

6335 SAYILI KANUN'UN MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Effect of Law No. 6335 on the Principle of Protection of Company Assets

Arş. Gör. Dr. Özlem AKINCI ALBAYRAK*

Öz: Anonim şirketler hukukuna hâkim ilkelere biri olan malvarlığının korunması ilkesi, Kıta Avrupası hukukunda anonim şirketler hukuka ilişkin hükümlerin genel çerçevesini çizmektedir. Sınırlı sorumluluk ilkesinin kabul edilmesine karşılık olarak, adalet terazisini dengeleme amacı taşıdığı kabul edilen ilkenin etkinliği ve yararları her ne kadar son yıllarda sorgulansa da halen Türk hukukunda anonim şirketler hukukunun temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir. 6102 sayılı TTK döneminde de kanunkoyucu malvarlığının korunması ilkesinin genel çerçevesini kullanmış, hüküm gerekçelerinde ve genel gerekçede ilkeden ve koruma amacından bahsetmiştir. 6102 sayılı TTK döneminde açık bir şekilde ilkeye atf yapılması, ilkenin benimsendiği ve etkilerinden yararlanılmak istendiğini göstermektedir. Ancak kanun yürürlüğe girmeden çok kısa bir süre önce 6335 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TTK'da çok önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerin malvarlığının korunması ilkesi açısından da önemli etkileri olmuştur. Bu değişiklikler anonim şirket malvarlığını korumayı amaçlayan yahut bu yönde bir etki gösteren hükümlerde büyük oranda gerçekleşmiştir. Bu nedenle 6335 sayılı kanun ile gerçekleşen, malvarlığının korunması ilkesinin gücünü zayıflattığını düşündüğümüz bu değişikliklerin anonim şirketler ve limited şirketler kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Malvarlığının Korunması İlkesi, Anonim Şirketler Hukuku, Limited Şirketler Hukuku, 6335 sayılı Kanun

Abstract: The principle of protection of company assets, which is one of the dominant principles in joint stock company law, draws the general framework of the provisions of the law of joint stock companies in Continental European law. Despite the acceptance of the limited liability principle, the effectiveness and benefits of the principle, which is accepted to aim at balancing the scales of justice, have been questioned in recent years, but it is still accepted as the basic building block of joint stock company law in Turkish law. In the period of TCC law no. 6102, the legislator used the general framework of the principle of protection of assets, and mentioned the principle and the purpose of protection in the justifications and general justifications. The explicit reference to the principle during the TCC law no. 6102 shows that the principle was adopted and its effects were intended to be exploited. However, very important changes were made with the Law No. 6335 shortly before the law came into force, and these changes had important effects, in terms of the principle of protection of company assets. These changes have occurred to a large extent in terms of provisions that aim to protect the assets of joint stock companies or have an effect in this direction. For this reason, these changes, which we think have weakened the power of the principle of protection of assets, which took place with the Law No. 6335, have been tried to be evaluated within the scope of joint stock companies and limited liability companies.

Keywords: Principle of Protection of Company Assets, Joint Stock Companies Law, Limited Liability Companies Law, Law No. 6335

* Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, oalbayrak@atu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1274-7334

Makale Geliş Tarihi: 04.04.2022, Makale Kabul Tarihi: 23.05.2022

GİRİŞ

Anonim şirketler hukukuna hakim ilkelerden bir tanesi olan malvarlığının korunması ilkesi, limited şirketler hukuku açısından da pek çok hükümde kendini hissettirmektedir. Pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu esasının benimsendiği sermaye şirketlerinde hem şirketin devamlılığı, hem de tüm menfaat sahiplerinin çıkarlarının korunması ve haklarına kavuşması açısından şirket malvarlığı büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle şirket malvarlığının korunması şirket yönetimi ve paydaşlarının insiyatifine bırakılmayarak, yasal düzenlemeler aracılığıyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar bu düzenlemeler, şirketin kötü yönetimden veya dışsal faktörlerden dolayı malvarlığının azalmasına veya kaybetmesine engel olmasa da, bu temel mantıkla genel bir çerçeve çizer.

Malvarlığını koruyan hükümlerin etkinliği, gerçek anlamda bir koruma sağlaması açıdan önem arz etmektedir. 6102 sayılı TTK döneminde de malvarlığının (sermayenin) korunması ilkesi, normatif olarak özel bir düzenleme ile açıklanmasa da, pek çok hükmün gerekçesinde benimsendiği ifade edilmiş, yönetim kurulu ve genel kurul kararlarının butlanına ilişkin hükümlerde de açıkça hüküm altına alınmıştır.

6102 sayılı TTK'da malvarlığının korunması ilkesinin amacına hizmet eden pek çok hüküm 6335 sayılı Kanun değişikliği neticesinde etkisini kaybetmiştir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanması hususunu düzenleyen TTK m. 395/2, payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edildiği hususunu düzenleyen TTK m. 341, işlem denetçiliğine ilişkin düzenlemeler, denetime tabi şirketler ve bağımsız denetime ilişkin değişiklikler, limited şirketlerin kurulma anının düzenlendiği TTK m. 585 ve cezai hükümlerdeki düzenlemeler 6335 sayılı Kanun ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin malvarlığının korunması ilkesi açısından olumsuz etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ

A. ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA İLKEYE BAKIŞ AÇISI

Pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ve şirketin tüzel kişiliğinin bulunması gibi özelliklere sahip olan anonim şirketler, tarih sahnesine çıktıkları andan beri ülke ekonomisinde önemli işlevlere sahip

olmuştur¹. Ülke ekonomisine ve pek açıdan sosyal hayata yön veren anonim şirketlerin önemi, kanun koyucuları bu şirket türünü ayakta tutmaya yönelik olarak özel bir gayret göstermeye itmiştir. Çünkü başarılı olamayan bir anonim şirketin olumsuz etkilerinin sirayet alanının çok geniş olduğu kabul edilmiştir.

Anonim şirketlerde sınırlı sorumluluk hususu, hem bu şirketlere katılmayı teşvik eden hem de alacaklılar ile pay sahipleri arasındaki hakkaniyet dengesini bozan bir olgudur. Kanun koyucu, sınırlı sorumluluğunun avantajlarından dolayı bu olgudan vazgeçmeyip, bozulan dengeyi malvarlığını koruyan kurullarla telafi etmeye çalışmıştır. Zira tüm menfaat gruplarını tatmin eden temel başvuru kaynağı şirket malvarlığıdır. Genel olarak Kıta Avrupası hukukunda temellerini bulan ve uygulanan malvarlığının korunması ilkesi, anonim şirketler hukukunda temel ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan malvarlığının korunması ilkesinin etki alanı, şirketin kurulma aşamasından başlayıp sona erdikten sonra dahi belirli bir süre devam etmektedir².

