

Dr. Öğretim Üyesi Munise Seray GÖNCÜ DÖNER

**ANONİM ŞİRKETLERDE SERMAYENİN
İADESİ YASAĞI VE BU BAĞLAMDA
ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI**

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	VII
KISALTMALAR.....	XXV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM SERMAYENİN İADESİ YASAĞI VE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ TEMELİ OLAN ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

1.1. ÖN AÇIKLAMALAR.....	5
1.2. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ.....	7
1.2.1. Malvarlığının Korunması Kavramı	7
1.2.2. Malvarlığının Korunması İlkesinin Kapsamı.....	14
1.2.2.1. İlkenin Korumayı Amaçladığı Taraflar Bakımından Kapsamı	14
1.2.2.2. İlkenin Muhafaza Altına Aldığı Değerler Bakımından Kapsamı ve Terminolojinin Tespiti	21
1.2.2.2.1. Kanun Koyucu Tarafından Benimsenen Terminoloji	22
1.2.2.2.2. Öğretide Yer Alan Görüşler.....	24
1.2.2.2.3. Tespiti Gereken Bazı Kavramlar ve Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	27
1.2.2.2.3.1. Anonim Şirketin Malvarlığı.....	28
1.2.2.2.3.2. Anonim Şirketin Bağlı Malvarlığı.....	30
1.2.2.2.3.2.1. Esas Sermaye	30

1.2.2.2.3.2.1.1. Esas Sermaye Kavramı.....	30
1.2.2.2.3.2.1.2. Esas Sermayenin Özellikleri.....	35
1.2.2.2.3.2.1.2.1. Önceden Belirlenmiş ve Sabit Olması.....	35
1.2.2.2.3.2.1.2.2. Paylara Bölünmüş Olması.....	36
1.2.2.2.3.2.1.2.3. Asgari Miktarının Belirli Olması ...	38
1.2.2.2.3.2.1.2.4. Tamamının Esas Sözleşmede Taahhüt Edilmiş Olması.....	39
1.2.2.2.3.2.1.2.5. Esas Sözleşmede Nakit Olarak Gösterilmesi.....	40
1.2.2.2.3.2.2. Yedek Akçeler.....	40
1.2.2.2.3.2.2.1. Yedek Akçe Kavramı	40
1.2.2.2.3.2.2.2. Yedek Akçe Türleri	43
1.2.2.2.3.2.2.2.1. Ayrılmalarını Öngören veya Karara Bağlayan Kaynak Açısından Yedek Akçeler.....	43
1.2.2.2.3.2.2.2.1.1. Kanuni Yedek Akçeler.....	43
1.2.2.2.3.2.2.2.1.2. Esas Sözleşme Uyarınca Ayrılan (İhtiyari) Yedek Akçeler	48
1.2.2.2.3.2.2.2.1.3. Genel Kurul Kararıyla Ayrılan Yedek Akçeler (Olağanüstü Yedek Akçeler).....	50
1.2.2.2.3.2.2.2.2. Bilançoda Yer Alış Şekillerine Göre Yedek Akçeler.....	52
1.2.2.2.3.2.2.2.2.1. Açık Yedek Akçeler	52
1.2.2.2.3.2.2.2.2.2. Gizli Yedek Akçeler.....	52
1.2.2.2.4. İlkenin Muhafaza Altına Aldığı Değerler Bakımından Kapsamı Hakkında Görüşümüz.....	55
1.2.2.3. İlkenin Zaman Bakımından Kapsamı	59
1.2.3. Malvarlığının Korunması İlkesine Yönelik Görüşler	61
1.2.3.1. Malvarlığının Korunması İlkesine Yönelik Görüşlerin Mukayeseli Hukuk Bakımından İncelenmesi.....	61
1.2.3.1.1. AB Hukukunda	62

