

ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

Prof. Dr. Mustafa ÇEKER*

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanununun en çok tartışma konusu olan hükümlerinin başında şirkete borçlanma yasağı oluşturmaktadır. Bu düzenlemenin amacı, ticarî hayatta çok yaygın olan, kazandığı boyutlar yüzünden büyük zararlara sebep olan kötü ve sakat bir uygulamayı önlemektir. Gerçekten bir çok şirkette, pay sahipleri, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmakta, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmakta, şirketten para çekmektedirler. Bu uygulamalardan dolayı şirketin tüzel kişiliğinin hiçbir anlamı kalmadığı gibi, alacaklılar da zarara uğrayabilmektedir. Bu gerekçelerle yeni kanunda şirket ortak ve yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması sınırlandırılmıştır. Çalışmada, şirkete borçlanma yasağının uygulama alanı, kapsam ve sınırları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Şirkete Borçlanma, Anonim Şirket, Alacaklıların Korunması

ABSTRACT

The provision of the ban on the company debt comes first on the debates of the new Turkish Commercial Code provisions. The purpose of this arrangement is to prevent the poor and disabled application which is very common in commercial life and due to its size causes huge losses. In the many companies, shareholders really use the company case for the many business and the processes including the capital commitments, make personal spending through this and withdraw money from the company. Due to these applications, as the legal entity of the company is not a means and the creditors will be damaged also. With these reasons, on the new code, the company debt of the members of the company and the board of directors is limited. In this study, the application, scope and limitations of the ban on the company debt are examined.

Keywords: Company Debt, Joint Stock Company, the Protection of Creditors

I. GENEL OLARAK

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun en çok tartışma konusu olan düzenlemesi, pay sahibi ve yönetim kurulu üyeleri için getirilen şirkete borçlanma yasağıdır. Gerçekten TTK.m.358 hükmüyle anonim şirket sahiplerinin şirkete borçlanamayacakları öngörüldüğü gibi, TTK.m.395/II ile aynı sınırlamanın kapsamına yönetim kurulu üyeleri de dâhil edilmiştir¹. Böylece, uygulamada hemen tüm şirketlerde yoğun bir şekilde kullanılan ve faturasız mal alış ve satışlarının gizlenmesi, kasa açık ve fazlalarının kapatılması, örtülü kazanç aktarımı gibi çeşitli amaçlara hizmet eden “ortaklar cari hesabı” uygulamasına son verilmek istenmiştir². Avrupa yatırım ikliminde bulunmadığı ve tüzel kişilik kavramıyla bağdaşmadığı için son verilmesi gerektiği ifade edilen ortaklar cari hesabı uygulamasının kaldırılması, uzmanlarca bir devrim olarak nitelendirilirken, birçok işadami ve sanayici bu düzenlemelere karşı çıkmaktadır.

Bu çalışmada, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6335 sayılı Kanunla değişik 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda şirkete borçlanma yasağının ne şekilde düzenlenmiş olduğu, kapsamı ve sınırları ile yasağa aykırı davranışın yaptırımının ne olacağı incelenmektedir³.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Adana, mceker@cu.edu.tr

¹ 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu'nda ortakların veya şirket yöneticilerinin şirkete borçlanmasını yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Buna karşılık 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15/son maddesi halka açık anonim şirketlerin yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamayacağını, 47/A-6 maddesi ise söz konusu işlemlerde bulunarak kârı veya malvarlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenlerin 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 5.000 günden 10.000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe giren 13/1. maddesi de kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları durumunda, kazancın tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı öngörülmektedir. Bu yüzden, Vergi Kanunlarında şirkete borç veren veya borç alan ortakların bu davranışı örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmekte ve faiz tahakkuk ettirilmek koşuluyla bu tür işlemlere onay verilmektedir.

² Nitekim TTK.m.358'e ilişkin madde gerekçesinde bu yasağın hangi sebeplerle getirildiği şu şekilde ifade edilmiştir. “Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü, hükümle paysahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemden şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Hükme aykırılık, aynı zamanda cezaî yaptırıma da bağlanmıştır (TK madde 562, b.4). Ancak bu hükmün istisnasız bir şekilde ve katı bir tarzda uygulanması haksızlıklara yol açabilirdi. Onun için hükmün ikinci kısmına yer verilmiştir. Bu kısımda işletmesi dolayısıyla şirkete iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır. İstisna pay sahiplerinin, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmasını gerekli kılar. Şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur”.

³ Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağına ilişkin hükümlerde kanunun yürürlüğe girmesine sayılı günler kala 6335 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Tebliği sunduğumuz tarihte mevcut olmayan bu yeni düzenlenmeler hakkında ilgili kısımlara gerekli açıklamalar konulmuştur.

II. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ DÜZENLENİŞİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, şirkete borçlanma yasağına ilişkin olarak temelde iki ayrı hükme sahiptir. Buna göre, TTK.m.358’de genel olarak anonim şirket ortaklarının şirkete borçlanmasını düzenlenirken, TTK.m.395’de yönetim kurulu üyelerine yönelik özel bir hükme yer verilmiştir. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı başlığını taşıyan TTK.m.358 uyarınca, *“pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz”*⁴. Buna karşılık, yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma yasağını düzenleyen TTK.m.395’in ikinci fıkrasında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri, yakınları ile bağlantılı olduğu kişilerin şirkete borçlanması da yasak kapsamına alınmıştır. Bu hükme göre, *“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”*⁵.

Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağına ilişkin kanundaki düzenlemeler bu iki madde ile sınırlı değildir. Gerçekten, TTK.m.562’de *“yasağa aykırı davranışların yaptırımı”* düzenlendiği gibi, limited şirketlere ilişkin 615. madde *“öz kaynak niteliği taşıyan ödünçleri”* hükme bağlamak suretiyle şirkete borçlanma yasağının yanında şirkete ödünç verilmesi de sınırlanmaktadır. TTK.m.562 uyarınca, *“358 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar ile 395 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar”*.

Öte yandan, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un mülga 24. maddesinde, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yapılmış olan borçlanmaların ne şekilde tasfiye edileceği düzenlenmiştir⁶. Buna göre, *“Türk Ticaret Kanununun 358 inci maddesine aykırı şekilde, anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. Borcun kısmen veya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, borç için kambyo senedi verilmesi, ödeme planı yapılması veya benzeri yollara başvurulması bu madde anlamında tasfiye sayılmaz. Birinci fıkrafta 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”*.

Yukarıda sıralanan hükümlerde 26.06.2012 tarihinde TBMM’de kabul edilen 6335 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak, TTK.m.358’de tüm pay sahipleri için öngörülüş olan borçlanma yasağının kapsamı daraltılarak, yasak sadece sermaye borcu olan pay sahipleriyle sınırlandırılmıştır. Buna göre *“pay sahip-*

⁴ Maddenin ilk şekli şu şekilde idi: *“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”*.

⁵ Maddenin ilk şekli şu şekilde idi: *“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”*.

⁶ RG. 14/2/2011, S. 27846.

leri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz”. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: “Maddeyle, borçlanma yasağı yumuşatılmış ancak kaldırılmamıştır. Maddede yapılan değişiklikle ortakların ve şirket yöneticilerinin acil kaynak ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Buna karşılık söz konusu maddede yapılan değişikliklerle şirket ortaklarının ve yöneticilerinin şirket varlıklarından sınırsız olarak borçlanmasına imkan tanındığı sonucuna da ulaşılmamıştır. Zira bu husus, bu Kanunun temel ilkelerinden birisi olan sermayenin korunması ilkesine ters düşmektedir. Borçlanma yasağına ilişkin söz konusu düzenlemelerin yapılmasındaki amaç, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirketi zarara uğratmayacak şekilde karşılanmasıdır. Diğer taraftan, şirket varlıklarının uzun süreli ve yüksek oranlarda ortaklar veya yöneticiler tarafından (borçlanmak suretiyle) kullanılması söz konusu maddelerde yapılan değişikliğin amacına uygun olmayacaktır. Bu hali “şirketin içinin boşaltılması” veya “şirketin hortumlanması” şeklinde tanımlayabiliriz. Bu durumda, yani şirket varlıklarının uzun süreli, yüksek oranlarda ve karşılıksız olarak borçlanma adı altında şirket ortaklarına veya yöneticilerine kullandırılması halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 155 inci maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun veya bu şekilde gerçekleşen borçlanma sonucunda şirketin iflası halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 161 inci maddesinde düzenlenen hileli iflas suçunun oluşabileceği açıktır”.

Kanunda yapılan değişiklikler 358. maddeyle sınırlı değildir. Bu maddenin yanı sıra yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasını düzenleyen TTK.m.395/II’de de 6335 sayılı Kanunla bazı değişikliklere gidilmiştir. Buna göre, “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”. Görüldüğü gibi, kanunun ilk metninde bütün yönetim kurulu üyeleri ile yakınlarını kapsayan şirkete borçlanma yasağı, sadece “pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri” ve yine onların “pay sahibi olmayan yakınları” ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca, Tebliğimizde tartışma konusu yaptığımız bu yasağın ihlal edilmesinin hukukî yaptırımı sorununa da açıklık getirilmiş ve şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarına bu kişileri takip hakkı tanınmıştır.

Bunun dışında, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden biri de şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesinde uygulanacak cezaî yaptırım konusunda olmuştur. Kanunun ilk metninde yasağa rağmen şirkete borçlanana uygulanacak olan para cezası yaptırımının muhatabı değiştirilmiştir. Buna göre, “358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler” üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacaklardır.

