

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

Yüksek Lisans Tezi

SEVDA BORA

İstanbul, 2016

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

Yüksek Lisans Tezi

SEVDA BORA

Danışman: DOÇ. DR. MURAT YUSUF AKIN

İstanbul, 2016



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS
öğrencisi Sevda Bora'nın SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI
adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 18.05.2016 tarih ve 2016-18/39 sayılı
kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul
edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ..08../06/2016

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

		İmzası
1. Tez Danışmanı	Doç. Dr. MURAT YUSUF AKIN	
2. Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. TAMER PEKDİNÇER	
3. Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. MUZAFFER EROĞLU	

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Sevda Bora
Anabilim Dalı	: Hukuk
Programı	:Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Doç. Dr. Murat Yusuf Akın
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans – 2016
Anahtar Kelimeler	: Şirkete Borçlanma Yasağı, Anonim Şirket, Limited Şirket, Pay sahipleri, Yönetim Kurulu Üyeleri, Şirketler Topluluğu.

ÖZET

SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

Şirkete borçlanma yasağına ilişkin kurallar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu(TTK)'nın en yenilikçi fakat aynı zamanda en çok eleştiriye uğrayan hükümlerinden birisidir. Bu düzenlemelerle şirket sermayesinin ve şirket alacaklılarının korunması amaçlanmış ve özellikle şirketlerin kurumsallaşması önündeki en büyük engellerden birisi olan, şirketin ayrı bir tüzel kişiliği ve malvarlığı olduğu ilkesini göz ardı eden uygulamalara son verilmek istenmiştir. Ancak eleştiriler sonucunda hükümlerde yürürlüğe girmeden yapılan köklü değişikliklerle tasarıdaki anlayıştan oldukça uzaklaşmıştır. Değişikle birlikte borçlanma yasağının kapsamı daraltıldığı gibi, yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağının kapsamı, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olması ve olmaması durumlarına göre farklılaştırılmıştır.

Çalışmamızda, borçlanma yasağı mukayeseli hukuktaki gelişmeler göz önüne alınarak değerlendirilmiş ve şirketler hukukunda sermayenin korunması, alacaklıların korunması ve kurumsallaşma ilkeleri açısından borçlanma yasağının rolü ve TTK'daki düzenleniş şekli incelenmiştir. Borçlanma yasağının düzenlenme amacı ve bu amacın gerçekleşmesinde ne derece başarılı olunabileceği; hükümlerdeki eksiklikler ve doktrindeki görüşler ışığında, öncelikle sermaye şirketlerinin türü esas alınarak bölümlere ayrılmış ve her şirket türü içinde pay sahipleri ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yakınları açısından ele alınmıştır. Ayrıca bankacılık uygulaması ve şirketler topluluğundaki özel düzenlemeler başta olmak üzere hukukun farklı dallarına da çalışmadaki tartışmaları destekleme amacıyla aşmayacak şekilde yer verilmiştir.

GENERAL INFORMATION

Name and Surname : Sevda Bora
Field : Law
Programme : Private Law
Supervisor : Doç. Dr. Murat Yusuf Akın
Degree Awarded and Date : Master – 2016
Keywords : Prohibition of Borrowing from Company, Joint Stock Company, Limited Liability Company, Shareholders, Board Members, Corporate Groups.

ABSTRACT

PROHIBITION OF BORROWING FROM COMPANIES WITH SHARE CAPITAL

The prohibition of borrowing from the company is one of the most innovative provisions and also subjected to criticism in Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC). The regulation aims to protect share capital and company creditors and aim to strength on the understanding that the company as a legal entity is separate from the shareholders personal assets. The practice of borrowing from the company is one of the biggest obstacle to reach corporate governance principles to companies. Even though the aim of the rule was so clear, due to massive criticism from business world, drastic changes were made to the law before the provisions entered into force. The current provisions are quite different from the approach taken in the original draft law. It narrowed the scope of the borrowing prohibition, also the prohibition of borrowing of board members from the company is differentiated based on status of board members being shareholders or not.

In this work, the prohibition of borrowing from the company is examined by considering the developments in the comparative law and the topic is by examining regulations in the TCC by considering the principles of the protection of capital and protection of creditors and corporate governance. The purpose of the prohibition of borrowing and to what extent can be successful in the realization of this objective; has been examined in the light of deficiencies in the provision and opinions on doctrine, primarily divided into sections based on the type of capital company, and in every type of company in terms of shareholders and non-shareholders board members and their relatives. In addition, special arrangements, particularly in the banking practice and the corporate groups have been in place so that it does not exceed the scope of work.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖZET	ii
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK BORÇLANMA YASAĞI

I. BORÇLANMA YASAĞININ AMACI.....	4
A. SERMAYENİN KORUNMASI.....	4
1. Genel Olarak	4
2. Sermayeyi Koruyucu Düzenlemeler	5
a. Asgari Sermaye Şartı.....	5
b. Sermayenin Getirilmesi Aşamasındaki Koruyucu Düzenlemeler	7
c. Sermayenin İade Edilememesi	8
3. Borçlanma Yasağının Sermayeyi Koruyucu Fonksiyonu	8
B. ALACAKLILARIN KORUNMASI.....	10
1. Şirketler Hukukunda Alacaklıların Korunmasını Sınırlandıran İlkeler.....	10
a. Şirketin Ayrı Bir Tüzel Kişiliği ve Malvarlığı Olması	10
b. Ortakların Sınırlı Sorumluluğu	11
2. Türk Hukukunda Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler	12
3. Alacaklıların Korunması İçin Geliştirilen Bir Teori: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması	14
a. Teorinin Gelişimi	14
b. Uygulama Alanı Bulabileceği Durumlar	16
(1) Malvarlığının Karışması.....	16

(2) Yetersiz Sermaye.....	17
(3) Kurumsal ve/veya Bireysel Kötüye Kullanma.....	17
c. Uygulanma Şartları	18
d. Teorinin Değerlendirilmesi	18
4. Borçlanma Yasağının Alacaklıları Koruyucu Fonksiyonu	22
C. KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ.....	22
1. Kurumsal Yönetimin Önemi	22
2. Kurumsal Yönetimin Gelişimi	23
a. Genel Olarak	23
b. Türk Hukukunda Kurumsal Yönetimin Gelişimi.....	24
3. Kurumsal Yönetimin Bir Sonucu Olarak Şirkete Borçlanma Yasağı.....	26
II. MUKAYESELİ HUKUKTA BORÇLANMA YASAĞI	26
A. MUKAYESELİ HUKUKTA ŞİRKETLER HUKUKU.....	26
B. BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEME ÖRNEKLERİ	28
1. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU	28
2. ALMAN HUKUKU.....	29
a. Pay Sahibinin Borçlanma Yasağı.....	29
b. Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yakınlarının Şirkete Borçlanması.	31
3. İSVİÇRE HUKUKU	32
4. İNGİLİZ HUKUKU.....	33
5. AMERİKAN HUKUKU	35
6. FRANSIZ HUKUKU.....	35
C. BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	37

III. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA BORÇLANMA YASAĞININ GÖRÜNÜMÜ	38
A. BORÇLANMA YASAĞININ KANUNLAŞMA SÜRECİ.....	38
B. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ BORÇLANMA YASAĞI DÜZENLEMELERİ	40

İKİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE BORÇLANMA YASAĞI

I. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞI.....	42
A. DÜZENLEME VE AMACI	44
1. 6335 sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Düzenleme ve Amacı	44
2. 6335 sayılı Kanun Değişikliği Sonrası Düzenleme ve Amacı	45
B. YASAĞIN MUHATABI.....	46
1. Pay Sahibi	46
2. Pay Üzerinde Hak Sahibi Olan Üçüncü Kişilerin Durumu.....	47
a. İntifa Hakkı Sahibi	47
b. İntifa Senedi Sahibi.....	49
c. Rehin ve Hapis Hakkı Sahibi	49
d. Pay Sahibinin Vekili, Velisi ya da Vasisi	49
C. YASAĞIN İSTİSNASI.....	50
1. 6335 sayılı Kanun Öncesindeki Düzenleme	50
a. Borçlanma Yasağının İstisnasının Şartları	51
(1) Borcun Şirketle, Şirketin İşletme Konusu ve Pay Sahibinin İşletmesi Gereği Olarak Yapılmış Bulunan Bir İşlemden Doğması	51
(2) Emsalleriyle Aynı veya Benzer Şartlara Tâbi Tutulma.....	53
b. Şartların Değerlendirilmesi	53
2. 6335 sayılı Kanun Sonrasındaki Düzenleme	54
a. Şirkete Borçlanmanın Şartları	55

(1) Pay Sahipleri Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçlarını İfa Etmiş Olmalı	55
(i) Ayni Sermaye Taahhüdünde Bulunulması.....	57
(ii) Nakdi Sermaye Taahhüdünde Bulunulması.....	58
(2) Şirketin Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Kârı Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olmalı	59
b. Şartların Değerlendirilmesi	62
D. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	65
1. Borçlanma İşlemi Üzerindeki Etkisi	65
2. Cezai Sorumluluk.....	67
a. TTK Kapsamında Cezai sorumluluk.....	67
(1) Müeyyide ve Muhatabı.....	67
(i) 6335 sayılı Kanun Öncesindeki Müeyyide ve Muhatabı ..	67
(ii) 6335 sayılı Kanun Sonrasındaki Müeyyide ve Muhatabı	68
(2) Müeyyidenin Uygulanması	70
(3) Geçiş Hükümleri	71
b. TCK Kapsamında Cezai Sorumluluk.....	72
(1) Güveni Kötüye Kullanma Suçunun Oluşması	72
(2) Hileli İflas Suçunun Oluşması.....	75
3. Hukuki Sorumluluk.....	77
E. ŞİRKETİN PAY SAHİBİNE BORÇLANMASI	79
F. BORÇLANMANIN ALTERNATİFİ OLARAK KAR PAYI AVANSI	80
1. Kar Payı Avansının Dağıtılma Şartları	80
2. Kar Payı Avansının Dağıtılması.....	82
3. Borçlanma Yasağı ve Kar Payı Avansı İlişkisi	82

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI.....	84
A. DÜZENLEME	84
B. DÜZENLEMENİN AMACI.....	85
C. YASAĞIN KAPSAMI	86
1. Yasak Kapsamındaki Kişiler.....	86
a. Değişiklik Süreci.....	86
b. Değişiklik Sonrası Kapsamdaki Kişiler	87
(1) Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri.....	87
(2) Yönetim Kurulu Üyelerinin Pay Sahibi Olmayan Yakınları	89
c. Sonradan Kapsama Girilmesi Durumu	89
2. Yasak Kapsamındaki İşlemler.....	90
a. Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarının Şirkete Nakdi Borçlanması	90
b. Şirketin Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarıyla Kefalet, Garanti, Teminat, Sorumluluk Üstlenme ve Borç Devralma Gibi İşlemlerde Bulunması.....	92
D. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI.....	92
1. Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarının Şirkete Nakdi Borçlanması Halinde.....	92
a. İşlem Açısından.....	92
b. Taraflar Açısından.....	93
(1) Cezai Müeyyide.....	93
(i) Müeyyide ve Muhatabı	93
(ii) Müeyyidenin Uygulanması	94
(iii) Geçiş Hükümleri	95
(2) Hukuki Müeyyide.....	96

(i) Doğrudan İcra Takibine Muhatap Olma	96
(ii) Yönetim Kurulunun Sorumluluğu.....	98
2. Şirketin Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarıyla Kefalet, Garanti, Teminat, Sorumluluk Üstlenme ve Borç Devralma Gibi İşlemlerde Bulunması	98
a. İşlemler Açısından	98
b. Taraflar Açısından.....	99
(1) Cezai Müeyyide.....	99
(2) Yönetim Kurulunun Sorumluluğu.....	99
E. ŞİRKETLE İŞLEM YAPMA YASAĞI	99
1. Şirketle İşlem Yapma Yasağının Kapsamı	99
2. Yasağa Aykırılığın Sonuçları	101
a. İşlem Açısından.....	101
b. Taraflar Açısından.....	101
(1) Cezai Müeyyide.....	101
(2) Hukuki Müeyyide.....	101
III. BANKACILIK UYGULAMASINDA BORÇLANMA YASAĞI.....	102
A. TARİHİ GELİŞİM.....	102
B. PAY SAHİPLERİNİN BORÇLANMA YASAĞI	106
1. Nitelikli Pay Sahiplerinin Bankaya Borçlanması.....	106
2. Kredinin Kullanılması	108
3. Krediye İlişkin Sınırlandırmalar	108
C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YAKINLARININ ŞİRKETLE İŞLEM YAPMA VE BORÇLANMA YASAĞI	108
1. Yasağın Kapsamındaki Kişiler.....	109
2. Yasağın İstisnası	110
3. Sonradan Yasak Kapsamına Giren Krediler	111

D. AYKIRILIK HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR.....	112
1. Kredilere İlişkin Yaptırımlar.....	112
2. Tedbir Niteliğindeki Önlemler ve Uyulmaması Halinde Yaptırım	114
a. Tedbir Niteliğindeki Önlem Çeşitleri.....	114
(1) Düzeltici Önlemler	114
(2) İyileştirici Önlemler	114
(3) Kısıtlayıcı Önlemler	114
b. Önlemlere Uyulmamasının Yaptırımı.....	115
3. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması ve Fona Devredilmesi.....	115

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

LİMİTED ŞİRKETLERDE BORÇLANMA YASAĞI

I. DÜZENLEME	118
II. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞI.....	119
A. ORTAKLARIN BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE REKABET YASAĞI AÇISINDAN	119
B. BORÇLANMANIN ALTERNATİFİ OLARAK KAR PAYI AVANSI.....	121
III. MÜDÜRLERİN YAKINLARININ BORÇLANMA YASAĞI	121
IV. MÜEYYİDESİ.....	122
V. ŞİRKETE BORÇ VERİLMESİ	123

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BORÇLANMA YASAĞI

I. GENEL OLARAK	126
A. ŞİRKETLER TOPLULUĞU	126
B. HÂKİM VE BAĞLI ŞİRKET KAVRAMLARI	128
II. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA SORUMLULUK DÜZENLEMELERİ	129
A. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI	129

1. Bağlı Şirketin Kayba Uğraması	129
2. Kayba Sebebiyet Veren Davranışın Özen Borcuna Aykırı Olması	131
3. Hâkim Şirketin Yönlendirmesiyle Meydana Gelmesi	131
4. Denkleştirme Yapılmaması.....	132
B. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI	135
III. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI AÇISINDAN HÜKÜMLERİN UYGULANABİLİRLİĞİ	139
A. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞININ UYGULANABİLİRLİĞİ	139
B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ UYGULANABİLİRLİĞİ.....	142
SONUÇ.....	145
KAYNAKÇA	150

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
AktG	:Aktiengesetz (<i>Alman Pay Senetli Şirketler Kanunu</i>)
Art.	:Article (<i>madde</i>)
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bank K	:5411 sayılı Bankacılık Kanunu
Bank KHK	: 70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
BDDK	:Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BGH	:Bundesgerichtshof (<i>Alman Federal Mahkemesi</i>)
bkz	:bakınız
C	:Cilt
CA	: Companies Act 2006 (<i>İngiliz Şirketler Kanunu</i>)
CC	: Code de Commerce (<i>Fransız Ticaret Kanunu</i>)
DGCL	: Delaware General Corporation Law (<i>Delaware Genel Şirketler Kanunu</i>)
dn.	:Dipnot
E.	:Esas
Ed.	:Editör
eSerPK	: 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

eTTK	:6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	:fıkra
FE	: Forum Europeum
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (<i>Alman Limited Şirketler Kanunu</i>)
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İİK	:2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar
krş.	:Karşılaştırınız
KVK	: 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	:madde
MÜHFD	:Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
N.	:Numara
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OR	: Das Schweizerische Obligationenrecht (<i>İsviçre Borçlar Kanunu</i>)
RG	:Resmi Gazete
s.	:sayfa
S.	:Sayı
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
T.	:Tarih
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	:5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TFM	:Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun
TMSF	: Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu Kurulu
TOBB	:Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Y.	:Yargıtay

GİRİŞ

Şirketler hukuku, şirketlerin tüzel kişilik kazanması ve ortakların sınırlı sorumluluğunun kabulüyle sermaye şirketleri alanında önemli gelişme göstermiştir. Tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkeleri üzerine inşa edilen sermaye şirketleri büyük sermayelerin toplanmasını sağlamış ve bunun sonucunda da çok ortaklı şirket yapısı kurumsallaşmış bir yönetim ihtiyacını beraberinde getirmiştir.

Pay sahiplerinin sayısı ve şirket kaynaklarının büyüklüğüyle eşit orantılı olarak pay sahipliği ve şirket kontrolü birbirinden ayrılmış ve şirket kaynaklarına erişim ve bunları kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanma riski taşıyan menfaat grupları oluşmuştur. Pay sahipleri ve yönetimden sorumlu kişilerin şirket kaynaklarına erişim imkânları ve şahsi menfaatleri doğrultusunda hareket etme ihtimalleri sebebiyle, bu çıkar grupları, şirketin alacaklıları ve müşterileri tarafından şirketin ekonomik bütünlüğünün korunması ve sürdürülebilirliğin sağlanmasında tehdit olarak algılanmaya başlanmıştır.

Sermaye şirketlerinin öneminin ve piyasadaki etkisinin artması sonucunda hukuk sistemleri şirket sermayesinin korunması ve şirket yönetimin kurumsallaşmasını sağlamaya yönelik düzenlemeleri kabul etmeye başlamıştır. Şirket kaynaklarının ortaklar ve yönetimden sorumlu kişiler tarafından şirket menfaatini üstün tutmaksızın ve dürüst olmayan işlemlerle kullanılması bu düzenlemelerle kısıtlanmış, şarta bağlanmış ya da yasaklanmıştır.

Türk hukukunda sermaye şirketlerinde sermayenin korunması ve şirket alacaklılarının zarar görmesinin engellenmesi amacıyla temel nitelikte birçok hüküm düzenlenmiştir. Tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılması halinde Yargıtay uygulamalarında, yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümlerden, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine kadar geniş bir yelpazede şirket alacaklılarının korunması hedeflenmiştir. Ancak uygulamada pay sahiplerinin ve şirket yöneticilerinin şahsi malvarlıkları ile şirket malvarlığını ayırmadıkları ve özellikle ortak ve şirket arasında ortaklar cari hesabı yoluyla süreklilik arz eden ve ödenip ödenmediği takip edilemeyen borçlanmalar olduğu görülmektedir.

Sermaye şirketi yapısından kaynaklanan büyük sermayelerin kontrolü ile pay sahipliğinin ayrılması ve bunun sonucunda kurumsallaşmanın da bir gereği olarak şirket malvarlığı; ortaklarının ve yöneticilerinin mülkiyetinde olmayan, yalnızca şirkete ait ve şirket faaliyetinin devamlılığı açısından da şirket alacaklılarına karşı güvence oluşturan bir malvarlığını ifade etmektedir. Türk Ticaret Kanunu, şirket malvarlığına ortaklar ve yöneticilerin şahsi menfaatleri amacıyla müdahalede bulunmalarının engellenmesi ve şirket malvarlığına yönelik uygulamadaki bu hatalı algının son bulması amacıyla sermaye şirketleri açısından şirkete borçlanma yasağını ilkesel nitelikte düzenlemeyi tercih etmiştir. Ancak kanun koyucu kamuoyunda büyük eleştirilere neden olan bu ilkeyi korumakta gerekli dirayeti gösterememiş ve bunun yerine borçlanma yasağının kapsamını daraltarak kanunda tutmaya devam etmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, öncelikle şirkete borçlanma yasağı sermayenin korunması, alacaklıların korunması ve kurumsallaşmanın sağlanması amaçlarının bir sonucu olarak ortaya çıktığından bu ilkeler detaylı olarak incelenmiş ve bu ilkelerin borçlanma yasağıyla olan ilişkisi üzerinde durulmuştur. Sonrasında mukayeseli hukukta borçlanma yasağına ilişkin farklı hukuk sistemleri incelenmiş, bu hukuk sistemlerinde sermayenin ve alacaklıların korunması amacıyla kabul edilen düzenlemelere yer verilmiştir. TTK'nın borçlanma yasağına ilişkin düzenleme tercihlerinin ve kanunlaşma sürecinin ele alınmasıyla çalışmamızın ilk bölümü borçlanma yasağına ilişkin bu genel çerçeve etrafında bir resim oluşturmayı amaçlamıştır.

Borçlanma yasağı Türk Hukukunda da mukayeseli hukukta olduğu gibi sermaye şirketleri ekseninde düzenleme alanı bulmuştur. Bu sebeple konunun anonim şirket ve limited şirket olarak temelde iki şirket türüne özgülenmesi uygun görülmüş, her ne kadar sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler de sermaye şirketi olarak kabul edilse de uygulaması az olan bir şirket yapısı için çalışmanın kapsamının genişletilmemesi tercih edilmiştir. Diğer taraftan çalışma 6102 sayılı TTK ile sınırlı biçimde yapılmış olduğundan, 6362 sayılı SPK ile ve halka açık anonim şirketler için getirilmiş bulunan diğer hükümler inceleme dışı bırakılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde anonim şirketlerin şirkete borçlanma yasağı ele alınmıştır. Borçlanma yasağı anonim şirket pay sahipleri açısından TTK m. 358 hükmünde düzenlenmiştir. Anonim şirketin yönetiminden görevli olanlar açısından ise TTK m. 395 hükmünde şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve bu kişilerin pay sahibi olmayan yakınlarını kapsama alarak düzenleme alanı bulmuştur. Bu sebeple pay sahipleri ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınları ayrımı esas alınarak konu detaylı olarak açıklanmıştır. Bu kısımda özellikle hükümlerin geçirdiği köklü değişim incelenmiş, bunun gerekçeleri üzerinde durulmuştur. Son olarak borçlanma yasağı hükümleri açısından farklı düzenlemeler içeren, özel bir anonim şirket olan bankalarda ve bankacılık hukukunda borçlanma yasağı incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde limited şirketlerde borçlanma yasağı ele alınmıştır. Türk hukukunda kısmi olarak şahıs şirketi özelliklerini de barındıran limited şirketlerde borçlanma yasağı anonim şirket borçlanma yasağına ilişkin hükümlere kısmen atıf yapılarak düzenlenmiştir. Bu bölümde özellikle pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü ve rekabet etmeme yükümlülüğü açısından borçlanma yasağının uygulanma kapsamı üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın son bölümünde TTK'nın ilk kez düzenlediği şirketler topluluğuna ilişkin hükümler borçlanma yasağıyla ilgileri olduğu ölçüde ele alınmıştır. Şirketler topluluğunda sorumluluk düzenlemeleri ele alınmış ve emredici hükümler ilkesi çerçevesinde topluluğu oluşturan ve birbirinin pay sahibi ya da yöneticisi olan sermaye şirketlerinin grup içi borçlanma ve finansman araçlarını denkleştirme yoluyla kullanma imkânlarıyla, borçlanma yasağına ilişkin şartların ve yasakların ilişkisi incelenmiş ve çalışmamıza sonuç kısmı ile son verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK BORÇLANMA YASAĞI

I. BORÇLANMA YASAĞININ AMACI

A. SERMAYENİN KORUNMASI

1. Genel Olarak

Sermayenin korunması ilkesi sermaye şirketlerinde benimsenen sınırlı sorumluluk ilkesini tamamlayan, tabiri caizse madalyonun iki yüzünü oluşturan ilkelerden biridir. Sermaye şartı; alacaklıların korunması, kredi güvenliğinin sağlanması ve eskiden beri sınırlı sorumluluğun bir sonucu olarak görülmektedir¹. Sermaye kuralı olarak şirketin mülkiyetinde ve tasarrufu altında bulunmalı, fiilen ve gerçek değeriyle şirkete getirilmeli, korunmalı ve geri de alınmamalıdır². Şirket sermayesi, girişimciler için asgari bir öz kaynak belirlemesi yapmakta, pay sahiplerine dağıtılabilecek karın belirlenmesinde bir sınırlandırma görevi görmekte ve sermayenin azaltılması tehlikesine karşı önlem alınmasını tetiklemektedir³. Ayrıca sermayenin azaltılması, ortaklara dağıtılması, şirketin içinin boşaltılması yatırımcılar için daima bir risk oluşturmaktadır⁴. AB ödeme gücü testiyle, şirket kaynaklarının ortaklara dağıtımından sonra şirketin ödeme gücünü koruyabildiği durumlarda sermayenin dağıtılmasının mümkün olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁵. Ancak sermayenin korunması ilkesine yönelik tartışmaların bir

¹ Andreas Cahn and David C. Donald, **Comparative Company Law**, New York: Cambridge University

² TTK Genel Gerekçe, N. 57; Sermayenin geri alınması sonucunu doğuracak şekilde ibra 77/99/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 12’de şu şekilde yasaklanmıştır: “*Subject to the provisions relating to the reduction of subscribed capital, the shareholders may not be released from the obligation to pay up their contributions.*” Maddeye göre taahhüt edilmiş sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, hissedarlar, katkılarını ödeme yükümlülüğünden azat edilemezler. Yönerge tam metinleri için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0091:20091022:EN:PDF> (15.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).

³ Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies and The Others, **The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach**, 2. Edition, Oxford University Press, 2009, s. 130.

⁴ Sami Karahan (Ed.), **Şirketler Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 355; Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002, s. 87, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

⁵ Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 87.

sonuca varamamış olması ve değerlendirme aşamasında kalması sebebiyle TTK'da bu tartışmalar dikkate alınmamış ve sermayenin korunması ilkesine bağlı kalınmıştır⁶.

2. Sermayeyi Koruyucu Düzenlemeler

a. Asgari Sermaye Şartı

Şirket kurmak için aranan asgari miktar, sermayenin şirketin sınırlı sorumluluğunun karşılığını oluşturmasından kaynaklanmaktadır⁷. Asgari sermaye şartıyla, şirket kaynaklarının hukuki olmayan yöntemlerle ortaklara aktarılmasının engellendiği görüşü ileri sürüldüğü gibi alacaklı ve yatırımcıların korunması amacını gerçekleştirmekten uzak olduğu ve “sermaye yeterliliği”ni yansıtmadığı gerekçesiyle bu şart eleştirilere de uğramaktadır⁸. Nitekim alacaklıların korunması amacıyla getirilen asgari sermaye şartı kanuni düzenlemelere tek tip çözüm modeliyle yansımıştır. Şirketin büyüklüğü ve faaliyet alanına bakılmaksızın her şirket için aynı oranın aranması asgari sermaye şartını sembolik bir koruma hükmü haline getirmiştir⁹.

Asgari sermaye şartının tek fonksiyonunun girişimcileri düşünerek hareket etmeye yönelttiği, bu sebeple engel olarak algılanıp bu şartın kaldırılması ya da faydalı olduğu düşünülerek oranın artırılması yoluna gidilmesinin gereksiz bir uğraş olduğu da ileri sürülmüştür¹⁰. ABD uygulaması göz önüne alınarak esnek sermaye yapısı ve bu şartın tamamen kaldırılması yönünde farklı yaklaşımlar ortaya atılmakta ancak birlik

⁶ TTK Genel Gerekçe, N. 113.

⁷ 68/151/AET Birinci Konsey Yönergesi m. 11, f. 2, (d) bendinde asgari sermaye şartına uyulmaması, şirketin hükümsüzlüğüne yol açan nedenler arasında sayılmıştır. Ayrıca 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 6, f. 1'de üye devletlerde şirket kurulabilmesi için en az 25.000 Avrupa hesap birimi tutarında asgari bir sermayenin taahhüt edilmesi şartının aranacağı belirtilmiştir.

⁸ Görüşler için bkz. Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 78; Ljiljana Maurović, “Directive 2006/68/EC Amending The Second Company Law Directive EU as Regards The Maintenance of Public Limited Liability Companies’ Capital And The Acquisition of Own Shares”, s. 12, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2237882 (03.03.2014 tarihinde erişilmiştir.).

⁹ Hüküm eleştirilirken “one size fit all” kavramıyla da ele alınmıştır. Bkz. Jennifer Payne, “Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006”, **University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series**, Working Paper No 13/2008, May 2008 (This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network electronic library at: <http://ssrn.com/abstract=1118367>); Tek kişi ortaklıklarının alacaklılar bakımından oluşturduğu risk göz önüne alınarak daha yüksek bir asgari sermaye şartı aranabileceği ama bu fikrin mukayeseli hukukta rağbet görmediği yönünde bkz. Muzaffer Eroğlu, “Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler "Single-Member Companies In Turkish Law"”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 64, 2008, s. 1261.

¹⁰ Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 82; Kraakman/Armour/Kanda, s. 131.

sağlanamamaktadır. AB hukukunda da rekabet açısından bir engel oluşturmamakla birlikte asgari sermaye şartının bir fayda da sağlamadığına ilişkin eleştiriler yapılmaktadır¹¹. Şirketler hukukunun genel eğilimi ise asgari sermaye şartının devam ettirilmesidir ve birçok ülke asgari sermaye şartını halka açıklık kapalılık ve şirket türlerini göz önüne alarak düzenlemeyi sürdürmektedir¹². Esneklik sağlamak açısından farklı uygulamalara da gidilmektedir¹³. Örneğin Alman Hukukunda minilimited şirket uygulamasıyla en az sermaye sınırı olmaksızın 1 Euro ile de şirket kurulabilmektedir. Ancak Alman yasa koyucusunun amacı bu şekilde kurulan küçük şirketin karını öz sermayesine katarak 25.000 Euro olana kadar faaliyet göstermesidir. Ancak bu amacın gerçekleşmesi için, özellikle şirketin muhasebe hileleriyle kazancını masraf olarak göstermesi ve kar elde edilmiyor gibi yarattığı görünüm ve bu yolla bu kurumun kötüye kullanımı halinde ikna edici bir çözüm modeli de sunulamamaktadır¹⁴.

TTK, özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla¹⁵, halka kapalı anonim şirket kurmak için asgari 50 bin TL, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş ve halka kapalı

¹¹ AB uygulamasında rekabet açısından önemli bir engel olmadığı ancak bir fayda da sağlamadığına ilişkin görüş için bkz. Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 78 vd.

¹² İngiliz Hukuk sisteminde halka kapalı şirketlerde asgari sermaye sınırı bulunmamaktadır. Ancak AB Hukuku ile uyum sağlamak amacıyla halka açık şirketler için asgari 50.000 Euro sermaye şartı düzenlemiştir (CA 763). Fransız Ticaret Kanunu asgari sermaye miktarını 37.000 Euro olarak belirlemiştir (CC L224-2). İsviçre Hukukunda ise anonim şirket esas sermayesi en az 100.000 frank olmalıdır (OR Art. 621). Alman hukukunda anonim şirket kurabilmek için ise asgari sermayenin 50.000 Euro olması gerekmektedir (AktG § 7). Limited şirketin asgari sermayesi ise 25.000 Euro olmalıdır (GmbHG §5).

¹³ Kraakman/Armour/Kanda, s. 131.

¹⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfgang Servatius, “5 Jahre Gesetz zur Modernisierung des deutschen GmbH-Rechts – kritische Analyse und Ausblick (Alman Limited Şirketler Hukukunun Modernizasyonu Hakkında Kanun’un 5. Yılında Eleştirel bir Analizi ve Değerlendirilmesi)”, **I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu**, Ankara: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, 27 Kasım 2014.

¹⁵ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7’ye göre banka kurmak için nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermaye en az 30 milyon olmalıdır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 5, f. 3’e göre sigorta ve reasürans şirketleri ruhsat alabilmek için ödenmiş sermayelerini, sermaye tutarı 5 milyondan az olmamak üzere, Hazine Müsteşarlığınca, faaliyet alanına göre belirlenen miktara çıkartmak zorundadır. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 5, f. 1, e bendine göre nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayenin en az 20 milyon Türk Lirası olması gerekmektedir. 2699 sayılı Umumi Mağazacılık Kanunu m. 3’e göre ödenmiş sermaye miktarının en az 50 milyon Türk Lirası olması gerekmektedir.

anonim şirketler için asgari 100 bin TL, limited şirket kurmak için ise asgari 10 bin TL sermaye şartını öngörmektedir (bkz. TTK m. 332, m. 580)¹⁶.

b. Sermayenin Getirilmesi Aşamasındaki Koruyucu Düzenlemeler

Şirkete getirilmesi taahhüt edilen sermayenin niteliğine göre farklı düzenlemeler yapılarak, pay sahipleri tarafından sermaye borcunun yerine getirileceği ve gerçek değeriyle sermayenin oluşturulacağı garanti altına alınmaya çalışılmıştır¹⁷. Nitekim taahhüt edilen sermaye miktarı alacaklıların korunması için asgari bir güvence sağlamaktadır¹⁸. Sermaye olarak para getirilmesi durumunda bu nakdi sermaye taahhüdünün yüzde yirmi beşinin şirket tescil edilmeden önce, kalanının ise tescili izleyen yirmi dört ay içinde yerine getirilmesine ilişkin düzenleme (Anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 344, f. 1; limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 585), aynı sermaye taahhüdünde söz konusu sermaye üzerinde sınırlı aynı hak, haciz veya tedbir bulunmaması gerektiğine ilişkin düzenleme (Anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 342, f. 1; limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 581, f. 1), aynı sermayenin bilirkişilerce değerinin tespit ettirilmesi ve değer tespitinde yolsuzluk yapılması halinde sorumluluğa ilişkin düzenlemeler (anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 343, m. 551; limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 578, m. 644, f. 2), taşınmazların tapu siciline şerh ettirilmesi ve taşınırın ise güvenilir kişiye tevdi edilmesi sonrasında sermaye taahhüdünün kabul edilebileceği (TTK m. 128, f. 2) gibi düzenlemeler sermaye taahhüdünün yerine getirilmesini garanti altına almaya yönelik düzenlemelerdir.

¹⁶ Şirket istatistikleri bültenine göre 2014 yılı Ocak-Haziran ayı döneminde kurulan anonim şirketlerin yüzde 69,74'ü sermaye alt sınırı olan 50.000 ile 100.000 TL arasında bir sermayeyle kurulmuştur. 2014 yılı Ocak-Haziran döneminde kurulan limited şirketlerin ise yüzde 26,95'i sermaye alt sınırı olan 10.000 TL sermayeyle kurulmuştur.

¹⁷ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, §5, N. 35-52.

¹⁸ Oruç Hami Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 110; Tansu Dumrupınar, "Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Korunması ve Yönetim Kurulunun Şirket Esas Sermayesinin Azalmasından Doğan Sorumluluğu", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2010, s. 44.

c. Sermayenin İade Edilememesi

Sermayenin korunması ilkesinin temel kurallarından birini, sermayenin iade edilememesi oluşturmaktadır¹⁹. Anonim şirketler açısından TTK m. 480, f. 3 hükmüne göre, tasfiye payına ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete verdiklerini geri istemeleri mümkün değildir. Limited şirketler açısından da TTK m. 601 hükmünde esas sermayenin azaltılması hâli hariç tutulmak üzere, ortaklara, esas sermaye payı bedelinin geri verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Sermayenin getirildiği şekilde kalmasını sağlamak için itibari değer altında pay oluşturulmaması (TTK m. 347)²⁰, karın kazanç ya da bunun için ayrılmış yedek akçelerden karşılanması (TTK m. 523), şirketin kendi payını iktisabına ilişkin sınırlamalara gidilmesi (TTK m. 379 vd.), sermayenin korunması ilkesine aykırı kurul kararlarının geçersiz kabul edilmesi (TTK m. 391, f. 1, b ve TTK m. 447, f. 1, c) gibi çeşitli düzenlemeler yapılmıştır²¹. Borçlanma yasağı da sermayenin korunması ilkesinin bir sonucu olarak kanunda düzenlenmiş bu maddeler arasında yer almaktadır²².

3. Borçlanma Yasağının Sermayeyi Koruyucu Fonksiyonu

Sermayenin korunması ve şirket malvarlığının korunması birbirinden farklı kavramlar olduğundan çoğu şirketin malvarlığı yanında esas sermayesi oldukça sembolik kalabilmektedir²³. Özellikle asgari sermaye tutarıyla kurulan büyük bir şirkette bu sembolik oranın korunmasını amaçlayan kanun hükümleri, uygulamada, şirketlerin malvarlığı değerleri göz önüne alındığında alacaklıları koruma amacını

¹⁹ Gül Okutan Nilsson, “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum)**, C. 18, S. 2, 2013, s. 256 ; Şener, s. 312.

²⁰ 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 8, f. 1 hükmü de aynı şekildedir.

²¹ Sermayenin korunması ilkesi açısından en önemli düzenlemenin bu ilkeye aykırı kararların geçersiz kabul edilmesi olduğu yönünde bkz. Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Bursa: Dora, 2013, s. 206.

²² Doğan Yılmaz, “Yeni TTK’nın Son Durumu ve Temettü Avansı Tebliği Karşısında Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanmaları”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 238, 2012, <https://www.xing.com/communities/posts/yeni-ttknin-son-durumu-ve-temettue-avansi-tebliği-karsısında-pay-sahiplerinin-sirkete-borclanmaları-1001522033> (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.); İsmail Kaya, “Yeni TTK’ya göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, **MÜHFD (6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” Sempozyum)**, C. 18, S. 2, 2013, s. 645.

²³ Yedek akçe ve dağıtılmayan karlar söz konusu olduğunda şirket malvarlığı ve esas sermaye arasındaki bağlantının güçlü olmayacağı yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 199; Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015. §9, N. 7.

gerçekleştirmekten uzak kalabilmektedir²⁴. İlerleyen bölümlerde de değinileceği gibi şirketin esas sermayesi asgari sermaye oranında ya da bu orana yakın belirlenerek kanunun amaçladığı çoğu hüküm bertaraf edilebilmektedir. Bu da asgari sermayenin sembolik kaldığının bir diğer kanıtıdır. Asıl olan asgari sermaye belirlemek ve buna yakın belirlenerek düşük tutulan esas sermayeleri korumak değil, şirketin tüm malvarlığını belli bir risk alanı bırakacak şekilde koruma altına almaktır²⁵. Asgari sermaye şartı ve sermayeyi asgari olarak koruyan hükümler ise tek başına bu amacın gerçekleşmesini sağlamaktan uzaktır. Bu haliyle sermayeyi koruyucu hükümler malvarlığını korumakta yetersiz kalmakta, kanun koyucunun belirlediği birkaç özel faaliyet alanı dışında kalan ve büyük sermaye gerektiren alanlarda yetersiz sermayeli şirketler söz konusu olduğunda alacaklıların mağdur edilmemesini sağlayacak hukuki imkânlar oldukça sınırlı kalmaktadır.

Pay sahibinin ve şirket yönetiminde görev alan kişilerin şirkete borçlanmalarının engellenmesi, özellikle bu kişilere yapılan ödemelerin şirket kaynaklarından karşılandığı düşünüldüğünde, şirket malvarlığının bu ödemelerde yetersiz kaldığı durumlarda hem sermayeyi hem de şirket malvarlığını koruyucu etkisini göstermektedir²⁶. Bu malvarlığı içinde yer alan şirket sermayesine kadar şirket kaynaklarının ortaklarca kullanılması sermayenin korunması ilkesine aykırılık doğuracak ve şirketin mali gücüne zarar verecektir. Şirket ortakları ve yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına şirketin malvarlığından menfaat sağlanmasına yönelik işlemler hem diğer pay sahiplerinin, hem şirketin, hem de devletin zararına²⁷. İlerleyen bölümlerde üzerinde durulacağı üzere pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına ilişkin hükümde değişiklik yapılarak şirketin sermayesi dışında kalan fazladan değeri oluşturan malvarlığından karşılanmak üzere şirketten borç alınması mümkün hale getirilmiştir. Bu

²⁴ Şirket sermayesi ve malvarlığı ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dumlupınar, s. 20 vd.

²⁵ Düzenlemelerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve Kanunun amacının dar anlamda esas sermayeyi değil geniş anlamda şirketin tüm malvarlığını korumayı amaçladığı yönünde bkz. Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. II, İstanbul, 2010, s. 1689.

²⁶ Karahan/Coşgun, s. 356; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 122; Bilgili/Demirkapı, s. 395; Serdar Hızır, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, S. 2, 2013, s. 227.

²⁷ Sami Karahan, “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 239, 2012, s. 262.

haliyle hükümde öncelikli amaç sermayenin korunmasıdır, yoksa şirket, sermayenin korunması ilkesini gözetdiği sürece artı değeri oluşturan malvarlığı bölümünü diğer şirketler hukuku ilkelerini gözeterek serbestçe değerlendirebilmektedir.

B. ALACAKLILARIN KORUNMASI

1. Şirketler Hukukunda Alacaklıların Korunmasını Sınırlandıran İlkeler

Şirket kurulmakla birlikte ortaklardan bağımsız olarak bir kişilik kazanmaktadır. Tüzel kişiliği olan şirkete, ortaklarca getirilmiş olan tüm mal ve haklar da şirketin malvarlığına girmekte ve ortakların malvarlığından çıkmaktadır. Şirketler hukukunda iki önemli ilkeye dikkat çekmek gerekmektedir: Şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olması ve ortakların sınırlı sorumlu olmaları. İşte bu iki temel ilke alacaklıların korunması açısından neden bu derece karışık hükümler getirildiğinin ve alacaklıların korunması konusunda neden yetersiz kaldığı gerçeğinin kökenini oluşturmaktadır²⁸.

a. Şirketin Ayrı Bir Tüzel Kişiliği ve Malvarlığı Olması

Türk hukukunda, tüzel kişilik, ortak bir amaç etrafında süreklilik esasına göre örgütlenmiş, kendisini oluşturanlardan bağımsız olan bir kişi ya da mal topluluğunu ifade eder²⁹. Ortakların yazılı olarak hazırladıkları ve noter tarafından onaylanan şirket sözleşmesinin ticaret siciline tesciliyle birlikte, şirket tüzel kişilik kazanır. Şirketin ortaklardan ve ortakların malvarlığından bağımsız olarak kendi tüzel kişiliği ve malvarlığı olmasının sonucu olarak; ortakların alacaklıları şirket malvarlığına gidemediği gibi şirket alacaklıları da ortakların malvarlığına gidememekte (bkz. TTK m. 133), şirketin iflası ortağın iflası sonucunu doğurmamakta ve şirkete olan borç ortaktaki alacakla takas edilememektedir (bkz. TTK m. 242)³⁰. Şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olmasının bir sonucu olarak da şirketin kendine ait ayrı bir yönetim

²⁸ Cahn/Donald, s. 11.

²⁹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 9. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009, s. 192; Tanımın tek kişi ortaklıkları açıklamakta yetersiz kaldığı yönünde bkz. Fatih Aydoğan, **Tek Kişi Ortaklığı**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 92.

³⁰ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §5, N. 8; Ünal Tekinalp, **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişilik Ortaklığının Esasları**, İstanbul, 2011. §5, N. 5; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §9, N. 1; Mehmet Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**. Yeni TTK'ya göre Yazılmış Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul: Beta, 2015, s. 3 vd.; Cahn/Donald, s. 25; Kraakman/Armour/Hansmann, s. 6; Bilgili/Demirkapı, s. 15 ve 55; Muzaffer Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008, s. 70.

organizasyonu bulunmakta ve yönetim yetkilendirmediği sürece ortaklar şirket adına hareket edememektedir³¹.

Şirketin ayrı bir malvarlığına sahip olması bir bakıma alacaklıların haklarını güvence altına almaktadır³². Ancak bu malvarlığı ortaklarca kullanıldığı ve ortakların şahsi malvarlıklarına katıldığı hallerde, şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve ortak ile şirketin malvarlığının ayrılığı gerekçesiyle ortağın malvarlığına gitmek mümkün olamamaktadır. Bu sebeple hem ortaklar şirketi ve dolaylı olarak şirket alacaklılarını zarara uğratabilmekte hem de tüzel kişilik olgusuna gizlenerek sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu tür kötüye kullanımlar neticesinde şirketin tüzel kişiliğinin bir anlamı kalmadığı gibi alacaklılar da zarara uğramaktadır³³.

b. Ortakların Sınırlı Sorumluluğu

Büyük sermayelerin toplanması için girişimcilerin yatırımda bulunması ve taahhütlerini yüklenebilmeleri sınırlı sorumluluk prensibinin kabulüyle mümkün olabilmıştır³⁴. Sınırlı sorumluluk ilkesinin en önemli sonucu şirket ortaklarının şirketin kaybindan kişisel olarak sorumlu tutulmaksızın şirketin kazancından pay alma imkânına sahip olmalarıdır³⁵. Şirketin, şirket ortaklarının malvarlığından ve kişiliğinden bağımsız ayrı bir malvarlığı ve kişiliği bulunduğundan, alacaklılara karşı da şirket sadece kendi malvarlığıyla sorumlu olmaktadır. Bunun sonucu olarak da ortakların, şirket malvarlığına alacaklıların zararına olacak şekilde müdahalede bulunmamaları

³¹ Cahn/Donald, s. 25; Kraakman/Armour/Hansmann, s. 14; Karahan/Giray, s. 113; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §2, N. 10.

³² Lerzan Yılmaz, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 238.

³³ Mustafa Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, **MÜHFD (6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken” Sempozyum)**, C. 18, S. 2, 2013, s. 659.

³⁴ Selçuk Öztekin ve Tekin Memiş, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 196; David Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability”, **Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, Working Paper No. 03-13, September 2003, s. 7 (This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=451520>); Kraakman/Armour/Hansmann, s. 9; Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, s. 80.

³⁵ Susan Saab Fortney, “Professional Responsibility and Liability Issues Related to Limited Liability Law Partnerships”, **South Texas Law Review**. Vol. 39, 1998, s. 400-401.

gerekmektedir³⁶. Nitekim bu ortaklar bu tür davranışları sonucu şirketin iflası halinde zarar görenlere karşı sadece taahhüt ettikleri sermaye oranıyla “sınırlı olarak ve şirkete karşı sorumlu” olacaklardır³⁷. Bu şekilde şirket malvarlığını istismar eden ortaklara karşı ise şirket alacaklılarının doğrudan bu ortaklara başvurabilmesi çok sınırlı olarak mümkün olabilmektedir. Uygulamada ise bu gibi hallerde, şirket alacaklılarının, sınırlı sorumluluk ilkesinin maliyetine katlanmak zorunda bırakılması yargı kararlarıyla reddedilmiştir³⁸. Aşağıda detaylı olarak açıklanacak olan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi de bu amaçla geliştirilmiş bir alacaklıları koruma mekanizmasıdır.

2. Türk Hukukunda Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler

Şahıs şirketlerinde ortakların ikinci derecede, sınırsız ve müteselsilen sorumluluğu düzenlenmiştir (kollektif şirkete ilişkin bkz. TTK m. 211, komandit şirkete ilişkin bkz. TTK m. 304). Bu şirketler tüzel kişiliğe sahip olduğu halde, alacaklıların tüzel kişiye başvurup alacaklarının karşılıksız kalması halinde ortaklara başvurma ve ortakların malvarlığına gitme imkânları bulunmaktadır. Bu düzenlemenin tercih edilme sebebi ise şahıs şirketlerinde ortaklar arasındaki güven ilişkisinin ve sermayeden ziyade şahısların itibar ve malvarlıklarının şirket yapılaşmasının temelini oluşturmasıdır³⁹.

Sermaye şirketlerinde hizmet, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak getirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (Anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 342, limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 581)⁴⁰. Aynı şekilde komanditer ortağın da kişisel emek ve ticari itibarını bir komandit şirkete sermaye

³⁶ Öztekin/Memiş, s. 205; Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, s. 77.

³⁷ Şirkete karşı sorumlu olma ibaresine TTK m. 329, f. 2 hükmünde açık olarak yer verilmişken limited şirketlere ilişkin olarak bu ibare TTK m. 573, f. 2 hükmünde belirtilmemektedir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35 hükmüne göre; limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında, doğrudan doğruya sorumlu oldukları ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutuldukları düşünüldüğünde, şirkete karşı sorumlu olma ifadesine yer verilmemesi esasen yerindedir. Belirtilmemesinin ihmal sonucu olduğu yönünde bkz. Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul, 2012, s. 218; Şirkete karşı sorumlu olmanın sermaye şirketi olmanın doğan bir sonucu olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 9.

³⁸ Millon, s. 21.

³⁹ Hukuki yapının getirdiği ağır sorumluluk nedeniyle, ortakların karakter yapısının, iş ahlakının, tecrübesinin şahıs şirketlerinde büyük önemi olduğu yönünde bkz. Murat Yusuf Akın, **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**, İstanbul: İMKB Yayınları, 2002, s. 37; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 5; Bilgili/Demirkapı, s. 5.

⁴⁰ Aynı şekilde 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 7’de iş yapmak ve hizmet edimi gibi taahhütlerin sermaye olarak kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir.

olarak koyamayacağı hükmü düzenlenmiştir (TTK m. 307). Bu hükümler bu şirket ortaklarının sınırlı sorumlu olmaları ve bu sermaye türlerinin alacaklılar için güvence oluşturmayacağı sebebiyle alacaklıları korumak için getirilmiştir⁴¹.

TTK uygulanacak hükümler madde kenar başlığı altında her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. Ticaret şirketleri tüzel kişiliğe sahiptir. Tüzel kişiler ise iradesini organları aracılığıyla kullanır ve TMK m. 50, f. 3'e göre; organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar. Bu hükmü dayanak alarak organları oluşturan üyelerin haksız fiil yanında borca aykırı davranışlarından da ayrıca ve müteselsilen sorumlu tutulabileceği sonucuna varmak mümkündür⁴².

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35 sermaye şirketlerine özgü sınırlı ve şirkete karşı sorumlu olma ilkesine limited şirket açısından önemli bir istisna getirmiştir⁴³. Şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından dolayı, ortakların sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacağı ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları hükmünü getirmiştir⁴⁴. Hüküm ortaklığın sorumluluk sistemine ters düştüğünden eleştirilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 20; Bilgili/Demirkapı, s. 5, dn. 10 ; Şener, s. 295.

⁴² Gökhan Antalya, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi", **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 147.

⁴³ Bu hükmün tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin yasal uygulaması niteliğine olduğu yönüne bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 53.

⁴⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 18, dn. 21.

⁴⁵ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 455.

3. Alacaklıların Korunması İçin Geliştirilen Bir Teori: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması⁴⁶

Alacaklıları koruyucu düzenlemelerin yetersiz kaldığı ve bariz şekilde hukuka aykırı olan durumlar karşısında adaletin sağlanması ve hukuka olan güvenin korunması amacıyla çeşitli teoriler geliştirilmiş ve hukuki çarelere başvurulmuştur. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanuna karşı hile yapılması ya da organik bağ esasına göre uygulamada somut olayların hakkaniyete uygun şekilde çözülmesi amaçlanmıştır. Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ise tüzel kişilik ve ortakların sınırlı sorumluluğu ilkesinin sakıncalarını gidermek amacıyla ortaya atılmış bir hukuki çaredir. Ancak kural olanın tüzel kişiliğe gitme olduğu ve tüzel kişilik arkasındaki kişilere gitmenin ise istisna olduğu unutulmamalıdır⁴⁷.

a. Teorinin Gelişimi

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi, sermaye şirketlerindeki tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkesinin sonucu olan ayrı kişilik ve ayrı malvarlığı ilkesinin, gerektiğinde bertaraf edilebilmesi temeline dayanır⁴⁸. İngiliz ve Amerikan hukuk sisteminde doğmuş ve sonrasında Kıta Avrupası hukuk sisteminde de yankı bulmuş bu teoriyle, tüzel kişilik ve arkasındaki gerçek kişilerin ayrı kişilik olarak değerlendirilmeyip bir bütün olarak değerlendirilmesi ve bunun sonucunda da asıl sorumluların bulunması amaçlanmaktadır⁴⁹. Bu teoriyle, sadece tüzel kişilik ve onu

⁴⁶ Alman ve İsviçre hukukunda genel olarak “Durchgriff” kavramı kullanılmakta, İngiliz ve Amerikan hukukunda ise “lifting/piercing the corporate veil” ya da “disregard of legal entity” şeklinde ifade edilmektedir. Türk Hukukunda ise kavram olarak perde, tül veya örtüden bahsedilmekte ve bunun kaldırılması, delinmesi ya da aralanması şeklinde ifadelere yer verilmektedir. İfade ediş farklı olsa da aynı teoriyi ifade eden bu söylem farklılıklarından “perdenin aralanması”nı kullanmayı tercih ettik. Terminoloji için bkz. Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul: Beta, 2000, s. 13; Lerzan Yılmaz, s. 239; Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995, s. 389; Antalya, s. 143 vd.

⁴⁷ Mehmet Kamil Yıldırım, “Maddi Hukuk ve İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 183; Yanlı, s. 70; Kemalettin Yüksel, “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Lifting The Corporate Veil”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 270.

⁴⁸ Antalya, s. 149; Öztekin/Memiş, s. 196; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 12; Bilgili/Demirkapı, s.53.

⁴⁹ İpek Sağlam, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 154; Ayrıntılı bilgi için bkz. Veliye Yanlı, **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**, İstanbul: Beta, 2000; İpek Sağlam, “Tüzel Kişilik Örtüsünün

oluşturan organların değil, ayrıca başka tüzel kişilerin de bir bütün olarak değerlendirilmeleri mümkündür⁵⁰. Şirket yanında ortağın da sorumlu tutulabilmesi, ortak yanında şirketin de sorumluluğa dâhil edilmesi ve son olarak şirketle birlikte başka bir şirketin de sorumlu tutulabilmesi imkân dâhilindedir⁵¹. Böylece tüzel kişilik arkasına gizlenerek kanuna karşı hile yapan, sözleşme sorumluluklarından kaçan ve üçüncü kişilere zarar vermeyi amaçlayan kişiler son çare olarak bu teoriyle sorumlu tutulabilecektir⁵². Bu yola gidilmesinin amacı adaletin sağlanması ve asıl sorumluların bulunması ve böylece hakkaniyete uygun bir çözüm bulunması olarak özetlenebilir. Sebep, gerekçe ve uygulanabileceği durumları kategorize etmek doktrinde bir görüş birliği oluşmadığı ve Yargıtay uygulamalarında da belli kıstaslar getirilemediği için mümkün değildir. Ancak bu teorinin kullanılma amacını (1) belirli bir düzenleyici veya yasal düzenin hedeflerine ulaşmak⁵³; (2) kazanç sağlama amacıyla ortakların yanlış ve dürüstlüğü aykırı beyanlarından kaçınmak⁵⁴; (3) alacaklılar arasındaki paylaştırmada şirketin iflas halindeki değerini teşvik etmek şeklinde incelenebileceği ileri sürülmektedir⁵⁵.

Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak)", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 1995; Ayşegül Özkurt, **Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

⁵⁰ Yanlı, s. 21.

⁵¹ İsviçre hukukunda bu imkanların sırasıyla perdenin doğrudan kaldırılması, perdenin ters çevrilmiş kaldırılması ve perdenin yatay kaldırılması olarak ifade edildiği yönünde bkz. Öztekin/Memiş, s. 199.

⁵² Tekinalp/Tekinalp, s. 396.

⁵³ Yazar çevrenin korunması ve sosyal güvenliğe ilişkin temel yasaların amaçlarının gerçekleştirilmesini örnek olarak göstermiştir. Bkz. Jonathan R. Macey and Joshua Mitts, "The Three Justifications for Piercing the Corporate Veil", **Cornell Law Review**. Forthcoming; Yale Law & Economics Research Paper No. 488. 2013, s. 6, <http://ssrn.com/abstract=2398033> (15.03.2014 tarihinde erişilmiştir.)

⁵⁴ Yazar sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk ayrımını yapmıştır. Bkz. Macey/Mitts, s. 6.

⁵⁵ Macey/Mitts, s. 6; Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasındaki amaç şu şekilde ifade edilmiştir: "Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin amacı, tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılarak hukuki sorumluluktan kaçınmayı önlemek, hakkaniyeti sağlamaktır. Perdeyi aralamak teorisiyle tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı durumlarda farklı tüzel kişilik savunması kabul edilmeyerek perdenin arkasındaki kişi sorumlu tutulabilmektedir. Perdeyi aralama teorisiyle birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin ya da ana ortaklıkla yavru ortakların özdeş kılınarak sorumlu tutulmasına olanak sağlanmaktadır." Y. 23. HD, T. 19.06.2012, E. 2012/3083, K. 2012/4296, **UYAP Mevzuat-İçtihat Programı 2013**.

b. Uygulama Alanı Bulabileceği Durumlar

(1) Malvarlığının Karışması

Şirket ve şirket ortaklarının malvarlığının ayrılığı ilkesinin sınırlı sorumluluğun temelini oluşturduğu ortadadır. Şirket ve ortağın malvarlığı gerçekte bu ayrılık ilkesinin gereği gibi ayrı olarak değerlendirilmiyor ve malların ayrılması mümkün olamıyor ise o halde ortağın ayrı malvarlığı ve ayrı tüzel kişilik savunması hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilecektir⁵⁶. Bu durumda ortak kendi davranışı ile şirket malvarlığı ve kendi malvarlığını özdeşleştirmekte ve bizzat kendisi tüzel kişilik perdesini üçüncü kişilere karşı aralamakta ve kendi kişiliği ve şirket kişiliğini özdeşleştirerek hukuki ilişkilere taraf olmaktadır⁵⁷.

Özellikle tek kişilik sermaye şirketi yapısını tanıyan TTK sisteminde, işletmesini şirkete çeviren kişinin sınırsız sorumluluktan kurtularak tek kişi ortaklık yapısını kötüye kullanabileceği düşünülmektedir⁵⁸. Bu kötüye kullanım riskini bertaraf etmek için tek kişilik ortaklılara ilişkin çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Şirketin tek ortaklı kurulması veya sonradan tek ortaklı hale gelmesi üzerine bildirim yükümlülüğü, bu durumun tescil ve ilan ettirilmesi zorunluluğu (anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 338, f. 2; limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 574, f. 2 ve 629, f. 2), işlem güvenliği için yazılılık şartı getirilmesi (anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 371, f. 6; limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 616, f. 3) gibi düzenlemeler bu niteliktedir. Ayrıca tek kişi şirketin tüm paylarının bir kişinin elinde toplanması sebebiyle ve bu kişinin şirket dışında iktisadi bir menfaati olması varsayımında şirketin zararına olarak hareket etme riski göz önüne alındığında, bu şirket ve tek pay sahibi arasındaki ilişkiye de şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanabileceği görüşü de ileri atılmaktadır⁵⁹. Şirkete

⁵⁶ Örnekler için bkz. Öztekin/Memiş, s. 206; Sağlam, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, s. 157 vd.; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §23, N. 13.

