından da büyük önem teşkil etmektedir. Buna göre güveni kötüye kullanma suçunu meydana getiren hareket ile güveni kötüye kullanma suçunun yanında bir başka suçun da meydana gelmesi mümkündür. Örneğin yönetim kurulu üyesinin hareketinin güveni kötüye kullanma suçunu teşkil etmesinin yanında 562/V-b'de düzenlenen suç kapsamına da girmesi veya 358. maddeye göre pay sahibinin borçlanma talebini değerlendirip çoğunluk oyuyla reddedilen kararın yönetim kurulu üyesi tarafından kararın kabul edilmiş gibi değiştirilmesi sonucu özel belgede sahtecilik suçunun işlenmesi (TCK m.207) veyahut da hileli iflâs suçunun işlenmesi (TCK m.161) durumlarında fail bu suçlardan hangisinin cezası en ağır ise o suçtan cezalandırılacaktır (TCK m.44) (**Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Özel Hükümler, s. 649; **Meraklı**, s. 1699). Zincirleme suç bakımından ise Yönetim kurulu üyesine farklı zamanlarda (örneğin failin farklı zamanlarda birden çok yönetim kurulu üyeliği yaptığı zamanlarda) zilyetliği devredilen anonim şirket tüzel kişiliğine ait mallar üzerinde yönetim kurulu üyesinin, değişik zamanlarda ve bir suç işleme kararının icrası kapsamında güveni kötüye kullanma suçunu işlenmesi hâlinde zincirleme suç söz konusu olacaktır (TCK m.43/I). Buna ek olarak suçun farklı anonim şirket tüzel kişiliğine ait olan mallar üzerinde aynı anda işlenmesi durumunda 43. maddenin ikinci fıkrası uyarınca yine bu suç meydana gelecektir. Örneğin iki farklı anonim şirketin yönetim kurulu üyeliği yapan ve anonim şirketlerin mallarının zilyedi konumunda olan fail yönetim kurulu üyesi mallar üzerinde aynı anda güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi durumunda 43/II. madde uygulanacak olup tek bir güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilip ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabacaktır (**Meraklı**, s. 1699).

⁴⁹⁶ **Hızır/Merki**, s. 797; **Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Özel Hükümler, s. 646.

⁴⁹⁷ **Centel/Zafer/Çakmut**, Kişiler, s.430; **Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Özel Hükümler, s.646; Bu noktada söz konusu suça teşebbüsün mümkün olup olmadığı gündeme gelmektedir. Her ne kadar zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmaya teşebbüs mümkünse de devir olgusunu inkâra teşebbüsün mümkün değildir (**Centel/Zafer/Çakmut**, Kişiler, s.425; **Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe**, Özel Hükümler, s. 649).

⁴⁹⁸ **Hızır/Merki**, s. 797.

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur⁴⁹⁹. Yönetim kurulunun, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek borçlanma şart ve sınırlarına aykırı şekilde şirket adına borç vermeleri, güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilemez.

2.3.2.2.1.2.2.Hileli İflâs Suçu (TCK m. 161)

Türk Ticaret Kanununun 358. veya 395/II. maddesine aykırı borç verilmesi sonucu borç verenler bakımından güveni kötüye kullanma suçu yanında işlenmesi muhtemel bir diğer suç da Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan 161. maddede tanımlanan hileli iflâs suçudur⁵⁰⁰⁵⁰¹.

Türk Ticaret Kanununun 358. veya 395/II. maddesine aykırı borçlanmalar sonucu borçlarını ödeyemeyecek duruma düşen anonim şirketler, kaçış olarak iflâs yolunu seçerek alacaklıların alacaklarına kavuşmalarını engelleyerek onların zarara uğramasına neden olabilmektedir. Bu bağlamda hileli iflâs suçu ile zarara uğrayan alacaklılar, ticarî hayattaki güven ilişkisi ve devletin yararları korunmaktadır⁵⁰².

⁴⁹⁹ Özbek/Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, Özel Hükümler, s. 647.

⁵⁰⁰ Türk Ceza Kanunu

Hileli İflas

MADDE 161- (1) Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflâsa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflâsın varlığı için; **a)** Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması, **b)** Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi, **c)** Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi, **d)** Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi, gerekir.

⁵⁰¹ Kanun koyucu da yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel bir açıklamayı 358. maddenin değişikliğe uğradığı 6335 sayılı Kanunun 15. maddesinin gerekçesinde "... "şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullanılması hâlinde, ...bu şekilde gerçekleşen borçlanma sonucunda şirketin iflâsı hâlinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 161 inci maddesinde düzenlenen hileli iflâs suçunun oluşabileceği açıktır" şeklinde belirtmiştir.

⁵⁰² Sertaç Işıka, "Hileli İflas Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 608; Timuçin Muşul, İflas Suçları – Taksirath ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s. 91; Zahit Yılmaz, Hileli İflas ve Taksirath İflas Suçları (TCK m.161 ve TCK m.162), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 48; Aksi görüş için bkz. Necati Meran, Malvarlığına Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 175

“Özgü suç” niteliğini haiz hileli iflâs suçunda fail, suçun gerekçesinde de belirtildiği üzere⁵⁰³ ancak tacirdir⁵⁰⁴. 358. veya 395/II. maddelerden bakımından da fail, o anonim şirketin yönetim kurulu üyeleridir⁵⁰⁵. Suçun mağduru ise borçlu anonim şirketin kendi malvarlığı üzerindeki hileli tasarrufları nedeniyle, alacak haklarını tahsil edemeyen veya tahsil edememe tehlikesine maruz kalmış kişilerdir⁵⁰⁶. 358. ve 395/II. maddeler açısından da iflâs kararı öncesi veya sonrası 358. veya 395/II. maddeye aykırı şekilde yapılan hileli tasarruflara konu olan malvarlığı, iflâsa tâbi tüzel kişinin aktif ve pasif, hileli iflâs suçunun hukukî konusunu oluşturmaktadır⁵⁰⁷.

Seçimlik hareketli bir suç tipi olan hileli iflâs suçunda, ilk hareket, “*Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması*”dır. 358. ve 395/II. maddeler açısından söz konusu seçimlik hareketler ise, yönetim kurulunun, anonim şirketin alacaklılarının teminatı mahiyetinde olan anonim şirket mallarını, 358. veya 395/II.

⁵⁰³ “.....*Bu suçun faili, iflâsa tâbi bir borçlu yani, tacir olabilir. Ancak, bir tüzel kişinin tacir olması durumunda, tüzel kişiliğin organ veya temsilcisi olan, tüzel kişi adına tasarruflarda bulunan gerçek kişiler de suç faili olabileceklerdir...*” (Türk Ceza Kanununun 161. maddesinin Gerekçesi).

⁵⁰⁴ Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki gerek İcra ve İflas Kanununun 43. maddesindeki “*İflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tâbi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları hâlde iflâsa tâbi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır*” düzenlemesi gerek Türk Ticaret Kanununun 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile 14. maddenin birinci fıkrası uyarınca tacir sayılma ve tacir gibi sorumlu olma hükümleri dikkate alındığında hileli iflâs suçu sadece tacirlere özgü olmayıp aynı zamanda tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar için de uygulama alanı bulmaktadır (İşıka, s. 615; Uyar, s. 964; Z. Yılmaz, s. 71).

⁵⁰⁵ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. “*Anonim şirketlerde kural olarak yönetim yetkisi tüm yönetim kuruluna ait ise de, TTK gereğince yetkilerin üyeler arasında paylaşılmasının mümkün olduğu, bu yetkinin paylaşılması halinde ise, yetkiye sahip olup da suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren yönetim kurulu üyesinin sorumlu olacağı aşikar olup...*” 23. CD., 6.10.2016, E. 11899, K. 8597 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde örnek Yargıtay kararı için bkz. 15. CD., 8.12.2014, E. 19565, K. 20554 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Bu noktada “iştirak” kurumunun da gündeme gelmesi mümkündür. Hileli iflâs suçuna, kasten işlenilmesi ve tek faili bir suç olması sebeplerinden dolayı iştirak mümkündür. Fakat bu suç tipi özgü bir suç olması sebebiyle iflâsa tâbi olmayan şahısların bu suça iştiraki ancak dolaylı fail, azmettiren ya da yardım eden biçiminde olabilir (TCK m.40/II) (İşıka, s. 621; Uyar, s. 968; Z. Yılmaz, s.84).

⁵⁰⁶ Muşul, s. 42; Meran, s.176; İşıka, s. 617; Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı-İzmir Şerhi, C.II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 1301.

⁵⁰⁷ Uyar, s. 963; Meran, s. 177. Müflisin “pasif” değerlerinin de suçun konusunu teşkil etmesinin gerekçesi, iflâsa tâbi kişilerin borçlarını olduğundan fazla göstererek alacaklılarının alacaklarına tam bir biçimde ulaşamaması engellemesi amacıdır.

maddeye aykırı şekilde borçlanmak suretiyle kaçırmayı, gizlemesi veya değerinin azalmasına neden olmasıdır⁵⁰⁸.

TCK m.161'deki ikinci seçimlik hareket, "*Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticarî defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi*"dir. 358. ve 395/II. maddeler açısından 358. veya 395/II. maddeye aykırı borçlanmaların ortaya çıkmasını önlemek için ticarî defter ile 437. maddede sayılan rapor ile tabloların veya ilgili diğer kayıt ve belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi neticesinde ise hileli iflâs suçu meydana gelmektedir.

TCK m.161'deki üçüncü seçimlik hareket, "*Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı hâlde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi*"dir. 358. madde açısından söz konusu seçimlik hareket, ortada talep edilen bir borçlanma bulunmamasına rağmen yönetim kurulunun sanki böyle bir talep varmış gibi borçların artmasına neden olacak bir yönetim kurulu kararının hazırlanmasıdır⁵⁰⁹.

TCK m.161'deki dördüncü seçimlik hareket, "*Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi*"dir. 358. ve 395/II. maddeler açısından söz konusu seçimlik hareket, borcun talep edilmesi aşamasında önem teşkil etmektedir. Buna göre örneğin her ne kadar şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasa da yönetim kurulunun, pay sahibinin 358. madde kapsamında şirketten borç talep ettiği anda gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az göstermesi hileli iflâs suçunu meydana getirecektir. Buna ek olarak söz konusu hareket sebebiyle 358. maddede tanımlanan "*şirketin serbest yedek akçelerle birlikte karı geçmiş yıl zararlarını karşılaması*" şartı sağlanmadığı anlaşılıyorsa pay sahibinin talebi de hukuka aykırı bir yönetim kurulu kararı neticesinde reddedilecektir.

⁵⁰⁸ Bentte sayılan hareketler için iflâs masasına devri gereken malların çok uzun vadeli şekilde pay sahibine verilmesi, bahse konu malların bulunmaması amacıyla gerçekte pay sahibi olmayan hayali bir pay sahibine verilmesi gibi hareketler söz konusu seçimlik harekete örnek gösterilebilir (**Muşul**, s. 103-104; **Işıka**, s. 609-610); Seçimlik hareketleri "teşebbüs" kurumu açısından değerlendirdiğimizde ilk fıkrasının "a" bendinde ifâde edilen "malların değerinin azalmasına" neden olunması fiili haricindeki hareketlerin sırf hareket suçu tanımına girmesi sebebiyle söz konusu hareketlere teşebbüs mümkün değildir (Z. **Yılmaz**, s. 83).

⁵⁰⁹ Söz konusu seçimlik hareketin aynı zamanda belgede sahtecilik suçuna da vücut verebileceği konusunda detaylı bilgi için bkz. **Uyar**, s. 966. Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 5. CD., 28.2.2013, E. 1740, K. 1477 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Hileli iflâs suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Fail yönetim kurulu, suç tipinde dört bent hâlinde düzenlenen hareketlerin meydana geleceğini bilmeli ve istemelidir⁵¹⁰.

2.3.2.2.2.Borç Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk

2.3.2.2.2.1.Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Cezai Sorumluluk

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir takım emredici hükümlere aykırılığın hapis veya para cezasıyla cezalandırılmasını düzenleyen 562. maddede yukarıda belirttiğimiz üzere sadece söz konusu maddenin beşinci fıkrasının “b” ve “c” bentlerinde borç veren kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmişse de 358. veya 395/II. maddeler kapsamında borç alan kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmemiştir. Buna göre borç alanların cezai sorumluluğu düzenlenmediği için söz konusu kişilere 562. madde uyarınca ceza verilemeyecektir (TCK m.2).

2.3.2.2.2.2.Türk Ceza Kanunu Açısından Cezai Sorumluluk

Türk Ceza Kanunu'nda 358. veya 395/II. maddeye aykırı borç alınmasından doğan bir suç tipi bulunmamaktadır. Bu noktada akıllara borç alanların suçun özel görünüş biçimlerinden iştirak, azmettirme ve yardım etme kurumları kapsamında borç alanların cezalandırılabileceği sorusunun gelmesi muhtemeldir.

Türk Ceza Kanununun “İştirak” başlıklı 37. maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. “*Suçun kanûnî tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*” şeklinde düzenlenen ilk fıkra, müşterek faillik kurumunu düzenlemektedir. Kanunda tanımlanan haksızlık, birden çok suç ortağı tarafından müştereken gerçekleştirilmesine müşterek faillik denir⁵¹¹. Müşterek faillikte birlikte suç işleme kararına göre suçun icrai hareketleri birlikte gerçekleştirilmekte ve böylece fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurulmaktadır. Müşterek faillik için birden çok failin, fiilin icrasını fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurarak gerçekleştirmesi ve birlikte suç işleme kastının

⁵¹⁰ Uyar, s. 964; Özbek, s 1303; Işıka, s. 618.

⁵¹¹ Artuk/ Gökçen / Yenidünya, s. 600-603.

bulunması gerekir⁵¹². Ancak bu noktada karşımıza “borç verenlerin işleyebileceği suçlar özgü suç” ve “özel faillik” kavramları çıkmaktadır. Örneğin 358. maddeye aykırı borç alan kişi aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ise herhangi bir problem bulunmamaktadır. Borç alan kişi de pekâlâ TCK m.37/I kapsamında müşterek fail sıfatına sahip olacaktır. Ancak borç alan kişinin özel faillik vasfı bulunmuyorsa kişi, “özgü suçlarda müşterek faillik yoktur” kuralı gereğince TCK m.37/I kapsamında yargılanamayacaktır (TCK m.40/II).

Türk Ceza Kanununun 37. maddesinin ikinci fıkrasında ise dolaylı faillik kurumu düzenlenmiştir. Buradaki “dolaylı faillikten” kasıt suçun işlenmesinde bir başkasının araç olarak kullanılmasıdır. Örneğin kusur yeteneği olmayan, cezalandırılmayan veya kusurlu sayılmayan kişiyi, bir suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanan kişi dolaylı fail sıfatını haiz olmaktadır⁵¹³. Ancak Türk Ticaret Kanununun 363/II. ve Türk Medenî Kanununun 16. maddeyle bağlantılı Türk Ceza Kanunu hükümleri uyarınca borç veren kişilerin araç olarak kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla borç alan kişiler, dolaylı fail sıfatına sahip olamamaktadırlar.

Türk Ceza Kanunu’nun “Azmettirme” başlıklı 38. maddesi uyarınca yönetim kurulunu hukuka aykırı borç verilmesi sebebiyle meydana gelen suçları işlemeye azmettiren borç alan kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Borç alan azmettirenin cezalandırılabilmesi için hukuka aykırı borç verilmesi suretiyle suç işleme konusunda karar vermemiş olan yönetim kuruluna belirli bir suçun işlenmesine karar verdirmesi ve azmettirilen yönetim kurulunun kasten, hukuka aykırı şekilde borç vermesi suretiyle yukarıda belirttiğimiz suçlardan birini işlemesi veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir⁵¹⁴. Borç alanın, borç veren yönetim kurulu üyelerinin üstsoy ve altsoy ilişkilerinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirmesi hâlinde, borç alanın cezası üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m. 38/II).

Türk Ceza Kanununun “Yardım Etme” başlıklı 39. maddesi uyarınca borç alan, yönetim kurulunu hukuka aykırı borç verilmesi suretiyle meydana gelen suçları işlemeye teşvik etmesi, suç işleme kararını kuvvetlendirmesi, fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmesi, suçun nasıl işleneceği hususunda yol

⁵¹² Artuk/ Gökçen / Yenidünya, s. 600-603; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 485.

⁵¹³ Artuk/ Gökçen / Yenidünya, s. 605; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 487.

⁵¹⁴ Artuk/ Gökçen / Yenidünya, s. 612; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 489.

göstermesi, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlaması veyahut da suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırması hâllerinde “yardım eden” sıfatını kazanacaktır⁵¹⁵. Buna göre suçun işlenmesine yardım eden borç alana, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilecektir (TCK m.39/I).

Yönetim kurulunun, pay sahibinin 358. maddeye aykırı veya pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi ile 393. maddede sayılan kişilerin 395/II. maddeye aykırı şekilde borçlanma talebini kabul etmesi veyahut da 358. maddeye uygun bir borçlanma talebi olsa da söz konusu verilecek borcun niteliklerine tedbirli bir yönetici olmanın gerektirdiği özenle incelenmeksizin karar vermesi sonucu anonim şirketin tüzel kişiliği, diğer pay sahipleri ve şirket alacaklıları zarara uğrayabilir (TTK m.369/I). İşte söz konusu uğranılan bu zararın tazmini konusunda Türk Ticaret Kanununun “Hukukî Sorumluluk” üst başlıklı ve “Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu” başlıklı 553. vd. maddeleri devreye girmektedir⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Artuk/ Gökçen / Yenidünya, s. 613-620; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 490.

⁵¹⁶ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s. 324; Hızır, s. 283; Özkorkut, Değişiklikler, s. 53; Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), s. 680; Bilgili/Demirkapı, s. 593; Üçışık/Çelik, s. 533; Atlıhan, s.1976-1977.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

3.1.ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI İLE İLGİLİ DÜZENLEME (TTK M.395/III)

6335 sayılı Kanununun 17. maddesi uyarınca mevcut 395/II. madde, “*Yönetim kurulu üyesinin 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.*” şeklinde değiştirilmiş ve üçüncü fıkra “*202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler*” şeklinde değişikliğe uğramıştır⁵¹⁷.

Değişiklik sonrası şirketler topluluklarının şirkete borçlanma yasağı dışlarından olan ikinci fıkradaki düzenlemenin yok edilmesi sonucu şirketler topluluğu bakımından borçlanma yasağı, tek dişli bir mekanizmaya dönmüştür. Söz konusu durum doktrinde⁵¹⁸ üçüncü fıkra hükmünün lüzumsuz hâle geldiği ve yürürlükten kaldırılması gerektiği yönünde eleştirilmiştir. Kanımızca da 6335 sayılı Kanun değişikliği sonrası 395/II’de sayılan kişilerin ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin yasak kapsamına çıkarılmış olması üçüncü maddenin varlığını anlamsız kılmaktadır.

3.2. “NAKİT HAVUZU” KAVRAMI VE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞIYLA İLİŞKİSİ

1950’lerin başında Anglo Amerikan ticaret hukukundan doğan nakit havuzu, şirket toplulukları arası nakdî denkleştirme mekanizmasıdır ve şirket topluluğu içi

⁵¹⁷ 6335 sayılı Kanun’dan önce Türk Ticaret Kanununun 395.maddesinin ikinci fıkrası hakkında değerlendirme için bkz. Gül **Nılsson Okutan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.243.

⁵¹⁸ **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 678; **Kendigelen**, s. 286.

finans yönetiminde de önemli bir role sahip nakit yönetim aracıdır⁵¹⁹. Nakit havuzunun işleyişine bakıldığında şirket topluluklarının nakit fazlalıkları, bu amaca yönelmiş olarak meydana getirilmiş olan merkezi bir hesaba havale edilirken nakit eksikliği çeken bağlı şirketler nakit eksikliğini yine bu hesaptan otomatik olarak gidermekte, bir başka ifade ile denkleştirmektedir⁵²⁰. Dolayısıyla nakit havuzu, adı her ne kadar “havuz” olarak geçse de dalgalı ve derin ticarî hayat havuzunda bağlı şirketler için aslında “can simidi”dir.

TTK m.395/III ve söz konusu borçlanma yasağı ile bağlantılı TTK m.202’de kullanılması muhtemel olan nakit havuzu sisteminin, şirkete borçlanma yasağına karşı nasıl bir uygulama alanı bulacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla konu, 395/III. ve 202. maddedeki düzenlemeler ile birlikte ele alınmalıdır. Buna göre 395. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca şirket topluluğuna dâhil olan şirketler, birbirlerine nakit borçlanamayacak ancak kefil olabilirler ya da garanti verebilirler. Buna ek olarak bizim de katıldığımız görüş olan *Poroy* ve *Tekinalp*’e göre nakit havuzu, 358. maddedeki borç verme koşullarının sağlanması durumunda 358. maddenin de uygulama alanı bulması mümkündür⁵²¹.

3.3.ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA DAHİL ŞİRKETLERİN BİRBİRLERİNE BORÇLANMASI

3.3.1.Ön Açıklamalar

Şirkete borçlanma yasağının istisnası niteliğinde olan⁵²² 395. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilmekte veya garanti verebilmektedir. Üçüncü fıkranın lafzından da anlaşılacağı üzere kanun koyucunun, borçlanma yasağının istisnası olarak sadece topluluk içerisindeki şirketleri düzenlemesi sebebiyle şirketler topluluğunun, topluluk dışındaki bir sermaye şirketine borç vermesi veya toplulukta bulunan şirketlerin

⁵¹⁹Funda **Özdin**, “Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik”, Elektronik Nehir Dergi- Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2012, <http://www.arslanlibilimarsivi.com/node/24>, (E.T. 29.3.2017), s. 4.

⁵²⁰ **Özdin**, s. 4-5.

⁵²¹ **Poroy/Tekinalp (Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku I, s. 325.

⁵²² Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin üçüncü fıkrasının, borçlanma yasağı bakımından istisnai bir düzenleme olduğuna dair görüş için bkz. **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 678.

şirket içi borçlanmaları üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilmeyecek ve somut olaya göre 358. veya 395/I. ya da II. fıkralar uygulanacaktır.

Kanun koyucu, şirketler topluluğundaki şirketlerin birbirlerine borçlanmaları sonucu şirketin çıkar gruplarının menfaatlerinin ihlal edilmesi rizikosunun meydana gelmemesi adına üçüncü fıkranın mütemmim cüzü niteliğinde olan 202. maddedeki düzenlemeleri borçlanma şartı olarak getirmiştir. Buna göre şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerin birbirlerine hukuka uygun borçlanabilmeleri,

* Türk Ticaret Kanunu uyarınca bir şirketler topluluğunun varlığına,

* Hakim şirketin hakimiyetini hukuka aykırı kullanmasından dolayı bağlı şirketin kayba uğramamış olmasına,

* Kaybın denkleştirilmiş olması veya kaybın denkleştirilmesi konusunda bağlı şirkete istem hakkı tanınmış olmasına,

* Şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerin birbirlerine ancak kefil olabilme veya garanti verebilme şeklinde borçlanmalarına bağlıdır. Söz konusu şartlardan birisinin eksikliği, hukuka aykırı borçlanmayı meydana getirmekte aşağıda detaylıca inceleneceği üzere gerek borçlanma işlemi gerekse de borç verenler ve alanlar bakımından bir takım yaptırımlarla karşı karşıya kalınmasını meydana getirmektedir.