Son olarak Tebliğimizde inceleme konusu yaptığımız TTK.m.615. düzenlenmesi de henüz uygulanma olanağı bulamadan 6335 sayılı Kanunun 43. maddesi hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

III. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ KONUSU, KAPSAMI VE Sİ-NİRLARI

Şirkete borçlanma yasağının amacı, ticarî hayatta çok yaygın olan, kazandığı boyutlar yüzünden büyük zararlara sebep olan kötü ve sakat bir uygulamayı önlemektir. Gerçekten uygulamada, pay sahipleri, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmakta, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmakta, şirketten para çekmektedirler. Bu uygulamalardan dolayı şirketin tüzel kişiliğinin hiçbir anlamı kalma-

dığı gibi, alacaklılar da zarara uğrayabilmektedir. Bu gerekçelerle yeni kanunda ortak ve yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması yasaklanmıştır. Sözü edilen yasağı tam olarak anlayabilmek için, bu yasağın konu, kapsam ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

A. Borçlanma Yasağının Konusu

Şirkete borçlanma yasağının konusunu şirketten alınan *her türlü borç* oluşturur. Bu noktada borç kavramı ile neyin kastedildiği sorusuyla karşılaşılabilir. Bilindiği üzere, genel anlamda borç, alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu her türlü edimi kapsayan çok geniş bir kavramdır⁷.

Borçlanma yasağının konusunu belirlerken, kanaatimizce TTK.m.358 ile m.395/II hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, ortağın şirketten *nakit para* almasının yanı sıra, şirkete ait bir malın ortağa vadeli biçimde satılması ya da ödünç verilmesi tarzındaki *aynî borçlanmalar* da yasaktır (TTK.m.358). Örneğin, şirket ortağının kişisel ihtiyacı için bir malın bedeli şirket kasasından ödenmek suretiyle satın alınması ve bu malın kullanım hakkının ortağa verilmesi de şirkete borçlanma sayılmalıdır. Ayrıca, ortakların borcundan dolayı şirketin *üçüncü kişilere kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi, ortakların borçlarını devralması* gibi işlemler de yasak kapsamındaki borçlar arasında yer alır (TTK.m.395/II). Böylece, şirketin ortağı lehine imzaladığı kontrgarantiler, aval, ciro, kabul gibi taahhütleri, ortağın bir banka olduğu durumlarda ortağa tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, şirkete ait varlıkların ortaklara vadeli satışından doğan alacaklar, ortağın taraf olduğu her türlü sözleşme nedeniyle üstlenilen riskler, şirketin ortağı lehine borçlanmasına yol açan işlemlerdendir.

Buna karşılık, sözü edilen yasak, emsallerine uygun olmak koşuluyla vadeli mal alarak şirkete borçlanmayı kapsamaz. Kanunun amacı, yönetim kurulu üyelerinin yakın akrabaları ile şirketin ticari ilişki içerisine girmesini tamamen yasaklamak değildir. Birçok şirketin müşteri çevresi, ortakları, yönetim kurulu üyeleri ve bunların yakınlarından oluşur. Dolayısıyla bu düzenlemede amaç, şirketin faaliyet konusuna giren işlemlerin “yakın akrabalar” tarafından mutlaka nakit ve peşin olarak yapılmasını sağlamak değil, şirketin faaliyet konusuna girmeyen işlemlerle şirket mal varlığının yakın akrabalar tarafından haksız şekilde ve kötüye kullanımına engel olmaktır. Bu yüzden, gerek şirket ortakları gerekse yönetim kurulu üyeleri ile yakınları, diğer “herkes gibi” şirketten vadeli biçimde mal alışı yapabilirler (*emsale uygunluk ilkesi*). Ancak, şirketin bu kişilere diğer müşterilerine göre daha farklı bir uygulama yapmak suretiyle borçlanmalarını sağlaması kanuna aykırı düşer. Nitekim, 6335 sayılı Kanunla TTK.m.395/II’de yapılan değişiklikte açık bir biçimde pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile bunların yakınlarının *nakit olarak* borçlanmasının yasak olduğu açık bir şekilde vurgulanmış ve bu konudaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağının ortaya çıkabilmesi için şu iki şartın mevcut olması gerekir⁸:

- Pay sahibinin sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borcunu ifa etmemiş olması
- Şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmaması

⁷ Eren, F.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s.23-24.

⁸ Bu şartlar maddenin ilk şeklinde bulunmamakta ve yasak bütün pay sahiplerini kapsamakta idi.

B. Borçlanma Yasağına Tabi Olan Şirketler

Şirkete borçlanma yasağı esas olarak anonim şirketler için geçerlidir (TTK.m.358, m.395/II). Yasak bağlamında şirketin büyüklüğünün, halka açık olup olmamasının bir önemi yoktur. Hatta tek ortaklı şirketlerde bile borçlanma yasağı uygulama alanı bulur.