⁵⁷ Erol Ulusoy, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, 2008, s. 377 vd.; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §5, N. 12.

⁵⁸ Yapının kötüye kullanımı halinde tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin uygulanmasına olan gereksinimin artacağı yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 12; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §4, N. 6; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §5, N. 1; Eroğlu, “Tek Ortaklı Şirketler”, s. 1260, 1266 vd.; Şirket istatistikleri bültenine göre 2014 yılı Haziran ayında anonim şirketlerin yüzde 47,20’si, limited şirketlerin ise yüzde 58,69’u tek ortaklı kurulmuştur.

⁵⁹ Kağan Susuz, “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel**

borçlanma yasağı ise tek kişi ortaklıkların kötüye kullanılmasını önleyecek nitelikte, somut olarak şirketi koruyucu sigortalardan biridir⁶⁰.

(2) Yetersiz Sermaye

Şirket faaliyetlerinin yürütülmesi için yeterli bir sermayenin olması gerekir. Her ne kadar çoğu sistemde asgari sermaye öngörülmüş olsa da, şirket faaliyetleri ve sermayenin orantılı olmasının gerektiğine yönelik somut düzenlemeler bulunmamaktadır⁶¹. Özellikle vergisel sorumluluklardan kaçınmak ve pay sahiplerinin kişisel sorumluluk alanını daraltmak amacıyla, uygulamada çoğunlukla şirket sermayesi düşük tutulmakta ve şirketler sermaye artırımını yerine borçlanma yoluna giderek yatırımlarını gerçekleştirmektedir⁶². Ancak işletme faaliyetleri ile şirket sermayesi arasında açık dengesizlik bulunması halinde tüzel kişilik perdesinin aralanması gündeme gelebilecektir.

(3) Kurumsal ve/veya Bireysel Kötüye Kullanma

Hukuk alanında yasal bir görünüm yaratarak ancak esasen hukuka aykırı şekilde şirket yapısının arkasına gizlenerek sorumluluktan kurtulma ya da alacaklıları zarara uğratma düşüncesiyle hareket eden kişilerin; dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanımı yasağı ve neticesinde tüzel kişilik perdesinin aralanması yoluyla sorumlu tutulmaları mümkün olabilir⁶³.

Hâkim ortağın/şirketin kötüye kullanımlarını da bu kategoride değerlendirmek mümkündür. Ana şirketin yavru şirket borçlarından sorumlu tutulabilmesi için geliştirilen şirketler arası ekonomik birlik, ana şirketin haksız davranışı, doğan zarar ve hâkimiyet ilişkisi arasında nedensellik bağının varlığı halinde sorumluluk doğacağı

Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum), C. 18, S. 2, 2013, s. 276.

⁶⁰ Aydoğan, s. 200; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §5, N. 13.

⁶¹ Öztekin/Memiş, s. 207.

⁶² Millon, s. 36.

⁶³ Eroğlu, "Tek Ortaklı Şirketler", s. 1266 vd.; Özellikle 5941 sayılı Çek Kanunu m. 4, f. 2 hükmünde düzenlenen, tacir tüzel kişi çek hesaplarına ilişkin olarak tüzel kişinin gerçek kişi ortakları ve etkisi altında olan diğer gerçek kişiler ile yönetim organında yetkili olan gerçek kişilerin adına açılan çek hesaplarının da tacir tüzel kişinin hesabı olarak kabul edileceğine yönelik hüküm, karine olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisini kanunlaştırmıştır. Değerlendirmeler için bkz. Sevda Bora, "Çek Hesabı Açma ve Ödemeye İlişkin Muhatap Bankanın Yükümlülükleri", **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 11, 2014, s. 64-65.

görüşü⁶⁴ TTK’da şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelere de ışık tutmuş ve şirketler topluluğu hukukunda şirketler arası ilişkilerde sorumluluğun temeli atılmıştır.

c. Uygulanma Şartları

Tüzel kişilik perdesinin aralanması TMK m. 2 temelli bir teoridir. Taraflar her işleminde dürüst hareket etmek ve haklarını kötüye kullanmamak zorundadırlar. Aksi halde hukuk sisteminin bu taraflara tanıdığı savunma araçlarını kullanmaları hukuka olan güveni sarsacağı gibi hakkaniyetle de bağdaşmayacaktır. Ancak tüzel kişilik perdesinin aralanması istisnai bir imkân olduğundan öncelikle hakkın başka yollardan elde edilip edilemeyeceği incelenmeli, son çare olarak bu yola başvurulmalıdır⁶⁵. Ortakların sorumlu tutulabilmeleri için, şirket tüzel kişiliğinin arkasına gizlenerek, kendi menfaatine ve şirket alacaklılarının zararına olacak şekilde hareket etmeleri sonucunda zararın doğmuş olması gerekmektedir. Burada esasen şirket tüzel kişiliğinin ve malvarlığı ayrılığı ilkesinin açık bir kötüye kullanımı olmalı ve ortakların kendi kişilik ve malvarlıkları ile şirket tüzel kişiliği ve malvarlığı ayrılığını savunma olarak ileri sürmeleri somut olayda dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır. Sınırlı sorumluluk ilkesini ileri sürmenin de hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilmesi lazımdır.

d. Teorinin Değerlendirilmesi

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi somut olayda hakkaniyete uygun çözümler sağlamakla birlikte tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkeleri alacaklı menfaati için dahi olsa gözden çıkarılamayacak kadar güçlü ilkelerdir ve sermaye şirketlerinin varlık amacının ve ticari hayatın ihtiyaçlarının bir sonucudur. Bu teori, sermaye şirketlerinin üzerinde şekillendiği tüzel kişilik ve ortakların sınırlı sorumluluğu ilkelerini, alacaklıların korunması amacıyla da olsa hiçe saydığından oldukça çekimser yaklaşılan bir çözüm aracıdır⁶⁶. Anglo-Sakson hukuk sisteminden doğması sebebiyle,

⁶⁴ Yüksel, s. 269.

⁶⁵ Ulusoy, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, s. 355; tüzel kişilik perdesinin aralanmasının bir doktrinden ziyade çare(remedy) olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Macey/Mitts, s. 4; Adil bir çözüm için ihtiyari bir çare olduğu yönünde bkz. Peter S. Spiro, “Clarifying the Rules for Piercing of the Corporate Veil”, 4 December 2013, s. 7, 20, <http://ssrn.com/abstract=2363647> (15.03.2014 tarihinde erişilmiştir.).

⁶⁶ Macey/Mitts, s. 3; Yargıtay’ın çok keskin kararları da mevcuttur. Özellikle on bir anonim şirkete ortak olmanın ve sanayici derneğine üye olmanın kişiye tacir sıfatı kazandırabileceği ve iflasının da istenebileceğine yönelik kararı hiçbir hukuki dayanak ve teori olmaksızın da ekstrem kararlar verilebileceğini göstermesi açısından dikkat çekicidir. Nitekim bu kararda şirketin tacir olmasının

Kıta Avrupası hukukçuları mevcut hukuk düzenlemelerinin doğru yorumlanması ve uygulanması halinde çoğu olayda bu aracın kullanılmasının gerekmeyeceğini ileri sürmektedir⁶⁷. Kanaatimizce de yapmama borcu, rekabet yasağı vs. akdi ya da kanuni yükümlülükleri şahsen üstlenen kişinin sırf bu yükümlülükleri dolanmak amacıyla bir şirket tüzel kişiliğinin arkasına gizlendiği durumlarda açıkça bir kanuna karşı hile ya da sözleşmeye aykırılık söz konusu olacağından, bu gibi hallerde tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine ihtiyaç duyulmamalıdır.

Uygulamadaki Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde teorileri açıklama, gerekçelendirme ve uygulamada birlik olmadığı göze çarpmaktadır. Bu sebeple her olay için kavramlar farklı şekilde kullanılmakta; kanuna karşı hile⁶⁸, muvazaa⁶⁹, organik bağ⁷⁰ ya da tüzel kişilik perdesinin aralanması yoluna gidilen somut olaylarda hatalı kavramlarla çözüme gidilmeye çalışılmaktadır. Örneğin organik bağ esası tüzel kişilik perdesinin aralanmasıyla benzer olmakla birlikte farklı yönleri de

sonucunda iflasa tabi olması yükümlülüğü, şirket ortağına şahsi borcu için uygulanmıştır. Kararın sonuç kısmı şu şekildedir: “*özellikle davalının ticaret sicilinde şahsi kaydı yoksa da R... Kağıt A.Ş., P... A.Ş., P... A.Ş., B... A.Ş., F... A.Ş., L... Gıda A.Ş., A... Kimya A.Ş.,... Kimya A.Ş., B... Otomotiv A.Ş., O... Otomotiv A.Ş., B... Otomotiv A.Ş.'nin ortağı ve yöneticisi olan MUSİAD adlı kuruluşa sanayici olarak bildirimde bulunan İstanbul Ticaret Odasında yöneticilik yapan davalının tacir olduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına göre,(...)*”, Y. 19. HD. T. 2.11.2000, E. 2000/5828, K. 2000/7383, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**; Aynı şekilde alacaklı bankanın, borçlu firma adına çalışan bir kişinin hesabına, borçlu firma bayilerince sürekli ve yüklü miktarda havale gönderildiğini fark etmiş ve hesaptaki parayı kredi borcuna karşılık tahsil etmiştir. Yargıtay bu olayda çalışanın hesabını firma hesabı olarak değerlendirmiştir. Y. 11. HD. T. 19.1.2004, E. 2003/5439, K. 2004/327, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**.

⁶⁷ Karsten Schmidt, **Gesellschaftsrecht**, 2. Aufl, Köln, 1991, s. 186 vd. Aktaran: Yıldırım, s. 185.

⁶⁸ Bir olayda, şirketin işçilerini başka bir şirket kurarak bu şirket adı altında gösterip şirketin içini de boşaltmaları halinde esasen işverenin sorumluluğunu dolanmak amacıyla hukukun tanıdığı bir imkan kullanılmakta ve somut olayda kanuna karşı hile değerlendirmesi yapılması daha baskınken tüzel kişilik perdesinin aralanması çaresine gidilmiştir. Karar için bkz. Y. 23. HD, T. 19.02.2013, E. 2013/4903, K. 2013/6314, **Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası**.

⁶⁹ İşçilere karşı kanuni yükümlülükler üstlenmemek için işçi sayısını düşük gösterme amacıyla bir işyerinde onlarca şirket adı altında işçilerin çalıştırılması olayında muvazaaya dayanılmıştır. Karar için bkz. Y. 9. HD, T. 29.1.2007, E. 2006/29351 K. 2007/1018, **Kazancı Bilişim- İçtihat Bilgi Bankası**; Kanaatimizce İş Kanunu genel olarak bu gibi halleri muvazaalı saydığından yanlış kavram seçimi kanun koyucudan kaynaklanmaktadır. Bkz. Sevda Bora, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 80, 2013, s. 60-72.

⁷⁰ Şirket temsilcileri ve şirket ortaklarının aynı kişilerden oluştuğu bir olayda yönetim benzerliğine dayanılarak tüzel kişilik perdesinin aralanması yoluna gidilmiş organik bağ değerlendirmesi yapılmamıştır. Karar için bkz. Y. 19. HD, T. 12.5.2006, E. 2005/8774, K. 2006/5232; iflas masasından mal kaçırmak amacıyla aynı temsilci, ortak ve adresle kurulan şirket olayında ise kanuna karşı hile değerlendirilmesine gidilmeksizin organik bağ kurularak çözüme gidilmiştir. Karar için bkz. Y. 21. HD, T. 26.2.2004, E. 2003/10954, K. 2004/1663, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**.

bulunmaktadır⁷¹. Öncelikle tüzel kişilik perdesi aralanarak arkasındaki ortağa gidilmesi mümkünken şirketi başka bir şirketle ilişkilendirmek ve farklı şirketleri aynı tüzel kişilik olarak değerlendirmek için bu teori bazen yetersiz kalabilmektedir. İki teori de hakkın kötüye kullanımı yasağı ve dürüstlük kuralından beslenmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasıyla gelişen bu teoride şirketler arasında belli başlı benzerliklerin bulunması ayrı şirketler arasında organik bağ bulunduğu anlamına gelmemekte⁷², somut olay ve delillerin değerlendirilmesi sonucunda tespit edilebilen iktisadi bütünlük ve birlikte hareket etme gibi unsurlar önem kazanmaktadır⁷³. Kavramların iç içe geçmesi sebebiyle, benzer durumdaki sorunlar için benzer çözümler hedefi

⁷¹ Öztekin/Memiş, s. 209.

⁷² İş davalarında olabildiğince işçi lehine değerlendirme yapıldığı düşünüldüğünde şu kararlar dikkat çekicidir: "(...) Mahkemece, salt vekaletnamelerinin üzerinde durulup, vekaletnamelerdeki bazı adreslerin ve soyadlarının aynı olduğu, önceki işverenler ile davalı arasında organik bağ bulunduğu kabul edilerek davalının tüm çalışma süresi üzerinden hesap edilen alacaklardan sorumlu tutulması yönünde verdiği karar dosyadaki diğer deliller değerlendirilmeksizin ve eksik araştırma sonucu oluşturulduğundan isabetsizdir. (...)” YHGK, T. 16.4.2003, E. 2003/9-279, K. 2003/292; “Davacının 3.7.1987 - Mart 1996 tarihleri arasında çalıştığı anlaşılan şirkette geçen çalışmalarının davalı şirket de 1.4.1996 - 31.3.1999 tarihleri arasında geçen hizmetleri ile iki şirket arasında organik bağ olduğu gerekçesi ile birleştirilerek tüm hizmet süresi nazara alınarak hesaplanıp kıdem tazminatı hüküm altına alınmışsa da her iki şirket sermaye şirketi olup Anonim Şirket mahiyetindedir. İki şirketin bir holding bünyesinde olduğu da iddia edilmemiştir. Bu sebeple organik bağın varlığı gerekçesi ile açıklandığı şekilde sonuca gitmek mümkün değildir. Mahkemece davacının önce çalıştığı şirketten davalı şirkete hizmet devrinin yapıp yapılmadığının araştırılmalı, hizmet devri sözkonusu ise şimdiki gibi karar verilmeli hizmet devri sözkonusu değilse kıdem tazminatı hesabında yalnız davalı işyerinde geçen hizmetler nazara alınarak sonuca gidilmelidir.” Y. 9. HD, T. 25.11.2002, E. 2002/7086, K. 2002/22210; Bazı benzerliklerin organik bağ için yeterli olduğu kararlara da rastlanmaktadır. Kararların ilgili bölümleri şu şekildedir: “Borçlu şirket ve şahıslar ile üçüncü kişi şirketin aralarında organik bağ olduğu kurucularının kısmen aynı kişilerden oluştuğu ve şirketlerin arasında devir münasebeti bulunduğu anlaşılmaktadır.” Y. 15. HD, T. 18.9.1996, E. 1996/4034, K. 1996/4502; “Genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan borç nedeniyle, borçlu şirketin kredi sözleşmesi adresiyle aynı olan ödeme emrinin tebliğ edildiği adreste uygulanan haciz nedeniyle üçüncü kişi konumundaki şirket tarafından açılan istihkak davasında, borçlu şirket ile üçüncü kişi konumundaki şirketin tescil adresleri, sorumlu ortakları ve faaliyet konularının aynı olması karşısında, şirketler arasında organik bağın bulunduğu ve istihkak davasının alacaklıdan mal kaçırma amacına yönelik olduğu sonucuna varılmalı, davanın reddine karar verilmelidir.”, Y. 21. HD, T. 26.2.2004, E. 2003/10954, K. 2004/1663, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**.

⁷³ “Davacı şirket ile borçlu verdiği çeklerde “Kent Halı” ünvanını kullanmışlardır. Tüm bu hususlar borçlu ile davacı 3 şirketin organik bağ içerisinde olduğunu ve davacı şirketin paravan şirket olarak kurulduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu durumda mahcuzlar davalı borçluya ait olduğunun kabulüyle istihkak davasının reddine karar verilmesi gerekir.” Y. 15. HD, T. 19.12.1994, E. 1994/6177, K. 1994/7611; “Borçlu şirket yetkililerinin cezai sorumluluğunun tespiti bakımından; sanıklara ait olan diğer şirketlere ait kayıtlarda gerekirse incelenmeli ve borçlu şirket ile diğer şirketler arasında hukuki ve fiili bir bağ bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.” Y. 16. HD, T. 6.2.2007, E. 2006/5614, K. 2007/226 **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**; Örnek kararlar için bkz. Öztekin/Memiş, s. 211 vd.

gerçekleştirilmeksizin, benzer olayların farklı kavramlarla benzer sonuçlara bağlanması teorilerin kurumsal kimlik kazanamamasının temel sebebini oluşturmaktadır⁷⁴.

Bir incelemeye göre: mahkemeler tüzel kişilik perdesinin kaldırılma taleplerini; pay sahiplerinin gerçek kişi olduğu durumlarda, şirket olduğu durumlara göre; sözleşmeden doğan sorumluluk hallerinde ise, haksız fiil sorumluluğuna göre daha fazla kabul etmektedir⁷⁵. Bu da uyumsuzluk taraflarına ve uyumsuzluk kaynağına göre dahi değişebilen bir adalet anlayışının uygulamada var olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, uyumsuzluk çözümünde somut kurallara gidilmeksizin sıklıkla TMK m. 2 temel alınarak benzer olaylarda farklı çözümlemelere başvurulması hukuk güvenliğini zedeleyici bir boyuta gelebilmektedir⁷⁶. Nitekim yukarıdaki düzenlemelere bakıldığında da bu teorinin etkisiyle veya öncesinde de var olan birçok hukuki kurum ve düzenleme olduğu ortadadır. Diğer hukuki imkânlarla gidilmeksizin istisnai durumlara özgülenmiş bu çözüm yöntemlerine sıklıkla başvurulması ise ekonomik hayatı felce uğratabilecek niteliktedir⁷⁷. Nitekim ortakların sermaye şirketi çatısı altında sorumluluktan kurtulmak amacıyla birleşmeleri ve bunun da yasaya aykırı bir yönünün bulunmaması da kolaylıkla tarafların sorumluluk altına sokulamamasını gerektirmektedir. Bu sebeple şirket malvarlığının kötüye kullanımını önleyecek somut düzenlemeler yapılması hukuk güvenliğinin sağlanması ve korunması için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi yerini bu teorinin kaldırılması tartışmalarına bırakmaktadır⁷⁸. Şirket ve ortakları arasında bir perde değil esasen kalın bir duvar vardır ya da olması gereken budur⁷⁹.

⁷⁴ Tek kişi ortaklığında kötüye kullanımın müeyyidesi olabilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin Yargıtay'ın ilkesel kararlarında kabul edilmesi ve bu konudaki görüşlerin ayrıntılı olarak araştırılması gerektiği yönündeki değerlendirmeler için bkz. Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §23, N. 22.

⁷⁵ Robert B. Thompson, "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study", **Cornell Law Review**, N. 76, 1991; Kraakman/Armour/Kanda, s. 140.

⁷⁶ Yüksel, s. 269; Teori sistemleştirilmediğinden uygulamada kararların tahmin edilmez olduğu yönünde bkz. Millon, s. 90.

⁷⁷ Öztekin/Memiş, s. 216; Sistemin özüne dokunduğundan münferit olaylar için ve gerekli ise kullanılması gerektiği yönünde bkz. Lerzan Yılmaz, s. 240.

⁷⁸ Tüzel kişilik perdesinin aralanması yolundan vazgeçilmesi gerektiği yönünde bkz. Bainbridge, s. 72; Açıklamalar için bkz. Millon, s. 58 vd.

⁷⁹ Lerzan Yılmaz haklı olarak duvarın yıkılması ifadesini kullanmıştır. Bkz. Lerzan Yılmaz, s. 241.

Öncelikle uygulamada bu ayrı kişilik ve malvarlığı arasında ince bir örtü bulunmasının önüne geçmek gerekmektedir. Borçlanma yasağı da bu açıdan oldukça önemlidir⁸⁰.

4. Borçlanma Yasağının Alacaklıları Koruyucu Fonksiyonu

Şirket sermayesinin korunmasıyla birlikte özellikle yönetimde görev alanlara yönelik borçlanma yasakları şirketin malvarlığı değerini de koruyacaktır. Alacaklılar alacaklarını yalnızca bu malvarlığına başvurarak tahsil edebileceklerinden borçlanma yasağıyla şirket malvarlığının korunması alacaklıları koruyucu bir etki de gösterecektir. Nitekim ortakların şirkete borçlanarak şirketin mali yapısını bozmaları, alacaklıların şirket malvarlığına başvurarak alacağını tahsil edebilme şansını olumsuz etkileyecektir⁸¹. Şirket alacaklılarının sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik ilkeleri sebebiyle şirket malvarlığını şahsi malvarlığına aktaran şirket ortak ve yöneticilerine karşı istisnai hukuki çarelere giderek ve sonucu tamamen sürpriz olan tüzel kişilik perdesinin aralanması sebepli bir dava açmaları yerine doğrudan kanunen korunmaları büyük önem taşımaktadır. Nitekim borçlanma yasağıyla şirket üzerinde etkili olan pay sahipleri ve yöneticilerin bu etki ve yetkilerini kötüye kullanarak ve şirket alacaklıların da zararına olacak şekilde kendileri ya da yakınlarına yönelik menfaat elde etmeleri büyük ölçüde engellenmiştir⁸².

C. KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ

1. Kurumsal Yönetimin Önemi

Şirketten umulan faydanın sağlanabilmesi için kurumsallaşma kaçınılmazdır⁸³. Şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe ve malvarlığına sahip olmasının altında yatan da şirketlerin kurumsallaşması ve kurucularından bağımsız olarak varlığını devam ettirebilecek duruma gelmesidir. İyi bir kurumsal yönetim hem şirketin hem de faaliyet gösterdiği ülkenin menfaatine olarak, önemli yararlar sağlamaktadır⁸⁴. Şirketler

⁸⁰ Borçlanma yasağının şirket malvarlığı ve ortaklarının malvarlığı arasında duvar oluşturduğuna yönelik bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §5, N. 13.

⁸¹ Aydın Alber Yüce, “Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 2, s. 2, 2012, s. 64.

⁸² Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §5, N. 13.

⁸³ Kurumsallaşmanın tam anlamıyla ayrı tüzel kişilik ve ayrı malvarlığı ilkesinin amacının gerçekleşebilmesi için hem şart hem bir ihtiyaç olduğu yönünde bkz. Lerzan Yılmaz, s. 241.

⁸⁴ Ülke ekonomisinin, ülkede faaliyet gösteren şirketlerin çalışma ve verimliliğine dayalı olduğu tespiti için bkz. Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1 December 1992,

açısından bakıldığında, iyi bir kurumsal yönetim; yüksek rekabet gücüne sahip, düşük sermaye maliyetli, finansman olanaklarının ve likiditenin arttığı, krizlerin daha kolay atlatıldığı ve iyi yönetildiği için sermaye piyasalarından dışlanmayan şirketler anlamına gelmektedir. Kurumsal yönetilen şirketler yatırımcıların güvenini kazanmakla birlikte kendi iş alanlarının gelişimini de sağlayacaktır⁸⁵. Ayrıca şirketlerin kredi temininde sermayenin miktarı yerine şirket yönetiminin kalitesinin önemli rol oynadığı kabul edilmektedir⁸⁶. Konuya ülke açısından yaklaşıldığında ise iyi kurumsal yönetim, ülkenin imajının yükselmesi, sermayenin yurt dışına kaçmasının önlenmesi, dahası yabancı sermaye yatırımlarının artması, ekonominin ve sermaye piyasalarının rekabet gücünün artması, krizlerin daha az zararla atlatılması, kaynakların daha etkin bir şekilde dağılması, yüksek refahın sağlanması ve sürdürülmesi anlamına gelmektedir⁸⁷.

2. Kurumsal Yönetimin Gelişimi

a. Genel Olarak

Kurumsal yönetim ilkelerine tüm ülkelerce özel bir önem verilmektedir⁸⁸. Cadbury raporuyla başlayan ve sürekli gelişim halinde olan bu reform hareketi tüm ülkelerce takip edilmekte ve yasama çalışmalarında dikkate alınmaktadır⁸⁹. AB ortak bir şirketler hukuku için çalışmalar başlatmış ve uzman bir heyetçe hazırlanan raporda pay sahipleri ve yatırımcıların korunmasının gerekliliği üzerinde durulmuş, ancak bunu sağlayacak mekanizmaların tam olarak verimli olmadığı bir sorun olarak tespit

N. 1.1, <http://www.yenittk.com/files/downloads/PageFiles/%7B443ff11d-0ada-4c21-825c-169a29e9f2df%7D/Files/Cadbury%20Raporu.pdf> (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

⁸⁵ Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, N. 1.6.

⁸⁶ Eddy Wymeersch, "Reforming the Second Company Law Directive", **Financial Law Institute Working Paper Series**, November 2006, s. 3 (Electronic copy of this paper is available at: <http://ssrn.com/abstract=957981>).

⁸⁷ Yavuz Akbulak, "Türk Sermaye Piyasasında Esaslı Bir Devrim: Kurumsal Yönetim İlkeleri", **Mali Çözüm Dergisi**, S. 108, 2011, s. 114; Aslı Sarı, "İşletmelerde Kurumsal Yönetim Açısından İç Kontrol ve İç Denetimin Önemi", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, 2013, s. 13; Bilgen Batı, "Türkiye'de Aile Şirketleri'nde Kurumsal Yönetim ve Uygulamaları", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Hacettepe Üniversitesi SBE, 2010, s. 10 vd.

⁸⁸ TTK Genel Gerekeçe, N. 69; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 3.

⁸⁹ Rapor için bkz. Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1 December 1992, <http://www.yenittk.com/files/downloads/PageFiles/%7B443ff11d-0ada-4c21-825c-169a29e9f2df%7D/Files/Cadbury%20Raporu.pdf> (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.); Kurumsal yönetimin tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zehra Badak, "Kurumsal Yönetim İlkeleri Doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yönetim Kurulları Konusunda Yapılan Değişiklikler", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2010, s. 10 vd.; Batı, s. 11 vd.

edilmiştir⁹⁰. Kurumsal yönetim ilkeleri dört sütun üzerinde yükselen güçlü bir şirket yapısı oluşturmayı ve böylece tüm menfaat sahipleri için istikrarlı bir organizasyon oluşturarak piyasanın güvenilirliğini sağlamayı amaçlamaktadır⁹¹. Dört sütun ise şeffaflık, adillik, hesap verilebilirlik ve sorumluluktur⁹². Bu ilkeler ve daha iyi bir yönetim için öngörülen öneriler esasen halka açık anonim şirketler temel alınarak hazırlanmaktadır ancak yönetimin olduğu her organizasyonda olması gereken ideal yapıyı yansıttığından diğer şirket türleri açısından da yol gösterici bir fonksiyonu bulunmaktadır⁹³. Nitekim en iyi yapıyı oluşturmak her düzenleyici kuralın asıl amacını oluşturmaktadır.

b. Türk Hukukunda Kurumsal Yönetimin Gelişimi

Türk Hukukunda kurumsal yönetim ilkeleri dünyadaki gelişime de paralel olarak⁹⁴ ilk kez mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda (eSerPK) düzenlenmiş ve halka açık anonim ortaklıklar için öncelikle gönüllülük esasına tabi olarak bir takım ilkelere yer verilmiştir⁹⁵. Kurumsal yönetim ilkeleri bankacılık mevzuatında da yer bulmuştur. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Bank K) m. 22 hükmü şu şekildedir: *“Kurumsal yönetime ilişkin yapı ve süreçler ve bunlara ilişkin ilkeler Sermaye Piyasası*

⁹⁰ Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 4.

⁹¹ Bir şirketin rekabetçiliği ve nihai başarısı; yatırımcılar, çalışanlar, kreditorler, müşteriler, tedarikçiler ve diğer menfaat sahipleri dâhil çeşitli kaynak sağlayıcılarının katkılarında oluşan takım çalışmasını sonucu sağlanacağından, menfaat sahiplerinin korunması ve şirketle işbirliğinin sağlanması da kurumsal yönetimin bir ayağını oluşturmaktadır. Değerlendirmeler için bkz. G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, Eylül 2015, s. 37 vd., <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf> (20.03.2016 tarihinde erişilmiştir.).

⁹² TTK Genel Gerekçe, N. 88 ve 89.

⁹³ Ersin Çamoğlu, “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Anonim Ortaklıklar Hukuku ile İlgili Sorunlar Paneli (Prof. Dr. Hayri Domaniç Anısına)**, İstanbul: İstanbul Barosu & Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21.03.2014; Muzaffer Eroğlu, “Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 136, 2014, s. 34.

⁹⁴ Sürece ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akbulak, “Kurumsal Yönetim İlkeleri”, s. 111 vd.; Eroğlu, “Kurumsal Yönetim”, s. 38 vd.; G20/OECD, “İlkeler”, s. 4.

⁹⁵ SPK’nın görev ve yetkilerinin düzenlendiği, ESerPK m. 22, f. 1 hükmünün z bendine, 26/9/2011 tarihli Kanun Hükmünde Kararname m. 654, f. 2 ile eklenen hükümle, tavsiye niteliğindeki ilkelerin şu şekilde gerektiğinde zorunlu hale getirilebileceği düzenlenmiştir: *“Sermaye piyasasında kurumsal yönetim ilkelerini tespit ve ilan etmek, yatırım ortamının iyileştirilmesine katkıda bulunmak üzere, borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklardan halka açıklık oranları, yatırımcı sayısı ve niteliği, dâhil oldukları endeks ve belirli bir zaman dilimindeki işlem yoğunluğunu dikkate alarak belirlemiş olduğu gruplarda yer alanların kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmak, buna ilişkin usul ve esasları belirlemek, getirilen uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir istemek, dava açmak, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemek.”*

Kurulu ile kuruluş birliklerinin de görüşü alınarak Kurul tarafından belirlenir.” TTK m. 1529, f. 1 ile kurumsal yönetim ilkeleri şu şekilde Türk Ticaret Hukuku mevzuatına dâhil edilmiştir: “Halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri, yönetim kurulunun buna ilişkin açıklamasının esasları ve şirketlerin bu yönden derecelendirme kural ve sonuçları Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenir.” 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 17 hükmünde kurumsal yönetim ilkeleri detaylı şekilde düzenlenmiştir. Halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri ile kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriğine, yayımlanmasına, ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uyumlarının derecelendirilmesine ve bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esasların belirlenmesinde Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) yetkili ve görevlidir (SerPK m. 17, f. 1). SPK tarafından SerPK m. 17 hükmüne dayanılarak Kurumsal Yönetim Tebliği⁹⁶ çıkarılmıştır. Kurumsal Yönetim Tebliği ekinde yer verilen Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin yönetim kurulu başlıklı 4. bölümünde, şirketin, herhangi bir yönetim kurulu üyesine veya idari sorumluluğu bulunan yöneticilerine borç veremeyeceği, kredi kullandıramayacağı, verilmiş olan borçların veya kredilerin süresini uzatamayacağı, şartlarını iyileştiremeyeceği, üçüncü bir kişi aracılığıyla şahsi kredi adı altında kredi kullandıramayacağı veya lehine kefalet gibi teminatlar veremeyeceği hüküm altına alınmıştır (KYT Eki 4.6.4). Ancak şirketin faaliyet konusuna bireysel kredilerin verilmesi giriyorsa, herkese uygulanan koşullarda bu kişilere de kredi vermesi bu kuralın kapsamı dışında bırakılmıştır (KYT Eki m. 4.6.4). Bu ilke ise SPK tarafından belirlenen uyulması zorunlu ilkeler arasında yer almamaktadır (KYT m. 5, f. 1). Halka açık ortaklıkların ilişkili taraflarıyla gerçekleştireceği işlemlere ilişkin de düzenlemeler bulunmaktadır⁹⁷. Özellikle pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasındaki ilişkilerin belli sınırları

⁹⁶ Bkz. RG, 03.01.2014, S. 28871.

⁹⁷ SerPK m. 17, f. 3 hükmü şu şekildedir: “Halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alması zorunludur. Söz konusu yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması hâlinde, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuyu aydınlatma düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulur ve işlem genel kurul onayına sunulur. Söz konusu genel kurul toplantılarında, işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişilerin oy kullanamayacakları bir oylamada karar alınır. Bu maddenin genel kurul toplantısında görüşülmesinde, toplantı nisabı aranmaz, oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır. Bu fıkra da belirtilen esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu ve genel kurul kararları geçerli sayılmaz.”

aşması halinde ve özellik arz eden çeşitli işlemleri içermesi halinde kamuya açıklanmasına ilişkin kurallar şeffaflık ve hesap verilebilirliğin sağlanması açısından önemli kurumsal yönetim ilkelerindendir⁹⁸.

3. Kurumsal Yönetimin Bir Sonucu Olarak Şirkete Borçlanma Yasağı

Kurumsal yönetim ilkesine ilişkin olarak pay sahibi, yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının şirkete borçlanma yasağı somut bir kurumsal yönetim ilkesi düzenlemelerinden biri olarak belirtilmektedir⁹⁹. Şirketler hukukunda kurumsal yönetim ilkelerinin en çok etkilediği organ şüphesiz ki yönetim kuruludur¹⁰⁰. Ayrıca yönetim kurulu, kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulmasında da görevli ve yetkilidir (TTK m. 375, f. 1, f.). Halka açık anonim şirketlerde, yönetim kurulunun buna ilişkin açıklamasının esasları ve şirketlerin bu yönden derecelendirilme kural ve sonuçları SPK tarafından belirlenmektedir (TTK m. 1529, f. 1). Özellikle kurumsal yönetim ilkelerinde yönetim kurulu üyeleri ya da sorumlu bulunan diğer kişilere borç ve benzeri menfaatler sağlanmasının yasaklanmasının tavsiye niteliğinde olduğu göz önüne alındığında, TTK'nın borçlanma yasağını yaptırıma bağlayarak düzenlemesi kurumsallaşma, hesap verilebilirlik, şeffaflık ve adilliğin sağlanmasında önemli bir düzenlemedir¹⁰¹.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA BORÇLANMA YASAĞI

A. MUKAYESELİ HUKUKTA ŞİRKETLER HUKUKU

Sermaye şirketleri yaşayan bir organizasyon olarak pay sahiplerini ilgilendirdiği kadar işçiler, yatırımcılar, üretici ve tüketiciler gibi üçüncü kişileri ve ayrıca faaliyette bulunduğu ülkenin ekonomisini, yerel halkını ve hatta doğal çevresini dahi

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulak, “Kurumsal Yönetim İlkeleri”, s. 135 vd.; İlişkili taraf işlemlerini tamamen yasaklamanın bir çözüm olmadığı, belirli kıstaslar belirlenerek suistimal edilmesi halinde sınırlandırılması gerektiği yönünde bkz. “İlkeler”, s. 27 vd.

⁹⁹ TTK Genel Gerekçe, N. 136. ; Soner Altaş, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Öngörülen, Şirkete Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 222, 2011, s. 237; Ahmet Tamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı” (TTK. M. 358)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 102, 2012, s. 93; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 122.

¹⁰⁰ Bkz. TTK Genel Gerekçe, N. 72.

¹⁰¹ Kurumsallaşma adına şeffaflık ve hakkaniyet ilkelerinin gereği olarak böyle bir düzenlemenin tercih edildiği yönünde bkz. Badak, s. 59; TTK'nın adillik ilkesinin gereği olarak şirkete borçlanma işlemlerine kısıtlama getirdiği yönünde bkz. Sarı, s.152.

ilgilendirmektedir¹⁰². Tüm bu çok yönlü etkiler göz önüne alındığında şirketlere ilişkin birçok hukuk alanında düzenleme yapıldığı görülmektedir. Şirketler hukukundaki problemler alanlar benzer olduğundan karşılaştırmalı hukukta düzenlemelerin de birbirine benzer olduğu görülmektedir¹⁰³.

Uluslararası hukuk anlamında şirketler hukukuna ilişkin düzenlemeler yapılırken ülkeler, şirketlerin kurulurken kendilerini tercih etmesini sağlamak için yatırımcıya mümkün olduğunca az müdahale eden kanunları tercih etmektedirler¹⁰⁴. Şirketlerin kendi iç ilişkilerindeki faaliyetler, ülke ekonomisini ve özellikle vergisel boyutta ülke kazancını etkilediği oranda düzenleme konusu edilmiştir¹⁰⁵.

Kanunlaştırma çalışmalarında, Kanunun özel olarak gerçekleştirmeyi istediği ekonomik refah, hükümetin istikrarı ya da alacaklıların korunması gibi sonuçları sağlamak için öncelikle ülkenin ekonomik ve sosyal ihtiyaçları ile tercih edilen düzenleme sistemi arasında bunu sağlayacak bir uyum olması gerekmektedir¹⁰⁶. Sermaye şirketleri hukuku sistemi, temelde beş karakteristik unsura göre şekillenmektedir: 1) Tüzel kişilik, 2) Sınırlı sorumluluk, 3) Devredilebilir hisse senetleri, 4) Bir yönetim kurulu yapısı altında merkezileştirilmiş yönetim ve 5) Sermayeye iştirak edenler tarafından sahipliğin paylaşılması¹⁰⁷. Bu unsurlara ilişkin çeşitli düzenleme tercihleriyle ülkeler şirketler hukukunda faaliyet göstermesini istedikleri şirket tiplerini belirlemektedir. Türk hukukunda tüzel kişilik esasına göre adi şirket-ticaret şirketleri, sınırlı sorumluluk esasına göre şahıs-sermaye şirketleri ayrımı bu unsurlar arasındaki sistem tercihten kaynaklanmaktadır. Her şirket tipi

¹⁰² Kraakman/Armour/Kanda, s. 28; Sevda Bora, “Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yönetim Kurulunun Yetkileri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 94, 2014, s. 11.

¹⁰³ Kraakman/Armour/Hansmann, s. 1.

¹⁰⁴ En az sermaye şartından kaçınmak için Danimarka yerine İngiltere’de şirket kurup, Danimarka’da şube açılması olayına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Muzaffer Eroğlu, “Avrupa’da Şirketlerin Sınırışan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1997/1998 - 2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı)**, S. 2, 2008, s. 182 vd.

¹⁰⁵ Transfer fiyatlandırmasına ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemeler için bkz. Fahri Tugay, “Vergi ve Ticaret Hukuku Açısından Ortakların Şirkete Borçlanması ve Analizi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Gazi Üniversitesi SBE, 2014, s. 29 vd.

¹⁰⁶ Cahn/Donald, s. 5; Kraakman/Armour/Hansmann, s.1.

¹⁰⁷ Kraakman/Armour/Hansmann, s.5; Cahn/Donald, s. 9; Unsurların gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Brian R. Cheffins, **Corporate Ownership and Control: British Business Transformed**, Oxford and New York: Oxford University Press, 2009.

uygulamadaki bir ihtiyacı karşılamak için düzenleme alanı bulduğu gibi her şirket tipinin içeriği de uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda zaman içinde şekillenmektedir.

B. BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEME ÖRNEKLERİ

1. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Avrupa Birliği (AB) Hukuku açısından, topluluk ekonomisinin geleceği için, modern bir şirketler hukuku yapısı oluşturulması ve sermaye piyasasının etkinliği ile verimliliğinin sağlanması, uluslararası şirketler hukuku sisteminin oluşturulmasında temel hedefler olarak belirlenmiştir¹⁰⁸. AB ortak şirketler hukuku çalışmaları kapsamında, 2002 tarihli raporunda, şirketlerin istismarı ve dolandırıcılık gibi faaliyetlerle mücadelenin özel kanunlar yoluyla olması gerektiği ve bu tür çalışmaların şirketler hukuku yapısı içine alınmasının şirketler hukukunun gelişmesini engellediği görüşü ileri sürülmüştür¹⁰⁹.

Şirketler hukuku alanında 1968 yılından itibaren on adet şirketler hukuku yönergesi hazırlanmıştır ve bu yönergelerle getirilen düzenlemeler sermaye şirketlerine ilişkin olarak yoğunlaşmıştır¹¹⁰. 68/151/AET Birinci Konsey Yönergesi¹¹¹ ve 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi¹¹² topluluk hukukunda şirketler hukukunun temel ilkelerini oluşturmuştur.

Şirket malvarlığının korunmasına ilişkin 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesinde önemli düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle yönerge m. 23 hükmünde düzenlenen mali yardım yasağı, şirketin kendi paylarının alımında doğrudan ya da dolaylı olarak şirketin mali yardımda bulunmasını çeşitli şartlara bağlamıştır.

¹⁰⁸ Maurović, s. 2; Karahan/Aral, s. 4.

¹⁰⁹ Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 36, 42 ve 142.

¹¹⁰ Halka kapalı şirketlere ilişkin çok az dikkat çekildiği ve yönergelerin halka açık şirketlere ilişkin yoğunlaştığı yönünde bkz. Cahn/Donald, 68.

¹¹¹ Yönerge metni için bkz. The Council of The European Communities, “First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968”, http://www.abgm.adalet.gov.tr/turkce_ab_mevzuat/sirket_hukuk_ab_mevzuat.html (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

¹¹² Yönerge metni için bkz. The Council of The European Communities. “Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0091:20091022:EN:PDF> (15.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).

Uygulamada ise üye devletlerin çoğu mali yardım yasağını halka açık şirketler için düzenlemiş, halka kapalı şirketlerde ise esnek hükümler tercih edilmiş ya da hiçbir düzenleme yapılmaması yoluna gidilmiştir¹¹³. Ayrıca bu sınırlı alandaki düzenlemeler bile uygulamada zorluklar yaratmış ve yapılan anket çalışmalarında katılımcıların %56'sı, şirketten mali yardım alımına yönelik yasağın kaldırılması ya da en azından genel kurallar konularak bu çerçevede mali destek alımının serbest bırakılması gerektiğini ileri sürmüştür¹¹⁴. Bu eleştiriler ve kamuoyu araştırmaları sonucunda ikinci konsey yönergesi m. 23'te sert bir şekilde düzenlenen mali destek yasağı, 2006 tarihli yönergeyle değiştirilmiş ve değişiklikle daha basitleştirilmiş bir sistem öngörülmüştür¹¹⁵.

2. ALMAN HUKUKU

Alman Hukukunda sermaye şirketlerine ilişkin temel düzenlemeler Alman Pay Senetli Şirketler Kanunu (AktG: Aktiengesetz) ve Alman Limited Şirketler Kanunu (GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) başta olmak üzere şirket türleri esas alınarak kanunlaştırılmıştır¹¹⁶.

a. Pay Sahibinin Borçlanma Yasağı

Alman Hukukunda pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı düzenlenmemekle birlikte, sermayenin ve dolaylı olarak da alacaklıların korunması amacıyla anonim şirketlere ilişkin AktG § 57 hükmünde, limited şirketlere ilişkin ise GmbHG §30 hükmünde sermayenin iadesi anlamına gelecek şekilde pay sahiplerinin şirketten menfaat temin edemeyeceği düzenlenmiştir. Alman Federal Mahkemesinin 2003 tarihli, şirket ortaklarına sermayeyi aşan oranda verilen borcu sermayenin iadesi olarak değerlendiren kararı ise oldukça önemliydi¹¹⁷. Nitekim karara göre sermayeyi

¹¹³ Wymeersch, s. 21.

¹¹⁴ Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 150.

¹¹⁵ Krş. 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 23 ve 2006 Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006, N. 264, s. 32; Değişikliklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Wymeersch, s. 21 vd; İş dünyası açısından 2006 tarihli yönergeyle yapılan en önemli değişikliğin şirketin kendi paylarını alımına ilişkin düzenlemeler olduğu yönünde bkz. Maurović, s. 2.

¹¹⁶ Alman Hukukunun şirketler hukuku alanındaki düzenlemelerine ilişkin liste için bkz. Cahn/Donald, s. xxiv.

¹¹⁷ BGH, *Der Konzern*, 24 November 2003, 196; Karara ilişkin detaylı inceleme ve değerlendirmeler 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**. V. 5, N. 10, 2004, s.

aşan oranda verilen borç sermayenin iadesi anlamına geldiğinden, her ne kadar borç karşılığı elde edilen alacak hakkı bilançoyu dengeler gibi görünse de, şirket sermayesinin ötelenmiş bir alacakla takas edildiği gerçeğini değiştirmemekteydi¹¹⁸. Bu sebeple bu borçlanmalar hukuka aykırı kabul edilmekteydi. Ancak GmbHG §30 hükmüne bir ekleme yapılmış ve 1.11.2008 tarihinde yürürlüğe giren bu ek hükme göre pay sahibine verilen borç karşılığında bu borcun tam olarak ödeneceğine ilişkin ortaklığın kazandığı talep hakkının sermayenin korunması ilkesine aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Sonuç olarak Alman Hukukunda sermaye rakamının bilançoda karşılanıyor olması yeterli görülmüştür¹¹⁹. Bu şart sağlandığı sürece pay sahiplerinin şirkete borçlanması sermayenin iadesi anlamına gelmemektedir. Ancak ihtiyatlı ve basiretli bir yönetici gibi hareket etmeyerek, pay sahiplerine, bu ödemelerin yapılması sonucunda şirketin iflasına yol açılması halinde şirket yönetiminin sorumluluğu doğacaktır¹²⁰.

Alman hukukunda pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına ilişkin hükümlerde olduğu gibi pay sahibinin şirkete borç vermesi hali de Kanunda düzenlenmiş ve zamanla revize edilerek kaldırılmıştır. Pay sahiplerinin şirkete borç vermesine ilişkin olarak, Alman Hukukunda 1980 yılında yapılan revizyon sırasında getirilen GmbHG §32a hükmü ile sermaye yerini tutan ödünçler düzenlenmişti¹²¹. Türk Hukukunda da uygulanması istenen ve ana kaynağı Alman Limited Şirketler Kanunu olan bu düzenlemenin amacı şirketin sermaye tabanını güçlendirmekti¹²². Doktrin ve yargı kararlarıyla limited şirketler için getirilmiş olan bu düzenlemenin, sermaye şirketi olan anonim şirketler için de uygulama alanı bulabileceği benimsenmişti¹²³. Ancak bu kurumun düzenlenmesi önerilen İsviçre Kanun çalışmalarında, kurum eleştirilmiş ve bu eleştiriler Alman Hukukunda da yankı bulmuştur. İsviçre Hukukuna ilişkin yapılan açıklamalarda yer verdiğimiz bu eleştirilerin etkisiyle GmbHG §32a hükmü 01.11.2008

1217-1232, https://germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No10/PDF_Vol_05_No_10_1217-1232_Private_Herbst.pdf (27.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).

¹¹⁸ Cahn/Donald, s. 224.

¹¹⁹ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gül Okutan Nilsson, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 238-240, dn. 662.

¹²⁰ GmbHG § 43; Cahn/Donald, s. 225.

¹²¹ İlgili Alman kaynaklar için bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 668, dn. 15.

¹²² Bkz. TTK değişiklik öncesi tasarı metni, m. 615 gerekçesi.

¹²³ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 669.

tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır¹²⁴. Tüm bu eleştirilere ve sonuç olarak hem Alman Hukukunda hem de İsviçre Hukukunda kabul edilmemiş olmasına rağmen, Türk kanun koyucu sermaye yerini tutan ödünçler kurumunu benimsemiş ve yasalaştırmıştı. Ancak diğer devrim niteliğindeki çoğu düzenlemelerinde olduğu gibi bu düzenleme için de kanun koyucu gerekli direnci gösterememiş ve ilgili hüküm uygulanma fırsatı bulamadan Kanun değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Sermaye tabanının güçlendirilmesi ve pay sahiplerinin sermaye artırımı yapmaları gereken bir zamanda şirkete faizle borç vererek şirketi daha da zor duruma düşürebilen uygulamalarını engellemek açısından, sermaye yerini tutan ödünçlere ilişkin düzenleme faydalı olabilirdi. Mehzada bu düzenlemenin kaldırılma sebebi ise pay sahiplerinin şirketi finanse etmelerinin engellenmesinin doğru bir uygulama olmayacağıydı. Ancak Türk Hukuku açısından pay sahiplerinin şirketi finanse etmekten ziyade şirketin kasasını kullanarak kendi ihtiyaçlarını finanse ettiği gerçeği karşısında bu düzenlemenin uygulamada çoğu kötüye kullanımı engelleyeceği düşünülebilirdi.

b. Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yakınlarının Şirkete Borçlanması

Alman Hukukunda anonim şirket yönetiminde ikili sistem benimsenmiş ve biri yönetim diğeri gözetimle sorumlu olmak üzere iki kurul kabul edilmiştir¹²⁵. Anonim şirketlerde kurul üyelerine ilişkin olarak şirket tarafından verilecek krediler şirketin yönetim kurulu üyeleri için AktG § 89 hükmünde ve şirketin gözetim kurulu üyeleri için de AktG § 115 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir.

Şirketin yönetim kurulu üyeleri, gözetim kurulunun onayıyla şirketten kredi alabilmektedir ve onayın kredi verilme işleminden en az üç ay önce alınması gerekmektedir (AktG § 89-1). Onaylama kararı verilebilmesi için kredi türünün belirlenmiş olması, geri ödenmesine ilişkin vade ve faiz oranının tespiti gerekmektedir. Şirketten kredi kullanılması onaya bağlı olan gerçek kişilerin eşleri ve ergin olmayan çocukları ile tüzel kişilerin temsilcileri ve yetkililerinin kullanacakları krediler de onaya bağlanarak kuralın yönetim kurulu üyelerinin yakınları aracılığıyla ihlali engellenmiştir (AktG § 89-3). İcazet verilmediği takdirde diğer madde hükümlerine aykırı şekilde verilen kredilerin aksine anlaşma olsa bile derhal iade edilmesi gerekmektedir (AktG §

¹²⁴ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 668.

¹²⁵ Cahn/Donald, s. 302.

89-5). Aksi halde kanuna aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesinin bu işlem sonucunda oluşan zararı tazmin etme yükümlülüğü doğacaktır (AktG § 93-3.8). Şirketin bir kredi veya finansman hizmeti sunan bir kurum olması halinde ise Bankacılık Kanununa ilişkin hükümler uygulanacaktır (AktG § 89-6).

Gözetim kurulu üyeleri için kredi verilebilmesi de aynı şekilde onaya bağlanmıştır (AktG §115-1). Bu kişiler adına hareket eden üçüncü kişi, eş, ortak veya gözetim kurulu üyesinin ergin olmayan çocuğuna verilen krediler için de aynı şartlar uygulanacaktır (AktG §115-2). İcazet verilmediği takdirde, diğer madde hükümlerine aykırı şekilde verilen kredilerin aksine anlaşma olsa bile derhal iade edilmesi gerekmektedir (AktG §115-4). Şirketin bir kredi veya finansman hizmeti sunan bir kurum olması halinde ise aynı şekilde Bankacılık Kanununa ilişkin hükümler uygulanacaktır (AktG § 115-5).

Alman hukukunda şirketten kredi kullanması onaya bağlı olan tüzel kişilerin temsilcisi ve yetkililerinin de kullanacağı kredilerin onaya bağlanması hükmüne benzer bir düzenlemenin, Türk Hukukunda da tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri ve ayrıca tüzel kişi pay sahipleri açısından getirilmesi faydalı olabilirdi. Nitekim hükmün korumayı amaçladığı değerlerin ihlal edilme riski tüzel kişi kadar bu tüzel kişinin temsilcisi açısından da mevcuttur.

3. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre Hukukunda şirketler hukukuna ilişkin düzenlemeler İsviçre Borçlar Kanununda (OR: Das Schweizerische Obligationenrecht) yer almaktadır. İsviçre şirketler hukuku anonim şirkete ilişkin olarak kötü niyetli ve haksız olarak şirketten elde edilen menfaatlerin iade edilmesi yükümlülüğünü düzenlemiştir (Art. 678 OR). Limited şirkete ilişkin olarak da pay sahiplerinin şirketle kendi menfaatleri doğrultusunda işlem yapmaları sadakat yükümlülüğüne aykırı kabul edilmiştir ve ancak diğer ortakların yazılı izniyle bu yükümlülüğün kaldırılabilceği düzenlenmiştir (Art. 803 OR). Yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması ilişkin olarak ise halka açık anonim şirketlerde yöneticilere sağlanan ücret ve kredilere ilişkin tüm bilgilerin faaliyet raporunda açıklanmasına ilişkin düzenleme, aleniyetin sağlanması ve şirketin mali durumunun

izlenebilirliği ve dolayısıyla yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilmesi açısından önem taşımaktadır (Art. 663b OR).

İsviçre Hukukunda ortakların şirketten borçlanması yasağı düzenlenmemekle birlikte yargı kararlarında ortakların şirkete borç vermesine ilişkin, örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirmeler yapılmıştır¹²⁶. İsviçre Öntasarısı 807c hükmüyle sermaye yerini tutan ödünçlere ilişkin bir düzenleme öngörülmüş ve bu düzenlemede ortakların şirkete borç vermelerine ilişkin olarak hukuki sonuçlara yer verilmiştir¹²⁷. Hükümün düzenlenme sebebi ise mali açıdan zor durumda olan şirket için sermaye artırımını yapmak yerine ortakların şirkete borç vermesinin arzu edilen bir davranış türü olmayacağıydı. Bu sebeple de bu ödemelerin sermaye ödemesi gibi kabul edilmesi ve şirketin sona ermesi halinde tüm alacaklardan sonra en sonda yer alarak ödenmesi gerekmekteydi. Ancak bu hüküm Tasarıdan çıkartılmış ve Alman Hukukundan farklı olarak, bu düzenlemeye İsviçre Hukukunda yer verilmemiştir. Gerekçe olarak ise bu hükmün, ortakların şirketi gönüllü olarak finanse etmelerini engellemesi olasılığının yüksek olması ileri sürülmüştür¹²⁸. Sonuçta ise bu düzenleme Alman Hukukunda da kaldırılmış ve şirketin finansman imkânına engel olmamak adına pay sahiplerinin şirkete borç vermelerine ilişkin düzenleme yoluna gidilmemesi tercih edilmiştir.

4. İNGİLİZ HUKUKU

İngiliz hukukunda şirketler hukuku alanındaki düzenlemeler 2006 tarihli Şirketler Kanunu (CA: Companies Act 2006) başta olmak üzere ceza hukuku, iflas hukuku ve vergi hukuku alanlarıyla ilgili olarak da çeşitli Kanunlarda yer almıştır¹²⁹.

Şirket malvarlığının ortaklara karın dağıtımı esaslarına uyulmaksızın dağıtıldığı durumlarda pay sahibinin ödeneni iade etmesi, nakdi bir menfaat elde

¹²⁶ Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları Sempozyumu**. İstanbul (Çağlayan) Adliyesi: Alman Türk Hukuk Akademisi. 8 Mayıs 2015.

¹²⁷ Konuyla ilgili kaynaklar için bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 668, dn. 15.

¹²⁸ Tasarıya hâkim olan karşı tez şu şekildedir: “Ortakların sermaye koymadıkları, ödünç vermedikleri, yaşamaları için hiçbir finansal destek sağlamadıkları, yabancı ortak bulmadıkları ve devretmedikleri veya devredemedikleri bir şirketin tüm yükünü kredi piyasasına ve üçüncü kişilere bırakmak doğru değildir; böyle bir anlayış geniş çaplı krizlere yol açmaktadır. Şirket kuranlar özveride bulunmalıdır. Piyasamızın düzelmesi ancak özsermayesi ve ortak desteği güçlü şirketlerle sağlanabilir.” Açıklamalar için bkz. TTK değişiklik öncesi m. 615 gerekçesi; Tasarı hakkında değerlendirmeler için bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 668, dn. 16’da anılan yazarlar.

¹²⁹ İngiliz Hukukunda şirketler hukuku alanındaki kanunlara ilişkin liste için bkz. Cahn/Donald, s. xxvi.

etmediği hallerde ise bu menfaate eşit bir miktar ödeme yapması gerekmektedir (CA 847-2). İngiliz Hukukunda şirketin kar dağıtımı ve muhasebesine ilişkin düzenlemeler alacaklıların korunması amacından ziyade doğru ve dürüst bir resim ortaya koyma amacına dayanmaktadır¹³⁰. İngiliz Hukukunda ortakların şirketin aktifini azaltacak şekilde borç almaları veya şirketin aktifini yetersizleştirmelerine karşın tasfiyeye gitmeyerek ya da sermayeyi artırmayarak alacaklıların durumunu kötüleştirmeleri hallerinde de sorumluluk gündeme gelebilmektedir (CA 652)¹³¹.

İngiliz Hukukunda yönetim tek kurul tarafından gerçekleştirilmektedir ve kurul üyeleri arasında görev ve yetki açısından birbirlerine üstünlükleri bulunmamaktadır¹³². Şirket yöneticilerin şirketle kendileri arasında menfaat çatışması yaratabilecek durumlardan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır (CA 175). Ayrıca Kanunda yöneticilere görevi sebebiyle bir üçüncü kişiden menfaat temin etmeme yükümlülüğü de getirilmiştir (CA 176). Bunlara ek olarak böyle bir çıkar çatışmasının doğması halinde diğer kurul üyelerine bilgi verme yükümlülüğü de düzenlenmiştir (CA 177). Yöneticilerin şirketten kredi temin etmesi ise Kanunda detaylı olarak düzenlenmiştir (CA 197-214). Yöneticiye kredi verilmesi, sorumluluk üstlenmesi ya da garanti verilmesi şirket ortaklarının onayına bağlanmıştır (CA 197). Yöneticiyle ilgili kişi ve kurumlar da kapsama dâhil edilmiş (CA 200) ve kredi işlemlerinin kapsamına hangi işlemlerin girdiği de detaylı olarak açıklanmıştır (CA 202). Şirket işleri için yapılan harcamalar (CA 204), dava masrafları (CA 205), düzenleyici işlem ya da soruşturmalarla bağlantılı harcamalar (CA 206), işlem değeri küçük ve ticari olan işlemler (CA 207), grup içi işlemler (CA 208) ve şirketin konusuna kredi verme işleminin girdiği hallerde (CA 209) bu tür harcamalar ve işlemlerin yapılması kredi yasağı kapsamına girmemektedir. Kredi yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise şirketin uğradığı zararın hükmü ihlal edenlerce tazmini sorumluluğu doğacaktır (CA 213).