3.3.2.Şartları

3.3.2.1. Türk Ticaret Kanunu Anlamında Bir Şirketler Topluluğunun Varlığı

Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturmaktadır (TTK m.195/IV). Buna ek olarak 195. maddenin beşinci fıkrasında, şirketler topluluğunun, hâkim şirketin bir teşebbüs olması hâlinde de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiş ve böylece şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanı genişletilmiştir. Buna göre başta şirketler toplulukları üzerine eser verenler olmak üzere doktrindeki bir grup yazarın⁵²³ haklı olarak kabul ettiği üzere “şirketler topluluğu” terimi, bir teşebbüsün, bir ticaret şirketine hâkim olması hâlini de kapsayacak biçimde geniş

⁵²³ Murat **Gürel**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s.25-26; **Nilsson Okutan**, s.74.

anlamda kullanılmalıdır⁵²⁴. Dolayısıyla bir şirketler topluluğunun meydana gelebilmesi için öncelikle ortada birden fazla ticaret şirketinin veya hakim niteliğe sahip teşebbüsün varlığı gerekmektedir.

“Teşebbüs” kavramı, şirketler topluluğunda büyük bir öneme sahip olmasına karşılık Türk Ticaret Kanunu’nda tanımlanmamıştır. Bu noktada bizim de katıldığımız görüş olan doktrindeki bir grup yazar⁵²⁵ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun⁵²⁶ teşebbüsü tanımlayan 3. maddesindeki “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*” şeklinde düzenlemenin şirketler topluluğu bakımından da geçerli olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla hâkimiyetine sahip olduğu şirketinin dışında da iktisadî faaliyette bulunan kişiler, şirketler topluluğu anlamında “teşebbüs” olarak adlandırılmaktadır. “Teşebbüs” kavramının yegâne zorunlu unsuru iktisadî bir faaliyette bulunmaktır⁵²⁷. Bu bakımdan bir gerçek kişi de “teşebbüs” olabilir. Hatta teşebbüsün bir adî şirket olmasına da engel bulunmamaktadır⁵²⁸. Buna ek olarak bazı durumlarda adî şirketin ortaklarına sağladığı olanaklar ile bir ticaret şirketinde adî şirket ortağının, hâkim teşebbüs sıfatı kazanması mümkündür⁵²⁹. Mal ve kişi toplulukları olan dernek ve vakıfların durumuna bakıldığında ise dernek veya vakıf, iktisadi bir faaliyette bulunuyorsa şirketler topluluğu anlamında teşebbüs sayılabilecektir⁵³⁰.

Türk Ticaret Kanununun 195. maddesi uyarınca şirketler topluluğunun, 124. madde kapsamındaki ticaret şirketlerinden meydana gelmesi mümkündür. Öte

⁵²⁴ Türk Ticaret Kanunu yanında şirketler topluluğundaki teşebbüsün varlığına ilişkin bir diğer düzenleme de Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin (RG.:27.01.2013, S. 28541) 105. maddesidir. 105. madde, “*Kanunun 195 inci maddesinin dördüncü fıkrası anlamında, bir şirketler topluluğu, bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir. Ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse, doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan ticaret şirketleri sayısının ikiye aştığı durumlarda da Kanunun 195 inci maddesinin beşinci fıkrası anlamında şirketler topluluğu meydana gelir ve teşebbüs topluluğunun hâkimi olur. Hâkim şirket ana şirket, bağlı şirketler ise yavru şirket konumundadır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden de görüleceği üzere her ne kadar Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin 105. maddesindeki “teşebbüs” kurumu, Türk Ticaret Kanununun 195. maddesinden farklı şekilde düzenlenmişse de normlar hiyerarşisi uyarınca 195. maddedeki teşebbüs, çalışma konumuzda uygulama alanı bulmaktadır.

⁵²⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 695; **Nilsson Okutan**, s.74; **Gürel**, s. 27.

⁵²⁶ RG.: 13.12.1994, S. 22140.

⁵²⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 695-696; **Nilsson Okutan**, s.74; **Gürel**, s. 27.

⁵²⁸ **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 169-170. Adî şirketin bir türü olan sermayeye katılmalı joint ventureların durumu konusunda detaylı bilgi için bkz. **Gürel**, s. 29.

⁵²⁹ **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 170; **Gürel**, s. 29.

⁵³⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 695; **Gürel**, s. 30.

yandan şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, bağlı şirketin bir ticaret şirketi olması ve hâkim pay sahibinin de ticaret şirketi olması gerekmemekte olup hâkim pay sahibinin teşebbüs niteliğinde olması yeterlidir. Fakat bu noktada önemle belirtilmelidir ki bazı şirket türlerinin karakteristik özellikleri bağlı şirket konumunda var olmaya elverişli değildir. Örneğin kollektif şirket ortağının gerçek kişi olma zorunluluğuna ilişkin düzenleme nedeniyle, bir kollektif şirketin, şirketler topluluğunda bağlı şirket niteliğini kazanabilmesi, ancak hâkim teşebbüsün bir gerçek kişi olduğu durumlarla sınırlı olacaktır (TTK m.211). Buna ek olarak her kollektif şirket ortağının bir oy hakkı vardır ve bu düzenlemenin aksinin kararlaştırılması mümkün değildir (TTK m. 226/I). Hükümün emredici karakter taşıması nedeniyle, kollektif şirketlerde bir teşebbüsün fiilî yollarla (örneğin payların çoğunluğuna sahip olma yolu ile) hâkimiyet sağlaması olanaksızdır. Yine benzer şekilde, adî komandit şirketlerde her ortağa (ister komandite, ister komanditer olsun) bir oy hakkı veren ve aksine düzenleme yapmanın yasaklanması nedeniyle de, komandit şirketin, hâkimiyet sözleşmesi dışındaki fiilî yollarla bağlı şirket konumunda bulunması da mümkün gözükmemektedir (TTK m.309/I)⁵³¹.

Sonuç olarak, 395. maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin hukuka uygun bir şekilde uygulanabilmesi hukuka uygun olarak varlığını sürdüren bir şirketler topluluğunun varlığına bağlıdır. Buna göre hakim şirketin bir teşebbüs olması ve bağlı şirketlerin kollektif veya adî komandit şirket dışında bir ticaret şirketi olması 395/III'ün uygulama alanı bulmasında ilk adımdır.

3.3.2.2.Hâkim Şirketin Hâkimiyetini Hukuka Aykırı Kullanmasından Dolayı Bağlı Şirketin Kayba Uğramamış Olması veya Uğrasa Bile Kaybın Denkleştirilmiş Olması ya da Kaybın Denkleştirilmesi Konusunda Bağlı Şirkete İstem Hakkı Tanınmış Olması

Türk Ticaret Kanununun şirketler topluluğunun kendi içerisinde borçlanmasını düzenleyen 395. maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin uygulanabilmesindeki ikinci şart, hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmasından dolayı bağlı şirketin kayba uğramamış olmasıdır. Şirket kayba

⁵³¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, s. 695; Gürel, s. 33.

uğramış olsa bile hâkim şirket, hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması sonucunda bağlı şirkette meydana gelen kaybı, kaybın doğduğu faaliyet döneminin sonuna kadar denkleştirmelidir.

“Hâkimiyet” kavramı, Türk Ticaret Kanunu’nda tanımlanmamakla beraber 195. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında kanun koyucu hâkimiyetin varlığına ilişkin kanûnî karîneler düzenlemiştir. Buna göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir (TTK m.195/I). Bunlara ek olarak, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına bir başka karînedir (TTK m.195/II). Söz konusu karînelerden yola çıkılarak hâkimiyetin, bir şirketin yönetimine ilişkin kararların alınmasında etkili olma gücü olarak tanımlanması mümkündür⁵³².

Hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı şekilde kullandığı durumlar, 202. maddenin birinci fıkrasının “a” bendinde sınırlı olmamak üzere sayılmıştır. Buna göre hâkim şirket bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez (TTK m.202/I-a). Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere⁵³³ maddede sayılan fiiller tek başına hukuka aykırı

⁵³² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 696; **Nılsson Okutan**, s. 35; **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 171.

⁵³³ “Birinci fıkrada, bağlı şirketi kayba uğratabilecek bazı işlem ve önlemler gruplar halinde ve sınırlı sayı (numerus clausus) olmadan sayılmıştır. Birinci grupta bağlı şirketin bir işinin, bazı varlıklarının veya fonlarının, personelinin başka bir topluluk şirketine aktarılması, alacak temlik veya borç devri gibi işlemlerin yapılması söz konusudur. Örnek olarak gösterilen işlemlerin yapılmasıyla sonucun

olmayıp maddede sayılan fiillerin hukuka aykırılığı, 202. maddenin koruma amacına göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, hukuka aykırılık tespit edilirken, hâkim şirketin fiillerinin, bağlı şirketin malvarlığına zarar verip vermediği belirlenmelidir⁵³⁴.

Türk Ticaret Kanununun 202/I-a. maddesinde hâkim şirketin “*Hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde*” kullanamayacağı düzenlenmiştir⁵³⁵. Bağlı şirkette meydana gelen kaybın niceliği önemli olmayıp kayıp, yedek akcelerle kapatılabilir nitelikte olup olmadığı, zarar bilânçosuna ya da sermaye kaybına neden olup olmadığı önem teşkil etmemektedir⁵³⁶.

Hâkim şirketin, hakimiyetini hukuka aykırı kullanması sonucunda bağlı şirkette oluşan kayıp, kaybın medayana geldiği faaliyet döneminin sonuna kadar denkleştirdiğinde de 395/III. madde uygulama alanı bulmaktadır.

Denkleştirme, bağlı şirketin sahip olduğu malvarlığında oluşan kaybın tamamen giderilmesidir⁵³⁷. Buna göre kayıp fiilen denkleştirilmeli ya da bağlı şirkete söz konusu konuda bir talep hakkı tanınmalıdır (TTK m. 202/I).

Kaybın fiilen denkleştirilmesi hâkim şirketin, bağlı şirkete, başta kaybını gidermek üzere nakdî ödeme yapması olmak üzere pek çok yol ile mümkündür⁵³⁸. Bağlı şirkete kaybın denkleştirilmesi konusunda bir talep hakkı tanınması, bağlı şirkete bir alacak hakkı ve aynı hakları da kapsayan, dava edilebilir bir hak

doğmuş olması şart değildir. İşlemin kayba sebebiyet verebileceğinin ikna edici bulgular ve çıkarımlarla anlaşılması yeterlidir. Meselâ, bir ihaleye girmemek veya ihale şartlarından bazılarını gerçekleştirebilecekken bundan bilinçli olarak kaçınmak "iş" in devridir. İhale konusunun, amaçlanan işletme tarafından kazanılmamış olması önemli değildir. Önemli olan, kaybın şartlarının bağlı şirket tarafından hazırlanmasıdır. Somut olayın özelliklerine göre, "kâr aktarılması"nın aynı zamanda "kâr nakli" olarak da anlaşılması, amaca uygun yorum gereğidir. İkinci grup bağlı şirketin, hakim şirketin hakimiyeti kullanması sonucu, kendisine kayıp verecek tarzda aynı ve şahsî yükler üstlenmesidir. Diğer bir grup kayıp hali ise, hâkim şirketin makro planlarına ve politikalarına bağlı şirketin feda edilmesi gibi uygulamalardır.” (Türk Ticaret Kanununun 202. maddesinin birinci fıkrasının gerekçesi).

⁵³⁴ Hâkimiyetin hukuka aykırı sayıldığı durumlar konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 755 vd.; **Gürel**, s. 96-101.

⁵³⁵ Düzenlemedeki “kayıp” kavramı yerine “zarar” kavramının kullanılması gerektiği yönündeki tartışmalar için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 757; **Gürel**, s. 103. “Kayıp” kavramının geniş anlamda yorumlanması gerektiğine dair görüş için bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 174.

⁵³⁶ **Gürel**, s. 104. Zarar bilânçosu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet **Türk**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukukî Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s.12 vd. Hâkim şirket veya diğer bir topluluk şirketi lehine verilmiş teminatların sebep olduğu kayıp emsallere uygunluk ilkesi cercevesinde belirlenmesi konusunda tartışmalar için bkz. **Nilsson Okutan**, s. 254.

⁵³⁷ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 763; **Nilsson Okutan**, s. 286.

⁵³⁸ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 763; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 174. Hâkim şirketin kaybın fiilen denkleştirilmesi konusunda başvurabileceği yollar konusunda detaylı bilgi için bkz. **Gürel**, s. 112.

tanımasını ifâde eder⁵³⁹. Hâkim şirket, kendini bağlı şirket lehine borç altına sokabilir. Örneğin hâkim şirket, düzenleyenin ya da lehtarının bağlı şirket olduğu bir poliçeyi muhatap sıfatıyla kabul edebilir, bağlı şirketin borçlusu olduğu kambiyo senedine onun lehine aval verebilir, bağlı şirketin bilânçosunun iyi görünmesi için, bağlı şirket lehine hatır senedi düzenleyebilir veya alacağını bağlı şirkete temlik edebilir⁵⁴⁰. Bunlara ek olarak kayba neden olan işlem ile denkleştirme arasında bir illiyet bağının varlığı zorunlu olmayıp hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucu meydana gelen bir işlemde doğan kayıp, bağlı şirkete başka bir işlem ile ilgili olarak sağlanan avantaj ile de denkleştirilebilir⁵⁴¹.

3.3.3.Şirketler Topluluğu İçerisindeki Şirketlerin Birbirlerine Kefil Olabilmesi veya Garanti Verebilmesi Şeklinde Borçlanması

Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerin birbirlerine hukuka uygun olarak borçlanmaları ancak kefalet veya garanti borçlanma araçları ile borçlanmalarına bağlıdır. Bir başka ifade ile şirketler birbirleriyle konusu ayın olan bir tüketim ödünçü sözleşmesi yapamayacaklar, şirketlerin taşınır veya taşınmaz malları ile alacakları ile topluluk içerisindeki tacirin ticarî işletmesi üzerinde rehin tesis edemeyecekler, birbirlerinin kredi borçlarını üstlenemeyecekler ve kredi borcuna katılamayacak sadece birbirleri ile kefalet ve garanti sözleşmesi yapabileceklerdir. Bu noktada *Nilsson Okutan*⁵⁴² haklı olarak söz konusu düzenlemenin ticarî hayat teamüllerine aykırılık taşıdığını, özel-genel düzenleme içerisinde 202. maddenin, 395. maddeye göre özel düzenleme olduğunu ve böylece şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerin yalnızca kefalet veya garanti sözleşmeleri bakımından değil borç doğurucu her türlü hukukî işlemin 395. madde kapsamı dışında kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.

⁵³⁹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 765; **Gürel**, s. 112.

⁵⁴⁰ **Gürel**, s. 112.

⁵⁴¹ **Nilsson Okutan**, s. 286.

⁵⁴² **Nilsson Okutan**, s. 247.

3.3.4.Şirketler Topluluğunda Şirkete Borçlanma Yasağına Aykırı Borçlanmanın Sonuçları ve Yaptırımları

3.3.4.1. Borçlanma İşlemi Açısından Sonuçları

Şirketler topluluğu içerisinde hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmasından dolayı bağlı şirketin kayba uğraması veya bağlı şirketin kayba uğrasa bile denkleştirmenin yapılmamasına veyahut da söz konusu şartlar sağlanmış olsa da kefalet ile garanti sözleşmesi dışında bir başka borçlanma aracının kullanılması, 395/III. madde uyarınca hukuka aykırı borçlanma işlemine vücut verecektir. Bu noktada hukuka aykırı borçlanma işleminin akıbetinin tartışılması yerinde olacaktır.

Türk Ticaret Kanununun gerek 202. gerekse de 395/III. maddesinde şirketler topluluğundaki şirketlerin birbirlerine hukuka aykırı borçlanmaları sonucu borçlanma işleminin akıbeti düzenlenmemiştir. Kanımızca 395/III. maddeye aykırı borçlanma işlemleri 391. maddesinin birinci fıkrasının “b” bendindeki “sermayenin korunması ilkesi”ne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle hukuka aykırı borçlanma işlemi kararını alan yönetim kurulu kararı, kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. Bu durumda hakim, davacının dava dilekçesinde belirttiği hukukî sebeplerle bağlı olmaması sebebiyle davada Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesi uyarınca re’sen tespit edeceği hukuk kurallarını uygulayacaktır. Buna göre örneğin hukuka aykırı borçlanma kararı bir teşebbüs içerisinde alındığı durumlarda Türk Borçlar Kanununun 27. maddesi devreye girecek ve yaptırım değişmeyecektir⁵⁴³.

3.3.4.2. İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları

3.3.4.2.1. İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sonuçları

3.3.4.2.1. 1.Borç Verenler Açısından Hukukî Sorumluluk

3.3.4.2.1. 1.1.Ön Açıklamalar

358. veya 395/II. maddelere aykırı borç verilmesi durumlarında olduğu gibi şirketler topluluğu içerisinde 395/III. maddeye aykırı borç verenlerin de hukukî

⁵⁴³ Bkz.yuk. 2.3.1.

sorumluluğu doğmaktadır. Fakat söz konusu hukukî sorumluluk, şirketin hâkimiyet türleri içerisinde tam veya kısmi şekilde yönetilmesine göre değişmektedir.

3.3.4.2.1.1.2. Tam Olmayan Hâkimiyet Durumunda Hukukî Sorumluluk

Bir teşebbüsün/şirketin, bir başka ticaret şirketinin paylarının ya da oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmadığı durumlarda tam olmayan hakimiyet bulunmaktadır⁵⁴⁴. Tam olmayan hâkimiyet durumunda borçlanma işlemi konulu hakimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğun meydana gelmesi, öncelikle hâkim şirketin borçlanma kararına yönelik hakimiyetini bağlı şirketin malvarlığında eksilme olacak kullanmasına bağlıdır. Söz konusu unsur, 202. maddenin birinci fıkrasının “a” bendinde “...bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynî veya kisisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...” şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere maddede sayılan eylemler tek başına hukuka aykırılığı meydana getirmemekte söz konusu eylemlere ek olarak hâkim şirketin fiillerinin, bağlı şirketin malvarlığına zarar verip vermediği belirlenmelidir⁵⁴⁵.

202. maddede sayılan hukuka aykırı fiillerin üç başlık altında toplanması mümkündür. Bunlar, hâkim şirketin; bağlı şirketin, aktifini azaltılması, malvarlığını aynî veya şahsi haklarla sınırlandırılması ve pasifin artırılmaya zorlanmasıdır⁵⁴⁶.

Türk Ticaret Kanununun 202. maddesinde hâkim şirketin, hâkimiyetini kullanarak bağlı şirketi, “kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye” zorlamasının hukuka aykırılık meydana getireceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bağlı şirketin, hâkim şirketin ya da diğer bir topluluk şirketinin borcu

⁵⁴⁴ Gürel, s. 47.

⁵⁴⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, s. 776-777; Karahan/Giray, s. 150-151; Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 178; Nilsson Okutan, s. 281; Gürel, s. 96.

⁵⁴⁶ Çalışmanın uzamaması adına bu bölümde sadece pasiflerin artmasının zorlanmasına değinilecek olup diğer hukuka aykırı fiiller hakkında detaylı bilgi için bkz. Gürel, s. 96-101.

sebebiyle denk bir menfaat sağlanmaksızın teminat vermesi, hakim şirketin hakimiyetini çalışma konumuzla paralel bir şekilde hukuka aykırı kullandığı durumlardan birini meydana getirmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre⁵⁴⁷, hüküm geniş yorumlanması gerekmekte ve bağlı şirketin karşılığı olmaksızın pasifini artmasına sebep olan her hukukî işlem, madde kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin zamanaşımına uğramış bir borcun varlığı durumunda, bağlı şirketin zamanaşımını def'ini ileri sürmesinin engellenmesi de geniş anlamda sorumluluğun meydana gelmesi olarak kabul edilmelidir. 202. maddede sayılanlar dışında hâkim şirketin, bağlı şirketin bir poliçeyi kabul etmeye ya da garanti cirosu veya hâkim şirketin, bağlı şirketi; kendisinin veya üçüncü bir kişinin lehtar olarak gösterildiği bir hatır senedi düzenlemeye zorlaması da hukuka aykırı eylemlerdir⁵⁴⁸.

Türk Ticaret Kanununun 395/III. ve 202. maddelere aykırı alınan borçlanma kararı sebebiyle sorumluluğun meydana gelmesi için bağlı şirketin pasifini artırıcı hukukî işlemlerde bulunmaya zorlanmasının yanında bağlı şirketin kayba uğraması ve tam hâkimiyet durumunda olduğu gibi bağlı şirketin malvarlığında meydana gelen eksilmenin faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmemesi veya faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete eksilmenin giderilmesi için istem hakkının tanınmaması da gerekir⁵⁴⁹.

Yukarıda sayılan şartların varlığı durumunda 395/III. ve 202. maddelere aykırı borçlanma kararı sonrası hakim şirket, bağlı şirketin uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Açılacak sorumluluk davasında dolaylı zarar gören sıfatına sahip davacılar bağlı şirket pay sahipleri, bağlı şirket alacaklıları iken, doğrudan zarar gören sıfatına davacılar, bağlı şirket, pay sahibi ve alacaklılardır. Davalılar ise hakim şirket, hakim şirket yönetim kurulu üyeleridir⁵⁵⁰.

Kanun koyucu, 202. maddenin birinci fıkrasının “b” bendindeki “*Hâkim istem üzerine veya resen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı paysahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.*” şeklindeki düzenleme uyarınca pay sahiplerine açacakları sorumluluk davasında şirketten ayrılma hakkı tanımıştır. Buna göre,

⁵⁴⁷ Gürel, s. 102.

⁵⁴⁸ Gürel, s. 102.

⁵⁴⁹ Gürel, s. 108-111.

⁵⁵⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, s. 772. Davacı ve davalı taraflarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Gürel, s.120-125.

mahkemenin, tazminat yerine hâkim şirketi dava açan pay sahiplerinin paylarını satın almakla yükümlü tutması mümkündür⁵⁵¹. 202/I-b hükmü, pay sahiplerinin şirketten çıkma haklarının yanı sıra aynı zamanda “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar*” verebileceğini düzenlemektedir. Hâkim, tazminata veya pay sahiplerine şirketten çıkma hakkına hükmetmek yerine şirketin haklı nedenle feshine, bağlı şirkete her yıl belli bir oranda kâr dağıtma zorunluluğu getirilmesine, dava açan ortağın bağlı şirket yönetim kurulunda temsil edilmesine veya toplantı ve karar yetersayıları bakımından, bağlı şirket esas sözleşmesini değiştirilmesine, sermaye azaltımı yolu ile bağlı şirket pay sahibinin şirkete sermaye payı olarak getirdiği değerlerin bir kısmının pay sahibine iade edilmesine karar verebilir⁵⁵².