Bunun gibi, limited şirketlere uygulanacak hükümleri düzenleyen 644/I. madde-nin b bendinde “*şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin 358 inci madde*”ye de atıfta bulunulmuş olduğundan, yasak kapsamına limited şirketler de girmektedir.

Öte yandan, TTK.m.565/II uyarınca, “*kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri*”nin uygulama alanı bulduğu sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ortakları da şirkete borçlanma yasağına tâbidir.

Buna karşılık, kollektif şirket ile komandit şirketlerde ortakların şirket borçlarından dolayı kişisel sorumluluk taşımamasının bir sonucu olarak sermayenin korunması ilkesi geçerli değildir. Bu yüzden kollektif ve komandit şirket ortakları şirkete borçlanabilirler. Ancak, bir anonim veya limited şirket ortağının kendisi veya yakınlarından birinin ortak olduğu şahıs şirketlerinin, diğer şartları mevcut olmak koşuluyla şirkete nakit veya ayın cinsinden borçlanması mümkün değildir (TTK.m.395/II).

Son olarak, adi ortaklık veya şahıs işletmesi şeklinde ticarî faaliyette bulunanlar bakımından borçlanma yasağının söz konusu olmadığını belirtmek gerekir.

C. Borçlanma Yasağının Kapsamına Giren Kişiler

Şirkete borçlanma yasağının kapsamına öncelikle sermaye şirketlerinin ortakları girer. Gerçekten, TTK.m.358’in başlığı “*pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı*” olup, şirkete yönetici olsun olmasın *bütün anonim şirket pay sahipleri* için bu yasak öngörülmüştür. Nitekim madde metnindeki “*pay sahipleri, ... şirkete borçlanamaz*” ifadesi bu hususu teyit etmektedir. Dolayısıyla, borçlanma yasağına tâbi olmak için, anonim şirkete hâkim pay sahibi olmak veya belirli bir oranda paya sahip olmak da gerekmez.

İkinci olarak anonim şirket pay sahiplerinin dışında, TTK.m.644’ün atfı gereğince *limited şirket ortakları* da yasak kapsamındadır. Böylece, ölçөгüne bakılmaksızın bütün limited şirket ortakları da şirkete borçlanamazlar.

Üçüncü olarak, TTK.m.395/II uyarınca, *anonim şirketin pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile bunların pay sahibi olmayan yakınları* şirkete şirkete borçlanma yasağına tâbidirler. Buna göre, “*pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz*”.

Hemen belirtelim ki, Mecliste kabul edilen TTK.m.644’ün ilk şeklinde sadece ortakların borçlanmasını düzenleyen 358. maddeye atfı yapılmış olmakla birlikte, kanaatimizce bu yasak limited şirketlerin pay sahibi olmayan müdürlerini de kapsar¹⁰. Bu görüşümüzün üç ayrı dayanağı vardır. İlk olarak sistematik açıdan şirkete borçlanma yasağında anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile limited şirket müdürlerinin ayrı hükümlere tâbi tutulmasını gerektirecek bir durum yoktur. İkinci olarak, TTK.m.395/II’nin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu düzenleme TTK.m.358’in

⁹ Müzakerelere katılma yasağını düzenleyen TTK.m.393 uyarınca, yönetim kurulu üyesinin kendisi dışında “*alt ve üst soyundan biri, eşi, veya üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları*” da borçlanma yasağına tâbidirler.

¹⁰ Aynı yönde **Ulusoy**, E.; Yeni TTK ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Akrabalarına Adli Para Cezası?, Dünya Gazetesi, 11.02.2012.

tamamlayıcıdır¹¹. Bunun gibi, limited şirketlerde müdürlerin temsil yetkisi konusunda anonim şirket hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını öngören TTK.m.629/1'den hareketle, TTK.m.395/II'nin limited şirket müdürleri için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, TTK.m.395/II hükmünün sadece anonim şirketlerde uygulama alanı bulacağı kabul edilecek olursa, şirket ortağı olan müdür borçlanma yasağına tâbi olurken, ortak olmayan müdür yasak dışında bırakılmış olacaktır. Nitekim 6335 sayılı Kanunla kabul edilen değişiklikler sırasında Tebliğde ileri sürdüğümüz bu görüş kanun koyucu tarafından da benimsenmiş ve limited şirketlere uygulanacak hükümler arasına “müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümleri” de eklenmiştir.

D. Yasak Dışında Kalan İşlemler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, şirkete borçlanma yasağının bazı istisnalarını da düzenlemiştir. Buna göre, aşağıdaki hâllerde, ortakların ve yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanması yasak kapsamı dışında bırakılmıştır:

- Pay sahiplerinin sermaye taahhüdünden doğan borçları (TTK.m.358)
- Sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmak kaydıyla pay sahiplerinin şirkete olan borçları (TTK.m.358)
- Şirketler topluluğuna dâhil şirketlerin birbirlerine kefil olması veya garanti vermesinden doğan borçlar (TTK.m.395/3)¹²
- Bankacılık Kanununda izin verilen hâllerden kaynaklanan borçlar (TTK.m.395/4)¹³

¹¹ “İkinci fıkra tamamen yeni olup, bir açıdan sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir. Hüküm bir anlamda 358 inci maddenin tamamlayıcısıdır ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır”.