1.2.3.1.2. Anglo-Sakson Hukukunda	75
1.2.3.1.2.1. İngiliz Hukukunda	75
1.2.3.1.2.2. ABD Hukukunda.....	77
1.2.3.1.2.2.1. Revised Model Business Corporation Act	78
1.2.3.1.2.2.2. California Corporations Code.....	81
1.2.3.1.2.2.3. Delaware General Corporation Law	83
1.2.3.1.2.2.4. The New York Business Corporation Law	84
1.2.3.1.2.2.5. ABD Hukukundaki Düzenlemelere Genel Bakış	85
1.2.3.2. Malvarlığının Korunması İlkesinin Aleyhine İleri Sürülen Görüşler	88
1.2.3.2.1. Asgari Sermayeye Yönelik Eleştiriler	88
1.2.3.2.2. İlkenin Alacaklıların Korunması Amacına Hizmet Etmediğine Yönelik Eleştiriler	93
1.2.3.2.2.1. Genel Olarak	93
1.2.3.2.2.2. Alacaklıların Bireysel Sözleşmeler ile Korunmasının Benimsenen Amaca Daha Uygun Olduğuna Yönelik Eleştiriler	96
1.2.3.2.3. Esas Sermaye Sisteminin Maliyetli Olması Bakımından Eleştiriler	101
1.2.3.2.4. Dağıtım Kurallarına Yönelik Eleştiriler	106
1.2.3.2.5. IAS/IFRS Kurallarına Yönelik Eleştiriler	111
1.2.3.3. Malvarlığının Korunması İlkesinin Lehine İleri Sürülen Görüşler	116
1.2.3.3.1. Asgari Sermayeye İlişkin Eleştirilere Karşı İleri Sürülen Görüşler.....	116
1.2.3.3.2. Alacaklıların Korunması Amacı Bakımından İleri Sürülen Görüşler.....	118
1.2.3.3.3. Esas Sermaye Sisteminin Maliyetli Olmasına Yönelik Eleştirilere Karşı İleri Sürülen Görüşler	122

1.2.3.3.4. Dağıtım Kurallarına Yönelik Eleştirilere Karşı İleri Sürülen Görüşler.....	123
1.2.3.3.5. IAS/IFRS Kurallarına Yönelik Eleştirilere Karşı İlgili Kurallar Lehine İleri Sürülen Görüşler	126
1.2.3.4. Malvarlığının Korunması İlkesine Yönelik Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	128
1.2.4. Malvarlığının Korunması İlkesinin Somutlaştığı TTK Düzenlemeleri.....	144
1.2.4.1. Şirket Sermayesinin Eksiksiz Bir Şekilde Oluşturulması Amacıyla Koruma Sağlayan Hükümler.....	144
1.2.4.2. Şirket Sermayesinin Ortaklık Sona Erinceye Kadar Muhafazası Amacıyla Koruma Sağlayan Hükümler.....	151
1.2.4.3. Malvarlığını Ortaklık Sona Erinceye Kadar Bağlayarak Koruma Sağlayan Hükümler	158
1.2.5. Malvarlığının Korunması İlkesine Aykırılığın Hukuki Sonuçları	161
1.2.5.1. Sermayenin Eksiksiz Bir Şekilde Oluşturulmasına İlişkin Kurallara Aykırılığın Hukuki Sonuçları	161
1.2.5.2. Malvarlığının Korunması İlkesine Aykırı Yönetim Kurulu ve Genel Kurul Kararlarının Hukuki Sonuçları	171
1.3. EŞİT İŞLEM İLKESİ	173
1.3.1. Genel Olarak	173
1.3.2. Eşit İşlem İlkesinin Sermayenin İadesi Yasağı ile İlişkisi	176
1.3.3. Eşit İşlem İlkesinin Şirkete Borçlanma Yasağı ile İlişkisi	178
1.3.4. Eşit İşlem İlkesine Aykırılığın Hukuki Sonuçları	179
1.4. KAMUYU AYDINLATMA İLKESİ	180
1.5. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI	182

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYENİN İADESİ YASAĞI

2.1. ÖN AÇIKLAMALAR.....	185
2.2. SERMAYENİN İADESİ YASAĞININ AMACI	187
2.3. SERMAYENİN İADESİ YASAĞININ KORUMA ALTINA ALDIĞI DEĞERLER BAKIMINDAN KAPSAMI.....	191
2.3.1. Mukayeseli Hukuktaki Durum	191
2.3.1.1. Alman Hukuku Bakımından	191
2.3.1.2. İsviçre Hukuku Bakımından	198
2.3.1.3. Avusturya Hukuku Bakımından.....	210
2.3.1.4. İngiliz Hukuku Bakımından.....	211
2.3.2. Türk Hukukunda.....	215
2.3.2.1. Öğretide Yer Alan Görüşler.....	215
2.3.2.1.1. Yasağın Yalnızca Esas Sermaye ve Primi (Agio) Kapsadığı Görüşü	216
2.3.2.1.2. Yasağın Yalnızca Esas Sermayeyi Kapsadığı Görüşü.....	217
2.3.2.1.3. Yasağın Yalnızca Bağlı Malvarlığını Kapsadığı Görüşü.....	218
2.3.2.1.4. Yasağın Tüm Malvarlığını Kapsadığı Görüşü	219
2.3.2.2. Türk Hukukunda Yer Alan Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	220
2.4. SERMAYENİN İADESİ YASAĞININ MUHATAPLARI	228
2.4.1. İade Alan Taraf Bakımından.....	228
2.4.1.1. Sermayenin İadesi Yasağına Tabi Olanlar.....	228
2.4.1.1.1. Pay Sahibi.....	228
2.4.1.1.2. Eski ve Müstakbel Pay Sahipleri	232
2.4.1.1.3. Pay Sahibi ile İlişkili Kişi.....	235
2.4.1.1.4. İntifa Hakkı Sahibi	244
2.4.1.1.5. Gizli Ortak.....	245
2.4.1.2. Sermayenin İadesi Yasağına Tabi Olmayanlar	246