¹³⁰ Cahn/Donald, s. 227.

¹³¹ Öztekin/Memiş, s. 200.

¹³² Cahn/Donald, s. 303.

5. AMERİKAN HUKUKU

Amerikan hukukunda şirketler hukukuna ilişkin düzenleme yapma yetkisi her eyalete tanınmış ve genellikle bir eyalette kurulan şirketin diğer eyaletlerde de faaliyet gösterilmesine izin verilmiştir¹³³. Bu imkân neticesinde şirketlerin önemli bir bölümün kuruluşta tercih ettikleri Delaware Genel Şirketler Kanunu (DGCL: Delaware General Corporation Law) model kanun niteliği kazanmıştır¹³⁴. Uygulamada çoğunlukla tercih edilen bu Kanunun sistemine göre yönetim kurulu tek kurul olarak çalışmaktadır. Şirketten borçlanmaya ilişkin ise şirket çalışan ve görevlilerine, şirkete faydası olacağı düşünüldüğü sürece, yardım, borç, garanti veya sorumluluk üstlenmesi gibi herhangi bir şekilde ve bu kişilerin yönetimde de görevli olup olmadığına bakılmaksızın kredi verilmesi serbesttir (DGCL 143). Ancak bu tür işlemler sadece menfaati olanların katılımıyla gerçekleştirilmiş ve bu menfaate ilişkin ilgililere açıklama yapılmamış ve dürüst hareket edilmemişse işlemin geçersiz kabul edilmesi mümkündür (DGCL 144). Neticede çerçeve hüküm niteliğindeki bu yaklaşım detaylı düzenlemelerle aynı sonucu doğurarak işlem sonucunda menfaat temin edileceğinin ifşa edilmesini ve menfaati olmayanlarca işlemin onaylanmasını gerektirmektedir¹³⁵.

6. FRANSIZ HUKUKU

Fransız Hukukunda şirketler hukuku Ticaret Kanunu (CC: Code de Commerce) ile düzenlenmiştir. Fransız Ticaret Kanununda halka açık olup olmadığına bakılmaksızın sermaye şirketlerine ilişkin olarak; sözleşme, cari hesap, bağışlama yoluyla şirket yöneticilerine ya da ortağı oldukları şirketlere, bu kişilerin eş ve alt soyuna kredi, teminat ya da sorumluluk üstlenme şeklinde menfaat sağlanması yasaklanmış ve bu işlemler geçersiz kabul edilmiştir (CC L 223-21, L 225-43). Bu yasak ilişkili şirketlerin temsilcileri için de geçerlidir ve yalnızca şirketin faaliyet konusuna giren ve normal koşullara bağlanan ticari işlemler yapılması yasak kapsamında sayılmamıştır. Ayrıca CC L.241-3 hükmüne göre, yöneticilerin hileli işlemlerle hayali temettü dağıtımı yapması, kendi menfaatleri için şirket kaynaklarını

¹³³ Cahn/Donald, s. 17.

¹³⁴ Cahn/Donald, s. 17; Ayrıntılı bilgi için bkz. Jeffrey M. Gorriss, Lawrence A. Hamermesh and Leo E. Strine, Jr., "Delaware Corporate Law and The Model Business Corporation Act: A Study in Symbiosis", <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=lcp> (21.03.2016 tarihinde erişilmiştir.).

¹³⁵ Cahn/Donald, s. 345.

kullanmaları, sahip oldukları yetkileri şirketleri zararına ancak kendileri ya da başka şirketlerin veya kişilerin menfaatine olarak kullanmaları halinde bir ila 5 yıl hapis cezası ve 375000 euro para cezası öngörülmüştür. Bu düzenleme Türk Hukukunda borçlanma yasağına ilişkin referans hükmü olarak ileri sürülmüştür¹³⁶. Ancak Fransız hukukunda yöneticilere kredi verilmesi ve bu kişiler yararına teminat verilmesi yasaklanmışken, gerçek kişi ya da tüzel kişi olması fark etmeksizin pay sahiplerine verilen kredi ve teminatlar yasaklanmamıştır¹³⁷.

Fransız hukukunda şirkete borçlanma açısından doğrudan bir yasak hükmü bulunmamakla birlikte pay sahibi ve yönetimden sorumlu kişilere yönelik sadakat yükümlüğü ve menfaat uyuşmazlıkları halinde getirilen hükümler ve mahkeme kararlarıyla şekillenen şirkete borçlanmalara ilişkin tutum Türk yasa koyucunun TTK ile getirdiği sistem ile benzerdir. Şirket kaynaklarının ilişkili taraf işlemleri sonucunda kötüye kullanımı halinde CC L 241 hükmü neticesinde şirket yöneticileri önemli bir cezai müeyyide riskiyle yüzleşmektedir ve uygulamada bu hüküm yaygın olarak azınlık pay sahiplerinin talebi üzerine yargı önüne taşınmaktadır¹³⁸. Pay sahiplerinin şikâyeti üzerine şirket belgelerinin mahkeme tarafından incelenmesi ve neredeyse şikâyet edenlerin hiç yargılama masrafı ödememesi bu yola başvurulmasını oldukça cazip kılmaktadır¹³⁹.

¹³⁶ Geri ödenmemek üzere şirket kasasını kullanan pay sahipleri hakkında Avrupa'da küçük limited şirketler de dâhil beş yıl hapis ve 375.000 Euro para cezası verildiği yönünde Tekinalp'in açıklaması için bkz. bkz. Süleyman Yaşar, "TOBB ve TÜSİAD... Hani kayıt dışına karşıydınız?", **Sabah Gazetesi**, 3 Şubat 2012; Ancak Avrupa hukukunda borçlanma yasağının düzenlenmediği ve bu hükümle şirketten mal kaçırılmasına ilişkin olarak cezai bir düzenleme getirildiği gerekçesiyle şirkete borçlanma yasağı için bu hükme referans yapılamayacağı yönünde eleştiriler için bkz. Şükrü Kızılot, "Yeni Türk Ticaret Kanunu 6335 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **Yeni Ticaret Kanunu'nda 6335 Sayılı Kanun İle Öngörülen Değişiklikler Paneli**, Atılım Üniversitesi, 8.11.2012, s. 5, <http://kurumsal.library.atilim.edu.tr/libinstitutional/view/id/1557/Yeni-Ticaret-Kanununda-6335-sayili-Kanun-ile-Ongorulen-DeGISiklikler/?lang=tr> ve <http://kurumsal.data.atilim.edu.tr/pdfs/121108s.pdf> (20.08.2015 tarihinde erişilmiştir.)

¹³⁷ Conac/Enriques/Gelter, s. 499.

¹³⁸ Enriques/Hertig/Kanda, s. 175; Değerlendirmeler için bkz. Pierre-Henri Conac, Luca Enriques and Martin Gelter, "Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy", **European Company and Financial Law Review**, Vol. 4, No. 4, 2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532221 (21.03.2016 tarihinde erişilmiştir.).

¹³⁹ Conac/Enriques/Gelter, s. 518; Her yıl yaklaşık olarak 416-480 hüküm kurulduğuna ilişkin istatistikler için bkz. Annuaire Statistique de la Justice, Edition 2006, p. 189, <http://www.justice.gouv.fr/>. Değerlendirmeler için bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 519.

C. BORÇLANMA YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Borçlanma yasağına ilişkin düzenlemeler şirketin malvarlığının şirket ortak ve yönetiminden sorumlu kişilerce kötüye kullanımını engellemeyi hedefleyen düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerle korunmak istenen şirket yapısı şu şekildedir: Pay sahipleri şirkete sermaye getirmeli ve sermayeye katılımları oranında şirket karından pay almalıdır, yönetimden sorumlu olan kişiler şirketin kurumsal yönetimini dürüst ve özenli bir şekilde yerine getirmeli ve bunun karşılığında da emeğinin karşılığını oluşturan ücret ve benzeri menfaatler elde etmelidir. Pay sahiplerinin şirkete getirdiklerini geri almaları ya da diğer pay sahipleri veya alacaklılar zararına şirket kaynaklarını kullanmaları ve yönetimden sorumlu kişilerin de görevlerini kişisel menfaatlerini ön planda tutarak şirketi zarara uğratacak şekilde yerine getirmeleri hususları sermaye şirketlerinin düzenlemeler yoluyla kapatmaya çalıştığı sistem açıklarını oluşturmaktadır¹⁴⁰. Sorun ve menfaat çatışmaları benzer olduğundan ülkelerin bu sorunlara ilişkin düzenlemeleri de benzer niteliktedir.

Düzenleme tercihleri ülkenin ekonomik gelişmişliği, piyasanın güvenilirliği, kötüye kullanımın yoğunluğu, kurumsallaşma düzeyi ve menfaat gruplarının şirket yapısına karşı tutumlarıyla yakından ilgilidir. Farklı hukuk sistemlerindeki borçlanma yasağına ilişkin düzenlemeleri ülkenin ekonomik, sosyal, siyasi ve kültürel yapısını göz önüne alarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu değerlendirmeler sonucunda mukayeseli hukukta dürüst olmama ihtimali taşıyan işlemlere ilişkin şeffaflığın sağlanması, şartlara bağlanması, sınırlandırılması ya da yasaklanması şeklinde geniş bir düzenleme yelpazesiyle çeşitli hükümler ön görüldüğü dikkat çekmektedir.

Mukayeseli hukukta şirket kaynaklarının kötüye kullanımına ilişkin yaygın yaklaşım iade yükümlülüğü getirilmesi ve şirketin zararının tazmin edilmesi şeklinde hukuki sorumluluk alanında kendini göstermektedir. İstisnai olarak ise cezai müeyyidelere başvurulduğu ve cezai sorumluluk yoluna gidildiği görülmektedir. Borçlanma işlemlerine karşı doktrinde üç yaklaşım göze çarpmaktadır: 1) potansiyel tehlike yaratan işlemler, genel kurul ya da yönetim kurulunun işlem öncesi onay ya da

¹⁴⁰ Tüm yargı sistemlerinde kontrol eden pay sahibi ya da yöneticilerin şirkete verdikleri zararları önleme ya da cezalandırmaya yönelik çalışmalar olduğu yönünde bkz. Conac/Enriques/Gelter, s. 491.

sonrası icazet vermesi şartına tabi tutulabilir, 2)İşlemler belli bir standart gözetilerek yargı denetimine tabi tutulabilir ve son olarak 3)işlemler azınlık pay sahipleri ve yatırımcıların değerlendirmelerini kolaylaştıracak şekilde bu kişilerin bilgisine sunulabilir¹⁴¹.

Pay sahiplerine şirket tarafından yapılan ödemeler genel olarak sermayenin iadesi şeklinde yorumlanmaktadır ve hem pay sahipleri ve hem de yöneticiler açısından şirketle yapılan işlemlerde şeffaflığın sağlanması büyük önem taşımaktadır. Özellikle bu kişilerin gerçek kişi ve tüzel kişi olmaları durumları göz önüne alındığında, bu kişilerin temsilcisi ve yetkililerinin de bu işlemler karşısında aynı sorumluluğa tabi tutulması bizim hukukumuz açısından yol gösterici olması amacıyla büyük önem taşımaktadır.

III.TÜRK TİCARET KANUNU'NDA BORÇLANMA YASAĞININ GÖRÜNÜMÜ

A. BORÇLANMA YASAĞININ KANUNLAŞMA SÜRECİ

TTK reformist bir Kanun olması hedefiyle düzenlenmiş ve uygulamadaki çoğu aksaklık yenilikçi ve köklü çözümlerle giderilmeye çalışılmıştır. Kanunu bir bütün olarak değerlendirerek mükemmel bir kanun olduğunu ifade edenler kadar büyük eleştirilerde bulunanlar da olmuştur. Kanunun hazırlık çalışmalarında ticari hayatın tüm yönleriyle temsil edilmediği, muhasebe, maliye, vergi boyutu ele alınmaksızın ve bu alanlardaki gelişmeler takip edilmeksizin izole bir şekilde yasalaştığı ve bu sebeple büyük eleştirilere maruz kalmasının kaçınılmaz olduğu ileri sürülmüştür¹⁴². Kanunu başarılı bulanlar özellikle eleştirilen hükümleri değerlendirerek TTK'nın sermaye şirketlerine ilişkin dört taşıyıcı kolon üzerine inşa edildiğini ve bu önemli taşıyıcı kolonlardan birinin de borçlanma yasağına ilişkin düzenlemeler olduğunu ifade

¹⁴¹ Conac/Enríques/Gelter, s. 498.

¹⁴² Bu eleştirilere ek olarak komisyon çalışmaları aşamasında hükümeti temsil eden görevlilerin ve Kanunun oylanmasında ise meclisin bilinçsiz hareket ettiği yönünde eleştiriler için bkz. Kızılot, “Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, s. 3; Kanunun hukuk fakülteleri başta olmak üzere, çok az sayıda ilgili kişi ve kurumlara gönderildiği yönünde eleştiri için bkz. Mehmet Bahtiyar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. S. 61, 2005, s. 47.

etmiştir¹⁴³. Nitekim borçlanma yasağına ilişkin düzenlemeler kanunun en önemli düzenlemeleri içinde yer almaktaydı. Ancak TTK'nın yayınlanmasından sonra, özellikle ticaret hukukçusu olmayan akademisyenler, tacirler için büyük tehlike yaratacağı eleştirisiyle yenilik getiren düzenlemelere karşı çıkmış ve medyada bu eleştiriler haber olarak yayınlanmıştır¹⁴⁴. Bunun üzerine ticaret ve sanayi odalarının ve bunların üst çatı kuruluşlarının çeşitli hükümlerde değişikliğe gidilmesi ve Kanunun yürürlük tarihinin ertelenmesine yönelik hükümet ve bakanlıklar nezdinde başlattıkları kulis faaliyeti sonucu borçlanma yasağı yasalaşma sürecinde TTK'da en büyük değişim geçiren hükümlerden biri olmuştur¹⁴⁵.

İnceleneceği üzere kanun değişimi sonrası borçlanma yasağı tamamen kaldırılmamış ancak oldukça sembolik hale getirilmiştir. Büyük umutlarla hasta ve sakat bir uygulamanın önüne geçmek isteyen yeni Kanun yürürlüğe girmeden yapılan değişikliklerle bir görüşe göre Kanunun kafasının kopartılmasına yol açılmıştır¹⁴⁶. Kanun geçirdiği değişikliklerle bazı kurumlarını tamamen, bazılarını ise kısmen kaybederek önemli yaralar almıştır¹⁴⁷. Reformist bir madde ve önemli bir ilke olarak hayata geçirilmesi arzu edilen borçlanma yasağı baskı ve eleştiriler neticesinde tamamen

¹⁴³ Diğer taşıyıcı kolonlar ise denetime, internet sitesi kurma zorunluluğuna ve şirket kırtasiyesine ilişkin hükümlerdir. Bu düzenlemelere dokunulmaması gerektiğinin vurgulandığı düzenlemelerin eleştirildiği yönünde bkz. Abuzer Kendigelen, "Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklere Toplu Bir Bakış", **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 3, s. 11.

¹⁴⁴ Örneğin medyada anonim şirket ortağının şirkete 1 TL borçlanması halinde hapis cezası alacağı, yönetim kurulu üyelerinin tüm sülalesinin tanınmak zorunda olduğu gibi sansasyonel haberlere yer verilmiştir. Bkz. Hasan Pulaşlı, "6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısmın Değerlendirilmesi", **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 2, s. 10. ; Bazı gazeteciler başta olmak üzere, Anadolu sermayesinden işadamları ve siyasetçiler tarafından söylenenlerin başlıcaları "cezalar çok ağır", "şirketlerin yatak odalarına giriliyor, bu kadar şeffaflık gerekli mi?", "Kendi şirketimin parasını kullanamayacak mıyım?" şeklindedir. Diğer örnekler için bkz. Korkut Özkorkut, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.28, S.3, 2012, s. 46 vd. ; "Kanunun uygulanması halinde herkesin hapse gireceği, kayıncıların bile artık veresiye mal satamayacağını ve borç veremeyeceğini" şeklindeki haber ve eleştirilere ilişkin bkz. Karahan, s. 258.

¹⁴⁵ Uygulamada çıkarılabileceği sorunlar göz önüne alınarak değişiklik yapıldığına yönelik bkz. 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Genel Gerekeç, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf> (01.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

¹⁴⁶ Borçlanma yasağına ilişkin hükümlerin değiştirilmesi sonucu yeni Kanunun tabiri yerindeyse kafasının kopartılmış olduğu yönünde eleştiriler için bkz. Çağlar, "Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi"; Yapay eleştiriler sonucunda yıllar süren bir Kanun çalışmasının birkaç ayda büyük bir sekteye uğratıldığına ilişkin görüş için bkz. Özkorkut, "Borçlanma Yasağı I", s. 46.

¹⁴⁷ Özkorkut, "Borçlanma Yasağı I", s. 47; Korkut Özkorkut, "Düzenlenen Şirkete Borçlanma Yasağı Mı Yoksa Yasal Hortumculuk Mu?", 14 Ekim 2012, <http://www.vergisorumlari.com.tr/yazi.aspx?yazino=36> (22.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).

vazgeçilmesinin yanlış olacağı düşüncesiyle eski hüküm yerine güçsüz ve yumuşak bir düzenleme yapılarak vaziyetin kurtarılmaya çalışıldığı görüşü de ileri sürülmektedir¹⁴⁸. Kurumsal büyük şirketler ve etkin bir sermaye piyasası oluşturulması hedefinin gerçekleştirilmesinde önemli bir araç olabilecek borçlanma yasağı ilkesinden ödün verilerek, Türkiye'nin önemli bir sıçrama yapma imkânını ve özellikle Avrupa Birliği süreci de göz önüne alındığında TTK'nın süreci olumluya çevirme şansını, bir süreliğine kaybettiği iddia edilmiştir¹⁴⁹.

B. TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ BORÇLANMA YASAĞI DÜZENLEMELERİ

Borçlanma yasağı, 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesi görev esasına göre ele alınmış ve TTK m. 358 hükmünde pay sahiplerinin; TTK m. 395 hükmünde ise yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının borçlanma yasağı düzenlenmiştir¹⁵⁰. Ancak 6335 sayılı Kanun değişikliği sonrası pay esaslı temel alınmış ve borçlanma yasağı TTK'da: anonim şirketlere ilişkin, yönetim kurulu üyesi olan ve olmayan tüm pay sahipleri için TTK m. 358 hükmünde, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına ilişkin olarak da TTK m. 395 hükmünde; limited şirketlere ilişkin olarak ise TTK m. 644 hükmünde anonim şirkete ilişkin ilgili maddelere atıf yapılarak düzenlenmiştir. TTK m. 565 hükmüne göre kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça anonim şirkete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulduğu sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları da şirkete borçlanma yasağına tabidir¹⁵¹. Ancak sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket hem uygulamada neredeyse hiç görülmediği hem de çalışmanın kapsamını genişletmemek amacıyla konunun dışında tutulmuştur.

Yasağa aykırılığın cezai müeyyidesi TTK m. 562 hükmünde düzenlenmiş ve bu madde de yaptırımın muhatapları yönünden değişikliğe uğramıştır. Ayrıca borçlanma yasağına aykırılık halinde cezai müeyyidenin uygulanmasında limited

¹⁴⁸ Karahan, s. 260; Değişikliklerle borçlanma yasağının yumuşatıldığı ve farklı bir hale getirilerek “göstermelik” bir hal aldığı yönünde bkz. Mehmet Özdamar ve İlker Doğan, “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, **Bankacılar Dergisi**, C. 24, S. 86, 2013, s. 4 ve s. 18; Borçlanma yasağının değişikliklerle yumuşatıldığı yönünde bkz. Kendigelen, “Değişiklikler”, s. 7; Özdem Satıcı Toprak, “Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 253, 2014.

¹⁴⁹ Karahan, s. 262.

¹⁵⁰ Tamer, s. 96.

¹⁵¹ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 664.

şirketler için atıf maddesi öngörülmediğinden, yalnız anonim şirketler için uygulama alanı bulacak şekilde cezai yaptırım öngörülmüştür.



İKİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE BORÇLANMA YASAĞI

I. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞI

TTK pay sahiplerinin eşit işlem görme hakkını ve şirkete borçlanma yasağını temel ilkeler olarak düzenlemiştir. Pay sahiplerinin borçlanma yasağı TTK'nın getirdiği yeniliklerden biridir. Yasağın eTTK'da karşılığı bulunmamaktadır. Ancak eSerPK örtülü kazanç aktarımını yasaklamış ve müeyyideye bağlamıştı¹⁵². Aynı şekilde yürürlükte bulunan 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) da örtülü kazanç aktarımı yasağı düzenlenmiş, yasak ve müeyyide daha detaylı düzenlenerek örtülü kazanç aktarımı yasağı muhafaza edilmiştir¹⁵³. Aynı şekilde 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda (KVK) da tüm sermaye şirketlerini kapsayacak şekilde örtülü kazanç aktarımı niteliğindeki borçlandırmalar faiz ve katma değer vergisi tahakkuk

¹⁵² ESerPK m. 15, f. 7 hükmü şu şekilde örtülü kazanç aktarımını yasaklamıştı: “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 karını ve/veya mal varlığını azaltamaz.” Yasağa aykırılık halinde ise cezai müeyyide eSerPK m. 41, f. 1, A/6 hükmünde şu şekilde düzenlenmişti: “Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrası nda belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler, (...) her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

¹⁵³ SerPK m. 21 hükmünde örtülü kazanç aktarımı şu şekilde düzenlenmiştir: “Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.

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 ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.

Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkra da belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.

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 kanuni 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 kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır.”

ettirilmek koşuluyla geçerli kabul edilmekte, kar dağıtımı sayılarak stopaja tabi tutulmakta ve ek olarak vergi ziyası cezası uygulanmaktadır¹⁵⁴. Örtülü kazanç aktarımının vergi hukukunda detaylı olarak düzenlenmesinin sebebi bu aktarımların vergi matrahını etkilemesidir. Sermaye piyasası hukukunda düzenlenme sebebi ise yönetimin kötüye kullanımı sonucunda özellikle anonim şirketin kontrolünü elinde bulunduran kişi veya grubun dışında kalan pay sahiplerinin uğrayabilecekleri zararların önlenmesinin Kanunun amaçlarından biri olmasıdır¹⁵⁵. Özellikle sermaye şirketlerinde kurumlar vergisi ödendikten sonra, ayrıca ortakların da, kar dağıtımına bağlı olarak gelir vergisi ödemeleri vergi yükümlülüğünü dolanmak için kar payı almak yerine şirketten borçlanma yoluna gidilmesinin tercih edilme sebeplerinden birini oluşturmaktadır¹⁵⁶. Pay sahibinin şirkete borçlanması sonucu oluşan zararın giderilmesi amacıyla hukukun birçok alanında düzenleme yapılması mümkün olmakla birlikte şirketten borçlanarak şirketi zarara uğratmak olgusunu yalnızca kanuni düzenlemelerin eksikliği ya da uygulanabilirliğinin olmaması şeklinde izah etmek oldukça güçtür. Nitekim şirket üzerinde söz sahibi olan kişi ve kurumların şirket tüzel kişiliğini zarara uğratarak kişisel kazanç sağlamalarına fırsat veren yalnızca hukuki düzenlemelerdeki boşluklar değildir. Aynı zamanda bunlar dışında ülkenin ekonomik, politik, sosyal ve kültürel fırsat ve motivasyon kaynakları da yolsuzluk uygulamalarında önemli rol oynamaktadır¹⁵⁷.

¹⁵⁴ KVK m. 13 ilgili kısım şu şekildedir: “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 hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir. (...) 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.” ; Açıklamalar için bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 660, dn. 1. ; Ahmet Ozansoy, “TTK’nın Düzeltilmesi Gereken Maddeleri”, **Mali Çözüm Dergisi**, S. 110, 2012, s. 47.

¹⁵⁵ Arslan Kaya, “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)”, **İÜHFİM**, C. 71, S. 2, 2013, s. 193; Özkorkut, “Borçlanma Yasağı II”

¹⁵⁶ Şükrü Kızılot, **Türk Vergi hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002, s. 183.

¹⁵⁷ Yolsuzluk olgusuna ilişkin çok yönlü tespitler için bkz. Ata, s. 277 vd.

A. DÜZENLEME VE AMACI

1. 6335 sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Düzenleme ve Amacı

TTK m. 358 pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını şu şekilde düzenlemişti: “*İştirak taahhüdünden doğan borç hariç, paysahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve paysahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulsun.*” Madde gerekçesinde hükmün amacının; pay sahiplerinin sermaye taahhüdü dâhil olmak üzere iş ve işlemlerinde ya da şahsi ihtiyaçlarını karşılamak için şirket kasasını kullanmalarının ve hatta şirket kasasından para çekmelerinin engellenmesi olduğu belirtilmiş ve bu alışkanlığın yanlış ve sakat bir uygulama olduğu vurgulanmıştır¹⁵⁸. Ancak bu hüküm kamuoyunda çok tartışılmış ve TTK bu yanlış ve sakat uygulamayı kaldırma iradesini koruyamamıştır. Hükümde değişikliğe gidilmiş ve tabiri caizse borçlanma yasağı sembolik hale getirilmiştir. Hükümün değiştirilmesine karşı olanlar, ortaklar ve şirket arasındaki cari hesaplar incelendiğinde yaklaşık 217 milyar borç bulunduğunu ve baskılar sonucu borçlanma yasağından ödün veren devletin bu haksızlığa göz yumduğunu ve meslek birliklerinin ise aslında dürüst olmayan bir adalet için savaştığını ileri sürmüştür¹⁵⁹. Değişikliği eleştirenlere göre, özellikle şirket ve ortakları arasındaki cari hesaplar kirli bir hesap olarak nitelendirilmekte, faturasız mal alımı halinde tutar ortak cari hesabına borç olarak yazılmakta ve şirketin verdiği rüşvetler de aynı şekilde bu hesaba borç kaydedilebilmektedir¹⁶⁰. Ülkemizde yaygın olarak kullanılan pay sahibi ve şirket arasındaki cari hesaplar incelendiğinde, bu şekilde şirketten çekilen paraların hiç

¹⁵⁸ Bkz. TTK m. 358 gerekçesi; Şirketlerin banka ya da finansman kuruluşu olmadığı gerçeğinin anlaşılmasının amaçlandığı yönünde bkz. Hasan Tepeli, “Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişiklik Sonrasında Ortakların Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 236, 2012, <https://www.xing.com/communities/posts/tuerk-ticaret-kanununda-yapilan-degisiklik-sonrasinda-ortakların-sirkete-borçlanma-yasagi-1001521991> (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.) ; Yavuz Akbulak, “Anonim Şirket Ortaklarına Şirkete Borçlanma Yasağı Konusunda Son Durum”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**. S. 106, 2012; Mustafa Sefa Kara, “TTK’ya Göre Ortaklara Borçlanma Yasağı ve Avans Kâr Payı Dağıtımı”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 269, 2015; Şirket ortağına ait olan seyahat, konaklama, yeme-içme ve evi ile ilgili bazı harcamaların, şirketin gideriymiş gibi gösterilerek, şirket kayıtlarında gider gösterilmesinin de olayın bir boyutunu oluşturduğu yönünde bkz. Tugay, s. 8.

¹⁵⁹ Ünal Tekinalp bu görüşü oturum başkanı olarak Hayrettin Çağlar’ın tebliğine ilişkin açıklamalarda bulunurken paylaşmıştır. İlgili tebliğ için bkz. Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

¹⁶⁰ Çağlar ve görüş olarak Tekinalp, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.; Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 660.

dönmediği ya da uzun süreler sonunda ödendiği ve çekilen paranın çoğunlukla kişisel ihtiyaçların finansmanında kullanıldığı görülmektedir¹⁶¹. Borçlanma yasağına ilişkin değişiklik yapılmaması halinde TTK'nın en önemli hükmü borçlanma yasağına ilişkin hükümler olacaktır¹⁶². Nitekim işadamları ve sanayicilerin eleştirilerine rağmen, tüzel kişilik kavramıyla bağdaşmayan ortaklar cari hesabı uygulamasının kaldırılması uzmanlarca bir devrim olarak görülmekteydi¹⁶³. Ancak 6111 sayılı Kanun¹⁶⁴ ile getirilen, kayıtlarda yer almakla birlikte işletmede bulunmayan kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklara ilişkin aradaki farkın yüzdesinin vergi olarak ödenmesi hükmü devletin cari hesap yoluyla borçlanmalara karşı tutumunu gözler önüne sermektedir¹⁶⁵.

2. 6335 sayılı Kanun Değişikliği Sonrası Düzenleme ve Amacı

Pay sahiplerinin borçlanma yasağı, 6335 sayılı Kanun m. 15. hükmü ile değiştirilmiş olup TTK m. 358'in değişiklikten sonraki hali ise şu şekildedir; *“Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”* Görüldüğü üzere değişiklikle borçlanma yasağı kaldırılmamış ancak sembolik hale getirilmiştir¹⁶⁶. Böylece pay sahipleri, sermayenin

¹⁶¹ Seçkin Altınal, “Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Şirkete Borçlanma Yasağının Kapsamının ve Uygulamada Yaşanabilecek Sorunların Değerlendirilmesi”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 229, 2012, s. 253; Şirkete borçlanma yasağının esasen cari hesap yoluyla şirketten para çekilmesi alışkanlığını yasaklamak olduğuna ilişkin görüş için bkz. Mustafa Yavuz, “Anonim Ortaklıklarda Şirkete Borçlanma Yasağı ve Bu Yasağın Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 232, 2012, s.269.

¹⁶² Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

¹⁶³ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 660.

¹⁶⁴ RG, 25.02.2011, S. 27857 (Mükerrer), “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”.

¹⁶⁵ 6111 sayılı Kanun m. 11, f. 2 hükmü şu şekildedir: *“Kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu ve ortaklardan alacaklar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:*

a) *Bilanço esasına göre defter tutan kurumlar vergisi mükellefleri, 31/12/2010 tarihi itibarıyla düzenleyecekleri bilançolarında görülmekle birlikte işletmelerinde bulunmayan kasa mevcutları ve işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla (ödünç verme ve benzer nedenlerle ortaya çıkan) ortaklarından alacaklı bulunduğu tutarlar ile ortaklara borçlu bulunduğu tutarlar arasındaki net alacak tutarlarını bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü ayın sonuna kadar vergi dairelerine beyan etmek suretiyle kayıtlarını düzeltebilirler.*

b) *(a) bendi kapsamında beyan edilen tutarlar üzerinden % 3 oranında hesaplanan vergi, beyanname verme süresi içinde ödenir.*

c) *Bu fıkra kapsamında ödenen vergiler, gelir veya kurumlar vergisinden mahsup edilmez; beyan edilen tutarlar ve ödenen vergiler, kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabul edilmez. Bu fıkra uyarınca beyan edilen tutarlar nedeniyle ilave bir tarhiyat yapılmaz.”*

¹⁶⁶ Değişiklik yapan madde gerekçesinde ise borçlanma yasağının kaldırılmadığı ancak “yumuşatıldığı” ifade edilmektedir. Bkz. 6335 sayılı Kanun, m. 15 gerekçesi; Değişiklikle yasak kapsamının daraltıldığı

korunması ilkesini gözettileri sürece her türlü borçlanma yoluna gidebilecek ve her türlü finansman ihtiyaçlarını şirket kasasından temin edebileceklerdir¹⁶⁷. Değişikliğin amacı olarak ise şirket ortaklarının acil ihtiyaçlarını karşılamak için şirkete başvurabilme imkânının sağlanması gösterilmiş ancak bu derece etkili bir değişikliğe gidilmesinin gerekçesi esasen genel gerekçede belirtilmiştir. Bu yasak kamuoyunda büyük tepki yaratmış ve kanun koyucu geri adım atmak zorunda kalmıştır¹⁶⁸.

B. YASAĞIN MUHATABI

1. Pay Sahibi

Payın şirketler hukukundaki anlamı oldukça önemlidir. Genel olarak ele alındığında, bir yönüyle pay, esas sermayenin bir parçasını ifade ederken¹⁶⁹, diğer bir yönüyle de pay, ortaklık sıfatını ifade etmektedir¹⁷⁰. Ortaklık sıfatı kazandırması açısından pay, ortak ile şirket arasındaki ortaklık sıfatından kaynaklanan tüm hak ve borçların oluşturduğu bir bütünü ifade eder¹⁷¹. Payın devredilmesiyle ortaklık sıfatı ve buna bağlı hak ve borçlar da devredilmiş olur¹⁷². Son olarak pay kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerini de ifade etmektedir¹⁷³. Bu anlamda pay veya pay senedine sahip olan kişi de pay sahibi olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁴. TTK m. 358 hükmünde şirkete borçlanma yasağının muhatabı “pay sahibi” olarak belirtilmiştir. Pay sahibinin

yönünde bkz. Karahan/Coşgun, s. 362; Değişiklik sonucunda borçlanma yasağının artık ilkesel bir düzenleme olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 233.

¹⁶⁷ Madde gerekçesinde bu borçlanmanın sınırsız olmadığı ve sermayenin korunması ilkesiyle çelişmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. 6335 sayılı Kanun, m. 15 gerekçesi.

¹⁶⁸ 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Gerekçesi aynen şu şekildedir: “Türkiye Büyük Millet Meclisince 13/1/2011 tarihinde kabul edilen ve 14/2/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yayımı tarihinden itibaren kamuoyunda tartışılmış ve anılan Kanunda yer alan bazı düzenlemelerin değiştirilmeden yürürlüğe girmesi halinde ticari hayatın olumsuz etkilenebileceği ve uygulamada sorunların yaşanabileceği değerlendirilmiştir.

Uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların asgariye indirilebilmesi için gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda gerekse de 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda değişiklik yapılmasını teminen bu Kanun Tasarısı hazırlanmıştır.” ;Yapılan değişikliklerle ortaya çıkan durumun klasik bir Türkiye gerçeği olduğu yönünde bkz. Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 70.

¹⁶⁹ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §23, N. 3; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Ankara, 2011, s. 1158; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 108.

¹⁷⁰ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, s. 1159; Bilgili/Demirkapı, s. 471.

¹⁷¹ Halil Arslanlı ve Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi III, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul:1989, s. 104; Cahn/Donald, s. 260 vd.

¹⁷² Bilgili/Demirkapı, s. 471.

¹⁷³ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §23, N. 8; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, s. 1161; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 108; Bilgili/Demirkapı, s. 471.

¹⁷⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 485.

hem gerçek hem tüzel kişi olması mümkündür. Özellikle pay sahibinin tüzel kişi olması halinde tüzel kişi ve organlarını oluşturan kişiler birbirinden bağımsız ve ayrı kişilikler olduğu için şirkete borçlanması yasak olan pay sahibi tüzel kişinin ortakları, yöneticileri ve ilgili diğer kişiler şirkete borçlanma yasağı kapsamında değildir¹⁷⁵. Özellikle tek kişi ortaklığın şirkete borçlanamayacak durumda olmasına rağmen bu tek kişi ortaklığın tek gerçek kişi ortağının şirkete üçüncü kişi olarak borçlanabileceği düşünüldüğünde borçlanma yasağı kolaylıkla delinebilecektir¹⁷⁶.

2. Pay Üzerinde Hak Sahibi Olan Üçüncü Kişilerin Durumu

Anonim şirket payı intifa, rehin ve hapis hakkına konu olabileceğinden bu hak sahipleri için de borçlanma yasağının söz konusu olup olmadığını açıklığa kavuşturmak gerekmektedir¹⁷⁷.

a. İntifa Hakkı Sahibi

TMK m. 794'e göre taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulabilmektedir ve aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, hakkın konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlamaktadır. Mülkiyet hakkından sonra en geniş yetkileri veren intifa hakkı, sahibine hakkın konusu üzerinde kullanma ve yararlanma yetkisi verir. Anonim şirket payları devredilebilir olduğu ve kar ya da tasfiye payı şeklinde haklar sağladığı için intifa hakkına konu olabilmektedir. İntifa hakkının kurulabilmesi için taşınırlarda zilyetliğin devri, alacaklarda alacağın devri gereklidir (TMK m. 795). Senede bağlanmamış paylarda payın sağladığı alacak haklarının alacağın devri hükümlerine göre devredilmesi; senede bağlı paylarda ise senedin türüne göre gerekli devir işlemlerinin yapılmasıyla pay üzerinde intifa hakkı kurulmuş olacaktır. Örneğin nama yazılı payların devrinde şirket onayı öngörülmüşse bu pay üzerinde intifa hakkı kurulurken de bu sınırlamaya uyulacaktır (TTK m. 492, f. 2). Şirket payı üzerinde bu şekilde intifa hakkı sahibi olmanın sonucunda, payın sağladığı mali haklar intifa hakkı sahibince kullanılacaktır ancak payın sağladığı diğer

¹⁷⁵ Tüzel kişinin temsilcisinin de müzakereye katılma yasağı, şirketle işlem yapma ve borçlanma yasağı ile rekabet yasağına gibi yasaklara tabi tutulması gerektiği yönünde bkz. Cafer Eminoğlu ve Fatma Betül Çakır, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 284.

¹⁷⁶ Yavuz, "Borçlanma Yasağı", s.274.

¹⁷⁷ Yüce, s. 66.

hakların akıbeti TTK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak TTK m. 432, f. 2'ye göre aksi kararlaştırılmamışsa payın sağladığı oy hakkı intifa hakkı sahibine aittir ve bu halde dahi pay sahibinin menfaatlerine aykırı hareket edilmesi halinde pay sahibine karşı intifa hakkı sahibinin sorumluluğu doğacaktır. Bu hüküm mali haklar dışındaki haklara ilişkin tek hükmüdür. Oy hakkını kullananın intifa hakkı sahibi olduğu durumlarda, payın sağladığı haklardan biri olan genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkının kimde olacağı da tartışmalıdır. TTK m. 446 hükmünde “olumsuz oy kullanan pay sahibi” ifadesi oy kullanan intifa hakkı sahibi ve oy hakkı intifa hakkı sahibince kullanılan pay sahibini dava açabilecek kişiler kategorisine sokamamaktadır. Ancak doktrinde iptal davası açma hakkının oy hakkını kullanan intifa hakkı sahibinde olacağı kabul edilmektedir¹⁷⁸. TMK m. 803 hükmünde açıkça yönetme yetkisinin de yer alması bu yorumu destekler niteliktedir. Payın pay sahibine sağladığı haklar için durum bu şekildeyken; pay sahibinin borçlarında durumun ne olacağına daha temkinli yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim TTK'da düzenlenmemekle birlikte, TMK'nın intifa hakkı sahibinin yükümlülüklerini düzenlediği m. 812 vd. hükümlerinde koruma, bakım ve işletim giderlerini karşılama dışındaki bütün yükümlülüklerin hakkın konusunun sahibinde olacağı belirtilmiştir. Bu sebeple dahi özellikle cezai yaptırım söz konusu olan bir hükmün uygulanmasında kıyas ya da yorum yoluyla yasağa tabi olanlarının kapsamının genişletilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Pay sahibine borç veren şirketin cezai yaptırıma muhatap olduğu düşünüldüğünde, intifa hakkı sahiplerinin de kapsama alınması hükmün korumayı hedeflediği ilkeler açısından yerinde olabilirdi¹⁷⁹. Ancak belirttiğimiz gibi cezai müeyyidesi olan bir hükümde kıyas yoluyla kapsam genişletilemeyeceğinden, cezai yaptırımın muhatabı olan şirketin de lehine yorum yapılması gerekecektir. Bu sebeple de pay üzerinde intifa hakkı sahibi olanlar şirkete borçlanma yasağı kapsamına dâhil edilmemelidir¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Pay sahibinin de dava açabilmesi gerektiği yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 357.

¹⁷⁹ Cezayı ödeyecek olanın şirket olması sebebiyle intifa hakkı sahiplerinin de şirkete borçlanmasının yasak olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Yüce, s. 67 vd.

¹⁸⁰ Aynı yönde görüş için bkz. Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”; Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 238; Aksi görüş için bkz. Yüce, s. 69, Yazar TTK m. 358'in amacına göre yorumlanması gerektiğinden bahisle payın sağladığı mali haklar ve temsil haklarını kullanabilen intifa hakkı sahibinin borçlanma yasağına tabi olduğunu; yine bu sefer TTK m. 358'in lafzi yorumlanarak pay sahibinin de intifa hakkı sahibiyle birlikte borçlanma yasağına tabi olması gerektiğini ifade etmiştir.

b. İntifa Senedi Sahibi

TTK m. 502'ye göre, anonim şirket genel kurulu esas sözleşme uyarınca veya esas sözleşmeyi değiştirerek, bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine emre veya hamile yazılı olarak intifa senetleri çıkarılmasına karar verebilmektedir. Ancak bu intifa senetleriyle, sahiplerine, pay sahipliği hakları tanımamakta yalnızca net kara, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni çıkarılacak payları alma hakkı tanınabilmektedir (TTK m. 503). Kanun hükmü tanınabilecek hakları açıkça belirtmiştir. İntifa senedi sahipleri, intifa hakkı sahipleri gibi payın sağladığı katılım ya da yönetim hakkına sahip olamamaktadır¹⁸¹. Bu sebeple şirkete karşı tam olarak üçüncü kişi konumunda olan intifa senedi sahiplerinin evveliyet gereği borçlanma yasağına muhatap olmadığını da kabul etmek gerekmektedir¹⁸².

c. Rehin ve Hapis Hakkı Sahibi

Rehin hakkı, alacaklıya, alacağı ödenmediği takdirde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla alacağını elde etme imkanı tanıyan bir haktır (TMK m. 946). Hapis hakkı ise alacaklıya, borçluya ait olup, onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsetme ve ödenmemesi halinde teslimine bağlı rehin hükümlerine göre paraya çevirme yetkisi veren bir haktır (TMK m. 950 ve 953). Görüldüğü üzere bu haklar hak sahibine istisnai durumlarda pay üzerinde tasarruf yetkisi vermekte ancak pay sahipliği hakları kazandıramamaktadır¹⁸³. Bu sebeple intifa senedi sahipleri gibi şirkete karşı tam olarak üçüncü kişi konumunda olan rehin ve hapis hakkı sahipleri borçlanma yasağına tabi değildir.

d. Pay Sahibinin Vekili, Velisi ya da Vasisi

Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlamaktadır (TBK m. 40). Bu sebeple pay sahibini temsilen şirkete borçlanılması halinde bu işlem pay sahibi adı ve

¹⁸¹ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 324.

¹⁸² Borçlanma yasağına tabi olmadıkları yönünde görüş için bkz. Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

¹⁸³ Yüce, s. 69.

hesabına yapıldığından yasak kapsamındadır. Ancak vekil, veli ya da vasi kendi adına şirkete borçlandığı takdirde yasak kapsamına girmemektedir¹⁸⁴.

C. YASAĞIN İSTİSNASI

Pay sahibinin şirkete borçlanması tamamen yasaklanmasının haksız sonuçlara sebebiyet vereceği gerekçesiyle katı bir biçimde uygulanmaması gerektiği düşünülmüştür¹⁸⁵. Hükmün ilk halindeki ve değişiklik sonrasındaki istisna anlayışında köklü bir değişiklik olduğundan ayrı başlıklar altında incelenmesi kanaatimizce daha faydalı olacaktır.

1. 6335 sayılı Kanun Öncesindeki Düzenleme

Pay sahibinin şirkete karşı tek borcunu iştirak taahhüdünden kaynaklı borcu oluşturmaktaydı. İştirak taahhüdünden doğan borç hem şirketin kuruluşunda hem de sermayenin artırılması sırasında pay sahipleri tarafından şirkete ödenmesi taahhüt edilen borcu ifade etmektedir¹⁸⁶. Bu borç dışında pay sahibinin şirkete borçlanması yasaklanmıştı ancak bu yasağın katı bir biçimde uygulanmasının adaletsiz sonuçlara yol açabileceği düşüncesiyle bir istisna öngörülmüştü. Buna göre borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulmuşsa borçlanma yasağı kapsamında olmayacaktı¹⁸⁷. Bu düzenlemeyle borçlanma yasağı gerçek anlamda bir ilke olarak benimsenmişti¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Yüce, s. 70.

¹⁸⁵ Bkz. TTK m. 358 gerekçesi.

¹⁸⁶ T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, **140 Soruda Yeni Türk Ticaret Kanunu**, s. 10, http://www.yenittk.com/files/Attachments/140_soruda_TTK.pdf (06.07.2015 tarihinde erişilmiştir.).

¹⁸⁷ İstisnaya ilişkin somut olay örneği ise Bakanlığın hazırladığı bir kitapçıkta şu şekilde yer almıştır: “Örneğin, hazır beton üretimi yapan anonim şirketin ortaklarından Bay (A) konut üretimiyle iştigal etmektedir. Anonim şirket, 1 ton hazır betonu 5 taksitte 5.000 TL’ye satmaktadır. Bay (A)’da ortağı olduğu şirketten 1 ton hazır betonu 5 taksitte 5.000 TL’ye almış ve şirkete borçlanmıştır. Bu durum borçlanma yasağı kapsamına girmemektedir. Çünkü, Bay (A) da ortağı olduğu şirkete, diğer müşterilere uygulanan şartlardan borçlanmıştır. Ancak, Bay (A) 1 ton hazır betonu 5 taksitte 4.000 TL’ye veya 1 ton hazır betonu 5.000 TL’den almakla birlikte 8 taksitte satın alırsa bu durumlarda borçlanma yasağını ihlal etmiş olacaktır.” Açıklamalar için bkz. T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, s. 10-11.

¹⁸⁸ Serdar Hızır, “6335 Sayılı Kanun ile Değişik TTK m. 358 Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, **Yeni Ticaret Kanunu’nda 6335 Sayılı Kanun İle Öngörülen Değişiklikler Paneli**. Atılım Üniversitesi, 8.11.2012, s. 11, <http://kurumsal.library.atilim.edu.tr/libinstitutional/view/id/1557/Yeni-Ticaret-Kanununda-6335-sayili-Kanun-ile-Ongorulen-Degisiklikler/?lang=tr> ve

a. Borçlanma Yasağının İstisnasının Şartları

(1) Borcun Şirketle, Şirketin İşletme Konusu ve Pay Sahibinin İşletmesi Gereği Olarak Yapılmış Bulunan Bir İşlemden Doğması

Madde metninde söz konusu işleme ilişkin bir açıklama yapılmamış ve işlemin şirketin işletme konusuna girmesi ve pay sahibinin de işletmesi gereği olarak yapılması yeterli kabul edilmişti. Özellikle ultra vires ilkesinin kaldırıldığı göz önüne alındığında şirketin işletme konusunun kapsamını belirlemek hükmün uygulanmasında önem taşımaktadır. Ultra vires ilkesi şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu dışında işlemlerin yapılması halinde hak ehliyetsizliği sebebiyle bu işlemlerle şirketin bağlı olmamasını ifade etmektedir¹⁸⁹. Uygulamada ise ilke oldukça esnetilmiş ve Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre şirket sözleşmesinde yer almamakla birlikte şirketin ticari faaliyetini kolaylaştıran iş ve işlemlerin de işletmenin konusu içinde yer aldığı kabul edilmişti¹⁹⁰. ETTK m. 137 hükmünde öngörülmüş bulunan ve tüm ticaret şirketleri için geçerli olan ultra vires ilkesi, AET'nin 68/151 sayılı şirketlere ilişkin Birinci Yönergesi dikkate alınarak kaldırılmıştır¹⁹¹. Böylece ticaret şirketlerinin, TMK m. 48 hükmü çerçevesinde bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği, bu husustaki kanuni istisnalar saklı kalmak üzere kabul edilmiştir (TTK m. 125, f. 2). Böylece

<http://kurumsal.data.atilim.edu.tr/pdfs/121108h.pdf> (20.08.2015 tarihinde erişilmiştir.); Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 231.

¹⁸⁹ Hüsnü Turanlı, “Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 2, S. 3, s. 53.

¹⁹⁰ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararının ilgili bölümü şu şekildedir: “Bir şirketin işletme konusu (iştirak konusu) demek, o şirketin devamlı olarak yapacağı ticari işlemler demektir. Bunlar da o şirketin anasözleşmesinde belirtilen (şirket maksat ve mevzuu) ile ilgili işlemlerdir. Bununla birlikte, bir ticari işletmenin kendi anasözleşmesinde belirtilen işletme mevzuuna doğrudan doğruya girmemekle beraber, o işletmenin ticari faaliyetlerini kolaylaştıran ticari iş ve ticari sözleşmelerin de o işletmenin mevzuu içinde bulunduğu kabulü zorunludur. Ticari amaç güden işletmelerin kredi temini konusunda bankalara karşı müştereken sorumluluk yüklenmek suretiyle birbirlerine destek olmaları ve ticari faaliyetlerini bu suretle sürdürebilmeleri halini ticari hayatın normal ve mutad işlemleri arasında kabul etmek gerektiğinden, bu davada söz konusu olan (kefalet akdinin) de davacı şirket yönünden kendi işletme mevzuu çerçevesi içinde kalan (bir muamele) den ibaret olduğu gözönünde tutulması zorunlu bulunmaktadır. Aksi düşüncenin kabulü ticari hayatın normal seyrine ve süratli akışına engel teşkil edebilecektir. Açıklanan bu hususlar dairemizin kökleşmiş içtihatı halinde bulunmaktadır (11. HD.nin 7.2.1978 tarih, 1978/7 esas, 1978/354 karar ve 4.3.1979 tarih ve 1979/392 esas, 1979/981 karar sayılı ilamları).” Y. 11. HD T. 27.12.1983, E. 1983/5531, K. 1983/5921, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**

¹⁹¹ TTK m. 125 gerekçesi.

şirketin işletme konusu ibaresinden şirketin yapacağı her türlü işlemin anlaşılması yerinde olacaktır¹⁹².

Ultra vires kuralı kalktığı için, artık şirketin hak ehliyetinin sınırını işletme konusu çizmediğinden, şirketin işletme konusu temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde etkili olmuştur¹⁹³. Şirketin temsilinde şirketin amacı ve işletme konusu temsil yetkisinin kapsamını oluşturmaktadır (TTK m. 371, f. 1). Temsil sınırlarına uyulmayarak yapılan, şirketin işletme konusuna girmeyen işlemler kural olarak şirketi bağlamaktadır. Ancak üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda olduğu hallerde bu işlemle şirket bağlı olmayacaktır (TTK m. 371, f. 2). İspat yükü ise şirkettedir ve üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunu ispat etmesi gerekmektedir¹⁹⁴. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında pay sahibinin şirketin işletme konusunu bilebilecek durumda olduğunu kabul etmek hayatın olağan akışına uygun olacağından ispat kolaylığı sağlanması mümkündür. Eğer borçlandırıcı işlem şirketin işletme konusuna girmiyorsa hem şirket bu işlemle bağlı olmayacak hem de borçlanma yasağı ihlal edildiğinden sorumluluk doğacaktı.

İstisna pay sahibinin işletme sahibi olmasını aradığından hükmün ruhuna da uygun bir istisna öngörmekteydi¹⁹⁵. Nitekim kendisi de şirket müşterileri gibi tacir olan pay sahibinin sırf bu şirkette pay sahibi olduğu için yabancı şirketlerle zararına dahi olsa işlem yapmak durumunda kalması ve pay sahibi olduğu şirketin rakibi konumundaki şirkete kazanç sağlaması hem pay sahibi için hem de şirket için olumsuz sonuçlar doğurabilecek nitelikteydi. Bu istisna şirketin ve şirket pay sahibine ait olan işletmenin, şirket ve pay sahibi arasındaki ilişkiden bağımsız, profesyonellik ve kurumsallık

¹⁹² Tamer, s. 101.

¹⁹³ Bkz. TTK m. 371 gerekçesi; Şirketin amacı ve işletme konusunun, şirketin hak ehliyetinin sınırını değil imza yetkilisine rücu edip edemeyeceğinin sınırını çizdiği yönünde bkz. Veliye Yanlı ve Murat Yusuf Akın, **Yeni Türk Ticaret Kanunu Dünya Değişiyor. Ya Siz?**, İstanbul: KPMG, 2011, s. 32, <http://www.kpmg.com/tr/tr/issues-and-insights/articlespublications/yttk/yttk-yayinlar/sayfalar/yeni-ttk-d%C3%BCnya-degisiyor-ya-siz.aspx> (22.08.2015 tarihinde erişilmiştir.); Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 47; Bilgili/Demirkapı, s. 54; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §5, N. 13; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 83.

¹⁹⁴ Turanlı, s. 69.

¹⁹⁵ Pay sahibinin ticari işine dayanmaksızın şirketten borç alınmasının yasak kapsamında olacağına ilişkin bkz. T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, s. 11.

temelinde bir ilişki içinde olacağı varsayımına dayanmaktadır¹⁹⁶. Ancak bu istisna sadece ticari işletme işleten pay sahiplerine özgü olduğu için ve yalnızca ticari işlemler için öngörüldüğünden pay sahipleri tarafından tepkiyle karşılanmıştır¹⁹⁷. Bunun sebebi ise şirketlerin birçoğunun kurumsallaşmaktan uzak olması ve pay sahiplerince şirketin kendi malları gibi görülmesi algısının değiştirilememesidir¹⁹⁸.

(2) Emsalleriyle Aynı veya Benzer Şartlara Tâbi Tutulma

Borçlanma işleminin yasak kapsamına girmemesi için pay sahibine diğer müşterilere nazaran kolaylıklar tanınmaması gerekmekte aksi halde hükme aykırı hareket edilmiş olmaktadır¹⁹⁹. Buna göre pay sahibinin şirkete borçlanması şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle mal alımına dair olmalı ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar ya da istisnalar tanınmamalıydı²⁰⁰. Pay sahibine diğer müşterilere göre daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırılık oluşturacağından cezalandırılması yoluna gidilecekti²⁰¹. Böylece hükmü savunanlarca, örtülü kazanç dağıtımının engelleneceği, vergi gelirlerinin artacağı, işletmelerin mali yapısının güçleneceği, şirketlerde şeffaflık ve hesap verilebilirliğin ve kurumsallaşmanın sağlanacağı ve tüm bunların şirketlerin sürekliliğini sağlayacağı şeklinde olumlu görüşler ileri sürülmüştü²⁰².

b. Şartların Değerlendirilmesi

Borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğduğu ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tâbi tutulduğu sürece, bu işlem mal alım satımına ilişkin olabileceği gibi para ödücü de bu

¹⁹⁶ Araba lastiği üreten bir şirket ile lastik hammadde üretimine ilişkin faaliyette bulunan şirket ortağının bu hammadde alım satımına ilişkin işlemlerinin emsallerine uygun olması halinde yasak kapsamında olmayacağına ilişkin örnek için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 12.

¹⁹⁷ İşletmesi olan ve olmayan pay sahibi ayrımının eşitsizliğe yol açtığı yönünde bkz. Tepeli; Karahan/Coşgun, s. 363 vd.

¹⁹⁸ Özellikle yasa yürürlüğe girmeden önceki tartışmalara ilişkin olarak işadamlarının çekincelerini dile getiren bir köşe yazısındaki şu ifade bu alının ne derece vahim bir hal aldığını gözler önüne sermektedir: “Bir işadamı “Eğer şirketimden para alamazsam ben anne ve babamı nasıl hacca gönderebileceğim” diye soruyor.” Bu yasa çıkınca, para alamazsam ben anne ve babamı nasıl hacca gönderebileceğim’ diye soruyor.” Haberin tamamı için bkz. Yaşar Kızılbağ, “Türk Ticaret Kanunu”, **Star Gazetesi**, 28 Ağustos 2012, <http://www.stargazete.com/ekonomi/is-dunyasinin-1535-maddelik-ttkda-13-ayri-cekincesi-var/haber-560056> (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

¹⁹⁹ TTK m. 358 gerekçesi.

²⁰⁰ Karahan, s. 259.

²⁰¹ Altaş, “Borçlanma Yasası ve Cezai Müeyyidesi”, s. 238.

²⁰² Karahan, s. 259.

işlemler içinde yer alabilirdi²⁰³. Aranılan şartların bir arada ya da ayrı ayrı mı değerlendirilmesi gerektiği ve emsalin belirlenmesinde nasıl hareket edilmesi gerektiği tartışma konusu edilebilirdi. Ancak Kanun değişikliği sonucu bu istisna hükmü değiştiğinden tartışmalar anlamını yitirmiştir²⁰⁴. Ancak Kanun metninde geçen “ve” ifadesini “veya” şeklinde algılamak ve hükme dair istisnai nitelikte olan bir imkânı geniş yorumlamak kanaatimizce borçlanma yasağının düzenlenme gerekçeleriyle örtüşmeyecekti. Bu sebeple tüm şartların bir arada aranması hükmün ruhuna daha uygun olacaktı²⁰⁵. Hükmün gerekçesinde istisna öngörülme sebebi olarak haksız ve adaletsiz sonuçların engellenmesinin amaçlandığı belirtilmişti. Bundan yola çıkarak sırf pay sahibi olduğu için işletmesi olmayan ya da şahsi ihtiyacı için şirketle diğer müşterilerle eşit konumda işlem yapamayacak olan pay sahipleri açısından pay sahipliğinin teşvik edilmesi yerine cezalandırılması şeklinde bir etki doğuracağı da ileri sürülmüştü²⁰⁶. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi borçlanma yasağı temel ilke olarak benimsendiğinden istisnanın da dar yorumlanması maddenin varoluş amacının bir gereği idi.

2. 6335 sayılı Kanun Sonrasındaki Düzenleme

Değişiklik sonucunda, pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi; sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmaları ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olduğu takdirde yasak kapsamında sayılmamaktadır. Yani bu iki şart birlikte sağlandığı takdirde bir kurala tabi olmaksızın pay sahibinin şirkete borçlanması serbest bırakılarak yasal hale getirilmiştir²⁰⁷. Bir bakıma, değişiklik öncesinde yasak kural ve izin istisna iken; değişiklik sonrası izin kural, yasak ise istisna halini almıştır²⁰⁸. Bunun sonucunda da bir ilke olarak düzenlenen borçlanma yasağı bu değişikliklerle ilke olma niteliğini önemli ölçüde yitirmiştir²⁰⁹. Özellikle pay sahiplerinin şirkete katılımların düşük gösterilmesi halinde sermaye taahhüdünden kaynaklı borçlarını kolaylıkla ödemeleri ve şirketin esas

²⁰³ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 241.

²⁰⁴ Yüce, s. 74.