¹² Madde metninde “202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla” denildiği için şirketler topluluğuna dâhil olan bir şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkim durumunu kötüye kullanarak yaptırdığı borçlanmalar ise yasak kapsamına girmektedir. Gerçekten, TTK.m.202 uyarınca, “hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirkete kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirkete, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç 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 yönelmez”.

¹³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 50. maddesinin 5. fıkrasına göre, “bir bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velâyet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler, üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ile bu Kanununun 55 inci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen menkul kıymetler karşılığı kullanılan krediler birinci ve dördüncü fıkra hükümlerine tâbi değildir”. Bu konuda açıklama için bkz. Reisoğlu, S.; Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007, C.I., s.648 vd.

IV. ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRI DAVRANIŞIN HUKUKÎ VE CEZAÎ SONUÇLARI

Türk Ticaret Kanunu, sermaye şirketlerinde ortak ve yöneticilerin şirkete borçlanmasını yasaklamının dışında, yasağa aykırı davranışlara karşı çeşitli hukukî ve cezaî yaptırımlar da öngörmektedir.

A. Hukukî Sonuçlar

Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağını düzenleyen TTK.m.358'de yasağa aykırı davranışın hukukî sonucu hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, anonim şirket yönetim kurulu üyelerine yönelik TTK.m.395/II'de şu hükme yer verilmiştir: “*Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler*”. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, TTK.m.395/II hükmü, 358. maddenin tamamlayıcısı niteliğinde olduğundan, kanaatimizce yasağı ihlal eden pay sahipleri açısından da geçerlidir. Buna göre, yasağa rağmen şirkete borçlanan ortak ve yönetim kurulu üyelerine karşı şirket alacaklıları doğrudan takip başlatıp alacaklarını tahsil edebileceklerdir. Nitekim 6103 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 24. maddesinde bu yönde bir hüküm konulmuş ve “*tasfiye süresinin geçmesinden sonra, şirketin alacaklıları, alacakları için, şirkete borçlu olan pay sahibini veya limited şirket ortağını takip edebilir*” denilmek suretiyle TTK.m.395/II'deki yaptırımın yasağı ihlal eden pay sahipleri ve ortaklar açısından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Pay sahibi ve yönetim kurulu üyelerinin şirket borçlarından sorumluluğu sınırsız değildir. Alacaklılar, sözü edilen kişileri *şirkete olan borçlarıyla sınırlı olmak koşuluyla ve alacakları ölçüsünde* takip edebilirler.

Takip hakkının doğumu için, alacaklının önce şirkete başvurması gerekmez. Buna göre, alacaklı, şirkete borçlu olan ortak ve yönetim kurulu üyesine doğrudan başvuru yetkisini haizdir. Dolayısıyla borçlu ortağın önce şirketin takip edilmesi gerektiği iddiası dinlenmez.

Son olarak, şirketin borcundan dolayı alacaklılara ödeme yapmak zorunda kalan pay sahibi veya yönetim kurulu üyesinin ödediği tutardan dolayı şirkete rücu hakkı da yoktur. Zira, bu kişi, kanunda açık bir şekilde yasaklanmasına rağmen şirkete borçlanmış olup, alacaklının takibi üzerine ödeme yapmakla ödediği tutar ölçüsünde şirkete olan borcundan kurtulur, ödediği tutarı şirketten talep edemez.

B. Cezaî Sonuçlar

Şirkete borçlanma yasağının ihlal edilmesi, hukukî sonuçlarının dışında, TTK.m.562'de cezaî yaptırıma da bağlanmıştır. Buna göre, “*Kanunun; 358 inci maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler ile 395 inci maddesine aykırı olarak şirkete borçlananlar, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar*” (TTK.m.562/5)¹⁴. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, maddenin ilk şeklinde

¹⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca, “adli para cezası, 5 günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan durumlarda 730 günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan tutarın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az 20 ve en fazla 100 Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi durumları göz önünde bulundurularak takdir edilir. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir. Hakim, ekonomik ve kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere

kanuna aykırı olarak şirkete borçlanan pay sahiplerine cezaî yaptırım uygulanması kabul edilmiş iken, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda “*kanuna aykırı şekilde pay sahiplerine borç verenler*” sorumlu tutulacaklardır.

