

## **14. OTURUM**

### **TEBLİĞLER**

**\* YENİ TTK'YA GÖRE ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE KAYBI VE  
BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ VE SONUÇLARI**

Prof. Dr. İsmail KAYAR

**\* ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI**

Prof. Dr. Mustafa ÇEKER

**\* ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU KARARLARININ  
GEÇERLİLİĞİ (ÖZELLİKLE BATIL YÖNETİM KURULU  
KARARLARI) (TTK m. 391)**

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER

**\* ANONİM ORTALIK YÖNETİCİLERİNİN VE DENETÇİLERİNİN  
HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU (TTK m. 549 – 563)**

Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT



# YENİ TTK'YA GÖRE ANONİM ŞİRKETTE SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ VE SONUÇLARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR\*

## ÖZET

Anonim şirkette sermaye kaybının ve borca batıklığın gerek tespit edilmesi gerekse sonuçları konusunda, yeni TTK ile önemli değişiklik ve yenilikler getirilmektedir. Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yapılacak işlemler yönetim kuruluna görev olarak yüklenmiştir. Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde alınacak tedbirlerin esas amacı, sermaye şirketlerinde alacaklıların temel güvencesini oluşturan şirket sermayesinin tam olarak teşekkülüne ve korunmasına yönelik, diğer tedbirleri boşa çıkarmamaktır. Yeni TTK'ya göre sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde, sermayenin yanı sıra kanuni yedeklerin de dikkate alınması gerekir. Bu değişiklik, şirketin mali durumunun bozulması halinde daha erken müdahale etmeyi ve tedbir almayı gerektireceğinden olumlu bir değişikliktir. Borca batıklık şüphesi üzerine yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin satış fiyatlarını esas alarak iki farklı ara bilanço düzenler. Borca batıklık sadece ara bilançodan anlaşılabilir. Borca batıklık halinde derhal mahkmeden şirketin iflası istenir. Ancak, borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı sırada sona geçmeye razı olursa iflas kararı verilemez. Şirketin veya alacaklıların talebiyle, sunulan iyileştirme projesine bağlı olarak borca batık bir şirketin iflası ertelenebilir. İyileştirme projeleri şirkete ortaklardan yeni nakit girişi gibi nesnel ve gerçek kaynakları göstermelidir. İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme derhal erteleme tedbirlerine hükmeder ve şirkete kayyım atar.

**Anahtar kelimeler:** Anonim şirket, sermaye kaybı, borca batıklık, iflasın ertelenmesi

## ABSTRACT

*The new Turkish Commercial Code brought important changes and innovations about determine and the results of capital loss and insolvency of joint stock company. The board of directors as a task to be carried out in case of capital loss and insolvency. The main purpose of the measures to be taken in case of capital loss and insolvency are to protect company's capital formation and the creditors. When determining the capital loss and insolvent, capital and legal reserve should be considered together. Thanks to this positive change will be able to take early remedial measures. If there is suspicion of insolvency, the board of directors shall prepare two different balance sheet. First one is basis of the continuity of the entity and second is the assets should be based on sales prices. But insolvency can be determined by the interim balance, which is prepared on sales prices. In case of insolvency, director board have to immediately notify to court and to ask company's bankruptcy. The adequate amounts of creditors agree to the last row in the list, can not be decided bankruptcy. If presented a serious and credible improvement project, the court can postpone the bankruptcy of the company. Improvement projects should include objective and the real sources such as*

---

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*new cash input from partners. Upon the request for postponement of bankruptcy, the court shall take necessary measures for the protection of assets and must appoint a trustee to the company.*

**Keywords:** Joint stock company, capital loss, insolvency, postponement of bankruptcy

\*\*\*

## I. GİRİŞ

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve sonuçları 6102 sayılı TTK'da yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında, 376 ve 377. maddelerde düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Yeni kanun, önceki kanun gibi 1/2 ve 2/3 esas sermaye kaybı ile borca batıklık hallerinin nasıl tespit edileceği ve bu durumların tespit edilmesi halinde yönetim kurulunun ve genel kurulun yapacağı işlemleri ve alınacak tedbirleri düzenlemiştir. Ancak, gerek sermaye kaybının ve borca batıklığın tespiti gerekse alınacak tedbirler konusunda önemli değişiklik ve yenilikler de getirilmiştir.

Gerek sermaye kaybı gerekse borca batıklık halinde yapılacak işlemler yönetim kuruluna vazife olarak yüklenmiştir. Nitekim, kanunda borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır (TTK.m. 375/1/g).

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesine bir gün kala, bu kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin 6335 sayılı kanun<sup>2</sup> ile anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığı düzenleyen TTK.m.376/3 hükmü de değiştirilmiştir. Değişiklik, borca batıklığı tespit eden bilançoların yönetim kurulu tarafından denetçiye sunulacağı, denetçinin inceleme ve değerlendirmeleri üzerine mahkemeye başvurulacağı yönündeki düzenlemenin kaldırılması ve bunun yerine borca batıklığı tespit eden yönetim kurulunun doğrudan mahkemeye müracaat etmesi yönüne olmuştur. Madde geçişinde ise, önceki hüküm "bağımsız denetçinin göreviyle uyuşmadığı" için böyle bir değişiklik yapıldığı belirtilmiştir.

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığı düzenleyen hükümler TTK m. 633 gereğince limited şirketler hakkında, TTK m. 570 gereğince sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında, Kooperatifler Kanunu m. 98 gereğince kooperatifler hakkında da uygulanır. Nitekim, borca batıklık halinde başvurulabilecek olan iflasın ertelenmesinin, "sermaye şirketleri ve kooperatifler" hakkında geçerli olduğu da belirtilmiştir (İİK.m.179).

Bu çalışmada anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve sonuçları ile ilgili olarak 6102 ve 6335 sayılı kanunlarla getirilen değişiklik ve yenilikler incelenecektir.

<sup>1</sup> TTK.m. 376'nın madde başlığı "*Sermayenin Kaybı, Borca Batık Olma Durumu*" yerine me'haz İsv. BK. m. 725'in kenar başlığına uygun olarak "*Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık*" şeklinde olmalıydı. Çünkü, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında "borca batıklık" terimi artık yerleşmiş olup, yaygın şekilde kullanılmaktadır.

<sup>2</sup> RG. 30.06.2012, Sayı: 28339. Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 16.

## **II. DEĞİŞİKLİKLERİN AMACI VE GEREKÇESİ**

6762 sayılı TTK, gerek kuruluşta gerek sermaye artırımında anonim şirket esas sermayesinin eksiksiz şekilde teşekkül etmesi için bir dizi tedbir almıştır. Mesela, nakit sermayenin azami üç yıl içinde şirkete ödenmesi, sermaye olarak getirilecek aylara mahkeme tarafından tayin edilecek bilirkişiler tarafından değer biçilmesi, bedeli tamamen ödenmemiş paylar için hamile yazılı pay senedi çıkarma yasağı, ayın karşılığı payları iki yıl süreyle devir yasağı, bedeli tam olarak ödenmemiş pay devirlerinde şirket izni, önceki sermaye taahhütleri yerine getirilmeden yeni sermaye artırımı yapılamaması, sermaye taahhütlerinin doğru olmamasının cezai yaptırıma bağlanması bunlar arasında sayılabilir.

6102 sayılı TTK'da, kuruluşta ve sermaye artırımında anonim şirket sermayesinin eksiksiz ve doğru şekilde teşekkülü konusunda, hem mevcut kanundaki söz konusu amaca yönelik tedbirler daha da pekiştirilmiş, hem de yeni tedbirler getirilmiştir. Mesela, kuruluş ve sermaye artırımlarında nakit sermayenin  $\frac{1}{4}$ 'ünün peşin, kalanının azami 2 yıl içinde ödenmesi, ayın sermayeye yine mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesi, halka arzda garanti ve peşin ödeme şartı, şirkete sermaye olarak konulacak unsurların önceden tapuya veya ilgili sicile şerhi veya güvenilir kişiye tevdi, vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak kabul edilmemesi, alacaklar tahsil edilmedikçe bunları sermaye koyanların ibra edilmemesi, önceki sermaye taahhütleri yerine getirilmeden yeni sermaye artırımı yapılamaması, sermayeye eklenebilecek fon ve yedekler eklenmeden sermaye artırımı yapılmaması, bedeli ödenmemiş payları devir yasağı, devrin izne tabi tutulması, ıskat prosedürü, bunların bazılarında aykırı davranışların hem cezai hem hukuki yaptırıma bağlanmış olması, pay sahiplerinin ve yöneticilerin şirkete borçlanma yasağı bu tedbirler arasında sayılabilir. Diğer yandan, yönetim kurulunun sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen kararları ve genel kurulun sermayenin korunması hükümlerine aykırı kararları butlan yaptırımına tabi tutulmuştur (TTK. m.391, 447).

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklık halinde alınacak tedbirleri düzenleyen hükümlerin esas amacı, sermaye şirketlerinde alacaklıların temel güvencesini oluşturan şirket sermayesinin tam olarak teşekkülüne ve korunmasına yönelik, söz konusu tedbirleri boşa çıkarmamaktır. Alınacak başlıca tedbirler, sermaye kaybı hallerinde durumu ve öngörülen iyileştirme tedbirlerini derhal genel kurulun dikkatine sunmak, sermayenin tamamlanmasına veya yetinilmesine karar verilmesini sağlayarak sermaye kaybıyla oluşan yanıltıcı durumu ortadan kaldırmak, borca batıklık halinde ise tüm alacaklıların eşit işleme tabi tutulabilmesi bakımından iflas tasfiyesini sağlamak, bu arada eğer şirketi yeniden sağlığa kavuşturmak mümkünse iflasın ertelenmesini istemektir.

Anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın sonuçlarını düzenleyen TTK.m. 376'nın gerekçesinde, 6762 sayılı TTK.m. 324'ün bilanço hukukuna uymayan hükümlerinin düzeltildiği, İİK'da 4949 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin, İsv.BK'ya 1991'de yapılan ilavelerin ve AET'nin ikinci yönergesinin dikkate alındığı belirtilmiştir. Gerekçeye göre, hükmün amacı, pay sahiplerini, alacaklıları, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarını ve genel ekonomik menfaatleri korumaktır<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> 6102 sayılı TTK m. 376 gerekçesi.

### III. SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIĞIN ANLAMI

Sermayeden maksat esas sermaye veya kayıtlı sermayeli şirketlerde çıkarılmış sermayedir. Yeni TTK klasik şirketler için de kayıtlı sermaye sistemine geçişi kabul etmiştir (m. 332).

Yeni TTK, 6762 sayılı TTK m. 324'den farklı olarak, sermaye kayıplarında yalnızca esas sermayeyi veya çıkarılmış sermayeyi değil, bununla birlikte kanuni yedek akçeleri de hesaba katmaktadır. Bu değişikliğin sebebi konusunda gerekçede açıklık yoktur. Ancak değişiklik şu yönden olumludur. Kanuni yedek akçeler emredici kanun hükümleri gereği ayrılması zorunlu olan ve belirli amaçlara sarf edilebilen fonlardır<sup>4</sup>. Esas sermaye alacaklıların asgari güvencesi olarak korunduğu gibi, artık sermaye kaybı ve borca batıklık yönünden kanuni yedek akçeler de hesaba katılacak, bunların da kıs-men veya tamamen kaybı da derhal önlem alınmasını gerektirecektir. Sermaye kaybı ve borca batıklıkta kanuni yedeklerin de dikkate alınması şirketin mali durumunun bozulması halinde daha erken müdahale etmeyi ve tedbir almayı gerektireceğinden olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir.

Sermaye kaybının tespitinde dikkat alınacak kanuni yedek akçeler TTK.m. 519'da düzenlenen genel kanuni yedek akçelerdir. Buna karşılık, şirketin kendi paylarını iktisabında ayrılacak yedek akçeler (TK.m.520) ile esas sözleşme ve genel kurul kararı ile şirketin isteğiyle ayrılan yedek akçeler (TTK.m. 521 vd.) sermaye kaybının tespitinde dikkate alınmaz.

Gerek esas veya çıkarılmış sermaye miktarı gerekse kanuni yedek akçe miktarı yönünden, sermaye kaybının tespit edildiği son yıllık bilanço tarihi itibarıyla ulaşılan rakamlar esas alınacaktır.

Sermaye kaybına ilişkin tedbirlerin uygulanması için, şirket aktifleri toplamından borçları çıkarıldıktan sonra kalan öz sermayenin, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısından veya üçte birinden daha az olması gerekir.

Öz sermayenin tespitinde şirketin tüm aktifleri ve tüm borçları hesaba katılacağı için sermaye kaybı olarak ortaya çıkan durumlarda, şirketin sermayesi, dağıtılmamış kârı, kanuni ve esas sözleşmesel, zorunlu ve ihtiyari yedek akçeleri, yeniden değerlendirme değer artışı fonu gibi şirket aktiflerinin kaynağını oluşturan bütün unsurları dikkate alınacaktır.

Sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde dikkat edilmesi gereken husus, yıllık veya ara bilanço üzerinde değerlendirme yapılırken bilançodaki aktiflerle, pasif kısmındaki borçların karşılaştırılacak olmasıdır. Yoksa sermaye kaybı ve borca batıklıkta, bilançonun, sermaye ve yedeklerin de yer aldığı öz kaynaklar kısmı hesaba katılmaz. Kanunda sermaye ve kanuni yedeklerin ölçü olarak kabul edilmesi başka bir amaca yöneliktir. Bilançonun pasif tarafı kısa ve uzun vadeli borçların yer aldığı yabancı kaynaklar ile sermaye ve yedeklerin de yer aldığı öz kaynaklar kısımlarından oluşur. Bilançonun pasif kalemleri aktif kısımda yer alan nakit, mal ve hakların kaynağını göstermektedir. Pasifte yer alan öz kaynaklar da sermaye gibi şirkete dışarıdan getirilen veya dağıtılmamış kar ve yedekler gibi esasen pay sahiplerinden temin edilen ve onlara dağıtılması gereken bir nevi şirketin borçlarıdır. Ancak öz kaynaklar en geç tasfiyede tamamen ortaklara dağıtılacak olmakla birlikte yabancı kaynaklardan farklı olarak kısa veya uzun vadede şirketin mutlaka ödemek zorunda olduğu borçlardan değildir. Bu bakımdan sermaye kaybı ve borca batıklığın tespitinde yapılan hesaplama

<sup>4</sup> Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir (TTK.m. 519/3).

işlemi, şirketin tüm aktiflerinin değeri, tüm yabancı kaynakları (kısa ve uzun vadeli borçlar) hangi oranda karşıladığının tespit edilmesidir. Normal şartlarda kar edip paylaşmak amacıyla kurulan bir şirkette aktiflerin sermaye ve kanuni yedekler toplamından daha fazla olması beklenir. Esasen aktif toplamı sermaye ve kanuni yedekler toplamının tamamını karşılamıyor, ancak kayıp sermaye ve kanuni yedeklerin yarısına da ulaşmıyor ise şirkette yine sermaye kaybı var demektir. Ancak, gerek önceki TTK gerek yeni TTK yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarına herhangi bir hukuki sonuç bağlamamıştır.

TTK'da düzenlenen ve tedbir almayı gerektiren sermaye kaybı halleri şunlardır:

- Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısının karşılıksız kalması.
- Sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin karşılıksız kalması.
- Borca batıklık.

## **VI. SERMAYE KAYBININ VE BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ**

Yeni TTK'ya göre, gerek 1/2 gerekse 2/3 sermaye kaybı son yıllık bilançodan anlaşılır. 6762 sayılı TTK m.324'e göre, üçte iki sermaye kaybı, borca batıklık şüphesi üzerine hazırlanan ara bilançodan tespit edilirken, 6102 sayılı TTK m. 376'ya göre, üçte iki sermaye kaybı da yıllık bilançodan tespit edilecektir.

TTK m.376/1 ve 2'de sermaye ve kanuni yedekler toplamının "yarısının" ve "üçte ikisinin" karşılıksız kalmasından söz edilmiş ise de, bunlar hiçbir şekilde sadece tam olarak yarı veya üçte iki sermaye kaybını ifade etmez. Hatta tam olarak bu oranlarda sermaye kayıpları nadiren rastlanacak durumlardır. ½ sermaye kaybı sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısından üçte ikisine kadar olan sermaye kayıplarını, üçte iki sermaye kaybı ise sermaye ve kanuni yedekler toplamının üçte ikisinden tamamına kadar olan sermaye kayıplarını ifade eder. Bu sebeple, kanunda ½ sermaye kaybı için "yarısının veya daha fazlasının", üçte iki sermaye kaybı için ise "üçte ikisinin veya daha fazlasının" veya bunlara alternatif olarak "en az yarısının" ve "en az üçte ikisinin" karşılıksız kalması şeklinde düzenleme yapılması daha yerinde olurdu. Şirket aktifleri borçları karşılamıyorsa artık sermaye kaybindan değil borca batıklıktan söz edilir.

½ Sermaye kaybı şu formül ile tespit edilir:

Aktif toplamı – Borçlar ≤ (Sermaye +Kanuni Yedekler)/2

Örneğin, şirketin aktifleri 100.000 TL, borçları 60.000 TL, esas sermayesi 70.000 TL, kanuni yedekleri 20.000 TL ise, şirketin öz sermayesi 40.000 TL olup, bu rakam sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısı olan 45.000 TL'den daha küçük olduğundan şirkette ½ sermaye kaybı gerçekleşmiş olur.

Üçte iki sermaye kaybı şu formül ile tespit edilir:

Aktif toplamı – Borçlar ≤ (Sermaye +Kanuni Yedekler)/3

Örneğin, şirketin aktifleri 300.000 TL, borçları 270.000 TL, esas sermayesi 100.000 TL, kanuni yedekleri 20.000 TL ise, şirketin öz sermayesi 30.000 TL olup, bu rakam sermaye ve kanuni yedekler toplamının üçte biri olan 40.000 TL'den daha küçük olduğundan şirkette üçte iki sermaye kaybı gerçekleşmiş olur.

Sermaye kaybı, kural olarak yıllık bilançodan tespit edilirse de, herhangi bir sebeple hazırlanan ara bilançodan da anlaşılabilir. Örneğin, şirketin borca batık olduğu şüphesi üzerine hazırlanan ara bilançodan şirketin borca batık olmadığı, ancak 1/2 veya 2/3 sermaye kaybı olduğu tespit edilirse TTK. m. 376/1 ve 2 hükümlerindeki tedbirler alınmalıdır. Çünkü, yıllık bilançodan dahi bu durumlar tespit edildiğinde gerekli tedbirler alınacağına göre, şirketin mali durumunu daha net şekilde ortaya koyacak olan aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançodan bu durumun anlaşılması halinde evlâyetle gerekli tedbirler alınmalıdır.