3.3.4.2.1.1.3. Tam Hâkimiyet Durumunda Hukukî Sorumluluk

Tam hâkimiyet durumunda bir ticaret şirketi, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyabilir bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir (TTK m.203). Buna göre tam hâkimiyet durumunda hâkim şirketin ve yöneticilerinin şirkete borç verilmesine yönelik talimatlarından dolayı sorumluluklarının meydana gelmesi, bağlı şirket üzerinde tam hâkimiyete sahip olan hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerini ihlal etmek ve 395/III. ile 202.maddelere aykırı borçlanmaya yönelik talimat sonucu bağlı şirketin malvarlığında kayba yol açmasına ve bağlı şirketin malvarlığında meydana gelen eksilmesinin faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmemesine ya da faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete eksilmesinin giderilmesi için istem hakkı tanınmamasına bağlıdır⁵⁵³. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki kanun koyucu tam hâkimiyet durumunda meydana gelen sorumluluğu “mutlak” nitelikte düzenlememiş olup 206. maddenin ikinci fıkrasını, “*Davalılar, krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının,*

⁵⁵¹ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 786. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Çelik**, s. 171-277.

⁵⁵² Duruma uygun düşen çözümler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürel**, s. 116-117.

⁵⁵³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 785; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 176; **Karahan/Giray**, s.152-153; **Gürel**, s. 138.

denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini isbatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler” şeklinde düzenleyerek yöneticilere, sorumluluktan kurtulma şansı tanımıştır. Düzenlemede yer alan “davalılar”, hâkim şirket ile onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerini, “davacılar” ise, bağlı şirket alacaklılarını ifade etmektedir. Böylece davalılar, davacı bağlı şirket alacaklısının, denkleştirmenin yapılmayacağını bildiğini isbat ederlerse, sorumluluktan kurtulabileceklerdir⁵⁵⁴.

Hâkim şirketin alacaklılara karşı sorumluluğunun yaptırımı, alacaklıların zararının tazminidir (TTK m.206/I)⁵⁵⁵.

Tam hâkimiyet hâlinde bağlı şirkette, azınlıkta kalan pay sahibi olmadığı için sorumluluk davası açma hakkı ancak bağlı şirketin dolaylı zarara uğrayan alacaklılarına aittir (TTK m.206/I). Davalılar ise hâkim şirket, hâkim şirket yönetim kurulu üyeleri, bağlı şirket yönetim kurulu üyeleridir⁵⁵⁶.

3.3.4.2.1.2. Borç Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk

Hâkim şirket yönetim kurulunun 395/III. ve 202. maddelere şekilde borç verme kararı sonrası tazminat ve somut olaya göre diğer yaptırımlar devreye girmektedir. Fakat her somut olayda söz konusu zarar, bu sorumluluk davasıyla karşılanamamaktadır. İşte bu noktada tazmin yükümlülüğü ibresi borç alan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine dönmektedir.

Hukuka aykırı borçlanma sonrası zarar gören şirketin çıkar gruplarının haksız fiil hükümleri uyarınca zararın tazmini amacıyla bağlı şirketin yönetim kurulu üyelerine gitmeleri mümkündür. Buna ek olarak gerek borç kararını veren hâkim şirket yönetim kurulu üyeleri ile borç alan bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin aynı zarardan dolayı müteselsilen sorumlu tutulmaları da mümkündür (TBK m.61)⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 785; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 179.

⁵⁵⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar Hukuku II, s. 784; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 179; **Gürel**, s. 142. Aksi yönde görüş için bkz. **Nılsson Okutan**, s. 434; **Karahan/Giray**, s. 153. TTK m.206/I'nin tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının özel bir görünümü olduğu yönünde görüş için bkz. **Şener**, Ortaklıklar Hukuku, s. 187.

⁵⁵⁶ **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 179. Davacı ve davalılar bakımından detaylı bilgi için bkz. **Gürel**, s. 140-146; Bkz.yuk. 2.3.2.1.1.3.2.

⁵⁵⁷ Bkz.yuk. 2.3.2.1.2.

3.3.4.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sonuçları

3.3.4.2.2.1.Borç Verenler Açısından Cezai Sorumluluk

Türk Ticaret Kanununun 358. ve 395/II. maddelerine aykırı hareket edilmesi sonucu doğan cezai sorumlulukların düzenlendiği 562. maddede, 395/III'e aykırı olarak şirket topluluğu içerisindeki bir şirketin yönetim kurulunun topluluk içerisindeki bir başka şirkete borçlanması sonucu söz konusu şirketin yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu düzenlenmemiştir. Buna göre 562. maddenin lafzı ile suç ve cezada kanunilik ilkesi (TCK m. 2) karşısında hukuka aykırı borç veren hâkim şirketin yönetim kurulu üyeleri, 562. madde kapsamında cezalandırılmamaktadır. Kanımızca burada bilinçsiz boşluk bulunmakta olup nasıl ki 358. ve 395/II. madde hükümlerine aykırı borç veren yönetim kurulu üyeleri 562. maddenin beşinci fıkrasının “b” ve “c” bentleri uyarınca cezalandırılıyorsa, hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerine ilişkin de cezai yaptırım öngörülmeiydi.

Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin üçüncü fıkrasına ve 202. maddesine aykırı borç veren hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin Türk Ceza Kanunu kapsamında cezai sorumluluğuna bakıldığında ise karşımıza güveni kötüye kullanma suçu (TCK m.155) ve hileli iflâs suçu (TCK m.161) çıkmaktadır. Buna göre yukarıda açıkladığımız şartların gerçekleşmesi neticesinde hâkim şirketin 395/III'e aykırı borç verme kararını alan yönetim kurulu üyelerinin güveni kötüye kullanma veya hileli iflâs suçlarından yargılanmaları mümkündür⁵⁵⁸.

3.3.4.2.2.2.Borç Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk

Gerek Türk Ticaret Kanununun 562. maddesinin lafzı uyarınca gerekse de borç verenlerin borç vermeleri sebebiyle işlemeleri muhtemel suçların özgü suç olması sebebiyle borç alanlar ne Türk Ticaret Kanununun 562/V-b (veya c) maddelerindeki ne de Türk Ceza Kanununun konuyla ilgili suç tiplerinin failleri olabilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz borç verenlerin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçları borç alanlar bakımından değerlendirdiğimizde söz konusu suçlar, özgü suç

⁵⁵⁸ Bkz.yuk. 2.3.2.2.1.2.

kapsamında olması sebebiyle müşterek suçu işleyemezler veya müşterek fail olamazlar (TCK m.37/I). Ancak bu kişilerin borç verenler için açılması muhtemel kamu davasında somut olayın şartları elverdiği ölçüde “dolaylı fail”, “azmettiren” veya “yardım eden” sıfatıyla yargılanmaları mümkündür⁵⁵⁹.



⁵⁵⁹ Bkz.yuk. 2.3.2.2.2.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
BANKACILIK VE SERMAYE PİYASASI KANUNLARINA TABİ ANONİM
ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

4.1.BANKA ANONİM ŞİRKETLERİNDEKİ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ BANKACILIK HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ: YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE KANUNDA DÜZENLENEN YAKINLARI İLE ORTAĞI OLDUKLARI ŞİRKETLERE KREDİ KULLANDIRMA YASAĞI (BANK M. 50 VE TTK M. 395/IV)

4.1.1.Yasal Düzenleme

4.1.1.1. Kredi Kullandırma Yasağına İlişkin Tarihsel Gelişim ve Mevcut Yasal Düzenleme

Türk Hukukunda bankacılık ve tasarruf mevduatlarının korunmasına dair ilk kanun, 30.05.1933 tarihli 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu'dur⁵⁶⁰. Her ne kadar söz konusu kanunda kredi kullandırma yasağına ilişkin açık bir hüküm bulunmasa da 21. maddenin birinci fıkrası uyarınca banka yönetim kurulu üyelerinin gerekli izinleri almaksızın kendi bankalarıyla hukukî işlem yapmaları yasaklanmıştı. Düzenlemeye aykırılığın yaptırımını da aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, 100 liradan 1000 liraya kadar ağır para cezasına ve üç aya kadar hapis cezasına mahkûmiyeti^{561 562}.

Bankacılık faaliyetlerinin gelişiminin hızlanması sebebiyle 2243 sayılı Kanunun ömrü yalnızca üç yıl sürmüştü yerine 2999 sayılı Bankalar Kanunu⁵⁶³ yürürlüğe girmiştir. 2999 sayılı Kanun, 2243 sayılı Kanun'a göre bankacılık konusunda daha geniş bir çerçeve çizmiş olup 2243 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmeyen düzenlemeler bu kanunda hüküm altına alınmıştır. Söz konusu

⁵⁶⁰ RG.:05.06.1933, S.2419.

⁵⁶¹ **2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu**

MADDE 21-(1) Banka meclisi idare azalarını heyeti umumiyelerinden ve müdür, muhasip ve yetkili memurlarının meclisi idarelerinden müsaade almaksızın doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendi bankalar ile ticarî muamele yapmaları memnurdur.

(2) Bu hükme muhalif hareket edenler ve yukarıki fıkrada yazılı müsaade almaksızın muameleyi yapan âmiri ita sıfatında bulunanlar yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasına ve üç aya kadar hapse mahkûm edilirler.

⁵⁶² Kredi kullandırma yasağının tarihsel gelişimi konusunda detaylı bilgi için bkz. Mehmet **Özdamar** ve İlker **Doğan**, "Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı", Bankacılar Dergisi, Sayı: 86, 2013, s. 11 vd.

⁵⁶³ RG.:09.06.1936, S. 3325.

düzenlemelerden biri de çalışma konumuz kapsamındaki kredi kullandırma yasağının ilk kez açıkça dile getirilmiş olmasıdır. Gerçekten de 2999 sayılı Kanunun 14. maddesi uyarınca⁵⁶⁴ bankanın yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri ve imzaya yetkili personelin bankadan her ne adla olursa olsun kredi almaları, bankanın kendilerine kefil olması veya teminat verilmesi yasaklanmıştı. Düzenlemeye aykırılığın yaptırımı, 49. madde uyarınca yasağa aykırılık üç aya kadar hapis cezasına ve yüz liradan bin liraya kadar para cezasıdır.

Bankacılık konusunda üçüncü kanun, 2999 sayılı Bankalar Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 7129 sayılı Bankalar Kanunu'dur⁵⁶⁵. Kredi kullandırma yasağına ilişkin düzenleme yapılması teamülü 7129 sayılı Bankalar Kanunu'nda da varlığını devam ettirmiş ve Kanunun 41. maddenin birinci fıkrasında⁵⁶⁶ bankanın yönetim kurulu başkan ve üyeleri, denetçileri ve imzaya yetkili personelin bankadan her ne adla olursa olsun kredi almaları, bankanın kendilerine kefil olması veya teminat verilmesi yasaklanmıştı. Kanımızca kanun koyucu, kredi kullandırma yasağını bu dönemde önemsemiş olacak ki kredi kullandırma yasağına tâbi kişileri düzenlemesinin yanında sonradan açılan kredilerin, bir tüzel kişinin yönetimindeki gerçek kişinin ve bankaların 41/I. madde dışındaki kendi mensuplarının durumunu da düzenlemişti. Kanımızca kanun koyucu, kredi kullandırma yasağını bu dönemde önemsemiş olacak ki kredi kullandırma yasağına tâbi kişileri düzenlemesinin yanında sonradan açılan kredilerin, bir tüzel kişinin yönetimindeki gerçek kişinin ve bankaların 41/I. madde dışındaki kendi mensuplarının durumunu da düzenlemişti. Düzenleme uyarınca sonradan lehine kredi açılması yasak duruma gelen kişilerin her türlü kredileri altı ay içerisinde tasfiye olunacak (7129 sayılı Kanun m.41/II), kanun veya statü uyarınca bir tüzel kişinin yönetim ve denetiminde bulunan veya

⁵⁶⁴ **2999 sayılı Bankalar Kanunu**

MADDE 14-Bir bankanın idare meclisi ve idare komitesi reis ve azalarının ve murakıplarının ve banka adına imza koymağa salâhiyetli müdür veya memurların doğrudan doğruya veya muvazaa yolu ile bankadan her ne şekilde olursa olsun kredi almaları, bankaya lehlerine olarak kefalet veya teminat verdirmeleri yahut menfaat rabitasile bağı oldukları eşhas ve müesseseler lehine kredi, kefalet veya teminat verilmesini temin ettirmeleri ve bankaların da bu nevi muameleleri yapmaları yasaktır.

⁵⁶⁵ RG.:2.07.1958, S. 9944.

⁵⁶⁶ **7129 sayılı Bankalar Kanunu**

MADDE 41-Bir bankanın idare meclisi reis ve azalarını ve murakıplarının, banka umum müdürü ve umum müdür muavinlerinin, banka adına kredi açmaya salâhiyetli müdürlerinin, memurlarının ve müstahdemlerinin doğrudan doğruya veya muvazaa yolu ile ve her ne şekilde olursa olsun bankadan kredi almaları, bankaya lehlerine olarak kefalet veya teminat verdirmeleri yahut menfaat rabitası ile bağı oldukları eşhas ve müesseseler lehine kredi, kefalet veya teminat verilmesini temin ettirmeleri ve bankaların da bu nevi muameleleri yapmaları memnudur.

sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olan gerçek kişinin tüzel kişiye bağlı olacağı (7129 sayılı Kanun m.41/III) ve bankalar kendi mensuplarına teminat mukabilinde üç maaşa kadar kredi açabilecekti (7129 sayılı Kanun m.41/IV). Düzenlemeye aykırılığın yaptırımını ise önceki kanunlardaki düzenlemeye göre değişikliğe uğramış olup hapis cezası kaldırılmış yerine bin liradan onbin liraya kadar para cezasına mahkûm olunacağı düzenlenmişti (7129 sayılı Kanun m. 68).

Yukarıda belirtilen kanunlara nazaran 70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de⁵⁶⁷ kredi kullandırma yasağına ilişkin önemli değişikliklere gidilmiştir. Anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin 41. maddesine göre⁵⁶⁸ banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve yardımcılara, kredi vermeye yetkili diğer kişilere ve bu kişilerle dolaylı kredi kapsamına giren gerçek ve tüzel kişilere kredi verilmesi yasaklanmıştı. Düzenlemeye aykırılığın yaptırımını ise 78. madde uyarınca 41. maddede düzenlenen kişilerin görev ve hukuka aykırı fiile katılma derecelerine göre beşyüz bin liradan iki milyon liraya kadar para cezası ve 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıydı.

70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, bir takım değişikliklere uğrayarak 3182 sayılı Bankalar Kanunu⁵⁶⁹ ile kanunlaşmıştır. 3182 sayılı Kanun'da 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin metnine sadık kalınarak kredi kullandırma yasağı gerek kapsam (m.41) gerekse de yaptırım (m. 79) bakımından önemli bir değişiklik yapılmamıştır.

3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda değişikliğe yapılmasına ilişkin 512 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde

⁵⁶⁷ RG.:22.07.1983, S. 18112.

⁵⁶⁸ **70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**

MADDE 41-(1) 38'inci madde hükümleri saklı olmak üzere, bir bankanın sermayesinin %5 ve daha fazlasına sahip olan ortaklarına ve bunlarla dolaylı kredi kapsamına giren gerçek veya tüzel kişilere vereceği kredilerin toplamı banka özkaynaklarını ve herhalde toplam kredilerin %5'ini aşamaz.

(2) Bankalar; **a-** Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve genel, müdür yardımcılara, kredi açmaya yetkili diğer mensuplarına ve bunlarla dolaylı kredi kapsamına giren gerçek ve tüzel kişilere, **b-** (a) bendinde sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına, **c-** Banka mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara, her ne şekilde ve surette olursa olsun kredi veremez, kefaletlerini kabul edemez ve tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar.

(3) Banka mensuplarına teminat karşılığında ve aylık ücretleri toplamının 3 katını aşmamak üzere verilecek krediler ve bu krediler için kabul edilecek kefaletler 2'nci fıkraya hükümlerine tabi değildir.

(4) Sonradan bu maddeye aykırı hâle gelen kredilerin 6 ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur. Kredinin vadesi konusunda önceden tespit olunmuş şartlar saklıdır."

⁵⁶⁹ RG.:2.05.1985, S. 18742.

Kararname'de ⁵⁷⁰ kredi kullandırma yasağı ile ilgili 3182 sayılı Bankalar Kanunu'ndaki ilgili hüküm 20. maddede⁵⁷¹ bankanın, yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve yardımcılara, kredi açmaya yetkili diğer kişilere, bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına ve bunların ayrı veya birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş ve daha fazlasına sahip oldukları ortaklıklara kredi kullandırılması yasaklanmıştı. Dolayısıyla yapılan değişiklikle beraber kredi kullandırma yasağının muhatap açısından kapsamı genişletilmişti. Yapılan değişiklik uyarınca 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 4389 sayılı Bankalar Kanunununda ⁵⁷² kredi kullandırma yasağı konusunda önemli bir değişiklik yapılmamış olup 11. maddenin dokuzuncu fıkrası ⁵⁷³ , 512 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'deki düzenlemelerle aynı şekilde düzenlenmişti. Aynı maddenin onuncu fıkrasında da dokuzuncu fıkra hükümlerine aykırı duruma gelen kredilerin 6 ay içerisinde tasfiye edilmesi zorunluluğu düzelenmişti. Düzenlemeye aykırılığın yaptırımını ise 21. maddenin birinci fıkrasının "e" bendinde, verilen kredinin yüzde beşi tutarında, idari para cezasıdır.

⁵⁷⁰ RG.:16.09.1993, S. 21700.

⁵⁷¹ **512 sayılı Bankalar Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname**

MADDE 20-3182 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin 1 ve 3 numaralı fıkraları ile 2 numaralı fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. " **1** . 38 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere, bir bankanın sermayesinin yüzde 10 ve daha fazlasına sahip olan ortaklarına ve bunlarla dolaylı kredi kapsamına giren gerçek veya tüzel kişilere vereceği kredilerin toplamı banka özkaynaklarının yarısını aşamaz, " **3** . Banka mensuplarına teminat karşılığında ve aylık ücretleri toplamının 5 katını aşmamak üzere verilecek krediler ve bu krediler için kabul edilecek kefaletler ikinci fıkra hükümlerine tabi değildir." **a)** Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve genel müdür yardımcılarını, kredi açmaya yetkili diğer mensuplarına, bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına ve bunların ayrı veya birlikte sermayelerinin yüzde 25 ve daha fazlasına sahip oldukları ortaklıklara"

⁵⁷² RG.:23.06.1999, S. 23734.

⁵⁷³ **4389 sayılı Bankalar Kanun**

MADDE 11-(9) Bankalar; **a)** Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve genel müdür yardımcılara, kredi açmaya yetkili diğer mensuplarına, bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına ve bunların ayrı ayrı veya birlikte sermayelerinin yüzde yirmibeş ve daha fazlasına sahip oldukları ortaklıklara, **b)** (a) bendinde sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına, **c)** Banka mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara her ne şekilde olursa olsun kredi veremez, kefaletlerini kabul edemez ve tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar. (a) bendi hükümleri, yönetim kurulu üyeliklerinde bulunan banka sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazlasına sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzelkişi ortakların hissedarları hakkında uygulanmaz. Bir bankanın iştirak veya kuruluşlarının yönetim ve denetim kurullarında bulunan kimselerin aynı zamanda bu bankanın mensubu olması, bu iştirak ve kuruluşun banka ile işlem yapmasına engel değildir. Banka mensuplarına aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek nakdi krediler ile bu kişilere yönetmelikle belirlenecek esas ve şartlar çerçevesinde kredi kartı verilme suretiyle kullanılacak krediler ve bunlar için kabul edilecek kefaletler bu fıkra hükümlerine tabi değildir.

Nihayet 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nu yürürlükten kaldıran ve şu an yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda kredi kullandırma yasağı, “Dâhil olunan risk grubu ve mensuplara kredi kullandırma koşulları” başlıklı 50.maddede düzenlenmiştir⁵⁷⁴

Söz konusu düzenlemeye aykırılığın yaptırımını ise 146. maddenin birinci fıkrasının “g” bendinde beşbin Yeni Türk Lirasından az olmamak üzere verilen kredinin yüzde beşi tutarına kadar İdarî para cezasıdır.

Sonuç olarak, kredi kullandırma yasağının tarihsel gelişimine baktığımızda kanun koyucu, paranın ön planda olduğu banka anonim şirketlerinin içinin boşaltılmasını henüz Cumhuriyet’in ilk yıllarından beri önlemeye yönelik düzenlemeler yapmış ve söz konusu düzenlemeler ekonomik faaliyetlerin gelişim hızına bağlı olarak sistematik olarak yasağın sùjeleri ile “kredi” kavramını genişletmiş ve yasağın yaptırımlarını ağırlaştırmıştır.

⁵⁷⁴ **BanK**

Dâhil olunan risk grubu ve mensuplara kredi kullandırma koşulları

MADDE 50- Bankalar; **a)** Yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; bunların eş ve velâyet altındaki çocuklarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara, **b)** (a) bendinde sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velâyeti altındaki çocuklarına, **c)** Mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara, Her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi veremez, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar. Birinci fıkrâ 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. Bir bankanın ortaklıklarının yönetim ve denetim kurullarında bulunan kimselerin aynı zamanda ilgili bankanın mensubu olması, bu ortaklıkların ilgili banka ile işlem yapmasına engel değildir. Bankanın dâhil olduğu risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere kredi kullandırılması hâlinde, gerekli kararların yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve bunlara sağlanan kredi koşullarının kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şarttır. Bir bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velâyet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler, üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ile bu Kanunun 55 inci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen menkul kıymetler karşılığı kullandırılan krediler birinci ve dördüncü fıkrâ hükümlerine tâbi değildir. 9554 Banka, bankanın risk grubunda yer alan kişilere açtığı kredileri Kuruma düzenli olarak raporlar. Sonradan bu madde hükümlerine aykırı hâle gelen kredilerin en geç altı ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur

4.1.1.2. Türk Ticaret Kanununun 395/IV. Maddesindeki Düzenleme ve Türk Ticaret Kanununun 395/II. Maddesinin Bankacılık Kanunu'ndaki Kredi Kullandırma Yasağı Hükümlerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

4.1.1.2. 1. Türk Ticaret Kanununun 395/IV. Maddesindeki Düzenleme

6762 sayılı Kanun döneminde şirketle işlem yapma yasağı ile ilgili düzenleme olan 334. maddenin ikinci fıkrası, “*Bankalar Kanununun hususi hükümleri mahfuzdur*” şeklinde düzenlenmişti. Buna göre her ne kadar 6762 sayılı Kanun döneminde şirkete borçlanma yasağı düzenlenmemiş olsa da kanun koyucu, şirketle işlem yapma yasağı ile kredi kullandırma yasağı düzenlemelerinin çakışmaması adına bankacılık mevzuatındaki kredi kullandırma yasağı hükümlerini saklı tutmuştu. Kanun koyucunun söz konusu düzenleme kapsamındaki düzenleme iradesi, Türk Ticaret Kanunu'nda da devam etmiş ve 395. maddenin son fıkrasında bankacılık kanunun özel hükümlerinin saklı olduğunu düzenlemiştir. Düzenleme, doktrinde tartışma konusu olmuş olup bir grup yazar⁵⁷⁵, söz konusu istisnai düzenlemenin gerekli olduğunu savunurken bizim de katıldığımız diğer grup yazar⁵⁷⁶, 395. maddenin bankacılık mevzuatı hükümlerini saklı tutan madde olan dördüncü maddeye ihtiyaç duyulmadığını, 330. maddenin varlık nedenine bağlayarak savunmaktadır.