V. MEVCUT BORÇLARIN DURUMU

Bilindiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu esas olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla bu tarihe kadar şirket ortak ve yöneticilerinin şirkete borçlanması mümkündür. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra şirkete borçlanmak yasak olduğu gibi, mevcut borçların da tasfiye edilmesi gerekmektedir. Bunun için, 6103 sayılı Yürürlük Kanunu’nun 24. maddesinde üç yıllık bir geçiş süresi öngörülmüş ve yukarıda açıklanan hukukî ve cezaî sonuçların, bu sürenin geçmesine rağmen borçların halen tasfiye edilmemiş olması durumunda uygulanması kabul edilmiş idi. Buna göre, “*Türk Ticaret Kanununun 358 inci maddesine aykırı şekilde, anonim veya limited şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, anılan Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde, nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. 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*”.

Hemen belirtelim ki, Tebliğ tarihinde mevcut olan bu düzenleme, 6335 sayılı Kanunun 47. maddesi hükmüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, mevcut borçların üç yıl içerisinde tasfiye edilmesi yükümlülüğü de henüz kanun yürürlüğe girmeden ortadan kalkmıştır.

V. ŞİRKETE BORÇ VERME YASAĞI

Gerek mevcut Türk Ticaret Kanunu, gerekse 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’nda ortakların şirkete borç vermesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir şirketin, ortakları veya yönetim kurulu üyelerine borç verip onlar lehine kefalet veya garantörlük şeklinde bir taahhüt altına girmesi yasak olmakla birlikte, şirket ortak ve yöneticilerinin şirkete borç vermesi veya şirketin borcuna kefil ve garantör olması serbesttir. Ancak, limited şirketlere ilişkin TTK.m.615’de ortaklar ve onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen özkaynak yerini tutan ödünçlerin, şirketin tasfiyesinde diğer alacaklardan sonra geleceği hükme bağlanmış, ancak 6335 sayılı Kanunla sözü edilen hüküm uygulama alanı bulamadan yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bakımdan, ortak veya yakınlarının şirkete ödünç vermesine yönelik bu düzenlemeyi de incelemekte yarar vardır.

A. Sermaye Yerine Verilen Ödünçler

Mülga TTK.m.615/1 uyarınca, “*ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen ve özkaynakların yerini tutan nitelikteki ödünçler, bir sözleşme veya beyan dolayısıyla sırada yer alanlar da dâhil olmak üzere diğer tüm alacaklardan sonra gelir*”. Buna göre, sözü edilen düzenleme ile ortakların şirkete ödünç vermesi yasaklanmamış, ancak bu ödünçlerin diğer tüm alacaklardan sonra geleceği öngörülmüştür. Maddede öngörülen tek yaptırım, sıralamada sonda kalma değildir. Ayrıca, mülga TTK.m.615/3 uyarınca, şirket hakkında iflas kararı verilmesi durumunda son bir yıl içinde geri alınan ödünçlerin alıcı tarafından iade edilmesi de gerekmektedir.

süre verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler şeklinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi durumunda geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir”.

Buna göre, “iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde, özkaynakların yerini tutar nitelikteki ödüncülerin geriye ödenmesi amacıyla yapılan ödemeler, bu ödemelerin alıcısı tarafından geri verilir”. Görüldüğü gibi, şirket iflas etmediği veya bir sebepten dolayı tasfiyeye gitmediği sürece, özkaynak niteliği taşıyan ödüncülerin şirketten geri alınması mümkün ve geçerlidir. Diğer bir deyişle, şirket ortakları veya yakınları tarafından sermaye yerine verilen borçlar, “ödüncü” niteliğini korumakta olup, şirketin malî durumunun düzelmesi hâlinde bu borçların ortaklara ödenmesi gereklidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda sermayenin yerini tutan ödüncülerin şirketin diğer borçlarından farklı bir konuma alınmasının dayanağını, Alman Hukukunda 1980 yılında yapılan revizyon sırasında getirilen GmbHG § 32a ile İsviçre BK. Öntasarısının 807c hükmü oluşturmaktadır¹⁵. Buna göre, malî açıdan zora düşen şirkete ortakların sermaye artırımı yaparak yeni sermaye getirmek yerine borç vermesi arzu edilen bir davranış değildir; dolayısıyla ortaklarca verilen bu ödüncüler sermaye ödemesi gibi kabul edilir ve şirketin sona ermesi hâlinde tasfiye yapılırken diğer tüm alacaklardan sonra en sonda ödenirler.