Borca batıklık yalnızca ara bilançodan anlaşılabilir. Borca batıklığın tespiti amacıyla hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış

fiyatları üzerinden ara bilanço çıkarılmalıdır. Yıllık bilançodan şirketin borca batık olduğu görülürse, hemen borca batıklık tedbirlerine başvurulmaz. Bunun yerine yıllık bilanço “şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaret” sayılarak söz konusu iki tip ara bilanço hazırlanmalı ve bunun sonucuna göre hareket edilmelidir.

İşletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilanço ile satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilanço farklı sonuçlar verirse, yani biri borca batık diğeri değilse ne yapılmalıdır? Gerekçede satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançonun mahkemeye başvurmaya gerek olup olmadığını ortaya koyacağı, yani borca batıklık bildirimine esas olacağı, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan bilançonun ise şirketin faaliyetine devam edip edemeyeceğini belirleme bakımından önem taşıdığı belirtilmiştir<sup>5</sup>.

Borca batıklığın tespitinde yönetim kurulu tarafından hazırlanacak ara bilançoların denetçiye verileceği, denetçinin yedi iş günü içinde bunları inceleyip değerlendirmelerini ve önerilerini içeren rapor hazırlayacağı, raporda erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınacağı, sonuçta denetçinin raporuna göre de şirketin borca batık olduğu tespit edilirse yönetim kurulunun mahkemeye müracaat edeceği yönündeki TTK m. 376/3 hükmü, 6335 sayılı kanunla değiştirilmiştir<sup>6</sup>. Hükmün son haline göre, yönetim kurulunun hazırlayacağı ara bilanço borca batıklık gösterirse, yönetim kurulu doğrudan mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunacaktır. Değiştirilen hüküm, borca batıklığın tespitine dair ara bilançoların denetçiye sunulması, şirketin bağımsız denetçi tarafından da borca batık olduğunun saptanması halinde mahkemeye başvurularak iflas istenmesini öngörmekteydi. Kanunda, sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ile gerekli tedbirleri alma görevi yönetim kuruluna verilmiş olduğu halde borca batıklık tespitinin bir de denetçiye doğrultulmasının gerekli olmaması sebebiyle değişiklik isabetli olmuştur. Çünkü, borca batıklık bildirimini ve şirketin iflasının veya iflasının ertelenmesinin talep edilmesi halinde mahkeme, zaten bilirkişi marifetiyle şirketin borca batık olup olmadığını kendisi yeniden tespit edecektir.

Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir. Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollarır (TTK.m.378).

Sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti TTK m. 378 hükmüne göre kurulmuş olan riskin erken tespiti komitesi<sup>7</sup> tarafından da belirlenebilir. Ancak komite sadece

<sup>5</sup> TTK. m. 376/3 gerekçesi.

<sup>6</sup> Değişen TTK.m.376/3'ün gerekçesinde, borca batıklığın tespitinde, denetçinin 7 işgünü içinde vereceği raporun mahkemenin vereceği kararlara esas olacağı belirtilmiştir. Oysa İİK. m. 179'da borca batıklık “mahkemeye tespit edilirse” iflas (veya erteleme) kararı verilebileceği öngörülmüştür. Borca batıklığın tespitinde denetçinin rolü 6335 sayılı kanunla ortadan kaldırılmıştır. Ancak kaldırılmasaydı dahi, gerekçenin aksine, mahkeme gerek borca batıklığı gerekse sunulan projenin ciddi ve inandırıcı olup olmadığını bilirkişi incelemesiyle kendisi yeniden tespit etmeliydi. Ancak yine de yönetim kurulu tarafından işletmenin devamlılığı ve aktiflerin muhtemel satış fiyatları esaslarına göre hazırlanmış ara bilançolar olmadan mahkeme davayı kabul etmemelidir.

<sup>7</sup> Erken teşhis komitesi denetim komitesinden iki yönden farklıdır: Birincisi denetim komitesi yönetimi kontrol altında tutar, oysa bu komite risklere odaklanır. İkincisi, denetim komitesi geçmişe yönelik denetim yapar, oysa bu komite geleceğe yönelik projeksiyonlar yapar. Amaç,

durumu YK'ya bildirir; GK'yı toplantıya çağırma ve diğer tedbirleri alma yetki ve görevi yönetim kurulundadır. Ayrıca yönetim kurulu komitenin borca batıklık bildirimini dikkate alarak, gerekli olan ara bilançoları hazırlamalı ve aktiflerin satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilanço borca batıklık gösterirse mahkemeye başvurmalıdır. Yani, komitenin borca batıklık tespiti, yönetim kurulunun mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunması ile iflas veya iflasın ertelenmesi isteyebilmesi için yeterli olmaz.

TTK m.376/3 hükmünde 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra borca batıklığın tespiti yönünden denetçinin ve erken tespit komitesinin doğrudan bir rolü kalmamıştır. Bununla birlikte bu komitenin mevcut olduğu şirketlerde yönetim kurulu gerek sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti gerekse alınacak tedbirler bakımından komitenin raporlarından yararlanacaktır. Çünkü, bu komite denetim komitesinden farklı olarak, yönetimi denetlemez; sadece şirketteki risklere odaklanır, geleceğe yönelik şekilde risklerin tespiti ve yönetilmesine dair tespit ve öneriler geliştirir ve bunları rapor halinde yönetim kuruluna sunar<sup>8</sup>. Bu komitenin mevcut olduğu şirketlerde yönetim kurulu sermaye kaybı ve borca batıklık durumunu yıllık veya ara bilançolardan tespit edecek ise de alınacak tedbirleri komitenin önerilerini de dikkate alarak belirleyecektir. Bununla birlikte, üçte iki sermaye kaybında sermayenin tamamlanması veya kalan sermaye ile yetinme kararı ve borca batıklıkta mahkemeye borca batıklık bildirimini gibi kanuni tedbirlerin dışına çıkılamayacaktır. Bu komite riskleri erken tespit edip gerekli önerileri yönetim kuruluna sunacağından, daha erken alınacak tedbirlerle şirketteki mali durum bozulmaları sermaye kaybı veya borca batıklık seviyelerine ulaşmadan engellenebilir.

## **V. SERMAYE KAYBINDA VE BORCA BATIKLIKTAKİ ALINACAK TEDBİRLER**

### **1. ½ Sermaye Kaybında Alınacak Tedbirler**

Sermaye ve kanuni yedek akçe toplamının yarısına ulaşmayan sermaye kayıplarında kanunen alınması gereken herhangi bir tedbir öngörülmemiştir. Bununla birlikte sermaye ve kanuni yedekler toplamının yarısına ulaşmayan sermaye kayıpları da şirkette bazı şeylerin ters gittiğini gösteren önemli göstergedir. Çünkü, bu durum kuruluş veya sermaye artırımında pay sahipleri tarafından şirkete getirilen unsurların zararlar sebebiyle kısmen kaybedildiği anlamına gelir.

Esas sözleşmeye, yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarında da genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılacağına ve bazı tedbirler alınacağına yönelik hükümler konulabilir. Esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi yönetim kurulu yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarını telafi edecek önlemler alabilir. Esas sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa da yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarını tespit eden yönetim kurulu, kaybın sebeplerini ve önereceği tedbirleri görüşmek üzere genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir. Şirketin durumuna göre, yarıya ulaşmayan sermaye kayıplarında tedbir almamak TTK m. 369 gereğince tedbirli bir yöneticiden beklenen özeni göstermemek olarak nitelendirilerek yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirebilir.

Sermaye ve kanuni yedeklerin yarısının veya daha fazlasının karşılıksız kaldığı tespit edilirse, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar<sup>9</sup> (TTK m. 376/1).

---

YK ve GK'yı teyakkuz halinde tutmak, etkili önlemleri vaktinde almalarını sağlamaktır. TTK m. 378 gerekçesi.

<sup>8</sup> TTK.m.378 Gerekçesi.

<sup>9</sup> TTK. m. 376/1'deki "iyileştirici tedbirler" ifadesi hem m.377'deki hem de İİK.m. 179 vd. hükümlerindeki terminoloji ile uyumsuzdur. Bunun yerine "iyileştirme projeleri" veya "iyileştirme tedbirleri" terimleri tercih edilebilirdi.

Yönetim kurulunun genel kurula sunacağı öneriler, sermaye artırımını, bazı üretim birimlerinin kapatılması, küçülme, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi vs. olabilir. Yönetim kurulu bir raporla durumu genel kurula açıkça anlatmalı, zararın sebeplerini açıklamalı, çare tekliflerini sunmalıdır, aksi takdirde sorumlu olur. Şirkette Riskin Erken Tespiti Komitesi varsa yönetim kurulu genel kurula sunacağı tedbirleri bu komitenin de görüşünü ararak belirlemelidir<sup>10</sup>.

Kanun, yarıyı bulan ve geçen sermaye kayıplarını, derhal genel kurula bildirilmesi gereken önemli durumlar olarak kabul etmiş ve yönetim kuruluna hem derhal genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hem de toplanan genel kurula söz konusu sermaye kaybını telafi edecek iyileştirme projelerini sunma görevi yüklemiştir. Şüphesiz, genel kurul herhangi bir önlem alıp almamaya, önlem alınacak ise yönetim kurulunun sunduğu önlemleri veya başka önlemleri almaya kendisi karar verecektir.

## 2. Üçte İki Sermaye Kaybında Alınacak Tedbirler

Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinmeye veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer (TTK.m. 376/2).

Üçte iki sermaye kaybında, şirketin esas sözleşmesinde yer alan, tescil ve ilan edilmiş olan esas sermayesi ile son yıllık bilançoda yer alan kanuni yedek akçelerin en az üçte ikisinin eksildiği, dolayısıyla şirketin tescil ve ilan edilen sermaye yapısının gerçek mali durumuna uygun olmadığı ortaya çıkmıştır. Kanun, bu durumdaki şirkete, sermayeyi tamamlama veya kalan sermaye ile yetinme kararı almaya zorlayarak ya gördüğü gibi olmasını ya da olduğu gibi görünmesini emretmektedir.

### a. Sermayenin Tamamlanması

Üçte iki sermaye kaybında, genel kurulun iradesi sermayenin tamamlanması yönünde ise aşağıdaki yollardan biriyle eksilen sermayenin tamamlanması gerekir.

i. Açık kadar sermaye azaltılması ile aynı anda önceki miktara tamamlayacak kadar sermaye artırımını yapılabilir. Bu durumda azaltma ve artırım aynı anda ve eksilen miktarda olacağından ve artırılan kısım nakit olarak ve tamamen ödeneceğinden esas sözleşmenin değiştirilmesi gerekmez (TTK m.473/1).

ii. Oybirliğiyle sermayenin tamamlanması kararı alınabilir (TTK m. 421/2/b). Sermayenin bu yolla tamamlanması pay sahiplerinin, zararlar sebebiyle eksilen sermaye paylarını tekrar şirkete ödemelerini ifade ettiğinden, pay sahiplerinin taahhütlerini artırma anlamına gelir ve anonim şirkette tek borç ilkesine<sup>11</sup> aykırı bir durum olduğundan ancak oybirliğiyle karar alınarak yapılabilir. Bu durumda, her pay sahibi hissesi oranında tamamlamaya katılır ve verdiği geri alamaz.

iii. Tespit edilen sermaye kaybı, bazı pay sahipleri tarafından gönüllü olarak kapatılabilir. Açığı kapatma şirkete karşılıksız ödeme veya şirket aktiflerini artıracak tasarruflar şeklinde ve geri almamak üzere olabilir.

iv. Açığı kapatacak kadar alacaklılar alacağından vazgeçebilir. Bu durumda, şirketin borçları eksileceğinden, aktiflerin borçları karşılama oranı yükselecek ve sermaye kaybı kendiliğinden izale edilecektir.

Sermayenin tamamlanması, esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin tam olarak önceki miktarına tamamlanmasını mı gerekir? Yoksa, zorunlu tedbir öngörülen

<sup>10</sup> TTK.m.376 gerekçesi.

<sup>11</sup> Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez (TTK.m. 480/1).

üçte iki sermaye kaybını izale etmeye yetecek kadar da tamamlama yapılabilir mi? Kanaatimizce sermaye azaltma ve artırma usulüne uyularak sermaye kaybı vesilesiyle sermaye öncesinden daha yüksek bir miktara kadar artırılabilceği gibi, üçte iki sermaye kaybını izale edecek kadar olmak şartıyla, önceki miktarına ulaşmayan sermaye tamamlamaları da mümkündür. Çünkü, üçte iki sermaye kaybında kalan sermaye ile yetinme kararı dahi verilebildiğine göre, kısmi tamamlama evleviyetle mümkün olmalıdır<sup>12</sup>.

Üçte iki sermaye kayıplarında, eksilen sermaye ile birlikte, eksilen kanuni yedek akçelerin de tamamlanması gerekir mi? Kanaatimizce iki sebeple eksilen kanuni yedek akçelerin de tamamlanması gerekmez. Birincisi, TTK.m. 376/2'de yalnızca "sermayenin tamamlanması"ndan söz edilmektedir. İkincisi, üçte iki sermaye kaybında kanuni yedek akçe TTK m.519/3'e uygun olarak, zaten "zararları kapatma ve işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirme" amaçları doğrultusunda kullanılmış olmaktadır.

### **b. Kalan Sermaye İle Yetinme**

Üçte iki sermaye kaybı sebebiyle toplanan genel kurul sermayenin tamamlanması yerine kalan sermaye ile yetinme kararı da verebilir.

Kanundaki, "sermayenin üçte biri ile yetinme" ifadesi özensiz kullanılmıştır (TTK.m.376/2). Bunun yerine, "kalan sermaye ile yetinme" ibaresi tercih edilmeliydi. Biz aşağıdaki sebeplerle kalan sermayenin mutlaka üçte bire tamamlanması gerekmediğini, asgari sermaye limitlerinin altına düşmemek kaydıyla kalan sermaye ile yetinmeye de karar verilebileceğini düşünüyoruz. Öncelikle, üçte iki sermaye kaybı üçte ikiden sermayenin tamamının kaybına (borca batıklık haline) kadar olan marjı ifade etmektedir. Örneğin, esas sermayesi 900.000 TL kanuni yedekleri 300.000 TL olan bir şirkette aktiflerden borçları düşüktükten sonra kalan rakamın (öz sermaye) sıfır ile 400.000 TL arasında olduğu bütün durumlar kanunda "üçte iki" sermaye kaybı olarak nitelendirilmiştir. Kanunda "üçte iki" kavramı böyle belirlendiği için "kalan üçte bir sermaye" kavramı da "kalan sermaye" olarak anlaşılmalıdır.

İkinci olarak, mevcut metinden hareketle lafzi yorum yapılırsa, sermaye kaybı üçte ikiden daha fazla olur da şirket yetinme kararı verecekse hiç olmazsa önceki sermayeye nazaran üçte bire kadar eksisi tamamlamak gerekecektir. Bu tamamlama oybirliğiyle karar alınmasını gerektirdiğinden her zaman mümkün olmayabilir. Şayet muhakkak üçte bir sermaye ile yetinme aranırsa, şirketin kalan sermayesi kanunun aradığı asgari sermayenin üzerinde olduğu halde, üçte bire tamamlamak gerekecek, bunun için gerekli olan oybirliği sağlanamadığında şirket sona erecektir. Oysa kanun koyucunun böyle bir amacı olamaz. Hükmün mevcut hali de "kalan sermaye ile yetinme" şeklinde anlaşılmalıdır<sup>13</sup>. Konuyu bir örnekle açıklayalım. Esas sermayesi 900.000 TL, kanuni yedek akçeleri toplamı ise 300.000 TL olan bir şirkette, son yıllık bilançodan öz sermayenin (aktifler-borçlar) 400.000 TL veya daha az olduğu anlaşılırsa 2/3 sermaye kaybı tespit edilmiş olur. Şirket öz sermayesinin 150.000 TL olarak tespit edildiği bir durumda lafzi yorum yapılırsa kalan sermayenin 250.000 TL daha ilave ile en az 400.000 TL'ye (üçte bir) tamamlanması gerekecektir. Kanun esas sermaye sisteminde 50.000 TL, kayıtlı sermaye sisteminde 100.000 TL asgari sermayeye izin verdiğine göre genel kurulun, gerekli esas sözleşme değişikliklerini yaparak, bu miktarların altında olmamak kaydıyla kalan sermaye ile yetinmeye karar vermesi mümkün olmalıdır. Konu alacaklıların haklarının korunması yönünden değerlendirildiğinde, bu durumda alacaklılar yönünden bir tehlike yoktur. Çünkü, borca batıklık seviyesine ulaş-

<sup>12</sup> Kayar, Mali Durumun Bozulmaması ve Alınacak Tedbirler, s. 188, 189

<sup>13</sup> Kayar, Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, s. 194.

mayan sermaye kayıplarında aktiflerin tüm borçları karşıladığı ve şirket öz sermayesinin halen artıda olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Buradaki sorun, şirket sermayesini esas sözleşmede görünen durumla uyumlu hale getirmekten ibarettir. Sağlıklı bir şirkette dahi sermayenin asgari limitlere kadar azaltılması mümkün olduğu halde, mali durumu bozulan ve 2/3 sermaye kaybı tespit edilen şirketlerde buna izin vermemenin mantıklı bir açıklaması olamaz.

Üçüncü olarak, üçte iki sermaye kaybında genel kurul ya sermayenin tamamlanmasına ya da kalan sermaye ile yetinmeye karar verecektir. Sermayenin tamamlanmasının, sermaye artırımından farklı olarak, pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak anlamına geldiği ve TTK m.421/2 hükmü gereğince oybirliğiyle karar alınmasını gerektirdiği yukarıda izah edilmiştir. Üçte iki sermaye kaybı tespit edilen şirketin genel kurulunda, oybirliği sağlanamaz ve sermayeyi tamamlama kararı alınmazsa tek çıkar yol, kalan sermaye ile yetinmeye karar vermektir. Kalan sermaye ile yetinme kararı oybirliğini gerektirmez, ancak esas sözleşme değişikliğini gerektirdiğinden ağırlaştırılmış yetersayı ile karar alınmasını gerektirir. Şayet TTK m.376/2 hükmündeki “sermayenin üçte biri ile yetinme” ifadesi sermayenin asgari 1/3’e tamamlanması suretiyle yetinme şeklinde anlaşılırsa (sermaye kaybının tam olarak 2/3 olarak saptandığı haller hariç) kalan sermaye ile yetinme kararı da oybirliğiyle alınabilecek demektir. Sermaye kaybı sebebiyle şirketin durumunu iyileştirmek amacıyla sermayeyi tamamlama ya da kalan sermaye ile yetinme kararı olarak şirketin faaliyetine devam etme fırsatı vermek isteyen kanun koyucunun, sermayenin tam olarak 1/3’e tamamlanmasını araması makul değildir. Üçte iki sermaye kaybında genel kurula sunulan alternatif tedbirlerden ilki olan sermayeyi tamamlamak için oybirliği gerektiği ve bunun her zaman sağlanamayacağı düşünülerek, alternatif olarak, kalan sermaye ile yetinme imkanı da verilmiştir. Diğer yandan, sermayenin tamamen kaybolduğu borca batıklık halinde dahi sunulacak iyileştirme projesi çerçevesinde iflasın ertelenmesi yoluyla şirkete yaşama imkanı sunulduğu halde, sermayenin kısmen kaybedildiği bu durumda kalan sermaye ile yetinmenin oybirliğine bağlanması makul de değildir.