²⁰⁵ Aynı yönde görüş için bkz Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 230 vd.

²⁰⁶ Tamer, s. 101; Tugay, s. 74.

²⁰⁷ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 50 ve 70; Tamer, s. 109; Tepeli.

²⁰⁸ Karahan, s. 260; Tamer, s. 99; Bilgili/Demirkapı, s. 734.

²⁰⁹ Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 13.

sermayesinin sembolik bir miktarda tutulması yoluyla şirketin sürekli karlı durumda gösterilmesi halinde kolaylıkla borçlanma yasağı aşılabilecek ve borçlanma yasağı anlamını yitirebilecektir²¹⁰.

a. Şirkete Borçlanmanın Şartları

(1) Pay Sahipleri Sermaye Taahhüdünden Doğan Vadesi Gelmiş Borçlarını İfa Etmiş Olmalı

Pay sahiplerinin şirkete karşı tek borcu, sahip oldukları pay karşılığında taahhüt ettikleri pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa borcudur ve kanunda öngörülen istisnalar dışında, bu borç dışında pay sahibine başka bir borç yüklenemeyeceği gibi bu borçtan kurtarılmaları da mümkün değildir (TTK m. 480, f. 1, m. 329, f. 2)²¹¹. Buna tek borç ilkesi denmektedir²¹². Tek borç ilkesi pay sahibinin sınırlı sorumluluğu pekiştiren ve pay sahipliğiyle üstlenmiş olduğu mali rizikoyu gösteren bir ilkedir²¹³. Şirkete sermaye taahhüdünden doğan borç dışında pay sahibinin bir borcu olamayacağını gösteren bu temel ilke iki yönlü düşünüldüğünde şirketin pay sahibinden başka bir ödeme talep edemeyeceği anlamını taşıırken bir yönüyle de pay sahibinin şirkete pay bedeli dışında borçlanamayacağı anlamını taşımaktadır²¹⁴. Ancak uygulamada şirketle işlemde bulunulması halindeki borçlanmalar tek borç ilkesi kapsamında değerlendirilmemiştir. Emredici hükümler ilkesi²¹⁵ sonucunda kanundan kaynaklı istisna olarak pay sahibinin şartları sağlaması halinde şirkete borçlanmasına

²¹⁰ Karahan, s. 260.

²¹¹ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 280 vd.; 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 12 hükmü açıkça hissedarların sermaye azaltımı dışında bu borçtan azat edilemeyeceklerini düzenlemiştir.

²¹² Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, N. 1019; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 281; Karahan/Bozgeyik, s. 687; Pay sahibinin sadakat borcunu dışarıda bırakan bu tek borç görüşünün isabet derecesinin tartışmalı olduğu yönünde bkz. Murat Yusuf Akın, s. 92; Şirket sözleşmesine pay sahibine sadakat yükümlülüğü getirecek düzenlemeler koyulmasının mümkün olduğu ancak bu haliyle bu düzenlemelerin tek borç ilkesinin istisnası haline gelemeyeceği yönünde bkz. Karahan/Bozgeyik, s. 697; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §25, N. 38; Şahıs şirketlerinde olduğu kadar baskın olmamakla birlikte sermaye şirketi ortaklarının şirketin amacının gerçekleşmesinin engellenmesinden kaçınmak şeklinde bir yükümlülüğünün de olduğu yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 22; Karahan/Aral, s. 25; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §14, N. 88; Bilgili/Demirkapı, s. 486; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §14, N. 91.

²¹³ Kemal Dadak, “Limited Şirket Ortaklarının Sadakat Yükümlülüğü”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2010, s. 40.

²¹⁴ Tek borcun kapsamına ilişkin açıklamalar için bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §14, N. 91; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §25, N. 2.

²¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Ankara: Yetkin, 2015

izin veren TTK m. 358 hükmü bir açıdan TTK m. 480 hükmünün bir istisnasını oluşturmaktadır²¹⁶.

Kanun lafzi olarak yorumlandığında pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi şartı olarak “tüm pay sahiplerinin” sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmesi gerektiği düşünülebilir. Şüphesiz ki bu yorum şirketin malvarlığının korunmasına daha fazla hizmet edecektir²¹⁷. Ancak kanaatimizce her pay sahibi kendi açısından sermaye taahhüdünü yerine getirmiş olmalıdır²¹⁸. Bu şart sağlandığı sürece diğer ortakların sermaye taahhütlerini yerine getirip getirmediği önem taşımamaktadır.

Pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için tüm sermaye taahhüdünün değil yalnızca borçlanma tarihine kadar vadesi gelmiş olan kısmının ödenmiş olması gerekmektedir. Böylece hem pay sahibinin şirkete karşı temel borcu olan şirket sermayesine katkı sağlaması borcunun yerine getirilmesi hem de pay sahibinin borcuna sadık olması halinde kendisine borç verilmesi amaçlanmaktadır. Ancak vadesi gelmiş sermaye taahhüdünün ödenmesi şartı kötüye kullanımları da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Vade belirlenirken düşük bir kısmın yakın tarihte, büyük kısmın ise uzun vade süreleri tayin edilerek ödeneceğinin taahhüt edilmesi halinde aradaki uzun süre içinde şirkete borçlanarak şirket malvarlığını tehlikeye sokmak mümkündür. Bu sebeple Kanunda, sermaye taahhüdünün yerine getirildiği kısım göz önüne alınarak borçlanılacak tutara ilişkin miktar ve süre olarak limitler belirlenmesi yerinde olacaktır²¹⁹.

Borçlanma yasağının kapsamında olunmamasının şartları belirlenirken yalnızca sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçların ifası arandığından kanaatimizce pay sahibinin bu borç dışında olmak üzere şirketten aldığı ve ödemediği diğer borçlarının bulunması şirketten borçlanmasına engel olmayacaktır. Ancak bu halde şirketi yönetenlerin özenli hareket edip etmediği noktasında borcun ödenmemesi halinde sorumlulukları gündeme gelebilecektir. Ayrıca hâlihazırda şirkete borçlu

²¹⁶ Borçlar hukuku alanındaki borçlar ortaksal nitelik taşımadığından tek borç ilkesinin istisnası sayılamayacağı yönünde bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s.281.

²¹⁷ Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 16.

²¹⁸ Aynı görüş için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 263.

²¹⁹ Tamer, s. 110; Tugay, s. 79.

bulunan bir kişinin bu borcu ödemededen tekrar borçlanması halinde hükmün esnetilme amacına da aykırı şekilde hareket edileceği ortadadır²²⁰.

Borçlanma yasağı kapsamında çıkmak için şartların sağlanması amacıyla sermaye taahhütlerinin kasıtlı olarak düşük gösterilmesi ve bunu teminen asgari sermaye şartını sağlayan sermaye miktarlarıyla şirket kurulması yolu tercih edilebilir. Ayrıca sermaye taahhütlerine ilişkin hileli işlemler de yapılabilmektedir. Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi halinde, kusuru olan şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilmektedir ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen ödemek zorunda olacaklardır (TTK m. 550, f. 1)²²¹. Somut olayda yönetim kurulu üyelerinin böyle bir işlem yapmaları halinde payları kendileri üstlenmiş sayılacaklarından pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri gibi TTK m. 358 hükmüne tabi olacaklardır²²². Ayrıca bu yolla pay sahibinin sermaye taahhüdünü yerine getirmiş gibi göstererek pay sahibine borç vermeleri halinde hem TTK m. 358 hükmüne hem de TTK m. 550 hükmüne aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle TTK m. 562 f. 5, b bendine göre üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla ve TTK m. 562, f. 9 hükmüne göre de üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır.

(i) Ayni Sermaye Taahhüdünde Bulunulması

Ayni sermaye taahhütlerinde, şirket sözleşmesinde bilirkşi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fıkri mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine kaydedildikleri ve taşınırlar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde ayni sermaye kabul olunacaktır ve bu özel sicillere yapılan kayıt iyi niyeti kaldırıcı etki doğuracaktır (TTK m. 128, f. 2). Sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan ayni bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir (TTK m. 128, f. 3). Şirketin tesciliyle birlikte sicil müdürü tarafından gerekli

²²⁰ Yapılan değişikliğin amacının, ortakların acil kaynak ihtiyaçlarının, makul bir vade içerisinde geri ödenmek üzere, şirket varlıklarından karşılanmasına olanak sağlamak olduğu ve bu sebeple tekrar borç verilmesinin uygun olmayacağı yönünde bkz. Tepeli.

²²¹ Şirket yetkilileri kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. TTK m. 550, f. 1 gerekçesi.

²²² Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 17.

tescil bildirimleri resen ve hemen yapılarak aynı sermaye türüne göre şirketin bunlar üzerinde tasarrufta bulunabileceği duruma gelmesi için şirket adına kaydı yaptırılacaktır. Sicil müdürünün işlemi yapmaması halinde şirketin tescil isteme hakkı da bulunmaktadır (TTK m. 128, f. 6). Sicili bulunmayan taşınır mal ve diğer değerler şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla birlikte şirketin tasarrufu altına geçecektir (TTK m. 128, f. 4). Böylece bu tür aynı sermaye taahhütlerinin yerine getirilmesine ilişkin hükümler incelendiğinde de görüldüğü üzere vadesi gelen sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi şartı daha baştan sağlanmış olmaktadır²²³.

Bir alacağın sermaye olarak taahhüt edilmesi halinde alacak şirket tarafından tahsil edilmediği sürece sermaye koyma borcu yerine getirilmiş sayılmayacaktır (TTK m. 130, f. 1). Vadesi gelmiş bir alacak şirket sözleşmesinin imzalanmasından itibaren, vadesi gelmemiş alacak ise aksi kararlaştırılmamışsa vadesinin gelmesinden itibaren bir ay içinde şirket tarafından tahsil edilmelidir (TTK m. 130, f. 2). Sermaye şirketlerine yalnızca vadesi gelmiş alacaklar sermaye olarak getirildiğinden (Anonim şirkete ilişkin bkz. TTK m. 342; limited şirkete ilişkin bkz. TTK m. 581, f. 1) şirket sözleşmesinin imzalanmasından itibaren bir aylık bir süre işleyecektir. Bu süre düzenleyici bir süredir, bu süre içinde tahsil gerçekleşmediği durumda pay sahibi sürenin dolmasından itibaren işleyen temerrüt faiziyle birlikte ödeme yapmak zorundadır (TTK m. 130, f. 3)²²⁴. Bu sebeple vadesi gelmiş alacak şirket tarafından tahsil edilmeyene ya da süre sonunda pay sahibi taahhüdünü bizzat yerine getirmeyene kadar şirkete borçlanmak yasaktır²²⁵.

(ii) Nakdi Sermaye Taahhüdünde Bulunulması

Nakdi sermaye taahhüdünde pay sahipleri şirketin tescilinden önce taahhütlerinin en az yüzde 25'ini yerine getirmiş olmalıdır²²⁶. Kalan kısmın ise şirketin tescilinden itibaren 24 ay içine ödenmesi gerekmektedir²²⁷. Ödeme zamanları sermaye

²²³ Hızır, "Değerlendirmeler II", s. 258.

²²⁴ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 53.

²²⁵ Hızır, "Değerlendirmeler II", s. 259.

²²⁶ 77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 9, f. 1 hükmü de aynı oranı benimsemiştir.; İsviçre Hukukunda nakdi sermayenin yüzde 20'sinin kuruluşun önce ödenmesi ve her halükarda bu şekilde kuruluş öncesi sermayenin 50.000 frank tutarına ulaşması gerekmektedir (OR Art. 632a). Toplamda ise şirket kurulabilmesi için 100.000 frank asgari sermaye şartı düzenlenmiştir (OR Art. 621).

²²⁷ Limited şirketlere özgü olarak nakdi sermayenin kuruluşun önce hemen ve tamamen ödenmesini öngören TTK m. 585 hükmü, 6335 sayılı Kanun m. 31 hükmü ile değiştirilerek, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

artırımında genel kurul kararında gösterilebileceği gibi genel kurul ya da yönetim kuruluna ödeme yapılması için çağrı yapma yetkisi de verilebilir²²⁸. Hiçbir belirleme yapılmaması halinde ise 24 ayın dolmasıyla ödenmeyen kısım muaccel hale gelecektir²²⁹. Böyle bir durumda 24 aylık sürenin bitimine kadar şirkete borçlanmak mümkündür²³⁰. Primli pay söz konusu ise primin tamamının tescilden önce ödenmesi gerekmektedir (TTK m. 344)²³¹.

Payların bedelleri, yönetim kurulu tarafından, esas sözleşmede başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ilan yoluyla istenecektir ve ilanda, ödenmesi istenen sermaye borcunun oranı veya tutarı ile ödeme tarihi ve ödemenin nereye yapılacağı açıkça belirtilmelidir (TTK m. 481, f. 1).

(2) Şirketin Serbest Yedek Akçelerle Birlikte Kârı Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olmalı

Pay sahibinin sermaye taahhüdünden kaynaklı vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olması şartının sağlanmasından sonra, pay sahibine borç verilebilmesi için şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmak zorundadır. Serbest yedek akçe kavramının içeriğine ilişkin TTK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak pay sahibinin borçlanma yasağında olduğu gibi karın dağıtımına ilişkin TTK m. 509 hükmünde de “serbest yedek akçe” kavramı kullanılmıştır. Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ²³² m. 4, f. 1, d bendine göre serbest yedek akçe; “*Genel kanuni yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı ile Kanun ve sözleşme gereği ayrılanlar dışında genel kurulca ayrılmasına karar verilen yedek akçeleri*” ifade etmektedir²³³. Burada dikkat edilmesi gereken şirketin faaliyet dönemini kar ile kapatmış olması değil, serbest yedek akçelerle birlikte karın *geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde* olmasıdır. Borçlanmanın mümkün olup olmadığının tespitinde bu sebeple yalnızca son yılın bilançosu değil, şirketin kuruluştan beri tüm mali durumu bir bütün olarak

²²⁸ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 282; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §5, N. 47.

²²⁹ Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §14, N. 93.

²³⁰ Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 16; Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 257.

²³¹ 77/99/AET İkinci Konsey Yönergesi m. 25 hükmü ihraç primi için aynı şartı öngörmüştür.

²³² RG, 09.08.2012, S. 28379.

²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 264-270.

değerlendirilmelidir²³⁴. Bu açıdan yaklaşıldığında şirketin geçmiş yıl zararları mevcut değilse, kar edip edilmediğine bakılmaksızın pay sahibinin şirkete borçlanabileceği ileri sürülmektedir²³⁵. Ancak şirketin dönemi zararla kapatmakla birlikte serbest yedek akçelerin geçmiş yıl zararlarını kapatacak düzeyde olması halinde kar etmenin de gizli bir üçüncü şart gibi değerlendirilerek borçlanmanın mümkün olmaması gerektiği de ileri sürülmektedir²³⁶. Ayrıca kar kavramıyla kastedilenin yıllık kar, net dönem karı, dağıtılabilir net dönem karı ve bilanço karı kavramlarından hangisi olduğu da belli değildir²³⁷. Yıllık kar şirketin ilgili faaliyet yılı içindeki gelir ve gider hesaplaması sonucunda geriye kalan tutarı ifade etmektedir²³⁸. Yıllık kardan vergisel yükümlülüklerin çıkarılması halinde ise net dönem karı hesaplanmış olmaktadır²³⁹. Net dönem karından geçmiş yıl zararlarının düşülmesi ve TTK m. 591, f. 1 hükmüne göre ayrılması gereken kanuni yedek akçelerin eklenmesiyle de dağıtılabilir net dönem karı elde edilmektedir²⁴⁰. Bilanço karı ise yıllık kar ve geçmiş yıllardan aktarılan karın ve çözülen yedek akçelerin toplamını ifade etmektedir²⁴¹. Tüm bu açıklamalar sonucunda hangi kar kavramının esas alınacağı noktasında her bir kavram için olumlu ve olumsuz değerlendirme yapmak mümkündür²⁴². Ancak kanaatimizce her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, hesaplamada borçlanmaya imkân vermeyecek şekilde şirket lehine bir yöntem belirlemek ya da tam aksi şekilde borçlanmayı kolaylaştırıcı şekilde bir hesap yöntemi belirlemek hukuk güvenliğini zedeleyici olacaktır. Bu karışıklığın giderilmesi için “*şirketin serbest yedek akçelerle birlikte karı geçmiş yıl zararlarını*

²³⁴ Yüce, s. 77.

²³⁵ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 50 vd. ; Soner Altaş, “Anonim Şirket Paysahiplerine İlişkin Borçlanma Yasağında Ne Değişti?”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 236, 2012, s. 287; Mustafa Yavuz, “Son Değişiklikler Kapsamında Anonim ve Limited Şirketlerde Borçlanma Yasağı”, **Vergi Sorunları Dergisi**, S. 288, 2012, s. 157; Özkorkut, “Borçlanma Yasağı II”; Tugay, s. 45.

²³⁶ Yüce, s. 77; Şirketin hem kar elde etmesi hem de dönem karının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması gerektiği yönünde bkz. Satıcı Toprak; Şirketin son döneminde zarar olsa bile serbest yedek akçelerin geçmiş yıl zararlarını aşması halinde şirkete borçlanmanın mümkün olduğu önünde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 270.

²³⁷ Kar kavramıyla net dönem karından geçmiş yıl zararlarının çıkarılmasıyla kalan tutarın anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 19.

²³⁸ Yaşar Karayalçın, **BİLANÇO HUKUKU (Kavramlar-İlkeler-Başlıca Sorunlar-Yeni Gelişmeler)**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1979, s. 294; “Yıllık kar=ilgili faaliyet dönemi içindeki gelirler-ilgili faaliyet dönemi içindeki giderler” şeklindeki tanım için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 272.

²³⁹ Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 272.

²⁴⁰ Hesaplama modeli için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 273.

²⁴¹ Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 276.

²⁴² Değerlendirmeler için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 276 vd.

karşılacak düzeyde olmadıkça” ibaresinin nasıl ve ne şekilde uygulanacağını, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğ çıkartılarak, açıklığa kavuşturulmasının uygun olacağı görüşü de ileri sürülmektedir²⁴³. Ancak Bakanlığın böyle bir tebliğ hazırlığında olmadığı da göz önüne alındığında hükmün içeriği, uygulama ve doktrindeki tartışmalar çerçevesinde şekillenecektir²⁴⁴. Makul olan kar kavramının ise net dönem karı olduğu düşünülebilir. Nitekim vergisel yükümlülüklerin düşülmesi neticesinde elde edilecek kar hem şirket hem de şirketi yönetenlerin vergisel yükümlülük karşısındaki ağır durumu göz önüne alındığında tüm menfaat sahipleri için yerinde bir kavram belirlemesidir. Her ne kadar pay sahiplerine kar payı dağıtılamayan bir durumda borç verilmesi uygun olmasa da dağıtılabılır net dönem karında geçmiş yıl zararları zaten çıkarılmış olacağından ikinci kez bu zararların kalan miktarla karşılanması hesabı hükmün amacıyla çelişeceğinden dağıtılabılır net dönem karı kavramını tercih etmek mümkün görünmemektedir²⁴⁵.

Şirkete karşı borçlanma tarihi göz önüne alınarak şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının, geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir²⁴⁶. Ayrıca yeni kurulan bir şirketin geçmiş yıl zararları söz konusu olmayacağından vadesi gelmiş sermaye taahhüdü borcunu ifa eden pay sahipleri ödemiş oldukları miktarı ve hatta daha fazlasını şirketten geri çekebileceklerdir²⁴⁷. Geçmiş yıl zararları kavramından da ne anlaşılması gerektiği hükümde belirtilmemiş olmakla birlikte kastedilenin geçmiş yıldan aktarılan zararlar olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü borçlanma talep edilen ve içinde bulunulan dönem sona ermeden dönemin kar ya da zararla kapanıp kapanmayacağı belirlenemeyeceğinden içinde bulunulan dönem için mevcut zararların hesaba katılması mümkün değildir²⁴⁸.

²⁴³ Özkorkut, “Borçlanma Yasası I”, s. 53; Yavuz, “Son Değişiklikler”, s. 158; Satıcı Toprak.

²⁴⁴ Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 264, dn. 88.

²⁴⁵ Aynı yönde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 277.

²⁴⁶ Tamer, s. 111-112; Mantığa uygun olanın, ortağın şirketten borçlanılmak istediği tarihteki kârlılık durumunun tespiti olduğu yönünde bkz. Tepeli.

²⁴⁷ Mustafa Eser Cinbaş, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Şirkete Borçlanma Yasası ve Cezai Müeyyidesi”, **Konya Barosu Dergisi**. C. 40, S. 22, 2012, s. 82.

²⁴⁸ Aksi görüş için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 2778 vd.

b. Şartların Değerlendirilmesi

Borçlanmanın yasak kapsamına girmemesi için pay sahiplerinin sermaye taahhüdünden doğan borçlarını ifa etmeleri ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması şartı birlikte sağlanmalıdır²⁴⁹. Pay sahibinin sermaye taahhüdünden kaynaklı borcu bulunması ya da şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmaması halinde pay sahibinin şirkete borçlanması yasaklanmıştır. Ancak şartların sağlanmaması halinde yasak olan borçlanmanın içeriğine ilişkin hükümde bir açıklama bulunmamaktadır. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yine onların pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağına ilişkin nakdi borçlanma yasaklanmış ve ek olarak kefalet, garanti ve teminat, sorumluluk yüklenme ve borç devralma işlemleri de açıkça yasak kapsamına dâhil edilmiştir. Pay sahiplerinin borçlanma yasağında böyle bir hükme yer verilmemesi karşısında bu tür işlemlerin yasak kapsamında olmadığı değerlendirilmesinin yapılması mümkündür. Ancak bu yorum şekli kural olanın borçlanabilme, istisna olanın ise yasak kapsamına girmesi şeklinde değişime uğrayan hükmün amacıyla çelişecektir. Sınırlı bir kapsamda etkisini gösteren borçlanma yasağını şirketi zarara uğratan tüm borçlandırıcı işlemler için kabul etmek daha yerinde olacaktır²⁵⁰. Bu sebeple ortakların borcundan dolayı şirketin üçüncü kişilere kefalet, garanti, teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi, ortakların borçlarını devralması, ortakları lehine aval, ciro, kabul gibi taahhütlerde bulunması, ortağın taraf olduğu her türlü sözleşme nedeniyle risk üstlenmesi de TTK m. 358 kapsamında borçlanma kabul edilmelidir²⁵¹. Pay sahibinin şirketten para alması gibi şirkete ait bir malın vadeli olarak satılması ya da ödünç verilmesi şeklindeki aynı borçlanmalar da yasak kapsamındadır²⁵². Ancak bu yasağın emsallerine uygun olmak koşuluyla şirketten vadeli mal alımında uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre Kanunun amacı tamamen şirket ve ortaklarının ticari işlemler yapmasını önlemek değil

²⁴⁹ Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 231.

²⁵⁰ Hükümde sınırlandırıcı bir ifadeye yer verilmediğinden, malvarlığının korunması ilkesi göz önünde bulundurularak borçlanmanın kapsamının geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 236.

²⁵¹ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 663; Tamer, s. 104; Aynı yönde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 235.

²⁵² Yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına ilişkin borçlanmalarda nakdi borçlanmaların açıkça belirtilmesi sebebiyle bu sonuca ulaşmak gerektiği yönünde bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 663.

şirket varlığının kötüye kullanımını engellemektir. Buna göre şirketin faaliyet konusuna giren işlemlerde şirket ortaklarının mutlaka nakit ve peşin olarak işlem yapması şart değildir, “herkes gibi” şirketten vadeli biçimde mal alımı yapabilmelidir²⁵³. Ayrıca borçlanma yasağının amacının şirket malvarlığını korumak olduğu düşünüldüğünde şirketin malvarlığını azaltmayan pay sahibinin şirkete bağışta bulunma borcu altına girdiği taahhütler ya da kira ilişkisi gibi malvarlığının şirkette kalmaya devam ettiği borçlanmaların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir²⁵⁴.

Şirketin artıda olması durumunda, pay sahibinin, sermaye taahhüdünden kaynaklı vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olması halinde şirkete borçlanması mümkündür. Bu halde borçlanma sonrası şirketin eksiye düşmesi ya da sonradan dengenin bozulması, diğer şirketler hukuku düzenlemelerini ihlal etmediği sürece önemli değildir²⁵⁵. Çünkü şirkete borçlanılabilecek azami bir miktar öngörülmediği gibi maddede borçlanmanın süresine de yer verilmediğinden, borçlanmanın şartları sağlandıktan sonra, pay sahibi, şirkete sınırsız ve süresiz olarak borçlanma imkânına sahip olacaktır²⁵⁶. Ancak madde gerekçesinde bu borçlanmaların niteliğine ilişkin olarak acil bir ihtiyaç için, makul bir vade öngörülerek ve şirketi zarara uğratmayacak şekilde olması gerektiği belirtilmiştir²⁵⁷. Pay sahibine verilen borçlara ilişkin faiz yürütülmemesi²⁵⁸ ya da piyasa koşullarına oranla düşük faiz uygulanması²⁵⁹ halinde

²⁵³ Görüş ve açıklamalar için bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 663.

²⁵⁴ Tamer, s. 105.

²⁵⁵ Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

²⁵⁶ Değişiklik öncesi eski borçlanmalar için öngörülen geçiş hükmünün de bu sebeple kaldırıldığı yönünde görüş için bkz. Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 51; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §16, N. 6 ve §20, N. 246; Aksi görüş için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 281.

²⁵⁷ Gerekçede belirtilen kriterlerle ortakların şirketten aldıklarıyla kişisel malvarlığı edinmelerinin ve diğer şirketlere borç vermeleri ya da sermaye olarak koymalarının engellenmek istendiği yönünde bkz. Doğan Yılmaz.

²⁵⁸ TTK m. 20 hükmü gereğince tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanacağından faiz talep edilmesi aynı zamanda bir hak ve bir yükümlülük olarak değerlendirilebilecektir.

²⁵⁹ Vergi hukuku açısından işletme kasa hesabının günlük olağan ihtiyaçlarının üzerinde olduğu durumlarda, kasada fiilen yer almayan meblağın işletme sahipleri tarafından işletmeden çekildiği ve kendi şahsi ihtiyaçları için kullanıldığı düşünülerek bu meblağa faiz uygulanmaktadır. Bu faizlendirmeye ise ‘adatlandırma’ denmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güray Öğredik, “Vergi Denetimlerinde Adat Yöntemiyle Faiz Hesaplanması ve Muhasebe Kayıtları”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mart 2006, <http://www.dengeakademi.com/Files/Article/Guray2006VergiDene.pdf> (26.10.2015 tarihinde erişilmiştir.).

şirketin zarara uğrayacağı açıktır²⁶⁰. Borçlanmaların uzun süreli ve yüksek miktarda olması sermayenin korunması ilkesini ihlal etmemekle birlikte, bu yasağın esnetilme amacına da aykırılık oluşturacaktır²⁶¹. Bu haliyle borçlanma yasağının esas sermayeyi koruduğu ancak anonim şirket malvarlığının korunması ilkesine ters düştüğü ortadadır. Borçlanmada süre ve limit belirlenmediği de göz önüne alındığında yerli ya da yabancı sermayenin, pay sahiplerinin serbestçe borçlanabildiği bir şirkete yatırım yapması ya da böyle bir şirketin rahatlıkla finansman temin edebileceğini söylemek de mümkün görünmemektedir²⁶². Nitekim kredi ihtiyacı içinde olan bir şirketin pay sahiplerine borç vermesi halinde kredi veren finansman kuruluşunun şirkete verilen kredilerin ortaklarca kullanıldığını düşünmesi şirketin kredi güvenilirliğini de etkileyecektir. Ayrıca şirket malvarlığının şirkete borçlanma yoluyla ortaklara aktarılması halinde şirketin yatırım harcamaları da azalmakta ve şirketin büyüme dinamikleri yavaşlamaktadır²⁶³. Bu sebeple borçlanma yasağına ilişkin hükme, borçlanılan miktarın sermayeye veya özkaynaklara oranı ve borçlanılan miktar ve borçlu kalınan süreler göz önüne alınarak detaylı düzenlemeler yapılması faydalı olacaktır²⁶⁴. Gerekçede TTK hükümlerine uygun olmakla birlikte yasanın amacına aykırı şekilde şirkete borçlanma imkânının kötüye kullanılması halinde TCK hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğine yönelik uyarı göz önüne alındığında, acil bir ihtiyaç bulunmadıkça şirketten borçlanılmaması, borçlanmanın ölçülü olması ve geniş bir zamana yayılmadan uygun bir sürede şirkete geri ödenmesi önem kazanmaktadır²⁶⁵.

Kanaatimizce şirket pay sahibinin şirkete borçlu olan üçüncü bir kişinin borcunu üstlenmesi de yasak kapsamında değerlendirilmeli ve bu hallerde borcun nakline şirketin onay vermesi ancak borçlanma yasağına ilişkin şartlara uyulması halinde mümkün olmalıdır²⁶⁶. Nitekim aksi halde şirkete borçlanması yasak olan pay

²⁶⁰ Altınel, s. 254. ; Borçlanma tutarının belirsizliği sebebiyle hükmün iş dünyası tarafından da eleştirildiğine yönelik bkz. Yavuz, “Borçlanma Yasağı”, s.269.

²⁶¹ Bkz. 6335 sayılı Kanun, m. 15 gerekçesi.

²⁶² Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 70.

²⁶³ Altınel, s. 254.

²⁶⁴ Yüce, s. 79; Şirketten alınacak borca ilişkin bir sınırın veya kriterin belirlenmesi ve alınan borç ödenmeden tekrar borçlanılamayacağına ilişkin bir kural konulmasının gerektiği yönünde bkz. Tepeli; Uygulamayla çözülmek yerine bizzat madde metnine makul süreden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 238.

²⁶⁵ Altaş, “Borçlanma Yasağı”, s. 288; Yavuz, “Son Değişiklikler”, s. 158.

²⁶⁶ Aksi yönde görüş için bkz. Tamer, s. 106; Tugay, s. 76.

sahibine üçüncü kişi aracılığıyla alacağın temliki ve borcun nakli yoluyla TTK m. 358 hükmünü dolanmak suretiyle borçlanma işleminin tarafı olma imkânı tanınmış olacaktır.

D. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

1. Borçlanma İşlemi Üzerindeki Etkisi

TTK m. 358 hükmünde yalnızca belli şartlar sağlanmadan pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları yasaklanmış ancak yasağa aykırı olarak borçlanması halinde söz konusu işlemin akıbetine ilişkin bir hüküm düzenlenmemiştir. Özellikle TTK m. 395, f. 1 ve 2’de işlemlerin yasağa aykırı şekilde yapılması hallerinde hem geçersizliğe ilişkin hem de alacaklıları koruyucu sonuç doğuracak şekilde sözleşmesel yükümlülükler düzenlendiği göz önüne alındığında buna benzer bir ifade kullanılmaması bu işlemlerin geçerliliğine ilişkin bir etkinin söz konusu olmayacağını düşündürmektedir.

Ancak burada önem taşıyan nokta ise pay sahibine borç verilmesine yönelik yönetim kurulu kararına ilişkin hukuki bir imkân olup olmadığıdır. Şartlar sağlanmadan alınan yönetim kurulu kararı sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir (TTK m. 391, f. 1-b)²⁶⁷. Ayrıca emredici hükümler ilkesi göz önüne alındığında TTK m. 358 hükmündeki şartlar sağlanmadan yapılan borç verme işlemi kanuna ve emredici hükümlere aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilerek iade yükümlülüğü söz konusu olabilecektir²⁶⁸. Emredici hükümler ilkesine aykırılık halinde söz konusu işlemin butlan yaptırımıyla geçersiz olması, bu ilkenin kabulüyle başta yatırımcılar ve alacaklılar olmak üzere şirketle ilişki içinde bulunan tüm menfaat gruplarının korunmasının amaçlanmasından kaynaklanmaktadır. Aksi halde her işleme ve durumun niteliğine göre butlan yaptırımı yerine farklı bir yaptırımın gündeme gelmesi hükmün amacına

²⁶⁷ Ancak burada odak noktası “sermayenin korunması” olduğunun unutulmaması gerektiği yönünde bkz. Karahan/Arslan, s. 409; Karasu, s. 68-70.

²⁶⁸ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 219; Tamer, s. 95 ve s. 112; Serdar Hızır, “Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağına İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 358’nci Maddesine Aykırılığın Yaptırımları”, **Cumhuriyet Gazetesi**. S. 1370, 2013, s. 20; Şirkete borçlanma yasağına ilişkin, hem yasağın ihlal edilmesi yoluyla borçlanma halinde ve hem de istisna kapsamına girerek yasağa uygun şekilde borçlanması halinde borçlanılan tutara ilişkin iade yükümlülüğüne ya da geri ödenmesine ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiş olduğundan şirketler hukuku anlamında paranın iade edilmesi zorunluluğu bulunmadığını yönünde görüş için bkz. Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 20; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §15, N. 32 ve 36.

ulaşılmasını engelleyecek ve belirsizliğe yol aabilecektir²⁶⁹. Ayrıca sermayenin korunmasına ilişkin emredici hükümlere aykırılığın da TTK m. 391, f. 1, b ve TTK m. 447, f. 1, c hükümlerinde açıkça butlan nedeni olarak kabul edilmesi karşısında borçlanma yasağına aykırı karar ve işlemlerin geçersiz kabul edilmesi gerekmektedir²⁷⁰. Nitekim yalnızca cezai müeyyideyle yetinilmesi karşısında hükmedilecek para cezası hazineye gelir kaydedilecek ve korunmak istenen menfaat grupları ve şirketin malvarlığı açısından bu yasak koruyucu bir etki gösteremeyecektir. Bu görüşün kabulü halinde dahi TTK yönetim kurulu ve genel kurul kararları açısından bu imkânı tanıdığından bir kurul kararına dayanmaksızın yapılan borçlanma işlemlerinin akıbetinin ne olacağı da belirsizdir. Kanaatimizce genel hükümlerin değerlendirilmesi neticesinde yine kanuna aykırılık sebebiyle işlemlerin geçersiz olmasını sağlamak mümkün olmalıdır.

Şartları sağlamakla birlikte borç isteyen pay sahibiyle eşit konumda olan diğeri pay sahiplerinin de borç istemesi halinde şirketin bunu karşılayacak durumda olmaması halinde eşit durumdaki pay sahiplerine eşit işlemde bulunmak zorunda olan yönetim kurulunun bu kararı da eşit işlem ilkesine aykırı olacaktır (TTK m. 391, f. 1-a)²⁷¹. Nitekim şirketin bütün işlemlerinde ve bütün organları açısından eşit işlem ilkesi göz önüne alınarak hareket edilmesi gerekmektedir²⁷². Ayrıca TTK m. 1530, f. 1 hükmü gereğince de ticari bir hüküm olan TTK m. 358'e aykırı şekilde gerçekleştirilen bir borçlanma işlemi hükümsüz kabul edilebilecektir²⁷³. Böylece bu kararların batıl olduğunun tespiti mahkemeden istenebilecektir (TTK m. 391)²⁷⁴.

²⁶⁹ Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 173 vd.; Aksi görüş için bkz. Karasu, s. 70.

²⁷⁰ Karasu, s. 77.

²⁷¹ Eşit işlem ilkesi göz önünde bulundurularak borç verilmesi gerektiği yönünde bkz. Hızır, "Değerlendirmeler I", s. 20; Hızır, "Değerlendirmeler II", s. 262 vd.

²⁷² Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 137; Karasu, s. 39.

²⁷³ Hızır, "Değerlendirmeler II", s. 284.

²⁷⁴ Aynı görüş için bkz. Hızır, "Değerlendirmeler II", s. 263.

2. Cezai Sorumluluk

a. TTK Kapsamında Cezai sorumluluk

(1) Müeyyide ve Muhatabı

(i) 6335 sayılı Kanun Öncesindeki Müeyyide ve Muhatabı

Yasağa aykırı işlemin geçerliliği etkilenmese de bu işlemi yapanlar açısından yasağa aykırılığın müeyyidesi tasarıda şu şekilde düzenlenmişti: “ Bu Kanunun, (...) 358 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, (...) üçyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.” Buna göre yukarıda detaylı olarak ele aldığımız istisnai durumun şartları sağlanmaksızın şirkete borçlanan pay sahipleri üç yüz gün alt sınır, beş yüz gün ise üst sınır olmak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktı. Adalet komisyonunca kabul edilen metinde ise üç yüz gün alt sınırı korunmuş ancak beş yüz gün üst sınırı kaldırılmıştır. Bu açıdan yaklaşıldığında kanun koyucunun alt sınırı muhafaza ettiğini ve yasağın ihlali sonucunda oluşan zararın niteliği gerektiriyorsa tasaridaki düzenlemenin aksine üst sınır bulunmaksızın gerekli cezanın verilebilmesini sağlamayı amaçladığını söylemek mümkündür. Ancak Kanun değişikliğiyle şirkete borçlanan pay sahiplerinin TTK kapsamında cezai sorumlulukları kaldırılmıştır. Değişikliğin gerekçesi ise suçta ve cezada orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması olarak gösterilmiştir²⁷⁵. Ancak değişiklik öncesi düzenleme büyük eleştirilerle karşı karşıya kalmış ve kanun koyucu reformist düzenlemelere karşı direncini koruyamayarak menfaat temin eden pay sahiplerinin cezalandırılması yerine pay sahibine menfaat temin ettirerek zarara uğrayan şirketin cezalandırılması yönünde düzenlemeyi değiştirmiştir. Adli para cezasının hapis cezasına çevrilebilme ihtimali karşısında her ne kadar ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi gerektiği yönünde eleştiriler yapılsa da şirketin içinin boşaltılmasının ekonomik değil yüz kızartıcı bir suç olarak kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür²⁷⁶. Sonuç olarak adli para cezası korunmuş ancak yasağa aykırı şekilde borçlananların sorumlu tutulmamasının

²⁷⁵ Bkz. 6335 sayılı Kanun, m. 29 gerekçesi.

²⁷⁶ Tekinalp’in ileri sürdüğü ilgili görüş ve ayrıntılar için bkz. Süleyman Yaşar, “TOBB ve TÜSİAD... Hani kayıt dışına karşıydınız?”, **Sabah Gazetesi**, 3 Şubat 2012; Öncelikle idari para cezası düzenlenmesinin, tekrarı halinde adli para cezasının öngörülmesinin daha yerinde olacağı yönüne bkz. Hüseyin Mert, Murat Azaltun ve Hakan Taştan, “Türk Ticaret Kanunu’nun Tartışılan Boyutları Üzerine Bir Araştırma”, **II. Uluslararası Türk Coğrafyası UFRS Sempozyumu**, Trabzon: MUMEYEK Vakfı, 16 Haziran 2012.

daha adil bir çözüm olacağı düşünülerek Kanun değişikliğiyle şirkete borçlanan pay sahiplerinin TTK kapsamında cezai sorumlulukları kaldırılıp, şirket sorumlu tutulmuştur. Ancak adil bir çözüm için, şirket kaynaklarını kanuna aykırı şekilde kullandıranlar kadar kullananların da cezalandırılması gerekirdi²⁷⁷.

(ii) 6335 sayılı Kanun Sonrasındaki Müeyyide ve Muhatabı

Madde 6335 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile değiştirilmiş olup²⁷⁸, TTK m. 562, f. 5, b bendinde son olarak yasağa aykırılığın müeyyidesi şu şekilde düzenlenmiştir: *“Bu Kanunun, (...) 358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler, (...) üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.”* Değişiklikle yasağa aykırı şekilde şirkete borçlananlar yerine borç verenlerin sorumlu tutulmasının daha adil bir çözüm olacağı düşünülmüştür ve borç verenler hakkında cezai sorumluluk düzenlenmiştir²⁷⁹.

Buna göre yasak işlem neticesinde pay sahibine borç verenler ihlalin ağırlığına göre üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere borçlanma yasağının muhatabı pay sahibi olurken hükmün ihlali halinde cezai müeyyidenin muhatabı ise pay sahibine borç verenlerdir. Müeyyide ve yasak hükmünün uyumlu olması adına TTK m. 358 hükmünün şu şekilde kaleme alınması daha uygun olabilirdi: *“Şirket, pay sahipleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça, pay sahiplerine borç veremez.”*

Borç verenler kapsamına kimlerin gireceğine ilişkin ise hükümde bir açıklık bulunmamaktadır²⁸⁰. Bu sebeple pay sahibine borç verme işleminde imzaları bulunan başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere pay sahibine borç vermeye yetkili olan tüm ilgililerin kapsama alınması mümkün görünmektedir²⁸¹. Bu kişilerin aynı zamanda pay

²⁷⁷ Borç alanların da borç verenlerle birlikte cezalandırılması mümkünken, bu tarz bir çözüme gidilmesinin haklı bir gerekçesi olmadığı yönünde bkz. Hızır, “Değerlendirmeler II”, s. 283.

²⁷⁸ Değişiklik 6335 sayılı Kanun, m. 29 ile yapıldığı halde m. 30 olarak kayda geçirilmiştir. Gerekçe ve karşılaştırma için 6335 sayılı Kanun, m. 29’a bakılmalıdır.

²⁷⁹ Borç verenler ve borçlananların birlikte cezaya muhatap olmasının daha uygun olacağı yönünde bkz. Hızır, “Yaptırımlar”, s. 20.

²⁸⁰ Yüce, s. 71.

²⁸¹ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 53;Örneğin borcu yönetim kurulu başkanı ya da şirket müdürü ve son olarak şirketin muhasebecisi vermişse bu kişilerin para cezasına muhatap olacağına ilişkin bkz. Altaş,

sahibi olması da mümkün olduğundan bu halde borç alan ve borç veren sıfatı da birleşebilecektir²⁸².

Bir diğer sorun ise TTK'ya göre hem gerçek hem tüzel kişi olabilen yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu kapsamında tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin nasıl cezai müeyyidenin muhatabı olacağıdır. Özellikle ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilebilen bir ceza açısından konuya yaklaşıldığında tüzel kişinin cezai ehliyeti olup olmadığı da inceleme konusu yapılmalıdır. Kanun değişikliği öncesi pay sahiplerinin cezai sorumluluğu bulunduğunu da göz önüne aldığımızda aynı değerlendirmeleri hem gerçek hem tüzel kişi olması mümkün pay sahipleri için de yapmak gerekecekti. Ancak cezai müeyyide borç veren şirket için ve “*borç verenler*” şeklinde ifade edildiğinden şirketin borç verme işlemine temsilcisi aracılığıyla dâhil olan tüzel kişi yönetim kurulu üyelerine ilişkin sorunun çözümü gerekmektedir. TCK m. 20 hükmüne göre tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanması mümkün değildir. Tüzel kişiler hakkında kanunda öngörülmesi halinde güvenlik tedbirleri uygulanması mümkündür. Bu sebeple tüzel kişi hakkında adli para cezasına hükmedilmesi ve ödenmemesi üzerine adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesi Ceza Hukukunun suç ve cezanın şahsiliği ilkesi sebebiyle mümkün değildir²⁸³. Bu sebeple TTK m. 562’de düzenlenen borçlanma yasağına aykırılık üzerine verilecek cezanın muhatabının tüzel kişi olması halinde, bu kişiler hakkında uygulama alanı bulamayacağı değerlendirilmesi yapılmaktadır²⁸⁴. Çözüm önerisi olarak ise şunlar ileri sürülmektedir: Adli para cezası yaptırımını yerine idari para cezası verilebilir ya da Kanun tüzel kişilerin yetkililerini de

“Borçlanma Yasağı”, s. 287; Hızır, “Yaptırımlar”, s. 20; Serdar Hızır ve Duygu Merki. “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları”, **AÜHFD**, C. 63, S. 4, 2014, s. 784.

²⁸² Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §16, N. 5.

²⁸³ Ceza hukuku alanında yapılan çeşitli uluslararası toplantılarda, tüzel kişilerin de belli bazı suçların faili sayılması ve para cezası ve yapılarına uygun diğer cezalara mahkûm edilmeleri gerektiği hususunda öneri niteliğinde kararlar alınmış, aksi takdirde, sadece organ sıfatını taşıyacak gerçek kişilerin, özellikle ekonomik ve mali suçlar ile çevre suçlarında cezalandırılmalarının, bu alandaki suçluluğu engelleyemeyeceği düşünceleri ileri sürülmüştür. Günümüzde, özellikle, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin uygulandığı İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere ve aralarında Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Fransa ve Hollanda gibi ülkeler de dâhil olmak üzere, birçok ülkenin ceza kanunlarında, tüzel kişilerin belirli bazı suçların faili sayılmaları ve bu suçlar nedeniyle haklarında yapıları na uygun cezaların verilmesine dair hükümler yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Yasin Aslan, “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 68, S. 2, 2010, s. 233-246.

²⁸⁴ Yavuz, “Borçlanma Yasağı”, s.272 vd.; Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 243.

kapsayacak şekilde tekrar düzenlenebilir ve son olarak da ayrı bir hükümle TTK'nın cezaya ilişkin hükümlerinin uygulanması yönünde sorumluluğun tüzel kişilerin yetkililerine ait olacağına ilişkin çerçeve bir hüküm Kanuna eklenebilir²⁸⁵.

(2) Müeyyidenin Uygulanması

Borçlanma yasağına aykırı şekilde pay sahibine borç verenler üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Adli para cezası için üst sınır yukarıda da belirttiğimiz gibi kaldırılmış olup, TTK herhangi bir üst sınır koymamıştır. Ancak TCK m. 52 hükmüne göre adli para cezası en az beş gün ve kanunda aksine hüküm yoksa en fazla yedi yüz otuz gündür (TCK m. 52, f. 1). Gün hesabı olarak bir gün için en az yirmi en çok yüz TL olarak, kişinin ekonomik ve sosyal durumuna göre tespit edilen miktarın, bu gün sayısına çarpılmasıyla elde edilen tutar devlet hazinesine ödenecektir (TCK m. 52, f. 2). Bu hesaba göre somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, hâkimin hükmedebileceği en az adli para cezası tutarı 6.000 TL iken; en yüksek 73.000 TL'ye kadar adli para cezası ödenmesine hükmedilmesi imkân dâhilindedir²⁸⁶. Hükme aykırı şekilde her bir borç verme işlemi için ayrı ayrı adli para cezasına hükmedilmesi varsayımında cezanın üst sınırı açısından bu da ayrı bir problem yaratabilecektir²⁸⁷. Uygulanacak cezaya takvim yılı bazında bir azami had getirilmesi uygulamada ödenmesi mümkün olmayacak adli para cezalarına hükmedilmesini önleyebilecektir²⁸⁸.

Hâkim, borçlanma yasağına aykırı şekilde pay sahibine borç verenlerin ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, adli para cezasının ödenmesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir (TK m. 52, f. 4). Ancak bu halde dahi taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği de belirtilecektir (TCK m. 52, f. 4). Kanun değişikliği öncesi TTK m. 563 hükmünde,

²⁸⁵ Yavuz, "Borçlanma Yasağı", s.274.

²⁸⁶ Sonuç olarak TTK m. 358'e aykırı olarak borç verenlere 6.000(300günX20TL=6000) TL'den 73.000 (730günX100TL=73000) TL'ye kadar adli para cezası verilebilecektir.

²⁸⁷ Ozansoy, s. 46.

²⁸⁸ Şükrü Kızılot, "Çay Ocağı İşletene 7 Milyon Lira Ceza", **Hürriyet Gazetesi**, 16.01.2012.

TTK m. 562 hükmünde düzenlenen suçların resen takip olunacağı düzenlenmişti²⁸⁹. Ancak 6335 sayılı Kanun m. 43 ile TTK m. 563 yürürlükten kaldırılmıştır. Halka kapalı anonim şirket ve aynı şekilde limited şirketlerin bağımsız denetime tabi tutulmadığı ve finansal tabloların şirketin internet sitesinde yayınlanması zorunluluğunu düzenleyen TTK m. 1524, f. 1 hükmünün kaldırıldığı da göz önüne alındığında bu işlemlerin ne şekilde aleniyetinin sağlanacağı ve yargıya taşınacağı ise belirsizdir²⁹⁰. Hükmün uygulamada büyük olasılıkla diğer pay sahiplerince yargılamaya taşınacağı düşünülebilir. Ancak şirket yetkililerinin etik olmayan ve yasa dışı uygulamalarla pay sahiplerine borç vermesi sadece diğer pay sahiplerinin haklarını ihlal etmekle kalmamakta, aynı zamanda itibar ve yaratacağı mali sorumluluk riski açısından şirketin ve pay sahipleri gibi menfaat sahiplerinin de zarar görmesine neden olmaktadır. Bu sebeple borçlanma yasağına aykırı işlemlere karşı şahsen veya temsil kanalıyla çalışanlar ve şirket dışındaki kimseler tarafından etkin şikâyet prosedürlerinin oluşturulması ve bu kötüye kullanımları açığa çıkaran ilgililerin şirkete karşı haklarının korunması şirketin kurumsallaşması açısından da büyük önem taşımaktadır²⁹¹.

(3) Geçiş Hükümleri

TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte kanun değişikliği öncesi şirkete borcu olan pay sahipleri için borçlanma uygulamasının yaygınlığı göz önünde bulundurularak²⁹², 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 24. maddesinde şu hüküm öngörülmüştü:

“Türk Ticaret Kanununun 358 inci maddesine aykırı şekilde, anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, anılan Kanunun

²⁸⁹ Soruşturma ve kovuşturma usulü başlıklı TTK m. 563 hükmü şu şekildeydi: “562 nci maddede belirlenen suçlar resen takip olunur.”

²⁹⁰ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §16, N. 4 ve 8.

²⁹¹ Uygulanabilecek yöntemlere ilişkin G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri raporunun ilgili bölümü şu şekildedir: “Bazı şirketler, şikâyetlerle ilgilenmek için temsilcilik (ombudsman) kurmuştur. Ayrıca, birçok düzenleyici mercii, şikâyetler ile ilgilenmek için gizli telefon ve elektronik posta vasıtaları oluşturmuştur. Bazı ülkelerde, çalışan temsilci organları şirkete endişeleri iletmeye görevini üstlenmiş olsa da, bireysel çalışanlar tek başlarına hareket etmekten alıkonulmamalı veya daha az korunmamalıdır. İyileştirici faaliyetlerin zamanlıca olmaması veya yasaların ihlaline ilişkin bir şikâyetle karşı olumsuz bir istihdam hareketine ilişkin makul risk karşısında çalışanlar iyi niyetli şikâyetlerini yetkili makamlara iletmeleri için teşvik edilmektedir. Birçok ülke, aynı zamanda OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi ihlaline ilişkin vakaların Ulusal İrtibat Noktasına getirilmesi imkânını da sağlamaktadır. Şirket işbu çalışanlara veya organlara karşı ayrımcı eylemlerden veya disiplin tedbirlerinden kaçınmalıdır.” Bkz. G20/OECD, “İlkeler”, s. 39.

²⁹² Altaş, “Borçlanma Yasağı”, s. 286.

yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. Borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, borç için kambyo senedi verilmesi, ödeme planı yapılması veya benzeri yollara başvurulması bu madde anlamında tasfiye sayılmaz.

Birinci fıkrada belirtilen süre içinde tasfiye gerçekleşmemişse, Türk Ticaret Kanununun 562 nci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanır.

Tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketin alacaklıları, alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir.”

Ancak 6335 sayılı Kanun m. 47 ile 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 24 yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple kanun yürürlüğe girmeden önce pay sahiplerine verilmiş borçlara ilişkin cezai bir yükümlülük söz konusu olmayacaktır²⁹³.

b. TCK Kapsamında Cezai Sorumluluk

Pay sahibinin, yukarıda söz edilen şartları sağlaması halinde, şirkete borçlanması mümkündür. Ancak bu halde dahi borçlanmanın sınırsız olduğu düşünülmemelidir. Nitekim şirketin malvarlığının korunması ilkesinin bir gereği olarak borçlanmaların kısa vadeli ve düşük miktarlarda olmasına da dikkat edilmelidir. Aksi halde borçlanma yasağını esnetmenin amacına aykırı olarak, pay sahipleri, acil nakit ihtiyaçlarını hakkaniyete uygun şekilde karşılamak yerine şirketin içini boşaltma yolu olarak borçlanmaya gidebilecektir. Bu hallerde pay sahiplerine borç verenler hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 155’e göre güveni kötüye kullanma suçu ve şartları varsa TCK m. 161’e göre hileli iflas suçu işlenmiş olacağı, değişiklik yapan madde gerekçesinde de vurgulanmıştır²⁹⁴.

(1) Güveni Kötüye Kullanma Suçunun Oluşması

TCK m. 155, f. 1 hükmü şu şekildedir: “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 adlî para cezası ile cezalandırılır.” Bu hüküm suçun basit

²⁹³ Mustafa Yavuz, “Son Değişiklikler”, s. 157; Tamer, s. 113.

²⁹⁴ Bkz. 6335 sayılı Kanun, m. 15 gerekçesi.

şeklidir ve TCK m. 155, f. 2’de failin sıfatı nedeniyle suçun nitelikli hali düzenlenmiştir²⁹⁵. Hüküm şu şekildedir: “*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.*” Bu açıdan yaklaşıldığında şirket malvarlığını kullanarak pay sahibine borç verenler hakkında TCK m. 155, f. 2 hükmü uygulanabilecektir. Nitekim idare edilmesi maksadıyla fail kendisine teslim edilen şirket malvarlığı üzerinde teslim amacına aykırı şekilde işlem yapmakta ve şirketle olan aradaki güven ilişkisini zedelemektedir²⁹⁶. Böylelikle de suçun nitelikli halinin işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmadığından suçun soruşturulması ve kovuşturulması resen yapılacaktır. Suçun maddi unsurlarından biri olan mal kavramına şirket malvarlığını oluşturan tüm değerler²⁹⁷ girmektedir²⁹⁸. Şirketin malvarlığına dâhil olan para da bu kapsamda mal sayılmaktadır²⁹⁹. Şirketin malvarlığı üzerinde yetkileri bulunan yönetim kurulu üyeleri ve şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki hizmet ve/veya vekâlet sözleşmesine dayanmakta ve böylece malvarlıkları üzerindeki zilyetlik bu hukuki ilişkiye dayanarak yetkililerce elde bulundurulmaktadır³⁰⁰. Aralarındaki anlaşmaya aykırı şekilde şirketin menfaati yerine yetkililerin kendi ya da bir başkasının menfaatine olacak şekilde şirket malvarlığından

²⁹⁵ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, İstanbul: Beta, 2007, s. 405; Suça ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Meraklı, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1657-1713.

²⁹⁶ Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, C. II, Ankara, 2008, s. 1194; İdare eden kavramına; vekil, mümessil, şirket genel müdürü gibi yönetim yetkisi verilen kişilerin girebileceğine ilişkin bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 424.

²⁹⁷ Suçun yalnızca taşınır mallar üzerinde işlenebileceğine ilişkin görüşler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, dn. 19 vd. Yazar ise mal kavramının üst kavram oluşturduğunu, bu sebeple taşınır taşınmaz mal ayrımına yasa koyucu girmediğinden suçun taşınmaz mallar üzerinde de işlenebileceği görüşündedir. Örnek ve açıklamalar için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 412 vd.; Aynı görüşte bkz. Hızır/Merki, s. 787; Özbek, s. 1190; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 2008, s. 579-580; Gerekçede ise açıkça suçun konusunun taşınır ya da taşınmaz mal olduğu belirtilmiştir. Bkz. TCK m. 155 gerekçesi.

²⁹⁸ Anonim şirketin ıskat edilmiş hisselerinin şirket yönetim kurulu tarafından gerçek değerinin altında bir meblağ karşılığı üçüncü kişilere satılması durumunda da güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağına ilişkin bkz. İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 73.

²⁹⁹ Paranın da suçun maddi unsurunda yer alan mal kapsamında olabileceğine ilişkin bir Yargıtay kararının ilgili bölümü şu şekildedir: “(...) eylemin sanığın gördüğü hizmet nedeni ile kendisine başkaları tarafından teslim edilen parayı menfaatine sarfetmekten ibaret inancı kötüye kullanma olarak kabulü gerekirken (...)”Y. 5. CD, T. 30.12.1980, E. 1980/4026, K. 2980/4370, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**

³⁰⁰ Bkz. TCK m. 155 gerekçesi; Centel/Zafer/Çakmut, s. 419.

şirket ortaklarına dağıtımda bulunmaları güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçu sırf hareket suçudur ve elde bulundurulmuş mal üzerinde devir amacına aykırı tasarrufla bulunulmasıyla suç tamamlanır³⁰¹. Sonradan pay sahibinin aldıklarını geri vermesi, böylece şirketin malvarlığında zarar oluşmaması ya da pay sahibine borç verenlerin umduğu menfaati temin edememiş olmaları suçun oluşmuş olduğu gerçeğini etkilemeyecektir. Nitekim bu suçta korunan hukuki yarar bir açıdan şirket ve yönetim kurulu arasındaki güven ilişkisini ve aradaki hukuki ilişkinin gereklerine uyulduğu inancını korumaktır³⁰². Bu sebeple zarar görülme bile zarar tehlikesinin yaratılması suçun oluşması için yeterlidir³⁰³. Suç kasten işlenen bir suçtur ve taksirli hali öngörülmemiştir³⁰⁴. Failin saiki önem taşımadığından malın iade edilmek üzere tüketilmesi suçun oluşmasını engellememektedir³⁰⁵. Fakat misli mallarda, malın, zilyetlik amacına aykırı şekilde tüketilmesi ancak iade zamanında sahibine verilmesinin suçun oluşumunu engelleyeceği ileri sürülmektedir³⁰⁶. Bu görüşün kabul edilmesi halinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu hazırlanmadan verilen borçları tahsil ettiği ve bilançoya yansıyan bir zarar söz konusu olmadığı takdirde güveni kötüye kullanma suçu oluşmayabilecektir. Ancak elbette ki, TTK m. 358 hükmü bu suçtan tamamen bağımsız değerlendirilmelidir. Şirketten alınan paranın aynı gün içinde ödenmiş olması ihtimalinde şirketin bir zarara uğramadığından bahisle bu gibi özel durumları da göz önünde bulunduran ek düzenlemeler yapılması gerektiği de düşünülmektedir³⁰⁷. Somut olayda yalnızca bir hükme aykırılık söz konusu olabileceği gibi her iki hükmün de aynı anda ihlal edilmesi mümkündür³⁰⁸. Yönetim kurulu üyelerinin hem TTK m. 358 hükmündeki şartlar sağlanmaksızın hem de karşılıksız olarak, uzun vadeli ve yüksek miktarlarda pay sahibine borç vermesi halinde her iki hüküm de ihlal edilmektedir. Böyle durumlarda

³⁰¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 419.