Malvarlığının korunması ilkesi kapsamında değerlendirilen hükümler; sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşumuna hizmet eden hükümler, sermayenin şirketin ekonomik varlığı süresince sürdürülmesine hizmet eden hükümler ve malvarlığını bağlayarak koruma sağlamaya hizmet eden hükümler olmak üzere üç temel ayaktan oluşmaktadır. Asgari sermayeye ilişkin hükümler, aynı sermayenin şirkete getiriliş sürecine ilişkin hükümler, nakdi sermayenin getirilişine ilişkin hükümler ile anonim şirkete sermaye olarak getirilmesi muteber sayılmayan unsurların belirlenmesi ve itibari değerinin altında pay oluşturulamamasına ilişkin yasal düzenlemeler sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşturulmasına hizmet etmektedir³.

¹ Martin Henssler, Beck Online Grosskommentar, Kommentar zum Aktiengesetz, C.H. Beck, München, 2019; § 1, pn.13; Hüffer, Uwe/ Koch Jens, Aktiengesetz, C. H. Beck, München, 2021, §1, pn.1; Druey, Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021, s. 108, pn.1; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 280; Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 1; Ali Paşlı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 6.

² Wulf Goette/Susanne Kalss/Matias Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, C.H. BECK, München 2019, § 57, pn.14; Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard, Kommentar zum Aktiengesetz, Band: 1, C. H. Beck, München 2019, AktG § 57, pn. 50; Henssler, Martin/ Strohn Lutz, Gesellschaftsrecht, C.H. Beck, München 2019, § 57, pn.3;

³ Peter Forstmoser/ Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1996, s. 647, pn.3 ; Urs Kägi/Stunder Ueli/ Tsün Kelsang,

Sermayenin sürdürülmesini sağlamak amacıyla hizmet eden hükümler ise; sermayenin iadesinin yasaklanması, pay sahipleri tarafından şirkete getirilen veya getirilecek sermaye için faiz kararlaştırılmaması, pay sahibi için çıkma hakkının tanınmaması, payın devrine ilişkin malvarlığının korunması amacıyla sınırlandırmalar öngörülmesi, şirketin kendi paylarının iktisabı halinin belirli şartlara tabi olması, sermaye değişikliklerinin özel prosedürlere tabi olması, yedek akçe ayrılmasına ilişkin özel düzenlemeler öngörülmesi ve sermayede ciddi kayıpların bulunması halinde önlem mekanizmasına ilişkin hükümlerdir⁴. Son olarak malvarlığını bağlamak suretiyle, şirket malvarlığını kapsamlı bir şekilde korumaya hizmet eden hükümler ise; kâr payı dağıtımlarına yönelik hükümlerin bulunması, finansal yardım yasağı, şirkete borçlanma yasağı, önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı halinde özel hükümler düzenlenmiş olması şeklinde ifade edilebilir.

Anonim şirketler hukukunda malvarlığının korunması ilkesinin, belirtmiş olduğumuz hükümler dışında da pek çok hükümde etkisi ve varlığı hissedilmektedir. Bu nedenle malvarlığını koruyan hükümler, bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Malvarlığının korunması ilkesinin hem pay sahipleri hem alacaklılar hem de ekonomik düzen üzerinde koruyucu etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle etki alanı bu kadar geniş olan malvarlığının korunması ilkesinin, güçlendirilmesi veya etkisini azaltacak değişikliklerden kaçınılması gerekmektedir.

B. LİMİTED ŞİRKETLER HUKUKUNDA İLKEYE BAKIŞ AÇISI

Sermaye şirketlerinden biri olan limited şirketin varlığını ve amacını gerçekleştirmesi için şirket malvarlığının korunması gerekmektedir. Ancak bu korumanın boyutu ve kapsamının anonim şirketler hukukunda kabul edilen kapsam ile aynı boyutta olup olmadığı sorgulanmaktadır.

“Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, Zürich, 2021, s. 176; Tobias Meyer, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Dike Verlag, Zürich, 2009, s. 53; Fatih Bilgili/ Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınevi, Adana/Bandırma, 2021, s. 177; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.110; Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 107 vd.; Ahmet Türk, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 111.

⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 177; Bahtiyar, s. 110; Türk, s. 111-112; Sevi, 409 vd.; Harun Eryiğit, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 173 vd.

Alman hukukunda ilkenin kapsamını düzenleyen GmbHG § 30/1'de kapsamın yalnızca “şirketin esas sermayesi” ile sınırlandırıldığı görülmektedir⁵. Başka bir deyişle, Alman limited şirketler hukukunda sadece esas sermaye çapında bir korunma mevcuttur. Alman hukukunda, anonim şirketlerde malvarlığının korunması ilkesinin kapsamını değerlendirmede temel aldığımız hüküm olan AktG § 57'de, GmbHG § 30 'dan daha ileri bir koruma vardır⁶. Limited şirket ve anonim şirket açısından koruma kapsamının farklılığının temel nedenlerinden bir tanesi limited şirket yapısının, anonim şirket yapısına nazaran kişi unsurunun daha baskın olması olarak gösterilmiştir⁷. Diğer yandan anonim şirketlerde organizasyon yapısının bir sonucu olarak, yönetim organı ve pay sahibi kontrolü katı bir şekilde ayrılmıştır. Anonim şirketlerde pay sahipleriyle yapılan kabul edilemez iş ilişkilerinden ve örtülü dağıtımlardan diğer pay sahiplerinin haberdar olması limited şirketlere nazaran daha zordur⁸. Bu nedenle anonim şirketlerde malvarlığının korunması hususunun kapsamı limited şirketlerden daha ileri bir konuma getirilmiştir. Ayrıca bu tercihin, limited şirketi güçlendirmek amacı taşıdığı, koruma kapsamı dar ve daha özgür olan bir şirket türü yaratılmak istenmesi sebebiyle bilinçli bir tercih olduğu sonuca da çıkarılmaktadır⁹.

Türk hukukunda limited şirketler açısından şirket malvarlığını koruma sağlayan hükümler; aynı sermaye, aynı devralmalar ve özel menfaatler ilişkin hükümler, asgari sermayeye ilişkin hüküm, payın itibari değerine ilişkin hüküm, kâr payı dağıtılmasına ilişkin hükümler, yedek akçe ayrılmasına ilişkin hükümler, sermayeye ve ek ödemelere faiz ödenmesinin yasaklanmasına ilişkin hüküm, şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen hüküm, sermaye kaybı ve borca batıklık halinde

⁵ Spindler/Stilz/Cahn/V. Spannenberg, AktG § 57, pn.1; Henssler/Strohn, AktG § 57, pn. 2; Schwarzfischer, Fabian B., “Verdeckte Gewinnausschüttungen im Aktienrecht” Das Spannungsverhältnis zwischen Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, 2014, s. 3; Haaker, Andreas, “Zur Zukunft der Kapitalerhaltung – IFRS und Solvenzttest statt HGB-Abschluss?”, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Walter de Gruyter GmbH, C. 59, Sayı. 3, 2009, s. 200; Kägi, Urs, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Dike Verlag, Zürich, 2012, s. 156, pn. 19.