Açıklanan sebeplerle, üçte ikiyi aşan sermaye kayıplarında, genel kurulun kalan sermaye ile yetinme kararı veremeyeceği, mutlaka sermayenin üçte bire tamamlanması gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsait olan TTK.m. 376/2’de yer alan “sermayenin üçte biri ile yetinme” ibaresinin özensiz kullanıldığını, bunun yerine asgari sermaye limitinin altına düşmemek kaydıyla “kalan sermaye ile yetinme” şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.

Üçte iki sermaye kaybı tespit edildiğinde, konuyu görüşmek üzere toplanan genel kurulun kalan sermaye ile yetinmeye karar vermesi, payların nominal değerini indirerek sermaye azaltılmasını gerektirir. Bu çerçevede genel kurul kararı TTK m.473/3 ve 421/3 hükümlerinde öngörülen nisaplarla alınmalı, esas sözleşmenin sermaye ve paylar maddesi değiştirilmeli, tescil ve ilan edilmelidir. Ancak, azaltma zararlar sebebiyle bilançoda oluşan bir açığı kapatmak amacıyla yapıldığından, TTK m.474/2 gereğince alacaklıları davet, alacaklarını ödeme veya teminat altına almak gerekmez.

### **3. Borca Batıklık Halinde Alınacak Tedbirler**

#### **a. Genel Olarak**

Anonim şirketin borca batık olması halinde alınacak tedbirler TTK m.376/3’de düzenlenmiştir. Bu fıkra 6335 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. Fıkranın son hali şöyledir:

“Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin

iflasını ister. Meğerki, iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklılarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki 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 olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini olarak kabul olunur.”

6335 sayılı kanun ile TTK m. 376/3'te yapılan değişiklikler daha çok borca batıklığın nasıl tespit edileceği ile ilgili olduğundan, bunlar yukarıda değerlendirilmiştir.

Aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilançoya göre şirketin borca batık<sup>14</sup> olduğu tespit edilirse, yönetim kurulu şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine borca batıklık bildiriminde bulunarak şirketin iflasını isteyecektir. İİK m.179 gereğince borca batıklık sermaye şirketleri için iflas sebebidir. Şayet iflasın ertelenmesi istenmemiş ise ya da istenmiş de şartları yoksa mahkeme, bilirkişi marifetiyle şirketin borca batık olduğunu tespit ettiği takdirde iflas kararı verecektir.

Borca batık olduğu tespit edilen şirketin yönetim kurulu mahkemeye durumu bildirmek ve iflas veya iflasın ertelenmesine karar verilmesini istemek zorundadır. Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklıların sırada sona geçme beyan veya sözleşmesi yoksa, aksine davranış, İİK.m. 345a hükmü gereğince yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğunu gerektirir.<sup>15</sup>

#### **b. Sırada Sona Geçme (Sıradan vazgeçme)**

Borca batık şirketin iflasını engelleyecek yeni bir müessese 6102 sayılı TTK m.376/3 hükmünde yer almaktadır. İsv. BK. m. 725/2'den alınan sırada sona geçme veya sıradan vazgeçme beyanı veya anlaşması, en az borca batıklığı ortadan kaldıracak

<sup>14</sup> TTK m.376'ün başlığında “borca batıklık” kavramı yer aldığı ve 3. fıkrada “borca batıklık” şüphesi üzerine ara bilanço çıkarılacağı öngörüldüğü halde, çıkarılan ara bilançoya göre şirketin borca batık çıkması halinde alınacak tedbirleri düzenleyen 3. fıkranın 2. cümlesinde borca batıklık kavramı kullanılmayarak, bunun tarif edilmeye çalışılması isabetli olmamıştır. Üçüncü fıkrada “aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması” yerine “şirketin borca batık oluşunun anlaşılması” ifadesinin kullanılması yerinde olurdu. Çünkü artık iyi bilinen ve yaygın şekilde kullanılan “ borca batıklık” kavramını ifade etmek için dolaylı anlatıma gerek yoktur. Diğer yandan, gerekçede “324. maddenin bilanço hukukuna uymayan hükümleri düzeltilmiş” dense de TTK. m. 376'da bilanço ve muhasebe terminolojisi ile hiç uyumlu olmayan terim ve ifadeler yer verilmiştir. Mesela, eski metinde de yer alan ve kaynak metinden tercüme kokan “şirket alacaklılarının alacakları” ve “şirket borçlarının alacaklıları” ifadelerinin yerine ilki için “şirketin borçları”, ikincisi için “şirketin alacaklıları” kavramlarının kullanılması yerinde olurdu. Diğer yandan “şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutar” şeklindeki birbirinin tekrarı ifadeler yerine “borca batıklığı izale edecek kadar” ifadesi kullanılmalıydı.

<sup>15</sup> Sermaye Şirketlerinin İflasını İstemek Mecburiyetinde Olanların Cezası: MADDE 345/a - (Ek: 538 - 18.2.1965/m.137) İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, kasden veya ihmal ile 179 uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflâsını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, icra mahkemesince on günden üç aya kadar hafif hapis veya 1.000 liradan 10.000 liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılırlar. İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179 uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar (İİK.m. 345a).

kadar şirket alacaklısının, iflasta alacaklıların sırasını düzenleyen İİK.m.206'daki sırasından vazgeçerek, alacaklarını tüm diğer şirket alacaklılarından sonra almaya razı olmasını ifade eder<sup>16</sup>. Ancak, sırada sona geçme sebebiyle şirket hakkında iflas kararı verilirse de, söz konusu beyan veya sözleşmeye konu şirket borçları yine de diğer tüm borçlardan sonra ödenmelidir.

Sırada sona geçme, imtiyazlı alacakların sırasını değiştirerek sona geçme veya adi alacaklar arasında sona geçme şeklinde olabilir. Sırada sona geçme, tek taraflı bir taahhüt (beyan) veya sözleşme şeklinde olabilir. Sözleşme, alacaklı ile şirket arasında yapılır ve üçüncü şahıs yararına sözleşme niteliğindedir. Bu beyan veya sözleşmenin yazılı olması gerekir.

Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı, sırada sona geçmeye razı olursa, bunun yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerce doğrulandığı takdirde, artık iflas kararı verilemez. Alacaklıların sırada sona geçme beyan veya sözleşmesi mahkemeye başvurudan önce veya sonra olabilir. Sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin zamanı bakımından çeşitli ihtimaller ortaya çıkabilir.

aa.Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı, henüz mahkemeye başvurudan önce sırada sona geçmeye razı olurlarsa, yönetim kurulu yine de mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunacak ve söz konusu sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerini mahkemeye sunarak bunların değerlendirilmesini isteyecektir. Bu ihtimalde yönetim kurulu borca batıklık bildiriminde bulunacak fakat, sırada sona geçme sebebiyle iflas istemeyecektir. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi (1er) öncelikle şirketin borca batık olup olmadığını inceleyeceklerdir. Şayet borca batıklık şartı yoksa sırada sona geçmenin de bir önemi kalmayacağından, mahkeme şirketin borca batık olmadığını tespitine ve talebin reddine karar verecektir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonunda şirketin borca batık olduğu tespit edilirse bu defa sunulan sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri değerlendirilecektir. Kanun bunların "yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği" yönünden inceleme ve değerlendirme yapılacağını öngörmüştür. Yapılacak inceleme, bunların gerçekten şirketten alacaklı olup olmadıklarını, söz konusu alacaklıların nasıl oluştuğunu, herhangi bir alışverişe mi dayandığını yoksa son anda mı oluşturulduğunu, miktar olarak borca batıklığı izale edecek kadar olup olmadığını, sırada sona geçme beyan veya anlaşmalarının geçerli ve usule uygun olup olmadığını kapsar. Neticede mahkeme tarafından yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesine, şirketin borca batık olduğu ve borca batıklığı izale edecek kadar alacaklıların sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin yerinde, gerçek ve geçerli olduğu saptanırsa, mahkeme tarafından şirketin borca batık olduğunun tespitine, ancak sırada sona geçme anlaşmaları sebebiyle iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verecek ve işten el çekecektir<sup>17</sup>.

Mahkeme, şirketin borca batık olduğunu bilirkişi incelemesi neticesinde saptamış olmakla birlikte, sunulan sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin yerinde, gerçek veya geçerli olmadığı anlaşılırsa iflas (veya şartları varsa iflasın ertelenmesi) kararı verecektir. TTK m.376/3 hükmünde yer alan, "aksi hâlde mahkemeye bilirkişi

<sup>16</sup> Oğuz ATALAY, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, 2.Baskı, İzmir 2007, s. 57 vd.

<sup>17</sup> Borca batık olduğu tespit edilen ancak sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sebebiyle iflas kararı da verilmeyen şirket hakkında, iflasın ertelenmesinde olduğu gibi takip yasağı, malvarlığının korunması veya kayyım atanması gibi tedbirler de verilmediğinden takip ve muhafaza işlemleri yapılabilir. Ancak sırada sona geçmeye razı olan alacaklıların, diğer tüm şirket borçları ödenmeden ödeme, takas, mahsup vs. yollarla tatmin edilmemesi gerekir. Bunlar tarafından başlatılan takipler hakkında şikayet yoluna başvurulabilir. Herhangi bir takip olmaksızın şirket tarafından, sırada sona geçen alacaklılara yapılan ifa veya ödemelerin ise dava yoluyla iptali ve şirkete iadesi düşünülebilir.

incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini kabul olunur” ifadesi bunu göstermektedir.

Madde gerekçesinde sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin “mahkemeye başvurma zorunluluğunu ortadan kaldıran bir yenilik” olarak ifade edilmesi doğru olmamıştır. Çünkü, yukarıda izah edildiği üzere, şirket borca batık ise bu durumda dahi mahkemeye başvurmak zorunludur. TTK m.376/3’ün “Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimini<sup>18</sup> olarak kabul olunur” şeklindeki son cümlesi, borca batıklık halinde, sırada sona geçme beyan veya sözleşmesi olsa da mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunulacağı ve söz konusu beyan veya sözleşmelerin mahkemeye atanan bilirkişiler marifetiyle değerlendirileceğini ortaya koymaktadır. Netice olarak sırada sona geçme usulü, mahkemeye başvurmayı değil iflası engelleyen bir yenilik olarak değerlendirilmelidir.

bb. Şirketin mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunarak iflas (veya iflasın ertelenmesi) isteminde bulunmasından sonra, ancak henüz mahkemenin bir karar vermesinden önce, sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sunulursa, mahkemeye atanan bilirkişiler borca batıklık tespitini yaptıktan sonra bu beyan ve sözleşmeleri değerlendirmelidirler. Çünkü, mahkemeye borca batıklık bildiriminde bulunmuş ve iflas veya erteleme istenmiş olsa da, henüz iflas kararı verilmeden önce sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sunulur ve bunların yerinde, gerçek ve geçerli olduğu saptanırsa artık iflas veya iflasın ertelenmesi kararı verilemez. Bu durumda mahkeme şirketin borca batık olduğunun tespitine ve iflas kararı verilmesine yer olmadığına karar verecektir.

cc. Mahkeme tarafından şirketin borca batık olduğu, sunulan iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğu tespit edilerek iflasın ertelenmesine karar verildikten sonra, mahkemeye borca batıklığı izale edecek düzeyde sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri sunulursa mahkeme iflasın ertelenmesi tedbirlerini kaldırıp, iflasın ertelenmesi talebinin reddine karar vermelidir. Çünkü, borca batıklığı izale edecek miktardaki sırada sona geçme beyan veya sözleşmeleri bir iyileştirme projesi değil, borca batık şirketin iflasına engel olan olgudur. Madem ki bu durumda artık iflas kararı verilemez, o halde iflasın ertelenmesi kararı da verilememelidir. Böylece sırada sona geçme ve iflasın ertelenmesinin bir arada uygulanamayacağı sonucuna varıyoruz.

dd. Borca batıklık sebebiyle iflas kararı verildikten sonra sırada sona geçme beyan veya sözleşmesinin iflası önleme bakımından bir önemi yoktur. Çünkü borca batıklığın tespiti ve buna bağlı olarak verilecek iflas veya iflasın ertelenmesi kararları aşamasında bu imkan kullanılmamıştır.

ee. 6102 sayılı kanunun 376/3. maddesi ile getirilen, borca batıklık halinde sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi ile ilgili kısa değerlendirme yapmak gerekirse; Uygulamada borca batıklık bildiriminde bulunan şirketlerin büyük çoğunluğu iflasın ertelenmesi talebinde bulunmakta ve esasen bu beklenti ile borca batıklık bildiriminde bulunmaktadırlar. Bu yola başvuran şirketlerin genellikle iki temel endişesi olmaktadır. Birincisi, şirket hakkında yapılacak takipleri durdurmak bakımından, derhal erteleme tedbirlerine karar verilmediği ve bu arada şirkete kayyım atanmadığı takdirde, iflasın ertelenmesi başvurusu alacaklılar tarafından duyulmakta ve şirket hakkında yoğun şekilde ihtiyati hacizler ve takipler başlatılmaktadır. İkincisi ise; iflasın ertelenmesi veya erteleme süresinin uzatılması süreleri sonunda mahkeme iyileşmenin sağlanmadığı kanaatine ulaşır ise iflas kararı vermektedir. 6103 sayılı TTK’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile İİK m.179a hükmü değiştirilmiş ve değişiklikle iflasın ertelenmesi başvurusu üzerine derhal erteleme tedbirlerine hükme-

<sup>18</sup> “İflas bildirimini” ifadesi yanlıştır. Bunun yerine “borca batıklık bildirimini” ifadesi kullanılmaydı. Çünkü, borca batıklık halinde durum mahkemeye “bildirilir” ve şirketin iflası “istenir”.

dileceği ve şirkete kayyım atanacağı düzenlendiğinden birinci endişe izale edilmiş olmaktadır. TTK m. 376/3 hükmü ile borca batık şirketlerde iflası önleyen bir müessese olarak sırada sona geçme beyan veya anlaşması ile de iflasın ertelenmesi süreci devam ederken veya bu sürecin sonunda şirket iyileşmese dahi iflasın önüne geçilebilecektir. Netice olarak, 6102 ve 6103 sayılı kanunlarla getirilen söz konusu değişiklik ve yenilikler iflasın ertelenmesini, hemen netice alınabilen ve sonuçta iflas riski az olan bir yol haline dönüştürmüştür.

### c. İflasın Ertelemesi

Borca batıklık bildiriminde bulunan ve şirketin iflasını isteyen yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dâhil, nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir. Bu hâlde İcra ve İflas Kanununun 179 ilâ 179/b maddeleri uygulanır (TTK m.377).

6102 sayılı TTK Tasarısının ilk halinde TTK'da iflasın ertelenmesinin şartları ve usulü İİK'dan farklı olarak yeniden düzenlenmekte iken, sonradan yapılan değişikliklerle İİK m.179 vd. hükümlerine atf yapılmakla yetinilmiştir. TTK'da sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve alınacak tedbirlerin düzenlenmesi ve borca batıklık halinde uygulanacak bir tedbir olarak iflasın ertelenmesinden söz edilerek İİK hükümlerine yollama yapılmakla yetinilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira, iflas ve iflasın ertelenmesi sermaye şirketleriyle ilgili olsa da esasen İİK'nun alanına giren konulardır.

TTK m.377'de İİK hükümlerinden farklı şekilde, bir iyileştirme projesi tedbiri olarak şirkete yeni nakit sermaye konulmasından ve genel olarak iyileştirme projelerinin nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri göstermesinden söz edilmiştir. İİK m.179'da iyileştirme projesinin "şirketin mali durumunu iyileştirecek" nitelikte olması ve mahkeme tarafından "ciddi ve inandırıcı" bulunması aranmaktadır. TTK m.377 hükmü bunlarda bir değişiklik yapmamış, ilave olarak iyileştirme projesinin yeni nakit sermaye girişi gibi nesnel ve gerçek kaynak ve önlemleri göstermesini aramıştır. Gerekçede "fedakarlık pay sahiplerinden gelmelidir. Aksi halde erteleme alacaklıları oyalayan bir araca dönüşür" denilerek, sunulacak projelerin pay sahiplerinin fedakarlığı esasına dayalı olması gerektiği vurgulanmıştır.

İflasın ertelenmesinde erteleme tedbirlerini düzenleyen İİK m.179a maddesi 6103 sayılı TTK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile değiştirilmiştir<sup>19</sup>. Maddedeki temel değişiklik, iflasın ertelenmesi başvurusu üzerine, mahkeme tarafından derhal erteleme tedbirlerine hükmedileceği ve şirkete kayyım atanacağı yönündedir. Bu değişiklik iflasın ertelenmesi müessesesinin amacı bakımından olumlu bir değişiklik olmuştur. Çünkü, iflas ve iflasın ertelenmesi talepli davalarda şirketin

<sup>19</sup> Erteleme Tedbirleri: Mahkeme, iflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır.

Kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemeye belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları ve iflâsın ertelenmesine ilişkin talep 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usul ile mahkeme tarafından ilân ve ticaret siciline tescil ettirilir. Mahkeme bu arada erteleme talebini karara bağlar.

İflâs ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre, erteleme istemini değerlendirir ve iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır (İİK m.179a).

borca batık olup olmadığı ve iyileşip iyileşmeyeceğinin mahkeme tarafından bilirkişi incelemesiyle tespit edilmesi için geçen sürede, bu başvurunun yarattığı tedirginlik sebebiyle şirket hakkında yoğun takipler başlatılmakta, alınan ihtiyati haciz kararları vs. ile şirket malvarlığı dağılmakta, başta sunulan iyileştirme projesi artık işlemez hale gelebilmekteydi. İİK.m.179a hükmündeki değişiklikten önce de iflasın ertelenmesi talebi üzerine derhal erteleme tedbirlerine karar verilmesine bir mani yoktu. Ancak, bazı mahkemeler tensiple birlikte erteleme tedbirlerine hükmederken, bazıları iflasın ertelenmesinin şekli şartları yönünden bilirkişilerden aldıkları ön rapordan sonra, bazı mahkemeler ise iflasın ertelenmesinin maddi ve şekli şartlarının mevcut olduğuna dair bilirkişi raporundan sonra tedbir talepleri hakkında karar vermekteydi. Erteleme tedbirleri konusunda söz konusu uygulama farklılığı bu yola müracaat edecek şirketlerde tereddütlere sebep olmaktaydı. Bu bakımdan, yeni hükümde başvuruyla birlikte hemen malvarlığının korunmasına dair tedbirlere hükmedileceği ve şirkete kayyım atanacağı öngörülerek, şirketin bütünlüğünün korunması ve iyileştirme projelerinin uygulanabilirliği sağlanacağından değişikliği olumlu buluyoruz. Mahkeme, erteleme tedbirlerine karar verdikten sonra, şirketin borca batık olup olmadığı ve sunulan projelerin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı bilirkişi marifetiyle sağlıklı şekilde araştırılacak, bu iki şartın varlığı tespit edilirse erteleme tedbirlerinin devamına ve iflasın ertelenmesine, şirketin borca batık olmadığı tespit edilirse erteleme tedbirlerinin kaldırılmasına ve davanın reddine, şirketin borca batık olduğu tespit edilir ancak sunulan proje ciddi ve inandırıcı bulunmaz ise şirketin iflasına karar verilecektir.