2.4.1.2.1. Pay Sahibi Olmayan Yöneticiler	246
2.4.1.2.2. Rehin Hakkı Sahibi	246
2.4.2. İade Eden Taraf Bakımından.....	247
2.5. SERMAYENİN İADESİ YASAĞININ UYGULANMA ZAMANI.....	251
2.6. SERMAYENİN İADESİ YASAĞINA AYKIRILIK TEŞKİL EDEBİLECEK DAĞITIMLARIN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	254
2.6.1. Sermayenin Açık Bir Şekilde İade Edilmesi.....	254
2.6.2. Sermayenin Örtülü Bir Şekilde İade Edilmesi.....	256
2.6.2.1. Örtülü İade Kavramı.....	256
2.6.2.2. Sermayenin Örtülü Olarak İade Edilmesinin Unsurları	260
2.6.2.2.1. Objektif Unsur	261
2.6.2.2.1.1. Piyasa Fiyatlarının Bulunduğu Durumlarda	267
2.6.2.2.1.2. Piyasa Fiyatının Bulunmadığı Durumlarda..	271
2.6.2.2.1.3. Münferit Bazı Durumlar	274
2.6.2.2.1.4. İspat Yüğü.....	279
2.6.2.2.2. Subjektif Unsur	280
2.6.2.3. Sermayenin İadesi Yasağına Aykırı Örtülü İade Yöntemleri	284
2.6.2.3.1. Şirketin Pay Sahibi Lehine Bağışlamada Bulunması	284
2.6.2.3.2. Pay Sahibi Tarafından Şirkete Ait Bir Aynın Devri veya Kiralanması	287
2.6.2.3.3. Dış Kaynaklardan Esas Sermayenin Artırılması..	290
2.6.2.3.4. Pay Sahibi Tarafından Açılmış/Açılacak Davanın Satın Alınması.....	292
2.6.2.3.5. Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Temerrüdü Durumunda İfa Yerine Geçen Sözleşme Cezası Kararlaştırılması.....	294
2.6.2.3.6. Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticiler Bakımından Rekabet Yasağının Kaldırılması.....	295

2.6.2.3.7. Pay Sahibi ile İlişkili Kişilere Ödeme Yapılması..	298
2.6.2.3.8. Sermayenin Örtülü Bir Şekilde İadesine Sebep Olabilecek Diğer Bazı Durumlar	299
2.7. SERMAYENİN İADESİ YASAĞININ BAZI HUKUKİ DÜZENLEMELER İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ	301
2.7.1. Sermayenin İadesi Yasağının Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisabı ile Birlikte Değerlendirilmesi	301
2.7.1.1. Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi	301
2.7.1.2. Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisabının Sermayenin İadesi Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi.....	304
2.7.2. Sermayenin İadesi Yasağının Finansal Yardım Sağlama Yasağı (TTK m. 380/1) ile Birlikte Değerlendirilmesi	316
2.7.3. Sermayenin İadesi Yasağının İrade Sakatlıklarına İlişkin Hükümler ile Birlikte Değerlendirilmesi	321
2.7.4. Sermayenin İadesi Yasağının Anonim Şirkette Pay Sahiplerinin Çıkma Hakkının Bulunmaması Bakımından Değerlendirilmesi.....	324
2.8. SERMAYENİN İADESİ YASAĞINA AYKIRI OLMAYAN DAĞITIMLAR.....	327
2.8.1. Kâr Payı	328
2.8.1.1. Kâr Payı ve Kâr Payı Hakkı Kavramları	328
2.8.1.2. Kanun'a Uygun Kâr Payı Dağıtımları	330
2.8.1.3. TTK m. 512 Hükümünün Sermayenin İadesi Yasağına İlişkin Hüküm Bakımından Değerlendirilmesi.....	338
2.8.2. Hazırlık Dönemi Faizi	346
2.8.3. Esas Sermayenin Azaltılması Sonucunda Gerçekleşen İadeler	351
2.8.4. Tasfiye Payı.....	359
2.9. SERMAYENİN İADESİ YASAĞINA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI VE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR.....	363