4.1.1.2.2. Türk Ticaret Kanununun 395/II. Maddesinin Bankacılık Kanunu'ndaki Kredi Kullandırma Yasağı Hükümlerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Bir bankanın yönetim kurulu üyesinin ya da yasak kapsamındaki yakınlarının, Türk Ticaret Kanununun 395/II. maddesini veya 5411 sayılı Kanunun 50. maddesinde düzenlenen kredi kullandırma yasağını ihlal etmesi mümkündür. Bu noktada hangi kanun hükümlerinin hangi durumlarda uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Kanun koyucu, uygulamada meydana gelebilecek konuyla bu sorunun önüne geçilebilmesi amacıyla 5411 sayılı Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasını, “*Bu*

⁵⁷⁵ Karahan/Arslan, s. 432.

⁵⁷⁶ Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat), s. 679.

Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler tatbik olunur.” şeklinde ve Türk Ticaret Kanununun 395. maddesinin dördüncü fıkrasını da “*Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır*” şeklinde düzenlemiştir. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu’nda hüküm bulunmayan durumlarda 5411 sayılı Kanun ve 5411 sayılı Kanun’da hüküm bulunmayan durumlarda ise Türk Ticaret Kanunu uygulama alanı bulmakta ve söz konusu hükümlerin birarada değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁷⁷.

Uygulamada bankacılık faaliyetlerinde borçlanma yasağına aykırılığın meydana gelmesi bakımından üç ihtimâl vardır. Bunlar yapılan işlemin sadece 5411 sayılı Kanunu veya Türk Ticaret Kanununu ihlal etmesi veyahut da hem 5411 sayılı Kanunun hem de Türk Ticaret Kanununun ihlal edilmesidir.

Uygulamada karşımıza çıkabilecek ilk ihlal ihtimâli, borçlanma yasağına aykırı yapılan işlemin yalnızca 5411 sayılı Kanunu ihlal etmiş sayılmasıdır. Örneğin bankanın nitelikli pay sahibi olmayan⁵⁷⁸ bir yönetim kurulu üyesine kredi kullandırılmasına yönelik karar vermesi durumunda her ne kadar 395/II. madde ihlal edilmemişse de 5411 sayılı Kanunun 50. maddesi ihlal edilecektir⁵⁷⁹.

İkinci ihmal ihtimâline baktığımızda, banka yönetim kurulunun borçlanma yasağına aykırı karar vermesi işleminin sadece Türk Ticaret Kanunu’na aykırılık meydana getirmesidir. Örneğin bankanın yönetim kurulu üyesinin, pay sahibi olmayan abisine kredi kullandırması her ne kadar 5411 sayılı Kanunun 50. maddesine aykırılık teşkil etmeyecek olsa da 395. maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm ihlal edilecektir. Ancak söz konusu eylemin yaptırım konusunda Türk Ticaret Kanunu’nda ilgili kişilerin cezai ve hukukî sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki bu durum sadece 5411 sayılı Kanunun 48. maddesinde “kredi” olarak nitelendirilen işlemler için geçerli olup örneğin bankaya ait bir aracın söz konusu kişiler tarafından kiralanması durumunda gerek işlemin

⁵⁷⁷ **Bilgili/Demirkapı**, s. 397; **Özdamar/Doğan**, s. 17.

⁵⁷⁸ Nitelikli pay, 5411 sayılı Kanunun “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlıklı 3. maddesinde, “*Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları*” şeklinde tanımlanmıştır. Hükmün mefhum-ı muhalifine göre bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde onunun altına teşkil eden paylar ile yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı vermeyen paylar, nitelikli olmayan paylardır.

⁵⁷⁹ **Özdamar/Doğan**, s. 17.

akibeti gerekse de söz konusu kararı veren ve borçlanma işleminden yararlanan kişilerin hukukî ve cezai sorumlulukları 395/II. maddeye göre değerlendirilecektir⁵⁸⁰.

Uygulamada karşılaşılabilecek son ihtimâl ise borçlanma yasağına aykırı şekilde verilen kararın hem 5411 sayılı Kanun'a hem de Türk Ticaret Kanunu'na aykırılık taşımasıdır. Örneğin bir bankanın pay sahibi olmayan yönetim kuruluna kredi verilmesi kararı hem 50. hem de 395/II. maddeye aykırılık taşımaktadır. Buna göre gerek kredi verilmesi kararını veren gerekse de söz konusu krediden yararlanan kişilerin hukukî ve cezai sorumlulukları 50.maddeye göre değerlendirilecek ve 395/II'ye aykırılıktan doğan hukukî ve cezai sorumluluklar nazara alınmayacaktır⁵⁸¹.

4.1.2.Kredi Kullandırma Yasağının Süjeleri

4.1.2.1. Banka Yönetim Kurulu Üyeleri, Genel Müdürler, Genel Müdür Yardımcıları ve Kredi Açmaya Yetkili Mensuplar

5411 sayılı Kanununun 50. maddesinde sayılan kişilerin, bankanın yönetim ve temsilinden doğan güç ve imkânları kullanarak bankayı zarara uğraması ihtimâllerini öngören kanun koyucu, kredi kullandırılma yasağında ilk muhatap küme olarak banka yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve kredi açmaya yetkili mensuplarını düzenlemiştir⁵⁸². Söz konusu muhatapların kim olduğunu incelemeyen önce önemle belirtmeliyiz ki 50. madde hükmü, yalnızca bir bankanın banka yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları veya kredi açmaya yetkili mensuplarına kredi kullandırılmasını yasaklanmakta olup bu kişilerin pekâlâ başka bir bankadan kredi kullanmaları mümkündür.

⁵⁸⁰ Özdamar/Doğan, s. 17.

⁵⁸¹ Özdamar/Doğan, s. 17.

⁵⁸² Yaşar Alıcı, Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 533; Özdamar/Doğan, s. 12.

4.1.2.2.Yönetim Kurulu Üyelerinin, Genel Müdürlerin, Genel Müdür Yardımcılarının ve Kredi Açmaya Yetkili Mensupların Eş ve Velayet Altındaki Çocukları

5411 sayılı Kanununun 50. maddesi kapsamında kredi kullandırma yasağının ikinci sùje kümesi, yönetim kurulu üyelerinin, genel müdürlerin, genel müdür yardımcılarının ve kredi açmaya yetkili mensupların eşleri ve velayet altındaki çocuklarıdır. Kanun koyucu, 395/II. maddenin aksine, 50. maddenin ilk cümlesinde sayılan kişilerin sadece eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına kredi kullandırılmasını yasaklamıştır. Yasağın ilk muhatap kümesindeki kişilerin kayın hısımları, ikinci derece dâhil üstsoy ve altsoy kan hısımlarına kredi kullandırılması 50. madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

50. maddede sayılan kişilerin eşlerinin kredi kullandırılması yasağı, söz konusu kişilerle evlenme töreninde olumlu cevap vermeleriyle başlamakta olup butlanın tespitine veya evliliğı sona erdiren bir nedenin meydana gelmesine kadar devam edecektir (TMK m.142 vd.). Buna göre 50. maddede sayılan kişilerin nişanlıları veya hukukumuzda resmî bir değeri olmayan imam nikâhlı eşler, 50. madde anlamında kredi kullandırma yasağına tâbi değildir.

Velayet altındaki çocuklar, 50. maddede sayılan kişilerin evlilik birliğı içerisinde doğmalarıyla başlamakta olup 18 yaşının doldurulması, evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olunup velayet kalkana kadar kredi kullandırma yasağı kapsamındadır. Fakat bu noktada önemle belirtilmelidir ki ergin olduktan sonra herhangi bir nedenle kısıtlanmış çocukların velayet altına konulmalarıyla birlikte gerek 50. madde uyarınca gerekse de kısıtlanmaları sebebiyle kredi kullandırma yasaklarının devam edeceği unutulmamalıdır.

4.1.2.3.Yönetim Kurulu Üyelerinin, Genel Müdürlerin, Genel Müdür Yardımcılarının, Kredi Açmaya Yetkili Mensupların ve Eş ile Velayet Altındaki Çocuklarının Tek Başlarına ya da Birlikte Sermayesinin Yüzde Yirmibeş veya Fazlasına Sahip Olan Ortaklıklar

5411 sayılı Kanununun 50. maddesi uyarınca bankaların, “Yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara” kredi kullandırılmayacağı düzenlenmiştir. Hükmün lafzına bakıldığında kimlerin en az yüzde yirmibeş’ine sahip olduğu ortaklıklara kredi kullandırılmayacağı anlaşılmamaktadır⁵⁸³. Bizim de katıldığımız görüş olan doktrindeki bir takım yazarlara göre⁵⁸⁴ hükmün ruhu dikkate alındığında banka yönetim kurulu üyeleri, genel müdürler, genel müdür yardımcıları, kredi açmaya yetkili mensuplar ve söz konusu kişilerin eşleri ve velayet altındaki çocuklarının tek başlarına veya birlikte sermayesinin en az yüzde yirmibeş’ine sahip ortaklıkların yasak kapsamında bulunduğu kabulü gerekir. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki 5411 sayılı Kanun’da dolaylı pay sahipliğinden bahsedilmemesi sebebiyle yüzde yirmibeşlik oranın tespitinde sadece doğrudan sahip olunan paylar dikkate alınmaktadır⁵⁸⁵. Örneğin bir bankanın genel müdürü olan (X)’in yüzde yüzüne sahip olduğu X A.Ş.’nin yüzde yetmişine sahip olduğu (Z) A.Ş.’ ise bankadan kredi kullanamayacaktır. Dolayısıyla (X)’in (Z) A.Ş.’deki dolaylı pay sahipliği yüzde yüz olmasına karşın, doğrudan sahip olduğu payların oranı yüzde otuzdur⁵⁸⁶.

⁵⁸³ Bu noktada bünyelerinde banka anonim şirketine sahip şirket topluluklarının durumunun yakından incelenmesinde fayda vardır. Takımlarında banka bulunduran söz konusu topluluklardan Koç Holding A.Ş.ve onun bünyesinde faaliyet gösteren Yapı ve Kredi Bankası A.Ş.’ye baktığımızda Yapı ve Kredi Bankası A.Ş.’nin %81,8’lik kısmı Koç Holding A.Ş.’ye aittir (<https://www.kap.org.tr/tr/sirket-bilgileri/genel/2429-yapi-ve-kredi-bankasi-a-s>, E.T. 24.11.2017).

⁵⁸⁴ **Alıcı**, s. 534; Seza **Reisoğlu**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Madde 1-73, C.II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007, s. 651; **Özdamar/Doğan**, s. 13.

⁵⁸⁵ **Alıcı**, s. 534; **Reisoğlu**, s. 651; **Özdamar/Doğan**, s. 13. Bankacılık Kanunu uygulamasında gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi yada ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır (Bank K. m.5). Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde ise, bunlara ait paylar ve bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır (**Özdamar/Doğan**, s. 13).

⁵⁸⁶ **Özdamar/Doğan**, s. 13.

Kanun koyucu, 5411 sayılı Kanununun 50. maddesinde anılan ortaklık ifâdesinden hangi ticaret şirketi türünün anlaşılması gerektiğini düzenlememiştir. Kanımızca bankacılık faaliyetlerinin de ticarî hüküm sayılması sebebiyle (TTK m.1) Türk Ticaret Kanununun ticaret şirketlerinin türlerini düzenleyen 124. maddesine bakılması gerekir. Buna göre 50. maddede ifâde edilen “ortaklık” ifâdesinden kollektif, komandit, anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin anlaşılması gerekir. Adî ortaklıklar bakımından ise adî ortaklıkların, şirketlerden ayrı bir tüzel kişilikleri bulunmaması sebebiyle adî şirketler, 50. madde kapsamında değerlendirilmemektedir.

4.1.3.Kredi Kullandırma Yasağı Kapsamında Borçlanma Yasağı Araçları

Kredi kullandırma yasağı kapsamındaki borçlanma yasağı araçları, 5411 sayılı Kanun’un 50. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Hükme göre banka, her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi veremez, tahvil ya da benzeri menkul kıymetleri satamaz⁵⁸⁷. Bu noktada “kredi” kavramının ne olduğu büyük önem taşımaktadır. Buna göre kanun koyucu, “kredi” kavramını “Krediler” başlıklı 48. maddenin birinci fıkrasını⁵⁸⁸ düzenlemiştir. Dolayısıyla kredi kullandırma yasağına tâbi kişiler, 48. maddede kredi sayılan işlemleri, tahvil ya da benzeri menkul kıymetleri satın alamazlar.

⁵⁸⁷ Maddenin kaleme alınışı konusundaki eleştiriler için bkz. **Alıcı**, s. 533.

⁵⁸⁸ **Bank**

Krediler:

MADDE 48- (1) Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

(2) Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı ve saikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

4.1.4.Kredi Kullandırma Yasağının Süje ve Borçlanma Araçları Bakımından İstisnaları

5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kredi kullandırma yasağının süjeleri düzenlenirken aynı maddenin ikinci fıkrasında yasağa tâbi olmayanlar düzenlenmiştir. Buna göre yasak, yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak⁵⁸⁹ nitelikli paya⁵⁹⁰ sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmaz. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki kanun koyucu, 5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin birinci fıkrasında tüzel kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerini düzenleyerek banka ortaklarının kredi kullandırma yasağı sebebiyle banka yönetiminden uzaklaşmasına engel olmayı amaçlamıştır⁵⁹¹.

Tüzel kişi pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeliği için aday önermesine dayalı sistemin Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte terk

⁵⁸⁹ **Dolaylı Pay Sahipliği Konusunda İlgili Mevzuat ve Hükümleri**

1. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu

Dolaylı pay sahipliği

MADDE 5- (1) Bu Kanunun uygulanmasında, gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte hesaplanır.

(2) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurul tarafından belirlenir

2. Bankaların İzne Tâbi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliği'ne İlişkin Yönetmelik (RG.:1.11.2006, S. 26333)

Dolaylı pay sahipliği

MADDE 13 - (1) Bir gerçek veya tüzel kişinin Türkiye’de kurulmuş veya kurulacak bir bankanın sermayesindeki dolaylı pay sahipliğinin tespitinde uygulanacak usûl ve esaslar aşağıda belirtilmiştir:

a) Bankada pay sahibi bulunan veya pay devralacak tüzel kişi ortaklıklar ile varsa bunların tüzel kişi ortaklarının ortaklık yapıları zincirleme bir suretle gerektiği takdirde gerçek kişilere ulaşıncaya kadar tespit edilir.

b) Banka sermayesinde tüzel kişiler aracılığı ile olan dolaylı pay sahipliği oranı, iştirak oranlarının çarpılması suretiyle hesaplanır. Aynı kişinin ara kademelerde yer alan tüzel kişilere doğrudan iştiraki bulunması halinde, söz konusu doğrudan iştirak oranı, müteakip çarpım işleminden önce, o kademeye kadar ulaşılan orana ilave edilir.

(2) Banka sermayesinde pay sahibi tüzel kişilerin sermayeleri ile ilgili olarak Kanuna göre yapılacak dolaylı el değiştirme ve benzeri dolaylılık tespit ve değerlendirmeleri, mevzuatta açıkça düzenlenen hususlar haricinde, banka sermayesi yerine tüzelkişi hissedarın sermayesi esas alınarak birinci fıkradaki hükümlere göre yapılır.

⁵⁹⁰ 5411 sayılı Kanun’da nitelikli pay sahipliği kavramı konusunda detaylı bilgi için bkz. Sami **Karahan**, “Bankacılık Kanununda Nitelikli Pay Sahipliği Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 9, Sayı: 18, 2010, (Bankacılık), s.39 vd.

⁵⁹¹ **Özdamar/Doğan**, s. 13; **Tekinalp**, Banka, s. 231; **Alıcı**, s. 534; **Reisoğlu**, s. 653; Ahmet **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi: 5411 Sayılı Kanunun Metni ve Açıklaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 210.

edilmesinden dolayı 50/I. maddedeki düzenlemenin bizim de katıldığımız görüş uyarınca⁵⁹² kredi kullandırma yasağının, yönetim kurulu üyeliklerinde temsilsiz bir şekilde aslen bulunan ve banka sermayesinde doğrudan ya da dolaylı bir şekilde nitelikli paya sahip olan ortakların yasak kapsamında bulunmadığı şeklinde anlaşılması gerekir. Böylece banka yönetim kurulu üyelerinin aynı zamanda nitelikli pay sahibi olmaları durumunda söz konusu kişiler bankadan kredi kullanabileceklerdir.

Nitelikli pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin eşlerinin ve velayet altındaki çocukları ile yüzde yirmibeşine sahip oldukları ortaklıklar, 50. maddenin birinci fıkrasındaki yasağa tâbi değildir (BanK. m.50/II). Buna ek olarak, 395/II. maddede düzenlenen borçlanma yasağının aksine banka anonim şirketinde pay sahibi olan fakat “nitelikli pay sahibi” olmayan yönetim kurulu üyeleri, kredi kullandırma yasağına tâbi olacaktır⁵⁹³.

5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin üçüncü fıkrası, bankanın ortaklıklarının yönetim ve denetim kurullarında bulunan kimselerin aynı zamanda ilgili bankanın mensubu olmasının, bu ortaklıkların ilgili banka ile işlem yapmasına engel teşkil etmediğini düzenlenmiştir⁵⁹⁴.

5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin dördüncü fıkrası, “*Bankanın dâhil olduğu risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere kredi kullandırılması hâlinde, gerekli kararların yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve bunlara sağlanan kredi koşullarının kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şarttır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükme göre 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 ortaklıklar, bankanın dahil olduğu risk grubunu oluşturur (BanK. m.49/II). Düzenlemeye göre kural olarak nitelikli pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine kredi

⁵⁹² Özdamar/Doğan, s. 13.

⁵⁹³ Resioğlu, s. 654.

⁵⁹⁴ 5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “bankanın ortaklıkları” ifâdesinden bankanın iştiraklerinin kastedildiği yönündeki görüş için bkz. **Reisoğlu**, s. 655-656. 5411 sayılı Kanunun 50/III hükmünün 512 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kaldırılmasından bu yana söz konusu hükmün bir işlevinin bulunmadığı ve sadece açıklayıcı niteliğe sahip olduğu yönündeki görüş için bkz. **Alıcı**, s. 540.

kullandırılması yasaklanmış iken nitelikli pay sahibi sıfatına sahip olan yönetim kurulu üyelerine kredi kullandırılırken bir takım koşulların yerine getirilmesi zorunlu tutulmuştur⁵⁹⁵.

5411 sayılı Kanun uyarınca kredi açma yetkisi kural olarak yönetim kurulunda olmakla birlikte yönetim kurulu, söz konusu yetkisini Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından düzenlenecek usûl ve esaslar kapsamında kredi komitesine ya da genel müdürlüğe devredebilir (BanK. m.51). Bu noktada bizim de katıldığımız görüşe göre⁵⁹⁶ bankanın dahil olduğu risk grubu içerisinde bulunan kişilere kredi kullandırmasına yönelik alınacak kararların, nitelikli pay sahibi yönetim kurulu üyelerine kredi açılması veya kredi açma yetkisinin kredi komitesine veyahut da genel müdürlüğe devri hakkındaki yönetim kurulu kararlarının öngörülen yetersayı ile alınabileceği şeklinde yorumlanması gerekir. Bunlara ek olarak Kredi açma yetkisini haiz olanlar, kendileri ile eş ve velâyeti altındaki çocuklarının veya bunlarla risk grubu oluşturan diğer gerçek ve tüzel kişilerin taraf olduğu kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar verme aşamalarında yer alamaz ve bu hususu yazılı olarak yetkililere bildirir (BanK. m.51/III).

Kanun koyucu tıpkı bazı kişileri kredi kullandırma yasağı kapsamından çıkardığı gibi birtakım borçlanma araçlarını da 5411 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle beraber yasak kapsamından çıkarmıştır. Bir bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velâyet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının⁵⁹⁷ beş katını aşmamak üzere verilecek krediler, üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ile bu Kanunun 55. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen menkul kıymetler karşılığı kullandırılan krediler, birinci ve dördüncü fıkra hükümlerine tâbi değildir (BanK. m.50/V).

⁵⁹⁵ Özdamar/Doğan, s. 14.

⁵⁹⁶ Alıcı, s. 542.

⁵⁹⁷ 50. maddede geçen “aylık net ücretleri toplamı” ifâdesinin banka tarafından yönetim kurulu üyelerine yapılan net ücret ödemeleridir (Alıcı, s. s.537).

4.1.5.Kredi Kullandırma Yasağına Aykırılığın Sonuçları Yaptırımları

4.1.5.1. Kredi Kullandırma İşlemi Açısından Sonuçları

Başta 5411 sayılı Kanun olmak üzere bankacılık mevzuatında kredi kullandırma yasağına aykırı yapılan kredi kullandırma işleminin akıbeti konusunda herhangi bir düzenleme yoktur. Söz konusu durumun akıbetinin cevabı bulunmadan önce şu sorunun cevabının bulunmasında yarar vardır, 5411 sayılı Kanunun 50. maddesine aykırılığın başlangıç anı, yönetim kurulunun kredi verme kararı aşaması mı, yoksa verilen kredinin kullandırılması aşaması mıdır?

Kanun koyucu, 5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin kenar başlığında ve gerekçesinde⁵⁹⁸ “kullandırmak” fiilini tercih ederken maddenin lafzında “vermek” fiilini tercih etmiştir. Bu noktada 50. maddenin hukuka aykırılığını “kullandırmak” fiili üzerinden yorumladığımızda işlemin hukuka aykırılığının doğum anı, kredi verilen kişilerin, krediyi bankadan alıp kullandıkları andır⁵⁹⁹. Kanımızca 50. maddedeki hukuka aykırılık, “vermek” fiili üzerinden yorumlanması gerekmekte ve hukuka aykırılık, banka yönetim kurulunun hukuka aykırı şekilde verdiği kararlar birlikte doğmaktadır.

5411 sayılı Kanunun 50. maddesine aykırı kredi verilmesine yönelik yönetim kurulu kararı, kesin hükümsüzdür (TKB m.27 ve TTK m.391/I-a (veya b) ve 1530/I)⁶⁰⁰. Söz konusu yaptırıma ek olarak söz konusu krediler, en geç alt ay içinde tasfiye olunur (BanK. m.50/VII).

⁵⁹⁸ “Bu madde bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 11 inci maddesinin (9) numaralı fıkrası hükümleri korunarak düzenlenmekle birlikte söz konusu maddede sayılan unsurlara ilâve olarak, yönetim kurulu üyelerine, banka mensuplarına, bunların eş ve velâyetleri altındaki çocuklarına çek karnesi vermek suretiyle **kredi kullandırılmasına** imkân tanınmış ve bu kişilere açılacak kredi limitleri net ücretlerine bağlı olarak mevcut piyasa koşulları çerçevesinde belirlenmiştir.