#### **d. Sermayenin Kaybı Veya Borca Batıklık Hâlinde Birleşmeye Katılma**

Sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir (TTK.m.139/1).

Yeni TTK mali durumu bozuk şirketlerin de birleşmeye katılabileceğini düzenlemiştir. Ancak bu katılma, mali durumu daha iyi olan sağlıklı şirkete iltihak şeklinde olabilir. Böylece sermaye kaybına maruz kalan veya borca batık olan şirketlerin birleşmeye katılması, hem TTK m. 376/1 hükmüne göre ½ sermaye kayıplarında yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulacak iyileştirme tedbiri olarak, hem TTK m.376/2 hükmü gereğince üçte iki sermaye kaybında sermayeyi tamamlama veya kalan sermaye ile yetinme dışında üçüncü bir tedbir olarak hem de borca batıklık halinde mahkemeye sunulacak bir iyileştirme tedbiri olarak ortaya çıkabilir.

#### **VI. LİMİTED ŞİRKETLERDE SERMAYE KAYBI VE BORCA BATIKLIK**

Yeni TTK'nın "Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık" başlıklı 633. Maddesine göre "esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hâllerinde anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Ek ödeme yükümlülüğü hakkındaki hükümler saklıdır".

Yeni TTK'nın "İflasın bildirilmesi veya ertelenmesi" başlıklı 634. maddesi ise "İflasın bildirilmesi ve ertelenmesine anonim şirket hükümleri uygulanır" şeklindedir<sup>20</sup>.

Bu hükümlerin açık yollaması sebebiyle yukarıdaki açıklamalarımız limited şirketler hakkında da geçerlidir.

<sup>20</sup> TTK.m.633'ün "sermaye kaybı ve borca batıklık" şeklindeki başlığı konuyu anonim şirket yönünden düzenleyen 376. madde başlığından daha doğru iken, 634. maddenin gerek başlığında gerek metninde "iflasın bildirilmesi" teriminin kullanılması isabetsiz olmuştur. Bunun yerine borca batıklığın bildirimini veya iflasın istenmesi ifadeleri kullanılmalıdır.

## VII. SONUÇ

Anonim şirkette sermaye kaybı ve borca batıklığın tespiti ve alınacak tedbirlere ilişkin TTK m.376-378 hükümleri ve değişen ve TTK ile aynı tarihte yürürlüğe giren İİK.m.179a hükmü ile gelen yenilik ve değişiklikler şöyle sıralanabilir:

- Sermaye kayıplarının tespitinde (1/2 ve 2/3) esas sermaye veya çıkarılmış sermaye ile birlikte kanuni yedek akçeler de dikkate alınacaktır.
- ½ sermaye kaybında yönetim kurulu genel kurula sadece durumu bildirmekle yetinemez, uygun gördüğü iyileştirme tedbirlerini de sunmalıdır.
- Üçte iki sermaye kaybı, aktiflerin satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançodan değil son yıllık bilançodan tespit edilecektir.
- Ara bilanço, aciz hali şüphesi üzerine değil, borca batıklık şüphesi üzerine düzenlenecektir.
- Borca batıklık şüphesi üzerine yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin satış fiyatlarını esas alarak iki farklı ara bilanço düzenler.
- Borca batıklığı izale edecek kadar alacaklı sırada sona geçmeye razı olursa iflas kararı verilemez. Sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi iflas kararı verilinceye kadar her aşamada mümkündür.
- İyileştirme projeleri şirkete ortaklardan yeni nakit girişi gibi nesnel ve gerçek kaynakları göstermelidir.
- İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme derhal erteleme tedbirlerine hükmeder ve şirkete kayyım atar.

6102 sayılı kanununun 376/3. Maddesi ile getirilen, borca batıklık halinde sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi müessesesi, borca batık şirketlerin iflasını engellemekte ve onlara iflasın ertelenmesi yoluna başvurmaksızın kendi imkanlarıyla iyileşme imkanı sunmaktadır. İflasın ertelenmesi borca batık şirketler hakkında yapılacak takipleri durdurmakta ve iyileştirme projelerini uygulama imkanı vermekte ise de, mahkemenin iflas kararı mı yoksa erteleme kararı mı vereceğine dair uzun süren belirsizlik dönemi, şirketin iflası ihtimali, bu sebeplerle tedarikçilerle ve müşterilerle yaşanan sorunlar, mahkeme ve kayyım denetimi gibi şirket yönünden bir dizi olumsuzluğu da beraberinde taşımaktadır. Bu bakımdan sırada sona geçme yoluyla iflası önleme imkanı getirilmesi yararlı olmuştur. Ancak, bu müessesenin uygulamada daha çok, iflasın ertelenmesi sürecinin iflasla neticelenmesi ihtimalini bertaraf etmek amacıyla kullanılacağı kanaatindeyiz. Yani, sırada sona geçme yoluyla iflasın önlenmesi baştan itibaren mümkün olduğu halde, şirket hakkındaki takipleri durdurmak amacıyla önce iflasın ertelenmesi yoluna başvurulacağını, bundan netice alınamayacağını ve sürecin iflasla neticeleneceğinin ortaya çıkması halinde ise, yedek bir imkan olarak sırada sona geçme beyan veya sözleşmelerinin mahkemeye sunulacağını düşünüyoruz. Böylece, 6103 sayılı TTK Tatbikat kanunu ile İİK m.179a hükmü değiştirilmiş ve iflasın ertelenmesi isteyen şirketler hakkında derhal erteleme tedbirlerine hükmedileceği ve kayyım atanacağı kabul edilmiş olduğundan, borca batık durumdaki şirketler için, iflasın ertelenmesi yoluna başvurarak hemen erteleme tedbirlerini almanın da, sırada sona geçme usulüyle bu süreçten istedikleri zaman çıkmanın da yolu açılmış olmaktadır.

# 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 pay sahiplerinin şirkete borçlanamayacakları öngörüldüğü gibi, TTK.m.395/II ile aynı sınırlamanın kapsamına yönetim kurulu üyeleri de dâhil edilmiştir<sup>1</sup>. 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 istenmiştir<sup>2</sup>. 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 incelenmektedir<sup>3</sup>.

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 pırsahiplerinin 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”.

<sup>3</sup> 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 borçlanması 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*”<sup>4</sup>. 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*”<sup>5</sup>.

Hemen belirtelim ki, şirkete borçlanma yasağına ilişkin kanundaki düzenlemeler bu iki madde ile sınırlı değildir. Gerçekten, TTK.m.562’de “*yasağa aykırı davranışlarının 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 düzenlenmiştir<sup>6</sup>. 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 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*”.

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 öngörülmuş olan borçlanma yasağının kapsamı daraltılarak, yasak sadece sermaye borcu olan pay sahipleriyle sınırlandırılmıştır. Buna göre “*pay sahip-*

<sup>4</sup> Maddenin ilk şekli şu şekilde idi: “*İştirak 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*”.

<sup>5</sup> 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*”.

<sup>6</sup> 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 kavramdır<sup>7</sup>.

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 ödüncüler, 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 olarak 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 gerekir<sup>8</sup>:

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

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

<sup>8</sup> 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, ölçüğüne 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 kapsar<sup>10</sup>. 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

<sup>9</sup> 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.

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

tamamlayıcıdır<sup>11</sup>. 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)<sup>12</sup>
- Bankacılık Kanununda izin verilen hâllerden kaynaklanan borçlar (TTK.m.395/4)<sup>13</sup>

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

<sup>12</sup> 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”.

<sup>13</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 50. maddesinin 5. fıkrasına göre, “bir bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velayet 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)<sup>14</sup>. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, maddenin ilk şeklinde

<sup>14</sup> 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 gerekmekte idi. 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 sona 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 ödünçlerin 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 ödünçlerin şirketten geri alınması mümkün ve geçerlidir. Diğer bir deyişle, şirket ortakları veya yakınları tarafından sermaye yerine verilen borçlar, “ödünç” niteliğini korumakta olup, şirketin malî durumunun düzelmesi hâlinde bu borçların ortaklara ödenmesi gereklidir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda sermayenin yerini tutan ödünçlerin şirketin diğer borçlarından farklı bir konuma alınmasının dayanağını, Alman Hukukunda 1980 yılında yapılan revizyon sırasında getirilen GmbHG § 32a ile İsviçre BK. Öntasarısının 807c hükmü oluşturmaktadır<sup>15</sup>. 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 ödünçler 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 ödünçleri (Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen) hakkında Öntasarının 807c maddesi teklif edilmiştir. Ancak, daha sonradan yapılan müzakereler sonucunda bu hüküm tasarıya (Entwurf) alınmamış ve kanunlaşma olanağı bulunamamıştır<sup>16</sup>. 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 kaldırılmıştır<sup>17</sup>. Buna karşılık, İsviçre’de kabul görmeyen ve Almanya’da yürürlükten kaldırılan bu kural, Türk Hukuku’na aynen alınmıştır<sup>18</sup>. Ancak bu hüküm, tpki

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> **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.

<sup>18</sup> 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 ödünç 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, ödünç vermedikleri, yaşamaları için hiçbir finansal destek sağlamadıkları, yabancı ortak bulmadıkları ve devretmedikleri veya devredemedikleri bir şirketin tüm yükünü kredi piyasasına ve üçüncü kişilere bırakmak doğru değildir; böyle bir anlayış geniş çaplı krizlere yol açmaktadır. Şirket kuranlar özveride bulunmalıdır. Piyasamızın düzelmesi ancak özsermayesi ve ortak desteği güçlü şirketlerle sağlanabilir*”.

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 Uygulanmayacağı 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, mehz Alman Hukuku’nda da bu konu tartışılmış ve bir sermaye şirketi olan anonim şirketlere de uygulanması gerektiği, doktrin ve yargı kararlarıyla benimsenmiştir<sup>19</sup>. 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 yansımının daha başka bir biçimde ortaya çıktığı söylenebilir. Şöyle ki, 6762 sayılı Yasa döneminde şirketlerin kayıt dışı gelirlerinin, şirkete yasal olarak dönebilmesi, ortakların şirkete borç veremeleri 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”<sup>20</sup>.

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 açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> **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) <sup>21</sup>. 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 aşılabilir<sup>22</sup>. 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.

<sup>21</sup> Madde gerekçesine göre, “hüküm, mahkemeye başvuru zorunluğunu ortadan kaldıracak bir yeniliği de içermektedir. Bu da, şirket alacaklılarından bazılarınin, 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 garemeye 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. Ertelme belli bir takvim gününe bağlı değildir. En erken erteleme tarihi böyle bir taahhütte bulunmamış alacaklıların alacaklarının sona ermiş veya temin edilmiş olduğu tarihtir. Ertelme bir anlamda istekle sırada en sona giderek şirketi iflâstan kurtarma, erteleme son bulunduğu tarihe kadar takas, mahsup ve takip yapmama anlamını taşır; yoksa alacaktan feragat edilmiş değildir. Bu beyan, zamanaşımına herhangi bir etkide bulunmaz”.

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

# ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU KARARLARININ GEÇERLİLİĞİ (ÖZELLİKLE BATIL YÖNETİM KURULU KARARLARI) (TTK m. 391)

Yrd. Doç. Dr. Tamer PEKDİNÇER\*

## ÖZET

Yönetim kurulu kararlarının geçerliliğine ilişkin TTK m.391'in kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu (m.706/b ve 714) oluşturmaktadır.

Maddenin düzenleme amacı, "iptal edilebilir" ve "batıl kararlar" arasındaki farkın belirlenmesi ve bu sayede pay sahibinin korunmasını güçlendirmektedir. Ancak maddede mehzadan farklı olarak, "eşit işlem ilkesine aykırılık" bir geçersizlik sebebi olarak sayılmıştır. Bu durum özellikle TTK m.445 ile açık çelişki oluşturmaktadır. Bu bend dışındaki anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren kararlar ile diğer organlarının devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl sayılması Türk Hukuku açısından isabetlidir. Ancak yönetim kurulu toplantılarındaki usul ve esaslara ilişkin iç yönergeye ilişkin ikincil mevzuatın bir an önce çıkartılması ve hayata geçirilmesi içtihatlar ve uygulama açısından büyük önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yönetim Kurulu Kararları, Geçerlilik, Batıl, İç Yönerge, Eşit İşlem İlkesi

## ABSTRACT

*The source of Turkish Commercial Code (TCC) article 391 regarding the validity of the board of directors' resolutions is CO (Swiss Code of Obligations) art. 706/b and 714. The aim of the provision is to determine the difference between the "invalidity" and "annulability" and therefore to enforce the shareholder protection. However, as distinct from the source the art. 391 defines "acts against equal treatment principle" as a reason of invalidity. This fact creates a clear contradiction with art. 445. The listed invalidity reasons other than this subparagraph -acts violating the fundamental structure of the company, disregarding the principle of capital protection, violating or restricting the rights unalienable rights of the shareholders or involving acts under the in transmissible rights of other organs- are in line with Turkish law. Furthermore the secondary legislation regarding the internal directive on procedure and elements of board meetings is considerably important for the practice as well as the jurisprudence.*

**Keywords:** Board resolutions, validity, invalidity, internal directive, equal treatment principle.

\*\*\*

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

6762 Sayılı TTK'nın 2.kitabı olan Ticari Şirketler, 404 maddeden oluşuyordu.

6102 Sayılı TTK'da ise toplam 521 maddeden oluşmaktadır. Bu artışın temel sebebi ticaret şirketlerinde BİRLEŞME, BÖLÜNME VE TÜR DEĞİŞTİRME ile ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA ilişkin yeni 74 maddenin eklenmesidir. 6762 Sayılı TTK'da şirketlere ilişkin 100 madde, 6102 Sayılı TTK'na hiç alınmamış ancak sadece anonim şirketlerde yeni olarak 100 madde eklenirken limited şirketlere eklenen yeni madde sayısı 30'dur. Böylece 6102 Sayılı TTK'da en kapsamlı değişikliğin ticaret şirketlerine ilişkin olduğunu belirtebiliriz.

Bu yeni maddelerden bir tanesi de yönetim kurulu kararlarına ilişkin olan 391. maddedir. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Türk Hukukunda yeni bir kavram olan "İç Yönerge" ibaresinin açıklanması faydalı olacaktır.

### ANONİM ŞİRKETLERDE İÇ YÖNERGE VE ÖNEMİ

Anonim şirketlerde düzeni sağlamak yönetim kurulunun görev ve yetkilerindedir (İsv. BK.m.716a I 2.b ve TTK m.375) : Bu görev ve yetki, yönetim kurulunun devredilemez nitelikteki görev ve yetkilerindedir. Bunu sağlamak için şirketin hiyerarşik yapısı ve görev dağılımlarının belirlenmesi gerekmektedir. YK'nın düzen sağlama ödevini yerine getirdiğini kanıtlayabilmesi için, düzeni sağlamak üzere oluşturulan prensiplerin yazılı şekilde, bir yönetmelikte kaleme alınmış olması gerekmektedir.6102 sayılı TTK'da İÇ YÖNERGE (Örgüt (Teşkilat) Yönetmeliği) olarak isimlendirilmiştir (m.367, 375 ve 419). Yeni dönemde gerek yönetim kurulu gerekse genel kurul açısından büyük önem taşıyacak olan İÇ YÖNERGENİN hazırlanması görevi yönetim kurulundadır.

İÇ YÖNERGE'nin hazırlanması sırasında örgüt şemasının verilmesinin yeterli olmayacağı, karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermesi gerektiği belirtilmiştir. İÇ YÖNERGE'nin tescil ve ilanına gerek yoktur. Ancak şirket alacaklıları, **korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir surette ortaya koymasına halinde yazılı olarak bilgi alması mümkündür. Pay sahiplerinin ise "korunmaya değer menfaatleri" hususunda güçlü bir karine bulunmasından dolayı pay sahiplerinin talep etmesi halinde bilgilendirmesi zorunludur (Örneğin anonim şirketin iflası vev iflasının ertelenmesi talebinde bu menfaat somutlaşacaktır)** ; (Burada madde metni ile gerekçesinin bir bölümü arasında önemli bir çelişki bulunmaktadır. Terminoloji açısından maddede İÇ YÖNERGE ibaresi kullanılmış iken, gerekçede eş anlamlı olarak, ÖRGÜT YÖNETMELİĞİ-ÖRGÜTLENME YÖNETMELİĞİ-TEŞKİLAT YÖNETMELİĞİ ibareleri kullanılmıştır. Çelişki için bkz.gerekçenin 3. Paragrafı 5.cümle)

6102 Sayılı TTK m.367/1 (2.cümlede), iç yönergenin şirketin yönetimini düzenlediği, bunun için gerekli olan görevleri tanımlayacağı, yerlerini göstereceği özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunun belirleneceği ifade edilmiştir.Yönetim kurulunun İÇ YÖNERGE hazırlama yetkisinin bir esas sözleşme hükmü ile genel kurulun onayına bağlanıp bağlanamayacağının içtihat ile çözümleneceği madde gerekçesinde belirtilmiştir.

Ancak kaynak İsviçre Hukuku (İsv. BKm.716/b ve doktrin) yönetim kurulu tarafından hazırlanacak İÇ YÖNERGE'nin içeriğinde yer alması gereken hususları belirlemiştir.

Buna göre;

- Şirketin yönetim organlarının ve diğer birimlerinin (komite ve kurullar) sayılması ve açıklanması (TTKm.366/2 yönetim kurulu kararlarının alınmasında hazırlıkların yapılması ve bunların uygulanması ya da işlerin gidişini izlemek amacıyla kurullara ve müferrit yönetim kurulu üyelerine görev verebileceği düzenlenmiştir)
- Bu organların yetki ve görevlerinin açıklanması

- Muhasebe sistemi, mali denetim ve planlama hesaplarına ilişkin kurallar
- Organların ve diğer birimlerin toplantıya çağırılmasına ilişkin idari düzenlemeler
- Toplantıların görüşme usulü ve tutanağın düzenlenmesi
- Toplantı ve karar nisapları ve imza yetkisine ilişkin düzenlemeler
- Üyelerin bilgi alma hakkı ve raporlama sistemi

Bu konuda önemli olan bir nokta da İç Yönerge'nin değiştirilmesinin (belki kimi zaman kısa bir süre içerisinde) gerekli olduğu dikkate alındığında konuya ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmesi gerekliliğidir. Burada özellikle belirtmek isterim ki anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin toplantıya çağırılması usul ve yöntemlerinin düzenlenmesi büyük önem taşıyacaktır. (Örneğin yönetim kurulu üyelerinin şirkete belirtmiş oldukları mail adreslerine ve cep telefonlarına mail ve/veya sms yolu ile toplantı gününden 7 gün önce bilgi verileceği gibi bir hüküm sorunu çözebilecektir).