2.9.1. Sermayenin İadesi Yasağına Aykırılığın Hukuki Sonuçları	363
2.9.1.1. Yasağı Aykırı İşlemin Kesin Hükümsüzlüğü	363
2.9.1.2. Pay Sahibinin Yasağı Aykırı Olan Edinimlerinin Ortaklığa Geri Verilmesi.....	365
2.9.1.2.1. Mukayeseli Hukukta	365
2.9.1.2.1.1. Alman Hukukunda.....	365
2.9.1.2.1.2. İsviçre Hukukunda.....	368
2.9.1.2.1.3. Avusturya Hukukunda	372
2.9.1.2.1.4. İngiliz Hukukunda	374
2.9.1.2.2. Türk Hukuku Bakımından.....	375
2.9.2. Yasağı Aykırılık Durumunda Başvurulabilecek Hukuki Yollar	381
2.9.2.1. İstihkak Davası Açılması	381
2.9.2.1.1. İstihkak Davasının Açılmadığı Durumlarda İade Talebinin Hangi Hukuki Sebepden Doğduğu Konusundaki Görüşler.....	383
2.9.2.1.2. Görüşümüz.....	386
2.9.2.2. Butlanın Tespiti Davası Açılması	390
2.9.2.3. Sorumluluk Davası Açılması	394
2.9.2.3.1. Sorumluluk Sebepleri	394
2.9.2.3.2. Sorumluluğun Kapsamı	399
2.9.2.3.3. Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Hakkın Kullanılması.....	400
2.9.2.3.4. Pay Sahipleri ve Alacaklıların Dava Hakları	403
2.9.2.4. Tazminat Davası Açılması.....	405
2.9.2.5. Pay Sahipleri Tarafından Genel Kurul Kararlarının İptali Davası Açılması.....	406

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

3.1. ÖN AÇIKLAMALAR.....	411
3.2. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ TTK'DA DÜZENLENİŞİ.....	413
3.2.1. 6335 sayılı Kanun Öncesi Düzenleme.....	413
3.2.2. 6335 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklik Sonrası Düzenleme	417
3.3. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ AMACI.....	420
3.3.1. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağına İlişkin Düzenleme Bakımından	420
3.3.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	423
3.4. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA TABİ OLANLAR.....	425
3.4.1. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	425
3.4.1.1. Pay Sahibi.....	425
3.4.1.2. Pay Sahibi ile İlişkili Kişi.....	428
3.4.1.3. İntifa Hakkı Sahibi	430
3.4.1.4. Gizli Ortak.....	432
3.4.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	432
3.4.2.1. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri.....	432
3.4.2.2. Yönetim Kurulu Üyelerinin Pay Sahibi Olmayan Yakınları.....	436
3.4.2.2.1. Gerçek Kişi Yönetim Kurulu Üyeleri Bakımından.....	436
3.4.2.2.2. Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyeleri Bakımından	439
3.5. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ KONUSU	443
3.5.1. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	443
3.5.1.1. Borçlanma Kavramı	443
3.5.1.2. Hükmün Kapsamında Yer Alan İşlemler	445
3.5.1.2.1. Nakit Borçlanmaya İlişkin İşlemler.....	445

3.5.1.2.2. Kefalet, Garanti, Teminat Verilmesi ve Borçların Üstlenilmesine İlişkin İşlemler	448
3.5.1.3. Hükümün Kapsamında Yer Almayan İşlemler	452
3.5.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	453
3.5.2.1. Nakit Borçlanmaya İlişkin İşlemler	454
3.5.2.2. Kefalet, Garanti, Teminat Verilmesi ve Borçların Üstlenilmesine İlişkin İşlemler	457
3.6. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ İSTİSNALARI.....	458
3.6.1. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	458
3.6.1.1. Sermaye Taahhüdünden Doğan Muaccel Borçların Tamamen İfa Edilmiş Olması	459
3.6.1.1.1. TTK m. 358 anlamında Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Kapsamı	461
3.6.1.1.1.1. Primli Paylar (Agiolu Paylar)	462
3.6.1.1.1.2. Şirketin Kuruluşunda Halka Arz Edilmiş Olan Pay Bedelleri.....	464
3.6.1.1.2. Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Muacceliyetinin Tespiti.....	465
3.6.1.1.2.1. Nakdi Sermaye Taahhüdünün Muacceliyeti	465
3.6.1.1.2.2. Ayni Sermaye Taahhüdünün Muacceliyeti ..	470
3.6.1.1.2.3. Alacak Niteliğindeki Sermaye Taahhüdünün Muacceliyeti.....	472
3.6.1.1.3. Sermaye Taahhüdünden Doğan Borcun Ödenmesinde Temerrüt Durumunda Borçlanma Yasağı Bakımından Borcun Kapsamı	473
3.6.1.1.4. Sermaye Taahhüdünden Doğan Muaccel Borçların Tamamen İfa Edilmiş Olması Bakımından TTK m. 550 Hükümü Uyarınca Sermayeyi Taahhüt Edilmiş veya Ödenmiş Gibi Gösterenler	474