⁶ Spindler/Stilz/Cahn/V. Spannenberg, AktG § 57, pn.1; Henssler/Strohn, AktG § 57, pn. 2; Kägi, s. 156, pn. 19.

⁷ Lutz Michalski/Andreas Heidinger/Stefan Leible/Jessica J. Schmidt, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), C. H. BECK, München, 2017, pn.28, 29, Adolf Baumbach/Alfred Hueck, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, C.H.BECK, München, 2019, pn.4, 5, 6; Schwarzfischer, s. 4.

⁸ Schwarzfischer, s. 4.

⁹ Baumbach/ Hueck, GmbHG § 30, pn.1.

uygulanacak prosedürü düzenleyen hüküm, pay sahiplerinin ve müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanma durumunu düzenleyen hükümler ve kurucular ile yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen hükümler olarak ifade edilebilir. Anılan hükümler incelendiğinde görüldüğü üzere limited şirketlerde malvarlığını koruyan hükümler ile anonim şirketlerde malvarlığını koruyan hükümler paralellik göstermektedir. Hatta yukarıda saymış olduğumuz hükümlerin birçoğu, ilgili anonim şirketlere ilişkin hükme atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Hatta 6102 sayılı TTK döneminde yapılan birçok değişikliğin gerekçesinde limited şirketlerin de anonim şirketler gibi bir sermaye şirketi olduğu ve bu nedenle iki şirket türüne ilişkin hükümler arasından uyum sağlanmak istediği ifade edilmiştir. Bu açıdan limited şirketler hukukunda da anonim şirketler açısından kabul ettiğimiz gibi malvarlığının korunması ilkesinin geçerli olduğunu kabul edebiliriz. Sonuç olarak anonim şirketlerde malvarlığını koruyan hükümlerde, hükümlerin etkisini hafifletip kapsamını daraltan her türlü değişikliğin olumsuz etkisi limited şirketlere de sirayet edecektir.

II. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ SINIRLARINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anonim şirketler hukukunda pay sahibinin şirkete borçlanması hususu sermayenin iadesi kapsamında değerlendirilmesinden dolayı, Kıta Avrupası hukukunda uzun yıllar çekinceli yaklaşılan ve tartışılan bir konu olmuştur. Şirket varlıklarının pay sahiplerine borç verme suretiyle azaltılması durumunda, malvarlığının korunması ilkesine aykırılık hususu gündeme gelmektedir¹⁰. Bu işlemler, alacaklıların, diğer pay sahiplerinin ve şirketin ekonomik menfaatlerini tehlikeye uğratmama ve şirket varlıklarının kontrolsüz bir biçimde azaltılmasını engellemek amacıyla kanuni olarak düzenlenmeye çalışılmıştır.

Türk hukukunda 6762 sayılı TTK döneminde pay sahiplerinin şirkete borçlanma durumuna ilişkin olarak herhangi bir kısıtlayıcı veya düzenleyici hüküm yer almamaktadır. 6102 sayılı TTK döneminde bu husus 358. maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu maddenin düzenlenme amacını madde gerekçesinde, ticari hayatta zaten sıkça başvurulmakta olan bu uygulamanın verdiği zararlardan ötürü, doğru ve sınırları belirli bir sistematığe bağlanarak uygulanmaya devam edilmesi olarak ifade etmiştir. Bu şekilde belirli şartlara uyulmak koşuluyla pay sahiplerinin şirkete borçlanması mümkün olabilecektir. Malvarlığının

¹⁰ Serdar Hızır, “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, C. 29, S. 2, 2013, BATİDER, s. 228.

korunması ilkesi açısından değerlendirildiğinde ise, hükmün ulaşmak istediği şirket malvarlığını koruma amacı ilkeyi güçlendirici bir etkiye sahiptir. Bu bakımdan şirket malvarlığını korumaya hizmet eden bir hüküm olarak değerlendirilebilir.

Şirket malvarlığını koruma amacı taşıyan hükümlerden biri olan TTK m. 358 yürürlüğe girmeden önce köklü bir değişikliğe uğramış ve malvarlığını koruma amacı taşıyıp taşımadığı sorgulanır hale gelmiştir. Hükmün ilk hali “*iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Meğerki, borç, şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olsun ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulsun*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, kural olarak pay sahiplerinin şirkete borçlanmaları yasaklamıştır¹¹. Ancak hüküm gerekçesinde de ifade edildiği üzere; hükmün katı ve istisnasız bir şekilde uygulanmasının haksızlıklara neden olma ihtimaline binaen, belirli koşullarda pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına izin verilecektir. Bu şartlar, işlemin şirketin işletme konusuna giren bir işlem olması, pay sahibinin de işletmesi gereği yapılması ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulması olarak belirlenmiştir¹². Ancak hüküm bu haliyle uygulanma fırsatı hiç bulamamıştır. 6335 sayılı Kanun, TTK m. 358’ de köklü bir değişiklik yapmıştır.

6335 sayılı Kanun ile değişen TTK m. 358’e göre; pay sahipleri sermaye taahhütleri dolayısıyla vadesi gelmiş olan borçlarını ifa etmediği sürece ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek düzeyde olmadığı sürece şirkete borçlanamazlar. Doktrinde, hükmün değiştirilen şeklinin bir borçlanma yasağı olmadığı ve kural olarak şirkete pay sahiplerinin borçlanacağı; yalnızca belirtilen iki halde borçlanılmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹³.

Şirket malvarlığının korunmasına hizmet etmesi amaçlanan TTK m. 358’in değiştirilmiş hali birçok açıdan eleştirilere konu olmuştur. Maddeye ilişkin eleştiriler, malvarlığının korunması ilkesinin amaçlarını gerçekleştirmediği noktasında kaygıları artıracak niteliktedir. Doktrindeki eleştirilerden ilki, pay sahiplerinin şirkete borçlanmanın koşullarından biri olan “*sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe*”

¹¹ Ali Pashi, “Yeni Türk Ticaret Hukuku Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, C. 27, S. 3, 2011, BATİDER, s. 160.

¹² Emek Toraman Çolgar, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 119.