³⁰² Korunan hukuki değer in mülkiyet hakkı olduğuna ilişkin bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 579; Mülkiyet hakkı yanında aradaki güven ilişkisinin de korunduğu yönünde bkz. Özgenç, s. 71; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 357; Hızır/Merki, s. 796.

³⁰³ Centel/Zafer/Çakmut, s. 419 ve bkz. dn. 56.

³⁰⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 421.

³⁰⁵ Soyaslan, s. 362.

³⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 422.

³⁰⁷ Yüce, s. 71.

³⁰⁸ Hızır, "Yaptırımlar", s. 20.

TCK m. 44 hükmünde düzenlenen fikri içtima³⁰⁹ kurumunun devreye gireceği ve tek fiille birden fazla yasa hükmünün ihlali hakkında en ağır cezayı ön gören hükmün uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³¹⁰.

TCK m. 167, f. 1 hükmünde bu suçun belli derecede akrabalık bağı olanlar arasında işlenmesi şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiş ve aynı maddenin f. 2 hükmünde de belli derecede akrabalık ilişkisi cezada indirim nedeni olarak öngörülmüştür. Ancak şirketin, şirketi oluşturan pay sahipleri ve yöneten tüm kişilerden ayrı ve bağımsız olarak ayrı bir kişiliği olduğu ve bu tüzel kişilikle de akrabalık ilişkisi söz konusu olmayacağından, suçun mağduru dolaylı olarak bu kişiler olabilir de asıl suçun mağduru şirket olduğundan, şahsi cezasızlık ve indirim nedenleri söz konusu olmayacaktır³¹¹. TCK m. 168 hükmüne göre; kovuşturma başlamadan önce şirketin zararı tamamen³¹² tazmin edilirse verilecek cezadan üçte ikiye kadar; kovuşturma başladıktan sonra ve hükümden önce zarar tazmin edildiğinde ise yarıya kadarında indirime gidilecektir. Sonuç olarak güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin yaptırımı olarak, şirketin malvarlığını kullanarak pay sahibine borç veren ilgili şirket yetkilisi hakkında bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası verilecektir (TCK m. 155, f. 2).

(2) Hileli İflas Suçunun Oluşması

TCK m. 161 şu şekildedir: “*Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflasın varlığı için; a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması, b) Malvarlığını*

³⁰⁹ TCK m. 44 şu şekildedir: “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.”

³¹⁰ Hızır/Merki, s. 801.

³¹¹ TCK m. 167 hükmü şu şekildedir: “(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

³¹² Kısmi tazmin halinde ise indirime gidilebilmesi için ayrıca şirketin rızası da aranmaktadır. Bkz. TCK m. 168, f. 4 hükmü.

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.” Suçun cezalandırılabilmesi için objektif unsur olarak iflas olgusunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Suçun faili iflasa tabi yani tacir kişi olabileceği gibi; tacir tüzel kişi ise, bu tüzel kişinin organ veya temsilcisi olan, tüzel kişi adına tasarrufta bulunan kişi de olabilecektir³¹³. Ayrıca TCK m. 162 taksirli iflas suçunu da şu şekilde düzenlemiştir: “Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Yine aynı şekilde bu suçun cezalandırılması için tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa karar verilmiş olması gerekmektedir³¹⁴. Bu suçlarda korunan hukuki değer yalnızca alacaklılar değil aynı zamanda ticari hayattaki güven ilişkisi ve en nihayetinde ülke ekonomisidir³¹⁵. Aynı şekilde İİK m. 310 ve 311 hükümlerinde sırasıyla taksirli ve hileli iflas halleri düzenlenmiş ve maddede sayılan haller gerçekleştiği takdirde TCK hükümlerine göre cezalandırılacağı öngörülmüş.

TCK m. 161’de düzenlenen seçimlik hareketlerden c. bendinde yer alan “Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi” eylemi ve İİK m. 311’de düzenlenen “(...) 2. Alacaklıların zararına olarak hakikata aykırı makbuzlar verir veya yazı ile borç ikrar ederse; 3. Muvazaalı satışlar, muameleler yahut bağışlamalar yaparsa; (...) 5. Hakikata aykırı borç ikrar etmek yahut muvazaalı muameleler ve mukaveleler yapmak suretiyle alacaklılarını zarara sokarsa (...)” halleri borçlanma yasağının ihlali açısından önem arz etmektedir. Şirkete borçlanma yasağı açısından iflas suçları değerlendirildiğinde şirketin mali durumu imkân vermediği halde ortaklara para aktarılması ya da her hâlükârda alacaklıların zararına olacak şekilde ortaklara dağıtımda bulunarak şirketin aktifinin azaltılması ve de sonuçta şirketin

³¹³ Bkz. TCK m. 161 gerekçesi.

³¹⁴ Bkz. TCK m. 161 gerekçesi.

³¹⁵ Sertaç Işıka, “Hileli İflas Suçu”, **İÜHF**, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 608 ve dn. 4’te anılan diğer yazarlar.

iflasına yol açılması aynı zamanda TCK m. 161-162 ve İİK m. 310-311 hükümlerinin uygulanmasını da gerektirebilecektir. Fakat tekrar belirtmekte fayda vardır ki bu hükümlerin uygulanabilmesi için şirketin iflas etmesi gerekmektedir.

Güveni kötüye kullanma suçu gibi hileli iflas suçunda da TCK m. 167, f. 1 hükmünde, bu suçun belli derecede akrabalık bağı olanlar arasında işlenmesi şahsi cezasızlık nedeni olarak düzenlenmiş ve aynı maddenin f. 2 hükmünde de belli derecede akrabalık ilişkisi cezada indirim nedeni olarak öngörülmüştür. Ancak şirketin, şirketi oluşturan pay sahipleri ve yöneten tüm kişilerden ayrı ve bağımsız olarak ayrı bir kişiliği olduğu ve bu tüzel kişilikle de akrabalık ilişkisi söz konusu olmayacağından, suçun mağduru dolaylı olarak bu kişiler olabilse de asıl suçun mağduru şirket olduğundan, şahsi cezasızlık ve indirim nedenleri söz konusu olmayacaktır³¹⁶. TCK m. 168 hükmüne göre; kovuşturma başlamadan önce şirketin zararı tamamen³¹⁷ tazmin edilirse verilecek cezadan üçte ikiye kadar; kovuşturma başladıktan sonra ve hükümden önce zarar tazmin edildiğinde ise yarıya kadarında indirime gidilecektir. Sonuç olarak hileli iflas suçunda hileli tasarruflarıyla şirketin iflasına sebebiyet veren kişiler hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar; taksirli iflas suçunda ise tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özeni göstermediğinden şirketin iflasına sebebiyet veren kişiler hakkında ise iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir (TCK m. 161 ve 162).

3. Hukuki Sorumluluk

TTK m. 358 hükmüne aykırı şekilde pay sahiplerine borç verilmesinin hukuki sonuçları maddede düzenlenmemiştir. Ancak TTK m. 395, f. 2 hükmünde yönetim kurulu ve üyelerinin yasağa aykırı şekilde şirkete borçlanması halinde, borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri şirketin yükümlendirdiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilme imkânı düzenlenmiştir. TTK m. 358 ve TTK m. 395

³¹⁶ TCK m. 167 hükmü şu şekildedir: “(1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

³¹⁷ Kısmi tazmin halinde ise indirime gidilebilmesi için ayrıca şirketin rızası da aranmaktadır. Bkz. TCK m. 168, f. 4 hükmü.

hükümlerinin birbirinin tamamlayıcısı nitelikte hükümler olduğu gerekçesiyle aynı imkânın pay sahiplerinin yasağa aykırı şekilde borçlanması hali için de uygulanabileceği ileri sürülmektedir³¹⁸. Özellikle 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırılan m. 24 hükmünde TTK yürürlüğe girmeden önceki borçlanmaların tasfiyesine ilişkin olarak aksi halde şirkete borçlu olan pay sahipleri ya da limited şirket ortaklarının şirket alacaklılarınca doğrudan takip edilebileceklerine ilişkin geçiş maddesi bu yorumu destekler mahiyetteydi. Ancak bu hükmün de yürürlükten kaldırıldığı düşünüldüğüne, kanaatimizce TTK m. 395, f. 2 hükmünde açıkça düzenlenmiş hukuki bir sonucun TTK m. 358 hükmünde yer almaması kanun koyucunun aynı sonucu pay sahibin borçlanmalarına ilişkin olarak gerçekleşmesini istemediği şeklinde değerlendirmelidir. Aksi görüşe göre ise pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirket alacaklılarınca doğrudan takip edilebilmesi, ancak pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin böyle bir hukuki yaptırımla karşılaşmamaları alacaklıların menfaatine olmayacağından kıyas yoluyla aynı hukuki sonucun pay sahiplerinin şirkete borçlanması durumlarında da gündeme gelmesi gerekmektedir³¹⁹. Ancak Kanun değişikliğiyle cezai müeyyidenin tarafı olarak dahi pay sahibinin gösterilmesinden vazgeçildiği göz önüne alındığında kanun koyucunun bilinçli şekilde sustuğunu ve şirketin kurumsallaşarak kendi iç denetimiyle bu yasağa uymasını istediğini ve son olarak da yasağın delinmesinde şirketi sorumlu tuttuğu da düşünülebilir.

TTK m. 358 hükmüne aykırı şekilde pay sahibine borç vererek şirketi zarara uğratan yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna da gidilebilecektir. Sorumluluk hükümlerine göre zararın tam olarak karşılanamaması halinde zarara yol açan kişilerin haksız fiil sorumluluğuna da gidilmesi imkân dâhilindedir³²⁰.

TTK m. 369, f. 1 hükmünde yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları düzenlenmiştir. Tedbirli bir yöneticinin özeniyle kastedilen basiretli iş adamı ölçütü

³¹⁸ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §16, N. 7; Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 666.; Yüce, s. 73; TTK m. 358 ve 395 hükümlerinde şirket alacaklılarınca doğrudan takip edilmeye ilişkin sonucun iki madde için de geçerli olacak şekilde düzenlenmemesinin haklı bir sebebi olmadığı yönünde bkz. Hızır, “Yaptırımlar”, s. 20.

³¹⁹ Yüce, s. 73.

³²⁰ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 53 vd.

değil benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özendir³²¹. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemeyecektir³²². Şirketin borç verme işlemlerinde şirketin menfaatini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme yükümlülüğü altında olan kişilerin şirket menfaati yerine şirket ortakları veya bir üçüncü kişinin çıkarı doğrultusunda hareket ettikleri takdirde özen ve bağlılık yükümlülüklerini ihlal ettiklerinden TTK m. 553 hükmüne göre de sorumlu tutulabilecektir³²³. Nitekim bağlılık yükümlülüğünün bir sonucu olarak, yönetim kurulu üyeleri şirkete bağlılık borcunun gereği olarak, bir menfaat çatışması halinde, kendi kişisel menfaatini, şirketteki çoğunluk hissedarların, onların yakını olan kişilerin ve üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatine üstün tutmamakla da yükümlüdür³²⁴.

E. ŞİRKETİN PAY SAHİBİNE BORÇLANMASI

Şirketin pay sahibine borçlanmasını engelleyen bir düzenleme TTK'da düzenlenmemektedir³²⁵. Ancak sermaye yerini tutan ödünçlere ilişkin olarak 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.12, f. 1 ve 2 hükmüne göre:

“Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır.

Yukarıda belirtilen karşılaştırma sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan

³²¹ Yargıtay kararları basiretli işadamlı ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklentilerle tanımlamıştır. Sermayesi makul düzeyde olan gerçek kişi tacir için basiretli davranma yükümlülüğü düzenlenmişken daha büyük sermayelerin toplandığı tüzel kişinin yönetim kurulu üyeleri için basiretli davranma ölçütünün getirilmemesi tartışma konusu edilebilir. Ancak kendi malvarlığını yönetenle başkasının malvarlığını yöneten iki kişide aynı davranış ve yaklaşımların beklenmesi hayatın olağan akışına da aykırılık teşkil edecektir. Algı farklılığının kurumsallaşma ve kurumsal yönetimle de ilgisi vardır. Bu sebeple aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamanın adaletsiz sonuçlar doğurabileceği göz önüne alınarak basiretli işadamlı ölçüsünden uzak durulduğuna ilişkin bkz. TTK m. 369 gerekçesi; İş adamlı kuralına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bengi, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı)”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Ankara Üniversitesi SBE, 2009.

³²² TTK m. 369 gerekçesi.

³²³ Gerekli özenin gösterilmemesi halinde şirketle yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmenin de ihlal edilmiş sayılacağı yönünde bkz. Merve Kırcan, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Kadir Has Üniversitesi SBE, 2013, s. 55.

³²⁴ Yanlı/Akın, s. 55.

³²⁵ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 667.

banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınır.”

Kanun koyucu şirketin finansman ihtiyacının sermaye artırımı yoluyla giderilmesini desteklemekte ve sermaye artırımı yapmak yerine şirkete borç verilmesi yolunun tercih edilmesi halinde şirket öz sermayesinin üç katını aşan borçlanmaları sermaye artırımı yapılmış gibi kabul etmektedir³²⁶.

Şirkete yüksek meblağlı tutarlar karşılığında mal veya hizmet sunan pay sahipleri için de örtülü kazanç aktarımı söz konusu olabilecek durumlara özgü olarak mali hukuk alanında düzenlemeler bulunmaktadır³²⁷. Ayrıca yüksek faizlerle şirkete borç verilmesi ya da borç verilmiş gibi gösterilerek aradaki fahiş faiz farkının pay sahibine aktarılması yoluyla da şirkete borçlanma yasağını dolanmak mümkün olduğundan bu gibi işlemlere karşı da somut düzenlemeler yapılması faydalı olacaktır³²⁸.

F. BORÇLANMANIN ALTERNATİFİ OLARAK KAR PAYI AVANSI

Pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının sıkı şartlara tabi tutulduğu Kanunun ilk halinin yaratabileceği olumsuzluklar göz önüne alınarak bu yasağı dengelemek adına halka açık şirketler için uygulanan kar payı avansı dağıtım uygulaması halka kapalı anonim şirketler için de kabul edilmiştir³²⁹. TTK m. 509, f. 3 hükmü şu şekildedir: “*Kâr payı avansı, Sermaye Piyasası Kanununa tabi olmayan şirketlerde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının bir tebliği ile düzenlenir.*” Böylece halka açık şirketlere özgü olan bir kurum olarak kar payı avansının halka kapalı şirketlerde de uygulanmasının önü açılmıştır. Kâr payı avansını halka açık anonim şirketlere özgülemenin haklı bir sebebi bulunmadığı düşünülerek genelleştirilmiş ve uygulama kurallarının kapalı şirketlerde Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğ ile düzenlenmesi uygun bulunmuştur³³⁰.

1. Kar Payı Avansının Dağıtılma Şartları

Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ m. 5 hükmüne göre şirketlerin kâr payı avansı dağıtabilmeleri için, şirket genel kurulunca kâr payı avansı dağıtılmasına

³²⁶ Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

³²⁷ Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

³²⁸ Örnek için bk. Hızır, “Değerlendirmeler I”, s. 20; Tamer, s. 108.

³²⁹ Selahattin Gökmen, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Şirketten Borçlanma Yasağı, Kar Payı Avansı Dağılımı ve Karşılaşılabilecek Vergisel Sorunlar”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 282, 2012, s. 43; Kara.

³³⁰ Bkz. TTK m. 509, f. 3 gerekçesi.

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.

Kar payı avansı dağıtılmasına ilişkin kararlar olağan genel kurul kararlarındandır. Toplantı nisabı esas sermayenin en az dörtte birinin toplantıda temsil edilmesi ve katılanların çoğunluğuyla karar alınmasıdır (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 6, f. 2). Ayrıca ilgili hesap dönemi öncesinde ödenen kâr payı avanslarının, ilgili olduğu yılın net dönem kârından mahsup edilmesi şarttır. Aksi halde, şirket genel kurulunca kâr payı dağıtılmasına ve kâr payı avansı ödenmesine karar verilemez (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 6, f. 3). Kar payı avansı dağıtılmasına yönelik genel kurul kararının içeriği Tebliğin m. 6 hükmünde ve maddede belirtilen ihtimallerin³³¹ gerçekleşmesi halinde dağıtılan kar payı avanslarının yönetim kurulunun ihtarı üzerine şirkete geri ödenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca KVK uygulamasına ilişkin açıklamaların yer aldığı 1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği³³² m. 15.6.6. hükmüne göre dağıtılan kar payı avansı üzerinden vergi kesintisi yapılacak ve bu kazanç ilgili hesap döneminin sonunda dağıtılan avansların kardan mahsup edildiği an elde edilmiş sayılacaktır. Bu süreç içerisinde ise yapılan ödemelere transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak dönem sonunda kar elde edilmemesi ve dağıtılan avansların iade edilmesi halinde ise geri çağrılan tutarlara transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri uygulanacak ve bu şekilde vergi kesintisi gerçekleştirilecektir.

³³¹ Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 6 hükmünün ilgili kısmı şu şekildedir:

“(1) Şirket genel kurulunca kâr payı avansı dağıtımına karar verildiği durumda bu kararda ayrıca aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur.

a) İlgili hesap dönemi sonunda, yıl içinde dağıtılan kâr payı avansını karşılayacak tutarda net dönem kârı oluşmaması durumunda, net dönem kârını aşan kâr payı avanslarının varsa bir önceki yıla ait bilançoda yer alan serbest yedek akçelerden mahsup edileceği, serbest yedek akçe tutarının da dağıtılan kâr payı avanslarını karşılayamaması halinde fazla ödenmiş olan kâr payı avanslarının yönetim organının ihtarı üzerine ortaklar tarafından şirkete iade edileceği,

b) İlgili hesap dönemi sonunda zarar oluşması durumunda;

1) Varsa bir önceki yıla ait bilançoda yer alan genel kanuni yedek akçeler ile serbest yedek akçelerin öncelikle oluşan zararın mahsubunda kullanılacağı, bu akçelerin oluşan zararı karşılayamaması halinde dönem içinde dağıtılan kâr payı avanslarının tamamının yönetim organının ihtarı üzerine ortaklar tarafından şirkete iade edileceği,

2) Genel kanuni yedek akçeler ile serbest yedek akçelerin, oluşan dönem zararından mahsubu sonrasında bakiye serbest yedek akçe tutarının dağıtılan kâr payı avanslarından indirileceği, indirim işlemi sonucunda dönem içinde dağıtılan kâr payı avansı tutarının bakiye serbest yedek akçe tutarını aşması halinde ise aşan kısmının yönetim organının ihtarı üzerine ortaklar tarafından şirkete iade edileceği.”

³³² RG, 03.04.2007, S. 26482.

2. Kar Payı Avansının Dağıtılması

Dağıtılacak kâr payı avansı hesaplanırken; varsa geçmiş yıllar zararlarının tamamı, vergi, fon ve mali karşılıklar, kanunlara ve sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçeler, varsa imtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri ve kâra katılan diğer kimseler için ayrılacak tutarlar, oluşan ara dönem kârından indirilecektir. Bu şekilde hesaplanan tutarın da en fazla yarısı kar payı avansı olarak dağıtılabilmektedir (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 7, f. 1). Bu hesaba göre aynı hesap dönemi içinde birbirini izleyen ara dönemlerde de kar oluşması halinde tekrar kar payı avansı dağıtımı mümkündür. Ancak bu halde hesaplama yapılırken önceki dönemde ödenen kar payı avansının da düşürülmesi gerekmektedir (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 7, f. 1).

Kar payı avansı şirket ortaklarına dağıtım tarihindeki payları oranında ödenir ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ya da kara katılan diğer kişilerin kar payı avansı alması mümkün olmadığı gibi karda imtiyazlı olan paylarda imtiyaz dikkate alınmadan kar payı avansı ödenecektir (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 8, f. 1 ve 2). Ödemelerin, kar payı avansı dağıtılmasına yönelik gelen kurul kararının alınmasından itibaren en geç 6 hafta içinde yapılması gerekmektedir (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 9, f. 1. c).

3. Borçlanma Yasağı ve Kar Payı Avansı İlişkisi

Kâr payı avansı ödenmesi esasen borçlanma yasağının bir istisnasıdır³³³. Çünkü dönem içindeki faaliyetleri kârlı olan şirketlerin, ortaklarına dönem sonunu beklemeksizin paylarına düşecek olan kâr payının bir kısmını bölümler halinde avans olarak vermesi, ortaklara verilen bir borçtur. Bu avans tutarının, dönem sonunda oluşan ve dağıtılabılır kârdan fazla olması halinde ise fazlaya ilişkin tutarların, ortaklar tarafından şirkete iadesi gerekecektir³³⁴.

Pay sahibinin sermaye taahhüdünden kaynaklı borcu dışında şirkete borcu bulunmaktaysa bu pay sahibine dağıtılacak avanstan borç mahsup edilecektir (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 8, f. 3). Borçlanma yasağıyla birlikte

³³³ Salih Çalal, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Borçlanma Yasağına İlişkin Düzenlemeler”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 241, 2013; Tugay, s. 46.

³³⁴ Açıklamalar için bkz. T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, s. 12.

düşünüldüğünde, kar payı avansı dağıtılması, sembolik hale getirilen borçlanma yasağını telafi edici bir alternatif olarak gündeme gelebilir³³⁵. Şirkete sermaye taahhüdünden kaynaklı borcu bulunan pay sahibi şirkete borçlanamamakla birlikte kar payı avansı alabilmektedir. Sermaye taahhüdünü ifa etmiş pay sahibi diğer şartlar da sağlanırsa şirkete borçlanabilmekte ancak şirkete borcu olduğu için kar payı avansı dağıtılırken bu borcu oranında kar payı avansı alamamaktadır³³⁶. Bu şekilde düşünüldüğünde hükümler kendi içinde dengededir ancak somut olayda sermaye taahhüdünü yerine getiren ortağa miktar ve süre olarak sınırlandırılmamış şekilde bir kaynak aktarımı mümkünken, kar payı avansı dağıtımı hesap ve dağıtım usulü olarak ve geri ödemesine ilişkin yaptırımları da düşünüldüğünde, sınırlandırılmış bir imkân sağlamaktadır³³⁷. Ancak borçlanma yasağına ilişkin değişiklik öncesi düzenleme ile kar payı avansı düzenlemesi birlikte düşünüldüğünde büyük pay sahiplerinin şirket kasasını kullanmaları halindeki adli para cezası ve ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilebilen bir müeyyide karşısında, küçük pay sahiplerinin de menfaatine olacak şekilde kar payı avansı dağıtımına gidilmesi tercih edilebilecekti³³⁸. Ancak hem pay sahibi yerine şirketin cezanın muhatabı olması hem oldukça sembolik hale gelen borçlanma yasağı kar payı avansı imkânını anlamsız bırakmıştır³³⁹.

Kar payı avansı ödenmesine ilişkin olarak şirkete borçlanılması ödemedi borç oranında kesinti yapılmasına yol açtığı düşünüldüğünde, pay sahibine yönelik olarak yasağı ihlal eden pay sahibinin kar payından belli bir süre yoksun bırakılması şeklinde de şirket içi yaptırımlara tabi tutulması fikir olarak ileri sürülebilir³⁴⁰.

³³⁵ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 56.

³³⁶ Böylelikle şirkete borcu olan pay sahiplerinin kar payı avansı alamamalarıyla öncelikle borcunun kapatılması beklendiği yönünde bkz. Kızılot, “Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, s. 7.

³³⁷ Şirkete borçlanmaya göre dağıtım esasları çok daha katı hükümlere bağlanmış bulunan kâr payı avansı dağıtımına ilişkin SerPK ve TTK hükümlerinin yanı sıra Sermaye Piyasası Kurulu, Maliye Bakanlığı ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı düzenlemelerinin hiç uygulanamayabileceği yönünde bkz. Özkorkut, “Borçlanma Yasağı II”.

³³⁸ Gökmen, s. 45.

³³⁹ Kar payı avansı dağıtılabilmesi imkânı karşısında borçlanma yoluna gitmenin tercih edilmeyeceği yönünde bkz. Doğan Yılmaz.

³⁴⁰ Yüce, s. 72.

II. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

A. DÜZENLEME

Yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma yasağına ilişkin TTK m. 395 yenilikler getirmekle birlikte eTTK m. 334'te kökeni olan bir hükümdür. ETTK m. 334 şu şekildeydi:

“İdare meclisi azalarından biri umumi heyetten izin almadan kendi veya başkası namına bizzat veya dolayısıyla şirketle şirket konusuna giren bir ticari muamele yapamaz. Aksi takdirde şirket yapılan muamelelerin batıl olduğunu iddia edebilir. Aynı hak diğer taraf için mevcut değildir.

Bankalar Kanununun hususi hükümleri mahfuzdur.” ETTK m. 334, f. 1 “şirket konusuna giren bir ticari muamele” ibaresi çıkartılarak aynen muhafaza edilmiş, içtihatlar ve doktrinin getirdiği bilgi birikimi korunmuştur³⁴¹. Şirket malvarlığının korunması amacıyla yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma yasağı yanında borçlanma yasağı da düzenlenmiştir³⁴². Söz konusu yasaklar, şirketle işlem yapma ve borçlanma yasağı başlığı altında TTK m. 395'te ilk olarak şu şekilde düzenlenmişti:

“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.

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

202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dahil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler.

³⁴¹ Bu ibarenin yorum güçlüklerine yol açtığı ve gereksiz yere hükmü daralttığı yönünde bkz. TTK m. 395, f. 1 gerekçesi.

³⁴² Serhan Dinç, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2009, s. 65; Özen Atlıhan, “Türk Ticaret Kanunu'na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı”, **İstanbul Barosu Dergisi**. S. 4, 2009, s. 1951-1952.

Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır.”

Kanun değişikliği çalışmalarında bu madde tamamen kaldırılmak istenmiş ancak kapsamı oldukça daraltılarak muhafaza edilmesinde karar kılınmıştır³⁴³. Maddenin ikinci fıkrası 6335 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile değiştirilmiş olup, fıkranın değişiklikten sonraki hali ise şu şekildedir; *“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.”*

B. DÜZENLEMENİN AMACI

Yönetim kurulu üyeleri, kendilerine ait olmayan bir malvarlığını, özel bir hukuki ilişki çerçevesinde, ekonomik ve hukuki açıdan, başkaları adına yönetmekte ve işletmekte olduklarından kendilerine emanet edilen bu malvarlığını kendi özel çıkarları için kullanmamaları temel bir hukuk ilkesi niteliğindedir³⁴⁴. Yönetim kurulunun başlıca amacı şirketin malvarlığının korunması ve tehlikelere karşı gerekli önlemlerin alınması ve şirket malvarlığına yönelmiş muhtemel tehlikelerin tespiti³⁴⁵. Şirkete borçlanma ve şirketle işlem yapma yasağı da bu amacın gerçekleşmesi ve şirket malvarlığının korunması amacıyla getirilmiş ve TTK m. 358’in tamamlayıcısı niteliğinde bir hükümdür³⁴⁶. Nitekim şirketin ve yöneticinin menfaatinin çatıştığı en önemli risk alanını yöneticinin şirkete borçlandığı işlemler oluşturmakta ve yöneticinin menfaatinin girdiği durumlarda şirkete karşı sadakat yükümlülüğünün ihlali riski de aynı oranda artmaktadır³⁴⁷. Özellikle şirketin pay sahiplerine oranla şirkete ilişkin hem yetki hem de bilgi olarak daha güçlü konumda olan yöneticilerin bu yetki ve bilgileri kendi menfaatlerine olarak kullanıp şirketi zarara uğratma riski şirket organizasyonu büyüklüğüyle orantılı olarak artmaktadır³⁴⁸.

³⁴³ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 54.

³⁴⁴ Kaya, s. 197.

³⁴⁵ Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, N. 5.23.

³⁴⁶ TTK m. 395, f. 2 gerekçesi.

³⁴⁷ Cahn/Donald, s. 337.

³⁴⁸ Kraakman/Enriques/Hertig, s. 170; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §13, N. 6.

Türk ekonomisinin bir gerçeği olan aile şirketi yapısının aşılamaııp şirketlerde kurumsallaşmaya gidilememesi, pay sahibi ve şirket yöneticilerinin keyfi olarak ve bazen de birbirleriyle yarışarak şirketin içini boşaltmaları ve bunun yarattığı sermaye eksikliğinin banka kredileriyle giderilmeye çalışılması şeklinde ilerleyen süreç, Türk şirketlerinin uzun süre yaşayamamasına yol açmaktadır³⁴⁹. Şirket mal varlığının yetkili kişilerce kişisel menfaatler için ve şirketin zararına olacak şekilde kullanılması 1996 yılında Klitgaard tarafından geliştirilen ve yolsuzluğun dinamiklerini açıklayan yalın formülü akla getirmektedir: Yolsuzluk = Tekelci Güç + Takdir Yetkisi – Hesap Verebilme³⁵⁰. Yönetim ve şirket arasında mümkün olduğunca kullanılan yetki ve gücün karşılığında dengeleyici bir fren mekanizması olması gerekmektedir. Düzenlemeler henüz yürürlüğe girmeden uğradığı değişikliklerse şirketler hukukunda kurumsallaşmayı engellemiştir³⁵¹.

C. YASAĞIN KAPSAMI

1. Yasak Kapsamındaki Kişiler

a. Değişiklik Süreci

Şirkete borçlanma yasağı kapsamındaki kişiler yukarıda da belirttiğimiz gibi kanun değişikliğiyle daraltılmıştır. 6335 sayılı yasayla değiştirilmeden önceki düzenlemede yasağın söz konusu olduğu gruba pay sahibi olup olmadığına bakılmaksızın tüm yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu üyelerin TTK m. 393'te sayılan alt ve üst soyu, eşi veya üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları; bu kişilerin ortağı olukları şahıs şirketleri ve son olarak da ez az %20 oranında sermayesine katıldıkları sermaye şirketleri girmektedir. Bu düzenleme özellikle küçük ve orta ölçekli şirket ortaklarını rahatsız etmiş ve değişiklik yapılması için meslek odaları vasıtasıyla hükümete taleplerde bulunulmuştu³⁵². Yapılan

³⁴⁹ Karahan, s. 262; Kanunun uzun süre çalışan ve başarılı şirket sayısının artırılmasını amaçladığı yönünde bkz. Özdamar/Doğan, s. 17; Profesyonelleşmenin ancak işletme büyüklüğü ve işin hacminin aile sınırını aştığı anda gündeme gelebileceği yönünde bkz. Batı, s. 47; Aynı görüşte bkz. Sultan Merve. Kalsın, “Aile Şirketlerinde Yönetim Kurullarının Profesyonelleşmesi: Bir İnceleme”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Galatasaray Üniversitesi SBE, 2013, s. 13.

³⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Yılmaz Ata, “Kurumsal İktisat Çerçevesinde Yolsuzluğun Fırsat ve Motivasyonları: AB Ülkeleri Üzerine Bir İnceleme”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Çukurova Üniversitesi SBE, 2009, s. 2 vd.

³⁵¹ Bilgili/Demirkapı, s. 397.

³⁵² Pulaşlı, “Değerlendirmeler”, s. 16.

değişiklikle yasak yalnızca pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve bunların TTK m. 393'te sayılan ve yine pay sahibi olmayan alt ve üst soyu, eşi veya üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarını kapsayacak şekilde daraltılmıştır. Yasak kapsamındaki kişilerin kanun değişikliği sonucunda bu derece daraltılmasıyla hüküm anlamını yitirdiği gibi ihlal halinde öngörülen cezai müeyyidelerin korunmuş olması tek başına bir anlam ifade etmemektedir³⁵³. Yine aynı şekilde bu kişilerin ortağı bulundukları şirketler yasak kapsamından çıkartıldığı için bu şirketler tek kişi ortaklığı olsalar dahi hiçbir kısıtlayıcı hüküm olmaksızın şirkete borçlanabileceklerdir³⁵⁴.

b. Değişiklik Sonrası Kapsamdaki Kişiler

(1) Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri

Şirkete borçlanma yasağının kapsamına pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri girmektedir. Pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri ve pay sahibi olup olmadığına bakılmaksızın yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olan TTK m. 393'te sayılan yakınları ise TTK m. 358 hükmüne göre şirkete borçlanabileceklerdir³⁵⁵. Pay sahibinin borçlanma yasağının yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının borçlanma yasağına oranla daha yumuşak düzenlendiği göz önüne alındığında sembolik bir pay sahipliğiyle yönetim kurulu üyesi ve yakınlarının borçlanma yasağı hükümlerinden kendilerine uygun olan statüye geçme imkânları da üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konudur³⁵⁶. Nitekim kanun koyucu paya ilişkin bir oran belirlemeksizin yalnızca pay sahipliği sıfatını yeterli görmüştür³⁵⁷. Yönetim kurulu üyesi veya yakınları şirketin yalnızca bir payına sahip olarak TTK m. 395 hükmü yerine TTK m. 358 hükmüne tabi olabilme imkânına sahiptir. Bu durum ise özellikle yönetim kurulu üyesi olmak için aranan pay sahibi olma şartının, sembolik pay alımlarına ve gereksiz yere

³⁵³ Karahan, s. 261; Değişiklikle hükmün amacının ortadan kalktığı yönünde bkz. Ender Dedeoğlu ve Oğuzhan Sapan. **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu**. Ankara Barosu. 2013, s. 60, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf> (22.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).

³⁵⁴ Özkorkut, "Borçlanma Yasağı I", s. 54; Karahan, s. 261.

³⁵⁵ TTK m 358'in bu duruma kıyasen uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Pulaşlı, "Değerlendirmeler", s. 16; Özkorkut, "Borçlanma Yasağı I", s. 54; Hızır, "Değerlendirmeler I", s. 21; Tamer, s. 102; Bilgili/Demirkapı, s. 395.

³⁵⁶ Pay sahibinin borçlanma yasağının müeyyidesi olarak borçlanma işleminin geçersizliği göz önüne alındığında daha ağır bir düzenleme olduğu yönünde bkz. Tamer, 97.

³⁵⁷ Bilgili/Demirkapı, s. 396.

ortak sayısını artırdığına ilişkin eleştiriler sonucu kaldırıldığı düşünüldüğünde; bir oran belirlemeksizin pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınları için böyle farklı bir uygulama yaratılmasına imkân tanınması çelişkili bir görüntü yaratmıştır³⁵⁸. Nitekim sembolik bir paya sahip olan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirket malvarlığını kötüye kullanma riskleri açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır³⁵⁹. Bankacılık uygulamasındaki nitelikli pay sahipliği düzenlemesinin örnek alınması daha yerinde bir yasak düzenlemesi sağlayabilirdi³⁶⁰. Ayrıca pay sahipliği sıfatının borçlanma anında bulunmakla birlikte borç devam ederken kaybı halinde TTK m. 395 hükmü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de önemlidir. Kanaatimizce bu hallerde uygun bir zaman tanınması ve borcun tasfiyesine gidilmesi yerinde bir çözüm olacaktır. Aksi halde geçici olarak pay alınıp TTK m. 358 hükmüne göre borçlanıldıktan sonra payın elden çıkarılması yoluyla TTK m. 395 hükmünün dolanılması ihtimal dâhilinde olacaktır³⁶¹.

ETTK’da yönetim kurulu üyelerinin yalnızca gerçek kişi olabileceğinden hareketle kanun çalışmalarında gerçek kişi yönetim kurulu üyeleri temel alınarak borçlanma yasağı düzenlenmişti³⁶². Ancak yönetim kurulu üyesi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilmektedir. Yasak kapsamında olan kişilerin tüzel kişi olması halinde ise pay sahibinin borçlanma yasağında olduğu gibi bu tüzel kişiliklerin yönetici, temsilci ve ortakları TTK m. 395 hükmündeki yasaklara tabi olmaksızın üçüncü kişi olarak şirketle işlem yapabilecek ve borçlanabilecektir. Örneğin tüzel kişi yönetim kurulu üyesini toplantıda temsil eden gerçek kişi, yasağa tabi olmaksızın şirkete

³⁵⁸ Özdamar/Doğan, s. 7-8.

³⁵⁹ Şirkette pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin daha özenli hareket edebileceği ya da pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin şirketin zarar etmesini umursamayabileceği yönünde değerlendirmeler için bkz. Tamer, s. 97; Şirkette yöneticinin ortaklık payının yüksek olması durumunda şirketin değerini artırarak kardan yüksek pay almayı hedefleyebilmesi ya da düşük paya sahip olması halinde diğer ortakların menfaatini göz ardı ederek şahsi çıkarlarına göre hareket edebilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Mahmut Erdoğan, “Kurumsal Yönetim ve Şirket Nakit Tutuşuna Etkisi: Bir Dinamik Panel Veri Analizi”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Gazi Üniversitesi SBE, 2010, s. 27; Tugay, s. 50; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §20, N. 246.

³⁶⁰ Aynı görüşte bkz. Özdamar/Doğan, s. 8 ve 18.

³⁶¹ Özdamar/Doğan, s. 8.

³⁶² Tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri göz önüne alınarak yasağın tekrar düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Özdamar/Doğan, s. 6.

borçlanabilecek durumdadır³⁶³. Özellikle yasak kapsamındaki yönetim kurulu üyelerinin yakınlarına oranla şirket malvarlığını kötüye kullanma riski açısından şirket faaliyetlerine katılan ve şirketi etkileme gücü ve imkânı olan temsilcilerin de borçlanma yasağına tabi olması hakkaniyetin gereği olmakla birlikte kanuni düzenleme buna imkân tanımamaktadır³⁶⁴.

(2) Yönetim Kurulu Üyelerinin Pay Sahibi Olmayan Yakınları

Yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları kapsamına TTK m. 393'te sayılan alt ve üst soyu, eşi veya üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarını girmektedir. Yönetim kurulu üyesinin eşi, evlilik birliği devam ettiği sürece yasak kapsamındadır. Eski eş ise yasak kapsamında olmamakla birlikte evlilik birliğinin sona ermesi halinde dahi kayın hısımlığı devam edeceğinden bu kişilerin şirkete borçlanma yasağı devam edecektir (bkz. TMK m. 18, f. 2)³⁶⁵.

c. Sonradan Kapsama Girilmesi Durumu

Yönetim kurulu üyesi ve yönetim kurulu üyelerinin Kanunda sayılan yakını olma sıfatının hangi anda aranacağı kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte, bu sıfat söz konusu olmaksızın şirkete borçlanan kişinin sonradan borçlanma yasağı kapsamındaki kişilerden biri olması halinde yasağın ihlal edilip edilmeyeceğini incelemek gerekmektedir. Nitekim şirkete borçlanan üçüncü kişinin borç devam ederken sonradan yönetim kurulu üyesi seçilmesi mümkün olduğu gibi yönetim kurulu üyesinin yakını haline gelmesi de imkân dâhilindedir. Öncelikle borçlanma anında bu sıfatın bulunması gerektiği ortadadır. Sonradan yasak kapsamına girilmesi halinde ise borcun hakkaniyete uygun bir şekilde tasfiye edilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁶⁶. Borçlanma yasağını ihlal etmeyeceğinin kabulü halinde hileli işlemlerle üçüncü kişilerin şirkete borçlanması sonrasında alacağın ve borcun nakli yoluyla işleme sonradan taraf olunmasının bu

³⁶³ Yavuz, “Borçlanma Yasağı”, s.269.

³⁶⁴ Özdamar/Doğan, s. 6; Tüzel kişi adına hareket eden kişinin de sahip olduğu konum ve yetkileri kötüye kullanarak şirketi zarara uğratma tehlikesi bulunduğu için bu yasakların tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi içinde geçerli olması gerektiği yönünde bkz. İsmail Kırca, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **BATİDER**, C. 28, S. 2, s. 57.

³⁶⁵ Eski eş için borçlanma yasağı söz konusu olmadığı halde kayın hısımları için yasağın devam etmesinin hakkaniyete uygun olmadığı yönünde bkz. Özdamar/Doğan, s. 6.

³⁶⁶ Sonradan yasak kapsamına giren kişilerin de borçlanma yasağına aykırı davrandığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Özdamar/Doğan, s. 7.

yasağı dolanmak için kullanılabileceği ileri sürülmektedir. Bu sebeple yönetim kurulu üyesi olma ve yönetim kurulu üyesinin yakını olma sıfatının yalnızca borçlanma anında değil borç devam ettiği sürece bu sıfatların söz konusu olması halinde yasağın ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir³⁶⁷. Ancak böyle bir yorum suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacına büyük zarar verecektir. Nitekim sonradan ve hatta istem dışı hukuki durumlar sonucunda yasak kapsamındaki kişiler haline gelmesi halinde kişinin bu durumu bilebilecek olması halinde hiç borçlanmayacak olması ihtimali göz önüne alınmalı ve borçlanma anında bu sıfatların bulunması halinde yasağın ihlal edileceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim bu yasak ihlal edildikten sonra kişinin yönetim kurulu üyeliğinden ayrılması yasağın ihlal edildiği sonucunu değiştirmeyeceğinden önemli olan borçlanma anındaki durumdur. Yasağın hileli işlemlerle dolanılmasını önlemek adına da sonradan sıfatın kazanılmasının borçlanma yasağını ihlal edeceğini kabul etmek yerine hakkaniyete uygun bir sürede borcun ödenmesinin sağlanması daha adil sonuçlar doğuracaktır. Bankacılık uygulamasında da sonradan borçlanma yasağına aykırı hale gelen kredilerin tasfiye edilmesi gerektiği şeklinde soruna çözüm bulunmuştur³⁶⁸. Bu imkânın tanınmasıyla kişi yönetim kurulu üyesi olmaktan vazgeçebilecek ya da yakınlık ilişkisi bu durum göz önünde bulundurularak kurulacaktır. Borcun tasfiye edilmesi talebi ise bir açıdan dürüst bir resim ortaya koyulması adına şirket için olduğu kadar kişiler için de önem arz etmektedir.

2. Yasak Kapsamındaki İşlemler

a. Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarının Şirkete Nakdi Borçlanması

Maddenin ilk halinde hem nakdi hem aynı borçlanmalar borçlanma yasağının kapsamındaydı. Hükmün amacı şirket kasasının yönetim kurulu ve yakınları tarafından keyfi olarak kullanılmasının önüne geçilmesiydi. Aynı borçlanmaların yasaklanması ise özellikle şirketin faaliyet konusuna giren satım işlerinde müşteri çevresine yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının girmesi tabi olan alanlarda hükmün amacıyla çelişir bir

³⁶⁷ Özdamar/Doğan, s. 7.

³⁶⁸ Bank K m. 80, f. 7 hükmü şu şekildedir: “Sonradan bu madde hükümlerine aykırı hale gelen kredilerin en geç altı ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur.”

durumda olduğu iddiasıyla eleştirilmekteydi³⁶⁹. Bu eleştiriler neticesinde değişiklikle yalnızca nakdi borçlanmalar yasak kapsamına alınmıştır³⁷⁰. Değişiklikle amaçlanan şirketin faaliyet konusuna giren işlemlerin yapılmasında yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının “herkes gibi” şirketle mal ve hizmet alım satımı yapabilmesidir. Pay sahibinin borçlanma yasağında olduğu gibi yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının borçlanma yasağına ilişkin kamuoyu eleştirileri ve yaratılan baskı neticesinde hükmün tamamen kaldırılmasının yanlış olacağı düşüncesiyle hüküm güçsüz ve yumuşak bir hale getirilerek durumun kurtarılmaya çalışıldığı da düşünülmektedir³⁷¹.

Şirkete nakdi borçlanma yasaklanmış ancak işlemin içeriğine ilişkin açıklama yapılmamıştır³⁷². Hükmün lafzi yorumunda bir satış sözleşmesinde satıcı olunması halinde satıcının borcu mal teslimi olduğundan aynı borçlanma olarak kabul edilebilecektir. Örneğin yönetim kurulu üyesinin eşine ait bir taşınmazın şirkete satımı halinde bu halde şirkete nakdi borçlanılmadığından bu işlem yasak kapsamında olmayacaktır³⁷³. Elbette ki bu aynı borçlanmaların emsallerine uygun koşullarda olması kurumsallaşmanın bir gereğidir. Aksi halde yönetimde etkin olan yönetim kurulu üyelerinin şirkete ayın borçlanarak şirket kaynaklarını kendilerine veya yakınlarına aktarma riski bulunmaktadır. Bu sebeple yapılacak bir kanun değişikliğiyle yalnızca nakdi borçlanmaların değil aynı borçlanmaların da kapsama alınması faydalı olacaktır³⁷⁴.

Nakdi borçlanmalara ilişkin yasada borcun niteliğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır³⁷⁵. Buna göre şirket kasasından hayatın olağan akışına göre alınması muhtemel yemek parası, taxi parası gibi muhasebe hesaplarına girmeyen ve kısa sürede

³⁶⁹ Ozansoy, , s. 46.

³⁷⁰ Kapsamın yalnızca nakdi borçlanmalarla sınırlı olarak daraltılmasının hükmü anlamsızlaştırdığı yönünde görüş için bkz. Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”.

³⁷¹ Karahan, s. 261 vd; Böyle bir düzenleme yapılmamış olsaydı bile ceza kanunundaki hükümler ve vekâlet, hizmet akdindeki hükümlerle aynı sonucun sağlanabileceği yönünde bkz. Dedeağaç/Sapan, s. 60.

³⁷² Şirkete malın teslimi karşılığında nakit alınması, şirketten mal alınması karşılığında nakit borçlanılması, mal alımının aynı nitelikte bir malla iadesi vb. şeklinde çok yönlü düşünüldüğünde hükmün açık olmadığı yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 396.

³⁷³ Özdamar/Doğan, s. 9.

³⁷⁴ Özdamar/Doğan, s. 9.

³⁷⁵ Şirkete ait bir taşınmazın yönetim kurulu üyesinin eşi tarafından kiralanması ya da satın alınması halinde de şirkete nakit borçlanılmış olunacağına ilişkin bkz. Özdamar/Doğan, s. 8.

yerine konan nakit alımları miktar olarak küçük ve süre olarak kısa olsalar da tespit edilmeleri halinde yasağa aykırı işlemler olduklarından cezai yaptırımını olacaktır³⁷⁶.

b. Şirketin Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarıyla Kefalet, Garanti, Teminat, Sorumluluk Üstlenme ve Borç Devralma Gibi İşlemlerde Bulunması

Şirketin yönetim kurulu üyesi veya yakınlarıyla kefalet, garanti, teminat, sorumluluk üstlenme ve borç devralma gibi işlemlerde bulunamayacağı maddenin hem eski hem de yeni halinde aynen muhafaza edilmiştir. Bu yasak kapsamına şirketin bu kişiler lehine aval vermesi ya da bu kişilerin fiilini taahhüt etmesi de girmekte ve bu tür sorumluluk üstlenmeler dolaylı olarak yasağı ihlali anlamına gelmektedir³⁷⁷.

D. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

1. Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarının Şirkete Nakdi Borçlanması Halinde

a. İşlem Açısından

TTK m. 395, f. 2 hükmü yalnızca maddede sayılan kişilerin şirkete nakdi olarak borçlanmasını yasaklamış ve şirketin de bu kişilerle maddede sayılı işlemlerde bulunmasını yasaklamıştır. Bu yasağa aykırılık haline söz konusu işlemlerin akıbetine ilişkin maddede bir açıklık bulunmamakla birlikte madde devamında yasağa aykırı hareket edilmesi halinde şirket alacaklılarının alacakları miktarınca şirkete borçlanan kişileri doğrudan takip edebileceği imkânı düzenlenmiştir. Yalnızca TTK m. 562, f. 5, c bendinde yasağı ihlal edenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve işlemlerin geçerliliği üzerinde bir sonuç doğuracak şekilde bir hüküm tesis edilmemiştir. Bu sebeple söz konusu yasak işlemlerin geçerli birer işlemler olduklarını kabul etmek

³⁷⁶ Ozansoy, s. 45.

³⁷⁷ Özdamar/Doğan, s. 8; İhracat yapan şirketler yapmış oldukları ihracat tutarının binde 5'ini götürü gider olarak ihracatın yapıldığı dönem gider olarak kayıtlara intikal ettirmekte ve bu imkânı 194 seri nolu gelir vergisi genel tebliği sağlamaktadır. Bu binde 5'lik temsil gideri şeklinde muhasebeye yansıtılan tutar için herangi bir belge sunmak gerekmediği gibi uygulamada düzenli olarak ihracat yapan şirketlerin masraf yapmasalar dahi bu masraf kaydını muhasebeleştirirdikleri görülmektedir. Değerlendirmeler için bkz. “İhracatta Binde 5 Götürü Giderin Hesaplanması ve Muhasebe Kaydı”, 1112012, http://www.muhasebetr.com/sorucevap/haber_oku.php?haber_id=1054 (22.03.2016 tarihinde erişilmiştir.).

gerekecektir³⁷⁸. Ancak aynı zamanda borçlanma yasağı hükmü emredici nitelikte olduğundan bu tür hükme aykırı borçlanma işlemlerinin geçersizliği de kabul edilebilir³⁷⁹. Bu halde de geçersiz bir işlemi esas alarak alacaklıların hükmü ihlal edenleri doğrudan takip edebilme imkânı tartışma konusu edilebilir. Bu belirsizlik neticesinde borçlandırıcı işlemin geçerli kabul edilmesinin sermayenin korunması ilkesine aykırı sonuçlar doğuracağı sebebiyle kanun değişikliği yapılarak borçlanma yasağını ihlal eden işlemin de geçersiz sayılması gerektiği düşüncesi de ileri sürülmüştür³⁸⁰.

b. Taraflar Açısından

(1) Cezai Müeyyide

(i) Müeyyide ve Muhatabı

Yönetim kurulu üyesi ve yakınlarının şirkete nakdi borçlanması hali, bu kişilerin şirket alacaklılarınca doğrudan takip edilebilmesi imkânına ek olarak bir cezai müeyyideye de bağlanmıştır. Yasağa aykırılığın müeyyidesi tasarıda şu şekilde düzenlenmişti: “ *Bu Kanunun, (...) 395 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, üçyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar.*” Adalet komisyonunca kabul edilen metinde ise pay sahibinin şirkete borçlanma yasağına uyulmaması halindeki müeyyidede olduğu gibi üç yüz gün alt sınırı korunmuş ancak beş yüz gün üst sınırı kaldırılmıştır. Bu açıdan yaklaşıldığında kanun koyucunun aynı şekilde burada da alt sınırı muhafaza ettiğini ve yasağın ihlali sonucunda oluşan zararın niteliği gerektiriyorsa tasarıdaki düzenlemenin aksine üst sınır bulunmaksızın gerekli cezanın verilebilmesini sağlamayı amaçladığını söylemek mümkündür. Ancak madde 6335 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile değiştirilmiş olup³⁸¹, yasağa aykırılığın müeyyidesi TTK m. 562, f. 5, c bendinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bu Kanunun, (...) 395 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerini ihlal edenler, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.*”

³⁷⁸ Özdamar/Doğan, s. 9-10; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §12, N. 122; Bilgili/Demirkapı, s. 398; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 122.

³⁷⁹ Sonucun belirsiz olduğu yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 397.

³⁸⁰ Özdamar/Doğan, s. 10.

³⁸¹ Değişiklik 6335 sayılı Kanun, m. 29 ile yapıldığı halde m. 30 olarak kayda geçirilmiştir. Gerekçe ve karşılaştırma için 6335 sayılı Kanun, m. 29’a bakılmalıdır.

Değişikliğin gerekçesi ise suçta ve cezada orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması olarak gösterilmiştir³⁸². TTK m. 395, f. 2 hükmünün birinci cümlesinde “*Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanması*” yasaklanmıştır. Hüküm lafzi olarak yorumlandığında, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları yasağın muhatabıdır. Buna göre yasağa aykırı şekilde şirkete nakdi borçlanan pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve onların pay sahibi olmayan yakınları suçun ağırlığına göre üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Ancak borç veren ve borç alanların hepsinin cezai sorumluluğun kapsamına alındığı görüşü de ileri sürülmektedir³⁸³. Bu halde borçlanma yasağına aykırı şekilde hem pay sahibine hem de pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve bu kişilerin pay sahibi olmayan yakınlarına “*borç verenler*” cezai sorumluluk altında olacaktır³⁸⁴.

(ii) Müeyyidenin Uygulanması

Borçlanma yasağına aykırı şekilde şirkete nakdi borçlanan yönetim kurulu üyeleri ve yakınları üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Adli para cezası için üst sınır yukarıda da belirttiğimiz gibi kaldırılmış olup, TTK herhangi bir üst sınır koymamıştır. Ancak TCK m. 52 hükmüne göre adli para cezası en az beş gün ve kanunda aksine hüküm yoksa en fazla yedi yüz otuz gündür (TCK m. 52, f. 1). Gün hesabı olarak bir gün için en az yirmi en çok yüz TL olarak, kişinin ekonomik ve sosyal durumuna göre tespit edilen miktarın, bu gün sayısına çarpılmasıyla elde edilen tutar devlet hazinesine ödenecektir (TCK m. 52, f. 2). Bu hesaba göre somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, hâkimin hükmedebileceği en az adli para cezası tutarı 6.000 TL iken; en yüksek 73.000 TL’ye kadar adli para cezası ödenmesine hükmedilmesi imkân dâhilindedir³⁸⁵. Hükme aykırı şekilde her bir nakdi borçlanma için ayrı ayrı adli para cezasına hükmedilmesi varsayımında cezanın üst sınırı açısından bu da ayrı bir problem yaratabilecektir³⁸⁶. Uygulanacak cezaya

³⁸² Bkz. 6335 sayılı Kanun, m. 29 gerekçesi.

³⁸³ Karahan, s. 261; Cezanın muhatabına ilişkin belirsizlik olduğu yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 398.

³⁸⁴ Hızır/Merki, s. 784 ve 802.

³⁸⁵ Sonuç olarak TTK m. 358’e aykırı olarak borç verenlere 6.000(300günX20TL=6000) TL’den 73.000 (730günX100TL=73000) TL’ye kadar adli para cezası verilebilecektir.

³⁸⁶ Özansoy, s. 46.

takvim yılı bazında bir azami had getirilmesi uygulamada ödenmesi mümkün olmayacak adli para cezalarına hükmedilmesini önleyebilecektir³⁸⁷.

Hâkim, borçlanma yasağına aykırı şekilde şirkete borçlanan yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, adlî para cezasının ödenmesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir (TK m. 52, f. 4). Ancak bu halde dahi taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adlî para cezasının hapse çevrileceği de belirtilecektir (TCK m. 52, f. 4). Kanun değişikliği öncesi TTK m. 563 hükmünde, TTK m. 562 hükmünde düzenlenen suçların resen takip olunacağı düzenlenmişti³⁸⁸. Ancak 6335 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesi ile, 563 üncü madde yürürlükten kaldırılmıştır.

(iii)Geçiş Hükümleri

Kanun yürürlüğe girmeden önceki borçlanmalara ilişkin olarak TTK m. 358 kapsamında öngörülen ve sonradan Kanun değişikliğiyle kaldırılan 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 24 hükmüne benzer bir geçiş hükmü yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının Kanun yürürlüğe girmeden önceki borçlanmalarına ilişkin olarak öngörülmemiştir. O dönem de pay sahiplerinin borçlanmalarına ilişkin olarak öngörülen geçiş hükmünün yönetim kurulu ve yakınlarının eski borçlanmalarına ilişkin olarak öngörülmemiş olması tartışma konusu edilmiştir. Bir görüşe göre; Kanun yürürlüğe girmeden önce eski Kanuna göre yönetim kurulu üyelerinin aynı zamanda pay sahibi olmalarını zorunlu tutan eTTK m. 312 hükmü dikkate alındığında yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmaları sebebiyle geçiş hükmü onlar hakkında da uygulanmalıydı. Diğer bir görüşe göre ise, TTK yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmaları şartını kaldırmış ve borçlanmalarını ayrı bir maddede ve farklılaşan bir şekilde düzenlemiştir. Pay sahibi ve yönetim kurulu üyelerine ilişkin borçlanmalarda pay sahibi için geçiş hükmü öngörülmüş ve yönetim

³⁸⁷ Şükrü Kızılot, “Çay Ocağı İşletene 7 Milyon Lira Ceza”, **Hürriyet Gazetesi**, 16.01.2012.

³⁸⁸ Soruşturma ve kovuşturma usulü başlıklı TTK m. 563 hükmü şu şekildeydi: “562 nci maddede belirlenen suçlar resen takip olunur.”

kurulu üyeleri ile yakınlarına ilişkin olarak eski borçların tasfiyesine ilişkin bir hüküm öngörülmemiş olması sebebiyle kanun koyucunun bilinçli olarak yönetim kurulu ve yakınlarının eski borçlanmalarına ilişkin cezai bir sorumluluk getirmek istemediği sonucuna varılmalıdır. Son olarak bir görüşe göre ise, pay sahibi ve yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarının şirkete borçlanmaları ayrı hükümlerde düzenlenmiş ve aykırılık halinde cezai müeyyideler öngörülmüştür. TCK m. 2, f. 3 hükmüne göre kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas yapılması ve bu hükümlerin kıyasa yol açar şekilde geniş yorumlanması yasaklanmıştır. Bu sebeple yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının Kanun yürürlüğe girmeden önceki borçlanmalarına ilişkin olarak açık bir geçiş hükmü öngörülmediğinden cezai bir sorumluluk yüklemek mümkün olmamalıdır³⁸⁹. Kanun değişikliğiyle pay sahiplerinin eski borçlarına ilişkin olarak da geçiş hükmünün kaldırıldığı düşünüldüğünde ilk haliyle yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının bilinçli olarak yaptırım dışı tutulduğunu düşünmek yerinde olacaktır. Kanun değişikliği sonucu hem pay sahibi hem de yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının yürürlüğe giren borçlanma yasağı hükümlerine aykırı şekilde ve eski borçlanmalarına ilişkin olarak cezai sorumlulukları doğmayacaktır³⁹⁰.