3.6.1.2. Şirketin Serbest Yedek Akçeler ile Birlikte Kârının Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olması	476
3.6.1.2.1. TTK'nın 358. Maddesi Anlamında Şirket Kârı ve Geçmiş Yıl Zararı Kavramları	477
3.6.1.2.2. Şirketin Serbest Yedek Akçeler ile Birlikte Kârının Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olduğunun Tespiti.....	481
3.6.1.2.3. Şirketin Serbest Yedek Akçeler ile Birlikte Kârının Geçmiş Yıl Zararlarını Karşılacak Düzeyde Olması Şartının Bulunması Gereken Zaman	483
3.6.1.2.4. Borçlanma Miktarı	483
3.6.1.3. Şirket Yönetim Kurulu Kararı.....	485
3.6.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından.....	488
3.6.2.1. Şirketler Topluluğuna İlişkin İstisna.....	488
3.6.2.2. Bankacılık Mevzuatına İlişkin İstisna.....	491
3.7. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI	493
3.7.1. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağının İhlalinin Hukuki Sonuçları	493
3.7.1.1. Borçlanma Yasağını İhlal Eden İşlemin Hukuki Sonucu.....	494
3.7.1.2. Pay Sahibinin Yasağa Aykırı Olan Edinimlerinin Ortaklığa Geri Verilmesi.....	497
3.7.2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Şirkete Borçlanma Yasağının İhlalinin Hukuki Sonuçları	499
3.7.2.1. Alacaklıların Takip Yetkisi	500
3.7.2.2. Borçlanma Yasağını İhlal Eden İşlemin Hukuki Sonucu.....	506

3.8. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN CEZAI SONUÇLARI	509
3.8.1. TTK m. 358 ve TTK m. 395/2 Hükümlerinin İhlali Suçu....	510
3.8.2. Güveni Kötüye Kullanma Suçu	513
3.8.3. Hileli İflâs Suçu.....	516
3.9. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ SERMAYENİN İADESİ YASAĞI İLE İLİŞKİSİ.....	518
3.9.1. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağının Kapsamında Yer Alan İşlemlerin Sermayenin İadesi Yasağının Kapsamı Bakımından Değerlendirilmesi	519
3.9.1.1. Öğretide Yer Alan Görüşler.....	519
3.9.1.2. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından İşlemin Emsalleriyle Aynı veya Benzer Koşullarda Olmasının Gerekli Olup Olmadığı	520
3.9.1.3. Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı Bakımından Verilen Ödünç Karşılığında Faiz Talep Edilmesinin Gerekli Olup Olmadığı	523
3.9.1.4. Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağının Kapsamında Yer Alan İşlemler Bakımından Sermayenin İadesi Yasağının Kapsamı Hakkında Değerlendirmelerimiz	525
3.9.1.4.1. Ödünç Sözleşmeleri Bakımından.....	526
3.9.1.4.2. Konusu Teminat Olan Sözleşmeler Bakımından	533
3.9.2. TTK m. 358 ile TTK m. 480/3 Hükümlerinin Yarışması Hakkında Değerlendirmeler	541
3.9.3. Sermayenin İadesi Yasağının Varlığı Karşısında Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağına İlişkin Düzenlemenin Gerekliliğinin Değerlendirilmesi ve De Lege Ferenda Değişiklik Önerisi.....	544
3.9.3.1. Mukayeseli Hukukta “Hukukumuzda Yer Alan Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı” ile Sağlanmak İstenen Menfaatin Nasıl Sağlandığı	544

3.9.3.1.1. Alman Hukukunda.....	544
3.9.3.1.1.1. November Kararı.....	545
3.9.3.1.1.2. MoMiG Düzenlemesi.....	548
3.9.3.1.2. İsviçre Hukukunda.....	553
3.9.3.2. Şirkete Borçlanma Yasağına İlişkin Düzenlemenin Gerekliğinin Değerlendirilmesi	555
3.9.3.3. TTK m. 480/3 ve TTK m. 358 hükümlerinin Yeniden Kaleme Alınması Gerekliği ve De Lege Ferenda Değişiklik Önerisi	563
3.9.3.3.1. Öğretide Yer Alan Öneriler	563
3.9.3.3.2. De Lege Ferenda Değişiklik Önerisi	565
3.9.3.3.2.1. TTK m. 480/3 Hükmü Bakımından Sunulan De Lege Ferenda Değişiklik Önerisi.....	565
3.9.3.3.2.2. TTK m. 358 Hükmü Bakımından Sunulan De Lege Ferenda Değişiklik Önerisi.....	567
SONUÇ	571
KAYNAKÇA.....	581