¹³ Hızır, s. 233; Toraman Çolgar, s. 126

ibaresidir. Bu ibare karşısında hükmün lafzından, pay sahiplerinin yalnızca vadesi gelmiş sermaye taahhüdüne ilişkin borçlarının varlığı halinde borçlanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak hükmün mefhumu muhalifinden pay sahibinin vadesi gelmemiş borçlarının bulunması durumunda, şirkete borçlanabileceği söylenebilir¹⁴. TTK m. 344/1'e göre, taahhüt edilen nakdi sermayenin yüzde yirmibeş oranındaki kısmının ödenmesinden sonra, kalan bakiye kısmının yirmidört ay içinde getirilebilmesinde bir engel yoktur. Böyle bir durumda pay sahibinin, cüz'i bir miktarda belirlenen vadesi gelmiş olan sermaye ödemesini gerçekleştirdikten sonra, vadesi daha ileri tarihli olan büyük miktarda sermaye ödemelerinin vadesi gelmeden şirkete borçlanabilmesi kanunun mevcut haliyle lafzen mümkündür¹⁵. Bu durum da malvarlığının koruması ilkesi amacıyla örtüşmemektedir. Zira böylece şirket malvarlığında azalma yaratacak bir kötüye kullanımın kanunen önü açılmış olmaktadır.

TTK m. 358'de pay sahibinin borçlanabilmesi amacıyla getirilen bir diğer şart, şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı, geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek düzeyde olmaması şartıdır. Bu şart her ne kadar şirketin malvarlığının, borçlanma durumundan kötü yönde etkilenmesini engellemeye hizmet etme amacı taşısa da, belirlenmiş olan kriter kavramlar muğlak olup yoruma muhtaçtır¹⁶. Doktrinde, hükümde ifade edilen “*serbest yedek akçe*”, “*şirket kârı*” ve “*şirketin geçmiş yıl zararları*” terimlerinin ne ifade edeceği hususu tartışılmıştır¹⁷. Lafzi olarak kapsamının belirsiz ve yoruma açık ifadelerin tercih edilmesi, hükmün etkin bir şekilde uygulanmasını zayıflatmakta ve malvarlığının korunması ilkesinin etkinliğine gölge düşürmektedir. Bu açıdan pay sahiplerinin şirkete borçlanması hususunda, net bir koruma sağlanması hedefleniyorsa, hükümde belirtilen koşulların açık bir şekilde belirtilmesi gerekir.

Anılan hükümlere yönelik diğer eleştiri hükmün ilk halinde belirtilmiş olan “*emsallerine uygunluk*” kriterinden vazgeçilmesidir¹⁸.

¹⁴ Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 323; Ahmet Tamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, S. 102, 2012, TBB Dergisi, s. 110; Toraman Çolgar, s. 214.

¹⁵ Tamer, s. 110.

¹⁶ Hızır, s. 264.

¹⁷ Ayırtılı bkz. Hızır, s. 278 vd.; Toraman Çolgar, s. 226 vd.

¹⁸ Funda Özdin, “Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu (Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak)”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 111.

Kanun koyucu, hükmün ilk halinde emsallerine uygunluk kriteri ile örtülü bir biçimde pay sahiplerine yapılacak bir dağıtımı engellemeyi amaçlamıştır¹⁹. Hükmün 6335 sayılı Kanun değişikliğiyle, emsallerine uygunluk kriterinin kaldırılması neticesinde ihdas ediliş amacını kaybettiği doktrinde ifade edilmiştir²⁰. Ancak her ne kadar emsallerine uygunluk kriteri hükümden çıkarılmış olsa dahi, hükmün değişiklik gerekçesinde, pay sahiplerinin şirkete borçlanması durumuna ilişkin bir genel sınırlama olarak sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi, sermayenin iadesi yasağı ve eşit işlem ilkesi zikredilmiştir. Bu kapsamında, emsallerine uygunluk kriterinin değerlendirmesinin halen bir borçlanma kriteri olarak değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir²¹. Ayrıca, hükümden şirket tarafından pay sahibine verilen borcun geri ödenmesine ilişkin olarak herhangi bir iade süresi dahi belirtilmemesi önemli bir eksiklik olarak görülmüştür²².

TTK m. 644/1-b hükmü gereği TTK m. 358, limited şirketler açısından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak limited şirketler açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 25. maddesiyle yapılan değişikliktir. Bu değişikliğe göre, limited şirket açısından şirket kuruluşunda taahhüt edilmiş olan nakdi sermaye paylarının “*en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi*” şartı kaldırılmıştır. Şirketin yirmidört ay boyunca sermayesiz kalma ihtimali ve uygulamada oluşabilecek pek çok sorun ihtimalinin²³ yanı sıra malvarlığının korunması ilkesini de olumsuz etkilemektedir. Ancak şirkete borçlanma yasağı özelinde değerlendirildiğinde, limited şirket pay sahipleri, taahhüt etmiş oldukları nakdi sermaye bedellerine ilişkin olarak herhangi bir ödeme yapmadan şirkete borçlanamayacaklar. Bu durum her ne kadar olumlu bir etki olarak düşünebilse de anonim şirketler açısından ifade etmiş olduğumuz miktar ve vade hileleriyle bu engelin aşılması mümkündür.

Tüm bu değerlendirmeler karşısında hükmün ilk düzenleniş hali, malvarlığının korunması ilkesine önemli ölçüde hizmet edip, bir koruma

¹⁹ Özdin, s. 106.

²⁰ Özdin, s. 106.

²¹ Toraman Çolgar, s.255; Mehmet Mülazımoğlu, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 195.

²² Poroy/Tekinalp/ Çamoğlu, s. 324.

²³ Hasan Pulaşlı, “ ‘Sermayesiz’ Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler” C. 34, S. 2, 2018, BATİDER, s.5; Bilgeç, Hakan, 7099 Sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri, S. 143, 2019, TBB Dergisi, s. 236.

sağlarken; değişiklik sonrası kural olarak borçlanmanın serbest kabul edilmesi, yasağın belirli kriterlere bağlanması olumsuz bir gelişme olarak kabul edilebilir. Diğer yandan yasağa ilişkin kriterlerin muğlak ifadelerinden kaynaklı olarak pay sahibinin şirkete borçlanma müessesesi suistimale açık bir durumdadır. Her ne kadar TTK m. 564/5'te cezai yaptırım öngörmek suretiyle, hükme yönelik ciddiyet artırılmak istense de, TTK m. 358'e aykırı bir şekilde gerçekleşecek borçlanmanın kapsamı oldukça dardır. Bu nedenle şirket malvarlığını koruma hedefini gerçekleştirme ölçüsü de şüphelidir. Sonuç olarak 6335 sayılı Kanun ile pay sahibinin şirkete borçlanması hususunda yapılan değişikliğin malvarlığının korunması ilkesini olumsuz etkilediği açık bir şekilde görülmektedir.

III. PAY SAHİBİ OLMAYAN YÖNETİM KURULU ÜYELERİ İLE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN PAY SAHİBİ OLMAYAN YAKINLARININ ŞİRKETE BORÇLANMASINA İLİŞKİN TTK M. 395/2 HÜKMÜNDEKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanması hususu TTK m. 395/2'de düzenlenmiştir. Hüküm değişiklik öncesi “*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.*” şeklindedir.