Risk unsuru olduğu ve özkaynağı azaltıcı bir niteliği bulunduğu dikkate alınarak, bankaların bu Kanunun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen bankanın dâhil olduğu risk grubunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere **kullandırılacakları kredilerin** yönetim kurulunun üçte ikisi tarafından onaylanması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca, söz konusu kredilere ilişkin koşulların **kredi kullananın** lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi hükme bağlanmıştır. Bu hükümde, banka kaynaklarının ortaklık ilişkisinden doğan gücün kullanılması suretiyle piyasa koşullarından ve diğer kişilere kullandırılanlardan daha avantajlı bir şekilde ortaklara kullandırılması suretiyle bankanın zarar etmesinin veya kaynakların verimsiz kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.” (5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin gerekçesi).

⁵⁹⁹ Aynı yönde bkz. **Özdamar/Doğan**, s. 16.

⁶⁰⁰ Bkz.yuk. 2.3.1.

4.1.5.2. İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları

4.1.5.2. 1.İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sonuçları

4.1.5.2. 1.1.Kredi Verenler Açısından Hukukî Sorumluluk

Bankalarda kredi verme yetkisi, esas itibariyle 5411 sayılı Kanunun 51. maddesi ve Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin⁶⁰¹ 5. maddesi itibariyle yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu bu yetkisini kredi komitesine ya da genel müdürlüğe devredebilmektedir. Söz konusu yetki devrinde genel müdürlüğün yazılı önerisi aranmaktadır. Dolayısıyla borçlanma yasağının bankacılık faaliyetleri açısından görünümü olan kredi kullandırma yasağına aykırı harekette bulunabilecek kişiler yönetim kurulu üyesi ve yetki devri var ise kredi komitesi ile genel müdürlüktür⁶⁰².

Başta 5411 sayılı Kanun olmak üzere bankacılık mevzuatında hukuka aykırı kredi verenlerin sorumluluğu düzenlenmemiştir. Kanımızca 5411 sayılı Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasından hareketle Türk Ticaret Kanununun 553 vd. maddelerindeki düzenlemeler, hukuka aykırı kredi kullandırılma kararı veren yönetim kurulu (veya kredi komitesi ve genel müdürlük) için de geçerli olacaktır⁶⁰³. Böylece banka yönetim kurulu üyeleri, kusurlarıyla 50. maddeyi ihlal etmesi sonucu zarar meydana geldiğinde söz konusu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaklardır⁶⁰⁴.

4.1.5.2. 1.2.Kredi Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk

Yönetim kurulunun 50. maddede düzenlenen kişilerden birine kredi verilmesine yönelik kararı sonrası banka anonim şirketinin zarara uğraması sonrası yönetim kurulu, 553. vd. maddeleri uyarınca banka pay sahiplerinin, banka anonim şirket tüzel kişiliğinin ve banka anonim şirketinin alacaklılarının zararını tazmin edecektir. Fakat her somut olayda söz konusu zararın, bu sorumluluk davasıyla

⁶⁰¹ RG.: 1.11.2006, S. 26333.

⁶⁰² Özdamar/Doğan, s. 16.

⁶⁰³ Bkz.yuk. 2.3.2.1.1.Banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından BanK. ile TTK'da düzenlenen yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin karşılaştırılması konusunda detaylı bilgi için bkz. Sefer Oğuz, "Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, Sayı:1, 2017, s. 263-272.

⁶⁰⁴ Yöneticilerin kredi kullandırma yasağına aykırı karar ve işlemleri sonrası bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (Fon) devredilmesi veya banka faaliyet izninin kaldırılması durumlarında, yöneticinin sorumluluğu konusunda detaylı bilgi için bkz. Oğuz, s. 265 vd.

karşılanamaması muhtemeldir. Bu noktada banka yönetim kurulu üyeleri 553. vd. hükümlerine göre, hukuka aykırı kredi alanlar ise Türk Borçlar Kanununun 49. vd. hükümlerine göre meydana gelen zarardan müteselsilen sorumlu olacaklardır (TBK m.61)⁶⁰⁵.

4.1.5.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sonuçları

4.1.5.2.2.1.Kredi Verenler Açısından Cezai Sorumluluk

4.1.5.2.2.1.1.Yönetim Kurulu Üyeleri Açısından Cezai Sorumluluk

Banka yönetim kurulunun (veya kredi komitesi ve genel müdürlük), 5411 sayılı Kanunun 50. maddesi uyarınca maddede sayılan kişilere kredi vermesi, ceza hukuku anlamında Türk Ceza Kanununun 155. maddesinde düzenlenmiş olan güveni kötüye kullanma suçuna vücut verecektir⁶⁰⁶ ⁶⁰⁷. Bu noktada şu sorunun cevaplandırılması gerekir, peki söz konusu hukuka aykırı eylem, bir kamu bankasında işlenirse eylemin yaptırımı ne olacaktır?

Türkiye’de kamu kalkınma ve yatırım, mevduat ve katılım türleri ile TMSF bünyesinde 11 banka bulunmaktadır⁶⁰⁸. Söz konusu bankalar içerisinde en aktif bankalardan olan Ziraat Bankası ve Halk Bankası’nı incelediğimizde⁶⁰⁹ gerek 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin⁶¹⁰ 2. maddesinde düzenlendiği⁶¹¹ gerekse de Danıştay İdari Dava

⁶⁰⁵ Bkz.yuk. 2.3.2.1.2.

⁶⁰⁶ Konuyla ilgili örnek Yargıtay kararı için bkz. CGK., 1.11.2011, E. 7-210, K. 218 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁰⁷ Bkz.yuk. 2.3.2.2.1.2.1.

⁶⁰⁸ Türkiye’de kamu kalkınma ve yatırım, mevduat ve katılım türleri ile TMSF bünyesindeki bankalar şunlardır; İller Bankası A.Ş., Türkiye İhracat Kredi Bankası A.Ş., Türkiye Katılım Bankası A.Ş., İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş., Birleşik Fon Bankası A.Ş., Adabank A.Ş., T.C. Ziraat Bankası A.Ş., Türkiye Halk Bankası A.Ş., Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O., Ziraat Katılım Bankası A.Ş., Vakıf Katılım A.Ş. (<http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Bankalar/Bankalar.aspx>, E.T. 18.11.2017).

⁶⁰⁹ Türkiye Bankalar Birliği’nin 30.06.2017 tarihli “Bankaların Aktif Büyüklüklerine Ait Sıralama” raporu kapsamında yapılan sıralamada Ziraat Bankası birinci sırada, Halk Bankası altıncı sırada yer almaktadır (<https://www.tbb.org.tr/bankacilik/banka-ve-sektor-bilgileri/istatistiki-raporlar/59>, E.T. 18.11.2017).

⁶¹⁰ RG.:18.06.1984, S.18435.

⁶¹¹ Aynı yönde bkz. Ziraat ve Halk Bankalarında istihdam edilen personelin statüsü ve kamu işçisi diye hukuken geçerli bir statü bulunmadığı hakkında Devlet Personel Başkanlığı’nın 31.10.2008 tarihli ve 19723 sayılı yazısı (<http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/devlet-personel-baskanligi-diger-gorusleri>, E.T. 18.11.2017).

Daireleri Genel Kurulu'nun 11.11.2004 tarihli kararında⁶¹² görüldüğü üzere söz konusu bankalarda çalışan kişiler, kamu personelidir. Dolayısıyla bir kamu bankasında kredi verme yetkisini haiz olup da 50. maddeye aykırı kredi veren kamu görevlisi kişilerin , kredi verme görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmeleri sebebiyle görevi kötüye kullanma suçu meydana gelecektir (TCK m.161).

5411 sayılı Kanunun 50. maddesi kapsamında yukarıda belirtilen suçların yanında somut olayın şartlarına göre hileli iflâs suçunun da işlenmesi mümkündür (TCK m.161)⁶¹³.

4.1.5.2.2.1.2.Kredi Alınan Bankanın Cezai Sorumluluğu

4.1.5.2.2.1.2.1.5411 sayılı Kanun Bakımından Cezai Sorumluluk

Kredi kullandıran banka hakkında 50. maddesindeki kredi yasaklarına uyulmaması hâlinde 5.723 TL'den⁶¹⁴ az olmamak üzere verilen kredinin yüzde beşi tutarına kadar⁶¹⁵ idari para cezası uygulanacaktır (BanK. m.146/I-g). Buna ek olarak, 5411 sayılı Kanunun 51. maddesinin dördüncü fıkrası ve Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik'in⁶¹⁶ 10. maddesinin birinci fıkrasının “ç” bendi uyarınca söz konusu şekilde kullandırılan krediler indirim kalemi olarak dikkate alınacaktır.

Yukarıda da ifâde edildiği üzere gerek 50. maddenin gerekse de 146/I-ç. maddesinin lafzı uyarınca kredinin ve banka hakkında idari para cezasının verilmesi kredinin sonradan tasfiye edilmesi yaptırımın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Örneğin genel müdüre 50. maddeye aykırı kredi kullandırma kararı sonrası bu işlem, bankanın müfettişleri tarafından yapılan denetimde fark edilmiş olduğunda söz konusu kredi tasfiye edilmiş olsa dahi kredi kullandırma yasağına aykırılık meydana gelmiş olacağından ilgili banka hakkında idari para cezası

⁶¹² İDDGK., T. 11.11.2004, E. 2003/319, K. 2004/1857 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹³ Bkz.yuk. 2.3.2.2.1.2.2.

⁶¹⁴ Kanunda 5.000 TL olarak belirlenen parasal tutar, 31.05.2005 tarihli ve 25772 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kabahatler Kanunu m. 17/VII uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usûl Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılmakta olup, 2018 yılı için geçerli olan oran 14,73'dür.

⁶¹⁵ 5411 sayılı Kanunun 50. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen %5 ve %3'lük limitlerin üzerinde kredi kullandırılması halinde uygulanacak idari para cezası belirlenirken, kullandırılan kredinin tümü değil, limitleri aşan kısmı esas alınacaktır (Reisoğlu, s. 664; Özdamar/Doğan, s. 26).

⁶¹⁶ RG.:05.09.2013, S. 28756.

uygulanacaktır⁶¹⁷. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki sonradan yasağa aykırı duruma gelen krediler nedeniyle banka hakkında yaptırım uygulanabilmesi, kredinin 6 ay içerisinde tasfiye edilmemiş olmasına bağlıdır. Bankanın, ilgili kredinin tasfiyesi sebebiyle basiretli bir şekilde kendinden beklenebilecek bütün özen ve dikkati göstermesi durumunda banka hakkında idari para ceza uygulanmamalıdır⁶¹⁸. Örneğin kredi kullanan kişi hakkında icra veya iflâs takibi başlatarak alacağını tashil etmeye çalışmasına rağmen icra veya iflâs takibinin sonuçsuz kalması durumunda ilgili banka hakkında idari para cezası uygulanmamalıdır.

4.1.5.2.2.1.2.2.Türk Ceza Kanunu Açısından Cezai Sorumluluk

Banka anonim şirketi hakkında Türk Ceza Kanunu açısından cezai yaptırım düzenlenmemiş ancak koşulları mevcutsa güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır (TCK m.20/II). Türk Ceza Kanununun 53. ila 60. maddesi arasında düzenlenen güvenlik tedbirleri arasında çalışmamız kapsamında sadece “Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri” ni düzenleyen 60. madde, değerlendirilmesi gereken güvenlik tedbirleridir. 60. madde uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan banka anonim şirketinin ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, 5411 sayılı Kanunun “İzne Tâbi İşlemler” başlıklı 6. vd. maddelerinde öngörülen faaliyetlerin iptaline karar verilmesi mümkündür.

4.1.5.2.2.2.Kredi Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk

5411 sayılı Kanunun 50. maddesine aykırı kredi alanların cezai sorumlulukları incelendiğinde gerek 5411 sayılı Kanun’da gerekse de Türk Ceza Kanunu’nda hukuka aykırı kredi alınmasıyla ilgili başlı başına herhangi bir suç düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kredi alan kişilere herhangi bir ceza verilemeyecektir (TCK m.2). Aynı şekilde yukarıda belirttiğimiz kredi verenlerin işlemesi muhtemel özgü suçlarda müşterek faillik olamayacağı için kredi veren kişilerle birlikte kredi alan kişilerin müşterek faillikten kaynaklı iştirak uygulama alanı bulamamaktadır.

⁶¹⁷ Özdamar/Doğan, s. 16.

⁶¹⁸ Özdamar/Doğan, s. 16.

Ancak kredi alan somut olayın şartları neticesinde ancak azmettiren veya yardım eden sıfatına sahip olacaktır⁶¹⁹.

4.2.HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDEKİ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDAKİ GÖRÜNÜMÜ: ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIM YASAĞI (SPK M.21)

4.2.1. “Örtülü Kazanç Aktarımı” Kavramı ve Kavrama İlişkin Sermaye Piyasası Mevzuatındaki Tarihsel Gelişim

Anonim şirketlerin esaslı varlık sebebi, kâr etme ve kârın ilgili mevzuat çerçevesinde dağıtılması sonucunda çıkar grupları arasında menfaat dengesinin sağlanmasıdır. Ancak çalışma konumuz uyarınca 358. ve 395/II. maddelerde sayılan kişiler, söz konusu menfaat dengesini hiçe sayarak kendi çıkarlarını ön plana çıkarıp şirket kazancını kurallara uymaksızın “örtülü” şekilde kendilerine aktarmaya çalışmaktadır. Kanun koyucu, söz konusu risklerin kapalı tip anonim şirketlerin yanında büyük ticarî faaliyetlerin döndüğü halka açık anonim şirketlerde de⁶²⁰ meydana gelebileceğini öngörerek sermaye piyasası hukuku anlamında “örtülü kazanç aktarımı yasağı” nı düzenlemiştir⁶²¹.

“Örtülü kazanç aktarımı yasağı” kavramı, sermaye piyasası hukuku anlamında ilk olarak mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15. ve 47. maddelerinde düzenlenmişti. Söz konusu düzenlemeler uyarınca örtülü kazanç aktarımı doktrinde genel olarak, şirketlerin ilişkili kişilerle yaptıkları her türlü ticarî işlemde, işlemin piyasa değerinin üzerinde veya altında bir fiyatla mal veya hizmet alım ya da satımında veya borç-alacak işlemlerinde bulunması ve kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılması şeklinde tanımlanmıştı⁶²².

⁶¹⁹ Bkz.yuk. 2.3.2.2.2.

⁶²⁰ Sermaye Piyasası Kurulu'nun Temmuz 2017 verilerine göre Türkiye'de toplam 433 tane halka açık anonim şirket bulunmakta olup toplam hacim değerleri 21.679.401 milyar TL'dir (<http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/9/0/5>, E.T. 20.11.2017).

⁶²¹ Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı ile korunan menfaat grupları konusunda detaylı bilgi için bkz. Arslan **Kaya**, “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, Sayı: 2, 2013, s. 193-196.

⁶²² 2499 sayılı Kanun döneminde örtülü kazanç aktarımı yasağı ile başta doktrinde yapılmış farklı tanımlar olmak üzere ilgili detaylı bilgi için bkz. Sevinç **Akbulak** ve Yavuz **Akbulak**, Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 346

Mülga Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki düzenlemelerden biri olan 15. maddeye göre, kâr payları, hesap dönemi sonu itibariyle mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılmaktaydı. Buna ek olarak, aynı maddede, “*halka açık anonim ortaklıklar; 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 kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz*” ifâdesine yer verilmişti. Kanunun bir diğer ilgili maddesi olan 47. maddenin altıncı fıkrasına göre, bu tür faaliyetlerde bulunanların ve faaliyetlere iştirak edenlerin iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştı⁶²³.

Kanun koyucu, 2499 sayılı Kanunun yetersizlikleri sonucu mevcut 6362 sayılı Kanunu düzenlemiştir⁶²⁴. 6362 sayılı Kanun ile beraber örtülü kazanç aktarımına neden olan hareketler de “Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı” başlıklı 21. maddenin birinci fıkrasında⁶²⁵ yeniden düzenlenmiştir. 21. maddede düzenlenen örtülü kazanç aktarımına neden olan söz konusu hareketlerden yola çıkarak önemle belirtmeliyiz ki 21. maddede yer alan ilişkili kişiler ile işlem yapılması engellenmemekte sadece belirli koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu şekilde şirket kaynaklarının kullanımına ilişkin kurallara uygunluk sağlanmakta ve kaynakların en azından “kâğıt üstünde” tüm menfaat sahiplerinin lehine kullanılması temin edilmiş olmaktadır. 21. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında⁶²⁶ ise hangi

vd. İlyas Çeliktaş, “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sayı 3-4, 2003, s. 60-63.

⁶²³ Akbulak/Akbulak, s. 346 vd.

⁶²⁴ 2499 sayılı Kanun'da düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağı düzenlemesinin yetersiz oluşu konusundaki eleştiriler için bkz. Kaya, s. 195.

⁶²⁵ 6362 sayılı Kanun

Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı

MADDE 21-(1) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları 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 kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.

⁶²⁶ 6362 sayılı Kanun

Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı

MADDE 21-(2) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları

fiillerin örtülü kazanç aktarımı sayılacağı belirtilmiştir. Fıkralardan da anlaşılacağı üzere halka açık şirketler ile yatırım kuruluşlarının, yaptıkları borçlanma işlemleri, 6362 sayılı Kanun'a uygun şekilde yaptığı işlemler gibi hukuka uygun olduğunu belgelendirmeleri, söz konusu belgelerin 8 yıl süre ile saklanmaları gereklidir. Buna ek olarak hükümde örtülü kazanç aktarım yasağına aykırılığın tespitinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. 21. maddenin son fıkrası olan dördüncü fıkrada⁶²⁷örtülü kazancı tespit eden Sermaye Piyasası Kurulu'na yapılan hukuka aykırı işlemin akıbeti düzenlenmiş ve yapan şirketlere uygulanacak cezai yaptırım konusunda yetki verilmiştir.

4.2.2.Örtülü Kazanç Aktarım Yasağının Uygulanma Şartları

4.2.2.1.Kazanç Aktaran Şirketin 6362 sayılı Kanun Uyarınca Bir Anonim Şirket ya da Onun İştirak veya Bağlı Bir Şirketin Olması

Örtülü kazanç aktarım yasağının meydana gelebilmesi için öncelikle gerçekleştirilen örtülü borçlanma işleminin süjesinin halka açık bir anonim şirketin olması gerekmektedir. 6362 sayılı Kanun da halka açık şirketler "*payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar*" şeklinde tanımlanırken (SPK m. 3/I-e) halka arz olunma, "*payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklar.*" şeklinde tanımlanmıştır (SPK m.16/I). Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki kaynak aktarımının halka açık anonim şirket tarafından bizzat ve/veya doğrudan yapılması zorunlu değildir. Örtülü kazanç aktarımı, halka açık şirketlerin bağlı olduğu şirketi

beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.

(3) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticarî hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usûl ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.

⁶²⁷ 6362 sayılı Kanun

Örtülü Kazanç Aktarım Yasağı

MADDE 21-(4) Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanûnî faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanûnî faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukukî, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır.

ve/veya iştiraki tarafından bizzat ya da iştirak ve/veya bağıli şirketler üzerinden de pekâlâ olabilir (SPK m. 21)⁶²⁸. Buna göre doğrudan bir kazanç aktarımı yanında grup ilişkisi (TTK m. 195 vd.) çerçevesinde yapılan dolaylı işlemler sonucunda halka açık bir şirketten kaynak aktarımının gerçekleşmiş olması durumunda da 21. madde hükmünde düzenlenen yasak ihlal edilmiş olacaktır⁶²⁹.

4.2.2.2.Kazanç Aktarımı Yapılan Kişinin, Halka Açık Anonim Şirket ya da Onun İştirak veya Bağıli Bir Şirketle Bağının Bulunması

6362 sayılı Kanununun 21. maddesi uyarınca herhangi bir borçlanma işleminin örtülü kazanç aktarımı sayılabilmesi için örtülü kazanç aktarımı yapılan kişinin, halka açık anonim şirkette ya da onun bağıli olduğu şirket veya iştiraki ile yönetim, denetim veya sermaye bakımından bir ilişkisinin bulunması gerekir. Bir başka ifade ile örtülü kazanç aktarımı yapılan kişinin şirkette pay sahibi yönetim kurulu üyesi, pay sahibi veya denetimde bulunan bir kişi olması gerekir. Söz konusu kişiler, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilirler⁶³⁰.

4.2.2.3.İlişkili Şirketler Arasındaki Kazanç Transferlerinin Konusunu Örtülü İşlemlerin Oluşturması

Halka açık anonim şirketin veya iştirak veyahut da bağıli şirketin kârını ya da mal varlığını azaltan borçlanma işleminin, ilişkili şirketle/kişiyle yapılan bir “örtülü işlem” niteliği taşıması gerekir⁶³¹. 21. maddeye göre halka açık şirketler ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağıli ortaklıklarının, piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç

⁶²⁸ **Kaya**, s. 197. 2499 sayılı Kanun döneminde doktrinde, örtülü işlemlerin halka açık şirketin ilişkili olduğu iştirak ve bağıli şirketler aracılığıyla gerçekleştirilmesi halinde de 15. maddenin son fıkrası hükmünde yer alan yasağın ihlal edilmiş olduğu açıkça dile getirilmekteydi (**Akbulak/Akbulak**, s. 389).

⁶²⁹ **Kaya**, s. 198; **Çeliktaş**, s. 64.

⁶³⁰ **Kaya**, s. 198; Örtülü kazanç aktarımı yapılan kişi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünal **Tekinalp**, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları, İstanbul, 1982, (Sermaye Piyasası), s. 75-76.

⁶³¹ **Kaya**, s. 200; **Çeliktaş**, s. 65.

aktarımı sayılır⁶³². Maddeden de görüleceği üzere işlemin örtülü kazanç aktarımı sayılıp sayılmayacağı yönündeki en büyük kıstas fiyat farkıdır. Bu noktada konunun daha net anlaşılması adına fiyat farkından ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulmalıdır.

2499 sayılı Mülga Sermaye Piyasası Kanununun 15. maddesindeki fiyat farkına ilişkin bir zarar meydana getiren örtülü işlemde "farkın bariz olması gereği" ifâdesi, 6362 sayılı Kanunun 21. maddesinde kendine yer bulamamıştır. Kanun koyucu söz konusu kıstasın yerine emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticarî hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, faiz, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticarî uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretiminin öncelikli olduğunu fakat emsallere göre açık bir farkın da örtülü kazanç aktarımının tespitinde büyük öneme sahip olduğunu 21. maddede belirtmiştir.

Örtülü işlem, piyasa teamülleri uyarınca olması gerekenden düşük veya yüksek bir bedelin ödenmesi şeklinde meydana geliyorsa⁶³³, farkın bariz olması, örtülü işlemin varlığının belirlenebilmesi açısından mümkündür. Fakat bu noktada bizim de katıldığımız görüşe göre Türk serbest piyasa ekonomisinin yapısının da göz önünde bulundurulması gerektiği ve her şirketin kendi iç dinamikleri gereği farklı bir fiyat politikası da izleyebileceği unutulmamalı ve olağan karşılanmalıdır. Ancak piyasaki söz konusu işlem bakımından işlemin emsallerine göre önemli sayılacak şekilde farklı bir işlemin varlığı 6362 sayılı Kanunun 21. maddesinin uygulanmasına yol açabilmektedir⁶³⁴.