Fransız hukuku ve Türk doktrininde yönetim kurulu üyelerinden birinin veya bir kaçının toplantıya çağrılmaksızın toplanması ve karar alınması durumunda, bu kararın hiçbir hüküm ifade etmeyeceği, yoklukla malûl nitelikte olduğu belirtilmektedir<sup>1</sup>. Özellikle toplantı ve karar yetersayısının sağlandığı ancak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına bilinçli olarak çağrı yapılmaması halinde alınan kararların akibetinin belirlenmesi önem arzedecektir.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 28.11.2012 tarihli ve 28481 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "**Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik**" hükümlerinin İÇ YÖNERGE Başlığını taşıyan 4. Bölümünde, **İç yönergeye ilişkin esaslara yer vermiştir. Yönetmeliğin 40. Maddesine göre**, İç yönerge, Kanunun izin verdiği durumlar dışında, ortakların genel kurula katılma, oy kullanma, dava açma, bilgi alma, inceleme ve denetleme gibi vazgeçilemez nitelikteki haklarını, toplantı başkanlığının Kanundan kaynaklanan görev ve yetkilerini sınırlandıran veya ortadan kaldıran hükümler içeremez. Özel kanunlara tabi şirketler, iç yönergenin hazırlanmasında, bu Yönetmelikte belirtilen hususların yanında, tabi oldukları özel mevzuat hükümlerini de dikkate almak zorundadırlar. Yönetim kurulu, iç yönergeyi Kanun ve bu Yönetmelik hükümleri ile Ek-5'teki örneğe uygun olarak hazırlar ve genel kurulun onayından sonra yürürlüğe koyar. İç yönerge, genel kurulun onay tarihinden itibaren onbeş gün içinde ticaret siciline tescil ve ilan ettirilir. Ayrıca; internet sitesi açmakla yükümlü olan şirketlerce, ilan tarihini izleyen beş gün içerisinde internet sitesinde de yayımlanır. İç yönergede yapılacak değişikliklerde de aynı usul izlenir.

Yönetmeliğin 41.Maddesine göre ise; **İç yönergede yer alacak asgari hususlar belirtilmiştir. Buna göre**;Yönetim kurulu tarafından hazırlanacak iç yönergede asgari olarak aşağıda sayılan hususlara yer verilmesi zorunludur:

- 1.Toplantı yerine giriş ve toplantının açılması.
2. Toplantı başkanlığının oluşturulması.
3. Toplantı başkanlığının görev ve yetkileri.
4. Gündemin görüşülmesine geçilmeden önce yapılacak işlemler ve gündem.
5. Toplantıda söz alma ve oy kullanma usulü.

<sup>1</sup> Marc Bauen/Robert Bernet/Nicolas Rouiller; *La Société Anonyme en Suisse* 2007, s.182 vd. PULAŞLI, Hasan; *Şirketler Hukuku*, 10.Bası, Ocak 2011, Adana, s.316; İMREGÜN, Oğuz; *Anonim Ortaklıklar*, 4.Bası, İstanbul 1989, s.214.

6. Toplantı tutanağının düzenlenmesi.

7. Toplantı sonunda yapılacak işlemler.

Görüldüğü üzere Yönetmeliğin amacı, anonim şirketlerin genel kurul çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren düzenlemelere yer vermektir. Yönetim kurulunun çalışma esas ve usullerine ilişkin kuralları içeren düzenlemenin de yakın zamanda çıkacağını düşünmekteyiz.

Yönetim kurullarınca hazırlanacak iç yönergelerin, Ek-5'teki iç yönerge örneğine uygun içerikte olması zorunludur. Bunlar dışında genel kurul çalışmalarına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine yönelik ilave kurallara da yer verilebilir.

Yönetim kurulu kararlarının geçerliliği sorununda karşımıza 2 önemli müessese çıkıyor. Bunlardan ilki yönetim kurulu kararlarının iptali Sorunu, ikincisi ise yönetim kurulunun batıl kararlarıdır.

6102 Sayılı TTK'ya baktığımızda yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığını aksine madde gerekçelerinde "yönetim kurulu kararlarının iptal edilemeyeceğinin" açıkca vurgulandığı görülmektedir<sup>2</sup> (m.391 Gerekçesi).

Kaynak kanunda da (İsv.BK) bu konuda açık bir düzenlemenin yer almadığı ve yapılan değişikliklerde de ısrarlı olarak bu hususun düzenlenmemesi karşısında bilinçli bir tercih olduğunu belirtmek isterim. Nitekim İsviçre Hukuku'nda 21 Aralık 2007 tarihli değişiklik tasarısında bile bu konu ele alınmamıştır. Aksine yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenlemenin birçok sektör açısından İsviçre'nin uluslararası rekabette avantaj kaybetmesine neden olacağından yönetim kurulu kararlarının iptali fikrinin sadece pozitif hukuk açısından değil, olması gereken hukuk açısından da reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Türk hukuku açısından Yüksek Mahkemenin hakim olan görüşünün "**pay sahiplerinin kişisel nitelikteki haklarını ihlal eden yönetim kurulu kararları**" aleyhine iptal davası açılabilceği yönünde olduğunu söylemek mümkündür<sup>3</sup>.

Yönetim kurulunun bu nitelik dışındaki kararlarına karşı ise (örneğin yönetim kurulu kararının **ortaklığın menfaatini** ihlal ettiği iddiasını taşıyan bir kararın) ancak usulüne uygun olarak genel kurul gündemine alınarak itiraz edilebilir ve bunun neticesinde bu kararlar iptal davasının konusu haline getirilebilir. (m.445).

6102 Sayılı TTK'da da aynı sistemin devam ettiğini söylemek mümkündür. Belli istisnai hükümler dışında yönetim kurulu kararları aleyhine iptal davası açılabilir ve sonuçlandırılabilir. Ancak yüksek mahkeme yakın tarihli (15.05.2008) bir kararında; "**.....Dairemizin istikrar kazanmış yorum ve uygulaması ile şirket paydaşlarının ortaklık sıfatından doğan kişisel statüsü ve haklarını doğrudan ilgilendiren yönetim kurulu kararlarına karşı genel kurul nezdinde itirazda bulunma koşulu aranmaksızın dava yolu ile hak arama yollarına başvurabileceklerinin kabul edildiği dikkate alınarak davalı şirket yönetim kurulunun bu mahiyetteki 19.10.2005 gün ve 20 sayılı kararı ve bu karara dayalı işlemlerin iptali istemiyle açılan davanın esasına girilmek gerekirken, sadece yokluk ve butlanla malul yönetim kurulu kararlarının dolaysız olarak dava konusu edilebileceği yolundaki yanlışlıklarla davanın dinlenebilirlik niteliği taşımadığı sonucuna varılması bozmayı gerektirmiştir..**" demek suretiyle istikrar kazanmış görüşünün yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası

<sup>2</sup> **KENDİGELEN, Abuzer:** Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s.279, ve özellikle dn. m.111.

<sup>3</sup> Y.11.HD.sinin 18.01.2000 tarihli E.6574/K.94 Sayılı Kararı; Eriş, Gönen: Açıklamalı İçtihatlı TTK, 2. Baskı, Ankara 2010, C.3, s.3009.

açılabilmesi yönünde olduğu bunun dışında yokluk ve butlanla malul yönetim kurulu kararlarının ise tesbitinin zaten istenebileceğini açıkca vurgulamıştır<sup>4</sup>.

Nitekim yüksek mahkemenin kararları doğrultusunda doktrinde görüş belirtenlerin tamamı da “**yok ve batıl**” nitelikteki yönetim kurulu kararlarının tesbiti için dava açılabileceğini savunmaktadırlar<sup>5</sup>.

## YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI

### Batıl Kararlar:

**MADDE 391-** (1) Yönetim kurulunun kararının batıl olduğunun tespiti mahkemenin istenebilir. Özellikle:

- Eşit işlem ilkesine aykırı olan,
- Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,
- Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren,
- Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlar batıldır.

### GENEL DEĞERLENDİRME: (İsv.BKm.706/b ve 714)

Bu maddenin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu’dur. Ancak kaynak hukukta yönetim kurulu kararlarının butlanı özel olarak düzenlenmemiştir. İsviçre BK’daki sistemde genel kurul kararlarının butlanına ilişkin hükmünün (m.706/b) kıyasen Yönetim kurulu kararlarına da uygulanacağı belirtilmiştir (m.714)<sup>6</sup>.

Bu maddenin düzenleme amacı (ratio legis), “**iptal edilebilir**” ve “**batıl kararlar**” arasındaki farkın belirlenmesi suretiyle pahasibinin korunmasını güçlendirmek olduğu belirtilmiştir<sup>7</sup>.

İsviçre hukukundan maddenin ayrıldığı temel noktalardan biride 391. Maddenin a bendine benzer bir hükmün yer almamış olmasıdır. Gerçektende “**Eşit İşlem İlkesine Aykırılık**” yönetim kurulu kararının batıl olma hali olarak sayılmamıştır.

“**İlgili olan herkes**” tarafından, **her zaman** yönetim kurulu kararının butlanı davası açılabilir. Herkes, kavramının içine şirket alacaklılarının da gireceği kanaatinde-

<sup>4</sup> Y.11.HD.sinin 15.05.2008 tarihli 2006-3484/6373 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz. *BATİDER, C.XXIV, S.3, s.548-549*).

<sup>5</sup> **ANSAY, Tuğrul:** Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, *BATİDER, C.II (1964), S.3, s.381 vd;* **İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, 4.Bası, İstanbul 1989, s.214, **ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, 2.Bası, s.79 vd; **ÖZKORKUT, Korkut:** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s.128; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU,** ;Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.312 (N:534). **PULAŞLI, Hasan:**Şirketler Hukuku, 10.Bası, Ocak 2011, Adana, s.316; **ERİŞ, Gönen:**Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2.Cilt, 2.Baskı, Ankara 2010, s.2286).

<sup>6</sup> **KORKUT, Ömer/YILMAZ, Müslüm:** İsviçre Federal Mahkemesi’nin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanına İlişkin Bir Kararın (133 III 77) Değerlendirilmesi, *BATİDER, Aralık 2009, C.XXV, S.4, s.539 vd*).

<sup>7</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. **MOROĞLU, Erdoğan;** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. Baskı, İstanbul 2012, s.23 vd (Hükümsüzlük).

yim. Yeter ki davacı, tespit talebinde bulunmak için haklı bir menfaatinin varlığını ispatlasın.

Doktrinde bu davanın “**her pay sahibi**” tarafından açılabileceği de vurgulanmıştır<sup>8</sup>.

Zaman yönünden ise “**Sessiz Kalmak Suretiyle Hakkın Kaybı İlkesi** “ olarak ifade edilen ve Yüksek Mahkemenin özellikle ticaret unvanı, haksız rekabet ve marka davalarında sıkça gündeme getirdiği ilkenin de uygulama alanı bulabileceğini en azından bu hususunda dikkate alınmasının önemli olacağı kanaatindeyim. Bunun neticesinde de butlanı gerektiren bir yönetim kurulu kararının alınmasından uzunca bir süre sonra dava edilmesinin TMKm.2 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekebilecektir.

Batıl bir kararın hukuken geçerliliği olmayacağından sadece tespit davasının konusu olabileceğini de belirtmek isterim<sup>9</sup>.

Tespit davasında davalı şirkettir.

Butlanın bir itiraz olarak veya dava dışında ileri sürülmesi de her zaman mümkündür.

Hakim butlanı resen dikkate almalıdır. Aynı durum ticaret sicil memuru için de geçerlidir.

Kural olarak batıl bir karar asla düzeltilemez. Tescil edilse bile kural olarak etkisi olmaz. Ancak Alman hukukunda durum daha farklıdır. § 242 AktG uyarınca tescilden itibaren 3 yıl geçtikten sonra butlan ileri sürülemez<sup>10</sup>.

Ama Türk hukuku açısından yukarıda belirttiğimiz ilke uyarınca uygulamanın şekilleneceğini kuvvetle tahmin etmekteyim. Özellikle iyi niyetli üçüncü kişileri korumak adına bu katı kurala istisna tanınacaktır. Örneğin uzun süredir devam eden ve iptal edilmeyen bir duruma duyulan güvenle işlem yapacak olan üçüncü kişinin haklarının korunmaya değer olduğu kanaatindeyim.

YK kararının butlanı davası kabul edilirse **bu herkese karşı** hüküm doğurur. Ancak bu davanın reddedilmesi sadece tarafları bağlayacaktır.

Yönetim kurulu kararının her halükarda 6102 Sayılı TTKm.390 da belirtilen toplantı ve karar yetersayısına uyulmak suretiyle alınması zorunludur. Bu nisaplar sağlanmadan alınan yönetim kurulu kararı yok hükmünde olduğundan herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.

Genel olarak TTK'da yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun dava edilebilmesine yer verilmesinin isabetli olduğu kabul edilmektedir. Zira böylece öğretide ve yüksek mahkeme kararlarında benimsenen görüşler kanuna taşınmış olmaktadır<sup>11</sup>.

## YÖNETİM KURULUNUN BATIL KARARLARI

### Batıl Kararlar:

**MADDE 391-** (1) Yönetim kurulunun kararının batıl olduğunun tespiti mahkemenin istenebilir. Özellikle;

a) Eşit işlem ilkesine aykırı olan,

<sup>8</sup> PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C.I, Ankara 2011, s.992.

<sup>9</sup> KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: Tespit Davaları:İstanbul 2010, 2. Bası, s.81 vd.

<sup>10</sup> Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, &16, No: 216.

<sup>11</sup> MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı TTK Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s.185 (Değerlendirme). Ancak yazar, maddenin ilk cümlesinde “Yokluk” yaptırımından bahsedilmemesinin bir eksiklik oluşturduğunu belirtmektedir.Ayrıca bkz. Dn. 5’de belirtilen yazarlar.

b) Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen,

c) Pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren,

d) Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlar batıldır.

Tüm butlan hallerinin ve sebeplerinin kanunda gösterilmesi veya tanımlanmasının imkansız olması sebebiyle madde lafzında yer alan “**Özellikle**” ibaresinden batıl nitelikteki yönetim kurulu kararlarının sınırlayıcı olmadığı (Numerus Clausus) açıkça anlaşılmaktadır<sup>12</sup>.

Buna göre maddede belirtilen batıl karar örnekleri şunlardır;

## 1. EŞİT İŞLEM İLKESİNE AYKIRI OLAN YÖNETİM KURULU KARARLARI

Her ne kadar 6762 Sayılı TTK’da açıkça yer almasada bu ilkenin son dönemlerde benimsendiği ve gelişen doktrinle birlikte bir çok yüksek mahkeme kararında yer aldığını söylemek mümkündür<sup>13</sup>. 6102 Sayılı TTK ise m.357’de **Eşit İşlem İlkesi** başlığı altında “**Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur**” demek suretiyle açık bir hükme yer vermiştir<sup>14</sup>. Bu düzenlemenin amacı, bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanuni bir barikat çekmek, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir<sup>15</sup>. Madde gerekçesinde ilkenin pay sahiplerinin “paysahibi” sıfat ve konumlarıyla ilgili olduğu için, şirket dışı işlemleri düzenleyen bir hüküm olan 358. maddeye uygulanmayacağı da belirtilmiştir. Bir diğer ifade ile eşit işlem ilkesi pay sahiplerine özgülenmiştir.

Eşit işlem ilkesinden anlaşılması gereken eşit hukuki koşullar altında olan tüm pay sahiplerine eşit davranılması, eşit muamele yapılması zorunluluğudur. Eşitlik ilkesine aykırılık, TMK m.2’de anlamını bulan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder<sup>16</sup>. Örneğin; kar payının dağıtılmasına ilişkin genel kurul gündeminde yer alan bir maddeye aleyhte oy kullanan pay sahibinin kar payı hakkında yararlanamayacağına ilişkin bir karar –diğer aykırılık sebepleri dışında- eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İlkenin özellikle paysahiplerinin genel kurula katılma, oy kullanma, gündeme ilişkin düşüncelerini açıklama, teklifte bulunma, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının butlanının ve iptalinin dava edilmesi, bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetçi atanmasını isteme, yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler hakkında sorumluluk davası açma gibi haklar bakımından mutlak olarak uygulanacaktır<sup>17</sup>.

Maddenin gerekçesinde, eşit işlem ilkesinin ancak şartların eşit olması halinde uygulanacağı ve eşit işlem ilkesine aykırılığın hukuki sonucunun, somut olayın şartla-

<sup>12</sup> **MOROĞLU, Erdoğan:** (Hükümsüzlük), s.194

<sup>13</sup> **YILDIZ, Şükrü:** Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.27 vd.

<sup>14</sup> 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m.23’de “Eşitlik İlkesi” yer almaktadır.

<sup>15</sup> TTKm. 357 gerekçesi **DOĞRUSÖZ, Bumin/ONAT, Öznur/TUNCALP TÖRALP,** Funda, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türk Ticaret Kanunu, Ankara 2011, C.I, s.468.

<sup>16</sup> **MOROĞLU, Erdoğan;** Hükümsüzlük, s.206. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşleri ve tartışmalar için bkz. dn. 391 ve 392.

<sup>17</sup> **PULAŞLI, Hasan:** Türk Ticaret Kanununa Göre, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, C.I, s.994

rına bağlı olmak şartıyla iptal olduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>. Bu gerekçe ile 391. maddenin hükmü çelişiyor gözükmemektedir. Eşitlik ilkesinin temeli dürüstlük kuralına dayandığından ve dürüstlük kuralına aykırılığın müeyyidesi ise TTK m.445’de iptal edilebilirlik sayılmasından dolayı da çelişki teşkil etmektedir<sup>19</sup>.

## 2. ANONİM ŞİRKETİN TEMEL YAPISINA VEYA SERMAYENİN KORUNMASI İLKESİNİ GÖZETMEYEN YÖNETİM KURULU KARARLARI

Anonim şirketin tanımının yapıldığı 329. madde de eski düzenlemeden farklı olarak **“esas sermaye”** yerine sadece **“sermaye”** terimine yer verilmiştir. Bu değişikliğin sebebi, sermaye ibaresinin kayıtlı sermaye sistemini de kapsayacak olmasıdır. Pay sahibinin hakları ve borçlarına ilişkin düzenlemeler (m.424-444 çerçevesinde mali hakları ve sosyal nitelikteki haklar: Kar payı hakkı, rüçhan hakkı, oy hakkı bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim hakkı, iptal davası açma hakkı, YK üyeleri ile yönetime yakın kişilerin haksız olarak aldıkları kar, kazanç payı ve ikramiyenin iadesini dava hakkı, şirketin yönetim organizasyonunun açıklanmasını isteme hakkı gibi) organ yapısına uymayan veya sermayenin korunmasına aykırı olan kararlar batıl nitelikteki kararlardır. Kanun koyucunun bu maddede yer alan **“Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan”** ibaresinin bir benzerine batıl olan genel kurul kararlarının düzenlendiği 447. Maddede yer verdiği görülmektedir. Aradaki tek fark 391.madde de **“şirketin temel yapısına uymayan”** denirken m.447’de **“temel yapısını bozan”** denmesidir. Bu farkın bilinçli olup olmadığı önemlidir<sup>20</sup>.