(2) Hukuki Müeyyide

(i) Doğrudan İcra Takibine Muhatap Olma

TTK m. 395, f. 2'ye göre hükme aykırı davranılması halinde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerini ve onların pay sahibi olmayan TTK m. 393'te sayılan yakınlarını, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilecektir. Hüküm yasağın ihlali halinde, kim tarafından ihlal edildiği önem taşımaksızın, şirket alacaklılarının, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerini ve onların pay sahibi olmayan yakınlarını doğrudan takip edebilecekleri şeklinde anlaşılabilmektedir. Özellikle yakınları üzerinden şirket kaynaklarını kendine aktaran yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlandırılan yakınıyla birlikte takip edilmesi hakkaniyete uygun gibi görülebilir. Ancak sorumluluğun şahsiliği ilkesi gereğinde hükümde geçen “bu kişiler”

³⁸⁹ Tüm görüşler ve açıklamalar için bkz. Altınel, s. 256 vd.

³⁹⁰ Kanun yürürlüğe girmeden önceki borçlanmaların yasağı ihlal etmediği yönünde bkz. Özdamar/Doğan, s. 7.

ifadesini yasağı ihlal ederek şirkete borçlanan kişiler şeklinde yorumlamak gerekmektedir³⁹¹. Şirkete borçlanan kişilerin şirket borçlarından sorumluluğu ise borçlandıkları tutarla sınırlı olmak üzere, şirket alacaklılarının alacağı kadardır³⁹².

Şirket alacaklılarına tanınan doğrudan takip imkânı, alacaklıların, şirketten olan alacağını icra yoluyla istemeleri halinde şirkete borçlu olduğu düşünülen tüm kişi ve kurumlara İİK m. 89 hükmüne göre haciz ihbarnamesi gönderilebileceğinden gereksiz bir düzenleme olduğu düşünülebilir³⁹³. Nitekim İİK m. 89'e göre gönderilen haciz ihbarnamesiyle şirket borçluları, icra dosyasının borçlusu olan şirkete olan alacaklarını bu dosya borcuna kadar olacak şekilde ödeme yükümlülüğü altına girmekte ya da borçlu olmadıklarını süresi içinde beyan ederek haciz ihbarnamesine itiraz etmek zorunda bırakılmaktadır. Gerçeğe aykırı beyan üzerine ise şirket alacaklılarına tazminat ve dava hakkı da tanınmıştır. Ancak Yargıtay uygulamasına bakıldığında sermaye taahhüdünü yerine getirmemiş şirket ortaklarına karşı İİK m. 89 hükmüne gidilmesi şirket ortağının şirkete göre üçüncü kişi sayılamayacağı gerekçesiyle doğru bulunmamıştır³⁹⁴. Bu uygulama da her ne kadar lafzi olarak İİK m 89 hükmüyle aynı sonuçları sağlasa da kanunda doğrudan takip imkânının düzenlenmesinin gerekli olduğunu göstermektedir. Ayrıca TTK m. 395, f. 2 hükmünde tanınan imkânla, şirket alacaklısı, şirkete karşı icra takibi başlatmaksızın doğrudan yönetim kurulu üyesi ya da yakınlarına başvurma imkânına sahiptir³⁹⁵. Bu başvurunun yapılabilmesi için şirket alacaklısının alacağının muaccel olması gerekmektedir. Ancak pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ve onların yine pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete olan borçlarının muaccel olması gerekmektedir. Özellikle şirket üzerindeki gücünü kullanarak borcun muaccel olacağı zamanı ileri bir tarih olarak belirleme ihtimali

³⁹¹ Özdamar/Doğan, s. 10.

³⁹² Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 666.

³⁹³ İİK m. 89 hükmünde düzenlenen imkânın özel bir görünümü olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. Atlıhan, s. 1975-1976.

³⁹⁴ Kararlarının ilgili kısımları şu şekildedir: “*Limited şirketin borcundan dolayı, şirkete göre 3. kişi sayılmayan şirket ortağına haciz ihbarnamesi tebliğ edilemez.*” Y. 12. HD, T. 23.5.2002, E. 2002/9303, K. 2002/10800; “*Borçlu şirket aleyhindeki icra takibinin kesinleşmesi üzerine şirket ortaklarına haciz ihbarnameleri gönderilmiştir. Takip borçlusunun 3. kişilerdeki hak ve alacakları için haciz ihbarnamesi gönderilebilir. Şirket ortakları, borçlu şirket yönünden 3. kişi sayılamaz. Bu nedenle gönderilen haciz ihbarnameleri hukuki sonuç doğurmaz. Bu durumda şikayet süreye tabi değildir.*” Y. 12. HD, T. 18.10.2005E. 2005/16517, K. 2005/20224, **Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası**; Konuya ilişkin görüşler için bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 111, dn. 112 vd; Karahan/Coşgun, s. 352.

³⁹⁵ Aynı görüş için bkz. Özdamar/Doğan, s. 10.

düşünüldüğünde bu kişilerin borçları için muaccel olmaları şartını aramak hükmün içeriğini boşaltabilecek riskleri de beraberinde getirecektir. Bu sebeple borçlanma yasağını ihlal eden borçlanmaların muaccel olması beklenmeksizin doğrudan takibe imkân tanıyacaklarının kabulü hükmün amacına daha uygun olacaktır³⁹⁶.

Şirket alacaklılarının doğrudan pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine ve onların yine pay sahibi olmayan yakınlarına karşı yaptıkları doğrudan başvuru neticesinde, yapılan ödeme miktarınca bu kişilerin şirkete olan borçları da sona erecektir. Yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının ödedikleri miktar sebebiyle şirkete rücu hakları bulunmamaktadır. Nitekim bu kişiler kanuna aykırı olarak şirkete borçlandıklarından, yine kanunda düzenlenmiş bir hüküm sebebiyle takip edilebildiklerinden, yaptıkları ödeme tutarınca borçlarından kurtulmuş olacak ve şirketten de bu ödedikleri tutarı talep edemeyeceklerdir³⁹⁷.

(ii) Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

TTK m. 553 hükmüne göre kanuna aykırı hareket edilmesi sebebiyle, özellikle şirketin organları aracılığıyla temsil edildiği düşünüldüğünde, şirketin, yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına, nakdi ödemede bulunması halinde hem şirket adına ödemede bulunanlar hem de nakdi borçlanan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu doğabilecektir.

2. Şirketin Yönetim Kurulu Üyesi veya Yakınlarıyla Kefalet, Garanti, Teminat, Sorumluluk Üstlenme ve Borç Devralma Gibi İşlemlerde Bulunması

a. İşlemler Açısından

TTK m. 395, f. 2 hükmünde şirketin yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarıyla kefalet, garanti, teminat, sorumluluk üstlenme ve borç devralma işlemlerinde bulunmasını yasaklamıştır. Bu yasağa aykırılık haline söz konusu işlemlerin akıbetine ilişkin maddede bir açıklık bulunmamakla birlikte madde devamında yasağa aykırı hareket edilmesi halinde şirket alacaklılarının alacakları miktarınca şirkete borçlanan kişileri doğrudan takip edebileceği imkânı düzenlenmiştir. Yalnızca TTK m. 562, f. 5, c

³⁹⁶ Özdamar/Doğan, s. 10; Atlıhan, s. 1977.

³⁹⁷ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 666.

bendinde yasağı ihlal edenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve işlemlerin geçerliliği üzerinde bir sonuç doğuracak şekilde bir hüküm tesis edilmemiştir. Bu sebeple söz konusu yasak işlemlerin geçerli birer işlemler olduklarını kabul etmek gerekecektir³⁹⁸.

b. Taraflar Açısından

(1) Cezai Müeyyide

TTK m. 562, f. 5, c bendine göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve onların pay sahibi olmayan yakınlarıyla, kefalet, garanti, teminat, sorumluluk üstlenme ve borç devralma gibi işlemlerde bulunulması halinde, şirket, suçun ağırlığına göre üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Nitekim TTK m. 395, f. 2 hükmünün ikinci cümlesinde şirkete sayılan işlemleri yapmama yükümlülüğü verilmiştir ve dolayısıyla bu cümledeki yükümlülük sahibi şirket olduğundan ihlal eden de şirkettir, cezai müeyyide şirkete uygulanacaktır³⁹⁹.

(2) Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

TTK m. 553 hükmüne göre kanuna aykırı hareket edilmesi sebebiyle, özellikle şirketin organları aracılığıyla temsil edildiği düşünüldüğünde, şirketin, yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına, kefalet, garanti ve teminat verme, sorumluluk yüklenme ve bu kişilerin borçlarını devralma gibi işlemleri yapması halinde yönetim kurulunun sorumluluğu doğabilecektir. Böylelikle hem bu işlemler neticesinde şirketin uğradığı zararın hem de bu yasak işlemler neticesinde şirketin TTK m. 562, f. 5, c bendine göre ödemek zorunda olduğu adli para cezasının şirket zararı olarak görülerek şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları tarafından yönetim kurulundan talep edilmesi ihtimal dâhilindedir.

E. ŞİRKETLE İŞLEM YAPMA YASAĞI

1. Şirketle İşlem Yapma Yasağının Kapsamı

TTK m. 395, f. 1 hükmüne göre genel kuruldan izin alınmadan yönetim kurulu üyesi ne kendisi ne de bir başkası adına şirketle herhangi bir işlemde bulunamaz. Ancak

³⁹⁸ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, §12, N. 122.

³⁹⁹ Cezanın muhatabında belirsizlik olduğu yönünde bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 398.

kanun yasalaşmadan önce *herhangi bir işlem* kavramı yerine “ticari amaçla” yapılan işlemler şeklinde kapsamın daraltılmasının daha uygun olacağı da ileri sürülmüştür⁴⁰⁰. Bu yasağın öngörülme sebebi, şirketin yönetim ve temsilinden sorumlu yönetim kurulu üyelerinin aynı anda hem icap hem de kabulün içeriği belirleyebilmeleri noktasında şirketin çıkarlarının göz ardı edilebileceği riskine karşı, şirketi korumaktır⁴⁰¹. Bir açıdan bu yasak TTK m. 369 hükmünde düzenlenen yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişilerin şirkete karşı özen ve bağlılık yükümlülüğü altında olduklarının somut bir sonucudur⁴⁰². İzin alınmadan böyle bir işlem yapılması halinde ise işlem askıda hükümsüzdür⁴⁰³. Böylece tek taraflı bir bağlamazlık söz konusu olacak ve şirket bu işlemin batıl olduğunu ileri sürebilecektir⁴⁰⁴. Kendi hareketiyle sakat bir işleme sebebiyet veren kişinin geçersizlik savunması hakkın kötüye kullanımı sayıldığından haklı olarak yönetim kurulu üyesinin böyle bir savunmada bulunması mümkün olmayacaktır. Böylelikle şirket dilerse işleme önceden izin verebilecek, izin alınmamışsa bu işlemin batıl olduğunu ileri sürerek geçersiz hale getirebilecek ve dilerse de işlemi tanıyarak bu işlemle bağlı olmayı tercih edebilecektir. Genel kurul bu izni açık olarak verebileceği gibi örtülü olarak da işlemin onaylanması mümkündür⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Örneğin lastik üretimi yapan bir şirketin yöneticisinin şahsi aracı için şirketinden lastik alması şirketle işlem yapma yasağı içerisinde değerlendirilebilecektir. Örnek ve görüş için bkz. Bahtiyar, “Değerlendirilmeler”, s. 75; “YK üyesi açısından ticari olan işlemleri yapamaz” şeklinde hükmün değiştirilmesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz. Atlıhan, s. 1962.

⁴⁰¹ Erol Ulusoy, **Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil**, Ankara, 2005, s. 107.

⁴⁰² Özen ve bağlılık yükümlülüğünün içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uyulmasını zorunlu tuttuğuna ilişkin bkz. TTK m. 369 gerekçesi.

⁴⁰³ Askıda hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımına ilişkin görüşler için bkz. Atlıhan, s. 1967 vd.; Askıda hükümsüzlük söz konusu olacağına ilişkin bkz. Şener, s. 412; İptal edilebilir olduğu yönünde bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §20, N. 243.

⁴⁰⁴ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 237 vd.; Hem işlemin hem işlemin dayandığı kurul kararının batıl olacağı yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 121.

⁴⁰⁵ eTTK dönemine alınan bir Yargıtay kararının ilgili bölümü şu şekildedir: “30.03.1994 tarih ve 1993/15-860 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun ilamı ile Dairemiz’in 25.10.1991 tarih ve 6515/5628 sayılı ilamında da açıklandığı ve doktrinde de kabul edildiği üzere, genel kurul işleme açık veya zımni olarak icazet verebilir. Zira, ortaklıkla yapılan işlem, re’sen batıl olmayıp iptali kabildir. Batıl sayma yetkisi genel kuruldadır. Genel kurulun işlemi takip eden yıllarda aksine bir karar almaması, yönetim kurulunun ibra edilmesi, bu işlemlerin de bilançoda, kar tablolarında gelir olarak yer alması ve onaylanması, kâr dağıtımının bu işlemlerin geliri üzerinden yapılması, uzun süre genel kuruldan aksi yönde bir karar çıkmaması, kurumlar vergisinin bu gelirlere göre ödenmesi gibi olgularla zımni olarak genel kurulun işlemlere icazet vermesi mümkündür.” Y. 11.HD., T. 11.05.2010, E. 2010/2021, K. 2010/5217, Kararın tam metni için bkz. Levent Yaralı, **Şirketler Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları I**, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2012, Karar-18, s. 80-82.

İşlem yasağı kapsamındaki işlemleri borçlanma yasağı kapsamındaki işlemler dışında kalan işlemler şeklinde değerlendirmek mümkündür⁴⁰⁶. Nitekim borçlanma yasağı içerisindeki işlemler önceden genel kurul izniyle ya da sonradan işlemin genel kurulca onaylamasıyla yasak kapsamından çıkamamaktadır. Hukuki sonuçları da ayrı olarak düzenlendiğinden işlem yapma yasağı ve borçlanma yasağı kavramlarının kapsamını ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

2. Yasağa Aykırılığın Sonuçları

a. İşlem Açısından

TTK m. 395, f. 1 hükmüne aykırı olarak, yönetim kurulu üyesinin genel kurul izni olmadan şirketle yaptığı işlem askıda hükümsüzdür. Şirket genel kurul izni olmadığı gerekçesiyle bu işlemi tek taraflı olarak batıl oluşunu ileri sürerek geçersiz hale getirme hakkına sahiptir. İşlem öncesi veya sonrasında genel kurulun açık ya da örtülü şekilde bu işleme onay vermesiyle işlem iki taraf için de bağlayıcı hale gelecektir.

b. Taraflar Açısından

(1) Cezai Müeyyide

Yönetim kurulu üyesinin TTK m. 395, f. 1 hükmüne aykırı şekilde şirketle işlem yapması halinde taraflara ilişkin olarak TTK m. 562’de herhangi bir cezai müeyyide düzenlenmemiştir.

(2) Hukuki Müeyyide

Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553, f. 1 hükmüne göre: “*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla⁴⁰⁷ ihlâl ettikleri takdirde, hem şirkete hem paysahiplerine*

⁴⁰⁶ Atlıhan, s. 1952.

⁴⁰⁷ 6335 sayılı Kanun m. 28 ile “kusurlarıyla” ifadesi maddeye eklenmiş ve m. 41 ile de “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ifadesi çıkartılmıştır. Bu değişiklikle ispat yükü değiştirilmiştir ve sorumlu tutulmak maddenin ilk haline oranla daha da zorlaştırılmıştır. Nitekim maddenin ilk halinde kusursuzluk ispat edilmediği sürece yönetim kurulu üyelerinin kusurlu hareket ettiği varsayımı kabul edilmiş ancak değişiklikle sorumluluğun doğması için kusurlu hareket edildiğinin tespiti de aranarak

hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.” Genel kuruldan izin almaksızın kendi veya bir başkası adına şirketle işlem yapan yönetim kurulu üyesi TTK m. 395, f. 1 hükmünü ihlal ettiğinden kanundan doğan yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır⁴⁰⁸. Bu ihlalde kusurlu olduklarının ispatlanması halinde bu işlem neticesinde oluşan bir zarar varsa bu zarardan dolayı hem şirkete, hem pay sahiplerine, hem de şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacaklardır. Hükme göre aktif dava ehliyeti “sadece şirketin zararları için değil”, hem doğrudan hem dolaylı zararları kapsayacak şekilde şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara tanınmıştır. Ancak madde gerekçesinde aktif dava ehliyetinin kullanılmasına ilişkin şirketin zararlarının düzenlendiği TTK m. 555 ve 556 hükümlerine göre hareket edileceği belirtilmiştir⁴⁰⁹. Buna göre söz konusu zarar şirkete ödenecektir ve alacaklılar yalnızca şirketin iflası halinde iflas idaresinde dava açılmadığı takdirde aktif dava ehliyetine sahiptir⁴¹⁰. İflas halinde açılan davanın avantajı ise elde edilen hasılanın dava açanlara öncelik hakkı tanınarak, onların alacaklarına tahsis edilmesidir (TTK m. 556, f. 2).

III.BANKACILIK UYGULAMASINDA BORÇLANMA YASAĞI

A. TARİHİ GELİŞİM

Bankacılık alanında borçlanma yasağı ilk kanun metinlerinden günümüz kanunlarına kadar kendisine kanunlarda düzenleme yeri bulmuş konulardan biridir⁴¹¹. Bankacılık alanında ilk kanun olarak kabul edilen 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu⁴¹² m. 21 hükmüne göre, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul izni olmaksızın; müdürlerin, muhasebede görevli ve yetkili görevlilerin ise yönetim kurulu izni olmaksızın doğrudan ya da dolaylı olarak bankalarıyla ticari işlemlerde bulunması yasaklanmıştı. Yasağa aykırılık halinde ise müeyyide olarak para cezası ve hapis cezası

iddiada bulunanın iddiasını ispatlama mükellefiyeti devam ettirilmiştir. Bu halde de yönetim kurulu üyeleri kusursuzluğunu, davacının da zararı ispat etme yükümlülüğü devam etmektedir.

⁴⁰⁸ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s.237.

⁴⁰⁹ TTK m. 553, f. 1 gerekçesi.

⁴¹⁰ Şirketin iflas etmediği sürece borçlarını ödeyebilecek güçte olduğu varsayımından hareketle şirketin iflasından önce alacaklılara aktif dava ehliyetinin verilmemesi gerektiği düşünülmüştür. Bkz. TTK m. 555, f. 1 gerekçesi.

⁴¹¹ Bankacılık alanında Cumhuriyet dönemindeki tüm kanun, kanun hükmünde kararname, tebliğ ve karar metinleri için bkz. Abdullah Taşcıoğlu (hız.), **Cumhuriyet Dönemi Bankalar Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler**, İstanbul: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1998.

⁴¹² RG, 5.6.1933, S. 2419.

öngörülmüştü⁴¹³. Bu hükümle, doğrudan borçlanma yasaklanmamış olmakla birlikte, bankayla yapılacak ticari işlemlerin gerekli izinler alınmadığı takdirde yasaklanması, bu kişilerin bankadan kredi kullanmalarını dolaylı olarak engellemekteydi⁴¹⁴.

Kredi kullanımına ilişkin açık bir şekilde ilk yasaklayıcı düzenlemeler ise 1999 sayılı Bankalar Kanunu⁴¹⁵ m. 14 ve devamı hükümlerinde yapılmıştı. Bankalar Kanunu m. 14 hükmüne göre, bankanın idare meclisi ve idare komitesi başkan ve üyeleri ve imzaya yetkili müdür ve memurların doğrudan ya da muvazaalı olarak bankadan kredi almaları ve bu kişiler lehine kefalet veya teminat verdirilmesi ya da bu kişilerin menfaati bulunduğu kişi veya kurumlar lehine bu tür işlemlerin yapılması yasaklanmıştı⁴¹⁶. Yasağa aykırılık halinde ise m. 49 hükmüne göre hapis ve para cezası öngörülmüştü⁴¹⁷. Ancak aynı Kanun m. 15 hükmü ile bankanın kurduğu ya da sermayesinin en az % 25'ine sahip olduğu bir müessesenin idare meclisinde bulunan kimseler ile bu bankanın idare meclisinde bulunan kimselerin aynı olması halinde bu müessesenin banka ile işlem yapmasını serbest bırakmıştı. Ayrıca Kanun m. 16 hükmünde yönetimde görevli kişilerin yakınlarının bankayla yapacakları kredi, kefalet ve teminat talepli işlemlerde müzakerelere ve oylamaya katılma yasaklarını düzenlemişti⁴¹⁸. Son olarak da Kanun m. 17 ile bankaların kendi memurlarına doğrudan ya da muvazaalı yollarla ödünç para vermelerini, kefil olmalarını ya da teminat

⁴¹³ 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu m. 21 şu şekildeydi: “Banka meclisi idare azalarının heyeti umumiyelerinden ve müdür, muhasip ve salahiyetli memurlarının meclisi idarelerinden müsaade olmaksızın doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendi bankalarile ticarî muamele yapmaları memnudur. Bu hükme muhalif hareket edenler ve yukarıki fıkırdaki yazılı müsaade alınmaksızın muameleyi yapan âmiri ita sıfatında bulunanlar yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasına ve üç aya kadar hapse mahkûm edilirler.”

⁴¹⁴ Özdamar/Doğan, s. 11.

⁴¹⁵ RG, 9.6.1936, S. 3325.

⁴¹⁶ 1999 sayılı Bankalar Kanunu m. 14 şu şekildeydi: “Bir bankanın idare meclisi ve idare komitesi reis ve azalarının ve murakıblerinin ve banka adına imza koymağa salahiyetli müdür veya memurların doğrudan doğruya veya muvazaa yolu ile bankadan her ne şekilde olursa olsun kredi almaları, bankaya lehlerine olarak kefalet veya teminat verdirmeleri yahud menfaat rabıtasile bağlı oldukları eşhas ve müesseseler lehine kredi, kefalet veya teminat verilmesini temin ettirmeleri ve bankaların da bu nevi muameleleri yapmaları yasaktır.”

⁴¹⁷ 1999 sayılı Bankalar Kanunu m. 49 şu şekildeydi: “14 ncü madde hükmüne muhalif harekette bulunanlar üç aya kadar hapse ve yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.”

⁴¹⁸ 1999 sayılı Bankalar Kanunu m. 16 şu şekildeydi: “Bir bankanın idare meclisi ve idare komitesi reis ve azaları hukuk usulü muhakemeleri kanununun 245 nci maddesinin 3 numaralı bendinde yazılı derecelerde karabeti bulunan kimselere taallük eden kredi, teminat ve kefalet taleplerinin müzakeresine iştirak edemezler ve bu işler hakkında rey veremezler.”

vermelerini yasaklamıştı. Bu yasaklara aykırılık halinde ise Kanun m. 50 hükmü ile para cezası öngörmüştü⁴¹⁹.

Kredi kullanımına ilişkin yasaklayıcı düzenlemeler 7129 sayılı Bankalar Kanunu⁴²⁰ ile de aynı şekilde düzenleme alanı bulmaya devam etmişti. Ancak eski Kanun düzenlemelerine ek olarak kredi verildikten sonra yasak kapsamına giren işlemler için altı aylık tasfiye süresi öngörülmüş ve banka mensupları için maaşın üç katı tutarına kadar kredi kullandırma imkânı tanınmıştı (bkz. m. 41, f. 2 ve 4). Aynı şekilde yasağa aykırı hareket edilmesi halinde para cezası öngörülmüştü (bkz. m. 68). 2999 sayılı Bankalar Kanunu'na göre diğer ülke kanunlarını göz önüne alarak daha çağdaş bir şekilde hükümler içeren 7129 sayılı Bankalar Kanunu 28 ve 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle önemli değişikliklere uğramıştı. Yasağa ilişkin önemli değişiklikler yapan 70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Bank KHK)⁴²¹ m. 41 hükmü ile genel kredi sınırlarına da uyulması şartıyla, bankanın sermayesinin %5 ve daha fazlasına sahip olan banka ortaklarına ve bu kişilerle ilgili olan gerçek ve tüzel kişilere verilecek kredi toplamının banka öz kaynaklarının ve tüm kredilerin %5'ini geçemeyeceği sınırı konulmuştur (Bank KHK m. 41, f. 1). 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; bu kişiler dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına; banka mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara her ne şekil ve surette olursa olsun kredi verilmesi, kefaletlerinin kabul edilmesi ve tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerinin satın alınması yasaklanmıştır (Bank KHK m. 41, f. 2). Ancak eski düzenlemede olduğu gibi bu kişilerin maaşlarının üç katı tutarına kadar kredi kullandırılması ve ek olarak bu kredilere kefaletleri yasak kapsamı dışında tutulmuştur (Bank KHK m. 41, f. 3). Yasağa aykırı hareket edilmesi halinde ise 500 bin liradan 2 milyon liraya kadar ağır para cezası ile 6 aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (Bank KHK m. 78, f. 1). Ayrıca bu aykırılık sonucunda bankanın ya da ilgililerin menfaat elde etmesinin hedeflendiği ya da

⁴¹⁹ 2999 sayılı Bankalar Kanunu m. 50 şu şekildeydi: “16 ve 18 nci maddeler hükmüne aykırı hareket edenler elli liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler.”

⁴²⁰ RG, 2.7.1958, S. 9944.

⁴²¹ RG (2. Mükerrer), 22.7.1983, S. 18112.

yarar sağlandığı durumlarda ceza ağırlaştırılarak 2 milyon liradan az olmamak üzere bu yararların 5 katı olarak hükmedileceğı düzenlenmişti (Bank KHK m. 78, f. 2).

70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükümünde Kararnameye çeşitli değışiklikler ve eklemeler yapılmış ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu⁴²² olarak kanunlaştırılmıştı. Bu Kanunda ise kredi yasağına ilişkin kapsam ve müeyyide açısından önemli değışiklikler yapılmamıştı⁴²³. Ancak Bankalar Kanununda Değışiklik Yapılmasına İlişkin 512 sayılı Kanun Hükümünde Kararname⁴²⁴ m. 20 ile Kanunun kredi yasaklarına ilişkin m. 41 hükmü değıştirilmişti. Değışiklik sonucunda bir bankanın sermayesinin yüzde 10 ve daha fazlasına sahip olan ortaklarına ve bunlarla dolaylı kredi kapsamına giren gerçek veya tüzel kişilere verecek kredilerin toplamının banka öz kaynaklarının yarısını aşmaması sınırı koyulmuştu. Ayrıca banka mensuplarına teminat karşılığında ve aylık ücretleri toplamının 5 katını aşmamak üzere verilecek krediler ve bu krediler için kabul edilecek kefaletler yasak kapsamından çıkarılmıştı. Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür ve genel müdür yardımcılara, kredi açmaya yetkili diğcr mensuplarına, bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına ve bunların ayrı ayrı veya birlikte sermayelerinin yüzde 25 ve daha fazlasına sahip oldukları ortaklıklara kredi verilmesi yasaklanarak yasak kapsamındaki kişiler artırılmıştı.

Günümüze doğru gelindiğinde ise 4389 sayılı Bankalar Kanunu⁴²⁵ m. 11 detaylı olarak kredi yasağını düzenlemiş ve m. 11, f. 9 hükmündeki kredi yasağına aykırılığın müeyyidesi olarak ise m. 21, f. 1, e bendi uyarınca, verilen kredinin %5'i tutarında idari para cezasının uygulanabileceğı öngörölmüştu. Ayrıca m. 11, f. 10 hükmü ile sonradan yasak kapsamına giren kredilerin ise önceden kararlaştırılan vadeye ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla altı ay içinde tasfiye edilmesi öngörölmüştu. Bu Kanun da yürürlükten kaldırılmış ve günümüzde de yürürlükte bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁴²⁶ ile kredi yasaklarına ilişkin düzenlemeler varlığını korumuştur.

⁴²² RG, 2.5.1985, S. 18742.

⁴²³ Özdamar/Doğın, s. 11.

⁴²⁴ RG, 16.9.1993, S. 21700.

⁴²⁵ RG, 23.6.1999, S. 23734.

⁴²⁶ RG, 1.11.2005, S. 25983.

B. PAY SAHİPLERİNİN BORÇLANMA YASAĞI

Anonim şirketlerde pay sahibinin şirkete borçlanmasını düzenleyen TTK m. 358 hükmünde yasak tüm anonim şirketleri kapsayacak şekilde ve hiçbir faaliyet alanına özgü istisna tanınmadan düzenlenmiştir. Yönetim Kurulu üyeleri ve yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümde açıkça Bankacılık Kanunu hükümlerinin saklı tutulduğu düşünüldüğünde, TTK m. 340 hükmünde düzenlenen emredici hükümler ilkesi gereğince kanun koyucunun pay sahibinin borçlanma yasağında farklı bir uygulamaya gidilmemesi yönünde iradesini kullandığını düşünmek gerekecektir. Bu sebeple bankacılık faaliyetinde bulunan bir anonim şirketin pay sahipleri için farklı bir uygulama olmaksızın, yukarıda yaptığımız tüm açıklamalar doğrultusunda borçlanma yasağı söz konusu olacaktır. Banka pay sahipleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve bankanın serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça bankaya borçlanamayacaktır. Aksi halde banka pay sahiplerine bu şartlar sağlanmaksızın borç verenler TTK m. 562, f. 5, b bendi uyarınca üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Buna ek olarak pay sahibinin banka sermayesindeki pay oranı esas alınarak düzenlenen bankacılık mevzuatındaki kurallara da uyulması gerekecektir.

1. Nitelikli Pay Sahiplerinin Bankaya Borçlanması

Bankacılık faaliyetinde borç verme işlemi kredi olarak adlandırılmaktadır. Buna göre bankacılık uygulamasında krediler ve risk gruplarına ilişkin düzenlemeleri incelemek gerekmektedir. Bank K m. 48 hükmünde belirtilen ve kredi olarak kabul edilen işlemlerin⁴²⁷ yapılmasında çeşitli risk grupları dikkate alınarak işlem

⁴²⁷ Bank K m. 48 hükmünde belirtilen işlemler şu şekildedir: “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.

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 vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.”

yapılmaktadır. Pay sahipleri de çeşitli durumlarda bu risk grubuna dâhil edilmiştir. Risk gruplarının belirlenmesinde ise Bank K m. 49 hükmünde çeşitli kategoriler düzenlenmiştir. Bu risk gruplarından biri ise şu şekildedir: *“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 K m. 49, f. 2). Görüldüğü üzere nitelikli pay sahipleri bankanın dâhil olduğu risk grubuna girmektedir (Bank K m. 49, f. 2). Nitelikli pay sahipleri ise bankanın 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 payların sahipleridir (Bank K m. 3). Bu kişilere kredi verilmesi halinde risk gruplarına özgü düzenleme ve şartlara uyularak kredi verilmesi gerekmektedir.

Bankaların, 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; bu sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velâyeti altındaki çocuklarına; mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi vermesi, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alması yasaklanmıştır (Bank K m. 50, f. 1). Ancak bu yasak 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 uygulanmamaktadır (Bank K m. 50, f. 2). Bu kişiler bankanın dâhil olduğu risk grubunda yer almaktadır. Bankanın dâhil olduğu risk grubu içerisinde yer alan gerçek ve tüzel kişilere kredi kullandırılması hâlinde ise, 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 gerekmektedir (Bank K m. 50, f. 4). Ayrıca bankanın risk grubuna giren kişilere açılan kredilere ilişkin bankanın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna düzenli olarak raporlar vermesi gerekmektedir (Bank K m. 50, f. 6).

2. Kredinin Kullandırılması

Kredi açma yetkisi bankanın yönetim kuruluna aittir (Bank K m. 51). Yönetim kurulunda kredi açma yetkisini haiz olanların, 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 almaları mümkün değildir ve bu hususu yazılı olarak yetkililere bildirmeleri gerekmektedir (Bank K m. 51, f. 3). Buna aykırı şekilde kredi verilmesi halinde de BDDK'nın, bu kredileri ilgili bankanın özkaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınmasına karar vermeye veya bu krediler tutarında ilave özkaynak temin edilmesini zorunlu tutmaya yetkisi bulunmaktadır (Bank K m. 51, f. 4).

Kredi açılmasına karar veren yönetim kurulu kredinin ödenmesi sürecini de takip edecektir ve borçlunun ödeme gücünü düzenli olarak analiz ederek gerekli bilgi ve belgeleri temin edecektir (Bank K m. 52, f. 1). Şirkete borçlanma yasağında ise yönetim kurulunun böyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bankacılık mevzuatı düşünüldüğünde borçlanma yasağının sembolik de olsa düzenlenmesinde yol gösterici olabilecek bir uygulama tarihine sahip olduğu da gözler önündedir.

3. Krediye İlişkin Sınırlandırmalar

Genel kural bankanın kullandıracağı krediler toplamının bankanın öz kaynaklarının %25'ini aşmamasıdır (Bank K m. 54, f. 1). Ancak bankanın dâhil olduğu risk grubuna giren kişiler için bu sınır %20'dir.

Bankalarca hâkim ortak veya nitelikli pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın bankaların sermayesinin yüzde bir ve daha fazla payına sahip olup pay defterine kayıtlı olan tüm ortaklarına ve bunlarla risk grubu oluşturan kişilere kullandırılacak kredilerin toplamı öz kaynaklarının %50'sini aşamaz (Bank K m. 54, f. 2).

C. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YAKINLARININ ŞİRKETLE İŞLEM YAPMA VE BORÇLANMA YASAĞI

Kanunun kapsamına ilişkin olarak Bank K m. 2, f. 3 hükmünde: *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler tatbik olunur.”* düzenlemesiyle önceliğin

Bank K hükümlerinde olduğu vurgulanmıştır. Şirket yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395, f. 4 hükmünde ise: “*Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır.*” düzenlemesiyle bankalar TTK m. 395 açısından borçlanma yasağının dışında bırakılmıştır. Bankacılık Kanunu’na tabi anonim şirketlerde kendi özel mevzuatlarındaki düzenlemeler uygulanacaktır⁴²⁸.

Banka hukukunun gelişiminde de görüldüğü üzere banka yönetiminde etkin olan kişiler ve bu kişilerin yakınları ile ortağı bulundukları şirketlerin banka üzerindeki güçlerini kötüye kullanarak bankayı zarara uğratabilecekleri göz önünde bulundurularak çeşitli koruyucu ve yasaklayıcı düzenlemeler öngörülmüştür. Bankaların, 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; bu sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velâyeti altındaki çocuklarına; mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi vermesi, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alması yasaklanmıştır (Bank K m. 50, f. 1). Bankanın kendi yönetim kurulu üyesinin kredi kullanması yasaklanmışken, bu kişilerin başka bir bankadan kredi çekmesi ise yasak değildir⁴²⁹.

1. Yasağın Kapsamındaki Kişiler

Yasak kapsamındaki kişiler TTK m. 395 hükmü göz önüne alındığında oldukça geniştir. Öncelikle yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve kredi açmaya yetkili banka çalışanları bankadan kredi kullanamamaktadır. Bu kişilerin yakınları kapsamına ise TTK m. 395 hükmünden farklı olarak, yalnızca bu kişilerin eşleri ve velayeti altındaki çocukları girmektedir. Velayet altındaki çocuklar ise banka yönetim kurulu üyesinin ergin olmayan (18 yaşını doldurmamış), evlilik ya da mahkeme kararıyla da ergin kılınmamış ya da bir şekilde ergin olduktan sonra

⁴²⁸ Altaş, “Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi”, s. 240; Bankacılık uygulamasında kredi dışında kalan bir işlem için ise TTK hükümlerinin uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. Özdamar/Doğan, s. 17 ve 19; Bilgili/Demirkapı, s. 397.

⁴²⁹ Özdamar/Doğan, s. 12.

kısıtlanmış ve kendisine vasi atanmış çocuklarını ifade etmektedir⁴³⁰. Nitekim bu kişiler ana ve babasının velayeti altında kabul edilmektedir (bkz. TMK m. 11, 12, 335). Yasak kapsamındaki kişiler ve yakınlarının tek başına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara da kredi kullandırılması yasaklanmıştır. Hükümde ortaklıklarda pay sahibi olan kişilerin kimler olacağı net olarak anlaşılamamakla birlikte kanaatimizce “*tek başına veya birlikte*” ifadesi yönetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve kredi açmaya yetkili mensupları ile bu kişilerin eşleri ve velayeti altındaki çocuklarını ifade etmektedir⁴³¹. Kanunda dolaylı pay sahipliğinden söz edilmediğinden bu kişilerin tek başlarına sahibi oldukları bir sermaye şirketinin başka bir şirketin sermayesinin %25 ve üzeri bir oranda sahibi olması halinde bu şirkete kredi verilmesi mümkün olacaktır⁴³².

2. Yasağın İstisnası

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 kredi yasağı uygulanmamaktadır (Bank K m. 50, f. 2). Bu kişilerin eşleri ve velayetleri altındaki çocukları ile sermayesinin en az %25’ine sahip oldukları ortaklıklar için ise kredi yasağının devam ettiğini kabul etmek gerekmektedir⁴³³. Nitekim bu istisna yalnızca bankanın nitelikli pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri için getirilmiştir. Bu düzenlemenin amacı ise nitelikli paya sahip banka ortaklarının kredi yasağı sebebiyle banka yönetiminden uzaklaşmalarını sağlamaktır⁴³⁴. Bu açıdan yaklaşıldığında pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarının şirkete borçlanma yasağını farklılaştırarak düzenleyen TTK hükümleri bu anlayışın bir sonucu olabilir. Ancak bankacılık uygulamasında farklı uygulamanın gerekçesi nitelikli pay sahipliği iken, TTK hiçbir oran öngörmeksizin yalnızca pay sahibi olunmasını yeterli kabul ederek yönetim kurulu üyeleri ve aynı şekilde pay sahibi olan yakınlarını TTK m. 395 hükmünün dışında bıraktığından bu düzenlemeyle amacını aşar derecede bir imkân sağladığı düşünülebilir. Nitelikli pay

⁴³⁰ Özdamar/Doğan, s. 12.

⁴³¹ Aynı görüşte Özdamar/Doğan, s. 12.

⁴³² Benzer bir örnek için bkz. Özdamar/Doğan, s. 12.

⁴³³ Aksi yönde görüş için bkz. Seza Reisoğlu, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I, Ankara, 2007, s. 654.

⁴³⁴ Reisoğlu, s. 653; Özdamar/Doğan, s. 13.

sahipliği ya da buna benzer şekilde bir pay oranı belirlenmesi daha yerinde bir düzenleme olabilirdi.

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 ise kredi yasağına ilişkin düzenlemelerden bağımsız olarak verilmesi serbest olan kredilerdendir (Bank K m. 50, f. 5). Sonuç olarak nakdi ve gayri nakdi kredilerin sınırlandırmalara uyularak birlikte kullanıldığı düşünüldüğünde yönetim kurulu üyesinin aylık net ücret toplamının sekiz katına kadar kredi kullandırılması mümkündür⁴³⁵. Hesaba katılan ücret yalnızca yönetim kurulu üyesinin ücretidir, yoksa bu kişilerin banka çalışanı olmayan eş ve velayetleri altındaki çocuklarının aldıkları ücretin hesaba katılması söz konusu değildir⁴³⁶.

Kredi yasağına girmemekle birlikte bu kişiler bankanın risk grubuna girdiğinden yine yukarıda söz ettiğimiz BDDK'ya bilgi verme ve kredi sürecini izleme yükümlülüğü bu krediler için de bulunmaktadır (Bank K m. 50, f. 6). Yine aynı şekilde BDDK'nın, Kanuna aykırı olarak kullandırıldığı tespit edilen bu kredilerin, ilgili bankanın özkaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınmasına karar vermeye veya bu krediler tutarında ilave özkaynak temin edilmesini zorunlu tutmaya yetkisi bulunmaktadır (Bank K m. 51, f. 4).

3. Sonradan Yasak Kapsamına Giren Krediler

Kullandırıldığı an yasak kapsamına girmemekle birlikte kredi kullanıcısının borç devam ederken banka yönetim kurulu üyesi olması ya da yasak kapsamındaki kişilerle evlenmesi halinde kullanılan kredi yasak kapsamına girecektir. Sonradan, kullandırılan kredilerin kanuna aykırı hale gelmesi halinde ise kararlaştırılan ödeme süresi ne olursa olsun en geç 6 ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur (Bank K m. 50, f. 7). 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 11 f. 10 hükmünde düzenlenen vadeye ilişkin önceden belirlenmiş şartların saklı tutulduğuna ilişkin bölüm Kanuna alınmadığından belirlenen vade ne olursa olsun yasak kapsamına girildiği andan itibaren söz konusu

⁴³⁵ Reisoğlu, s. 660.

⁴³⁶ Özdamar/Doğan, s. 14.

kredilerin altı ay içinde tasfiye edilmesi gerekmektedir. Sözleşmeye göre muaccel olmayan bir alacak Kanun hükmü gereğince muaccel hale geldiğinden vadesi gelmese de kredinin icra yoluyla tasfiye edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varmak mümkündür⁴³⁷.

Nakdi kredilerin tasfiyesinde özellikle konut kredileri gibi uzun vadeli krediler uygulamada büyük sorun yaratacak olmakla birlikte gayri nakdi kredilerin özellikle teminat mektubu gibi üçlü bir ilişkide kullanılan krediler için tasfiyenin ne şekilde yerine getirileceğinin tespiti gerekmektedir. Bu gibi krediler için de altı ay içinde nakit karşılığının bankaya ödenmesiyle nakit karşılığı kredi kullanılmış sayılacağından bu kredilerin yasak kapsamından çıkarılabileceği düşünülmektedir⁴³⁸. Ancak üçlü ilişkilerde kredinin iade edilmesinin krediyi kullananın elinde olmadığı hallerde müşteriye böyle bir sorumluluk yüklenemeyeceği de ileri sürülmektedir⁴³⁹.

D. AYKIRILIK HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Bankanın faaliyetleri BDDK'nın gözetim ve denetimi altındadır (Bank K m. 65, f. 1). BDDK yalnızca bankayı değil bankanın ilişkili bulunduğu kişi ve ortaklıkları da bir bütün halinde konsolide denetime tabi tutmaktadır (Bank K m. 66). Konsolide olan ya da olmayan ölçekte yapılan denetimler sonucunda; pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına kullandırılan kredilere ilişkin, Kanuna aykırı işlemler yapıldığının, gerekli risk denetiminin yapılmaması sonucu riskin etkin ve yeterli derecede kontrol edilmediğinin, yönetimin basiretsizliği nedeniyle riskin önemli ölçüde arttığının tespiti halinde, BDDK Kanunun verdiği yetkileri kullanarak gerekli gördüğü tedbirleri almaya yetkilidir (Bank K m. 67, f. 1, e-g).

1. Kredilere İlişkin Yaptırımlar

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun (BDDK), Kanuna aykırı olarak kullandırıldığı tespit edilen kredilerin, ilgili bankanın öz kaynak hesabında indirim kalemi olarak dikkate alınmasına karar vermeye veya bu krediler tutarında ilave öz kaynak temin edilmesini zorunlu tutmaya yetkisi bulunmaktadır (Bank K m. 51, f. 4).

⁴³⁷ Özdamar/Doğan, s. 15.

⁴³⁸ Özdamar/Doğan, s. 16.

⁴³⁹ Reisoğlu, s. 663; Üçüncü kişinin durumdan haberdar olduğu hileli işlemlerde ise üçüncü kişinin iade yükümlülüğü olacağı yönünde bkz. Yaşar Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul: Beta, 2007, s. 544.

Sonradan, kullandırılan kredilerin kanuna aykırı hale gelmesi halinde ise kararlaştırılan ödeme süresi ne olursa olsun en geç 6 ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur (Bank K m. 50, f. 7). Ayrıca kredi yasaklarına uyulmaksızın kredi kullandırılması halinde Kurul, bankanın beşbin TL⁴⁴⁰’den az olmamak üzere verilen kredinin yüzde beşi tutarına kadar idari para cezası ödenmesine karar verir (Bank K m. 146, f. 1, g). Yasağa aykırı şekilde kullandırılan kredilerin sonradan tasfiye edilmiş olması aykırılığı ortadan kaldırmayacağından bu krediler için de idari para cezasına hükmedilecektir. Nitekim aksi halde aykırılık anlaşıncaya kadar yasaya aykırı hareket edilebileceği sonucu çıkarılır ki bu sonuç bankacılık alanında önemli zararlara sebebiyet verebilecek niteliktedir⁴⁴¹. Kullandırıldığı anda yasak kapsamında olmamakla birlikte sonradan yasak kapsamına giren krediler için ise altı aylık süre içerisinde tasfiye edilebilmesi için icrai yollara başvurmuş ancak sonuç alamamış banka hakkında, yüklenecek bir kusur bulunmadığı göz önüne alınarak idari para cezasına hükmedilmemesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz⁴⁴².

Kurul, idari para cezası vereceği banka hakkında tedbir niteliğinde yaptırımlar uygulaması halinde, cezanın yüzde ellisine; faaliyet izni durdurulan ve Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu Kuruluna (TMSF) devredilen bankalar hakkında ise yüzde yüzüne kadar cezada indirimle gitmeye yetkilidir (Bank K m. 146, f. 2). Görüldüğü üzere TTK m. 395 hükmünde düzenlenen borçlanma yasağına aykırılık halinde şirkete borçlananlar hakkında cezai müeyyideler düzenlenmişken, banka hukukunda ise krediyi veren banka sorumlu olmaktadır.

⁴⁴⁰ Kanunda 5.000 TL olarak belirlenen parasal tutar, 31.05.2005 tarihli ve 25772 Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kabahatler Kanunu m. 17/7 uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılmakta olup, 2013 yılı için geçerli olan tutar 9.296 TL’dir. Bkz. Özdamar/Doğan, s. 16, dn. 71.

⁴⁴¹ Özdamar/Doğan, s. 16.

⁴⁴² Aynı görüşte Özdamar/Doğan, s. 16.

2. Tedbir Niteliğindeki Önlemler ve Uyulmaması Halinde Yaptırım

a. Tedbir Niteliğindeki Önlem Çeşitleri

(1) Düzeltici Önlemler

Bankanın mali durumunu tehlikeye düşürecek ölçüde kredi verilerek risk denetiminde etkin ve yeterli dikkatin gösterilmemesi ya da kanuna aykırı şekilde işlemler yapılması halinde, BDDK'nın, bankanın öz kaynaklarının artırılmasına, kar dağıtımının bir süreliğine engellenmesine, hissedarlara kredi verilmesinin durdurulmasına, kredi politikalarının yeniden gözden geçirilmesiyle riskli işlemlerin durdurulmasına ve bu gibi tedbirlerin bir ya da birkaçının birlikte uygulanmasına karar vermeye yetkisi bulunmaktadır (Bank K m. 68).

(2) İyileştirici Önlemler

Düzeltici tedbirlerin alınmaması, alınmasına rağmen sorunun çözülmemesi ve ya alınması halinde dahi işe yaramayacağının belirlenmesi halinde, BDDK, bankanın duran malvarlığının elden çıkarılmasına, işletme ve yönetim giderlerinde kısıntıya gidilmesine, belirli kişi veya risk gruplarına kredi verilmesinin sınırlandırılmasına ya da tamamen yasaklanmasına karar verebilir. Yönetim kurulunun sorumluluğu bulunan hallerde ayrıca, genel kurulun olağanüstü toplanmasını sağlayarak, yönetim kurulu üyelerinin bir ya da birkaçının değiştirilmesine, sorumluların görevden alınmasına, riskin önlenmesi için yönetim kurulu üyeleri ve nitelikli pay sahiplerinin taahhüt edeceği ve Kurulun da uygun göreceği iyileştirme planının hazırlanmasının sağlanmasına ve belli dönemlerde uygulama sonuçlarının gönderilmesine yönelik olarak, BDDK, banka yönetim kurulundan ivedilikle bu işlemleri yapmasını talep edebilir (Bank K m. 69).

(3) Kısıtlayıcı Önlemler

Düzeltici ve iyileştirici tedbirlerin alınmaması, alındığı halde sorunun çözülmemesi ya da alınması halinde dahi sorunun çözülmeceğinin düşünülmesi halinde, BDDK, bankadan: faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulmasını; kaynakların

toplanması ve kullanılmasına ilişkin olarak faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dâhil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesini; yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınmasını; sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlamasını; zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması, verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılmasını; istekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi; öz kaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunmasını ve doğan zararın öz kaynaktan indirilmesini isteyebilir (Bank K m. 70, f. 1). BDDK tüm bu tedbirlerin biri ya da birkaçının birlikte uygulanmasını ve uygun görülürse bu sayılanlar dışında da tedbirler alınması ve uygulanmasını isteyebilir.

b. Önlemlere Uyulmamasının Yaptırımı

Tedbir niteliğindeki önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılırlar (Bank K m. 152, f. 1). Bu önlemleri almamak, bankanın nitelikli paya sahip ortaklarına veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla yapıldığı takdirde dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmedilir (Bank K m. 152, f. 2). Ceza hakkında soruşturma ve kovuşturmaya başlanabilmesi için BDDK ya da TMSF'nin yazılı olarak Cumhuriyet Başsavcılığına başvurması gerekmektedir ve bu başvuru bir muhakeme şartıdır (Bank K m. 162, f. 1).

3. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması ve Fona Devredilmesi

BDDK'nın tedbir niteliğindeki tüm yaptırımların uygulanması sonucunda durumun düzelmemesi, tedbirlere kısmen ya da tamamen uyulmaması ya da bu tedbirlerin alınması halinde dahi mali durumun güçlendirilemeyeceğinin anlaşılması halinde⁴⁴³, BDDK, kurul üyelerinin en az beşinin olumlu oyuyla alınan bir karar

⁴⁴³ Ayrıca bu yaptırımın uygulanması için Bank K m. 71, f. 1 hükmüne göre şu koşullardan bir ya da birkaçının gerçekleşmesi de yeterlidir: “ (...) b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,

sonucunda, bankanın faaliyet iznini kaldırmaya yetkilidir. Ayrıca kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla TMSF'ye devretmeye de yetkilidir (Bank K m. 71, f. 1). Böyle bir karar alınması halinde Kurul kararı Resmî Gazete'de yayımlanır ve yayım tarihi ilgililer bakımından tebliğ tarihi olarak kabul edilir (Bank K m. 71, f. 3). Bu kararın Resmi Gazete'de yayınlanması tarihinden itibaren, banka hakkındaki ihtiyatî tedbir dâhil her türlü icra ve iflas takibatı durur ve yeni icra ve iflas takibi yapılamaz. Banka hakkında TMSF haricinde üçüncü kişiler tarafından açılmış tüm dava, icra ve iflas takipleri mahkeme, icra ve iflas dairesi tarafından derhal TMSF'ye bildirilir (Bank K m. 106, f. 2).

TMSF, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki sigortalı mevduatı ve sigortalı katılım fonunu doğrudan veya ilân edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat ve katılım fonu sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını istemeye yetkilidir. Bu görev ve yetki münhasıran TMSF'ye aittir. Bu şekilde yapılacak iflas isteminde 2004 sayılı İİK m. 178, f. 2 ve m. 179'un iflasın ertelenmesine ilişkin hükümleri de uygulanmayacaktır (Bank K m. 106, f. 3).

Bankanın iflasına karar verilmeyen hallerde, TMSF, bankanın iradi tasfiyesine karar vermeye yetkilidir ve bu hallerde TTK'nın anonim şirketlerin infisahı ve tasfiyesine ilişkin hükümlere de gidilmeksizin ve banka genel kurul kararına ihtiyaç olmaksızın TMSF tarafından atanan tasfiye memurlarınca tasfiye gerçekleştirilir (Bank K m. 106, f. 7).

c)Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi, d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması, e) Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanli olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanli olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması, (...)”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

LİMİTED ŞİRKETLERDE BORÇLANMA YASAĞI

Limited şirket, sermaye ve şahıs şirketi özelliklerini içinde barındıran karma bir şirket türü olarak karşımıza çıksa da kanunen bir sermaye şirkettir (TTK m. 124, f. 2)⁴⁴⁴. Büyük sermayelerin toplanması açısından anonim şirketler önemini korusa da limited şirketler ülkemizde en yaygın görülen şirket türü olmaya devam etmektedir⁴⁴⁵. 2014 yılı Haziran ayı istatistiklerine göre Türkiye’de 94.828 anonim şirket, 713.861 limited şirket bulunmaktadır⁴⁴⁶. Asgari sermaye oranıyla kurulan anonim şirket sayısının limited şirketlere göre daha çok olduğu göz önüne alındığında⁴⁴⁷, büyük sermayelerin toplanmasında da limited şirketlerin anonim şirketlere yaklaşmaya başladığını düşünmek mümkündür⁴⁴⁸. Ancak bankacılık, sigortacılık, sermaye piyasası vb. piyasalarda ve devletin ekonomik faaliyette bulunduğu alanlarda anonim şirket yapısının zorunlu tutulması anonim şirketin ekonomideki önemini devam ettirmektedir⁴⁴⁹.

TTK’nın yürürlüğe girmesi ile birçok alanda olduğu gibi limited şirketler açısından da kapsamlı değişiklikler söz konusu olmuştur. ETTK’nın aksine, limited şirketler daha sistemli düzenlenmiş ve anonim şirkete yaklaşan bir görüntü

⁴⁴⁴ Murat Yusuf Akın, s. 62; Limited şirketlerin, sınırlı sorumluluk esasından dolayı anonim şirkete benzerken, yönetim ve işleyişi bakımından kolektif şirkete daha yakın olduğu yönünde bkz. Mustafa Çeker, “Limited Şirketlerde Ortak Sayısının Sınırlandırılması (*Begrenzung der Gesellschafterzahl in der GmbH*)”, **TFM (I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu)**. Ankara: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, 27 Kasım 2014.). S. 1, 2015, s. 58; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 395; Karahan/Giray, s. 112; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §18, N. 1; Şener, s. 662.

⁴⁴⁵ Çeker, “Ortak Sayısının Sınırlandırılması”, s. 59; Sevda Bora, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri-Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar-”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 7, 2013, s. 76.

⁴⁴⁶ İstatistiklere ilişkin detaylı bilgi için bkz. T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü. **Şirket İstatistikleri Bülteni**. S.11, 2014, [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), (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).

⁴⁴⁷ Şirket istatistikleri bültenine göre 2014 yılı Ocak-Haziran ayı döneminde kurulan anonim şirketlerin yüzde 69,74’ü sermaye alt sınırı olan 50.000 ile 100.000 TL arasında bir sermayeyle kurulmuştur. 2014 yılı Ocak-Haziran döneminde kurulan limited şirketlerin ise yüzde 26,95’i sermaye alt sınırı olan 10.000 TL sermayeyle kurulmuştur.

⁴⁴⁸ 2015 yılı istatistiklerine göre toplamda 3.370.647.843 TL sermaye ile toplamda 6.601 anonim şirket kurulmuştur. Dikkat çeken önemli nokta ise toplamda 28.483 limited şirketin toplamda 3.304.927.464 TL sermayeyle kurulmuş olmasıdır. Bkz. TOBB, **2015 Haziran Ayına Ait Kurulan ve Kapanan Şirket İstatistikleri Haber Bülteni**. S.6, 2015, s. 2.

⁴⁴⁹ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 103; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §13, N. 1.

çizilmiştir⁴⁵⁰. Borçlanma yasağı da limited şirket pay sahipleri açısından TTK m. 358 hükmüne, limited şirket müdürlerinin yakınlarına ilişkin olarak da TTK m. 395 hükmüne atıf yapılarak anonim şirketlerle benzer şekilde kabul edilmiş ve iki şirket türü arasındaki sermaye şirketi olma özelliği pekiştirilmiştir⁴⁵¹.

I. DÜZENLEME

Limited şirketlerde borçlanma yasağı anonim şirket hükümlerine yollama yapılarak TTK m. 644 hükmünde düzenlenmiştir. Maddenin ilk halinde “(...)şirkete karşı borçlanma yasağına dair 358 inci maddeler.” şeklinde yalnızca pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları yasaklanmış; şirket müdürleri ve yakınları kapsama alınmamıştı. Öğretide TTK m. 395 hükmüne atıf yapılmasının unutulduğu ileri sürülmüştü⁴⁵². Özellikle sistematik olarak değerlendirildiğinde, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına ilişkin düzenlenen borçlanma yasağının limited şirket müdür ve yakınları için öngörülmemesini gerektirecek farklılaştırılmış bir durum yaratılmasına ilişkin bir ihtiyaç bulunmamaktaydı. Ayrıca gerekçede de vurgulandığı gibi pay sahibinin borçlanma yasağı ve yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarının borçlanma yasağı birbirinin tamamlayıcısı olan düzenlemelerdir. Son olarak TTK m. 629, f. 1 hükmünden hareketle limited şirket müdürlerinin temsil yetkisine ilişkin anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanacağı düşünüldüğünde limited şirket müdür ve yakınlarının da şirkete borçlanma yasağına tabi olması gerekmektedir⁴⁵³. TTK m. 644, f. 1, (b) bendi, 6335 sayılı Kanun’un 32. maddesi ile değiştirilmiş olup, buna göre “ (...) şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin 358 inci madde, müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümleri (...)” limited şirketlerde de uygulanır. Ancak bu halde de madde lafzi olarak

⁴⁵⁰ Bora, “Pay Devri”, s. 76; “Asgari Ortak Sayısı”, “Sermayenin Ödenmesi”, “Denetçi”, “Ortakların Sorumluluğu”, “İnternet Sitesi Zorunluluğu”, “Elektronik Ortamda Genel Kurul Toplantısı” ve “Ortakların Borçlanma Yasağı” konuları açısından anonim şirketlerin ve limited şirketlerin aynı hükümlere tabi olması nedeniyle anonim şirketler ile limited şirketlerin yakınsamasının ciddi ölçüde sağlandığı yönünde bkz. Bilge Leyli Elitaş, “Eski ve Yeni Türk Ticaret Kanunlarında Anonim ve Limited Şirketlerin Durumu”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, s. 411; İki şirket türü arasındaki benzerlikler sebebiyle borçlanma yasağının ortak düzenlendiği yönünde bkz. Tamer, s. 98; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 396; Karahan/Giray, s. 112.

⁴⁵¹ Yeni sistemde limited şirketlerin “küçük anonim şirket” niteliğine büründüğü yönünde bkz. Karahan/Çeker, s. 819; Bilgili/Demirkapı, s. 616; Pay devri, çıkma ve çıkarılmaya ilişkin kurumlar ve ortakların kişisel katkılarının önemi karşısında “küçük anonim şirket” ya da “özel anonim şirket” şeklinde tanım yapılamayacağına ilişkin karşı görüş için bkz. Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §18, N. 1.