Alman Hukuku’ndan farklı olarak İsviçre Borçlar Kanunu bu yönde bir hükme sahip değildir. Gerçekten, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 2000 yılındaki revizyonu sırasında da benzer bir düzenleme gündeme gelmiş, sermayenin yerini tutan ortak ödüncüleri (Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen) hakkında Öntasarının 807c maddesi teklif edilmiştir. Ancak, daha sonradan yapılan müzakereler sonucunda bu hüküm tasarıya (Entwurf) alınmamış ve kanunlaşma olanağı bulunamamıştır¹⁶. İsviçre’deki bu tartışmalar bir ölçüde Alman Hukuku’nu da etkilemiş, 1980 yılında konulan GmbHG § 32a hükmü, MoMiG düzenlemesiyle 01.11.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır¹⁷. Buna karşılık, İsviçre’de kabul görmeyen ve Almanya’da yürürlükten kaldırılan bu kural, Türk Hukuku’na aynen alınmıştır¹⁸. Ancak bu hüküm, tpki

¹⁵ Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ketzer**, A.; Eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, Diss. Köln 1987; **Junker**, A.; Das eigenkapitalersetzende Aktionärsdarlehen, in: ZHR 156 (1992), s.394 vd.; **Raiser**, T/**Veil**, R.; Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., München 2006, § 19, N.30 vd.

¹⁶ İsviçre Öntasarısı ve değerlendirmesi hakkında bkz. **Forstmoser**, P.; Der Vorentwurf für eine Reform des Rechts der GmbH-eine Übersicht, in: Meier-Schatz (Hrsg.) : Die GmbH und ihre Reform – Perspektiven aus der Praxis, Zürich 2000, s.1 vd.; **Forstmoser**, P.; Kapital-, Gläubiger- und Gesellschafterschutz im künftigen GmbH-Recht, in: Les projets de la Sàrl révisée et de SA privée, Lausanne 1998, s.134 vd.

¹⁷ **Lutter**, M.; in:*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl., Köln 2009, s.715; **Ensthaler**, J.; in:*Ensthaler*, J./**Füller**, J.T./**Schmidt**, B.; Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Luchterhand 2010, §§ 32 a, b N.1.

¹⁸ Kanunun madde gerekçesindeki açıklamalardan Komisyonun bu durumun farkında olduğu, müzakereler sırasında karşı tez olarak bazı hususlar ileri sürülmesine rağmen şirketin sermaye tabanını güçlendirmek amacıyla hükmün benimsendiği anlaşılmaktadır: “*Sermaye yerini tutan ödüncü kurumu kolay kabul gören, genel olarak benimsenen bir kurum değildir. Bu sebeple İsviçre Öntasarısında bulunduğu halde Tasarıdan çıkarılmıştır. Reddedilmesinin sebebi, ortakların şirketi gönüllü olarak finanse etmelerini engellemesi olasılığının yüksek olmasıdır. Tasarıya da hakim olan karşı teze göre ortaklarının sermaye koymadıkları, ödüncü 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*”.

İsviçre’de olduğu gibi karşılaşılan tepkiler sonucunda 6335 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.

Şirkete verilen borçların mülga TTK.m.615 kapsamında değerlendirilmesi için, “ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından verilmesi” ve “özkaynakların yerini tutması” gerekmektedir. Bu noktada, ilk olarak “ortaklara yakın kişi” kavramıyla kimlerin ifade edilmek istendiği sorusuyla karşılaşılabılır. Kanaatimizce, sözü edilen kişilerin başında ortağın eşi ve çocukları ile üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları gelir. Ayrıca, bunların ortak olduğu veya ortağı ya da üyesi olmamasına rağmen herhangi bir şekilde kararlarında etkili olduğu şirket, dernek ve vakıf gibi diğer tüzel kişiler, adı geçen ortağın yönlendirmesiyle şirkete ödünç verebilecekleri için bu kapsamda kabul edilmelidirler.

Şirket ortakları veya yakınları tarafından verilen hangi ödünçlerin özkaynak yerine geçeceğine gelince, bu husus mülga TTK.m.615/2’de şu şekilde düzenlenmiştir:

a) Esas sermayenin ve kanuni yedek akçelerin, aktifler tarafından artık karşılanmadığı 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

B. Mülga TTK.m.615 Hükmünün Anonim Şirketlere Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Bilindiği üzere, sermayenin yerini tutan ödünç kurumuyula ilgili olarak getirilen mülga TTK.m.615 düzenlemesi, limited şirketlere ilişkin bölümde bulunmaktadır. Anonim şirketlere ilişkin hükümler arasında ise, benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buradan hareketle, sözü edilen hükmün anonim şirketlerde de uygulama alanı bulacağı ileri sürülebilir. Gerçekten, mehaz Alman Hukuku’nda da bu konu tartışılmış ve bir sermaye şirketi olan anonim şirketlere de uygulanması gerektiği, doktrin ve yargı kararlarıyla benimsenmiştir¹⁹. Türk Hukuku’nda bu görüşü ilk kez ortaya atan **Pulaşlı**’ya göre, “*Alman Hukuku’ndaki “esas sermayenin yerini tutan ödünçün” veya yasal ifadesiyle “yedek özsermaye”nin, Türk hukukuna yansımalarının daha başka bir biçimde ortaya çıktığı söylenebilir. Şöyle ki, 6762 sayılı Yasa döneminde şirketlerin kayıt dışı gelirlerinin, şirkete yasal olarak dönebilmesi, ortakların şirkete borç vermeleri şeklinde gösterilmekte ve sonra şirketin bu (fiktif) borçları sermaye artırımında sermayeye eklenerek, ortaklara karşılığında pay verilmekteydi. Doğal olarak bu, ülkemizde oldukça yaygın olan ve hiçbir iktidar tarafından da değil çözüm, boyutları bakımından bir iyileştirme dahi sağlanamayan kayıt dışı gelirlere sebep olmaktadır. Bu durumda, şirketin ortaklardan sermayenin yerini tutacak nitelikte ödünç almasının da, m.358 hükmü çerçevesinde ortakların şirkete karşı borçlanma yasağı kapsamına dahil edilmesi veya TTK.m.615 hükmünün kıyasen anonim şirketlere de uygulanması gerektiği kanısındayım. Başlattığım bu tartışmanın, TTK.m.358 ve 615 hükümleri çerçevesinde bilimsel öğretilerde irdelenmesi ve değerlendirilmesinin yararlı olacağı düşünce-sindeyim*”²⁰.