Yasağın amacı hükmün gerekçesinde açıkça sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesi olarak ifade edilmiştir. Ayrıca TTK m. 358'in tamamlayıcısı olduğu belirtilmiştir. Ancak bu hüküm de 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayarak, yasak kişi bakımından daraltılmış, konu bakımından da nakdi sermaye ile sınırlandırılmıştır. TTK m. 358'deki aynı mantıkla yasağın kapsamı yumuşatılmıştır²⁴. 6335 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan hüküm, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan TTK m. 393'te sayılan yakınlarının²⁵ şirkete nakit borçlanamayacağını,

²⁴ Toraman Çolgar, s. 308.

²⁵ TTK m. 393'te “yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından biri” şeklinde sayılmıştır.

şirketin de bu kişiler için kefalet, garanti, teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve borçlarını devralamayacağı hususunu düzenlenmiştir. TTK m. 395/2 hükmünde, kefalet, garanti, teminat verememe, sorumluluk yüklenememe ve borçlarını devralamama şeklindeki kısıtlamalarının 6335 sayılı Kanunla değiştirilmemiş olması malvarlığının korunması ilkesi açısından olumlu kabul edilebilir. Borçlanma yasağının kapsamının en azından benzeri işlemleri de içeriyor olması memnuniyet vericidir. Ancak hüküm kapsamında borçlanma yasağının, şirketin mali durumuna ilişkin bir kriter koyulmadan, muğlak olarak öngörülmesi tüm malvarlığını koruma amacına yönelik olduğu sonucunu çıkarsa da²⁶, yasak kapsamı dışındaki kişilerin şirketin mali durumunun uygun olmadığı bir dönemde borçlanabilmesini mümkün kılması açısından da risk barındırmaktadır.

TTK m. 395/2'nin, 6335 sayılı kanun değişikliği ile birlikte gerekçesinde belirtilmiş olan malvarlığını koruma amacı sorgulanır hale gelmiştir. Yasak kapsamından aynı borçlanmaların çıkarılması hükmün malvarlığını koruma amacını zayıflatmıştır. Bu nedenle hükmün etkisini artırmak amacıyla kapsamı genişletilmeli, şirketin borç verebilmesi için belirli bir mali seviyede olmasına ilişkin olarak da bir kriter koyulmalıdır. TTK m. 644/1-b gereği, limited şirketler açısından da uygulanacak hüküm, bu şirketlere yönelik olarak da aynı sakıncaları içermektedir.

IV. TTK'NİN MÜLGA m. 341 HÜKMÜNÜN MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK m. 341'de taahhüdün onaylanması başlığı altında, esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edildiği hususunun, esas sözleşmenin altında yer alan bir noter şerhiyle onaylanması hususu düzenlenmiştir. Bu hükmün gerekçesinde, şirketin sağlıklı bir şekilde kuruluşunun gerçekleşmesi için, sorumluluk alanını genişleterek, kuruluştaki sorumluluk taşıyan kişilerin arasına noterin de eklendiği; noterin, imzaların yanı sıra payların tamamının kayıtsız ve şartsız taahhüt olunduğunu da inceleyeceği hususu ifade edilmiştir. Esasen malvarlığının korunması ilkesi açısından ciddiyeti artıran, sorumluluğu genişleten ve kuruluşun daha sağlıklı bir şekilde kurulmasına hizmet eden hüküm, 6335 sayılı Kanun'un 43/9 maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁶ Toraman Çolgar, s. 312.

Kuruluş işlemlerini daha masraflı kılan TTK m. 341 hükmünün kaldırılması doktrinde olumlu karşılanmıştır²⁷. Anılan hükmün kaldırılması, şirket kuruluş süreci masrafının azaltılması ve kolaylaştırılması mevcut gelişmeler açısından olumlu bir adım olarak kabul edilebilir. Ancak malvarlığının korunması ilkesi açısından, koruma bariyerlerinden bir tanesinin ortadan kalktığı da söylenebilir. Malvarlığını koruma amacını taşıyan hükümler incelendiğinde, bazı hükümlerin doğrudan koruma amacını taşıdığını, bazılarının da koruma amacı taşıyan diğer hükümleri güçlendirdiği görülmektedir. Sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşmasına hizmet eden hükümler doğrudan malvarlığını korumayı hedefleyen hükümlerdir. TTK m. 341 de bu hükümlerin amacını güçlendiren hükümlerden bir tanesidir. Bu açıdan TTK' da varlığını sürdürmesi malvarlığının korunması ilkesi açısından olumlu kabul edilebilirdi.

V. İŞLEM DENETÇİSİ KURUMUNUN KALDIRILMASININ MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşlem denetçisi kurumu 6102 sayılı TTK döneminde benimsenmiş ve TTK m. 554'te, “*şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını veya herhangi bir diğer şirket işlem ve kararını denetleyen*” kişi olarak ifade edilmiştir. İşlem denetiminin ve işlem denetçiliğinin amacı, yapılan işlemlerin kanunlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak, işlem güvenliğini sağlayarak hatalı ve hileli işlemlerin gerçekleşmesini engellemek, şirketteki ilgili tüm menfaat sahiplerinin haklarını korumak ve nihayetinde malvarlığının korunması ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektir²⁸.

İşlem denetçisinin TTK'da sayılan görevleri şu şekilde sıralanabilir: sermaye şirketlerinin kuruluş işlemlerinin denetlenmesi, birleşme, bölünme, tür değiştirme sözleşmesi ile raporunun denetlenmesi, sermaye artırım ve azaltım sürecinin denetlenmesi, tasfiye hâlindeki bir şirketin birleşmeye katılmasının denetlenmesi, sermayenin kaybı veya borca batıklık hâlinde birleşmeye katılma işleminin denetlenmesi, menkul kıymet ihracının denetlenmesidir. Ayrıca bunlara ek olarak limited şirketler açısından ek ödemenin ve ayrılma akçesinin denetlenmesi hususu da işlem denetçisinin görevleri arasındadır.

²⁷ Erdoğan Moroğlu, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, S. 140.

²⁸ Bülent Berki, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda İşlem Denetçisi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 116.

İşlem denetçisinin görevlendirildiği işlemlere bakıldığında her biri şirket malvarlığının korunması açısından önem arz eden işlemlerdir. Kanun koyucu bu işlemlere ilişkin süreçleri şirket malvarlığını korumak amacıyla özel düzenlemeye tabi tutmuştur. Bu süreçlerin işlem denetçisi eşliğinde ve kontrolünde tamamlanması malvarlığının korunması ilkesinin amacını güçlendirmektedir. Zaten işlem denetçiliği kurumunun getirilmesi de bu amaca hizmet etmektedir. Ancak 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçisi ve bu kuruma atıfta bulunan hükümlerin kaldırılması malvarlığının korunması ilkesi açısından en olumsuz değişikliklerden biridir. 6335 sayılı Kanun ile işlem denetçisi kurumunun kaldırılmasının yanı sıra, bu işlemlere yönelik herhangi bir denetim mekanizmasının getirilmemesi de Kanun'un diğer bir olumsuzluğu olarak söylenebilir²⁹.