⁴⁵² Kendigelen, **Yenilikler**, s. 495.

⁴⁵³ Gerekçeler için bkz. Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 644 vd.;

yorumlandığında, müdürlerin değil yalnızca “müdürlerin yakınları” için borçlanma yasağının söz konusu olduğu şeklinde bir sonuca ulaşılmaktadır.

II. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞI

TTK m. 358 hükmünde anonim şirket ortakları için düzenlenen borçlanma yasağı, TTK m. 644, f. 1 b bendindeki yollama sebebiyle limited şirket ortakları için de benimsenmiştir. Buna göre limited şirket ortaklarının şirkete borçlanabilmeleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmeleri ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması halinde mümkündür.

Kanun limited şirketlerde sermaye taahhüdünün yerine getirilmesine ilişkin aynı sermaye hakkında anonim şirkete ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlemiştir (TTK m. 578). Buna göre anonim şirketlerde pay sahibinin borçlanmasına ilişkin olarak aynı sermaye taahhüdünün yerine getirilmesine ilişkin açıklamalarımız limited şirket ortakları için de geçerli olacaktır. Nakdi sermaye taahhüdünün yerine getirilmesine ilişkin Kanunda nakdi sermaye taahhüdünün şirketin kurulmasından önce hemen ve tamamen ödenmesi şartı düzenlemekteydi. Ancak hüküm 6335 sayılı Kanun m. 31 ile değiştirilmiş ve şirketin kuruluşuna ilişkin olarak esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında da anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir (TTK m. 585). Buna göre nakdi sermaye taahhütleri hakkında da yaptığımız anonim şirkete ilişkin açıklamalar limited şirket ortakları için de geçerli kabul edilmelidir.

A. ORTAKLARIN BAĞLILIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE REKABET YASAĞI AÇISINDAN

TTK m. 613, f. 2’ye göre limited şirket ortakları şirket çıkarlarını zedeleyecek şekilde davranamazlar. Bu çıkar zedelenmesi ifadesi geniş anlamıyla kullanılmış ve bu ifadeyle şirkete karşı, onu engelleyecek, kötüleyecek, güç duruma düşürecek, gelişmesini köstekleyecek, yatırımlarına etki yapacak her çeşit davranış

kastedilmektedir⁴⁵⁴. Özellikle ortakların kendilerine özel menfaat sağlayan ve şirket amacına zarar veren işlemlerin yapılması yasaklanmıştır. Kişisel unsurları güçlü ve ortak sayısı az olan limited şirketlerde, bağlılık ve dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü önem kazanmaktadır⁴⁵⁵. Ancak bu bağlılık yükümlülüğünün sınırı rekabet etmektir ve bu sınıra ulaşıldığında ancak şirket sözleşmesine hüküm koyularak ortaklara rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir⁴⁵⁶. Bunun sebebi ise sınırlı bir sermaye oranıyla ortaklıkta bulunan ve sınırlı sorumlu pay sahiplerine rekabet etmeme gibi bir yükümlülüğün kanunla getirilmesinin haksızlık olacağıdır⁴⁵⁷. Denilebilir ki bağlılık yükümlülüğünün kanunen getirilmesi limited şirketin şahıs şirketlerinde olduğu gibi kişi unsurunun ağır basmasından; rekabet yasağının şirket sözleşmesiyle getirilebilmesi ise sermaye şirketi olması gerekçesiyle bu şekilde düzenlenmiştir. Rekabet etmeme yükümlülüğü esas sözleşmeyle öngörülebileceği gibi diğer geri kalan ortakların tümünün yazılı olarak onay vermeleri halinde ortakların, bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı düşen faaliyetlerde bulunmaları mümkündür (TTK m. 613, f. 4). Ortaklar dilerse yazılı onay vermek yerine esas sözleşmede ortaklar genel kurulunun onay kararını da öngörebilirler (TTK m. 613, f. 4). Böylece esas sözleşme ya da ortakların iradeleriyle bağlılık yükümlülüğü ve rekabet etmeme yasağı sertleştirilip yumuşatılabileceği gibi tamamen ortadan da kaldırılabilir. Bağlılık yükümlülüğü ve rekabet yasağı emredici bir hüküm şeklinde düzenlenmediğinden bağlılık yükümlülüğünün bu şekilde kaldırılması mümkündür⁴⁵⁸. Geri kalan ortakların tümü yazılı olarak onay vermediği hallerde ya da esas sözleşmede öngörülmüşse ortaklar genel kurulunun onayı olmaksızın ortaklar bağlılık yükümlülüğü altında olacaktır. TTK’da limited şirket ortaklarına sadakat yükümlülüğü yüklenmiş olmasına rağmen sadakat yükümlülüğünün tanımı yapılmadığı gibi hangi hallerin sadakat yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuracağı da belirtilmemiştir⁴⁵⁹. Borçlanma yasağını ise şirketin yapısına göre bağlılık yükümlülüğünün ortadan kaldırılmadığı hallerde hem

⁴⁵⁴ TTK m. 613, f. 2 gerekçesi.

⁴⁵⁵ Mustafa Erdem Can, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 4, 2011, s. 12; Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 397.

⁴⁵⁶ Yanlı/Akın, s. 102; Rekabet yasağının sadakat borcunun bir tezahürü olduğu yönünde bkz. Murat Yusuf Akın, s. 67.

⁴⁵⁷ TTK m. 613, f. 2 gerekçesi.

⁴⁵⁸ Dadak, s. 57.

⁴⁵⁹ Dadak, s. 58.

TTK m. 358 hem de TTK m. 613, f. 2 hükmünü birlikte ele alarak değerlendirmek gerekebilir. Nitekim ortakların kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemleri bağlılık yükümlülüğüne aykırı kabul edilen işlemlerin başındadır.

B. BORÇLANMANIN ALTERNATİFİ OLARAK KAR PAYI AVANSI

TTK m. 644, f. 1, b bendine 6335 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile yapılan değişiklikle eklenen *“kâr payı avansına ilişkin 509 uncu maddenin üçüncü fıkrası”*’nın da limited şirketlere uygulanacağına ilişkin atıf maddesi şirkete borçlanma yasağını telafi etmek için önemli bir alternatiftir⁴⁶⁰. Bu atıf sayesinde anonim şirketlerde pay sahibinin şirkete borçlanmasına ilişkin değindiğimiz kar payı avansının dağıtılmasına ilişkin prosedür limited şirketler için de geçerlidir. Kar payı avansının dağıtılmasına yönelik genel kurul toplantısında temsil edilen oyların salt çoğunluğunun kâr payı avansı dağıtılması yönünde olması gereklidir (Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ m. 6, f. 2).

III. MÜDÜRLERİN YAKINLARININ BORÇLANMA YASAĞI

Limited şirket müdürlerinin yakınlarının borçlanma yasağı yukarıda da belirtildiği gibi TTK m. 644, f. 1, b bendine 6335 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile yapılan değişiklikle eklenmiş ve *“(...) müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümleri (...)”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu haliyle ise yalnızca “müdürlerin yakınları” için borçlanma yasağının düzenlendiği; müdürler için borçlanma yasağının söz konusu olmadığı izlenimi yaratılmıştır. Müdürlerin yakınları ifadesinin de TTK m. 393’te sayılan alt ve üst soyu, eşi veya üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarını şeklinde anlamak gerekmektedir⁴⁶¹. Madde lafzi olarak değerlendirildiğinde müdürlerden pay sahibi olanlar TTK m. 358 hükmünde düzenlenen şartlara uygun şekilde şirkete borçlanabilecekken pay sahibi olmayan müdürlerin şirkete

⁴⁶⁰ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 56.

⁴⁶¹ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 55.

borçlanmasına ilişkin kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁶². Ancak yasağın müdürleri de kapsadığı şeklinde maddeyi yorumlamak gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶³.

TTK m. 626'ya göre müdürler ve yönetimle görevli kişiler dürüstlük kuralının da bir gereği olarak görevlerini gerekli olan tüm özeni göstererek ve şirket menfaatlerini de gözeterek yerine getirmelidir. Ortakların rekabet etmeme yükümlülüğü sözleşmeyle getirilebildiği halde müdürler için rekabet etmeme yasağı kanunen getirilmiştir ve ancak şirket sözleşmesi ya da ortakların tümünün yazılı izniyle bu yasak kaldırılabilir (TTK m. 626, f. 2). Şirket sözleşmesiyle izin verilmediği veya ortakların yazılı olarak onay vermediği veya bir genel kurul kararıyla kaldırılmadığı takdirde müdürler şirketle rekabet etmeme borcu altındadır⁴⁶⁴. Bağlılık borcu ise ortakların bağlılık yükümlülüğüyle aynıdır (TTK m. 616, f. 3). Bu açıdan yaklaşıldığında müdürler için borçlanma yasağı düzenlenmemiş olsa bile müdür ve hatta ticari vekil ve temsilcilerin şirkete borçlanması TTK m. 626'da düzenlenen yükümlülüklerin ihlali anlamına gelecektir. Yöneticilerin özen ve bağlılık yükümü ile diğer kanunlardan ve şirket sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmesi veya şirketin iyi yönetimi için gerekli yeteneği kaybetmesi ise yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılmasında haklı sebep olarak düzenlenmiştir (TTK m. 630, f. 3)⁴⁶⁵. Bu halde her ortak yöneticilerin yönetim hakkının ve temsil yetkilerinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilecektir (TTK m. 630, f. 2).

IV. MÜEYYİDESİ

Limited şirket ortaklarının ve müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmaları yönünden anonim şirkete ilişkin TTK m. 358 ve 395'e atıf yapılmış ancak bu hükümlere aykırılık halinde müeyyidesinin düzenlendiği TTK m. 562'ye, limited şirketlere de uygulanacak anonim şirket hükümleri arasında yer verilmemiştir⁴⁶⁶. Bu halde limited şirketlerde pay sahibinin ve müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanma

⁴⁶² Özkorkut, "Borçlanma Yasağı I", s. 55; Müdürlerin yasağın kapsamı dışında tutulduğuna ilişkin görüş için bkz. Mustafa Yavuz, "Son Değişiklikler", s. 158; Hızır, "Değerlendirmeler I", s. 21.

⁴⁶³ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 428; Kendigelen, **Yenilikler**, s. 559; Bilgili/Demirkapı, s. 695.

⁴⁶⁴ Yanlı/Akın, s.94.

⁴⁶⁵ Haklı sebeplerin sınırlayıcı şekilde düzenlenmediği yönünde bkz Yanlı/Akın, s. 95.

⁴⁶⁶ Ceza düzenlemesine atıf yapılmasının ihmal edildiği yönünde bkz. Özkorkut, "Borçlanma Yasağı II".

yasağına tabi olduklarını ancak bununla birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği yorum yahut kıyas yoluyla cezai bir hükmün uygulanma imkânı olmayacağından bu yasağın ihlali halinde TTK m. 562 kapsamında bir yaptırımının söz konusu olamayacağını söylemek mümkündür⁴⁶⁷. Kanun koyucunun iradesi ise kanaatimizce yasağın müeyyidesinin de limited şirketlerde uygulanmasıydı ancak uygulanacak hükümlerin düzenlendiği TTK m. 644'te sehven bu maddeye atıf yapılmamıştır. Nitekim 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un yürürlükten kaldırılan 24. maddesinde, kanun yürürlüğe girdiğinde daha önceden şirkete borçlanan anonim ve limited şirket pay sahipleri ve ortakların borçlarını ödemeleri için üç yıllık bir süre öngörmüş ve bu süre içinde borcun ödenmemesi halinde hem limited hem anonim şirketleri kapsayacak şekilde TTK m. 562, f. 5 hükmünün uygulanacağı belirtilmişti. Ancak madde yürürlükten kaldırılmış olmasaydı bile, bu hükümle ancak TTK yürürlüğe girmeden önceki borçlanmalar hakkında TTK m. 562, f. 5 uygulanabilecek; daha sonraki borçlanmalar ise yine müeyyidesiz bırakılacaktı. Bu ise hukuk güvenliğini zedeleyici bir sonuç doğuracaktı. TTK m. 358 ve 395 hükmüne aykırı şekilde şirkete borçlanması halinde cezai müeyyideler atıf yapılmaması karşısında her ne kadar TTK anlamında cezai müeyyideler uygulanamasa da şartların sağlanması halinde güveni kötüye kullanma ya da hileli iflas suçu gündeme gelebilecektir⁴⁶⁸. Ayrıca şirket yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler de uygulama alanı bulabilecektir⁴⁶⁹. Yasağın ihlali halinde yine de TTK m. 562, f. 5, b bendinin uygulanacağı da ileri sürülmektedir⁴⁷⁰.

V. ŞİRKETE BORÇ VERİLMESİ

TTK m. 615 hükmünde “*öz kaynakların yerini tutan ödünçler*” başlığı altında ortaklar ve yakınlarının şirkete borç vermesi durumuna ilişkin bir düzenleme öngörmekteydi. Alman Limited Şirketler Kanunu örnek alınarak düzenlenen bu hükmün

⁴⁶⁷ “... Bununla beraber, borçlanma yasağı konusunda anonim şirkete yapılan atıf, söz konusu yasağa aykırı davranışı cezalandıran hükümleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla, borca aykırı davranışın herhangi bir cezai müeyyidesi ortaklara borç verenler açısından bulunmamaktadır.”, Ernst&Young, 100 Soruda Limited Şirketler, s. 19, <http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2012/12/100-Soruda-Limited-Sirketler.pdf> (20.02.2014 tarihinde erişildi.). ; Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 55.

⁴⁶⁸ Özkorkut, “Borçlanma Yasağı I”, s. 53 ve 56.

⁴⁶⁹ Hızır, “Yaptırımlar”, s. 20.

⁴⁷⁰ Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 454; Bilgili/Demirkapı, s. 695 ve 735.

amacı şirketin sermaye tabanını güçlendirmekti⁴⁷¹. Ancak 6335 sayılı Kanun m. 43 ile TTK m. 615 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan TTK m. 615, f. 1 hükmü şu şekildeydi: “ *Ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen ve özkaynakların yerini tutan nitelikteki ödünçler, bir sözleşme veya beyan dolayısıyla sırada en sonda yer alanlar da dâhil olmak üzere diğer tüm alacaklardan sonra gelir.* ” Ortaklar ve yakınlarının şirkete borç vermesi yasaklanmamış, ancak bu borçlanmanın sermaye yerini tutan ödünç niteliğinde olması halinde alacağı talep sırasında alacaklının en sonda yer alacağı düzenlenmişti⁴⁷². Ortaklara yakın kişiler kapsamına ise ortağın eşi, çocukları, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile ayrıca bunların ortağı olduğu ya da ortağı olmamakla birlikte herhangi bir şekilde kararlarında etkili olduğu şirket, dernek ve vakıf gibi tüzel kişiler de girebilecekti⁴⁷³. Bu düzenleme TTK m. 376, f. 3 hükmünde düzenlenen şirketin borca batık olması halinde iflas kararı verilmeden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklılarının, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmesi yoluyla, şirketin iflasının önüne geçilmesi imkânına benzemektedir⁴⁷⁴. Ancak bu düzenleme gönüllülük esasına tabidir. TTK m. 615 hükmünde ise kanun gereği olarak özkaynak yerini tutan nitelikte ödünçler son sırada yer almaktaydı⁴⁷⁵. Hangi borçlanmaların özkaynakların yerini tutan nitelikte ödünçler olduğu ise TTK m. 615, f. 2 hükmünde iki kategori altında şu şekilde açıklanmıştı: “*a)Esas sermayenin ve kanuni yedek akçelerin, aktifler tarafından artık karşılanamadığı bir anda verilen ödünçler. b) Ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından, şirketin finansal durumu itibarıyla özkaynak koymalarının uygun olduğu bir anda, bunun yerine verilen ödünçler.* ” TTK m. 615 hükmündeki tek yaptırım, sırada sonda kalma düzenlemesi de değildi⁴⁷⁶. Ayrıca şirketin iflasının açılması halinde, önceki bir yıl içinde, özkaynakların yerini tutan ödünç niteliğindeki borçların şirketten tahsil edilmiş olması halinde, bunların iade edilmesi de gerekecekti (TTK m. 615, f. 3). Buna göre sermaye artırımına gidilmesi gereken ve mali durumun bozulduğu bir dönemde bunun yerine şirkete borç verilmesi halinde, bu borç sermaye

⁴⁷¹ Bkz. TTK değişiklik öncesi TTK m. 615 gerekçesi.

⁴⁷² Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 667.

⁴⁷³ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 669.

⁴⁷⁴ Bkz. TTK değişiklik öncesi TTK m. 615 gerekçesi.

⁴⁷⁵ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 670.

⁴⁷⁶ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 667.

artırımı yapılmış gibi bir sonuç doğuracak ve diğer tüm alacaklıların alacağı ödendikten sonra kalan artı bir değer olması halinde ortaklar ve ortakların yakınları alacağını elde edebileceklerdi. İflas öncesi bir yıllık süre içinde bu nitelikte olan ödünçlerin tahsili halinde de iade edilmesi gerekecekti. Başka bir deyişle, şirketin mali durumunu koruması halinde, ortaklar ve yakınları tarafından şirkete verilen borçlar “ödünç” niteliğini koruyacak ve ortak ile yakınlarına ödenmesi gereken borçlar niteliğinde olacaktı⁴⁷⁷. Ancak iadesi halinde sermayenin iadesi niteliğinde olan borçlanmalar ise sermaye artırımı gibi değerlendirilecekti⁴⁷⁸.

Bu kurum İsviçre kanun çalışmalarında da tartışılmış ve zor durumda olan bir şirketin ortaklar ve ortakların yakınlarınca finansal destek almalarını engelleyerek, şirketin tüm mali sorumluluğunu kredi piyasası ve üçüncü kişilere yüklemenin de adil olmayacağı ileri sürülmüş ve bu kurum Tasarıdan çıkarılmıştı⁴⁷⁹. Türk hukukunda ise Kanun kabul edilmiş fakat yürürlüğe girmeden yapılan bir değişiklikle uygulama alanı bulamadan yürürlükten kaldırılmıştır. Hükümün kaldırılmamış olması halinde limited şirketler için öngörülen bu düzenlemenin anonim şirketler için de uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu edilebilirdi. Nitekim aynı tartışmalar Alman Hukukunda yapılmış, doktrin ve yargı kararlarıyla bu hüküm anonim şirketler için de geçerli kabul edilmişti⁴⁸⁰. Ancak mukayeseli hukukta kaldırıldığı gibi Türk hukukunda da uygulama alanı dahi bulamadan düzenleme kaldırılmıştır. Bu sebeple limited şirket ortaklarının şirkete borç vermelerine ilişkin TTK’da sınırlandırıcı ya da yasaklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

⁴⁷⁷ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 668.

⁴⁷⁸ Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §21, N. 98.

⁴⁷⁹ Bkz. TTK değişiklik öncesi m. 615 gerekçesi.

⁴⁸⁰ Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 668 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BORÇLANMA YASAĞI

TTK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerdir. Her şirketin bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olduğu fikri bu düzenlemeler yoluyla ekonomik gerçeklik temelinde gözden geçirilmiş ve şirketler topluluğuna ilişkin iç ve dış ilişkilerde gündeme gelebilecek haksızlıkların giderilmesi açısından çeşitli sorumluluk hükümleri öngörülmüş, topluluğa işlerlik kazandırabilecek imkânlar tanınmıştır. Hâkim şirketin, hâkimiyetini kötüye kullanarak, kendi menfaatine ancak bağlı şirketlerin zararına olarak gerçekleştirdiği işlemler, denkleştirme hükümleriyle telafi edilmeye çalışılmış ve sorumluluk hükümleri getirilerek bağlı şirket hâkim şirkete karşı korunmuştur. Borçlanma yasağının şirketler topluluğu içerisindeki yerinin anlaşılması için öncelikle hâkim şirket ve bağlı şirket kavramlarının incelenmesi ve aralarındaki işlemlere ilişkin hâkimiyetin kötüye kullanılması hallerinde TTK'nın telafi edici nitelikteki düzenlemelerini incelemek gerekmektedir.

I. GENEL OLARAK

A. ŞİRKETLER TOPLULUĞU

Şirketler hukukuna egemen olan temel ilkeler sınırlı sorumluluk ve ortaklığın bağımsız bir tüzel kişiliği olduğu ilkeleridir⁴⁸¹. Temel düşünce, şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliği olduğundan ve bağımsız bir yapı oluşturduğundan beslenmektedir. Ancak bazen ekonomik gerçeklik bu düşüncenin tersi şeklinde bir ortaklık yapısını gündeme getirebilmektedir⁴⁸². Hukuken ayrı tüzel kişiliği ve ayrı karar alma organı olan bir şirket, ekonomik anlamda başka şirketlerle topluluk oluşturarak, pekâlâ başka bir şirketin emir ve talimatları altında hareket edebilmektedir. Böyle bir durumda ise şirketler yalnızca kendi menfaatlerini göz önüne alarak karar almayıp topluluk menfaatine göre hareket etmeye başlamakta ve şirketlerin menfaatinin topluluk ya da

⁴⁸¹ Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, s. 9.

⁴⁸² Yanlı/Akın, s. 47; Topluluğu oluşturan şirketlerin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmalarına rağmen topluluğun ekonomik bir bütünlük oluşturduğu yönünde bkz. Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, s. 11; İşletmeler arası yoğunlaşmaların, yani şirketler topluluklarının artması ve böylece işletmenin bağımsız hareket ettiği, hep menfaatine olan kararları alması gerektiği şeklindeki hukuk dogması ile gerçek arasındaki çelişkinin büyümesi, kanun değişikliğinin sebepleri arasında yer almıştır. Bkz. TTK Genel Gerekeçe, N. 2; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §7, N. 1-2.

topluluğu yöneten hâkim şirket lehine göz ardı edilebilme riski doğabilmektedir⁴⁸³. Bir şirket topluluğu içinde olan şirketlerin uğradığı zararlara ilişkin olarak kendi yöneticileri sorumlu olmakta, emir ve talimatlarını yerine getirdikleri şirket kar elde ettiği halde bu şirketle bağı olmayan diğer şirket pay sahipleri ve alacaklıları zarara uğrayabilmekte; asıl sorumluların ise ortaklığın bağımsızlığı düşüncesinden ötürü sorumlu tutulmama ihtimalleri bulunmaktaydı. Sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik olgusunun ekonomik gerçeklikle örtüşmediği durumlarda ortaya çıkan bu haksız durumun giderilmesi amacıyla TTK'da “şirketler topluluğu”⁴⁸⁴na ilişkin düzenlemeler yapılmıştır⁴⁸⁵.

Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerle, topluluğu oluşturan ortaklıklar arasındaki ilişkiler, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve menfaat dengesi temelinde kurallara bağlanmıştır⁴⁸⁶. Düzenlemeler sermaye şirketlerini esas alarak oluşturulmuşsa da şirket

⁴⁸³ Gül Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 13.

⁴⁸⁴ Kavrama ilişkin kanun gerekçesindeki 195 ilâ 209'ncü maddelerle ilgili genel açıklamalar bölümünün ilgili kısmı şu şekildedir: “Tasarı “şirketler topluluğu” terimini tercih etmiş, çeşitli hükümlerinde ise aynı kavramı ifade etmek üzere sadece “topluluk” sözcüğünü de kullanmıştır. Bu kavramı Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre “konzern” diye adlandırmakta; İngiltere, Fransa, İspanya ve İtalya’da “grup/topluluk”; Amerika Birleşik Devletleri ise “bağlı şirketler/bağlı topluluk” sözcüklerini uygun bulmaktadır (affiliated company/affiliated group). FE, “konzern” sözcüğünün, Almanya’nın çok güçlü olan “konzern hukuku” düzenlemesinin hakimiyeti altında bulunduğu gerekçeyle “konzern” sözcüğü yerine “group”u önermiştir. Kanunda “şirketler topluluğu” teriminin kabul görmesinin sebebi, bu terimin hem hukukî olması, hem kavramı tanıtmaya gücünün bulunması, hem de toplumda yaygınlık kazanmış olmasıdır.”

⁴⁸⁵ Düzenlemelerin esin kaynağına ilişkin olarak kanun gerekçesindeki 195 ilâ 209'ncü maddelerle ilgili genel açıklamalar bölümünün ilgili kısmı şu şekildedir: “Tasarı ekonomik hayat gerçeği ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesine ağırlık tanımış ve şirketler topluluğunu bazı temel kurallara bağlamıştır. Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin bazı hükümleri, Alm. POK’un 17-21 inci maddelerinden bazı değişikliklerle alınmıştır. Bir kısım hükümlere de aynı Kanunun bağlı işletmeler hakkındaki hükümleri (291 ilâ 337 nci paragraflar) esin vermiştir. Ancak Tasarının sistemi, özellikle sorumluluğa ilişkin kuralları özgündür. Sistemin oluşturulmasında, Avrupa konzern hukukuna ilişkin Forum Europeum (FE)’ün (ZGR 1988, 672) önerileri de dikkate alınmıştır.” ; Ayrıca bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §23, N. 12 vd. Hakan Çebi, “Yavru Şirketin Borçlarından Dolayı Ana Şirketin Sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 135, 2014, s. 23-36, s. 24.

⁴⁸⁶ Bkz. TTK Genel Gerekçe, N. 115; AB Hukuku çerçevesinde de şirket gruplarına ilişkin çalışmalar sürmekte ve topluluk ortak hukuku oluşturulmaya çalışılmaktadır. Şirketler hukukuna ilişkin 9. Yönerge üzerinde uzlaşma sağlanamaması üzerine çalışmalar daha temkinli ilerlemekte, amacın sınırlandırmaktan ziyade güvenilir bir piyasa oluşturarak hem grup düzeyinde hem grubu oluşturanlar düzeyinde yönetim esnekliğini artırmak olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Pierre-Henri Conac, “Groups of companies and the current European Company Law framework”, **Conference on European Company Law: The way forward**. Brussels, 16-17 May 2011, s. 1-4. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/conac_en.pdf (19.12.2013 tarihinde erişilmiştir.); Ayrıca bkz. Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, s. 94- 100; Ayrıca önceki çalışmalara ilişkin bilgiler için bkz. Gül Okutan Nilsson, “AB’de Şirket Gruplarına İlişkin Düzenleme Önerileri”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 3, 2005, s. 209-213. ;Şirketlerin ekonomik önemi göz önüne alındığında ülkelerden topluluk şirketlerine ilişkin sınırlandırıcı hükümleri koymalarını/artırmalarını

kavramı benimsenerek tüm şirket türleri⁴⁸⁷ kapsama alınmış ve istisnai olarak teşebbüslerin de hâkim şirket gibi değerlendirilebileceği belirtilerek hükümlerin uygulama alanı genişletilmiştir (bkz. TTK m. 195, f. 5)⁴⁸⁸.

B. HÂKİM VE BAĞLI ŞİRKET KAVRAMLARI

TTK'ya göre bir şirket üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olan, şirket sözleşmesine göre yönetim organında karar alma çoğunluğu oluşturacak sayıda üye seçebilme hakkı olan, bir sözleşmeye dayanarak tek başına ya da diğer pay sahipleriyle birlikte oy çoğunluğunu oluşturan ve son olarak da bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla bir şirketi hâkimiyeti altında tutabilen şirket, hâkim şirket ve diğer şirket de bağlı şirkettir (TTK m. 195, f. 1)⁴⁸⁹. Bu sayılan durumların hiçbirine girmemekle birlikte bir şirketin başka bir şirkette pay çoğunluğuna sahip olması ya da şirketi yönetebilecek kararları almaya yetecek miktarda o şirkette payının olması o şirket üzerinde hâkimiyet oluşturduğuna karinedir (TTK m. 195, f. 2). Hâkimiyeti ise bir şirketin faaliyet, finans ve yönetim politikasını belirleme gücü olarak

beklemenin gerçekçi bir yaklaşım olmayacağı ve topluluğa ilişkin kurallarında esnekliği artırmaya yönelik gelişme gösterdiği yönünde bkz. Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, s. 34.

⁴⁸⁷ Şirketler topluluğu hukukundaki gelişmeler sermaye şirketleri alanında yaşandığından hükmün tüm şirket türlerini kapsamasının isabetli olmadığı yönünde bkz. Susuz, s. 278.

⁴⁸⁸ Şirketler topluluğuna ilişkin genel gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir: “Şirketler topluluğu hukukumuzda ilk defa düzenlenirken, işletmelere dayanılamayacağı gibi çok ayrıntılı, yoğun ve girift bir sistem de tercih edilemezdi. Türk sisteminin düşünce temelleri oluşturulur ve teorisi üzerinde çalışılırken, şirketler topluluğunun Ülkemizde en çok rastlanılan aktörlerinin sermaye şirketleri olduğu, kolektif ve komandit şirketlerin toplulukta nadiren yer aldıkları, tek kişi ticarî işletmelerin ise hemen hemen hiç toplulukta bulunmadığı gerçeği de gözönünde tutulmuştur.”

⁴⁸⁹ Bu şartlardan herhangi birinin varlığı, kanunen hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisinin kurulması için yeterlidir (Bkz. TTK m. 195 gerekçesi). Ancak Ticaret Sicil Yönetmeliği (RG, 27 Ocak 2013, 28541) m. 105'e göre: “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 topluluğun hâkimi olur.” Yönetmelik bu haliyle açıkça TTK m. 195 hükmüne aykırıdır ve Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105'in TTK ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Özellikle hâkim şirketin bir teşebbüs de olabilmesi karşısında sadece bir şirket ve bir teşebbüsün de şirketler topluluğunu oluşturma imkânı bulunduğu yönünde bkz. Susuz, s. 278; Aydoğan, s. 215; Ancak Tekinalp TTK m. 195, f. 4'de düzenlenen: “Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.” hükmüne dayanarak topluluğun oluşması için bir hâkim şirket ve hâkim şirkete bağlı en az iki şirket olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, § 23, N. 15; En az iki şirketin olması gerektiği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 67; Giray/Karahan, s. 129; Şener, s. 170; Yönetmelik hükmü esas alınarak bir hâkim şirket ve en az iki bağlı şirketten hareketle topluluğun en az üç şirketten oluşabileceğine ilişkin bkz. İrfan Akın, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2014, s. 31.

tanımlamak mümkündür⁴⁹⁰. İşte hâkim şirket ve bu şekilde doğrudan ya da dolaylı olarak hâkim şirketle bağı olan diğer tüm bağı şirketler, şirketler topluluğunu oluşturur ve hâkim şirket ana şirket, bağı şirketler ise yavru şirketler olarak ifade edilir (TTK m. 195, f. 4). Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için ise bu şirketlerden en az birinin merkezinin Türkiye’de bulunması gereklidir (TTK m. 195, f. 1).

II. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA SORUMLULUK DÜZENLEMELERİ

A. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

1. Bağı Şirketin Kayba Uğraması

Her şirketin ayrı bir tüzel kişiliği, ayrı bir yönetimi ve ayrı bir pay sahibi grubu bulunmakla birlikte bu ayrı yapıda olan şirketlerin bir araya gelerek bir şirketler topluluğu oluşturması halinde şirket ya da şirketler başka bir şirketin hâkimiyeti altına girebilmektedir. Bir şirket, başka bir şirketin hâkimiyeti altında olduğundan, hâkim şirketin talimatları kendi menfaatlerine aykırı olsa ve hatta kendisine kayıp verse bile bu talimatları fiilen yerine getirmek zorunda kalacaktır⁴⁹¹. Bir şirketin bir başka şirket üzerinde hâkimiyet tesis etmesi hukuka aykırı olmadığı gibi hâkimiyetin kullanılması da her durumda hukuka aykırılık oluşturmamaktadır⁴⁹². Kural olarak kanunun yasakladığı, hâkim şirketin, hâkimiyetini bağı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanmasıdır (TTK m. 202, f. 1, a). Kayıp kavramı zararı da kapsayacak şekilde, gerekçede de belirtildiği üzere, bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilmekte ve geniş yorumlanmaktadır⁴⁹³. Özellikle bağı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç

⁴⁹⁰ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 17.

⁴⁹¹ Asli Elif Gürbüz Usluel, “Şirketler Topluluğunda Denkleştirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum)*, C. 18, S. 2, 2013, s. 282.

⁴⁹² Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu Hukuku*, s. 223; Karahan/Giray, s. 143 vd. ; Şener, s. 179.

⁴⁹³ Bkz. TTK m. 202, f. 1 gerekçesi. Ancak sorumluluğa ilişkin hükümlerin etkili şekilde uygulanabilmesi için büyük öneme sahip olan bağılılık raporlarında ise zarar kavramı kullanılmıştır. Bu sebeple raporlarda bağı şirketin kayıplarına değil zararlarına yer verileceğinden bu anlamda raporun işlevi sorumluluk davası açılmasına dayanak oluşturma noktasında önemli derecede azalmaktadır. Maddede zarar kavramı

devri gibi hukuki 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 yöneltmesi yasaklanmıştır.

Şirketle topluluğunda grup içi borçlanmalar hem finansman maliyetlerini düşürmesi hem de finansman kontrolünü sağlaması açısından fayda sağladığından büyük önem arz etmektedir⁴⁹⁴. Özellikle topluluk içindeki bir şirketin elindeki nakit fazlasını düşük bir faiz oranıyla bankada değerlendirirken bir diğer bağlı şirketin ihtiyaç duyduğu krediyi yüksek bir faiz oranıyla bankadan temin etmesi yerine, şirketlerin birbirine kredi vermesi; ya da dışarıdan krediyi daha uygun koşullarla temin edebilecek olan hâkim şirketin kredileri bağlı şirketlere dağıtması, maliyetlerin düşmesini sağlayacaktır⁴⁹⁵. Topluluk şirketleri arasında merkezi nakit yönetimi, merkezi hazine veya nakit havuzu⁴⁹⁶ olarak adlandırılan bir sistem de kullanılmaktadır⁴⁹⁷. Bu sisteme göre topluluğa dâhil tüm şirketler hâkim şirket adına ya da topluluk adına olan bir hesapta nakitlerini biriktirmekte ve ihtiyaç halinde bağlı şirket ya da hâkim şirket bu ortak nakit hesabından borçlanmakta, böylece finansman maliyeti düşürülerek nakit fazlası etkin şekilde değerlendirilmektedir⁴⁹⁸. Alman Hukukunda şirket içi borçlanmaların hukuka uygun olabilmesi için piyasa koşullarına göre uygun bir faiz veya kefalet karşılığında verilmiş olması gerekmektedir⁴⁹⁹. Aksi takdirde sermayenin iadesi yasağına aykırı düşen bu kanuna aykırı edimlerin ortaklarca derhal iade edilmesi gerekir⁵⁰⁰. Ancak şirketler topluluğu yapısının hâkim şirkete denkleştirme yapmak

kullanılmış olmakla birlikte denkleştirmeden söz ettiği için, kastedilenin TTK m. 202 anlamında “kayıp” olduğu yönündeki görüş için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 532.

⁴⁹⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 237

⁴⁹⁵ Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 237, dn. 648-650.

⁴⁹⁶ “Central cash management”, “central treasury”, “cash-pooling” kavramlarıyla ifade edilmektedir. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 237, d. 651.

⁴⁹⁷ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 237.

⁴⁹⁸ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 237-238.

⁴⁹⁹ Mathias Habersack und Jan Schürnbrand, “Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter”, **NZG**. 2004, s. 692, Aktaran: Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 238.

⁵⁰⁰ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 238.

kaydıyla bu tip işlemleri yapabilme imkânı tanıdığı çoğunluk görüşü olarak ileri sürülmektedir⁵⁰¹.

2. Kayba Sebebiyet Veren Davranışın Özen Borcuna Aykırı Olması

Kural olarak kanunun yasakladığı, daha önce de belirttiğimiz gibi hâkim şirketin, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanmasıdır (TTK m. 202, f. 1, a). Ancak şirketlerin bir topluluk içinde olmaları bile yaptıkları veya yapmadıkları işlemler ve eylemler sebebiyle kayba uğrama riskleri daima bulunmaktadır. Bu sebeple kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilmeyecektir (TTK m. 202, f. 1, d)⁵⁰². Sonuç olarak, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket edilerek bağımsız olunması halinde dahi uğranılacak zararlar şirketler topluluğu içinde de sorumluluk doğurmamaktadır (bkz. TTK m. 202, f. 1, d). Hükümün düzenlenme gerekçesi ise “adaletin gereği” olarak, basiretli davranılması halinde dahi meydana gelmesi mümkün olan kayıplar için hâkim şirkete sorumluluk yüklemenin adil olmayacağıdır⁵⁰³. Bu sebeple özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış bulunmadığı takdirde denkleştirmeye tabi bir kayıp da bulunmamaktadır⁵⁰⁴.

3. Hâkim Şirketin Yönlendirmesiyle Meydana Gelmesi

Sorumluluğun doğabilmesi için bağlı şirketin özen yükümlülüğüne aykırı olmayacak şekilde uğradığı kaybın hâkim şirketin yönlendirmesi sonucu gerçekleşmesi gerekmektedir. Nitekim hâkim şirketin hâkimiyetini kullanmaksızın bağlı şirketlerinde

⁵⁰¹ Ancak aksi görüşteki Alman yazarlara göre denkleştirme sisteminin şirketin aciz haline düşmesi durumunda yetersiz kalacağından hareketle, grup içi borçlanmaların da piyasa koşullarına uygun şekilde ve yeterli teminat alınarak yapılması gerekmektedir. Yazarlar için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 238, dn. 658.

⁵⁰² İlgili maddenin Alman Hukukunda karşılığı olan AktG § 317, 2 şu şekildedir: “Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen oder die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte.” Maddeye göre tazminat ödeme yükümlülüğü, bağımsız bir şirketin ihtiyatlı ve vicdani olarak görevi yürüten müdürü tarafından inisiyatifi ele aldığında da yapılabilecek ya da kaçınılacak işlemler söz konusu ise ortaya çıkmayacaktır. Hükümün gerekçesinde bağlı şirketin her bir zararının bu şekilde hâkim şirkete yüklenmesinin önüne geçilmesi ve topluluk hukukunun gelişimine katkıda bulunulmasının amaçlandığı vurgulanmıştır.

⁵⁰³ Bkz. TTK m. 202, f. 1 gerekçesi.

⁵⁰⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 263.

meydana gelebilecek ticari işletmeler için tabii olan her türlü riski üstlenmesi ve kaybı giderme yükümlülüğü altına sokulması mümkün değildir. Yönlendirmenin yazılı veya sözlü olması ya da bir karara dayanması önem taşımamaktadır⁵⁰⁵. Önemli olan ise sorumluluğun doğması neticesinde bu yönlendirmenin ispat edilebilmesidir. Alman hukukunda hâkimiyetin kullanıldığının ispatına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır⁵⁰⁶. İlk görünüş ispatı görüşüne göre, kayıp neticesinde hâkim şirket veya bağlı şirketlerin menfaat elde etmiş olması karşısında bu kaybın hâkim şirketin yönlendirmesiyle meydana geldiği kabul edilmelidir⁵⁰⁷. Diğer görüşe göre ise kayba sebebiyet veren işlemlerin hâkim şirket yönlendirmesiyle gerçekleştiği karine olarak kabul edilmeli ve aksinin hâkim şirkette ispat edilmesi aranmalıdır⁵⁰⁸. Yönlendirmenin yazılı olması ya da bir karara dayanması gerekmediğinden yönetimin dışında bulunan pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından bu durumun ispat edilmesinin ne kadar zor olacağı ortadadır⁵⁰⁹. Özellikle hem bu yönlendirmenin ispatı hem de sorumluluk mekanizmalarının işletilmesi açısından en önemli dayanak kanaatimizce hâkim şirket ve bağlı şirket raporları olacaktır⁵¹⁰.

4. Denkleştirme Yapılmaması

Hâkimiyetin bağlı şirketleri kayba uğratacak şekilde kullanılması yasaktır. Ancak bu yasağa aykırılık halinde oluşan kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilir veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet

⁵⁰⁵ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 272.

⁵⁰⁶ Görüşler için bkz. İrfan Akın, s. 195 vd., dn. 97 vd. anılan yazarlar; Eroğlu, **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**, s.212 vd.

⁵⁰⁷ Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 275, dn. 770'te anılan yazarlar.

⁵⁰⁸ Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 276, dn. 775'te anılan yazarlar.

⁵⁰⁹ Aynı görüş için bkz. İrfan Akın, s. 194.

⁵¹⁰ Raporların önemini göz önünde bulundurularak TTK m. 562, f. 3 hükmüyle, rapor düzenlemekle yükümlü olanların, TTK m. 199, f 1 ve 4 hükmüne aykırı hareket etmesi yaptırıma bağlamış ve 200 günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacakları öngörülmüştür. Adalet alt komisyonunda kabul edilen metinde ilgili hüküm şu şekilde düzenlenmişti: “*Bu Kanunun 199 uncu maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarına aykırı hareket edenler iki yıla kadar hapis ve adli para cezasıyla cezalandırılırlar.*” Ancak bu hüküm 6335 sayılı Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değiştirilmiştir.; TTK ile ulaşılmak istenen hedeflerin başında Türk işletmelerinin uluslararası alanda rekabet edebilen, etkin ve güvenilir olmalarının sağlanması yer almaktadır ve bu açıdan yaklaşıldığında bağlı ve hâkim şirket raporları bu güvenilirliği sağlamak adına getirilen önemli bir düzenleme olduğu yönünde Bkz. TTK Genel Gerekeçe, N. 5. ; Ünal Tekinalp, “Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı’nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 4, 2005, s.13.; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §23, N. 4; Gürbüz Usluel, s. 301; Bilgili/Demirkapı, s. 128; Çebi, s. 32.

yılı sonuna kadar, bağılı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınırsa sorumluluk doğmayacaktır (TTK m. 202, f. 1, a)⁵¹¹. Söz konusu kayıpların ilgili faaliyet yılının sonuna kadar giderilmesi imkânı, hâkim şirketin kaybı giderebildiği sürece, bağılı şirketlere kayıp verdirebileceği izlenimi yaratmaktadır⁵¹². Ancak denkleştirme kurumunun temel felsefesi topluluğun, hâkim şirketin ve topluluğu oluşturan bağılı şirketlerin, pay sahiplerinin ve bu şirketlerin alacaklılarının çakışan menfaatlerini dengelemektir. Alman hukukunda topluluğun ya da hâkim şirketin çıkarının daha büyük olması sebebiyle, bağılı şirketlerin zararına olacak şekilde daha büyük bir hukuki korumayı hak etmediği sonucuna varılmıştır. Çakışan her menfaat eşit şekilde korunmaya değerdir ve hâkim şirket bağılı şirketin zararlarını telafi etmelidir⁵¹³. Sonuç olarak denkleştirme yolu hâkimiyeti kötüye kullanmak için bir imkân değil tam aksine bir telafi düzenlemesidir⁵¹⁴.

Hâkim şirket, bağılı şirkete yarar ve bir avantaj tanıyarak, verilen garanti veya kefaleti, karşı garanti ve kefalet ya da avalle güvence altına alarak, herhangi bir lisans ve marka kullanma hakkı tanıyarak, herhangi bir ücret talep edilmeden araştırma ve geliştirme hizmeti vererek, know-how vererek, personele staj ve eğitim imkânları sağlayarak, pazarlama açısından yararlandırarak, denk değerde bir taşınmazı devrederek, bağılı şirketin kayba uğramasının karşılığında yararlandırılmış olan diğer bir bağılı şirketin sermaye artırımında rüçhan hakkı tanıyarak, şartlı sermaye artırımında kayba uğrayan şirketi hak sahibi kılarak şirketin kaybını denkleştirebilir⁵¹⁵. Denkleştirmenin ne şekilde yapılacağına karar verme yetkisinin hâkim şirkette olduğu düşünülmektedir⁵¹⁶. Bu halde bağılı şirketten nakdi borçlanan hâkim şirketin bu nakit tutarınca şirkete ayni olarak ödemede bulunması da mümkündür. Nakit borç veren bağılı şirketin kaybının ayni ödemeye denkleştirilmesi durumunda, bu şekilde denkleştirmenin uygun olmadığını düşünen bağılı şirket yönetimi çekincesini rapora

⁵¹¹ Kaybın gerçekleşmesi değil denkleştirilmemesi halinde sorumluluğun doğacağına ilişkin bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 20.

⁵¹² Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 71.

⁵¹³ Bkz. AktG § 311 Gerekçesi için <http://dejure.org/gesetze/AktG/311.html> (18.07.2015 tarihinde erişilmiştir.).

⁵¹⁴ Hükümün telafi niteliğinde olduğu yönünde bkz. İrfan Akın, s. 228; Gürbüz Usluel, s. 283.

⁵¹⁵ Bkz. TTK m. 202, f. 1 gerekçesi.

⁵¹⁶ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 289.

geçirebilecektir⁵¹⁷. Bağlı şirket yönetim kurulunun, bağlılık raporunda, şirketin topluluk tarafından, çeşitli hukuki işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıklaması ya da bağlı şirketin denetimi sonucunda denetçinin, şirketin hâkim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkisi hakkında sınırlı olumlu görüş veya kaçınma yazısı yazması halinde; herhangi bir pay sahibi, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisini incelemek üzere özel denetçi atanmasını talep edebilecektir (TTK m. 207 ve m. 406)⁵¹⁸. Bu talep genel kurulca reddedilemeyecek nitelikte olup bu yönüyle TTK m. 438'deki özel denetim isteminden ayrılır ve etkisi kuvvetlendirilmiş bir pay sahipliği hakkı niteliğindedir⁵¹⁹.

Sonuç olarak, zararın faaliyet yılının sonuna kadar fiilen denkleştirilmemiş olması ya da zararın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilerek en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınmamış olması hâkim şirketin sorumluluğuna yol açacaktır (bkz. TTK m. 202, f. 1, a)⁵²⁰. Görüldüğü üzere hâkim şirket yönlendirilmesiyle bağlı şirketin yaptığı hukuki işlemler, kararlar, önlemler veya alınmasından kaçınılan karar ve önlemler tek başına hâkim şirketin sorumluluğuna yol açmamakta, bu işlem ve eylemler neticesinde kayıp oluşması sorumluluğun ön şartını oluşturmaktadır. Bu kaybın faaliyet yılı içinde denkleştirilmemesi ya da ne şekilde denkleştirileceğine ilişkin bilgi verilmemesi halinde ise hâkim şirketin sorumluluğu doğmaktadır⁵²¹.

⁵¹⁷ Denkleştirmenin ne şekilde olacağını belirleme yetkisi hâkim şirkette olduğundan, bağlı şirketin bunu reddetme hakkı olmadığı ancak uygun görmüyorsa raporlayabileceği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 290.

⁵¹⁸ TTK m. 207 açıkça bağlı şirket pay sahiplerine tanınmış bir hakkı düzenlemekte iken, TTK m. 406 hükmünde bu hak sahipleri, bağlı ve hâkim şirket pay sahipleri olarak ayrılmamıştır. Ancak TTK m. 406, f. 1, a kapsamında özel denetçi talep hakkı yalnızca bağlı şirket pay sahiplerine ait olabilir. Hâkim şirketin denkleştirme talebi söz konusu olmadığından buna ilişkin bilgi de raporda yer alamayacaktır. Bu kapsamda Bahtiyar da özel denetçi atanması talep hakkını, bağlı şirket pay sahiplerinin hakkı olarak incelemiştir. Bkz. Bahtiyar, **Ortaklıklar Hukuku**, s. 74; Tam hâkimiyet halinde özel denetçi talep edilemeyeceği yönünde bkz. Kendigelen, **Yenilikler**, s. 190; Bilgili/Demirkapı, , s. 135 vd.

⁵¹⁹ Bkz. TTK m. 406 gerekçesi.

⁵²⁰ Denkleştirmenin hâkim şirket yerine bir üçüncü kişi ya da başka bir bağlı şirket tarafından da verilebileceği yönünde görüş için bkz. Şener, s. 180.

⁵²¹ Bkz. TTK m. 202 gerekçesi; Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 283.

B. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Hâkim şirketin hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanması ve bu kaybı faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirmemesi halinde her bir pay sahibi hâkim şirketten veya bu zarara sebep olan hâkim şirketin yönetim kurulu üyesinden, bu zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir (TTK m. 202, f. 1, b)⁵²². Bu davada hâkim dilerse zararın tazminine, dilerse davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verme yetkisine sahiptir (TK m. 202, f. 1, b).

Şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk hükümlerinin uygulanması açısından şirketin kayıplarını ve bunların denkleştirilip denkleştirilmediğini gösteren hâkim ve bağlı şirket raporları büyük önem taşımaktadır⁵²³. Düzenlemeye esin kaynağı olan Alman Hukukunda da bu raporlar bağlı şirket pay sahiplerine, hâkim şirketin sebep olduğu zararların giderilip giderilmediği ve şirket menfaatinin gözetilip gözetilmediği noktasında bilgi verdiğinden kilit öneme sahiptir⁵²⁴. Bağlı şirket raporlarının faaliyet

⁵²² Bilinçli olarak dava açma hakkı şirkete değil pay sahipleri ve alacaklılara tanınmış, bağlı şirketi ya da bağlı şirketin yönetim kurulunu hâkim şirket ve hâkim şirket yönetim kuruluyla karşı karşıya getirmenin hem topluluk açısından hem de davanın samimiyetle yürütülmesi açısından sakınca oluşturacağı düşünülmüştür. Bkz. TTK m. 202, f. 1 gerekçesi. ; Bağlı şirketin hükümde davacı olarak belirtilmemiş olmasının dava hakkı olmadığı şeklinde yorumlanması için bir neden olmadığı ve asıl zarar görenin bağlı şirket olması karşısında bağlı şirketin dava açmasının engellenemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 356; Şener, s. 180; Pay sahipleri ve alacaklıların dava açma hakkını engellemek şartıyla bağlı şirketin de dava açabileceği ancak genel hükümlere göre zararının tazminini talep edebileceği yönünde bkz. İrfan Akın, s. 259 vd.

⁵²³ Bkz. TTK m. 199 gerekçesi; Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §7, N. 53; Sorumluluğa ilişkin düzenlemeler iki unsur etrafında şekillenmektedir. Bunlardan ilki *hâkimiyet ve tek elden yönetim* ölçütüdür. Bir şirket diğer şirket(ler)e karşı çeşitli yollarla etki etme gücüne sahipse o şirket üzerinde hâkimiyet kurmuş demektir. En tepeden en alttaki şirketlere yayılabilen bir tek elden yönetim söz konusudur ve bu halde hâkimiyet kurulduğunun tam ispat kurallarıyla ispatı güç olduğundan karinelere dayanılması gereklidir. Hâkimiyet kurulmadığının ispatı ise sorumluluğu da ortadan kaldıracaktır. Diğer unsur ise *kontrol* sistemidir. Bu ölçütte şirketin hâkimiyet kurup kurmadığının ispatı gerekmediği gibi bu hâkimiyetin kullanılıp kullanılmaması da önem taşımaz. Daha somut ölçütlere göre hareket edilir. Bir şirketin diğer şirket(ler) üzerinde kontrolünün olup olmadığı sermayedeki pay oranı, karar almadaki oy oranı, yönetimdeki oranı gibi kontrol araçlarıyla tespit edilebilmektedir. TTK ikinci unsuru benimsemiştir. Şirketler topluluğuna ilişkin genel gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir: “*Tasarı, 195 inci maddenin birinci fıkrasından açıkça anlaşıldığı üzere "kontrol" sistemini temel almış, sadece ikinci fıkrasında bir karine kabul etmiştir. Karineye dayanılması halinde karşı taraf bunun aksini ispat etmek zorundadır.*”; Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevdâ Bora, “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hakim Şirket Raporları”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 9, 2014, s. 93-113.

⁵²⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 56.

yılının ilk üç ayı içerisinde düzenlenmesi gereklidir (TTK m.199, f. 1)⁵²⁵. Bu rapor “bağlılık raporu” olarak adlandırılmaktadır⁵²⁶. Bağlılık raporunun sunulmasına ilişkin kanunda bir hüküm getirilmemiş olması karşısında, raporun sonuç kısmının yıllık faaliyet raporuna eklenmesi hükmü göz önüne alındığında raporun tam halinin genel kurula sunulmayacağı şeklinde yorum yapmak uygun olacaktır⁵²⁷. Nitekim Alman Hukukunda da bağlılık raporu genel kurula sunulmamakta, pay sahipleri raporun kendisini görmeksizin, yıllık rapora geçirilen sonuç kısmıyla bilgilenmektedir⁵²⁸. Ancak her ne kadar şirket sırlarının korunmasından hareketle rapor gizli tutulsa da pay sahiplerinin sahip olduğu dava haklarının kullanımını zorlaştırdığı için hüküm Alman

⁵²⁵ Genel kurulun olağan toplantısının her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılacağı hükmü ile uyum sağlandığı düşünülse de bu toplantının daha erken olması halinde yıllık faaliyet raporu bağlılık raporunun sonuç kısmını içermeyen sunulabilecektir (bkz. TTK m. 409, f. 1). Ancak bağlılık raporu hazırlanıp hazırlanmadığından bağımsız olarak Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmeliğe (RG 28 Ağustos 2012, 28395) göre: Şirketin bağlı şirket olması halinde hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı hukuki işlemler ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemler, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı ve yahut alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hal ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığı ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratarak uğratmadığı, şirket zarara uğramışsa bunun denkleştirilip denkleştirilmediği bilgisinin yer alması zorunludur (Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 11, f. 1, 1 ve i). Ayrıca yıllık faaliyet raporunun ilgili olduğu hesap döneminin bitiminden itibaren iki ay içinde hazırlanması şartı da bağlılık raporunun hazırlanma süresiyle çelişmektedir (Bkz. Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 16).

⁵²⁶ Bkz. TTK m. 199 gerekçesi; Yanlı/Akın, s. 49; Pulaşlı bu raporu “bağımlılık raporu” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §7, N. 51.

⁵²⁷ Adalet alt komisyonunda bağlılık raporunun aleniyeti tartışılmıştır ve varılan sonuç şu şekilde raporda yer almıştır: “...bağlı şirketlerle hakim şirketin “bağlılık” raporlarına ilişkin düzenlemeyi incelerken bu raporların aleniyete kavuşturulup kavuşturulmaması sorunu –bilim komisyonu yanında- bir kere daha ele alıp incelemiştir. Maddenin bir anlamda mehası olan Almanya’da öğretide bazı yazarların, hükmün amacına ulaşabilmesi için bu raporların yayınlanması gerektiğini, aksi halde düzenlemenin hiçbir hizmet görmeyeceğini ileri sürerler. Almanya’da azınlıkta kalan bu görüşün önerisinin ülkemize yararı olmayacağı düşünülmüştür. Çünkü, bağımlılık raporları topluluk içi ilişkiler hakkında hem bağlı hem de hakim şirketin yöneticilerine gerçek resmi gösterip, onları ikaz edip gereğinde önlem almalarını ve maddenin üçüncü fıkrasından da anlaşıldığı gibi pay sahiplerinin de sonuç hakkında bilgi sahibi olmalarını amaçlamaktadır. Sonucun pay sahiplerine açıklanması zaten gizliliği ortadan kaldırmakta, ancak resmin bütünü ile rakip topluluklara gösterilmesinden bir yarar umulmamaktadır. Ayrıca, şirketler topluluğunu ilk defa düzenleyen Türkiye’nin, Almanya’nın 1965’den beri uyguladığı hükümlerin ötesine gitmesi de doğru görülmemiştir. Aşırı bir adımın kontrol edilemeyecek riskleri ortaya çıkarabileceği düşünülmüştür.” Raporun tam metni için bkz. www.bursa-smmmo.org.tr/haber/62/TTKAltKomisyonRaporu.doc (19.12.2013 tarihinde erişilmiştir.) ;Raporun belirli bir kişiye, organa ya da makama yöneltilmesi veya sunulmasının gerekmediği yönünde bkz. Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §23, N. 81; Yalnızca sonuç kısmının pay sahiplerine açıklanacağı yönünde bkz. İrfan Akın, s. 146.

⁵²⁸ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 56 vd.

Hukukunda eleştirilmektedir⁵²⁹. Bağlılık raporları yanında hâkim şirket raporları da, hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerine, pekiştirilmiş bir finansal ve mal varlıksal resim vererek, onlara, denetim ve gözetim yapma, gereğinde önlem alma, fikir edinme olanağı sağlamaktadır⁵³⁰. Rapor bağlı şirketlerin birbirleriyle, pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkilerini de kapsadığından şeffaflığı da sağlamaktadır⁵³¹. Hâkim şirketin yönetim kurulu üyeleri de bağlı şirkete karşı, TTK m. 202 kapsamında sorumlu olabileceğinden; hâkim şirket ve bağlı şirket ilişkisinin ne şekilde ilerlediği konusunda bilgi sahibi olmalarında büyük menfaatleri vardır⁵³². Ancak hâkim şirket raporun sonuç kısmı, bağlılık raporundan farklı olarak, yönetim kurulu üyelerinin talebi halinde yıllık faaliyet raporuna eklenecektir (TTK m. 199, f. 4)⁵³³. Herhangi bir yönetim kurulu üyesinin talep etmesi halinde sonuç kısmı yıllık faaliyet raporuna eklenirse bağlılık raporunun sonuç kısmının yıllık faaliyet raporuna eklenmesiyle benzer işlevlere sahip olacaktır. Burada önemli olan nokta ise hâkim şirketin iki yönlü sorumluluğu olduğu gerçeğidir⁵³⁴. Hâkim şirket hem kendi bünyesinde yıllık faaliyet raporu hazırlar, hem de topluluk yıllık faaliyet raporunu hazırlama görevi de hâkim şirket yönetim kuruluna verilmiştir (TTK m. 518)⁵³⁵.

⁵²⁹ Ulrich Wackerbarth, “Die Abschaffung des Konzernrechts”, **Der Konzern**, 2005, s. 564, Aktaran: Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 57.

⁵³⁰ Bu sebeple bu rapora “topluluk raporu” da denebileceği yönünde görüş için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 534. ; Ancak yıllık faaliyet raporunun topluluk adına hâkim şirket tarafından hazırlanması ve bu raporun mevzuat genelinde topluluk raporu olarak adlandırılmasından ötürü, karışıklığa yol açmaması açısından bu raporun hâkim şirket raporu olarak adlandırılması kanaatimizce daha uygundur. Nitekim gerekçede bağlı şirket raporları için bağlılık raporu kavramı kullanıldığı halde hâkim şirket raporları için böyle bir kavrama yer verilmemiştir.