Konuya ilişkin kişisel görüşümüzü ortaya koymadan önce, anonim şirketlere ilişkin TTK.m.376/3 hükmünün olayda uygulanma ihtimalini değerlendirmek gerekir. Gerçekten, borca batık anonim şirketlerde iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığının karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki

¹⁹ Bkz. **Raiser/Veil**, § 19, N.30 ve orada anılan literatür. Ayrıca, Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararının (BGHZ 90, 381) çevirisi için bkz. **Pulaşlı**, H.: Yeni Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2012, §25 N.6.

²⁰ **Pulaşlı**, §25 N.7.

sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış ise, şirketin iflasına karar verilemez (TTK.m.376/3) ²¹. Bu düzenlemede, mülga TTK.m.615 hükmüyle paralel şekilde, şirket alacaklılarından bazıları, şirketi iflastan kurtarabilmek için şirkete verdikleri ödüncülerin diğer tüm alacaklılardan sonraki sıraya konulmasını kabul etmektedirler. Ancak, mülga TTK.m.615’de son sıraya kalma hâli, alacaklıların onayına bırakılmamış, sermaye yerini tutan ödüncülerin otomatikman son sıraya alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, TTK.m.376/3’te sadece kabul eden alacaklılar için öngörülen bu sonuç, mülga TTK.m.615’te şirkete sermaye yerine geçmek üzere ödünç veren şirket ortakları ile yakınları bakımından geçerli olmaktadır. Bu bakımdan, TTK.m.376/3 hükmünün uygulanma alanı sınırlıdır.

Kanaatimizce, limited şirketlere ilişkin mülga TTK.m.615 hükmünün anonim şirketlere de uygulanacağını kabul ederek sorun aşılabilir²². Zira yeni Türk Ticaret Kanunu’na hâkim olan dürüst resim ilkesi gereğince, şirket ortakları ve yakınları, malî açıdan zora düşen şirkete borç vermek yerine sermaye koymak suretiyle şirketi krizden kurtarmalıdır. Aksine davranışın bir yaptırım olmalı, hiç olmazsa bu kişilerin tasfiye sürecinde diğer alacaklılardan sonra alacaklarını tahsil etmeleri gerektiği kabul edilmelidir.

²¹ Madde gerekçesine göre, “hüküm, mahkemeye başvuru zorunluğunu ortadan kaldıracak bir yeniliği de içermektedir. Bu da, şirket alacaklılarından bazılarının, kendi alacaklarını, diğer alacaklıların alacaklarının sırasından sonraki sıraya gitmesini yazıyla kabul etmeleridir. Böyle bir taahhüt etkilerini iflâs halinde gösterir ve önceki alacaklar ödenmeden sona giden alacak şarameye katılamaz. Bu taahhütlerin tutarı ara bilânço ile ortaya çıkan açığa eşitse, iflâs bildirim zorunluğu yoktur. Başka bir deyişle, bu taahhütlerin tutarı, borca batıklığı ortadan kaldıracak düzeydeyse, kısa vadeli olmayıp süreklilik arzeder nitelikteyse ve taahhütlerin yerine getirilmesi güç şartlara bağlanmamış ise mahkemeye bildirimde bulunulmaz. İsv. BK 725 (2) 'ye 1991 reformunda giren bu hükümle şirketin kurtarılabilmesi şansının artırılması amaçlanmıştır. Şirket alacaklılarının aynı zamanda şirketin pay sahibi olmaları halinde, bunlar iflâs ile erteleme seçeneğini değerlendireceklerdir. Erteleme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir. Erteleme bir anlamda istekle sırada en sona giderek şirketi iflâstan kurtarma, ertelemenin son bulunduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır; yoksa alacaktan feragat edilmiş değildir. Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz”.

²² Aynı görüş İsviçre Hukuku’nda da kabul görmektedir. Bu yönde **Forstmoser**, 1998, s.135.