VI. DENETİME TABİ ŞİRKETLER VE BAĞIMSIZ DENETİM AÇISINDAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRMESİ

6102 sayılı TTK'da, anonim şirketlerin denetimi hususunda köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Şirketin denetimi, şirketin zorunlu üç organından biri olan ve üyelerinin uzmanlık bilgisine sahip olma zorunluluğu bulunmayan denetim kurulunun görev ve yetkisinden çıkarılarak, bağımsız ve konunun uzmanı kişilerce gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır³⁰. Bu şekilde hem kurumsal yönetim ilkesinin hem de malvarlığının korunması ilkesinin amacının gerçekleşmesi sağlanmak istenmiştir.

TTK m. 397 ile anonim anonim şirketlerin, TTK m. 565/2 atfıyla paylı komandit şirketlerin ve TTK m. 635. madde atfıyla limited şirketlerin bağımsız denetimi hususu düzenlenmiştir. Bu nedenle tüm sermaye şirketlerinin bağımsız denetime tabi olması amaçlanmıştır. TTK m. 635'in madde gerekçesinde, AET/AT yönergeleri gereği, limited şirketin sermaye şirketi türü olarak anonim şirketle aynı denetleme sistemine bağlanması hususu ifade edilmiştir. TTK' da sermaye şirketlerinin denetimine ilişkin olarak, malvarlığının korunması ilkesi açısından oldukça önemli gelişmeler kaydedilmesine rağmen 6335 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte bu gelişmeler önemli ölçüde kaybedilmiştir³¹. Zira 6335 sayılı Kanun ile TTK m. 397'ye eklenen 4.

²⁹ Ercüment Erdem, 6335 Sayılı Kanun ile Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, 2012, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/6335-sayili-kanun-ile-yeni-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisiklikler>.

³⁰ Korkut Özkorkut, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 32.

³¹ Özkorkut, s. 193.

fıkra gereği bağımsız denetime tabi şirketlerin kapsamı önemli ölçüde daraltılarak, bağımsız denetime tabi şirketlerin Cumhurbaşkanınca (02/07/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK öncesi Bakanlar Kurulunca) belirlenmesi hususu düzenlenmiştir. Bu değişiklik sonrası pek çok şirket bağımsız denetim kapsamından çıkarılmıştır. Denetim kurulunun zorunlu bir organ olmaktan çıktığı 6012 sayılı TTK döneminde, 6335 sayılı Kanun değişikliği neticesinde denetime tabi olmayan anonim şirketlerin oluşması malvarlığının korunması ilkesi açısından kabul edilemez bir durumdur. Bu şekilde şirketteki tüm menfaat grupları zarar görmeye açık hale gelmiştir.

6335 sayılı Kanun ile bağımsız denetime ilişkin değişikliklerden bir diğeri TTK m. 400'de gerçekleşmiştir. Denetçi olabileceklerin düzenlendiği madde değişiklik öncesi, denetçilerin ancak ortakları, yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabileceği; orta ve küçük ölçekli anonim şirketler açısından ise, bir veya birden fazla yeminli malî müşaviri veya serbest muhasebeci malî müşavirin olabileceği ifade edilmiştir. 6335 sayılı Kanun değişikliği ile hüküm *“denetçinin bağımsız denetim yapmak üzere, 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişiklik neticesinde bağımsız denetçi seçilebilecek kişilere ilişkin hüküm daha esnek hale getirilmiştir. Küçük ve orta büyüklükteki anonim şirketlerin denetimi açısından, yeminli malî müşavirler ile serbest muhasebeci malî müşavirlerin sürekli görevlendirilmesinin yanı sıra bir de en az iki denetçi görevlendirmeleri gerekliliği aşırılık olarak kabul edilerek bu değişiklik doktrinde olumlu kabul edilmiştir³². Ancak malvarlığının korunması ilkesi açısından küçük ve orta büyüklükteki anonim şirketlerin denetimi hususunda bir eksiklik yaratacaktır.

Denetime tabi sermaye şirketleri açısından kurumsal yönetim ve şeffaflığı artırmaya yönelik olarak benimsenen TTK m. 1524'de düzenlenen internet sitesi açma yükümlülüğü açısından da 6335 sayılı Kanun'un etkisi gözlemlenmektedir. Denetime tabi anonim şirketlerde kapsamın daraltılmasıyla birlikte, internet sitesi açma yükümlülüğü bulunan şirket kapsamı da daralmıştır. İnternet sitesi açma yükümlülüğünün öngörülme amacı olan şeffaflığın artırılması hususunun malvarlığının korunması ilkesini de güçlendirici etkisi

³² Moroğlu, s. 201.

bulunmaktadır. Zira şeffaflık yoluyla iç ve dış denetimin sağlanmasıyla şirketlerin ekonomik istikrarını sağlamak ile şirketin tüm menfaat gruplarının korunması amaçlanmıştır³³. 6335 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen şeffaflığa yönelik kapsam daralması malvarlığının korunması ilkesi açısından da olumsuz etkiye sahiptir.

VII. LİMİTED ŞİRKETLERDE KURULMA ANINI DÜZENLEYEN HÜKME İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER VE MALVARLIĞININ KORUNMASI İLKESİNE ETKİLERİ

Limited şirketlerin kurulma anının düzenlendiği TTK m. 585 hükmünün değişiklikten önceki hali, “*kurucuların limited şirket kurma iradelerini açıklayıp, sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleri ve nakit kısmını hemen ve tamamen ödemeleriyle kurulur.*” şeklindeydi. Limited şirketlerde nakdi sermaye ödenmesine ilişkin bu değişiklik, 6762 sayılı TTK’da düzenlendiği şekliyle uygulamada yol açtığı sorunları ortadan kaldırma amaçlıdır. Hükmün gerekçesinde de bu husus; “*ödemeye çağrı, temerrüt, iskat, bedelinin tamamı ödenmemiş pay gibi çeşitli zorluklara, çekişmelere ve kötüye kullanmalara yol açan ve kabuk şirketlerin kurulmasını cesaretlendiren esas sermayenin taksitlerle ödenebilmesi sistemine son verilmiştir.*” şeklinde ifade edilmiştir. 6102 sayılı TTK’da benimsenin bu usul malvarlığının korunması ilkesi açısından son derece olumlu bir düzenlemeydi. Ancak 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde limited şirketlerde nakit sermayenin derhal ve tamamen ödenmesi şartı kaldırılarak, anonim şirket hükümlerine yapılan atf neticesinde, sermayenin dörtte birinin kuruluşta, geri kalan kısmının da yirmi dört ay içinde ödenmesi şeklinde düzenlenmiştir.