Yönetim kurulunun anonim ortaklığın işletme konusunu elde etmek için gerekli iş ve işlemleri yapmak yerine anonim ortaklığın malvarlığını kiraya verip buradan kazanç sağlamaya yönelik, anonim ortaklığın kredi alabilmesi için pay sahiplerinin kefalet vermelerini şart koşan veya bilanço zararlarını kapatmak için oransal zarar dağıtımını öngören kararları, sırasıyla işletme konusunun dolaylı bir şekilde terk edilmesi ve sınırlı sorumluluk ilkesine aykırılık oluşturması sebepleriyle anonim ortaklığın temel yapısı ile bağdaşmayan kararlar olarak kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Fikri mülkiyet hukuku açısından örnek vermek gerekirse bir anonim şirketin sermayesi içerisinde yer alan tescilli markaların gerçek değerlerinin altında bir bedelle yönetim kurulu kararı ile satışının yapılmasında bu durumun sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmesinden dolayı batıl olduğu ileri sürülebilecektir. Tabii burada yönetim kurulunun marka satışına karar verip veremeyeceğinin de ayrıca değerlendirilmesi zorunludur. Zira limited şirketlere ilişkin bir kararında Yüksek mahkeme bu konuda ortaklar kurul kararının bulunması gerektiğini belirtmiştir (Y.11.HD. 13.02.2006 tarihli ve E.2005/1362.K. 2006/1253 Sayılı Kararı). Ancak genel kurul/ortaklar kurulu kararlarında bedel konusu gündeme gelmeyeceğinden satış bedelini belirlemek yetkisi yönetim kurulunun takdirinde olacaktır.

Bunun dışında kar payı dağıtılmasına ilişkin yönetim kurulu kararları da (bu yetki genel kurula ait olmasından dolayı) sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

<sup>18</sup> **MOROĞLU, Erdoğan**, ; (Değerlendirme) s.185; **KENDİGELEN, Abuzer** s.279. MOROĞLU’na göre, dürüstlük kuralına aykırılığın değişik bir görünümü niteliğinde olan eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımını genel kurul kararları açısından iptal edilebilirlik iken bu düzenlemenin mantıklı bir gerekçesi olmayacağını ve hukuk güvenliği açısından sakıncalı olduğunu vurgulamaktadır.

<sup>19</sup> **MOROĞLU, Erdoğan**; (Hükümsüzlük), s.194.

<sup>20</sup> **KORKUT, Ömer**: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012, s.78 vd.

<sup>21</sup> **TEKİNALP, Ünal**: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, 2.Bası, s.154-155

### **3. PAYSAHIPLERİNİN VAZGEÇİLMEZ NİTELİKTEKİ HAKLARINI İHLAL EDEN VEYA BUNLARIN KULLANILMALARINI KISITLAYAN VEYA GÜÇLEŞTİREN KARARLAR**

Bu hakların kapsamına yönetim kurulu veya genel kurul kararlarının butlanının tespiti veya iptalinin dava edilmesi, genel kurula katılma ve buna bağlı olan diğer haklar girmektedir. Bu hakların kullanılmasının sınırlandırılan veya güçleştiren yönetim kurulu kararları batıldır. Örneğin genel kurula katılabilmek için payların devrinden itibaren en az 12 ayın geçmesi gerektiği yönünde bir karar alınması veya iki hafta olan çağrı süresinin yönetim kurulu kararı ile 10 güne indirilmesi halinde veya pay sahibinin genel kurula katılma konusunda yetkilendireceği temsilcinin pay sahibi olmasının yönetim kurulu kararı ile şart kılınması (m.425 hükmüne açık aykırılık). Bunların dışında pay sahiplerine tanınan genel kurula katılma, öneride bulunma, oy kullanma, bilgi alma, inceleme, iptal davası açma, butlanın tespiti davası açma gibi haklar vazgeçilemez niteliktedir<sup>22</sup>.

Bu bend kapsamında ortaklık pay sahipleri defterine kaydedilme istemi yönetim kurulu kararıyla reddedilen, sermaye borcunu ödemediği gerekçesiyle ortaklıktan çıkarılıp yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından yoksun bırakılan pay sahipleri ve üçüncü kişiler yönetim kurulu kararlarının butlanının tespitini açık bir kanun hükmüne dayandırabileceklerdir<sup>23</sup>.

Bu açıklamalarımız çerçevesinde şunu belirtmek gerekir ki, m.391'de 1. bendde düzenlenen ilke hariç olmak üzere ki 2 ve 3. bendler pay sahiplerinin kanunen müktesep hak olarak gördüğü haklarını kaldıran veya sınırlayan kararları batıl sayar iken 4. benddeki düzenlemeler anonim şirketin genel yapısına aykırı kararların batıl olduğunu düzenlemektedir.

### **4. DİĞER ORGANLARIN DEVREDİLEMEZ YETKİLERİNE GİREN VE BU YETKİLERİN DEVRİNE İLİŞKİN KARARLAR**

Maddede her ne kadar diğer organlarda dense de 6102 sayılı kanunda iki organın (Genel kurul ve yönetim kurulu) varlığı kabul edilmiştir. 6762 sayılı kanunda yer alan denetçi veya denetçilerin okuma yazma bile bilmesine gerek yoktu. Bir başka ifade ile asgari hiçbir şartı taşımalarına gerek yoktu.

6102 sayılı kanunda bağımsız ve uzman kişiler tarafından denetlemenin benimsenmesi neticesinde denetçilerin bir organ sıfatının bulunmadığı açıktır. Bu nedenle bu bentte kastedilen asıl olarak genel kurulun devredilemez yetki ve görevlerine giren konulara ilişkindir. Bu yetki ve görevler ise m.408'de 6 bend halinde açık bir şekilde sayılmıştır. Bu bendler içerisinde yer alan "önemli miktarda şirket varlığını toptan satışı"na ilişkin hüküm Adalet Komisyonu aşamasında eklenmiştir. Ancak bu hükmün şirketle işlem yapan üçüncü kişilerin korunması amacına aykırılık teşkil edeceği doktrinde vurgulanmıştır. (Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri ise 375. maddede düzenlenmiştir).Hüküm, devredilemez yetkilerin bütün halinde olduğu gibi münferiden devrinde de uygulanır<sup>24</sup>

Kanaatimce madde de her ne kadar diğer organlar denmişse de anonim şirketlerin iç yönergeleri çerçevesinde görev ve yetkileri belirlenen diğer birimlerinin (komite ve kurullar) yetki ve görevlerinin açıklanması durumunda buna aykırı yönetim kurulu kararlarının da butlanı tartışmaya açık olacaktır.

<sup>22</sup> **TEKİNALP, Ünal:** s.154.

<sup>23</sup> **MOROĞLU, Erdoğan** (Değerlendirme), s.186.

<sup>24</sup> **KORKUT, Ömer:** s.83.

**KISALTMALAR**

<b>b.</b>	: bend
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Dn.</b>	: Dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>İsvBK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: Madde
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>v.d.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yargıtay

**KAYNAKÇA**

**ANSAY, Tuğrul** : Anonim Şirket İdare Meclisi Kararlarının İptali Meselesi, BATİDER, C.II (1964), S.3, s.381 vd;

**ARTHUR MEIER-**

**HAYOZ/PETER**

**FORSTMOSER** : Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, &16, No: 216.

**DOĞRUSÖZ, Bumin/**

**ONAT, Öznur/TUNCEL**

**TÖRALP, Funda** : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türk Ticaret Kanunu, Ankara 2011, C.I, s.468.

**ÇAMOĞLU, Ersin:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2007, 2.Bası, s.79 vd;

**ERİŞ, Gönen** : Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2.Cilt, 2.Baskı, Ankara 2010, s.2286.

**İMREGÜN, Oğuz:** Anonim Ortaklıklar, 4.Bası, İstanbul 1989, s.214.

**KENDİGELEN,**

**Abuzer** : Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s.279,

**KORKUT, Ömer/YILMAZ,**

**Müslüm** : İsviçre Federal Mahkemesi'nin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanına İlişkin Bir Kararının (133 III 77) Değerlendirilmesi, BATİDER, Aralık 2009, C.XXV, S.4, s.539 vd.

**KURU, Baki/**

**BUDAK, Ali Cem** : Tespit Davaları:İstanbul 2010, 2. Bası, s.81 vd.

**MARC BAUEN/ROBERT**

**BERNET/NICOLAS**

**ROUÏLLER S** : La Société Anonyme en Suisse 2007, s.182 vd.

**MOROĞLU,**

**Erdoğan** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6. Baskı, İstanbul 2012, s.23 vd (Hükümsüzlük).

**MOROĞLU,**

**Erdoğan** : 6102 Sayılı TTK Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s.185 (Değerlendirme).

**ÖZKORKUT,**

**Korkut** : Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1996, s.128;

**POROY/TEKİNALP/**

- ÇAMOĞLU** :Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 11.Bası, İstanbul 2009, s.312 (N:534).
- PULAŞLI, Hasan** :Şirketler Hukuku, 10.Bası, Ocak 2011, Adana, s.316;
- TEKİNALP, Ünal**: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul 2012, 2.Bası, s.154-155.
- YILDIZ,**  
**Şükrü** : Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.27 vd.

# ANONİM ORTAKLIK YÖNETİCİLERİNİN VE DENETÇİLERİNİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU (TTK m. 549 – 563)

Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT\*

## ÖZET

Bu çalışmada, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim ortaklık yöneticilerinin ve denetçilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu ele alınmıştır. Bu bağlamda, yönetici ve denetçi kavramları, sorumluluğu doğuran sebepler ve sorumluluğun koşulları irdelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Yöneticiler, Yönetim Kurulu, Denetçi, Hukuki sorumluluk, Cezai sorumluluk

## ABSTRACT

*In this study, in accordance with 6102 numbered Turkish Commercial Law, the civil and criminal liability of the directors and auditors of incorporated companies is covered. In this respect, the concepts of director and auditor, the causes and conditions of liability are examined.*

**Keywords:** Directors, Board of Directors, Auditor, Civil Liability, Criminal Liability

\*\*\*

## I) ANONİM ORTAKLIKTA HUKUKİ SORUMLULUK

### 1) Yeni Ticaret Kanununun Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sistematiği

6762 sayılı *eTK*'dan farklı olarak<sup>1</sup>, 6102 sayılı *yTK*'da, anonim ortaklıkta hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlerin ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler onbirinci bölümde ve 549 ila 561. maddeler arasında düzenlenmiştir<sup>2</sup>.

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> *eTK*'da kuruluşun doğan sorumluluk m. 305 ila 310, yönetim kurulunun sorumluluğu m. 336 ila 341, müdürlerin sorumluluğu ise m. 342'de düzenlenmiştir. Anonim ortaklık denetçilerinin sorumluluğu bakımından ise, *eTK* m. 359 bir düzenleme getirmekte idi. Söz konusu düzenleme, anonim ortaklık denetçilerinin sorumluluğu bakımından, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümler olan *eTK* m. 309 ila 341 gönderme yaparak, denetçilerin sorumluluğu bakımından da, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kuralların geçerli olacağını öngörmüştür.

<sup>2</sup> Nitekim sorumluluğa ilişkin hükümlerin ayrı bir bölüm altında toplanması sistemi *İsvBK*'nunda da benimsenmiş bir sistemdir. *İsvBK*'nunda sorumluluğa ilişkin hükümler 752 ila 760 maddeler arasında düzenlenmektedir.

Hukuki sorumluluk halleri *yTK*'nin 549 ila 554 maddeleri arasında yer almaktadır. *yTK* m. 555'de "şirketin zararı" başlığı altında, genel olarak tazminat davasını düzenlemekte, 556. maddede şirketin iflasi halinde açılacak tazminat davası öngörülmektedir.

Genel olarak ibra *yTK* m. 558'de, kuruluş ve sermaye artırımında ibra ise, m. 559'da; sorumluluk davasına ilişkin zamanaşımı *yTK* m. 560'da, yetkili mahkeme ise *yTK* m. 561'de yer almaktadır. Cezai sorumluluk halleri *yTK*'nin 562. maddesinde, soruşturma ve kovuşturma usulü 563. maddesinde düzenlenmektedir.

## 2) Sorumluluk Sebepleri (*yTK* m. 549 – 554)

### A) Belge ve Beyanların Kanuna Aykırılığından Doğan Sorumluluk (*yTK* m.549)

#### a) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

*yTK*'nin 549. maddesinin kaynağını anonim ortaklığın kuruluşunda, vesikaların doğru olmamasından doğan sorumluluğu düzenleyen *eTK* m. 305 ve *İsvBK* m. 752<sup>3</sup> oluşturmaktadır.

*yTK* m. 549 kuruluşun yanı sıra sermayenin artırılması, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul kıymet çıkarma gibi durumlarda hukuki sorumluluğu düzenlemektedir<sup>4</sup>.

*yTK* m. 549, belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların, garantilerin "yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olması; gerçeğin saklanmış olması; diğer kanunlara aykırı olması" hallerinde sorumluluğun doğacağını düzenleyerek, sorumluluğu doğuran fiilleri *eTK* m. 305'e göre genişletmektedir<sup>5</sup>.

*yTK* m. 549'a göre, söz konusu belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanların hukuki ve cezai sorumluluklarının gerçekleşebilmesi için kusurlu hareket etmeleri aranmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu kişiler bakımından "kusursuz sorumluluk"

<sup>3</sup> *yTK* m. 549'nun, *İsvBK* m. 752'den ayrılan yönleri ise şu şekilde özetlenebilir:

a.) *İsvBK* m. 752, genel olarak "izahname (Prospekthaftung/liability for a prospectus)" sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre izahnamede veya buna benzer bildirimlerde yer alan şirketin çıkardığı hisselerin, bonoların veya diğer menkul kıymetlerin yanlış, yanıltıcı veya kanuna uygun olmamasından sorumluluğu düzenlemektedir. İzahname veya buna benzer bildirim şirketin kuruluşunda çıkarılabileceği gibi daha sonra da çıkarılabilir. Bu fiilleri kasden veya ihmalen yerine getiren veya bu fiillere katılan kişiler sebep oldukları zarardan sorumlu olacaktırlar. *yTK* m. 549'un kapsamı, birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi durumları da kapsadığından daha geniştir. b.) *yTK* m. 549, belgeleri düzenleyenler bakımından "kusursuz", katılanlar bakımından "kusur" sorumluluğunu benimsemiştir. *İsvBK* m. 752'de ise bu tür bir ayırım söz konusu değildir. İsviçre doktrininde "buna benzer bildirimlerin/ähnliche Mitteilungen/similar notice" kapsamının yorumu açık olduğu belirtilmektedir. bkz. **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY**, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zurich- Basel-Genf 2005, N.49 ve 50.

<sup>4</sup> **KENDİGELEN Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 396; *eTK* m. 305 ise sadece kuruluşa ilişkin beyannamelerin, vesikaların ve sair evrakın gerçeği yansıtmaması halinde hukuki ve cezai sorumluluğu düzenlemektedir.

<sup>5</sup> **KENDİGELEN** bu noktada maddede, "kanuna aykırılık" veya en fazla "kanuna veya gerçeğe aykırılık" ibarelerinin kullanılmasının yeterli olacağını belirtmektedir. bkz. **KENDİGELEN**, s. 397; *eTK* m. 305'de kuruluşa ilişkin beyannamelerin, vesikaların ve sair evrakın "gerçeğe aykırı tanziminden" sorumluluğun doğacağını öngörmekte idi. Her iki maddede de, hem söz konusu belgeleri düzenleyenler hem de bunlara katılanların sorumlulukları bulunmaktadır.

geçerlidir. Diğer taraftan, "bunlara katılanlar" bakımından sorumluluğun gerçekleşebilmesi, kusurlarının varlığına bağlıdır.<sup>6</sup>

yTK m. 549'da halka açılımla ilgili sadece izahname anılmış olmakla birlikte, her türlü belge hükmün kapsamına girmektedir<sup>7</sup>. Maddede anılan belgeler ve aykırılıklar da sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir<sup>8</sup>.

### b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Hukuki sorumluluk davasında davalı sıfatı ise "düzenleyenler, beyanlarda bulunanlar ve taahhüt edenler" ile maddede anılan eylemlere "katılanlar"dır<sup>9</sup>. Bu kavramların, öğreti ve yargı kararıyla belirleneceği ifade edilmektedir<sup>10</sup>. İsviçre öğretisinde bu kişilerin, resmi kurucular, özellikle yönetim kurulu ve denetçiler olmak üzere şirket organları, izahnameyi veya buna benzer bildirimleri imzalayan kişiler, bankalar ve menkul kıymetlerin yatırılmasına yardım eden diğer kuruluşlar, danışmanlar özellikle avukatlar ve noterler olabilecekleri ifade edilmektedir<sup>11</sup>.

### B) Sermaye Taahhüdü ve Ödemelerle İlgili Yanlış Beyanlardan ve Pay Taahhütçülerinin Ödeme Yetersizliğinden Doğan Sorumluluk (yTK m. 550)

yTK'nun 550. maddesi, anonim ortaklığın sermayenin korunması amacını taşımaktadır. Bu aynı zamanda şirket alacaklıların korunması açısından önemlidir. Hükmün ilk fıkrasının kaynağını, eTK m. 306<sup>12</sup> oluşturmaktadır. yTK 550. maddenin ikinci fıkrası tamamen yenidir ve kaynağını AlmTK § 46 (4) oluşturmaktadır<sup>13</sup>.

#### a) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

##### aa) Esas Sermaye Tamamen Taahhüt Edilmemişken Taahhüt Edilmiş Gibi Gösterilmesi veya Pay Bedellerinin Peşinen Ödenmesi Gereken Miktarın Kısmen veya Tamamen Ödenmemiş Olmasına Rağmen Ödenmiş Gibi Gösterilmesi (yTK m. 550/I)

yTK m. 550/I, anonim ortaklığın sermayesinin tamamen taahhüt edilmemişken, taahhüt edilmiş gibi gösterenlerin; kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince, pay bedellerinin peşinen ödenmesi gereken miktarın kısmen veya tamamen ödenmemiş olmasına rağmen, ödenmiş gibi gösterenlerin bu payları üstlenmiş kabul edileceğini ve bu payların karşılıklarının yanı sıra ayrıca şirketin uğradığı zararı da faizi ile birlikte ödemekle yükümlü olduklarını öngörmektedir.

<sup>6</sup> KENDİGELEN, s. 396; diğer taraftan eTK m. 305'de, kusurdan bahsedilmediği için, sorumluluğun niteliği yönünden tartışmalara ve tereddütlere yol açıyordu, bkz. Gerekçe, madde 549, s. 204.

<sup>7</sup> Gerekçe, madde 549, s. 204.