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliđi
ABA	Amerikan Barolar Birliđi (American Bar Association)
ABAD	Avrupa Birliđi Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADHGB	1861 tarihli Genel Alman Ticaret Kanunu (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch)
AktG	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz)
Art.	Artikel (Madde)
ASA	İsviçre Vergi Hukuku Arşivi (Archiv für Schweizerisches Abgaberecht)
B.C.L.C.	Birleşik Krallık Şirketler Hukuku Kararları (British Company Law Cases)
BGB	Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)
BGE	İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts)
BGer	İsviçre Federal Mahkemesi
BGH	Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof)
BGHZ	Alman Federal Mahkemesi Hukuk Kararları (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen)
Bkz.	Bakınız
CLRSG	Company Law Review Steering Group
Com.Act	Birleşik Krallık Şirketler Kanunu (Companies Act)
CORP	Kaliforniya Şirketler Kanunu (California Corporations Code)
çev.	Çeviren
DGCL	Delaware Genel Şirketler Kanunu (Delaware General Corporation Law)
DNotI	Alman Noterlik Enstitüsü (Deutsches Notarinstitut)
dn.	Dipnot

E.	Esas
ECLE	European Company Law Experts
E.C.R.	Avrupa Birlięi Mahkemeleri Kararları Külliyyatı (European Court Reports)
Ed.	Editör
ETTK	6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
EWCA	Court of Appeal of England and Wales
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FHZivR	Fundheft für Zivilrecht
GmbH	Alman Limited Şirketi (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
GmbHG	Alman Limited Ortaklıklar Kanunu (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung)
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
HD	Hukuk Dairesi
HGB	Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch)
HK	Kammer für Handelssachen
IAS	Uluslararası Muhasebe Standartları (International Accounting Standards)
IFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (International Financial Reporting Standards)
İİK	İcra ve İflas Kanunu
K.	Karar
KG	Kammergericht
KPMG	Klynveld Peat Marwick Goerdeler
LG	Landgericht
Ltd.	Limited Şirket
m.	Madde
MBCA	Model Ticaret Şirketleri Kanunu (Model Business Corporation Act)
MoMiG	Alman Limited Şirketler (GmbH) Hukukunun Modernleştirilmesi ve Kötüye Kullanımlarla Mücadele Kanunu (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen)
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz

MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum GmbHG
NBER	National Bureau of Economic Research
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYBCL	New York Ticaret Şirketleri Kanunu (New York Business Corporation Law)
NZ	Avusturya Noterlik Dergisi (Österreichische Notariatszeitung)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Avusturya Yüksek Mahkemesi (Oberster Gerichtshof)
OLG	Yüksek Bölge Mahkemesi (Oberlandesgericht)
OR	İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht)
öAktG	Avusturya Anonim Şirketler Kanunu (Österreichisches Aktiengesetz)
para.	Paragraf
Rn.	Kenar Numarası (Randnummer)
s.	Sayfa
ss.	Sayfalar
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SLIM	Simpler Legislation for the Internal Market
SLIM Grubu	Company Law SLIM Working Group
StGB	Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch)
SZ	Avusturya Yüksek Mahkemesi Hukuk Kararları (Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen)
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TL	Türk Lirası
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMS	Türkiye Muhasebe Standartları
TSY	Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
v	Versus (e karşı)
vb.	Ve benzeri

vd.	Ve devamı
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Revisionen in Zivilsachen

GİRİŞ

Anonim şirket, pay sahiplerinden bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. Anonim şirketin bağımsız bir tüzel kişilik olmasının sonucu olarak kendisine ait malvarlığı bulunmakta olup şirket bu malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Şirket alacaklılarının güvencesini de bu malvarlığı oluşturmaktadır. Çünkü Türk Ticaret Kanunu'nun 329/2. maddesi uyarınca; anonim şirketlerde pay sahiplerinin, yalnızca şirkete karşı ve taahhüt ettikleri sermaye oranında sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, pay sahiplerinin, şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu bulunmamaktadır ve pay sahipleri sadece şirkete karşı ve taahhüt ettikleri sermaye oranında sorumludur.

Şirket borçları nedeniyle sorumluluğunun bulunmaması pay sahiplerinin, şirketin başarısız olma riskini kişisel olarak taşımadan, yatırım yapmalarını sağlayan bir ayrıcalıktır. Son yıllarda alacaklıların korunması perspektifinde, malvarlığının korunması kurallarını değerlendiren yazarlar, pay sahiplerinin şirket borçlarından sorumlu olmamasına ilişkin prensibinin kaldırılması gerektiğini de sıklıkla dile getirmektedirler. Ancak pay sahiplerinin şirket borçları nedeniyle sorumluluğunun bulunmaması; anonim şirketler bakımından temel bir prensip olup, şirket kurmak isteyen girişimcilerin riskini azaltması sebebiyle önem arz etmekte, şirketlerin daha riskli projelere yatırım yapabilmesi ve böylelikle yatırımların çeşitlenmesine; dolayısı ile ticaretin ve endüstriyel büyümenin teşvik edilmesine yardımcı olmakta, ayrıca girişimciliği ve yaratıcılığı teşvik etmektedir.