6335 sayılı Kanun öncesi limited şirketin kurulması için, sermayesinin tamamının ödenmesi gerekmekteydi. Sermayenin tamamının ödenmesi oy ve kâr payı gibi pek çok sorunun önlenmesinin yanı sıra sermayenin eksiksiz ve fiilen oluşmasını sağlamaktaydı. Malvarlığının korunması ilkesinin sermayenin oluşması ayağının şirket kuruluşunda “*hemen ve tamamen*” gerçekleştirilmesi, ilkenin amacını bu ayak açısından gerçekleştirmekteydi. Ancak 6335 sayılı Kanun değişikliği neticesinde yalnızca itibari değerinin yüzde yirmibeşinin şirkete getirilmesinin yeterli olması ve kalanının da yirmidört ay içinde getirilebilmesi limited şirketler hukuku açısından ilkenin etkisini hafiflettiği gibi, 6102 sayılı TTK’da değişiklik öncesi hükmün benimsenme gerekçesiyle de çelişmektedir.

³³ Paslı, Kurumsal Yönetim, s. 49 vd.

Limited şirketlere nakdi sermaye getirilmesine ilişkin olarak malvarlığının korunması ilkesinin etkisini azaltan değişiklikler, 6335 sayılı Kanunla sınırlı kalmayıp, 7099 sayılı Kanunla da devam ettiği görülmektedir. 7099 sayılı Kanun değişikliği neticesinde, nakit sermaye olarak taahhüt edilmiş olan paylarının itibari değerinin en az yüzde yirmibeşinin ödenmesi şartının da kaldırılarak, nakdi sermayenin şirketin tescilinden itibaren yirmidört ay içerisinde ödenmesi imkânı getirilmiştir³⁴. Bu değişiklik neticesinde limited şirket, sermayenin tamamının nakit sermaye olarak taahhüt edildiği varsayımında sermayesiz olarak kurulabileceği gibi, yirmidört ay da sermayesiz olarak varlığını sürdürebilir. Limited şirketler hukukunda nakdi sermayenin şirkete getirilişi hususundaki bu aşamalı değişiklikler, malvarlığının korunması ilkesinin sermaye oluşum kurallarını aracılığıyla gerçekleştirilmeyi amaçladığı koruyucu etkisini bertaraf etmektedir.

VIII. CEZAI HÜKÜMLERDEKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

6102 Sayılı TTK'da, ticari hayatın sağlıklı bir biçimde ilerlemesi ve ticari hükümlerin etki gücünün artırılması amacıyla cezai hükümler öngörülmüştür³⁵. Cezai yaptırımların uygulandığı hükümler incelendiğinde görüleceği üzere bu hükümlerin birçoğu, şirket malvarlığını korunmaya hizmet eden hükümlerdir. Kanun koyucu şirket malvarlığının korunması amacını cezai hükümler aracılığıyla güçlendirmek istemiştir.

TTK'da 562. madde'de "Suçlar ve cezalar" başlığı altında anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında cezai yaptırım içeren hükümler düzenlenmiştir. Bu hükmün limited şirketler ile paylı komandit şirket açısından da uygulanması ilgili hüküm atıflarıyla sağlanmıştır. Hükmün amacı değerlendirildiğinde, kamunun aydınlatılması, şeffaflığın sağlanması, kurumsal yönetim ilkesi ve malvarlığının korunması ilkelerinin amaçlarının gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmiştir³⁶. Bu yönde bir kabul 6102 sayılı TTK'nın temel mantığına da uygundur. 6335 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte, belirlenmiş olan cezai yaptırımlara ilişkin hükümlerin bazılarının yumuşatıldığı görülmektedir. Bu kapsamda özellikle defter tutma ve raporlama ile buna ilişkin prosedürel işlemlere

³⁴ Pulaşlı, s. 5; Ömer Korkut, "7099 Sayılı Kanun ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", 2015, C.2, S.4, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 21; Bilgeç, s. 236.

³⁵ Emrullah Kervankıran, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği-I", C.6, S.10, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.178.

³⁶ Kervankıran, s. 182.

yönelik hükümlerde belirlenmiş olan adli para cezalarının idari para cezasına dönüştürüldüğü görülmektedir. Bu yönde bir değişiklik; yaptırımları adli yaptırım alanından çıkararak, idari yaptırım alanına sokmaktadır. Bu açıdan 6335 sayılı kanun ile cezai hükümlerin yumuşatıldığı söylenebilmektedir.

SONUÇ

Sermaye şirketlerinden anonim ve limited şirket açısından pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu, şirketteki diğer pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının ve şirketin ekonomik varlığının korunması ihtiyacını doğurmuştur. Tüm menfaat gruplarının tek başvuru kaynağı olan şirket malvarlığının korunmasına hukuk düzenleri tarafından özel önem verilerek, özellikle Kıta Avrupası hukukunda bu koruma yasal hükümler aracılığıyla gerçekleştirmek istenmiştir. Malvarlığının korunması ilkesi, şirket malvarlığını koruyan hükümlerin ilkesel kapsamda değerlendirilmesi anlamına gelip, özellikle anonim şirketler hukukuna hâkim ilkelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

6102 sayılı TTK'da malvarlığının korunması ilkesinin amacını gerçekleştirmeye hizmet eden pek çok hükümde 6335 sayılı Kanun ile esaslı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Şirkete borçlanma yasağının kapsamının daraltılması, taahhüdün onaylanması müessesesinin kaldırılması, işlem denetçiliği kurumunun kaldırılması, denetime tabi sermaye şirketlerinin kapsamının daraltılması ve bağımsız denetim kapsamındaki hükümlerin hafifletilmesi, limited şirketlerde nakdi sermaye getirilmesine ilişkin hükümde yer alan değişiklikler ve cezai hükümlerdeki değişiklikler, malvarlığının korunması ilkesinin amacına doğrudan etki etmektedir. Yapılan değişiklikler ile malvarlığını koruyan hükümlerin etki alanının daraltılıp zayıflatıldığı görülmektedir. Bu nedenle 6335 sayılı Kanun'un malvarlığının korunması ilkesine etkileri olumsuz niteliktedir.