<sup>8</sup> TEKİNALP Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2011, s. 260.

<sup>9</sup> Gerekçe, madde 549, s. 204; TEKİNALP, s. 261.

<sup>10</sup> Gerekçe, madde 549, s. 204.

<sup>11</sup> FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N. 51.

<sup>12</sup> Hükmün kaynağını teşkil eden eTK m. 306'da, esas sermayenin tamamıyla taahhüt edilmemişken taahhüt edilmiş veya karşılığı kanun hükümleri gereğince ödenmemiş iken ödenmiş gibi gösteren kurucuların, bu fillere iştirak edenlerin, bu payları kendi hesaplarına almak ve ödemek zorunda olduklarını, bu kişilerin müteselsilen sorumlu olacaklarını düzenlemekte idi. Görüldüğü üzere, eski düzenlemede kusura yer verilmediği için, "kusur sorumluluğunun" benimsendiği söylenebilir.

<sup>13</sup> TEKİNALP, s. 262.

Bu fiilleri gerçekleştirenler bakımından “kusursuz sorumluluk” esasını benimsemektedir. Şirket yetkilileri bakımından ise “kusur sorumluluğu” hâkimdir. Söz konusu fiillere katılan şirket yetkilileri ancak kusurlu olmaları halinde, fiilleri gerçekleştirenlerle müteselsilen sorumlu olacaklardır.

### **bb) Sermaye Taahhüdünde Bulunan Kişilerin Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesine Rağmen Duruma Göz Yumulması (yTK m. 550/II)**

yTK m. 550/II ise, kuruluş veya sermaye artırımı sırasında, sermaye taahhüdünde bulunan bir kişinin ödeme yeterliliğinin olmadığını bilen ve buna rağmen onay veren kişiler, sermaye taahhüdü dolayısıyla oluşan borcun ödenmemesinden doğan şirket zararından sorumlu olacaklarını öngörmektedir. Maddede sorumluluğun gerçekleşebilmesi için ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmek şart olduğundan, yTK m. 550/II'nin uygulanması bakımından “kusur sorumluluğunun” benimsendiği söylenebilir<sup>14</sup>.

### **b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar**

Sorumluluğu söz konusu olan şahıslar üç grup altında toplanabilir:

a) Anonim ortaklığın sermayesi tamamıyla taahhüt olunmamış olmasına rağmen, taahhüt edilmiş gibi gösterenler, birinci grubu oluşturmaktadır. Bu gruba anonim ortaklığın kuruluşunda söz konusu fiili gerçekleştiren kurucular, sermayenin artırılmasında ise yönetim kurulu üyeleri dâhil olabilir. Yönetim kurulu üyeleri, “şirket yetkilisi” olarak değerlendirilebileceğinden, bunların sorumlu olmaları kusurlu hareket etmelerine bağlıdır<sup>15</sup>. Yine yTK m. 341'e göre anonim ortaklığın kuruluşunda esas sermayeyi oluşturan payların tamamının kurucular tarafından esas sözleşmeye göre taahhüt olunduğunu onaylayan noter de davalılar arasında yer alabilir<sup>16</sup>.

b) Pay bedellerinin peşinen ödenmesi gereken miktarın kısmen veya tamamen ödenmemiş olmasına rağmen ödenmiş gibi gösterenler, ikinci grubu oluşturmaktadır. Bu gruba anonim ortaklığın kuruluşunda kurucular, sermaye artırımında ise yönetim kurulu üyeleri dâhildir<sup>17</sup>. Daha önce de belirttiğimiz üzere, yönetim kurulu üyeleri “şirket yetkilisi” olarak değerlendirildiğinden, sorumlulukları kusurlu olmalarına bağlıdır.

c) Sermaye taahhüdünde bulunan kişilerin ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna rağmen onay veren kişiler üçüncü grubu oluşturmaktadır. Bu gruba dâhil olabilecek kişiler son derece çeşitli olup, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir<sup>18</sup>.

### **C) Aynılara Değer Biçilmesinde Yolsuzluk Yapılmasından Doğan Sorumluluk (yTK m.551)**

#### **a) Sorumluluğu Doğuran Sebepler**

yTK m. 551<sup>19</sup> de, anonim ortaklığın sermayesinin sağlıklı olarak teşekkül etmesi ve sermayenin korunması esasına dayanmaktadır. Bunu tesis etmek amacıyla öncelikle,

<sup>14</sup> KENDİGELEN, s. 398.

<sup>15</sup> Nitekim gerekçede “şirket yetkilileri” ibaresinin geniş anlaşılması gerektiği, bu kapsama yönetim kurulu üyeleri ile işlem denetçilerinin dâhil olduğu ifade edilmektedir. bkz. Gerekeç, madde 550, s. 205.

<sup>16</sup> TEKİNALP, ayrıca ticaret sicil memurlarına davanın yöneltilemeyeceği kanaatindedir. bkz. TEKİNALP, s. 264.

<sup>17</sup> TEKİNALP, s. 264.

<sup>18</sup> TEKİNALP, s. 264.

<sup>19</sup> yTK m. 551 şu şekilde bir düzenleme öngörmektedir: “(1) Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile aynıların değerlendirilmesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın

yTK m. 343 gereğince anonim ortaklığa getirilen aynı sermayeye, kuruluş sırasında devralınacak işletme ve ayınlara, bilirkişilerce değer biçilmesi gerektiği öngörülmektedir<sup>20</sup>. yTK m. 551 ise, söz konusu değer biçilmesinde yolsuzluk halini düzenlemektedir.

yTK m. 551, sadece anonim ortaklığın kuruluşunda değil, sermaye artırımında da uygulanır<sup>21</sup>. Sorumluluğu doğuran fiiller ise genişletmektedir. Buna göre, hileli davranma şartı aranmaksızın<sup>22</sup> “işletmeye veya ayınlara emsaline oranla yüksek fiyat biçmek, niteliğini veya durumunu farklı göstermek, başka bir şekilde yolsuzluk yapmak” sorumluluğu doğuran fiiller olarak belirtilmektedir. Madde gerekçesinde işletme veya aynı niteliğinin farklı gösterilmesine örnek olarak: arsanın bina; sosyal amaçlı yapının üretim birimi, meskenin turistik tesis olarak gösterilmesi; durumunun farklı olarak gösterilmesine örnek olarak: imar durumu yokken varmış gibi gösterme, imar durumunu olduğundan iyi gösterme, imar durumu hakkında belirtme yapmama gösterilmektedir. Başka bir tarzda yolsuzluk yapılmasına örnek olarak: kurucular kabul etmemişken etmiş göstermek, mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak gösterilmektedir<sup>23</sup>.

yTK m. 551, “kusur” esasına dayalıdır<sup>24</sup>. Dolayısıyla maddenin uygulanması için, şahısların kusurlu hareket etmiş olmaları şarttır.

### b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Sorumluluğu söz konusu olan şahıslar somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir<sup>25</sup>. Anonim ortaklığın kuruluşunda kurucular, kuruluştan sonra ise yönetim kurulu üyeleri, müdürler, ticari mümessil, ticari vekil gibi şirket yöneticileri, yTK m. 343’e göre atanan bilirkişiler, onlarla yolsuzluk konusunda işbirliği yapan avukatlar, belediye ve imar idaresi gibi resmi yetkililer davalı sıfatına sahip olabilir<sup>26</sup>.

### C) Halktan Usulsüz Para Toplanmasından Doğan Sorumluluk (yTK m.552)

#### a) Sorumluluğu Doğuran Sebep

yTK m. 552’nin, *eTK*’da bir karşılığı bulunmamaktadır. Hüküm yeni bir hükümdür. Kanun gerekçesinde hükmün düzenlenme amacı, yakın zamanda özellikle yurt dışındaki Türk vatandaşlarından ve ülkemizdeki vatandaşlardan, bir anonim şirket kurmak veya sermayeyi artırmak amacıyla izinsiz ve denetimsiz şekilde halktan para toplanmasına yönelik girişimlerin önlenmesi olarak belirtilmektedir<sup>27</sup>.

Bu amaçla hükümde, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunarak para toplanmasının yasak

---

niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur.”

<sup>20</sup> PULAŞLI, s. 1853.

<sup>21</sup> KENDİGELEN, s. 398. Hükmün kaynağını oluşturan *eTK* m. 307, sadece anonim ortaklığın kuruluşunda, nakdi sermaye dışında aynı sermaye getirilmesi durumunda, bu aynı sermayeye değer biçilirken hileli hareket edilmesini, yani bu aynı sermayeye fazladan değer biçilmesini düzenlemektedir, bkz. POROY/(TEKİNALP/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, s. 294.

<sup>22</sup> Gerekçe, madde 551, s. 205. *eTK* m. 307’nin uygulanması, aynı sermayeye, devralınacak işletmeye ve ayınlara “hileli” şekilde değer biçilmesine bağlı idi.

<sup>23</sup> Gerekçe, madde 551, s. 205.

<sup>24</sup> Gerekçe, madde 551, s. 205.

<sup>25</sup> Gerekçe, madde 551, s. 205.

<sup>26</sup> PULAŞLI, s. 1853; TEKİNALP, s. 269.

<sup>27</sup> Gerekçe, madde 552, s. 205.

olduğu ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Ancak halktan para toplanmasına ilişkin sebepler sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir<sup>29</sup>.

Bu yollarla para toplanmaya başlanmışsa veya bu tür bir girişim varsa, SPK, tedbiren bu işlemin veya girişimin hemen durdurulmasını, toplanan paraların koruma altına alınmasını, gerekli diğer önlemlerin uygulanmasını, gereğinde kayyım atanmasını Ankara Asliye Ticaret Mahkemesinden isteyebilir. Bu tür önlemleri alma herhangi bir süreye veya aşamaya bağlanmadığı gibi, Ankara Ticaret Mahkemesi de tek yetkili mahkeme değildir<sup>30</sup>. SPK, durumun özelliklerine göre, yabancı bir mahkemeye veya uygun göreceği başka bir yetkili mahkemeye veya yetkili bir makama başvurabilir<sup>31</sup>.

Bu yollarla para toplananlar, bu fiilden haberdar olan kurumlar, şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, girişimcileri toplanan paranın derhal SPK'nun belirlediği bir mevduat veya katılım bankasına yatırılmasından müteselsilen sorumludurlar.

SerPK'nun izninin varlığı halinde ise, toplanan paralar, izin tarihinden itibaren altı ay içinde öngörülen amaca uygun olarak kullanılmadığı veya ciddi bir şekilde kullanılmaya başlanmadığı takdirde, yani şirketin kurulmadığı veya kurulması için kanuni tutarın yatırılması gibi bazı aşamaların aşılmadığı durumda, yine SPK'nun yTK m. 552/I'de yer alan tedbirleri uygulamaya yetkilidir. Altı aylık süre, mahkeme tarafından uzatılabilir.

yTK m. 552'nin uygulanması "kusura" bağlı değildir. Maddede yer alan "halk" ibaresi de geniş anlaşılmalıdır.

#### **b) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar**

yTK m. 552'ye göre, davalılar somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Buna göre, anonim ortaklık kurmak veya mevcut bir anonim ortaklığın sermayesinin artırmak vaadiyle haktan para toplananlar, bu fiilden haberdar olan kurumlar, şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, girişimcileri davalı sıfatına sahip olabilir. yTK m. 552'ye göre, davacı sıfatı münhasıran SPK'na aittir.

#### **C) Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu (yTK m. 553)**

##### **a) Genel Olarak**

yTK m. 553, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla<sup>32</sup> ihlal ettikleri takdirde sorumluluklarını düzenlemektedir. Ancak maddede zikredilen kişiler, sınırlı sayıda (numerus clausus) değildir. Hükmün kapsamına maddede sayı-

<sup>28</sup> 6102 sayılı TTK'da 552. maddenin ilk paragrafı 6335 sayılı "Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 27. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile, SPK'nun izni olsa dahi, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut halka her türlü yoldan çağrıda bulunarak para toplanması yasaktır.

<sup>29</sup> Gereke, madde 551, s. 205.

<sup>30</sup> Gereke, madde 551, s. 206.

<sup>31</sup> Gereke, madde 551, s. 206.

<sup>32</sup> "Kusurlarıyla" ibaresi, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 28. maddesi ile eklenmiştir.

lanlar dışında fiili organlar da dâhil olabilir<sup>33</sup>.Hükümün kaynağını *İsvBK* m. 754 oluşturmaktadır<sup>34</sup>.

## b) Yönetim Kurulu Üyesi ve Yönetici Kavramı

### aa) Yönetim Kurulu Üyeleri

Yönetim kurulu *yTK* m. 359’da tanımlanmaktadır. Buna göre bir gerçek veya tüzel kişi yönetim kurulu üyesi olabilir. Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşme ile atanmış olabilir veya genel kurul tarafından seçilebilir. Ancak temsile yetkili yönetim kurulu üyelerinden en az birinin, Türk vatandaşı olması ve Türkiye’de bulunması şarttır.

Bir tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi halinde, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişi tescil ve ilan edilir; tescil ve ilan yapılmış olduğu da ayrıca şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına yönetim kurulu toplantılarına katılma ve oy kullanma hakkı, münhasıran tescil ve ilan edilen bu gerçek kişiye aittir.

Görüldüğü üzere, *yTK* m. 553’e göre bir kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sayılabilmesi ve sorumluluğunun doğabilmesi için, esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesi olarak atanan veya seçilen kişinin, ticaret siciline tescil edilip edilmediği gibi, gerçekten yönetim kurulu üyeliğini ifa edip etmediği de önemli değildir<sup>35</sup>.

### bb) Yöneticiler

Yöneticilerin kim ya da kimler olduğu, *yTK*’da tanımlanmamaktadır. Ancak doktrinde yöneticilerin, anonim ortaklık adına karar alan ve onu icra yetkisine sahip olan veya imza yetkisi bulunan kişiler olduğu belirtilmektedir<sup>36</sup>. Bu kapsama Murahhas Müdür, genel müdür, genel müdür yardımcısı, ticari mümessil, ticari vekil, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyanlar dâhildir<sup>37</sup>.

Madde gerekçesinde, mehzaz *İsvBK* m. 754’de yer alan “yönetim ve tasfiye ile uğraşan, alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen/all persons involved in management or liquidation” ifadesine özellikle yer verilmediği

<sup>33</sup> **TEKİNALP**, s. 270, 271.

<sup>34</sup> Ancak *yTK* m. 553, *İsvBK* m. 754’den dört temel noktada ayrılmaktadır: a.) *yTK* m. 553’de sorumluların çerçevesi belirlenmiştir. Buna göre sorumlular “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler, tasfiye memurlarıdır”. *İsvBK* m. 754’de ise sorumluluğu söz konusu olanlar “yönetim kurulu üyeleri ile, yönetim ve tasfiye ile uğraşan tüm kişilerdir/die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen/the members of the board of directors and all persons involved in management or liquidation”. Buna göre *İsvBK* m. 754’ün uygulama kapsamının daha geniş olduğu sonucuna varılmalıdır. b.) *yTK* m. 553’de “kurucuların” da sorumluluğuna yer verilmektedir. Diğer taraftan *İsvBK* m. 754’de “kurucuların” sorumluluğuna yer verilmemiştir. c.) *yTK* m. 553’de sorumluluğu doğuran sebep, “kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlerin ihlali” olarak açıkça belirlenmiştir. *İsvBK* m. 754’de ise sorumluluğu doğuran sebep “yükümlerin ihlali/ihrer Pflichten verursachen/violation of their duties” olarak belirlenmiş olduğundan, bu konuda belirsizliklere neden olabilmektedir. d.) *yTK* m. 553’de kusurun derecesi bakımından ayrıma gidilmemiştir. Bu ayrımın zaten *BK* m. 43 ve 44’de yapıldığı farz edilmektedir. *İsvBK* m. 754’de ise, “kast ve ihmale/absichtliche oder fahrlässige/intentional or negligent” açıkça vurgu yapılarak, kusurun derecesi bakımından ayrıma gidilmiştir. Gerekçe m. 553, s. 206.

<sup>35</sup> **PULAŞLI**, s. 1860.

<sup>36</sup> **TEKİNALP**, s. 271.

<sup>37</sup> **TEKİNALP**, s. 271; **PULAŞLI**, s. 1864

ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Mehzada yer alan "uğraşan/befassten/involved" ifadesi, görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurlarını (öğretideki deyimle, "fiili organ/de facto organ") kastetmektedir<sup>39</sup>. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim gözönüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiş ve böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyi ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür. Ancak doktrinde somut olayın özelliklerinin haklı göstermesi halinde "fiili organların/de facto organların" da, "yönetici" kavramına dâhil edilebileceği belirtilmektedir<sup>40</sup>.

### c) Sorumluluğu Doğuran Sebep: Kanundan veya Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin İhlali

#### aa) Kavram

yTK m. 553'e göre, sorumluluğu doğuran sebep, "kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlüklerin ihlal" edilmiş olmasıdır. Buna göre, "yükümlülük ihlali" kavramı ve sınırlarının tespit edilmesi önemlidir.

Doktrinde yükümlülük kavramı, yönetim kurulunun bir görevi ve/veya yetkisi bağlamında, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen hususlardaki yapma veya yapmama zorunluluklarını ifade ettiği belirtilmektedir<sup>41</sup>. **Yükümlülük özelliği gösteren görev ve yetkiler, anonim ortaklığı, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik olanlardır**<sup>42</sup>.

Bu anlamda yTK'da düzenlenen yükümlülükler şu şekilde belirlenebilir. Öncelikle yönetim kurulu üyelerinin "özen ve bağlılık yükümlülüğünü" düzenleyen yTK m. 369'un, yTK m. 553 anlamında kanundan doğan bir yükümlülük olduğu söylenebilir<sup>43</sup>. Buna göre tedbirli bir yöneticinin özeniyle görevini yerine getirmemek, şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralı uyarınca gözetmemek bir yükümlülük ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır.

İkinci olarak, yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen yTK 374. madde "yükümlülük" kavramının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir<sup>44</sup>. yTK 374. madde, yönetim kurulunun şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkili olduğunu düzenlemektedir. Bu yönetim kurulu için hem bir yetki hem de bir görevdir. Ancak bu görev ve yetkilerin tümü yükümlülük özelliği göstermez.

Bu kapsama, sermayenin ve malvarlığının korunması, eşit işlem ilkesine uygun davranma, finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartlarına göre hazırlanması, ortaklığın internet sitesinin kanuna uygun şekilde işletilmesi dâhildir<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Gerekeç m. 553, s. 206.

<sup>39</sup> İsviçre öğretisinde, yönetim görevini yerine getiren kişilerin, resmi olarak atamı atanmadıklarına bakılmaksızın "de facto organ" olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir. bkz. FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, N. 10.

<sup>40</sup> TEKİNALP, s. 271; PULAŞLI, s. 1865.

<sup>41</sup> TEKİNALP, s. 271.

<sup>42</sup> TEKİNALP, s. 271.

<sup>43</sup> TEKİNALP, s. 271.

<sup>44</sup> TEKİNALP, s. 271.