⁵³¹ Bkz. TTK m. 199, f. 4 gerekçesi.

⁵³² Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 533 vd.

⁵³³ Yönetim organı üyelerinden birinin talep etmesi halinde, Kanunun 199 uncu maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen raporun sonuç kısmı, hâkim şirketin yıllık faaliyet raporunun zorunlu bir unsuru haline gelecektir (Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 15, f. 1, ç). Bu açıdan yaklaşıldığında, hâkim şirketin denetimi sonucunda bu raporların çelişmesi ve belirsizlik hallerinde denetçinin olumsuz görüş vermesi üzerine TTK m. 406, f. 1, a bendine dayanılarak hâkim şirketin her bir pay sahibinin özel denetçi talep etme hakkı bulunmaktadır.

⁵³⁴ Gerekçede bu iki yönlülük şu şekilde vurgulanmıştır: “*Ana şirketin iki şapkası vardır. Birincisi, bir anonim şirket ile bundan doğan yükümlüdür. Bu şapkası sebebiyle ana şirket finansal tablolar düzenler ve yönetim kurulu yıllık faaliyet raporu hazırlar. İkincisi ise ana şirket şapkasıdır. İkinci şapka ona, topluluk FT'lerini çıkarmak görevini verir.*”, Bkz. TTK m. 300, f. 3 gerekçesi.

⁵³⁵ Topluluk raporunu düzenleme görevinin hâkim şirket yönetim kuruluna verilmesinin sebebi ise TTK m. 518 gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*Topluluk söz konusu olduğu için yükümlülük ana şirkete ve topluluğun en tepesindeki ana şirkete aittir. Bu ana şirket “çatı şirket” diye de adlandırılabilir. Ara şirketlerin böyle genel bir rapor hazırlayabilme olanağı yoktur. Ana şirketin yurt dışında olması bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Tepedeki şirketin bir şirket olmaması da sonucu etkilemez.*”

Şirketin iflası beklenmeden şirket zararının şirkete ödenmesini dava yoluyla talep etme imkânı bağlı şirketin alacaklılarına da verilmiştir (TTK m. 202, f. 1, c)⁵³⁶. Özellikle *tam hâkimiyet*⁵³⁷ halinde hâkim şirketin, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açan nitelikte olmadığı sürece, bağlı şirketin, hâkim şirketin verdiği talimatlara uyma zorunluluğu ve bağlı şirketin zararlarından yönetim kurulunun ve hâkim şirketin sorumlu tutulamayacağı hükmü karşısında, sadece alacaklılara tanınan dava hakkı büyük önem taşımaktadır (bkz. TTK m. 203, 204 ve 206). Hüküm tam hâkimiyet halinde bağlı şirket pay sahiplerinin değil alacaklıların korunması gerektiğinden hareket etmektedir⁵³⁸. Hâkimiyet ilişkisi, hâkim şirkete, bağlı şirkete talimat verme yetkisi vermediği gibi, bağlı şirketin menfaatlerine aykırı şekilde hareket etmesine zorlama imkânı da sağlamamaktadır. Ancak tam hâkimiyet hâlinde bağlı şirketin doğrudan ya da dolaylı olarak tüm pay sahipleri hâkim şirket olduğundan, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebebiyet verebilecek nitelik taşıyıcılar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir ve bağlı şirket de bu talimatlara uymak zorundadır (TTK m. 203). Bu halde dahi bağlı şirketin ayrı bir tüzel kişiliği olduğu ve alacaklıları olduğu göz önünde bulundurularak, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatlar yasaklanmıştır (TTK m. 204). Tam hâkimiyet halinde yasaklanan talimatlar da dâhil olmak üzere hâkim şirketin talimatlarını yerine getiren bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililerin, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluğu bulunmamaktadır (TTK m. 205). Ancak bağlı şirketin zarara uğrayan alacaklıları, hâkim şirket ve yöneticilerinin bu talimatları dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde, denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabileceklerdir. Davalıların bu halde de TTK m. 202, f. 1, d bendine dayanarak

⁵³⁶ Hükümde açıkça yer almamakla birlikte bağlı şirketin de dava açma hakkı olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §15, N. 71; Şener, s. 179.

⁵³⁷ Tam hâkimiyet bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması halidir (bkz. TTK m. 203). Doğrudan hâkimiyet halinde tek kişi ortaklığın gündeme geleceği yönünde bkz. Aydoğan, s. 214.

⁵³⁸ Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, §7, N. 85; Çebi, 28.

sorumluluktan kurtulma yolu bulunmaktadır (TTK m. 206, f. 1). Ayrıca davalılar, krediden ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda, davacının, denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek söz konusu alacağı doğuran ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bu durumu bilmesi gerektiğini ispatlayarak da sorumluluktan kurtulma imkânına sahiptir (TTK m. 206, f. 2).

Bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi de mümkündür. Şirket topluluğuna ilişkin hükümlerde açıkça yönetim kurulunun sorumluluğuna yer verilmemiş olması bağlı şirketin de başlı başına bir şirket olması halinde kendi iç ilişkisi çerçevesinde yöneticilerin sorumluluğunun devam etmesinden kaynaklanmaktadır. Yönetim kurulu ve üyelerinin kanundan kaynaklanan sorumlulukları devam edeceğinden, kanun koyucu, hâkim şirketin emir ve talimatlarına uymama halinde yöneticilerin işini kaybetme tehdidi altında olabilecekleri gerçeğini göz önüne alarak, bağlı şirket yöneticilerine, hâkim şirket ya da teşebbüsten, TTK m. 202 çerçevesinde doğabilecek tüm hukuki sorumluluğu üstlenmesine yönelik bir sorumluluk sözleşmesi yapmasını talep etme imkânı tanımıştır (TTK m. 202, f. 5)⁵³⁹.

III.ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI AÇISINDAN HÜKÜMLERİN UYGULANABİLİRLİĞİ

A. PAY SAHİBİNİN BORÇLANMA YASAĞININ UYGULANABİLİRLİĞİ

TTK m. 358 hükmü şirkete borçlanma yasağını, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça, pay sahiplerinin, şirkete borçlanamayacakları şeklinde düzenlemiştir. TTK m. 202 hükmü ise, yukarıda da açıklandığı üzere topluluk içi borçlanmalar da dâhil olmak üzere, bağlı şirketin paylarına sahip olan hâkim şirketin bağlı şirket zararına, denkleştirme yoluna gitmek şartıyla, işlem yapılması yönlendirmesinde bulunabilme imkânını düzenlemektedir⁵⁴⁰. İki

⁵³⁹ Böylelikle bağlı şirket yöneticilerine hâkim şirkete rücu imkânı tanındığına yönelik bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 20; Mesleki sorumluluk sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Kösekaya, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2013.

⁵⁴⁰ Habersack/Schümbrand, s. 692 vd., Aktaran: Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 238.; Aksi görüşteki yazarlar için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 238, dn. 658.

maddenin çok yönlü düşünülmesi gerekmektedir. Hâkim şirket sermaye taahhüdünden kaynaklı borcunu ifa etmiş ve bağlı şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde bulundukça borçlanma TTK m. 358 kapsamında serbesttir. O halde TTK m. 358 hükmüne uygun olan bu borçlanma nedeniyle TTK m. 202 hükmüne göre bağlı şirketin kaybı olması halinde denkleştirme yoluna gidilip gidilmeyeceğinin tespiti gerekmektedir. İkinci olarak borçlanma yasağına aykırı şekilde hâkim şirketin sermaye taahhüdünü yerine getirmeden ve/veya bağlı şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmaksızın yapılan ödeme neticesinde denkleştirme yoluna gidilmiş olmasının, TTK m. 358 hükmüne aykırılığın müeyyidesinin uygulanmasını engelleyip engellemeyeceğinin tespiti gerekmektedir.

TTK m. 202'in TTK m. 358 karşısında özel bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir⁵⁴¹. Buna göre TTK m. 358 hükmünün hâkim şirketin bağlı şirkete borçlanması halinde uygulanmaması gerektiği düşünülmektedir⁵⁴². Nitekim şirkete borçlanma yasağının ihlali halinde, borç veren bağlı şirketin cezalandırılması şirketler topluluğunda bağlı şirketin korunması ilkesiyle örtüşmeyecektir⁵⁴³. Aynı yorum yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 395 hükmü için de geçerlidir⁵⁴⁴. Bu fıkreye göre hâkim şirkete denkleştirme yoluyla bağlı şirketin kaybını gidermesi için fırsat tanınmalı ve eğer denkleştirme yapılmazsa hem TTK m. 358 hükmünün yaptırımını hem de TTK m. 202 hükmü uygulanmalıdır⁵⁴⁵. Ancak borçlanma yasağına aykırılık neticesinde bağlı şirketin ödeyeceği adli para cezası da kayıp kapsamında olacağından bu cezanın da denkleştirme kapsamında hâkim şirketten tahsil edilebileceği unutulmamalıdır. Ayrıca denkleştirme kurumu bağlı şirkete hâkimiyeti kötüye kullanma yetkisi vermemekte aksine bu hukuka aykırılığı telafi etme

⁵⁴¹ Aydoğan, s. 201; Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 243; Topluluk hukuku sorumluluk hükümlerinin öncelikli düzenlemeler olduğu yönünde bkz. İrfan Akın, s. 170.

⁵⁴² Gürbüz Usluel, s. 294; Şirkete borçlanma yasağına tabi olmaksızın topluluk içindeki şirketlerin birbirine kefil olabilecekleri ve garanti verebilecekleri yönünde bkz. Karahan/Giray, s. 137 vd.

⁵⁴³ TTK m. 562, f. 5, b bendi gereğince TTK m. 358 hükmüne aykırı hareket edenler 300 günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. ; Gürbüz Usluel, s. 294.

⁵⁴⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 247; Gürbüz Usluel, s. 294-295; TTK m. 358 aksine şirketler topluluğuna ilişkin olarak TTK m. 395, f. 3'te bir düzenleme yapılmıştır ve düzenleme şu şekildedir: "202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler."

⁵⁴⁵ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 243; Sermayeyi koruyucu hükümlerin denkleştirme yapılmaması halinde devreye girmesi gerektiği yönünde bkz. İrfan Akın, s. 173-174.

imkânı tanımaktadır. Denilebilir ki, kanun koyucu zaten bağılı şirketin menfaatlerinin ve dolaylı olarak bağılı şirketin diğer pay sahipleri ve alacaklılarının menfaatlerinin hiçe sayılmasına sıcak bakmamaktadır. Özellikle bağılı şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmaksızın hâkim şirkete borç vermesi sermayenin korunması ilkesine de aykırılık gösterdiğinden iki hükmün bir arada uygulanması kanaatimizce kanun koyucunun iradesine uygundur. Nitekim anonim şirkete ilişkin olarak TTK m. 340 ve limited şirkete ilişkin olarak da TTK m. 579 hükmü, emredici hükümler ilkesini düzenlemiş ve ancak kanunun açıkça cevaz verdiği durumlarda şirket sözleşmesinin kanuni düzenlemelerden sapabileceğini belirtmiştir. Kanunun çeşitli maddelerinde açıkça şirketler topluluğuna ilişkin göndermeler yapıldığı göz önüne alınırsa⁵⁴⁶, pay sahibinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği maddede açıkça şirketler topluluğuna ilişkin istisnai bir düzenleme olması gerekecekti. Nitekim pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yine onların pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin TTK m. 395 hükmünde şirketler topluluğunda yer alan şirketlere ilişkin bir istisna hükmü öngörüldüğü düşünüldüğünde kanun sistematigi de bu görüşümüzü desteklemektedir⁵⁴⁷. Bu sebeple kanunun amacı doğru yorumlanmalı ve hükümlerin birbirinin uygulamasını engelleyici nitelikte mi yoksa birlikte uygulanması gerekebilecek şekilde daha ağır mı yorumlanması gerektiği bu bilgiler ışığında cevaplanmalıdır.

Sonuç olarak şirketler topluluğunda, bağılı şirkette pay sahibi olan hâkim şirket sermaye taahhüdünden kaynaklı borçlarını ifa etmedikçe ve bağılı şirketin serbest yedek

⁵⁴⁶ Örneğin, TTK m. 193, f. 1'e göre birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar ve kurucuların sorumlulukları saklıdır. Ancak bu sorumluluk hükmünün uygulanmasında TTK m. 202 ila 208 hükümleri ile TTK m. 555,557 ve 560 hükümleri saklı tutulmuştur (TTK m. 193, f. 3). TTK m 202, f. 4'e göre de maddede tanınan haklar yanında birleşme, bölünme ve tür değiştirmede, pay sahiplerine ve ortaklara tanınmış bulunan diğer haklar saklı tutulmaktadır. Bağılı şirkete aldırılan birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul değer ihracı gibi önemli kararlarda hâkim şirketin hâkimiyetini kötüye kullanarak bağılı şirketin zararına olacak şekilde bu yapısal değişikliklere gidildiği durumlarda sorumluluk doğmaktadır. Aynı şekilde TTK m. 626, f. 2'de müdür ve yönetimde görev alan kişilerin özen ve bağlılık yükümlülüğü TTK m. 202-205 hükümleri saklı tutularak düzenlenmiştir. Şöyle ki hâkim şirket ya da topluluk içindeki diğer yavru şirketlerin çıkarları gerektiriyorsa kendi şirketlerinin çıkarı gözetilmeksizin ve objektif açıdan gerekli özenin gösterilmediği ancak topluluk yararına işlemleri yapan müdürler özen ve bağlılık yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacaktır. Bu çerçeveden yaklaşıldığında topluluk içindeki bir limited şirketin müdürünün özen ve bağlılık yükümlülüğü, öncelikle topluluğun çıkarlarını ihlal etmeme açısından değerlendirilmektedir.

⁵⁴⁷ Bora, "Şirketler Topluluğunda Bağılı ve Hakim Şirket Raporları", s. 101.

akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça, hâkim şirketin bağlı şirkete borçlanması yasak kapsamındadır⁵⁴⁸. Bu yasağa uyulmaması halinde bağlı şirket adli para cezasının muhatabı olacaktır. Hem bu borçlanma hem de neticesinde ödenmek zorunda kalınan adli para cezası bağlı şirketin denkleştirilmesi gereken zarar kapsamında olacak ve hâkim şirketçe bu zararın faaliyet yılı içinde denkleştirilmemesi ya da ne şekilde denkleştirileceğine ilişkin bilgi verilmemesi halinde hâkim şirketin sorumluluğu doğacaktır. Aynı şekilde TTK m. 358 hükmüne uygun şekilde borçlanması durumunda dahi bağlı şirketin kaybı söz konusu ise yine aynı şekilde denkleştirme kurumuna gidilmesi gerekecektir. Nitekim iki hüküm de her bir şirketin malvarlığının ortaklarca kötüye kullanılmasını ve şirket kaynaklarının diğer pay sahipleri ve alacaklıların zararına olacak şekilde sömürülmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Zaten oldukça sembolik hale getirilen pay sahibin borçlanma yasağına uyulmaması doğrudan sermayenin korunması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Alman hukukunda da topluluk içi borçlanma serbestisinin sınırı olarak şirketin mali durumunu kötüleştirmeme ve şirketi zor duruma düşürmeyecek şekilde ve hatta piyasa koşullarına da uygun şekilde borçlanması ilkesi benimsenmesi gerektiği tartışılmaktadır.

B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ VE YAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Yukarıda ilgili bölümde belirtildiği gibi TTK m. 395 hükmüne göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yine yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları şirkete nakit olarak borçlanamamakta ve bu kişilere şirket kefalet, garanti ve teminat verememekte, sorumluluk yüklenememekte, şirket bu kişilerin borçlarını devralamamaktadır. Aksi halde hem bu işlemler neticesinde şirkete borçlanan kişiler şirket alacaklıları tarafından doğrudan takip edilebilecekleri gibi, bu kişiler adli para cezası da ödemek zorunda kalacaklardır. Hükmün değiştirilmeden önceki halinde borçlanma yasağının kapsamına, pay sahibi olup olmadığına bakılmaksızın tüm yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu üyelerin TTK m. 393'te sayılan alt ve üst soyu, eşi veya üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları; bu kişilerin ortağı olukları şahıs şirketleri ve son olarak da ez az %20 oranında sermayesine katıldıkları sermaye şirketleri girmektedir. Bu sebeple şirketler topluluğunda hükmün

⁵⁴⁸ Aynı görüş için bkz. İrfan Akın, s. 209.

uygulanmasının yaratacağı sorunlar göz önüne alınarak bir istisna hükmü getirilmiş ancak kanun değişikliğiyle yasak kapsamındaki kişiler arasından şirketler çıkartıldığından kanun çalışması sırasındaki beklentileri karşılamaktan uzak kalınmıştır. Ancak pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve bu kişilerin pay sahibi olmayan yakınları açısından borçlanma yasağı düşünüldüğünde de şirketler topluluğunda yasağın etkisi devam etmektedir. Şirketler topluluğu için hâkim ve diğer bağlı şirketler bir diğer bağlı şirketin yönetim kurulu üyesi de olabilecekleri için yasağın kapsamındaki kişiler daraltılmış olsa bile şirketler topluluğu açısından büyük önem taşımaktadır. Nitekim yönetim kurulu üyeleri hem gerçek hem tüzel kişi olabileceğinden hâkim şirketin ve diğer bağlı şirketlerin bir diğer bağlı şirketin yönetim kurulunda yönetim kurulu üyesi olarak bulunması uygulamada karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu durumda bu şirketlerin bağlı şirketten nakit olarak borçlanması ve bu şirketler lehine bağlı şirketin kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi ve borçlarını devralması yasaktır. Ancak şirketler topluluğunda bu uygulamanın grup içi işlemleri sekteye uğratacağı gerekçesiyle bir istisna hükmü öngörülmüş ve şirketler topluluğu içinde yer alan şirketlerin birbirine kefil olabilecekleri ve garanti verebilecekleri bu yasağın istisnası olarak düzenlenmiştir. Sadece grup içi şirketlerin birbirine kefil olması ve garanti vermeleri istisna olarak belirtildiğinden diğer işlemlerin yapılıp yapılamayacağını incelemek gerekmektedir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, bu istisnai işlemlerde bile tam serbestlik söz konusu değildir. Nitekim bu hallerde dahi hâkimiyetin kötüye kullanımı söz konusu ise TTK m. 202 hükmü uygulama alanı bulacaktır (TTK m. 395, f. 3).

Pay sahibinin borçlanma yasağında olduğu gibi bu yasak hükmü için de TTK m. 202 hükmünün özel hüküm niteliğinde olduğu ve TTK m. 395 hükmünün uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴⁹. Ancak kanun açıkça kefil olma ve garanti verme işlemlerini özellikle denkleştirme kurumunu da saklı tutarak serbest bıraktığından, bu görüşü savunmak kanaatimizde mümkün değildir. Ekonomik gerçeklik aksini gerektirse de hukuki durum gayet açıktır. Şirketler topluluğu içindeki grup içi işlemlerde kefalet ve garanti işlemleri dışındaki işlemler için TTK m. 395 hükmü tüm şartları ve müeyyideleriyle birlikte geçerli bir hükümdür. Hem TTK m. 395,

⁵⁴⁹ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu Hukuku**, s. 245 vd.; Gürbüz Usluel, s. 295.

hem de TTK m. 202 hükümleri uygulanacaktır. Özellikle aynı borçlanmaların yasak kapsamında olmadığı ve ayrıca adli para cezasının tüzel kişiler için uygulanamayacağı göz önüne alındığında uygulamada yalnızca gerçek kişiler için hüküm önem taşımaktadır. Bu sebeple şirketler topluluğunda eleştirildiği kadar engelleyici bir etkiye de yol açmayacaktır.

Sonuç olarak şirketlerin, topluluk içinde yer alması yalnızca garanti ve teminat işlemlerinin yapılması imkânını vermekte, ancak bu halde dahi TTK m. 202 hükmüne göre sorumlu tutulabilmeleri söz konusu olabilmektedir⁵⁵⁰. Bu haliyle şirketler topluluğunda şirketlerin birbirine karşı nakit borçlanma ve diğer yasak işlemleri yapabilme ve zarar söz konusu ise bir faaliyet yılı içinde gidererek şirkete karşı borçlanma yasağının öngördüğü sorumluluktan kurtulmaları gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak garanti verme ve kefil olma durumunda sorumlulukları yalnızca TTK m. 202 hükmü çerçevesinde doğacak, TTK m. 395 hükmü çerçevesinde sorumlu tutulmayacaklardır. Aksi halde hem TTK m. 395 kapsamında doğrudan şirket alacaklılarınca takip edilecekler ve adli para cezasına muhatap olacaklar ve de ayrıca tüm bu işlemlerle birlikte bağlı şirketin zararlarını faaliyet yılı bitmeden denkleştirmek ya da nasıl denkleştirileceğine ilişkin bir öneride bulunmak zorunda kalacaklardır.

⁵⁵⁰ Şirketler topluluğuna dâhil şirketlerin birbirine kefil olabilmeleri ve garanti vermeleri “borçlanma yasağı” kapsamında değerlendirilmemekle birlikte TTK m. 202 hükmünün uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. Altaş, “Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi”, s. 239 vd. ; Çeker, “Şirkete Borçlanma Yasağı”, s. 665, dn. 12; Özdamar/Doğan, s. 9; Turgay Özen, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Borçlanma Yasağı”, **Yaklaşım Dergisi**, S. 233, 2012, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/turgay/019/> (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.); Yanlı/Akın, s. 61; Karahan/Giray, s. 143; Tekinalp, **Tek Kişi Ortaklığı**, §12, N. 122; Bilgili/Demirkapı, s. 397; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, §12, N. 122.

SONUÇ

§1. I. Şirkete borçlanma yasağı, şirket malvarlığının şirketin kendi ortakları ve yöneticileri tarafından kötüye kullanımı riski büyük olduğundan, sermaye şirketleri esas alınarak düzenleme alanı bulmuştur. Mukayeseli şirketler hukukunda da düzenlemeler sermaye şirketleri alanında yapılmış ve ülkeler tercihleri doğrultusunda dürüst olmama ihtimali taşıyan işlemlere ilişkin şeffaflığın sağlanması, şartlara bağlanması, sınırlandırılması ya da yasaklanması şeklinde geniş bir düzenleme yelpazesiyle çeşitli hükümler ön görmüştür. Düzenlemelerin halka açık şirketlerde ve yönetim kurulu etrafında yoğunlaştığı dikkat çekmektedir. Pay sahiplerinin anonim olması ve takip edilebilirliğin zayıflığı ve içerden öğrenen ve şirket üzerinde yetkili olan yönetimin şirketi suiistimal etme riskinin daha gerçekçi olduğu düşünüldüğünde bu tercihleri normal karşılamak gerekmektedir.

§1. II. Şirkete borçlanma yasağı şirket sermayesinin korunması, alacaklıların korunması ve kurumsal yönetime ulaşma hedefinin bir sonucu olarak düzenleme alanı bulmuştur. Sermayenin korunmasında asgari sermayenin sembolik kalması, şirket sermayesi ve malvarlığı büyüklüğünün örtüşmediği durumlar açısından borçlanma yasağı, şirket sermayesini ve sınırlı olarak da şirket malvarlığını koruyucu etki sağlayabilmektedir. Şirket alacaklılarının sınırlı sorumluluk ve ayrı tüzel kişilik ilkeleri sebebiyle şirket malvarlığını şahsi malvarlığına aktaran şirket ortak ve yöneticilerine karşı istisnai hukuki çarelere giderek ve sonucu tamamen öngörülemeyen tüzel kişilik perdesinin aralanması sebepli bir dava açmaları yerine doğrudan kanunen korunmaları da büyük önem taşımaktadır. Şirketin malvarlığının şirketi yönetenlerce istismar edilememesi, yönetim kurulu üyeleri ya da sorumlu bulunan diğer kişilere borç ve benzeri menfaatler sağlanmasının yasaklanması; kurumsallaşma, hesap verilebilirlik, şeffaflık ve adillğin sağlanması açısından da önemli bir düzenlemedir.

§1. III. Borçlanma yasağı kanunlaşma çalışmalarında devrim niteliğinde bir gelişme olarak değerlendirilmiş ancak süregelen kötü uygulamanın direnci karşısında yürürlüğe girmeden büyük eleştirilere maruz kalmış ve köklü değişikliklere uğramıştır. Bu süreç sonunda borçlanma yasağı pay sahipleri açısından yasak olmaktan çıkartılarak şarta bağlı hale getirilmiştir. Yönetim açısından ise kapsamı daraltılmış sembolik bir

yasak halini almıştır. Değişiklikler sonucunda TTK şirkete borçlanma yasağını pay sahipliği esasını göz önüne alarak tüm anonim şirket pay sahipleri açısından TTK m. 358 hükmünde, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yine bu kişilerin pay sahibi olmayan yakınları açısından ise TTK m. 395 hükmünde düzenlemiştir. Hükümlere aykırılık halinde cezai müeyyide TTK m. 562, f. 5 hükmünde adli para cezası şeklinde düzenlenmiştir. Limited şirketlere ilişkin olarak TTK m. 644 hükmü anonim şirket hükümlerine atıf yaparak borçlanma yasağını düzenlemiştir ancak TTK m. 562 hükmüne atıf yapılmadığından cezai müeyyide yalnızca anonim şirketler için geçerli olacaktır.

§2. I. Anonim şirketlerde pay sahibinin borçlanma yasağı TTK m. 358 hükmünün ilk halinde istisna içeren bir yasak olarak düzenlenmişken eleştiriler sonucunda borçlanma yasağı kaldırılmış ve borçlanmanın şartlarını düzenleyen bir hüküm halini almıştır. Yasağın muhatabı ise pay sahibidir. Pay sahibinin borçlarının yüklenemeyeceği ve pay üzerinde yalnızca belli bazı hak ve yetkileri elinde bulunduran intifa hakkı sahipleri, intifa senedi sahipleri, pay üzerinde rehin ve hapis hakkı sahipleri ve pay sahibinin vekil, veli ya da vasisi *“pay sahibi sıfatı taşımadığı için”* borçlanma yasağının muhatabı değildir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi; sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmaları ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması halinde yasak kapsamında sayılmamaktadır. Şartlar tüm pay sahiplerini değil yalnızca borçlanma talep eden pay sahibi için ve borçlanma tarihi esas alınarak sağlanmalıdır. Sermayenin korunması ilkesinin gereği olarak iki şartın da bir arada aranması gerekmektedir. Ancak şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıyla kastedilenin netleştirilmesi adına Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğ çıkartılması yerinde olacaktır. Bu iki şart yerine getirildiği sürece borçlanmaya ilişkin Kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamış, gerekçede borçlanmanın acil bir ihtiyaç için, makul bir vade öngörülerek ve şirketi zarara uğratmayacak şekilde olması gerektiğine işaret edilmiştir. Ancak gerekçenin bağlayıcılığı bulunmadığından Kanuna borçlanılan miktarın sermayeye veya özkaynaklara oranı ve borçlanılan miktar ve borçlu kalınan süreler göz önüne alınarak detaylı düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Şartları sağlamayan pay sahibinin

şirkete borçlanması yasaklanmış ve yasağın ihlali halinde borç verenler hakkında adli para cezası düzenlenmiştir. Yasağın ve müeyyidenin muhatabında birlik sağlanması amacıyla TTK m. 358 hükmünün “*Şirket, pay sahipleri sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça, pay sahiplerine borç veremez.*” şeklinde kaleme alınması daha yerinde olabilirdi. Cezanın uygulanması açısından tüzel kişi borç verenlerin durumu uygulamada sorun yaratacaktır. Nitekim tüzel kişiler suç ve cezanın şahsiliği ilkesi gereği adli para cezasının muhatabı olamamaktadır. Borçlanma işlemine ilişkin olarak sermayenin korunması ilkesi ve emredici hükümler ilkesi göz önüne alınarak işlemin geçersiz olduğu ileri sürülebilir. Ayrıca şirketi zarara uğratan işlemler TTK m. 358 hükmüne uygun olmaları halinde dahi şartları varsa güveni kötüye kullanma ve hileli iflas suçlarının oluşmasına da yol açabilmektedir. Son olarak yönetim kurulunun genel sorumluluk hükümlerine de gidilmesi mümkündür. Pay sahibinin şirkete borç vermesine ilişkin olarak TTK’da herhangi bir yasaklayıcı düzenleme bulunmamakla birlikte vergi hukuku alanında çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Son olarak halka açık ortaklıklarda düzenlenen kar payı avansı kurumunun halka kapalı anonim şirketler için de kabul edilmesi borçlanma yasağının ilk düzenleme haliyle uyum içinde olabilirdi ancak değişiklikle oldukça sembolik hale gelen borçlanma yasağı, kar payı avansı uygulamasına gidilmesini kanaatimizce gereksiz bırakmıştır.

§2. II. Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarının şirkete borçlanma yasağı TTK m. 395, f. 2 hükmünde düzenlenmektedir. Hüküm pay sahibinin borçlanma yasağında olduğu gibi büyük eleştirilere maruz kalmış ve çeşitli değişikliklere uğramıştır. Değişiklikler sonucunda yasağın kapsadığı kişiler pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve bu kişilerin pay sahibi olmayan yakınları şeklinde daraltılmış ayrıca işlemler açısından da yalnızca nakdi borçlanmalar yasak kapsamında kabul edilmiştir. Ayrıca şirketin bu kişiler yararına kefalet, garanti, teminat, sorumluluk üstlenme ve borç devralma gibi işlemlerde bulunamayacağı da düzenlenmiştir. Bu işlemlerin yapılması halinde ise hukuki müeyyide olarak şirket alacaklılarının bu kişileri doğrudan takip edebilme imkânları düzenlenmiştir. Ayrıca bu işlemler emredici nitelikteki TTK m. 395 hükmüne aykırı olduğundan ve aynı zamanda sermayenin korunması ilkesine aykırı olduğundan işlemin geçersizliği de gündeme gelebilecektir.

Cezai sorumluluk olarak “ihlal edenler” ibaresi karışıklığa yol açmakla birlikte kanaatimizce nakdi borçlanma halinde borçlananlar, yasak işlemler açısından ise işlemi şirket adına yapanların cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Nitekim TTK m. 395, f. 2 hükmünde ilk cümle yönetim kurulu üyeleri ve yakınlarına, ikinci cümle ise şirkete yükümlülük yüklemektedir.

§2. III Anonim şirketlere ilişkin borçlanma yasağı hükümlerinden TTK m. 395 açısından Bankacılık Kanunu hükümleri saklı tutulduğundan pay sahiplerin borçlanma yasağına ilişkin şartların banka pay sahiplerinin bankaya borçlanmasında da geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Yönetim kurulu ve yakınlarına ilişkin olarak ise bunun sonucunda yalnızca pay sahibi olmayanlar için bankacılık hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kredilendirme ilkeleri incelendiğinde ise kapsamdaki kişilerin risk grubu oluşturularak belirlenmesi ve özellikle kredilendirme yasak, şart ve istisna şeklinde detaylı olarak ve miktar ve süre sınırı kadar pay sahipleri açısından nitelikli pay sahipliği şartını da aramasıyla, bankacılık uygulamasındaki düzenlemeler TTK açısından da örnek alınabilecek köklü bir borçlanma yasağı uygulaması sunmaktadır. Özellikle sonradan kanuna aykırı hale gelen krediler için geçersizlik yerine süreye bağlı tasfiye hükmü TTK açısından da yol göstericidir.

§3. Limited şirketlerde borçlanma yasağı pay sahipleri için TTK m. 358, “müdürlerin yakınları” için ise hükmündeki hukuki sonuçları kapsamaksızın TTK m. 395, f. 2 hükümlerine atıf yapılarak düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m. 562 hükmüne atıf yapılmadığından cezai müeyyide de uygulanmayacaktır. Şirkete borç verilmesine ilişkin olarak ise TTK m. 615 hükmünde düzenlenen sermaye yerini tutan ödünçler düzenlemesi sermayenin korunması ve iade edilmemesini sağlamak adına önemli bir imkân getirmekteydi. Ancak hüküm Alman ve İsviçre uygulamasında da ortaklığın ortaklar tarafından finansmanını engelleyici olduğu gerekçesiyle yürürlüğe girmeden kaldırılmıştır. Kanaatimizce uygulanması halinde şirkete borç vermek yerine sermaye artırımına gidilmesini teşvik edici bir etkiye sahip olabilecekti.

§4. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler TTK’da yenidir ve uygulamanın getirdiği ihtiyaç sebebiyle özellikle sorumluluk çerçevesinde düzenleme alanı bulmuştur. Topluluk hukukuna ilişkin sorumluluk düzenlemelerine ve denkleştirme

kurumuna bakıldığında ise temel amacın denkleştirme imkânıyla hâkimiyeti kötüye kullanma serbestisi sağlamak değil tam aksine hukuka aykırı şekilde kullanılan hâkimiyet sonucu verilen zararın topluluk içinde giderilmesini sağlamak ve zarar gören bağlı şirketleri korumaktır. Borçlanma yasağına ilişkin düzenlemeler de sermayeyi, alacaklıları ve şirketin varlığını korumayı amaçladığından, borçlanma yasağına ve denkleştirmeye ilişkin hükümleri bu çerçevede ele almak gerekmektedir. TTK m. 395 hükmünde açıkça şirketler topluluğundaki şirketlerin birbirine kefil olabileceği ve garanti verebilecekleri, denkleştirme sorumluluğu da devam etmek üzere, kabul edildiğinden bu işlemler dışındaki yasaklar devam edecektir. Pay sahibinin borçlanmasına ilişkin olarak da istisna tanınmadığından pay sahibinin şirkete borçlanmasına ilişkin tüm şartlar grup içi borçlanmalar için de aranmalıdır. Her ne kadar bu yorum şekliyle, borç veren bağlı şirketi cezalandıran hükümler karşısında zayıfı daha da zayıflatacağı iddia edilse de denkleştirme talebi içine borçlanma yasağına aykırı işlem yapılması sebebiyle ödenen cezanın da eklenmesi mümkündür. Böylelikle temelde sermayeyi korumayı hedefleyen borçlanma yasağının en azından sembolik etkilerinin topluluk hukukundaki şirketler üzerinde görülmesi mümkün olabilir ve bir ölçüde hâkim şirketin hukuk içinde davranma yükümlülüğü teşvik edilebilir.

KAYNAKÇA

- Akbulak, Yavuz. “Anonim Şirket Ortaklarına Şirkete Borçlanma Yasağı Konusunda Son Durum”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**. S. 106, 2012.
- Akbulak, Yavuz. “Türk Sermaye Piyasasında Esaslı Bir Devrim: Kurumsal Yönetim İlkeleri”, **Mali Çözüm Dergisi**. S. 108, 2011, s. 111-138 (“Kurumsal Yönetim İlkeleri” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Akın, İrfan. **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**. Ankara: Seçkin, 2014.
- Akın, Murat Yusuf. **Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu**. İstanbul: İMKB Yayınları, 2002.
- Alıcı, Yaşar. **Bankacılık Kanunu Şerhi**. İstanbul: Beta, 2007.
- Altaş, Soner, “Anonim Şirket Piyasahiplerine İlişkin Borçlanma Yasağında Ne Değişti?”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 236, 2012, s. 285-288 (“Borçlanma Yasağı” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Altaş, Soner. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Öngörülen, Şirkete Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 222, 2011, s. 237-241 (“Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Altınel, Seçkin. “Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Şirkete Borçlanma Yasağının Kapsamının ve Uygulamada Yaşanabilecek Sorunların Değerlendirilmesi”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 229, 2012, s. 253-258.
- Antalya, Gökhan. “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 143-152.
- Arsılanlı, Halil ve Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi III, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması**. İstanbul, 1989.
- Ata, Ahmet Yılmaz. “Kurumsal İktisat Çerçevesinde Yolsuzluğun Fırsat ve Motivasyonları: AB Ülkeleri Üzerine Bir İnceleme”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Çukurova Üniversitesi SBE, 2009.
- Atlıhan, Özen. “Türk Ticaret Kanunu’na ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na göre Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma ve Borçlanma Yasağı”, **İstanbul Barosu Dergisi**. S. 4, 2009, s. 1949-1993.
- Aslan, M. Yasin. “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**. C. 68, S. 2, 2010, s. 233-246.
- Aydoğan, Fatih. **Tek Kişi Ortaklığı**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

- Badak, Zehra. “Kurumsal Yönetim İlkeleri Doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu Tasarısı İle Yönetim Kurulları Konusunda Yapılan Değişiklikler”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2010.
- Bahtiyar, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. S. 61, 2005, s. 47-106 (“Değerlendirmeler” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Bahtiyar, Mehmet. **Ortaklıklar Hukuku**. Yeni TTK’ya göre Yazılmış Güncellenmiş 9. Bası, İstanbul: Beta, 2015.
- Bainbridge, Stephen M., “Abolishing Veil Piercing”, 21 July 2000, <http://ssrn.com/abstract=236967> (15.03.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Batı, Bilgen. “Türkiye’de Aile Şirketleri’nde Kurumsal Yönetim ve Uygulamaları”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Hacettepe Üniversitesi SBE, 2010.
- Bengi, Ali. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralı)”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Ankara Üniversitesi SBE, 2009.
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. **Şirketler Hukuku**. 9. Baskı, Bursa: Dora, 2013.
- Bora, Sevda. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketlerde Esas Sermaye Payının Devri-Devrin Sonuçları ve Devre İlişkin Önemli Hususlar-”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. S. 7, 2013, s. 75-93 (“Pay Devri” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Bora, Sevda. “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa”, **Terazi Hukuk Dergisi**. C. 8, S. 80, 2013, s. 60-72.
- Bora, Sevda. “Çek Hesabı Açma ve Ödemeye İlişkin Muhatap Bankanın Yükümlülükleri”, **Banka ve Finans Hukuku Dergisi**. C. 3, S. 11, 2014, s. 53-84.
- Bora, Sevda. “Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yönetim Kurulunun Yetkileri”, **Terazi Hukuk Dergisi**. C. 9, S. 94, 2014, s. 14-24.
- Bora, Sevda. “Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hakim Şirket Raporları”, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. S. 9, 2014, s. 93-113.
- Cahn, Andreas and David C. Donald. **Comparative Company Law**. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Can, Mustafa Erdem. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. 15, S. 4, 2011, s. 1-23.

- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**. C. I, İstanbul: Beta, 2007.
- Cinbaş, Mustafa Eser. “Yeni Türk Ticaret Kanununda Şirkete Borçlanma Yasağı ve Cezai Müeyyidesi”, **Konya Barosu Dergisi**. C. 40, S. 22, 2012, s. 82-83.
- Cheffins, Brian R.. **Corporate Ownership and Control: British Business Transformed**. Oxford and New York: Oxford University Press, 2009.
- Conac, Pierre-Henri. "Groups of companies and the current European Company Law framework", **Conference on European Company Law: The way forward**. Brussels, 16-17 May 2011, s. 1-4. http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/conac_en.pdf (19.12.2013 tarihinde erişilmiştir.)
- Conac, Pierre-Henri, Luca Enriques and Martin Gelter. “Constraining Dominant Shareholders’ Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, **European Company and Financial Law Review**, Vol. 4, No. 4, 2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1532221 (21.03.2016 tarihinde erişilmiştir.).
- Çağlar, Hayrettin. “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borçlanma İlişkisi”, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları Sempozyumu**. İstanbul (Çağlayan) Adliyesi: Alman Türk Hukuk Akademisi. 8 Mayıs 2015.
- Çalal, Salih. “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Borçlanma Yasağına İlişkin Düzenlemeler”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 241, 2013.
- Çamoğlu, Ersin. “Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği”, **Anonim Ortaklıklar Hukuku ile İlgili Sorunlar Paneli (Prof.Dr.Hayri Domanıç Anısına)**. İstanbul: İstanbul Barosu & Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21.03.2014.
- Çebi, Hakan. “Yavru Şirketin Borçlarından Dolayı Ana Şirketin Sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**. C. 12, S. 135, 2014, s. 23-36.
- Çeker, Mustafa. “Limited Şirketlerde Ortak Sayısının Sınırlandırılması (*Begrenzung der Gesellschafterzahl in der GmbH*)”, **TFM (I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu)**. Ankara: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, 27 Kasım 2014.). S. 1, 2015, s. 57-64 (“Ortak Sayısının Sınırlandırılması” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Çeker, Mustafa. “Şirkete Borçlanma Yasağı”, **MÜHFD (6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken) Sempozyum**. C. 18, S. 2, 2013, s. 659-671.
- Dadak, Kemal. “Limited Şirket Ortaklarının Sadakat Yükümlülüğü”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Kırıkkale Üniversitesi SBE, 2010.

- Dedeagaç, Ender ve Oğuzhan Sapan. **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu**. Ankara Barosu. 2013, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf> (22.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Değirmenci, Cenker. “6103 Sayılı TTK’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Madde 24/ (Pay Sahiplerinin ve Limited Şirket Ortaklarının Şirkete Borçlanma Yasağı) Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesine Uygun Mudur?”, **Ersin Çamoğlu’na Armağan**. 2013, s. 655-665.
- Dinç, Serhan. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2009.
- Dumlupınar, Tansu. “Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Korunması ve Yönetim Kurulunun Şirket Esas Sermayesinin Azalmasından Doğan Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2010.
- Elitaş, Bilge Leyli. “Eski ve Yeni Türk Ticaret Kanunlarında Anonim ve Limited Şirketlerin Durumu”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**. C. 17, S. 3, s. 401-413.
- Eminoğlu, Cafer ve Fatma Betül Çakır. “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. 18, S. 3-4, 2014, s. 277-297.
- Erdoğan, Mahmut. “Kurumsal Yönetim ve Şirket Nakit Tutuşuna Etkisi: Bir Dinamik Panel Veri Analizi”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**. Gazi Üniversitesi SBE, 2010.
- Eroğlu, Muzaffer. “Avrupa’da Şirketlerin Sınıraşan Hareketliliği Konusundaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi ve Konunun Türk Hukukundaki Yeri”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1997/1998 - 2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı)**. S. 2, 2008, s. 179-207.
- Eroğlu, Muzaffer. **Multinational Enterprises and Tort Liabilities**. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008.
- Eroğlu, Muzaffer. “Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem”, **Legal Hukuk Dergisi**. S. 136, 2014, s. 29-60 (“Kurumsal Yönetim” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Eroğlu, Muzaffer. “Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirketler "Single-Member Companies In Turkish Law"”, **Legal Hukuk Dergisi**. S. 64, 2008, s. 1253-1268 (“Tek Ortaklı Şirketler” şeklinde kısaltılmıştır.).

- Fortney, Susan Saab. "Professional Responsibility and Liability Issues Related to Limited Liability Law Partnerships", **South Texas Law Review**. Vol. 39, s. 399-444, 1998.
- G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, Eylül 2015, <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-TUR.pdf> (20.03.2016 tarihinde erişilmiştir. "İlkeler" şeklinde kısaltılmıştır.).
- Gorris, Jeffrey M., Lawrence A. Hamermesh and Leo E. Strine, Jr.. "Delaware Corporate Law and The Model Business Corporation Act: A Study in Symbiosis", <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=lcp> (21.03.2016 tarihinde erişilmiştir.).
- Gökmen, Selahattin. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Şirketten Borçlanma Yasağı, Kar Payı Avansı Dağılımı ve Karşılaşılacak Vergisel Sorunlar", **Vergi Sorunları Dergisi**. S. 282, 2012, s. 41-46.
- Gürbüz Usluel, Asli Elif. "Şirketler Topluluğunda Denkleştirme", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum)**, C. 18, S. 2, 2013, s. 281-311.
- Herbst, Jochen. "Management Buy-Out, Cash Pooling, Up-Stream Loans and Guarantees in German Group Companies: Old Concepts – New Developments", **German Law Journal**. V. 5, N. 10, 2004, s. 1217-1232, https://germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No10/PDF_Vol_05_No_10_1217-1232_Private_Herbst.pdf (27.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Hızır, Serdar. "6335 Sayılı Kanun ile Değişik TTK m. 358 Hakkında Bazı Değerlendirmeler", **Yeni Ticaret Kanunu'nda 6335 Sayılı Kanun İle Öngörülen Değişiklikler Paneli**. Atılım Üniversitesi, 8.11.2012, <http://kurumsal.library.atilim.edu.tr/libinstitutional/view/id/1557/Yeni-Ticaret-Kanununda-6335-sayili-Kanun-ile-Ongorulen-Degisiklikler/?lang=tr> ve <http://kurumsal.data.atilim.edu.tr/pdfs/121108h.pdf> (20.08.2015 tarihinde erişilmiştir.) ("Değerlendirmeler I" şeklinde kısaltılmıştır.).
- Hızır, Serdar. "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**. S. 2, 2013, s. 227-289 ("Değerlendirmeler II" şeklinde kısaltılmıştır.).
- Hızır, Serdar. "Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağına İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 358'nci Maddesine Aykırılığın Yaptırımları", **Cumhuriyet Gazetesi**. S. 1370, 2013, s. 20 ("Yaptırımlar" şeklinde kısaltılmıştır.).
- Hızır, Serdar ve Duygu Merki. "Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları", **AÜHFD**. C. 63, S. 4, 2014, s. 779-812.

- Işıka, Sertaç. “Hileli İflas Suçu”, **İÜHFM**. C. LXXI, S. 1, 2013, s. 607-624.
- Kalsın, Sultan Merve. “Aile Şirketlerinde Yönetim Kurullarının Profesyonelleşmesi: Bir İnceleme”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Galatasaray Üniversitesi SBE, 2013.
- Kara, Mustafa Sefa. “TTK’ya Göre Ortaklara Borçlanma Yasağı ve Avans Kâr Payı Dağıtımı”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 269, 2015.
- Karahan, Sami. “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 239, 2012, s. 258-262.
- Karahan, Sami (Ed.). **Şirketler Hukuku**. Güncellenmiş 2. Baskı, Konya: Mimoza Yayıncılık, 2014.
- Karasu, Rauf. **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**. Güncellenmiş 2. Bası, Ankara: Yetkin, 2015.
- Karayalçın, Yaşar. **BİLANÇO HUKUKU (Kavramlar-İlkeler-Başlıca Sorunlar-Yeni Gelişmeler)**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1979.
- Kaya, Arslan. “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)”, **İÜHFM**. C. 71, S. 2, 2013, s. 193-204.
- Kayar, İsmail. “Yeni TTK’ya göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, **MÜHFD (6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken) Sempozyum**. C. 18, S. 2, 2013, s. 643-658.
- Kendigelen, Abuzer. **Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**. İstanbul, 2012 (Yenilikler şeklinde kısaltılmıştır.).
- Kendigelen, Abuzer. “Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklere Toplu Bir Bakış”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**. C. 2, S. 3, s. 3-12 (“Değişiklikler” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Kırca, İsmail. “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, **BATİDER**, C. 28, S. 2, 2012, s. 51-59.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. **Anonim Şirketler Hukuku**. C. I. Ankara, 2013.
- Kırkan, Merve. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Kadir Has Üniversitesi SBE, 2013.
- Kızılbağ, Yaşar. “İş Dünyasının 1535 Maddelik TTK’da 13 Ayrı Çekincesi Var”, **Star Gazetesi**. 28 Ağustos 2012.

- Kızılot, Şükrü. “Çay Ocağı İşletene 7 Milyon Lira Ceza”, **Hürriyet Gazetesi**. 16.01.2012.
- Kızılot, Şükrü. **Türk Vergi hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002,
- Kızılot, Şükrü. “Yeni Türk Ticaret Kanunu 6335 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Ticaret Kanunu’nda 6335 Sayılı Kanun İle Öngörülen Değişiklikler Paneli**. Atılım Üniversitesi, 8.11.2012, <http://kurumsal.library.atilim.edu.tr/libinstitutional/view/id/1557/Yeni-Ticaret-Kanununda-6335-sayili-Kanun-ile-Ongorulen-Degisiklikler/?lang=tr> ve <http://kurumsal.data.atilim.edu.tr/pdfs/121108s.pdf> (20.08.2015 tarihinde erişilmiştir ve “Değişikliklerin Değerlendirilmesi” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Kösekaya, Fatih. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Süleyman Demirel Üniversitesi SBE, 2013.
- Kraakman, Reinier, John Armour, Paul Davies and The Others. **The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach**. 2. Edition, Oxford University Press, 2009.
- Macey, Jonathan R. and Joshua Mitts. “The Three Justifications for Piercing the Corporate Veil”, **Cornell Law Review**. Forthcoming; Yale Law & Economics Research Paper No. 488, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2398033> (15.03.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Maurović, Ljiljana. “Directive 2006/68/EC Amending The Second Company Law Directive EU as Regards The Maintenance of Public Limited Liability Companies’ Capital And The Acquisition of Own Shares”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2237882 (03.03.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Millon, David. “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability”, **Washington & Lee Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Working Paper No. 03-13, September 2003, (This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=451520>)
- Meraklı, Serkan. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1657-1713.
- Mert, Hüseyin, Murat Azaltun ve Hakan Taştan. “Türk Ticaret Kanunu’nun Tartışılan Boyutları Üzerine Bir Araştırma”, **II. Uluslararası Türk Coğrafyası UFRS Sempozyumu**. Trabzon: MUMEYEK Vakfı, 16 Haziran 2012.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. **Kişiler Hukuku**. 9. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.

- Okutan Nilsson, Gül. “AB’de Şirket Gruplarına İlişkin Düzenleme Önerileri”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**. S. 3, 2005, s. 209-213.
- Okutan Nilsson, Gül, “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum)**. C. 18, S. 2, 2013, s. 255-267.
- Okutan Nilsson, Gül. **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009 (Şirketler Topluluğu Hukuku şeklinde kısaltılmıştır.).
- Ozansoy, Ahmet. “TTK’nın Düzeltilmesi Gereken Maddeleri”, **Mali Çözüm Dergisi**. S. 110, 2012, s. 43-53.
- Öğredik, Güray. “Vergi Denetimlerinde Adat Yöntemiyle Faiz Hesaplanması ve Muhasebe Kayıtları”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Mart 2006, <http://www.dengeakademi.com/Files/Article/Guray2006VergiDene.pdf> (26.10.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Özbek, Veli Özer. **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**. C. II, Ankara, 2008.
- Özdamar, Mehmet ve İlker Doğan, “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, **Bankacılar Dergisi**. C. 24, S. 86, 2013, s. 3-26.
- Özen, Turgay. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Borçlanma Yasağı”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 233, 2012, <http://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/turgay/019/> (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Özgenç, İzzet. **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Özkorkut, Korkut. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**”. C.28, S.3, 2012, s.45-71 (“Borçlanma Yasağı I” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Özkorkut, Korkut. “Düzenlenen Şirkete Borçlanma Yasağı Mı Yoksa Yasal Hortumculuk Mu?”, 14 Ekim 2012, <http://www.vergisorumlari.com.tr/yazi.aspx?yazino=36> (22.08.2015 tarihinde erişilmiştir ve “Borçlanma Yasağı II” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Özkurt, Ayşegül. **Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**. On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Öztekin, Selçuk ve Tekin Memiş. “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 195-216.

- Payne, Jennifer. “Legal Capital in the UK Following the Companies Act 2006”, **University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series**. Working Paper No 13/2008, May 2008 (This paper can be downloaded without charge from the Social Science Research Network electronic library at: <http://ssrn.com/abstract=1118367>)
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**. Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Pulaşlı, Hasan. “6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanunda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukuna İlişkin Kısımın Değerlendirilmesi”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**. C. 2, S. 2, s. 9-34 (“Değerlendirmeler” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku Şerhi**. Ankara, 2011.
- Reisoğlu, Seza. **Bankacılık Kanunu Şerhi**. C. I, Ankara, 2007.
- Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1 December 1992, <http://www.yenittk.com/files/downloads/PageFiles/%7B443ff11d-0ada-4c21-825c-169a29e9f2df%7D/Files/Cadbury%20Raporu.pdf> (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Sağlam, İpek. “Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 1995.
- Sağlam, İpek. “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 153-161.
- Sarı, Aslı. “İşletmelerde Kurumsal Yönetim Açısından İç Kontrol ve İç Denetimin Önemi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. İstanbul Ticaret Üniversitesi SBE, 2013.
- Satıcı Toprak, Özdem. “Anonim Şirketlerde Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 253, 2014.
- Schmidt, Karsten. **Gesellschaftsrecht**. 2. Aufl, Köln, 1991.

- Schürnbrand, Jan und Mathias Habersack. “Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter”, **NZG**. 2004, s. 689.
- Servatius, Wolfgang. “5 Jahre Gesetz zur Modernisierung des deutschen GmbH-Rechts – kritische Analyse und Ausblick (*Alman Limited Şirketler Hukukunun Modernizasyonu Hakkında Kanun’un 5. Yılında Eleştirel bir Analizi ve Değerlendirilmesi*)”, **I. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu**. Ankara: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi - Hukuk Fakültesi, 27 Kasım 2014.
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Spiro, Peter S.. “Clarifying the Rules for Piercing of the Corporate Veil”, 4 December 2013, <http://ssrn.com/abstract=2363647> (15.03.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Susuz, Kağan. “Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10 - 11 - 12 Mayıs 2012 - Sempozyum)**. C. 18, S. 2, 2013, s. 269-281.
- Şener, Oruç Hami. **Ortaklıklar Hukuku**. Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü. **140 Soruda Yeni Türk Ticaret Kanunu**. http://www.yenittk.com/files/Attachments/140_soruda_TTK.pdf (06.07.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü. **Şirket İstatistikleri Bülteni**. S.11, 2014, [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), (06.07.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Tamer, Ahmet. “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı” (TTK. M. 358)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. S. 102, 2012, s. 93-115.
- Taşçıoğlu, Abdullah (Hzr.). **Cumhuriyet Dönemi Bankalar Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler**. İstanbul: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1998.
- TBMM. “6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Gerekçesi”, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf> (01.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

- TBMM. “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu(1/324)”, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).
- Tekinalp, Gülören ve Ünal Tekinalp. “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.
- Tekinalp, Ünal. “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**. C. II, İstanbul, 2010, s. 1681-1699.
- Tekinalp, Ünal. **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**. Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Tekinalp, Ünal. **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişilik Ortaklığının Esasları**, İstanbul, 2011 (**Tek Kişi Ortaklığı** şeklinde kısaltılmıştır.).
- Tekinalp, Ünal. “Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı’nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**. S. 4, 2005, s.12-45.
- Tepeli, Hasan. “Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişiklik Sonrasında Ortakların Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 236, 2012, <https://www.xing.com/communities/posts/tuerk-ticaret-kanununda-yapilan-degisiklik-sonrasinda-ortakların-sirkete-borçlanma-yasagi-1001521991> (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**. 6. Bası, Ankara, 2008.
- The Council of The European Communities. “First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968”, http://www.abgm.adalet.gov.tr/turkce_ab_mevzuat/sirket_hukuk_ab_mevzuat.html (23.02.2014 tarihinde erişilmiştir.) (68/151/AET Birinci Konsey Yönergesi şeklinde kısaltılmıştır.).
- The Council of The European Communities. “Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0091:20091022:EN:PDF> (15.08.2015 tarihinde erişilmiştir.) (77/91/AET İkinci Konsey Yönergesi şeklinde kısaltılmıştır.).
- Thompson, Robert B.. “Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, **Cornell Law Review**, N. 76, 1991.
- TOBB. **2015 Haziran Ayına Ait Kurulan ve Kapanan Şirket İstatistikleri Haber Bülteni**. S.6, 2015.

- Tugay, Fahri. “Vergi ve Ticaret Hukuku Açısından Ortakların Şirkete Borçlanması ve Analizi”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Gazi Üniversitesi SBE, 2014.
- Turanlı, Hüsnü. “Yeni TTK ve Ultra Vires İlkesi”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**. C. 2, S. 3, s. 49-74.
- Ulusoy, Erol. “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 351-406 (“Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Ulusoy, Erol. **Anonim Şirketlerde Şirketle İşlem Yapma Yasağı ve Çifte Temsil**. Ankara, 2005, s. 107.
- Wymeersch, Eddy. “Reforming the Second Company Law Directive”, **Financial Law Institute Working Paper Series**. November 2006 (Electronic copy of this paper is available at: <http://ssrn.com/abstract=957981>).
- Yanlı, Veliye. **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması**. İstanbul: Beta, 2000.
- Yanlı, Veliye ve Murat Yusuf Akın. **Yeni Türk Ticaret Kanunu Dünya Değişiyor. Ya Siz?**. İstanbul: KPMG, 2011, <http://www.kpmg.com/tr/tr/issues-and-insights/articlespublications/yttk/yttk-yayinlar/sayfalar/yeni-ttk-d%C3%BCnya-degisiyor-ya-siz.aspx> (22.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Yaralı, Levent. **Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu**. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2010.
- Yaralı, Levent. **Şirketler Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları I**. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2012.
- Yaşar, Süleyman. “TOBB ve TÜSİAD... Hani kayıt dışına karşıydınız?”, **Sabah Gazetesi**. 3 Şubat 2012.
- Yavuz, Mustafa. “Anonim Ortaklıklarda Şirkete Borçlanma Yasağı ve Bu Yasağın Uygulanmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 232, 2012, s.269-275 (“Borçlanma Yasağı” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Yavuz, Mustafa. “Son Değişiklikler Kapsamında Anonim ve Limited Şirketlerde Borçlanma Yasağı”, **Vergi Sorunları Dergisi**. S. 288, 2012, s. 155-159 (“Son Değişiklikler” şeklinde kısaltılmıştır.).
- Yıldırım, Mehmet Kamil. “Maddi Hukuk ve İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 173-194.

- Yılmaz, Doğan. “Yeni TTK’nın Son Durumu ve Temettü Avansı Tebliği Karşısında Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanmaları”, **Yaklaşım Dergisi**. S. 238, 2012, <https://www.xing.com/communities/posts/yeni-ttknin-son-durumu-ve-temettue-avansi-tebliği-karsisinda-pay-sahiplerinin-sirkete-borclanmalari-1001522033> (21.08.2015 tarihinde erişilmiştir.).
- Yılmaz, Lerzan. “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 233-260.
- Yüce, Aydın Alber. “Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı”, **Regesta Ticaret Hukuku Dergisi**. C. 2, s. 2, 2012, s. 61-81.
- Yüksel, Kemalettin. “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Ligting The Corporate Veil”, **Uluslararası Ticaret Sempozyumu: Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**. 2008, s. 261-276.