6335 sayılı Kanun'un olumsuz etkilerinden kurtulmak ve malvarlığının korunması ilkesinin amacını tekrar güçlendirmek için çeşitli kanun değişikliklerine ihtiyaç duyulmaktadır. TTK' da şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK m. 358 ve TTK m. 644/1-b hükümlerinde, emsallerine uygunluk kriteri yeniden getirilmeli, "serbest yedek akçe", "şirket kârı" ve "şirketin geçmiş yıl zararları" gibi muğlak terimlerinden ziyade şirketin gerçek ekonomik durumunu ortaya koyan belirli zaman aralıklarını da ifade eden terimler tercih edilmeli veya bu yönde hükmü netleştirecek eklemeler yapılmalıdır. Aynı şekilde pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanması hususunun düzenlendiği TTK m. 395/2'de de benzer kaygılarla şirketin mali

durumuna ilişkin bir kriter koyulmadan borçlanılmasını engelleyici bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

TTK m. 341'de taahhüdün onaylanması başlığı altında, esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmede taahhüt edildiği hususunun düzenlendiği hükmün mülga olması her ne kadar kanunkoyucunun ve politik yönelimin kolay ve masrafsız şirket kurulması yönündeki iradesinin varlığını gösterse de, malvarlığının korunması ilkesi açısından koruyuculuk etkisini azaltmaktadır. Bu nedenle böyle bir hükmün tekrar TTK'da yer alması olumlu bir yaklaşım olacağı düşüncesindeyiz.

İşlem denetçiliği kurumuna yönelik hükümlerin kaldırılması malvarlığının korunması ilkesi açısından büyük eksiklik teşkil etmektedir. İşlem denetçisi kurumunun eşlik ettiği işlemlere bakıldığında şirket malvarlığı açısından önem arz eden işlemler olduğu görülmektedir. Bu nedenle işlem denetçiliği kurumunun tekrar TTK'da yer alması şirket malvarlığının korunması açısından olumlu bir değişiklik teşkil edecektir.

Denetim kurulunun kaldırıldığı anonim şirket açısından, denetime tabi anonim şirketlerin azaltılması ve bağımsız denetim hususunun da kısıtlanması, işlem denetçiliği kurumunun da kaldırılmasıyla beraber şirketin denetimi hususunda büyük bir zafiyet meydana getirmiştir. Şirketin denetiminin malvarlığını koruma amacı doğrultusunda gerçekleşmesi şirketteki tüm menfaat grupları açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle denetime tabi şirketlere ilişkin düzenlemeler ve bağımsız denetim açısından 6335 sayılı Kanun değişikliği öncesi haline dönülmelidir. 6102 sayılı TTK'nın en önemli yeniliklerinden biri olan bu husus, şirket malvarlığının korunması amacına ve kanunun ruhuna uygun bir şekilde uygulanması sağlanmalıdır.

Limited şirketlerin kurulma anının düzenlendiği TTK m. 585 hükmünün, 6335 sayılı Kanun ile değişikliği öncesi kanunkoyucu sermayenin "hemen ve tamamen" oluşmasına yönelik bir irade içerisindedir. Sermayenin eksiksiz ve fiilen getirilmesine hizmet eden bu hükme yönelik değişiklik malvarlığının korunması ilkesinin etkisini zayıflatmaktadır. Limited şirketlerin kuruluş ciddiyetinin sağlanması açısından TTK m. 585 hükmünün değişiklik öncesi halinde olduğu gibi sermayenin hemen ve tamamen getirilmesi mantığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Son olarak 6335 sayılı Kanun değişikliği ile cezai hükümlerde de gerçekleştirilen yumuşatılma neticesinde, hukuk politikasında kanunkoyucunun tercihinin malvarlığının korunması ilkesinden ziyade şirket kurmanın kolaylaştırılması ve hükümlerin esnekleştirilmesinden yana olduğunu görmekteyiz. Şirketlerin kuruluşunda ve faaliyeti

sırasında tercih edilen bu esnekleşme, şirketin tüm menfaat grupları ve ülke ekonomisi açısından barındırdığı sakıncalar da gözden kaçırılmamalıdır. Şirketin sağlıklı bir şekilde mevcudiyeti koruması açısından önem arz eden malvarlığının korunması ilkesinin gücünü artıracak kanuni değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

Baumbach A/Hueck A, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, C.H.BECK, München, 2019.

Berki B, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda İşlem Denetçisi, İstanbul Aydın Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Bilgeç H, 7099 Sayılı Kanun ile Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri, TBB Dergisi, S. 143, 2019, ss. 235-256.

Bilgili F/Demirkapı E, Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınevi, Adana/Bandırma, 2021.

Çeker M, "Şirkete Borçlanma Yasağı", C.18, S. 2, 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 659-670.

Druey J N/Druey J E, Glanzmann L, Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2021.

Erdem E, 6335 Sayılı Kanun ile Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, 2012, <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/6335-sayili-kanun-ile-yeni-turk-ticaret-kanununda-yapilan-degisiklikler>.

Eryiğit H, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Forstmoser P, Meier-Hayoz Arthur/ Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.

Goette W/Kalss S/Habersack M, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, C.H. BECK, München 2019.

Haaker A, "Zur Zukunft der Kapitalerhaltung – IFRS und Solvenzttest statt HGB-Abschluss?", Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, C. 59, Sayı. 3, 2009, Walter de Gruyter GmbH, ss. 198-218.

Henssler M, Beck Online Grosskommentar, Kommentar zum Aktiengesetz, C.H. Beck, München, 2019.

Henssler M/Strohn L, Gesellschaftsrecht, C.H. Beck, München 2019.

Hızır S, "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m. 358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", C. 29, S. 2, 2013, BATİDER, ss. 227-289,

Hüffer U/ Koch Jens, Aktiengesetz, C. H. Beck, München, 2021.

Kervankıran E, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği-I", C.6, S.10, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 177-201.

Korkut Ö, “7099 Sayılı Kanun ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, 2015, C.2, S.4, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.13-23.

Kägi U/Stunder U/Tsün K, “Aktienkapital und Kapitalschutz bei Bilanzierung in Fremdwährung”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Zürich, 2021, Dike Verlag AG, ss. 163-186.

Kägi U, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Dike Verlag, Zürich, 2012.

Meyer T, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Dike Verlag, Zürich, 2009.

Michalski L/ Heidinger, Andreas/ Leible, Stefan / J. Schmidt, Jessica, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), C. H. BECK, München, 2017.

Moroğlu E, 6102 Sayılı Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Mülazımoğlu M, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Özdin F, ”Sermayenin İadesi Yasağının (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu (Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak)”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Özkorkut K, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

Paşlı A, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2005 (Kurumsal Yönetim)

Paşlı A, ”Yeni Türk Ticaret Hukuku Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, C. 27, S. 3, 2011, BATİDER, ss. 137-170. (Genel Hükümler ve Temel İlkeler)

Pulaşlı H, ”Sermayesiz” Sermaye Şirketi ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler” C. 34, S. 2, 2018, BATİDER.

Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Schwarzfischer Fabian B., “Verdeckte Gewinnausschüttungen im Aktienrecht” Das Spannungsverhältnis zwischen Kapitalerhaltung und Kapitalmarkthaftung, 2014.

Sevi, A M, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013

Spindler G/ Stilz E, Kommentar zum Aktiengesetz, Band: 1, C. H. Beck, München 2019.

Tamer A, “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m. 358)”, S. 102, 2012, TBB Dergisi.

Toraman Çolgar E, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

Türk A, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Yanlı V, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.