<sup>45</sup> TEKİNALP, s. 271, 272.

## bb) Yükümlülük Niteliğinde Olmayan Görev ve Yetkiler

**Anonim ortaklığı ve pay sahiplerini koruyucu niteliği olmayan,** ancak kanun veya esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilen görev ve yetkiler, yükümlülük niteliğinde değildir ve bu görev ve yetkilerin ihlali, yönetim kurulu üyelerinin *yTK* m. 553 anlamında sorumluluklarını doğurmaz<sup>46</sup>. Bu görev ve yetkiler şu şekilde özetlenebilir<sup>47</sup>: ticari mümessil ve ticari vekil atanmasına ilişkin *yTK* m. 368, esas sözleşmenin eskiyen hükümlerinin değiştirilmesine ilişkin *yTK* m. 453, anonim ortaklığın esas sermayesinin azaltılmasına ilişkin *yTK* m. 473, imtiyazlı pay çıkarılmasına ilişkin *yTK* m. 478... vs. gibi.

## d) Gözetim Sorumluluğu

6702 sayılı TTK uygulamasında, yönetim hakkının yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilmesi halinde, her üye veya grubun, kendi görevli olduğu kısımdan sorumlu olacağı, ancak yönetim kurulunun heyet olarak “gözetim/nezaret” görevi devam edeceği ifade edilmekte idi<sup>48</sup>. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri nezaret görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde *eTK*. m.336/5’e göre sorumlu tutulabileceklerdir. Nitekim, aynı sonuca “özen borcuna” aykırı davranış nedeniyle varılması da mümkündür<sup>49</sup>.

*yTK* 553. maddenin 3. fıkrası ise, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını; bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacağını düzenlemektedir. Böylelikle, “soyut nitelikte bir gözetim ve özen borcuna aykırılık gerekçesine dayalı sorumluluk sisteminin” terk edildiği ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesi, kanuna uygun olarak gerçekleştirilen bir yetki devri olması halinde, kontrolü dışında gerçekleşen kanuna veya sözleşmeye aykırı bir davranış veyahut yine kontrolü dışında gelişen bir yolsuzluk nedeniyle gerçekleşen zarardan sorumlu olmayacaktır. Bunun için yönetim kurulu üyesinin meydana gelen kanuna ya da esas sözleşmeye aykırılığın veya yolsuzluğun “kontrolü dışında kaldığını” ispatlaması gerekmektedir. Bunu ispatlaması durumunda, sorumluluğu söz konusu olmayacaktır ve bu sorumlu olmama durumu “gözetim ve özen yükümü” gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacaktır.

Diğer taraftan *yTK* m. 375/e’de “yönetimle ilgili kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin” devredilemez görev ve yetkilerden olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu yükümlülükle ilgili sorumluluklardan yönetim kurulu kurtulamaz<sup>51</sup>.

Ancak hem devredilemez hem de devredilebilir görev ve yetkilerle ilgili gözetim yükümlülüğünün sınırları *yTK* m. 553/3’de belirlenmiştir ve bu hükmün aksi kararlaştırılmaz<sup>52</sup>. Madde gerekçesinde hükmün yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu ha-

<sup>46</sup> **TEKİNALP**, s. 273.

<sup>47</sup> **TEKİNALP**, s. 273, 274.

<sup>48</sup> **ÇAMOĞLU Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, İstanbul 2007, s.181 ve 182.

<sup>49</sup> **ÇAMOĞLU**, s.182.

<sup>50</sup> **KENDİGELEN**, s. 402.

<sup>51</sup> **TEKİNALP**, s. 278.

<sup>52</sup> **TEKİNALP**, s. 278.

linde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörüldüğü belirtilmektedir<sup>53</sup>.

#### e) Kusur Sorumluluğu

yTK m. 553/1'e göre, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluktan kurtulabilmesi için "kusursuz" olduklarını ispatlamaları gerekmektedir. Bu düzenleme eTK 338. maddesine de paralel bir düzenlemeydi. Dolayısıyla hem eski hem de yeni sistemde "kusur karinesi" öngörülerek, sorumlu tutulan kişilerin sorumluluktan kurtulabilmelerini, kusurlu olmadıklarını ispat etmeleri şartına bağlanmıştı.

Söz konusu hüküm, 6335 sayılı Kanun ile değiştirilerek, yükümlülüklerin ihlali "kusurlu" hareket etme şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla yTK'nun 553. maddesine göre açılacak sorumluluk davasında, davacıların, davalıların kusurlu hareket ettiklerini ispat etmeleri şarttır.

#### C) Denetçilerin ve İşlem Denetçilerinin Sorumluluğu (yTK m.554)

yTK m. 554, anonim ortaklık denetçilerinin ve özel denetçilerin<sup>54</sup> kanuni görevlerini yerine getirirken, kusurlu hareketleri ile şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacaklarını düzenlemektedir.

#### a) Sorumluluğu Söz Konusu Olanlar ve Görevleri

##### aa) Denetçi Kavramı

yTK m. 554'e göre, sorumluluğu söz konusu olanlar anonim ortaklığın veya şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen bağımsız denetçilerdir.

Bu kapsama bağımsız denetim kuruluşları, yeminli mali müşavirler, serbest yeminli mali müşavirler dâhildir<sup>55</sup>.

##### bb) Özel Denetçi Kavramı

yTK m. 554, "denetçinin ve işlem denetçisinin sorumluluğu" madde başlığını taşımakla birlikte, madde içeriğine bakıldığında "özel denetçinin" de sorumluluk kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Madde başlığı ile içeriğinin uyumlu olmaması doktrinde eleştirilmektedir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Gerekçe m. 553, s. 208.

<sup>54</sup> 6102 sayılı TTK'nun 554. maddesinde "işlem denetçilerinin" sorumluluğu da düzenlenmiş iken, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile "işlem denetçilerinin sorumluluğu" hükümden çıkarılmıştır.

<sup>55</sup> **TEKİNALP**, s. 289. Bağımsız denetçinin görevleri şu şekilde sıralanabilir: anonim ortaklığın ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını; yTK m. 397'ye göre yönetim kurulunun faaliyet raporlarının yıllık finansal tabloların değerlendirilmesine ilişkin kısımlarını, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde yTK m. 378'e göre oluşturulması gereken risk yönetimi komitenin kurulup kurulmadığını, işleyip işlemediğini, komitesinin raporlarını denetlemektedir. Bununla birlikte bağımsız denetçiler, Türkiye Denetim Standartlarına uygun, nitelikli bir denetleme yapmakla yükümlüdürler. Bağımsız denetçilerin yukarıda sayılan görevlerini yerine getirmemeleri veya Türkiye Denetim Standartlarına uygun denetim yapmamaları halinde, yTK m. 554'e göre sorumlulukları doğacaktır; bkz. **TEKİNALP**, s. 289.

<sup>56</sup> **KENDİGELEN**, s. 402.

Anonim ortaklıklarda özel denetçi atanması prosedürü *yTK* m. 438'de düzenlenmektedir. Maddeye göre, her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. II. Fıkraya göre ise, genel kurulun bu istemi onaylaması durumunda, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret merkezinde özel denetçi atanması talebinde bulunabilir.

Dolayısıyla özel denetçi "belirli/özel" bir olayı denetlemekle görevlendirilen konunun uzmanı kişidir. Özel denetçinin atanması için, pay sahibinin daha önce bilgi alma ve inceleme hakkını tüketmiş olması, buna rağmen tatmin edici bir sonuca ulaşmaması gerekir.

Özel denetçinin görevi, somut olayda kendisine tevdi edilen "belirli/özel" olayı tarafsız ve bağımsız olarak inceleme, denetleme görevidir. Bu görev çoğunlukla yönetim kurulunun, üyelerinin ve yöneticilerinin sorumluluklarını ilgilendiren, finansal tablolarla yakından bağlantılı denetim görevidir<sup>57</sup>.

### b) Sorumluluğu Doğuran Sebepler

*yTK* m. 554'de belirtilen kanuni görevlerini yerine getirmeyen veya getirilmesinde kusurlu hareket eden denetçi ve özel denetçi, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaklardır.

Hükümdeki sorumluluk "kusur sorumluluğudur"<sup>58</sup>. Ancak 6102 sayılı TTK'da kusurun ispatı bakımından farklılık söz konusuydu. Anonim ortaklık kurucularının, yöneticilerinin, yönetim kurulu üyelerinin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen *yTK* m. 553'de, "kusur karinesi" öngörülmüşken; *yTK* m. 554'de denetçinin, işlem denetçisinin ve özel denetçinin kusurunu ispat yükü iddia edene yüklemiştir<sup>59</sup>. 6335 sayılı Kanun ile *yTK* m. 553'e yükümlülüklerin ihlali "kusurlu" hareket etmeye bağlanmış ve 554. maddede yer alan "kusuru iddia eden ispatlar" cümlesi hükümden çıkarılmıştır. Böylelikle hem 553. hem de 554. maddeye göre açılacak sorumluluk davasında, davacı, davalıların kusurunu ispat etmekle yükümlü kılınmıştır.

Denetçilerin sır saklama yükümünü ihlâl etmeleri halinde sorumlulukları *yTK* m. 404'de ayrı olarak düzenlendiğinden, *yTK* 554. madde kural olarak 404. maddenin kapsamına giren ihlâllerde uygulanmaz<sup>60</sup>.

### c) Sorumluluğu Söz Konusu Olan Şahıslar

Kanuni yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kusurlu davranan denetçi ve özel denetçidir. Dolayısıyla davalılar sınırlı sayıdadır (numerus clausus).

### 3) Sorumluluk Sebeplerine Uygulanacak Ortak Hükümler (*yTK* m. 555– 561)

#### A) Şirket Zararının Dava Edilmesi (*yTK* m. 555 - 556)

##### a) Anonim Ortaklık Faaliyette İken Anonim Ortaklığın Zararının Dava Edilmesi (*yTK* m. 555)

Henüz anonim ortaklık faaliyette iken, yani iflas etmemişken, *yTK* m. 549'da yer alan "belgelerin ve beyanların kanuna aykırılığından"; *yTK* m. 550'de yer alan

<sup>57</sup> TEKİNALP, s. 290.

<sup>58</sup> TEKİNALP, s. 291; KENDİGELEN, s. 403.

<sup>59</sup> KENDİGELEN, bu durumun aynı zamanda sözleşme hukukundaki geçerli temel ilkelere (BK m. 112, eBK m. 96) aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir. bkz. KENDİGELEN, s. 403.

<sup>60</sup> Gerekçe Madde 554, s. 208.

sermaye taahhüdü ve ödemelerle ilgili yanlış beyanlardan ve pay taahhütçülerinin ödeme yetersizliğinden; *yTK* m. 551'e göre aylara değer biçilmesinde yolsuzluk yapılmasından; *yTK* m. 552'ye göre halktan usulsüz para toplanmasından; *yTK* m. 553'de yer alan kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davranışlarından; *yTK* m. 554'de yer alan denetçilerin, işlem denetçilerinin ve özel denetçilerin kanuna aykırı fiillerinden kaynaklanan sorumluluk hallerinden birinin gerçekleşmesi dolayısıyla anonim ortaklığın zarara uğraması durumunda, *yTK* m. 555'de ifade edilen "şirket zararı" dava edilebilir.

*yTK* m. 555, *eTK* 309 ve 336. maddelerinden farklılık göstermektedir. *yTK* 555. madde şirketin uğradığı zararın tazmini için **şirkete** ve **sadece pay sahiplerine** dava hakkı tanımaktadır. Bunun nedeni anonim ortaklığın malvarlığının ve pay sahibinin katılma değerini korumak olarak gösterilmektedir<sup>61</sup>. Maddede yer alan zarar şirket bakımından "**doğrudan**" zarar, pay sahipleri bakımından ise "**dolaylı**" zarardır<sup>62</sup>. Dolayısıyla pay sahipleri açtıkları sorumluluk davasında hükmedilecek tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep etmek zorundadırlar.

*eTK* m. 309 ve *eTK* m. 336'da ise şirket alacaklıları da sorumluluk davası açabilmekte idi. Şirket alacaklıları ancak şirketin iflası halinde *yTK* m. 556'ya göre sorumluluk davası açabilirler<sup>63</sup>.

*yTK* m. 555/II'de pay sahibinin açtığı davada, hukuki ve maddi sebeplerin haklı göstermesi halinde, mahkemenin, dava giderleri ve avukatlık ücretini, bu giderlerin davalıya yükletilemediği hallerde, davacı pay sahibi ile anonim ortaklık arasında, hakkaniyete göre paylaşılacağı düzenlenmektedir. İkinci fıkranın öngörülmesinin nedeni, pay sahibinin, uğradığı zarar karşısında hareketsiz kalan şirket yerine davayı açacağı için, dava giderlerini düşünüp davadan vazgeçmesini önlemektir<sup>64</sup>.

#### **b) Anonim Ortaklığın İflasında Anonim Ortaklığın Zararının Dava Edilmesi (yTK m. 556)**

*yTK* m. 556, zarara uğrayan anonim ortaklığın iflası halinde, anonim ortaklığın zararının dava edilmesi hakkı anonim ortaklık ve pay sahiplerinin yanı sıra şirket alacaklılarına da tanınmıştır. Bu davada anonim ortaklık "doğrudan" zararını, pay sahipleri ve şirket alacaklıları ise, "dolaylı" zararını talep edebilir. Ancak pay sahiplerinin ve alacaklıların bu talep hakları öncelikle iflas idaresi tarafından ileri sürülebilir.

*yTK* m. 556/II'ye göre, iflas idaresi anonim ortaklığın uğradığı zararın tazmini için dava açmaması halinde, her bir pay sahibi veya şirket alacaklısı söz konusu davayı açabilecektir. Bu durumda davayı açan pay sahibi veya şirket alacaklısı lehine bir düzenleme getirilerek, dava sonunda elde edilen hasıladan öncelikle davayı açan alacaklıların alacağına, ardından kalan bakiyeden davacı pay sahiplerinin sermaye payları oranında kendi hisselerine düşen kısmının, geriye kalan tutarın ise iflas masasına ödeneceği öngörülmektedir.

Nihayet *yTK* m. 556/III'de, şirketin istemlerinin devrine ilişkin *İİK*'nin 245. maddesinin saklı tutulduğu ifade edilmektedir.

<sup>61</sup> **TEKİNALP**, s. 292; **KENDİGELEN** gerekçede yer verilen birinci fıkrada doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının yapılmadığına yönelik açıklamanın tamamen yanıltıcı olduğunu ifade etmektedir. bkz. **KENDİGELEN**, s. 404.

<sup>62</sup> **TEKİNALP**, s. 291;

<sup>63</sup> **KENDİGELEN**, s. 404.

<sup>64</sup> Gerekçe Madde 555, s. 208.

## II) Anonim Ortaklıkta Cezai Sorumluluk (yTK m. 562 ve 563)

yTK'nun on birinci bölümünde yer alan hukuki sorumluluk hallerinden bazıları, yTK'nun 562. maddesinde cezai müeyyidelere bağlanmıştır. Bu maddede öngörülen suçların kovuşturulması, suçtan zarar gören kişinin şikâyetine bağlı değildir. (yTK m. 563) Buna göre, şu hukuki sorumluluk halleri, cezai sorumluluğu da gerektirmektedir:

a.) yTK m. 549'da yer alan "belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olmasına" aykırı hareket eden kişiler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/8)

b.) yTK m. 550'da yer alan "sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesine" aykırı hareket eden kişiler üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/9)

c.) yTK m. 551'de yer alan "değer biçilmesinde yolsuzluk" fiilinde bulunanlar üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/10)

d.) yTK m. 552'de yer alan "halktan para toplamak" fiilinde bulunanlar altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (yTK m. 562/11)

Sorumluluğu söz konusu olan şahısların yukarıda sayılan fiillerinin, daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bu hükümlere göre cezalandırılmaları söz konusu olacaktır. (yTK m. 562/13)

## SONUÇ

6102 sayılı yTK'da, anonim ortaklıkta hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlerin, ayrı bir bölüm olan, onbirinci bölümde düzenlenmesi kanaatimizce kanun yapma tekniği bakımından uygundur. 549 ila 561. maddeler arasında yer alan bu hükümlerin bir kısmı tamamen yenidir<sup>65</sup>; bir kısmının kaynağını ise eTK<sup>66</sup>, da bulmak mümkündür.

yTK m. 549 ila 552. maddeler arasında özel sorumluluk sebepleri; 553. maddede kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumlulukları; 554. maddede ise denetçilerin ve özel denetçilerin sorumlulukları genel olarak düzenlenmektedir. 6335 sayılı Kanun ile yTK'nun 553. maddesinde yapılan değişiklik ile, yükümlülüklerin ihlali "kusurlu" hareket etme şartına bağlanarak ve 554. maddede yapılan değişiklik ile hükümde daha önce yer alan "kusuru iddia eden ispatlar" cümlesi hükümden çıkarılarak hem kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları hem de denetçiler ile özel denetçiler açılacak sorumluluk davalarında, kusuru ispat yükü davacıya bırakılmıştır.

Bununla birlikte yTK 553 maddenin 3. fıkrası ise, hiç kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını; bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacağını düzenlemektedir. Diğer taraftan yTK m. 375/e'de "yönetimle ilgili kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin" devredilemez görev ve yetkilerden olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla

<sup>65</sup> Örneğin yTK 550. maddenin ikinci fıkrası tamamen yenidir ve kaynağını AlmTK § 46 (4) oluşturmaktadır. Halktan usulsüz para toplanmasından doğan sorumluluğu düzenleyen 552. madde tamamen yenidir.

<sup>66</sup> Örneğin belge ve beyanların kanuna aykırılığından doğan sorumluluğu düzenleyen yTK'nun 549. maddesinin kaynağını eTK m. 305 ve İsvBK m. 752; sermaye taahhüdü ve ödemelerle ilgili yanlış beyanlardan ve pay taahhütçülerinin ödeme yetersizliğinden doğan sorumluluğu düzenleyen yTK'nun 550. maddesinin ilk fıkrasının kaynağını eTK m. 306; yTK'nun 551. maddesinin kaynağını eTK m. 337; 553. maddenin kaynağını İsvBK m. 754 oluşturmaktadır.

bu yükümlülükle ilgili sorumluluklardan yönetim kurulu kurtulamaz<sup>67</sup>. Görüldüğü üzere, 553 maddenin 3. fıkrası bir yandan kontrol dışında kalan kanuna veya sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar nedeniyle oluşan zarardan kimsenin sorumlu tutulamayacağını, hatta bu sorumlu olmama durumunun “gözetim ve özen borcuna aykırılık” nedeniyle bertaraf edilemeyeceğini düzenlerken, 375. maddenin e bendinde “gözetim” görevinin devredilemeyen bir görev olduğu, dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı öngörülmektedir. Bu çerçevede kanaatimizce her iki hükmün bir arada uygulanması, tatbikatta sorun yaratabilecektir.

---

<sup>67</sup> **TEKİNALP**, s. 278.