4.2.2.4.Yapılan Örtülü İşlem Sonucunda Halka Açık Anonim Şirketin Kârının veya Malvarlığının Azalması ya da Artmasının Aktif veya Pasif Bir Fiille Engellenmesi

6362 sayılı Kanunun 21. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için dördüncü şart, ilişkili şirketle veya kişiyle yapılan örtülü işlem neticesinde halka açık

⁶³² Örtülü kazanç aktarımının 21/II kapsamındaki nitelendirmesi için bkz. **Tekinalp**, Sermaye Piyasası, s. 77.

⁶³³ Konu hakkında örnek Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., 5.6.2017, E. 2015/15770, K. 2017/3356 (Kazancı İċtihat Bilgi Bankası).

⁶³⁴ **Kaya**, s. 201.

anonim şirketin veya onun iştirakinin veyahut da bağlı bir şirketin maddi bir zarara uğramış olmasıdır⁶³⁵.

4.2.2.Örtülü Kazanç Aktarım Yasağına Aykırılığın Sonuçları ve Yaptırımları

4.2.3.1. Örtülü Kazanç Aktarım İşlemi Açısından Sonuçları

Halka açık anonim şirketlerde, pay sahibine kazanç aktarımının yapılması, tıpkı kapalı tip anonim şirketlerde olduğu gibi, yönetim kurulunun bu yönde bir karar almasına bağlıdır (SPK m. 17). Yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır. Şayet bağımsız yönetim kurulu üyeleri işlemi onaylamadıkları takdirde söz konusu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur. Genel kurul toplantılarında, işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanamayacakları bir oylamada karar alınır.

Halka açık anonim şirketlerde pay sahipleri ile yapılan borçlanma işlemlerine dayalı yönetim kurulu kararı sonrası meydana gelen örtülü kazanç aktarımı, 92. maddenin birinci fıkrasının “b” bendinin “*(1) Bu Kanuna tabi ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açtığı Kurulca tespit edilmesi hâlinde, Kurul; b) Bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya,*” şeklindeki lafzı uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir (TTK m. 1530 ve TBK m.27). Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki 92/I-b’de her ne kadar butlan davasını açma yetkisi sadece kurula tanınmış olsa da kanımızca söz konusu husus halka açık anonim şirketin çıkar gruplarının menfaatleriyle örtüşmemektedir. Dolayısıyla kanaatimizce kapalı tip anonim şirketlerde olduğu gibi halka açık anonim şirketlerde de yönetim kurulunun hukuka aykırı kararından etkilenen

⁶³⁵ Kaya, s. 203.

herkesin her zaman kesin hükümsüzlüğün tespitine ilişkin davayı açmaya hakkı vardır.

6362 sayılı Kanununun 21. maddesine aykırılık sebebiyle açılacak kesin hükümsüzlüğün tespiti davasının konusunu 21. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı bir şekilde hareket edilmesi oluşturabileceği gibi, 17. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen karar almaya dayalı usûli şartlar da oluşturabilir.

Örtülü kazanç aktarımının tespiti, Sermaye Piyasası Kurulu dışında bir kişi (veya kişiler) tarafından yapıldığı durumda pay sahibi kendisine yapılan kazanç aktarımını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi talep edilmektedir (TBK m.77). Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık şirketler, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanûnî faizi ile birlikte malvarlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep ederler (SPK m.21/IV). Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanûnî faizi ile birlikte iade etmek zorundadır.

4.2.3.2.İşlemin Tarafları Açısından Sonuçları

4.2.3.2.1.İşlemin Tarafları Açısından Hukukî Sorumluluk

4.2.3.2.1.1.Borç Verenler Açısından Hukukî Sorumluluk

Halka açık anonim şirketin yönetim kurulu, pay sahibinin 6362 sayılı Kanununun 21. veya 17/III. maddesine aykırı borç verdiğinde halka anonim şirketin çıkar grupları olan anonim şirketin, diğer pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zarara uğraması mümkündür (TTK m.369/I). Uğranılan bu zararın tazmini konusunda 6362 sayılı Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasının yollamasıyla Türk Ticaret Kanununun 553. vd. maddeleri devreye girmektedir⁶³⁶.

⁶³⁶ Bkz.yuk. 2.3.2.1.1.

4.2.3.2.1.2.Borç Alanlar Açısından Hukukî Sorumluluk

Yukarıda da belirttiğimiz üzere halka açık anonim şirketin yönetim kurulunun 21. veya 17/III. maddelere aykırı şekilde borç verilmesine yönelik kararı sonrası anonim şirketin zarara uğraması sonrası yönetim kurulu, 553. vd. maddeleri uyarınca pay sahiplerinin, anonim şirket tüzel kişiliğinin ve şirket alacaklarının zararlarını tazmin etmektedirler. Fakat her somut olayda zarar, bu sorumluluk davasıyla karşılanamamaktadır. İşte bu noktada tazmin yükümlülüğü ibresi borç alan kişilere dönmekte olup borç alan kişilerin de sorumluluğu gündeme gelmektedir⁶³⁷.

4.2.3.2.2.İşlemin Tarafları Açısından Cezai Sorumluluk

4.2.3.2.2.1.6362 sayılı Kanun'a Göre Borç Verenler Açısından Cezai Sorumluluk

6362 sayılı Kanunun “Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik” başlıklı 110. maddesinin birinci fıkrasının “b” bendi uyarınca 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 suretiyle örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak, Türk Ceza Kanununun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini meydana getirmektedir. Söz konusu hukuka aykırı hareket sonucu 155. maddenin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza, üç yıldan az olamaz⁶³⁸. Güveni kötüye kullanma suçlarının yanında somut olayın şartlarına göre hileli iflâs suçunun da işlenmesi mümkündür (TCK m.161)

Yukarıda belirttiğimiz suç tipi yanında kanun koyucu, örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlalinde idari para cezası verileceğini öngörmüştür (SPK m.103/VI). Hükme göre halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla

⁶³⁷ Bkz.yuk. 2.3.2.1.2.

⁶³⁸ 6362 sayılı Kanunun 110. maddesi konusunda detaylı bilgi için bkz. Murat **Sadak**, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 53-165.

ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlanmaları hâlinde ilgili tüzel kişiye Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, verilecek idari para cezasının miktarı elde edilen menfaatin iki katından az olamayacaktır⁶³⁹.

4.2.3.2.2.2.Borç Alanlar Açısından Cezai Sorumluluk

6362 sayılı Kanununun 110. maddesinde düzenlenen suç tipinin özgü suç olması sebebiyle örtülü kazanç sağlayan kişiler bu suçu işleyemezler veya müşterek fail olamazlar (TCK m.37). Ancak bu kişilerin borç verenler için açılması muhtemel kamu davasında somut olayın şartları elverdiği ölçüde “dolaylı fail”, “azmettiren” veya “yardım eden” sıfatıyla yargılanmaları mümkündür⁶⁴⁰.

⁶³⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Sadak**, s. 130.

⁶⁴⁰ Bkz.yuk. 2.3.2.2.2.

BEŞİNCİ BÖLÜM
ANONİM ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN
VERGİ MEVZUATINDAKİ DÜZENLEMELER

5.1.ANONİM ŞİRKETLERDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ
VERGİ MEVZUATINDAKİ GÖRÜNÜMÜ: TRANSFER
FİYATLANDIRILMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

5.1.1. “Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”

Kavramı

Transfer fiyatlandırması, aralarında ticari bağ bulunan şirketlerin kendi aralarındaki mal veya hizmet alımı veyahut da benzeri ticarî işlerde uyguladıkları fiyattır⁶⁴¹. Transfer fiyatlandırmasının konusunu taşınır ve taşınmaz mallar, hisseler, haklar ve hizmetler oluşturmaktadır.

Transfer fiyatlandırılması, malî amaçlar dışında şirketin yönetim kurulunun en uygun şekilde kararlar alabilmesi amacına hizmet etmektedir. Buna göre transfer fiyatlandırılması, vergilendirme, yönetim ve uluslararası olmak üzere üç ana amaca hizmet etmektedir⁶⁴².

Çalışma konumuz kapsamında diğer amaçlara nazaran daha fazla önem teşkil eden vergisel amaca bakıldığında vergisel amaç açısından transfer fiyatlandırılmasının hem mükellef şirketler hem de idare açısından büyük önem taşıdığı görülmektedir. Bir başka ifade ile transfer fiyatlandırılması ile mükellefler açısından kazanç, vergi dışı bırakılırken vergi idaresi açısından matrah aşınmakta ve gelir kaybı ortaya çıkmaktadır⁶⁴³. Fakat bu noktada önemle belirtmeliyiz ki transfer fiyatlandırılması, tek başına bir vergi kaçırma veya vergi kaybına yol açmamakta

⁶⁴¹ **Gelir İdaresi Başkanlığı**, Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayınları No: 114, Ankara, 2010, s. 2 vd. Doktrinde transfer fiyatlandırılması konusunda farklı tanımlar için bkz. Sekan **Ağar**, Transfer Fiyatlandırılması, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 100; Özgür **Biyan**, “Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı 82, Temmuz-Ağustos 2007, s. 80; Fatih **Saraçoğlu** ve Ercan **Kaya**, “Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu ve Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 216, 2006, s. 150.

⁶⁴² **Saraçoğlu/Kaya**, s. 152. Transfer fiyatlandırılmasının yönetim ve uluslararası amaçları konusunda detaylı bilgi için bkz. Fahri **Tugay**, Vergi ve Ticaret Hukuku Açısından Ortakların Şirkete Borçlanması ve Analizi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 10-13.

⁶⁴³ **Saraçoğlu/Kaya**, s. 150 vd.

ancak vergilendirilmesi gereken bir kazancın vergi dışında bırakılarak matrah aşındırılması durumunda önemli bir vergi kaybının meydana geldiği görülmektedir⁶⁴⁴.

Şirketin ticaret hukuku prensiplerine göre asıl amacı kârın sağlanması ve hukuka uygun şekilde dağıtılması iken, vergi hukukunda bu amaç, pay sahiplerinin kârın sağlanması sonrası ödeyecekleri vergiden tasarruf ettirmeye dönüşmektedir. Söz konusu durum özellikle de sermaye şirketlerinde kurumlar vergisinin ödenmesinden sonra ayrıca pay sahiplerine bağlı olarak gelir vergisi ödemelerinde büyük önem arz etmektedir⁶⁴⁵. İşte bu kârın dağıtımı ve dağıtımın vergilendirilmesi noktasında usûlsüzlükler meydana gelmektedir. Vergi hukukunda şirketlerin kazançlarını kurumlar vergisinin ödenmesinden sonra pay sahiplerine dağıtması (açık kâr dağıtımı) ve çeşitli şekillerde kurumlar vergisi ödemediği dolaylı yollarla ortaklara kârın dağıtılması şeklinde iki farklı kâr dağıtımı mevcuttur⁶⁴⁶.

Şirketin kazancının ilgili mevzuata aykırı olarak dağıtılması anlamına gelen örtülü kazanç dağıtımında kazanç artık “örtülü” şekilde dağıtılmaktadır⁶⁴⁷. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için, örtülü veya maskelenmek suretiyle bir kazanç aktarımının veyahut da karşı tarafa, kazanç sağlayabilecek bir olayın meydana gelmesi gerekir⁶⁴⁸. Örtülü kazanç dağıtımı ile şirketin vergilendirilmemiş geliri, açık kazanç dağıtımı yapılmaksızın pay sahibine aktarılmakta olup işlemin Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde yapılması sebebiyle genellikle örtülü kazanç dağıtımının farkına varılamamakta ve şirketle pay sahibi arasında kurulan borçlanma işlemi, satış veya kira sözleşmelerinin ardına gizlenmektedir⁶⁴⁹. Örtülü kazanç dağıtımında, yapılan işlemin tüm pay sahipleriyle veya pay sahiplerinin payları ile orantılı olarak yapılması zorunlu değildir. Buna göre bir veya birden fazla pay sahibine kazanç dağıtımı yapıp örtülü kazancın dağıtılması ile beraber şirketin malvarlığında meydana gelen azalma da genellikle pay sahibinin elde ettiği çıkara eşit olmaktadır⁶⁵⁰.

⁶⁴⁴ **Biyar**, s. 80; **Tugay**, s. 14.

⁶⁴⁵ **Şükrü Kızılot**, Türk Vergi hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002, (Örtülü Kazanç), s. 38.

⁶⁴⁶ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 38.

⁶⁴⁷ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 40 vd.

⁶⁴⁸ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 189.

⁶⁴⁹ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 190.

⁶⁵⁰ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 190.

Gelir İdaresi Başkanlığı'na göre⁶⁵¹ Türkiye'deki şirketlerin tamamı, transfer fiyatlandırması uygulaması kapsamındadır. Şirketlerle bağlantılı kişilerle yurt içi faaliyetleri ile ilgili olarak yaptıkları borçlanma işlemleri, transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kurumlar vergisi bakımından ise şirketlerin ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmalarında kazanç, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılmaktadır.

Türkiye'de transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tarihsel gelişimi incelendiğinde söz konusu kavramın ilk olarak 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun⁶⁵² 17. maddesinde “Örtülü Kazanç” başlığı altında düzenlendiği görülmektedir⁶⁵³. Söz konusu düzenleme, 5422 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran ve halen yürürlükte olan 5520 sayılı Kanunun “Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı” başlıklı 13. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Gelir İdaresi Başkanlığı, s. 2.

⁶⁵² RG.: 10.06.1949, S. 7229.

⁶⁵³ Örtülü kazanç dağıtımının Türk Hukukundaki gelişimi konusunda detaylı bilgi için bkz. Ağar, s. 35 vd.

⁶⁵⁴ 5520 sayılı Kanun

Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

MADDE-13 (1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

(2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır. İlişkinin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık kanalıyla olduğu durumların örtülü kazanç dağıtımı kapsamında sayılması için en az %10 oranında ortaklık, oy veya kâr payı hakkının olması şartı aranır. Ortaklık ilişkisi olmadan doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında oy veya kâr payı hakkının olduğu durumlarda da taraflar ilişkili kişi sayılır. İlişkili kişiler açısından bu oranlar topluca dikkate alınır.

(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder:

şeklinde düzenlenmiştir. Maddede “transfer fiyatlandırılması” ile “örtülü kazanç” kavramları bir arada değerlendirilmiş örtülü kazancın, transfer fiyatlarının kötüye

a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.

b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.

c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder.

ç) İşlemsel kâr yöntemleri: Emsallere uygun fiyat veya bedelin tespitinde, ilişkili kişiler arasındaki işlemde doğan kârı esas alan yöntemleri ifade eder. Bu yöntemler, işleme dayalı net kâr marjı yöntemi ve kâr bölüşüm yöntemidir. İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi, mükellefin kontrol altındaki bir işlemde; maliyetler, satışlar veya varlıklar gibi ilgili ve uygun bir temele dayanarak tespit ettiği net kâr marjının incelenmesi esasına dayanır. Kâr bölüşüm yöntemi, ilişkili kişilerin bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin toplam faaliyet kârı ya da zararının, üstlendikleri işlevler ve yüklendikleri riskler nispetinde ilişkili kişiler arasında emsallere uygun olarak bölüştürülmesi esasına dayanır.

d) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemin niteliğine uygun olarak kendi belirleyeceği bir yöntemi de kullanabilir.

(5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır. Mükellef ve Bakanlık, belirlenen yöntemin zamanlaşımına uğramamış geçmiş vergilendirme dönemlerine de tatbik edilmesini, Vergi Usûl Kanununun pişmanlık ve islah hükümlerinin uygulanmasının mümkün olması ile anlaşma koşullarının bu dönemlerde de geçerli olması hâlinde, anlaşma kapsamına almak suretiyle sağlayabilir. Bu durumda, imzalanan anlaşma söz konusu hükümlerde yer alan haber verme dilekçesi yerine geçer, beyan ve ödeme işlemleri buna göre tekemmül ettirilir. Anlaşmanın geçmiş vergilendirme dönemlerine uygulanması sebebiyle daha önceden ödenen vergiler ret ve iade edilmez.

(6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.

(7) Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye’deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığının kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir.

(8) Transfer fiyatlandırmasına ilişkin belgelendirme yükümlülüklerinin tam ve zamanında yerine getirilmiş olması kaydıyla, örtülü olarak dağıtılan kazanç nedeniyle zamanında tahakkuk ettirilmemiş veya eksik tahakkuk ettirilmiş vergiler için vergi ziyai cezası (Vergi Usûl Kanununun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerle vergi ziyama sebebiyet verilmesi hâli hariç) %50 indirimli olarak uygulanır.

(9) Bakanlar Kurulu; ikinci fıkrada yer alan oranları, gerçek kişiler, kurumlar, doğrudan veya dolaylı ortaklar itibarıyla ya da ortaklık payının edinim şekline göre topluca veya ayrı ayrı %1’e kadar indirmeye, %25’e kadar çıkarmaya, oran şartını kaldırmaya; beşinci fıkrada yer alan süreyi beş yıla kadar artırmaya, belgelendirme yükümlülükleri ve bu yükümlülükler kapsamına, uluslararası anlaşmalar doğrultusunda, yurt dışında yer alan ilişkili kişilerin faaliyetlerine ilişkin bilgilerin dâhil edilmesi zorunluluğu getirmeye; bu bilgilerin uluslararası anlaşmalar çerçevesinde diğer ülkelerle karşılıklı olarak paylaşılmasına ilişkin usûllerle transfer fiyatlandırması ile ilgili diğer usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir.

kullanılması sonucu meydana geldiği görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu kavramın, gerek 358. madde gerekse de 395/III. madde bakımından değerlendirilmesi mümkündür⁶⁵⁵.

5.1.2. Örtülü Kazanç Dağıtımının Unsurları

Örtülü kazanç dağıtımında şirketin kazancı, vergiye tâbi olmadan pay sahiplerine aktarılabilen ve aktarım sonrası dağıtım, şirketin üçüncü kişilerle yaptığı emsal borçlanma işlemlerine bakılmaksızın farklı fiyatlarla yapılması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu durum örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurudur⁶⁵⁶. Örtülü kazanç dağıtımında şirketin vergi kaçırma iradesinin varlığı yeterli olması durumu örtülü kazancın subjektif unsurudur⁶⁵⁷.

5.1.3. Emsallere Uygunluk İlkesi

Pay sahipleri ile şirketin yaptığı borçlanma işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin şirket ile üçüncü kişiler arasında aynı işlem sonucunda karşılaştırılan fiyat veya bedele uygun olması, bir başka ifade ile “emsale uygun olması” gerekir. Aksi takdirde örtülü kazanç dağıtımı meydana gelmekte ve vergilendirilebilir gelir azalmaktadır⁶⁵⁸. Emsallere uygun fiyat veya bedelde, söz konusu fiyat ya da bedeli etkileyecek pay sahipliği bağı, üçüncü kişilerin, tamamen borçlanma işleminin gerçekleştiği andaki koşullar altında meydana geldiği, “pazar fiyatı” olarak

⁶⁵⁵ Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirkete borçlanma yasağı arasındaki ilişki konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tugay**, s. 74-91.

⁶⁵⁶ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 201. Konu hakkında örnek Danıştay kararı için bkz. “*Yönetim kurulu başkanına 33 milyon lira karşılığında satılan bir arsanın bir ay sonra 3. kişiye 500 milyon bedelle satılmış olması yönetim kurulu başkanına örtülü yoldan kazanç dağıtıldığını gösterir*” D.3.D., 4.10.1995, E.1994/2456, K. 1995/2838 (Ahmet **Tekin**, “Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. VIII, S.3, 2003, s. 41); Aynı yönde diğer Danıştay kararları için bkz. D.4.D., T.20.01.2004, E. 2003/245, K. 2004/59 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); D.4.D., 29.06.2004, E. 2003/1854, K. 2004/1585 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁵⁷ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 201; Transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının unsurları konusunda detaylı bilgi için bkz. **Ağar**, s. 99 vd.; Konu hakkında örnek Danıştay kararları için bkz. “*Sermaye payının yarısından fazlasına sahip olduğu şirkete verilen krediler için tahakkuk eden faiz ve komisyon alacağından vazgeçen kurumun örtülü kazanç dağıttığı kabul edilir*” D.3.D., T. 17.02.1988, E. 1987/308, K. 1988/482 (**Tekin**, s. 42); D.4.D., 8.11.1989, E. 1988/3238, K. 1989/3487 (**Tekin**, s. 44).

⁶⁵⁸ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 222.

adlandırılan tutarı ifâde etmekte ve bu şekilde meydana gelen fiyat ya da bedelin, borçlanma işleminin yapıldığı anda hiçbir etki olmaksızın objektif şekilde belirlenen ve emsal teşkil edecek tutarı ifâde etmektedir⁶⁵⁹. Bu noktada şu sorunun cevabının bulunması gerekir, peki emsal fiyat nasıl tespit edilir?

Kanun koyucu söz konusu sorunun cevabını 5520 sayılı Kanununun 13. maddesinde seçimlik şekilde üç farklı emsal fiyat tespit yöntemini düzenleyerek vermiştir. İlk yöntem, emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alımı ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesi olan karşılaştırılabilir fiyat yöntemidir. İkinci yöntem emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar yükseltilmesi şeklinde hesaplanan maliyet artı yöntemidir. Son yöntem ise emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması hâlinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanması olan yeniden satış fiyat yöntemidir. Söz konusu yöntemlerden herhangi birisi kullanılmadığı durumlarda ise borçlanma işlemlerinin mahiyetine uygun bir yöntem belirlenebilmektedir⁶⁶⁰.

Emsallere uygunluğun tespitinde, öncelikle iç emsal yani şirketin üçüncü kişilerde kullandığı fiyat veya bedel kullanılmakta, bunun ölçütün bulunmaması ya da güvenilir olmaması durumunda ise benzer nitelikteki şirketlerin yaptığı borçlanma işlemleri yani dış emsal ile karşılaştırma yapılmaktadır⁶⁶¹.

5.1.4.Şirketin Nakdî Borçlanması Sonucu Faiz Açısından Örtülü Kazanç Dağıtımı

Türk Ticaret Kanununun 358. maddesi kapsamında pay sahiplerinin hukuka uygun şekilde şirkete borçlanabilme koşullarından birisi de pay sahibine verilecek

⁶⁵⁹ **Gelir İdaresi Başkanlığı**, s. 5.

⁶⁶⁰ Yöntemler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tugay**, s. 27.

⁶⁶¹ **Gelir İdaresi Başkanlığı**, s. 5; Konu hakkında örnek Danıştay kararı için bkz. “Emsal kıyaslamada ilgili şirketin faaliyet türü iş hacmi karlılığı, öz varlığı, gelişmesindeki istikrar gibi unsurların göz önüne alınması ve uğraş konuları benzer olan şirketlerle somut olarak ölçülebilir ve kavranabilir madde ve hizmetlerin kıyaslanması gerekir” D.3.D., T. 25.01.1988, E. 1987/1694, K. 1988/181 (**Tekin**, s. 45).

nakdî borcun faiz şartı içermesidir. Aksi takdirde Türk Ticaret Kanunu kapsamında hem söz konusu işlemin batıl olması (TTK m.391) hem de yönetim kurulunun sorumluluğu (TTK m.553) konuları gündeme gelecektir. Bu noktada medenî semere niteliğindeki faizin kararlaştırılmaması sonucu vergi hukuku bakımından ne gibi sonuçlar doğuracağı ve hangi faiz oranının kararlaştırılması sonucu örtülü kazanç dağıtımının meydana gelmeyeceği sorularının cevaplanmasında yarar vardır.