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket borçlarından sorumlu olmamasına ilişkin kuralın, yöneltile tüm eleştirilere rağmen varlığını sürdürmesi nedeniyle, alacaklılar pay sahiplerinin şahsi malvarlığına başvuramayacağından, alacaklıların etkin bir korumasının nasıl sağlanacağına, tespiti önem taşımaktadır. Alacaklıların başvurabileceği yegâne

malvarlığı şirket malvarlığı olduğundan, alacaklıların etkin bir şekilde korunması da ancak şirket malvarlığının korunması yoluyla sağlanabilmektedir. Şirket malvarlığının korunmasının arz ettiği önem nedeniyle anonim şirketin temelini oluşturan ilkelerden biri de “malvarlığının korunması ilkesidir”. Kanun koyucu malvarlığının korunmasına büyük önem atfetmiş ve Kanun’un çeşitli hükümlerinde ilkeyi somutlaştırmıştır. Bu anlamda ilkenin somutlaştığı düzenlemeler; şirket sermayesinin eksiksiz bir şekilde oluşturulması amacıyla koruma sağlayan hükümler, şirket sermayesinin ortaklık sona erinceye kadar muhafazası amacıyla koruma sağlayan hükümler ve malvarlığını ortaklık sona erinceye kadar bağlayarak koruma sağlayan hükümler başlıklarında toplanmaktadır. Çalışma konumuz olan sermayenin iadesi yasağı ve şirkete borçlanma yasağı da malvarlığının korunması ilkesine hizmet eden düzenlemeler arasında yer almaktadır. Şirket malvarlığının korunması bakımından, pay sahiplerine ve şirket yöneticilerine yapılacak dağıtımlar yönünden düzenleme getirilmedikçe gerçek anlamda bir korumanın varlığından söz edilebilmesi mümkün değildir. Pay sahiplerine ve şirket yöneticilerine yapılacak olan dağıtımların kurallara bağlanması; anonim şirketin mali yapısının sağlıklı olmasına ve dolayısıyla şirketin borçlarını ödeyebilir bir hâlde olmasına katkı sağlamaktadır. Ayrıca anonim şirketin sağlıklı bir mali yapıya sahip olması alacaklılar kadar pay sahipleri ve şirket tüzel kişiliğinin çıkarlarını da korumaktadır.

Anonim şirketin malvarlığının korunması amacından hareketle çalışmanın ilk bölümünde, sermayenin iadesi yasağı ve şirkete borçlanma yasağının temeli olan ilkeler açıklanmıştır. Bu bağlamda öncelikle malvarlığının korunması ilkesi ele alınmıştır. Anonim şirketlerin temel ilkelerinden biri olan malvarlığının korunması ilkesinin; korumayı amaçladığı taraflar bakımından ve muhafaza altına alınmak istenen değerler açısından kapsamı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Hatta kullanılacak terminoloji hususu dahi farklı bir tartışma konusudur. Bu bağlamda öncelikle, hükmün korumayı amaçladığı taraflar ve değerler, hükmün amacından yola çıkarak araştırılmıştır. Ayrıca öğretide yer alan görüşler de değerlendirilerek tercih edilmesi gereken terminoloji tespit edilmiştir.

Uzun bir süredir malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu kapsamda özellikle Anglo-Sakson hukuklarında yer alan eleştiriler ön plana çıkmaktadır. Keza, ilgili eleştiriler bazı ülke hukuklarında malvarlığının korunması kuralları yerine alternatif uygulamaların gelişmesine dahi neden olmuştur. Pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmamasının karşılığı olarak malvarlığının korunması kurallarının, ne derece gerekli olduğunun değerlendirilebilmesi bakımından; öncelikle mukayeseli hukuk bakımından inceleme yapılmış daha sonra ise malvarlığının korunması kuralları aleyhine ve lehine ileri sürülen görüşler değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin ardından malvarlığının korunması ilkesinin Türk Ticaret Kanunu'nda somutlaştığı hâller ve ilkeye aykırılığın hukuki sonuçları ele alınmıştır.