Şirketin faiz geliri, 5520 sayılı Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrasının 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun⁶⁶² “Gelirin Unsurları” başlıklı 2. maddesi yollaması sonucu bir gelir niteliğinde sayılması sebebiyle verginin konusuna girmektedir. Şirketin 358. madde kapsamında pay sahibine vereceği nakdî borcun faizlendirilmesi, vergi hukuku açısından da şarttır. Aksi takdirde örtülü kazanç dağıtımını meydana gelecektir⁶⁶³.

Şirketin yapacağı nakdî borçlanmanın faizlendirilmesi, örtülü kazanç dağıtımının meydana gelmemesi bakımından yeterli olmayıp aynı zamanda kararlaştırılacak faizin belirli bir oranda da olması şarttır. Bu noktada Vergi İdaresi ile Danıştay’ın görüşleri farklıdır. Vergi İdaresi,” *Bütün kurumlar ve her para alıp verme işlemi için tek bir emsal faiz oranı belirlenmesi ve her olaya bu oranın uygulanması mümkün değildir. Yapılacak vergi incelemelerinde, örtülü kazançla ilgili faiz oranı belirlenirken; işletmenin krediye olan ihtiyacına, kredinin alındığı finans kurumunun faiz uygulamalarına, kredinin alındığı tarihteki piyasa koşullarına, alınan kredinin işletme sermayesine oranına ve benzeri nedenlere göre farklılıklar gösterdiğinden, bu nedenlerin topluca göz önüne alınması gerekmektedir.*” şeklinde⁶⁶⁴ görüş bildirirken Danıştay, Merkez Bankası’nın kısa vadeli kredilere uyguladığı faiz oranının dikkate alınması yönünde karar vermektedir⁶⁶⁵. Kanımızca her ne kadar gerek özgelgel gerekse de yargı kararları tali

⁶⁶² RG.:06.01.1961, S. 10700.

⁶⁶³ Faizsiz borç verilmesinin örtülü kazanç sayıldığına dair konu hakkında örnek kararlar için bkz. “Ortaklara verilen borç paralara faiz tahakkuk ettirilmemesi örtülü kazanç sayılır” D.3.D., 07.04.1994, E. 1993/132, K. 1994/11093 (Tekin, s. 43); D.4.D., 28.05.1991, E.1990/3911, K. 1991/87 (Tekin, s.42).

⁶⁶⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı’nın B.07.1.GİB.4.34.17.01-KDV.17-2472 sayılı ve 08.08.2012 tarihli Özelgesi; Konu hakkında bir başka özelge örneği için bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı’nın B.07.1.GİB.4.35.16.01-125-568 sayılı ve 05.06.2012 tarihli Özelgesi.

⁶⁶⁵ Konu hakkında örnek Danıştay kararı için bkz. “...borcun ortaklarda kaldığı süre itibarıyla, Merkez Bankası’nın kısa vadeli kredilere uyguladığı faiz oranı esas alınır” D. 4.D., 25.4.1995, E.

kaynak niteliği taşısalar da ticaretin köşe taşlarından olan merkez bankasının faiz belirleme yetkisini haiz olması⁶⁶⁶ ve özgelelerde belirtilen kalemler sonucu ortaya çıkması muhtemel sonucun objektif nitelikte çıkmaması nedenleri uyarınca Danıştay'ın belirttiği Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı faiz oranının dikkate alınması gerekir.

5.1.5.Örtülü Kazanç Dağıtımı Sayılmayan Durumlar

5.1.5.1. Vergi Kaybına Sebep Olmayan Durumlar

Örtülü kazanç dağıtımının unsurlarından birisi vergi kaybının meydana gelmesidir. Böylece vergi kaybının söz konusu olmadığı durumlarda örtülü kazanç dağıtımı da gündeme gelmemektedir⁶⁶⁷.

5.1.5.2.İş Kapsamında Kullanılan Avanslar

Pay sahiplerinin yönetim yetkisine sahip kendi şirketlerinin ticarî faaliyetleri kapsamında şirketten nakdî ya da aynı şekilde avans almaları örtülü kazancın konusunu oluşturmamaktadır⁶⁶⁸. Fakat söz konusu durumda olan pay sahiplerinin şirketlerinin ticarî faaliyetleri konusunda yönetim ve temsil yetkisini haiz olması ve yapılacak avans ödemesinin makul sayılabilecek tarih ve miktarda olması gerekir. Çekilen avansların pay sahiplerinin zimmetinde kalması durumunda örtülü kazanç dağıtımı gündeme gelmektedir⁶⁶⁹.

5.1.5.3.Ortaklar Cari Hesabının Kullanılması

Pay sahiplerine yapılan nakdî borçlanmaların veya onlardan alınan borçların gösterildiği hesap olan ortaklar cari hesabı, uygulamada “kasa hesabı” gibi

1994/2111, K. 1995/1899 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Aynı yönde bir başka Danıştay kararı için bkz. D.3.D., 04.05.2000, E.1998/1071, K. 2000/1758 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶⁶ 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun 4. maddesi.

⁶⁶⁷ D.4.D., 18.10.1988, E. 1987/4073, K. 1988/3511 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); D.4.D., 23.2.1994, E.1992/4441, K.1994/1057 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶⁸ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 348; Aynı yönde Danıştay kararı için bkz. D.3.D., 18.05.2000, E. 1998/71, K. 2000/1920 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶⁹ **Kızılot**, Örtülü Kazanç, s. 348.

kullanılmaktadır. Gider ödemeleri ile yapılan tahsilatların aynı hesap kalemi içerisinde izlendiği durumlarda hesap işleyişinin gerçek niteliği araştırılmadan sadece muhasebe kayıtlarında ortaklar cari hesabının yer aldığı ve söz konusu hesaptan pay sahiplerine borç verildiği varsayımı ile matrah farkı yer almakta ve bu hesaptan pay sahiplerine borç verildiği varsayımı ile matrah farkının bulunması durumunda örtülü kazanç meydana gelmeyecektir⁶⁷⁰. Buna göre örtülü kazancın meydana gelebilmesi için pay sahiplerinden alacak hesabı kullanılarak çektikleri paraların şirket tarafından örtülü olarak dağıtıldığı kesin olarak isbatlanması gerekir⁶⁷¹.

5.1.6.Yasağın Yaptırımı

Pay sahiplerinin borçlanma yasağına ilişkin olarak yaptıkları işlemlerin kısmen veya tamamen örtülü kazanç dağıtımına konu olması sonucu ortaya vergi kaybı çıkmaktadır. Söz konusu sonuç, vergi ziyasını düzenleyen 213 sayılı Vergi Usûl Kanununun⁶⁷² 341. maddesi ile de paraleldir. Gerçekten de kanun koyucu, 213 sayılı Kanunun 341. maddesinin birinci fıkrasını, “*Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifâde eder*” şeklinde düzenlemiştir. Madde uyarınca mükellef şirket, örtülü kazanç dağıtımı yoluyla vergi ziyasına sebep olmaktadır. Vergi ziyasının yaptırımı da 213 sayılı Kanunun 344. maddesinde düzenlenmiş olup söz konusu madde uyarınca vergilendirme yoluna gidilecek, kayba uğrayan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası gündeme gelecek ve ayrıca gecikme faizi işletilecektir.

Mükellef şirkete karşı yaptırımlar sadece vergi ziyayı suçunun yaptırımı ile sınırlı olmayıp çeşitli vergi mevzuatlarında da söz konusu hukuka aykırı eylem sebebiyle iki farklı yaptırım daha öngörülmektedir. Buna göre yaptırımlardan ilki, 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ’de⁶⁷³ öngörülen sürelerde ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi

⁶⁷⁰ D.4.D., T. 27.3.2001, E. 2000/107 K. 2001/1096 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); D.4.D., T. 12.10.1999, E. 1998/4072, K. 1999/3456 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷¹ Kızılot, Örtülü Kazanç, s. 348.

⁶⁷² RG.:10.01.1961, S.10703.

⁶⁷³ RG.:18.11.2007, S. 26704.

sonucunda usûlsüzlük cezası iken ikinci yaptırım örtülü kazancın tespiti hâlinde, pay sahipleri açısından temettü veya kâr payının gelir vergisi, %15 stopaj ve KDV tarhiyatının ortaya çıkmasıdır⁶⁷⁴.

5.1.7.Örtülü Kazanç Dağıtımında Zamanaşımı

Vergi alacağına doğduğu takvim yılını izleyen yılın başından itibaren 5 yıl içerisinde tarh ve mükellef şirkete tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğramaktadır (213 sayılı Kanun m.114).

Örtülü kazanç dağıtımında zamanaşımının başlangıcı, örtülü yoldan dağıtılan kazancın, kurum kazancını etkilediği yıldan sonra gelen yılın başından itibaren başlamakta ve beşinci yılın sonu itibariyle bitmektedir. Örtülü kazanç dağıtımı, kurumun kazancının dağıtıldığı yılı etkilerse, zamanaşımı ertesi yılın başından itibaren başlamakta ve beşinci yılın dolması ile sona ermektedir. Amortisman konusu olan kıymetler açısından ise zamanaşımı, ayrılan amortismanlar nedeniyle kurum kazancının etkilendiği yıllar itibariyle başlamaktadır⁶⁷⁵.

5.2.PAY SAHİBİNİN NAKDİ BORÇLANDIĞI DURUMLARDA KDV

Pay sahibinin şirkete borçlanma işlemi ticarî iş sayılmaktadır (TTK m.3). Dolayısıyla pay sahiplerinin şirkete borçlanması işlemi de KDV'ye tâbidir. Öte yandan şirketin faiz geliri elde edip etmemesi de KDV yönünden vergilendirmeye engel oluşturmamaktadır⁶⁷⁶. Söz konusu işlemlerde KDV matrahı ise pay sahibine borçlanma işlemi kapsamında sağlanan finansman hizmeti karşılığında pay sahipleri adına tahakkuk ettirilen faiz tutarıdır⁶⁷⁷. Buna ek olarak örtülü kazanç dağıtımı işleminde kullanılan fiyat ya da bedel gerçek olmaması sebebiyle KDV açısından mükellef şirket tarafından gerekli düzeltme işlemlerinin yahut inceleme

⁶⁷⁴ Bu konuda bkz. Şükrü Kızılot, “Bir Koyundan Dört Post Vergisi”, Hürriyet Gazetesi, 6 Ekim 2010, <http://www.hurriyet.com.tr/bir-koyundan-dort-post-vergisi-15970135>, (Post), (E.T. 19.11.2017).

⁶⁷⁵ Kızılot, Örtülü Kazanç, s. 394-404.

⁶⁷⁶ Kızılot, Örtülü Kazanç, s. 364. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Nazan Yıldız ve Şebnem Pınar Gürgür, “Ödünç Para Verme Şeklinde Gerçekleşen Örtülü Kazanç Dağıtımları Katma Değer Vergisine Tâbi Midir?”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 157, 2001, s. 37-45.

⁶⁷⁷ Yıldız/Gürgür, s. 43.

elemanlarınca düzenlenecek raporlara istinaden gerekli tarhiyatın yapılması gerekir⁶⁷⁸.



⁶⁷⁸ Yıldız/Güçür, s. 43.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarından beri basiretli olmayan bazı pay sahipleri ve yöneticiler, gerek 856 sayılı Ticaret Kanunu'nda gerekse de 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nda yasaklayıcı bir hükmün olmaması sebebiyle anonim şirketlerinin kasalarını kişisel kasaları gibi kullanmışlar, şirketlerinin kasalarından istedikleri zamanda ve miktarda para çekmişler ve şirketlerinin borcunu ödememek adına gerektiğinde şirketlerinin tüzel kişiliklerinin arkasına saklanmışlardır. Kanun koyucu söz konusu hukuka aykırılığın önüne geçilmesi amacıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 358. ve 395/II. maddelerini düzenleyerek şirkete borçlanmayı "yasak" haline getirmiş ve yasağa uyulmaması halinde de 562. maddedeki cezai yaptırımları düzenlemiştir. Ancak söz konusu maddeler, henüz yürürlüğe girmeden kamuoyu tarafından maddeler hakkında yapılan eleştiriler neticesinde tekrar düzenlenerek yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemelerle birlikte TTK m. 358. ve 395/II. 'nin uygulama alanları daraltılmış, borçlanma yasağına karşı cezai yaptırım öngören 562. maddedeki cezai yaptırımlar hafifletilmiş ve 395. maddeye üçüncü bir fıkra eklenerek şirketler topluluğuna ilişkin borçlanma yasağı düzenlenmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun "kolon" niteliğindeki 358. ve 395/II. maddeler esas olarak, anonim şirketler için geçerli olsa da limited şirketler, sermayesi paylara bölünmüş (paylı) komandit şirketler ve kooperatifler de şirkete borçlanma yasağına tabidir. Buna göre Türk şirketlerinin % 60'ını etkileyen emredici nitelikteki 358. ve 395/II. maddeler, başta şirket alacaklıları olmak üzere bütün çıkar gruplarının menfaatlerinin korunmasını amaçlaması sebebiyle kurumsal yönetim ilkelerine ve malvarlığının korunması ilkelerine uygundur.

Pay sahipleri açısından anonim şirkete borçlanma yasağı TTK m.358'de düzenlenmiştir. Söz konusu yasağın muhatapları çeşidine bakılmaksızın şirketteki bütün pay sahipleri ve şirket içerisinde oldukça geniş yetkilere sahip olan intifa hakkı sahipleri iken intifa senedi sahipleri, çeşitli türlerdeki kıymetli evrak niteliğine sahip senetlerinin sahipleri, rehin ve hapis hakkı sahipleri ve pay sahibi olmayan pay sahibinin iradi veya yasal temsilcileri, TTK m.358'deki şirkete borçlanma yasağı kapsamına girmemektedir.

TTK m. 358’ye göre pay sahiplerinin anonim şirkete borçlanabilmesi, pay sahiplerinin sermaye taahhütlerinden vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmelerine, anonim şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasına, pay sahibinin bu yöndeki talebine ve şirketin borç verilmesi yönündeki kararına bağlıdır.

Öncelikle pay sahipleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmek zorundadırlar. Buna göre pay sahibi “tek borç ilkesi” kapsamında taahhüt ettiği nakdi, aynı veya alacak hakkını Türk Ticaret Kanunu’nca belirlenen usul ve esaslara göre ifa etmekle yükümlüdür. Buna karşılık kanımızca pay sahibi tek borç ilkesi kapsamında olmayan prim (agio) kuruluşta halka arz edilen payların bedellerini ödememesi dışında ikincil yükümlülükleri yerine getirmemesi, sözleşme cezası, temerrüt faizi ve gecikmeden doğan tazminatı ifa etmemiş olması 358.madde kapsamında değerlendirilmemelidir.

TTK m. 358 uyarınca pay sahiplerinin anonim şirkete borçlanabilmesi için ikinci şart, serbest yedek akçelerle birlikte şirketin kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Kanun Koyucu gerek maddenin lafzında gerekse de gerekçesinde TTK m.358 anlamında “şirketin kârı”ndan, “geçmiş yıl zararları”ndan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamış ve hangi serbest yedek akçelerin madde kapsamına girdiğinden bahsetmemiştir. Bu noktada kanımızca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın TTK m.358’deki söz konusu kavramlara ilişkin içerisinde örnek uyumsuzlukların olduğu bir tebliğ çıkarması yerinde olurdu. Kanaatimizce serbest yedek akçelerle birlikte kârın geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğunun tespitine ilişkin şu eşitliğin gerçekleşmesi gerekir;

358. Madde Anlamında Kâr + Hiçbir amaca özgülenmemiş olan esas sözleşme gereğince ve/veya genel kurul kararıyla yapılan (olağanüstü) ayrılan akçeleri (523. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenenler hariç) ve 519/III. maddeye göre harcanması serbest yedek akçeleri \geq Geçmiş Yıl Zararları

TTK m.358. maddedeki şirkete borçlanabilme şartları sağlandıktan sonra kanımızca şirkete hem nakit hem de aynı borçlanması mümkündür. Şirketin vereceği nakdi borca her ne kadar sorumluluğun meydana gelmemesi bakımından belirli bir oradan faiz işletilmesi gerekse de söz konusu oranın piyasa düzeyi olması gerekir. Aksi takdirde kanaatimizce şirket tefecilik suçunu işleyecektir.

Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifâ etmeden veya şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılamayacak düzeyde olunmasına rağmen şirkete borçlanmışlarsa veyahut da söz konusu borçlanma, malvarlığının korunması veya eşit işlem ilkelerine aykırı ise borçlanma işlemi, kanımızca Türk Borçlar Kanununun 27. maddesi ve Türk Ticaret Kanununun 391/I ve 1530/I. maddeleri uyarınca kesin hükümsüzdür.

Şirkete borçlanılmasının alternatifi, kâr payı avansıdır. Kâr payı avansı, çağrısız ve gündeme bağlı olmayan bir olağanüstü genel kurul toplantısıyla hızlı ve kolay bir şekilde alınabilmekte ve böylece pay sahibinin şirkete borçlanmasına gerek kalmamaktadır.

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları açısından anonim şirkete borçlanma yasağı TTK m. 395/II'de düzenlenmiştir. Kanımızca maddedeki hükümlerin uygulanmasında bahsi geçen işlemleri şirket adına kimin yaptığının bir önemi yoktur. Anonim şirket adına bu işlemler ister ilgili yönetim kurulu üyesi ister başka bir kişi tarafından yapılsın, her iki durum da ikinci fıkranın kapsamına girmektedir.

TTK m.395/II'ye aykırı işlem, TTK m.358. maddenin aksine, ticaret hayatında işlem güvenliği sebebiyle kanımızca geçerli olmalıdır. Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere kanun koyucu hukuka aykırı borçlanma işleminin akıbetini düzenlenmemiş sadece şirketin çıkar gruplarından olan şirket alacaklılarına, alacaklarına kavuşabilmeleri için açık bir kapı bırakmıştır. Madde, bu haliyle kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin Türk Hukukundaki yasal dayanaklarından bir tanesidir.

TTK m.358 veya 395/II'ye aykırı borç verilmesi sebebiyle zararın meydana gelmesi, borç veren yönetim kurulunun sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır. Zarar sorumluluk davasıyla karşılanamadığı vakit ise kanımızca bu noktada borç alanların da sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Borç verenler bakımından borçlanma yasağına aykırılığa ilişkin yaptırımlar sadece hukuki sorumluluklarla sınırlı değildir. TTK m.358'e aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler veya TTK m.395/II'yi ihlal edenler, TTK m. 562 uyarınca üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır. Söz konusu adli para cezasına ilişkin hesaplamalar sonucunda ortaya 73.000 TL gibi bir rakamın çıkma riski

karşısında kanımızca kanun koyucu TTK m.562/V-b ve c hükümlerinde bir üst sınırı düzenlemelidir. Borç verenlere karşı cezai yaptırım da sadece TTK'daki düzenlemelerle sınırlı değildir. Somut olaya göre borç verenlerin Türk Ceza Kanunu açısından güveni kötüye kullanma veya hileli iflas suçlarını da işlemeleri mümkündür. Borç alanlar bakımından ise gerek TTK'da gerekse de TCK'da cezai sorumluluklarının düzenlenmemesi sebebiyle bu kişiler, söz konusu suçların doğrudan faili olamayacaklardır. Ancak kanımızca somut olay kapsamında söz konusu kişilerin suçun özel görünüş biçimlerinden iştirak, azmettirme ve yardım etme kurumları kapsamında borç verenlerin yanında cezalandırılmaları mümkündür.

Şirketler topluluğundaki borçlanma yasağı özellikle borçlanma yasağı türleri ve sorumluluk çerçevelerinde düzenleme alanı bulmuştur. Bu noktada şirketler topluluğu içerisindeki düzenlemelerin TTK m.395/III'e göre özel düzenleme olması sebebiyle kanımızca şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerin sadece kefalet veya garanti sözleşmeleri bakımından değil borç doğuran her türlü işlem, 395. maddenin kapsamı dışında kabul edilmelidir. Şirketler topluluğunda borç verenlerin TTK açısından cezai yaptırımları düzenlenmemiş ve ortada bilinçsiz boşluk vardır. Kanımızca kanun koyucunun borçlanma yasağına aykırılığın düzenlendiği 562. maddedeki fail grubuna "hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri"ni de eklemesi yerinde olacaktır.

Bankacılık faaliyeti sürdüren anonim şirketler ile halka açık anonim şirketlerin de kendi mevzuatlarında şirkete borçlanma yasağına ilişkin düzenlemeler vardır.

Banka anonim şirketleri bakımından şirkete borçlanma yasağı, banka içerisindeki belirli kişilere kredi kullandırılmasının yasaklanması şeklinde ortaya çıkmış olup söz konusu yasağına ilişkin Cumhuriyet'in ilk yıllarından beri bankacılık mevzuatında bulunmaktadır. Yasağın lafzında her ne kadar "kullandırma" fiili düzenlenmiş olsa da kanaatimizce yasağın hukuka aykırılığının başlama anı, hukuka aykırı kredinin verilmesidir.

Halka açık anonim şirketlerin şirkete borçlanma yasağının sermaye piyasası bakımından görünümü ise örtülü kazanç aktarımı yasağıdır. İlişkili şirketler arasındaki kazanç transferinin örtülü kazancın oluşturup oluşturmadığı konusu kırılgan yapıda olan Türk piyasa ekonomisinin teamüllerine göre belirlenmeli

piyasaki söz konusu işlem açısından işlemin emsallerine göre önemli sayılacak şekilde farklı bir işlemin varlığı örtülü kazanç aktarımını meydana getirmektedir.

Anonim şirketlerde şirkete borçlanma yasağının vergi mevzuatındaki görünümü, transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır. Bu noktada uygulamada sıkça karşılaşılan şirketin nakdi borçlanması sonucu faiz ile örtülü kazanç ilişkisi büyük önem teşkil etmekte olup kanımızca örtülü kazancın meydana gelip gelmediği Merkez Bankası'nın belirlediği faiz oranına göre karar verilmelidir.



KAYNAKÇA

Ağar, Serkan. Transfer Fiyatlandırması, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011.

Akarca, Arif ve Mehmet **Şafak**. “Ortağın Şirkete Şirketin Ortağa Borçlanmasında Hukuki Durum”, Dünya Gazetesi, 31.10.2013, <http://www.dunya.com/kose-yazisi/ortagin-sirkete-sirketin-ortaga-borclanmasinda-hukuki-durum/18040> (E.T.19.3.2017).

Akbulak, Sevinç ve Yavuz **Akbulak**. Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Akdağ Güney, Necla ve Mustafa Alper **Gümüş**. “Taşınırların Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C.III, S.3, 2013, ss. 3-31.

Akdağ Güney, Necla. “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.3-4, 2014, ss.115-135. (**Anılış**: Eşitlik İlkesi)

Akdağ Güney, Necla. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (**Anılış**: Hukuki Sorumluluk)

Akıntürk, Turgut ve Derya **Ateş**. Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C.II, 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016.

Akipek, Jale, Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**. Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, C.I, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2015.