Malvarlığının korunması ilkesine ilişkin açıklamalardan sonra sermayenin iadesi yasağı ve şirkete borçlanma yasağının temeli olan ilkelerden eşit işlem ilkesi, kamunun aydınlatılması ilkesi ve hakkın kötüye kullanması yasağına ilişkin inceleme yapılmış olup anılan ilkelerin, sermayenin iadesi yasağı ve şirkete borçlanma yasağı ile ilişkisi değerlendirilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde anonim şirketlerde sermayenin iadesi yasağına ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Sermayenin iadesi yasağı TTK'nın 480/3 maddesinde; *"Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır"* şeklinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin lafzı incelendiğinde, pay sahiplerinin yalnızca "sermayeyi" geri isteyemeyeceklerinden söz edilmiş olmasına rağmen, yasağın kapsamı öğretide oldukça tartışmalıdır. Yasağın kapsamının tespiti bakımından öncelikle mukayeseli hukukta sermayenin iadesi yasağının nasıl düzenlendiği ve kapsamının nasıl yorumlandığı incelenmiş daha sonra öğretide yer alan görüşler değerlendirilerek yasağın kapsamına ilişkin tespitlerde bulunulmuştur. Ardından sermayenin iadesi yasağının tarafları, yasağa aykırılığın görünüş biçimleri ve yasağa aykırılık teşkil etmeyen dağıtımlar hakkında detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca sermayenin iadesi yasağının benzer hukuki düzenlemeler ile ilişkisi incelenmiş, son olarak ise, yasağa aykırılığın hukuki sonuçları irdelenmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise, öncelikle pay sahibinin ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve onların Türk Ticaret Kanunu’nun 393. maddesinde yer alan yakınlarının şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükümler kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Zira, Türk Ticaret Kanunu’nda pay sahiplerinin ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve onların Türk Ticaret Kanunu’nun 393. maddesinde yer alan yakınlarının şirkete borçlanma yasağı farklı hükümlerde düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu m. 358 hükmünde pay sahibinin şirkete borçlanma yasağı; *“Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz”* şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu pay sahiplerinin şirkete borçlanmasını tamamen yasaklamamış sadece belirli şartlara tabi kılmıştır. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve onların Türk Ticaret Kanunu’nun 393. maddesinde yer alan yakınları bakımından ise şirkete nakit borçlanma tamamen yasaklanmıştır. Buna göre; Türk Ticaret Kanunu’nun 395/2. maddesi uyarınca; *“Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz”*. Öncelikle şirkete borçlanma yasağına ilişkin, 6335 sayılı Kanun ile değişiklik öncesi ve sonrasında yer alan düzenlemelere ilişkin bilgi verilmiştir. Ardından şirkete borçlanma yasağının amacı, yasağa tabi olanlar, yasağın konusu ve istisnaları hem pay sahipleri hem de pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ve onların hükümde yer alan yakınları bakımından ayrı ayrı incelenmiştir. Daha sonra ise, Türk Ticaret Kanunu’nun 358. ve 395/2. maddelerine aykırılığın hukuki ve cezai sonuçları araştırılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde son olarak, şirkete borçlanma yasağının sermayenin iadesi yasağı ile ilişkisi ele alınmıştır. Bu bağlamda öncelikle her iki hükmün kapsamında yer alan işlemler değerlendirilmiş ve hükümlerin yarışması hakkında incelemelere yer verilmiştir. Ardından şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükmün gerekliliği sorgulanmış ve gerek sermayenin iadesi yasağı gerekse de şirkete borçlanma yasağı bakımından de lege ferenda değişiklik önerisi sunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

SERMAYENİN İADESİ YASAĞI VE ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ TEMELİ OLAN ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

1.1. ÖN AÇIKLAMALAR

Türk Ticaret Kanunu¹'nda (TTK) anonim şirket; sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirket olarak tanımlanmıştır. Ayrıca aynı maddede pay sahiplerinin yalnızca taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere TTK'da; anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket borçlarından sorumluluğu bulunmadığından, alacaklıların güvencesini şirket malvarlığı oluşturmaktadır. Tüzel kişilik olarak bir anonim şirketin, pay sahiplerinin malvarlığından ayrılmış ve şirketin tasarrufunda olan kendi malvarlığı vardır. Şirket malvarlığının bu bağımsızlığı nedeniyle kanun koyucu alacaklıların korunması amacıyla, alacaklıların güvencesini teşkil eden ortaklık malvarlığının korunmasına ilişkin birtakım düzenlemeler yapmıştır.

Ancak son yıllarda malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır. Bu kapsamda özellikle pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmamasının karşılığı olarak, bu tür kuralların, ne derece gerekli olduğu sorgulanmaktadır. İlgili eleştiriler çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan kanuni düzenlemeler üzerinde de etkili olmuştur. Malvarlığının korunması ilkesi ile çalışma konumuzu oluşturan “sermayenin iadesi yasağı” ve “şirkete

¹ Resmî Gazete, 14.02.2011, Sayı: 27846.