Alıcı, Yaşar. Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Altaş, Soner. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı”, Kurumsal Yönetim, S.17, 2012, ss. 14-22. (**Anılış**: Borçlanma Yasağı)

Altaş, Soner. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Öngörülen, Şirkete Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi”, Yaklaşım Dergisi, S.222, 2011, ss. 237-241 (**Anılış**: Cezai)

Altaş, Soner. “Anonim Şirket Pay Sahiplerine İlişkin Borçlanma Yasağı’nda Ne Değişti?”, Yaklaşım Dergisi, S. 236, 2012, ss.285-288. (**Anılış**: Değişiklik)

Altınel, Seçkin. “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Şirkete Borçlanma Yasağının Kapsamının ve Uygulamada Yaşanabilecek Sorunların Değerlendirilmesi”, Yaklaşım Dergisi, S.229, 2012, ss. 253-258.

Andenas, Mads ve Frank **Wooldridge**. European Comparative Company Law, Cambridge University Press, New York, 2009.

Ankara Yeminli Mali Müşavirler Odası, Mevzuat İzleme ve Değerlendirme Komisyonu Kararı
<http://www.ankarabarusu.org.tr/upload/HD/Duyurular/20170203ymmo-ek.pdf>, (E.T. 12.05.2017).

Arkan, Sabih. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 13-14.05.2005, ss.41-66.

Arsht, Samuel. “A History Of Delaware Corporation Law”, Delaware Journal Of Corporate Law, Vol. 1, Issue.1, 1976, ss. 1-22.

Arslan, Çetin. “Tefecilik Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, 2014, s. 25-47.

Arslanlı, Halil. “Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXIII, S.3-4, 1958, ss. 248-290. (Anılış: Pay Sahipliği)

Arslanlı, Halil. Anonim Şirketler: Umumi Hükümler, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960. (Anılış: C.I)

Arslanlı, Halil. Anonim Şirketler: Umumi Hükümler, C. II, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960. (Anılış: C.II)

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet **Gökçen** ve Ahmet Caner **Yenidünya**. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Atlıhan, Özen. “Türk Ticaret Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı”, İstanbul Barosu Dergisi, S.4, 2009, ss. 1949-1993.

Aydoğan, Fatih. Tek Kişi Ortaklığı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Badak, Zehra. Kurumsal Yönetim İlkeleri Doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yönetim Kurulları Konusunda Yapılan Değişiklikler, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

Bahtiyar, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.65, 2005, ss.47-106. (Anılış: Değerlendirme)

Bahtiyar, Mehmet. Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım, 12. Baskı, İstanbul, 2017. (Anılış: Ortaklıklar)

Barnard, Jayne, “Corporate Loans to Directors and Officers- Every Business Now a Bank?”, Wisconsin Law Review, 1988, ss. 237-291.

Baştuğ, İrfan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Şafak Basım ve Yayınevi, Manisa, 1984.

Battal, Ahmet. Bankacılık Kanunu Şerhi: 5411 sayılı Kanun’un Metni ve Açıklaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. Şirketler Hukuku, Dora Basım Yayın, Bursa, 2013.

Bilgin, Yüksel. Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı ve Kara Katılan Kişiler, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No.189, Ankara, 1982.

Birsel, Mahmut Tevfik. “Anonim Şirketlerde Tali Yüküm”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.VIII, S.3, 1976, ss. 41-60 (**Anılış**: Tali Yüküm)

Birsel, Mahmut Tevfik. Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, İzmir Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973. (**Anılış**: Kâr Kavramı)

Biyan, Özgür. “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Mali Çözüm Dergisi, S.82, Temmuz-Ağustos 2007, ss.77-102.

Bora, Sevda. Şirkete Borçlanma Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Bozer, Ali ve Celal **Göle**. Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

Cahn, Andreas ve David **Donald**, Comparative Company Law, Cambridge University Press, Newyork, 2010.

Canözü, Salih. Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Centel, Nur, Hamide **Zafer** ve Özlem **Çakmut**. Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I, Beta Basım, İstanbul, 2007. (**Anılış**: Kişiler)

Centel, Nur, Hamide **Zafer** ve Özlem **Çakmut**. Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011. (**Anılış**: Giriş)

Cinbaş, Mustafa Eser. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı ve Müeyyidesi”, Konya Barosu Dergisi, S.22, 2012, ss. 82-83.

Çamoğlu, Ersin. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.XVII, S.2, 1970, ss. 77-85. (**Anılış**: İşlem Yasağı)

Çamoğlu, Ersin. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007. (**Anılış**: Sorumluluk)

Çeker, Mustafa. “Şirkete Borçlanma Yasağı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, S.2, 2012 (Özel Sayı), ss.659-670.

Çelik, AYTEKİN. Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Çelikleş, İlyas. “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sayı 3-4, 2003, ss. 59-72.

Değirmenci, Cenker. “6103 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Madde 24/II (Pay Sahiplerinin ve Limited Şirket Ortaklarının Şirkete Borçlanma Yasağı) Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesine Uygun Mudur?”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 655-664.

Demir, Veysel. “Kurumsal Yönetim İlkesi Bağlamında Ortakların Şirkete Borçlanma Yasağı”, *Leges Hukuk Dergisi*, S.70, 2015, ss. 67-75.

Demirkapı, Ertan. *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2005.

Denge İstanbul Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş. “90 Sayılı KHK’nın Yürürlükten Kaldırılması Nedeniyle Şirketlerin Ortaklarına, Çalışanlarına, İştiraklerine ve Diğer Tüzel ve Gerçek Kişilere Faiz Karşılığı Verdikleri Borçlar Türk Ceza Kanunu Uyarınca Tefecilik Kapsamında Değerlendirilecektir (2013/205 sayılı sirküler)”, 1.11.2015, <http://www.dengeakademi.com/Files/Circular/1111.pdf>, (E.T. 12.05.2017).

Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi II, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.

Dural, Mustafa, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper **Gümüş**. *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku*, C.III, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.

Eisenberg, Melvin Aron. “Self-Interested Transactions in Corporate Law”, *Berkely Law Faculty Publications*, Vol.XII, Issue.4, 1988, ss. 997-1009.

Ekinci, İbrahim. “TTK'da değişmesi istenen 11 madde”, *Dünya Gazetesi*, 11.02.2012, <http://www.dunya.com/gundem/ttk039da-degismesi-istenen-11-madde-haberi-166112>, (E.T. 23.5.2017).

Eminoğlu, Cafer. “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından “Eşit Şartlarda Eşit İşlem” İlkesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, S.1, 2015, ss.79-88.

Enriques, Luca. “The Law on Company Directors’ Self- Dealing: A Comparative Analysis”, *International And Comparative Corporate Law Journal*” Vol.II, 2000, ss. 297-333.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Erimez, Rüştü. Şirketlerde Kar Dağıtımı, Yedek Akçeler ve Vergilendirme, 3. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul, 1985.

Eriş, Gönen. Açıklamalı- İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.II, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

Galata Advisors. “Holding Şirketlerin Bağlı Ortaklıklara, Şirketlerin Ortaklarına Borç Vermesinin Vergisel Durumu”, <http://www.galataadvisors.com/holding-sirketlerin-bagli-ortakliklara-sirketlerin-ortaklarina-borc-vermesinin-vergisel-durumu/#>,(E.T. 21.04.2017).

Gelir İdaresi Başkanlığı. Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayınları No: 114, Ankara, 2010.

Gillan, Stuart ve John **Martin**. “Corporate Governance Post-Enron; Effective Reforms Or Closing The Stable Door?”, Journal Of Corporate Finance, Vol.XIII, Issue.5, 2007, ss. 929-958.

Göle, Celal. Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1976.

Gönen, Seçkin ve Emin **Yüreklİ**. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi”, Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies, C.II, S.4, 2016, ss. 129-141.

Gözüm, Sait. ”TTK Metre Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Ne Kadar Hazırım?”, <https://www.tobb.org.tr/Documents/ttk/sunumlar/SaitGuzum.pdf>, (E.T. 24.12.2017).

Gümüş, Mustafa Alper. “Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (Ebk m.84)’ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER’e Armağan, C.VIII, 2013, ss. 1253-1293. (**Anılış:** Mahsup)

Gümüş, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (**Anılış:** Borçlar Özel Hukuku)

Gürel, Murat. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Herbst, Jochen. “Management Buy-Out, Cash Pooling, Up-Stream Loans and Guarantees in German Group Companies: Old Concepts – New Developments”, German Law Journal, Vol.V, Issue. 10, 2004, ss. 1217-1232.

Hızır, Serdar ve Duygu **Merki**. “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S. 63, 2014, ss. 779-812.

Hızır, Serdar. “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXIX, S. 2, 2013, s. 227-289.

Işıka, Sertaç. “Hileli İflas Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.1, 2013, ss. 607-624.

İmregün, Oğuz. “Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XLV, S.1-4, 1981, ss. 477-491.

Karahan, Sami (Ed.). Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

Karahan, Sami. “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonucu”, Grant Thornton Haber Bülteni, S. 6, 2012, ss. 7-11.

(**Anılış**: Borçlanma)

Karahan, Sami. “Bankacılık Kanununda Nitelikli Pay Sahipliği Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 9, S.18, 2010, ss.39 – 60. (**Anılış**: Bankacılık)

Karasu, Rauf. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Karayalçın, Yaşar. Bilanço Hukuku, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1988.

Karyağdı, Nazmi. Tüm Yönleriyle Kar Dağıtımı, 4. Baskı, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Kaya, Arslan. “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m.21)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.2, 2013, ss.193-204.

Kendigelen, Abuzer. Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Oniki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2016.

Kervankıran, Emrullah. ”Ön Şirket ve Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XVIII, S.2, 2012 (Özel Sayı), ss. 349-369.

Kılıçoğlu, Ahmet. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Kırca, İsmail, “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)”, Prof. Dr. Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. III, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, ss. 641-651.

Kırca, İsmail, Feyzan Hayal **Şehirli Çelik** ve Çağlar **Manavgat**. Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

Kızılbaş, Yaşar. “İş Dünyasının 1535 Maddelik TTK’da 13 Ayrı Çekincesi Var”, <http://www.ticaretkanunu.net/is-dunyasinin-1-535-maddelik-ttkda-13-ayri-cekincesi-var/>, (E.T. 30.03.2017). (**Anılış**: Çekince)

Kızılbaş, Yaşar. “Yeni Türk Ticaret Kanunu”, Star Gazetesi, 03.05.2012, <http://www.star.com.tr/ekonomi/hortumcu-35-kisi-icin-ticareti-kilitlemeyelim-haber561317/>, (E.T. 30.03.2017). (**Anılış**: Ticaret Kanunu)

Kızılot, Şükrü. “70’inden Sonra Servetimi Kaybetmek İstemiyorum”, Hürriyet Gazetesi, 25.06.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/70-inden-sonra-servetimi-kaybetmek-istemiyorum-20836262>, (E.T. 18.3.2017,). (**Anılış**: Servet)

Kızılot, Şükrü. “Bir Koyundan Dört Post Vergisi”, Hürriyet Gazetesi, 6.10.2010, <http://www.hurriyet.com.tr/bir-koyundan-dort-post-vergisi-15970135>, (E.T. 19.11.2017,). (**Anılış**: Post)

Kızılot, Şükrü. “Dede, Nine, Teyze ve Baldıza Hapis Şoku”, Hürriyet Gazetesi, 26.1.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/dede-nine-teyze-ve-baldiza-hapishane-yolu-19772850> (E.T. 18.3.2017). (**Anılış**: Hapis)

Kızılot, Şükrü. “Demek ki Kral Çıplakmış”, Hürriyet Gazetesi, 30.6.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/demek-ki-kral-ciplakmis-20881220>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış**: Kral)

Kızılot, Şükrü. “Kendi Şirketinden Borç Alana Hapis Komedi”, Hürriyet Gazetesi, 28.12.2011, <http://www.hurriyet.com.tr/kendi-sirketinden-borc-alana-hapis-komedi-19551801>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Şirket)

Kızılot, Şükrü. “Mızrak Çuvala Sığmadı Tepkiler Yüzünden Yeni TTK Değiştirildi”, Hürriyet Gazetesi, 18.6.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/mizrak-cuvala-sigmaditepkiler-yuzunden-yeni-ttk-degistirildi-20782009>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Mızrak)

Kızılot, Şükrü. “Şirket Müdürlerinin Borcu Unutulmuş”, Hürriyet Gazetesi, 18.01.2012 <http://www.hurriyet.com.tr/sirket-mudurlerinin-borcu-unutulmus-19710255>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Şirket Müdürü)

Kızılot, Şükrü. “Şirketten Para Çekmek, Bombanın Pimini Çekmek Gibi”, Hürriyet Gazetesi, 5.4.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/sirketten-para-cekerek-bombanın-pimini-cekerek-gibi-20276334>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Para Çekmek)

Kızılot, Şükrü. “Yeni TTK ve Hapis Bombardımanı”, Hürriyet Gazetesi, 28.3.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/yeni-ttk-ve-hapis-cezasi-bombardimani-20220303>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Yeni TTK)

Kızılot, Şükrü. ”Hapse Girmeyen Şirket Ortağı ve Vatandaş Kalmayacaktı”, Hürriyet Gazetesi, 19.6.2012, <http://www.hurriyet.com.tr/hapse-girmeyen-sirket-ortagi-ve-vatandas-kalmayacakti-20789800>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Şirket Ortağı)

Kızılot, Şükrü. Türk Vergi hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002. (**Anılış:** Örtülü Kazanç)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin **Hatemi**, Rona **Serozan** ve Abdülkadir **Arpacı**. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.

Kuru, Baki. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015.

McQueen, Rob. A Social History Of Company Law, Ashgate Publishing, Farnham Surrey, 2009.

Meraklı, Serkan. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.155)”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan (Özel Sayı), C.XI, 2009, ss. 1657-1713.

Meran, Necati. Malvarlığına Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Mullalli, Neda. “The Liability Of Directors In The Case Of Insolvency Of The Companies- Comparative Analysis Of The Albanian, German, French and UK Company Law”, Central European University Collection, Hungary, 2011.

Muşul, Timuçin. İflas Suçları – Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998.

Nılsson Okutan, Gül. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Oda, Hiroshi. Russian Commercial Law, 2.Edition, Martinus Nijhoff, Boston, 2007.

Odman Boztosun, Ayşe. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi”, http://icongfesr2011.tolgaerdogan.net/documents/national_presantations/UL01.pdf, (E.T. 26.03.2016).

Oğuz, Sefer. “Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, Sayı:1, 2017, ss. 255-286.

Oğuzman, Kemal, Özer Selici ve Saibe Oktay-Özdemir. Eşya Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012. (Anılış: Eşya Hukuku)

Oğuzman, Kemal, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**. Kişiler Hukuku, 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010. (Anılış: Kişiler Hukuku)

Öğrendik, Güray. “İlişkili Kişilere Faiz Karşılığı Borç Veren Bir Şirket Tefeci Midir?”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S.134, 2015, s. 124-134.

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan**, Pınar **Bacaksız** ve İlker **Tepe**. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012. (Anılış: Genel Hükümler)

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan**, Pınar **Bacaksız** ve İlker **Tepe**. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013. (Anılış: Özel Hükümler)

Özbek, Veli. Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı- İzmir Şerhi, C.II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Özdamar, Mehmet ve İlker **Doğan**. “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, Bankacılar Dergisi, S.86, 2013, ss. 3-27.

Özdamar, Mehmet. “6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, S.1, 2015, ss. 143-155.

Özdin, Funda; “Cash Pooling (Nakit Havuzu) ve Alman Hukukunda Sermayenin Korunmasına İlişkin Maddelerde Cash Pooling Lehine Yapılan Değişiklik”, Elektronik Nehir Dergi- Halil Arslanlı Bilim Arşivi, 2012, <http://www.arslanlibilimarsivi.com/node/24>, (E.T. 29.3.2017), s. 1-35.

Özen, Burak. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Özkorkut, Korkut. “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXVIII, S. 2, 2012, ss. 45-71. (**Anılış:** Değişiklikler)

Özkorkut, Korkut. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Sermaye Şirketleri Açısından Değişiklik Depremi”, Vergi Sorunları Dergisi, S.286, 2012, ss. 19-26. (**Anılış:** Değişiklik Depremi)

Özkorkut, Korkut. “Düzenlenen Şirkete Borçlanma Yasağı Mı Yoksa Yasal Hortumculuk Mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, 14.10.2012, <http://vergisorunlari.com.tr/yazi/korkut-ozkorkut/duzenlenen-sirkete-borclanma-yasagi-mi-yoksa-yasal-hortumculuk-mu/36>, (E.T. 18.3.2017). (**Anılış:** Borçlanma)

Paslı, Ali. “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S.2, 2008, ss. 345-358. (**Anılış:** Kontrol Sahibi)

Paslı, Ali. Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi- Corporate Governance, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul 2004. (**Anılış:** Kurumsal Yönetim)

Pekcanitez, Hakan, Oğuz **Atalay** ve Muhammet **Özekes**. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Poroy, Reha, Ünal **Tekinalp** ve Ersin **Çamoğlu**. Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (**Anılış:** Ortaklıklar Hukuku I)

Poroy, Reha, Ünal **Tekinalp** ve Ersin **Çamoğlu**. Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (**Anılış:** Ortaklıklar Hukuku II)

Pulaşlı, Hasan. “6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısmın Değerlendirilmesi”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. II, S. 2, 2012, ss. 9-35. (**Anılış:** Değerlendirme)

Pulaşlı, Hasan. Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Ankara, 2013. (Anılış: Kıymetli Evrak)

Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (Anılış: Şirketler Hukuku)

Pulaşlı, Hasan. Kurumsal Yönetim İlkeleri Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2003. (Anılış: Kurumsal Yönetim)

Reisoğlu, Seza. Bankacılık Kanunu Şerhi, Madde 1-73, C.II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007.

Sadak, Murat. Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.

Saraçoğlu, Fatih ve Ercan **Kaya**. “Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu ve Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım”, Vergi Sorunları Dergisi, S.216, 2006, ss. 150-159.

Seven, Vural ve Yaşar Can **Göksoy**. “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.LXXX, S.6, 2006, ss. 2455-2470.

Sevi, Ali Murat. Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İadesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Soyaslan, Doğan. Teşebbüs Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları No: 131, Ankara, 1994.

Şener, Oruç Hami. Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye (İhya), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.(Anılış: Ek Tasfiye)

Şener, Oruç Hami. Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012. (**Anılış:** Ortaklıklar Hukuku)

Şener, Oruç Hami. “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.XI, Özel Sayı, 2009, ss. 1279-1322. (**Anılış:** Borca Katılma)

Şenol, Tafun. “Şirketten Borç Alan Ortağa Üçyüz Gün Ceza”, Muhasebe Web, 21.09.2011, https://www.muhasweb.com/387_irketten-Borc-Alan-Ortaa-Ucyuzgun-Ceza.html, (E.T.30.03.2017).

Tamer, Ahmet. “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı” (TTK. m.358)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.102, 2012, s. 93-114.

Tandoğan, Haluk. Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, C.II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1987.

Tekil, Fahiman. Anonim Şirketler Hukuku, C.II, 2. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

Tekin, Ahmet. “Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. VIII, S.3, 2003, ss. 27-48.

Tekinalp, Ünal. “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, ss. 227-252. (**Anılış:** Dinamikler)

Tekinalp, Ünal. ”Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, C.II, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 1681-1700 (**Anılış:** Sermayenin Korunması İlkesi)

Tekinalp, Ünal. Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980. (**Anılış:** Bilanço ve Yedek Akçeler)

Tekinalp, Ünal. Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Es Yayınları, İstanbul, 1982. (**Anılış:** Sermaye Piyasası)

Tekinalp, Ünal. Ünal Tekinalp'in Banka Hususu Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. (**Anılış:** Banka)

Tekinalp, Ünal. Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. (**Anılış:** Tek Kişi Ortaklık)

Tekinay, Selahattin Sulhi, Servet **Akman**, Haluk **Burcuoğlu** ve Atilla **Altop**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 5. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan **Erdem** ve Rifat Murat **Önok**. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Tugay, Fahri. Vergi ve Ticaret Hukuku Açısından Ortakların Şirkete Borçlanması ve Analizi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.

Türk, Ahmet. Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999.

Türkiye Barolar Birliği. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:138, Ankara, 2008.

Ulusoy, Erol. Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Uyar, Talih. “Taksirathlı (Taksirli) ve Hileli İflas”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Özel Sayı, 2009, s. 941-972.

Üçışık, Güzin ve Aydın **Çelik**. Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Ülgen, Hüseyin, Mehmet **Helvacı**, Abuzer **Kendigelen**, Arslan **Kaya** ve Füsün **Nomer Ertan**. Ticari İşletme Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ülgen, Hüseyin, Mehmet **Helvacı**, Abuzer **Kendigelen**, Arslan **Kaya**. Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Yanlı, Veliye. Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2000. (**Anılış**: Tüzel Kişilik Perdesi)

Yanlı, Veliye. Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005. (**Anılış**: Sermaye Piyasası)

Yasaman, Hamdi. “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, 2013, ss. 97-113.

Yaşar, Süleyman. “Sakin Şirketten Patrona Para Çektirmeyin”, Sabah Gazetesi, 06.07.2012, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/yasar/2012/07/06/sakin-sirketten-patrona-para-cektirmeyin>, (E.T. 18.3.2017) (**Anılış**: Patron)

Yaşar, Süleyman. “TOBB ve TUSIAD... Hani kayıt dışına karşıydınız?”, Sabah Gazetesi, 3.2.2012, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/yasar/2012/02/03/tobb-ve-tusiad-hani-kayit-disina-karsiydiniz>, (E.T. 2.10.2017). (**Anılış**: TOBB)

Yavuz, Cevdet. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014.

Yavuz, Mustafa. “Limited Şirketlerde Ortakların Şirkete Borçlanabilmesinin Koşulları”, Mali Çözüm Dergisi, 2017, s. 183-190. (**Anılış:** Limited Şirketler)

Yavuz, Mustafa. “Son Değişikler Kapsamında Anonim ve Limited Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı”, Vergi Sorunları Dergisi, S.288, 2012, s. 155-158. (**Anılış:** Borçlanma Yasağı)

Yıldırım, Ali Haydar. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Düzenleyen veya Lehtar Sıfatına Sahip Olduğu Bononun Hukuki Durumu”, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, S.17, 2012, ss. 92-106.

Yıldız, Nazan ve Şebnem Pınar **Gürgür**. “Ödünç Para Verme Şeklinde Gerçekleşen Örtülü Kazanç Dağıtımları Katma Değer Vergisine Tabi Midir?”, Vergi Sorunları Dergisi, S.157, 2001, ss. 37-45.

Yıldız, Şükrü. “Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 2000, ss. 547-565. (**Anılış:** Agio)

Yıldız, Şükrü. Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004. (**Anılış:** Eşit İşlem İlkesi)

Yılmaz, Doğan. “Yeni TTK’nın Son Durumu ve Temettü Avansı Tebliği Karşısında Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanmaları”, Yaklaşım Dergisi, S.238, 2012, s. 121-123.

Yılmaz, Zahit. Hileli İflas ve Taksiratlı İflas Suçları (TCK m.161 ve TCK m.162), (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Yüce, Aydın Alber. “Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı”, Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. II, S.2, 2012, ss. 61-81. (**Anılış:** Borçlanma Yasağı)

Yüce, Aydın Alber. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. (**Anılış:** Butlan)

